

המאבק במימון הטרור בישראל - היבטים משפטיים

אלכס אברבוך*

מבוא

יסודות במימון הטרור

הדין בישראל

הדין בשטחים

יישום הדין: אופן הפעלת הסמכויות נגד מימון הטרור

הדין המצוי מול הדין הרצוי: השלמות לניתוח הביקורתי

סיכום

מבוא

התקפות טרור על ארצות הברית ביום 11 בספטמבר 2001 שבהן קיפחו את חייהם למעלה משלושת אלפים בני אדם והסלמה שחלה מאז בפעולות הטרור ברחבי העולם חשפו את מידת הפגיעות של החברה המודרנית בפני איום הטרור. הממדים הגלובליים של הטרור המודרני והיקף הפעילות של ארגוני הטרור

* עורך דין, סרן, קצין מחקר והדרכה בבית הספר למשפט צבאי, הפרקליטות הצבאית.

תודתי נתונה לר"ח יוסי ק. ממשרד ראש הממשלה בשל סיועו הרב באיתור המקורות ובליקוט החומר והן בשל הערותיו מאירות העיניים. כן שלוחה תודתי ליועץ המשפטי למועצה לביטחון לאומי ער"ד רואי דיק, לשופט בית משפט צבאי יהודה רס"ן יאיר תירוש, לסגן הממונה על התביעה הצבאית בנפות יהודה סרן ולדי בורדובסקי ולעו"ד טל ריסקביץ'. ברצוני להודות למפקד ביה"ס למשפט צבאי סא"ל עמוס גיורא בשל תמיכתו בכתיבת מאמר זה.

¹ ובהן: התפוצצות של משאית ממלכרת ליד בית כנסת בתוניסיה באפריל 2002 עם 20 הרוגים (מרביתם תיירים גרמנים), פיגוע במועדון Sari Club באי באלי באינדונסיה באוקטובר 2002 עם למעלה ממאתיים הרוגים (רובם תיירים אוסטרליים), התקפה על אונייה צרפתית Limburg מול חופי תימן באוקטובר 2002, לקיחת בני ערובה על ידי טרוריסטים צ'צ'ניים בתאטרון במוסקבה באוקטובר 2002 עם קרוב ל-140 קורבנות, פיגועים נגד ישראלים במומבסה בקנייה בנובמבר 2002 עם 15 הרוגים, סדרת פיגועים בקזבלנקה במרוקו נגד גופים מערביים ונגד מרכז קהילתי יהודי במאי 2003 עם 45 הרוגים, התפוצצות מכונית תופת במתחם מגורים זרים בריאד בסעודיה במאי 2003 עם 35 הרוגים, פיגוע התאבדות ברכבת התחתית במוסקבה בפברואר 2004 עם 39 הרוגים, שורה ארוכה של פיגועים בעירק ובהם סדרת פיגועים באתרים קדושים של השיעים במארכ 2004 עם קרוב למאתיים הרוגים, סדרת פיגועים בתחנת רכבת במדריד מיום 11.03.04. עם כ-200 הרוגים.

הבינלאומיים חייבו שינוי בתפיסה לגבי המאבק נגד טרור² והפכו את איום הטרור לאיום לאומי מבחינת כל מדינה ששומרת על ערכים דמוקרטיים ומתנגדת לטרור. לאירועי טרור היו השלכות כמעט בכל המישורים של החיים החברתיים, לרבות המישור הפוליטי³, הכלכלי והפסיכולוגי. בקהילה הבינלאומית התגבשה הבנה כי מדובר בעידן החדש של מלחמה בטרור כאשר הצלחתה תלויה הן בשיתוף פעולה בינלאומי הדוק והן, במידה רבה, בקיומו של בסיס משפטי הולם, אשר יספק כלים משפטיים מתאימים ויאפשר שימוש יעיל בסנקציות נגד הגורמים המעורבים בטרור, לרבות אלה אשר תומכים בארגוני הטרור ובונים את תשתיותיהם הכלכליות. כך במספר מדינות אף התקבלה חקיקה חדשה וזאת במטרה ליעל את המאבק נגד הטרור⁴. חקיקה זו נועדה לתת מענה אסטרטגי לאיום הטרור הבינלאומי בהתאם לגודלו ואופיו הגלובלי ולהגביר את שיתוף הפעולה בין המדינות בתחום זה. גם ארגונים בינלאומיים שונים, ובהם גם ארגון האומות המאוחדות והאיחוד האירופי, נרתמו למאבק נגד הטרור⁵. נושא מימון הטרור עלה כאחד הנושאים המרכזיים במסגרת מאבק זה⁶.

² להרחבה:

Frank A. Biggo, *Neutralizing the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism*, 34 Case W. Res. J. Int'l L. (2002) 1; Sir David Williams, *The United Kingdom Response to International Terrorism*, 13 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. (2003) 683, p.p. 691-693.

³ וכדוגמא ניתן להזכיר את הבחירות לפרלמנט הספרדי אשר נערכו סמוך לאחר הפיגועים בתחנות רכבת במדריד ואשר ככל הנראה הושפעו מהפיגוע: למרות התחזיות המפלגה סוציאליסטית ניצחה בבחירות את המפלגה הלאומית ועלתה לשלטון תוך הבטחה להוציא את כוחותיה הצבאיים מעירק בהקדם האפשרי.

⁴ כדוגמא בולטת לכך אזכיר את ה- USA Patriot Act 2001 (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001). חוק עבר הליכי חקיקה זריזים ונחתם על ידי נשיא ארה"ב כבר בתאריך 26.10.2001. (דוגמאות נוספות לחקיקה חדשה בנושא הטרור: באנגליה Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, בקנדה Anti-Terrorist Act (Bill C-36, Dec. 2001), באיטליה Decree-Law n. 374 Emergency Measures to Fight against International Terrorism (18.10.2001). להרחבה: Clive Walker, *Blackstone's Guide to the Anti-Terrorism Legislation* (Oxford University Press, 2002).

⁵ באו"ם התקבלה שורה של החלטות עקרוניות בנושא הטרור. על פי החלטה של מועצת הביטחון של או"ם מס' 1373 מיום 28/09/2001 (S.C. Res. 1373, U.N. SCOR, 56th Sess., 4385th Mtg. (2001)) מדינות החברות באו"ם חויבו לפעול למניעה ודיכוי של פעילות מימון טרור ולהוציא מחוץ לחוק ולהקפיא את הנכסים המעורבים במימון טרור. (ראה גם [UN] Council Framework Decision 2002/475 on Combating Terrorism, (June 13, 2002 O.J. (L. 164) 3 אמנת או"ם למניעת מימון טרור משנת 1999 ([UN] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, G.A. Res. 54/109, U.N. GAOR, 54th Sess., 76th mtg. (1999)

אמנה זה נחתמה בתקופה שקדמה לאירועי 11 בספטמבר ובה הוגדרו עבירות של מימון טרור ומדינות חברות חייבו לנקוט בצעדים שונים נגד מימון הטרור. האמנה נחתמה על ידי ישראל ביולי 2000 ואושררה בדצמבר 2002).

בין הארגונים הבינלאומיים המובילים בתחום המאבק במימון הטרור נמצא ארגון FATF (Financial Action Task Force). הארגון הוקם בשנת 1989 ליד OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). FATF, בשיתוף פעולה עם קרן המטבע הבינלאומי והבנק העולמי, עוסק במלחמה נגד הלבנת הון ומימון טרור. במקור הארגון הוקם למטרות המאבק בהלבנת הון בלבד אך בעקבות אירועי 11 בספטמבר שינה את ייעודו: בכנס מיוחד אשר נערך בווינגטון בין התאריכים 29 - 30 באוקטובר 2001 הוחלט להרחיב את הפעילות של הארגון גם לתחום מימון הטרור. ב-31 באוקטובר 2001 ארגון פרסם המלצות מיוחדות למאבק בהלבנת הון ומימון טרור ובהן נקבע סטנדרט מינימלי אשר המדינות נדרשו לאמץ (מאז ההמלצות תוקנו מספר פעמים והורחבו במידה ניכרת). בין היתר הומלץ לאשרר וליישם החלטות רלוונטיות של א"ם, להוציא מחוץ לחוק כל סוג של פעילות טרור, לרבות מימון הטרור, להקפיד ולהחרימ את כספי הטרור, לשתף פעולה במישור בינלאומי עם ארגונים בינלאומיים ועם מדינות אחרות במאבק נגד מימון טרור, לזווג חקיקה בתחום, להבטיח דיוח שוטף על העברות פיננסיות חשודות, לשפר את מערכות זיהוי לקוחות שמשתמשים בהעברות אלקטרוניות (cabel transfers), להגביר מאמצים למניעת ניצול של גופים פרטיים, ובמיוחד מוסדות ללא כוונת רווח, למטרות מימון טרור. מדינות אשר אינן מקיימות את ההמלצות עלולות להיכנס ל"רשימה שחורה" של הארגון (רשימת NonCooperative Countries and Territories - NCCT) והדבר כרוך בהטלת סנקציות בינלאומיות ואי קיום יחסים עסקיים עם אותה מדינה. (OECD's Financial Action Task Force on Money Laundering, Special Recommendations On Terrorist Financing, Oct. 31, 2001). ההמלצות פורסמו ב: www.fatf-gafi.org/SrecoTF_en.htm [3.03.04].

בחקיקה החדשה נגד הטרור נקבעו הסדרים נרחבים בנושא מימון הטרור. ראה, למשל, פרק 3 ל- USA Patriot Act ופרקים 1 (Terrorist Property) ו-2 (Freezing Orders) לחוק ל- Anti-Terrorism Act (לעיל, הערה 4). כמו כן, בספרד: חוק למניעת מימון טרור 12/2003 (Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo (RCL 2003\1342)), בבולגריה: חוק סמכויות נגד מימון טרור (נכנס לתוקף ב-05/02/2003). בליכטנשטיין: תיקון לקודקס ההתנהגות בעסקים פיננסיים (2003), ועוד.

בתאריך 24/9/2001 נשיא ארצות הברית חתם על צו (Executive Order No. 13224) שבו הוכרו על מצב חירום לאומי וניתנו הוראות בדבר המאבק בטרור ופגיעה בתשתיות הכלכליות של גורמי הטרור. סעיף 1 לצו מורה על הקפאה של נכסים אשר מצויים בארצות הברית או שהם נמצאים בשליטה של אזרח אמריקאי או תאגיד אמריקאי והם שייכים לגורמי טרור המפורטים בתוספת לצו, אשר כוללת גם ארגונים וגם יחידים. סעיפים 2 ו-3 לצו אוסרים על כריתת עסקות ועל מתן תרומות לגופים אלה. לפי סעיף 6 לצו רשויות המדינה השונות, לרבות מוזכר המדינה ושר האוצר, חייבו לעשות כל מאמץ לשיתוף הפעולה עם מדינות זרות במסגרת המאבק בטרור, לרבות התשתיות הכלכליות של טרור. בהתחלה התוספת כללה רשימה של גופים ואנשים אשר היו מעורבים בפעילות של ארגון אל קעאדה או קשורים לא. בן לאדן. מאז התוספת תוקנה מספר פעמים ובה נוספו גורמי טרור אחרים. בתאריך 31.12.2001 לרשימה נוספו גם ארגוני טרור פלסטיניים, לרבות חמא"ס והג'יהאד האסלאמי והזיבאללה. על בסיס הרשימה שבתוספת לצו הנשיאותי הוכנו רשימות ספציפיות עם פרטים של גופים, יחידים ונכסים אשר יש לפעול נגדם בהתאם לצו. הרשימות וההוראות הופצו בקרב המוסדות הפיננסיים השונים בארצות הברית. מדינת ישראל התבקשה לסייע ביישום הצו הנשיאותי ובעקבות זאת בתאריך 21.10.2001 התקבלה החלטת הממשלה בעניין (להלן, הערה 43).

בהתאם להוראות של Patriot Act משרד האוצר האמריקאי מוסמך להכריז על ארגונים שונים כארגונים תומכי טרור ו להקפיד את נכסיהם. ההכרזות ניתנו בדלתיים סגורות. ביולי 2003 בית משפט פדרלי בארצות הברית אישר את מדיניות בעניין הכרזה והקפאה. כמו כן, במסגרת המאבק במימון הטרור משרד האוצר האמריקאי פרסם תקנות מיוחדות אשר חייבו יותר מ- 30,000 גופים פיננסיים בארצות הברית לאמץ עד לתאריך 1.10.2003 את הפרוצדורות של אימות זיהוי לקוחות. להרחבה לניתוח של המדיניות המשפטית נגד מימון הטרור:

Society for Advanced Legal Studies, London, "The Funding of Terror: The Legal Implications of the Financial War on terror", *The Interdiction of Terrorist Property Working*

מדינת ישראל, החל ימיה הראשונים, נאלצה לנהל מאבק קשה נגד גורמי טרור. מאז ספטמבר 2000, אחרי מספר שנים של שקט יחסי בזירה הביטחונית, חלה הסלמה חדה בפעילות של ארגוני הטרור באזור והמאבק נגדם רכש סממני לחימה של ממש. כוחות הביטחון יצאו במבצעים נרחבים נגד הטרור ופעלו לחיסול של תשתיות הטרור בשטחים המוחזקים⁷. בין היתר, מאמציהם של גורמי הביטחון כוונו נגד התשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור.

מאמר זה מוקדש לניתוח הדין בישראל ובשטחים המוחזקים בתחום מניעת מימון הטרור. בהמשך תינתן התייחסות להיבטים המשפטיים של המאבק נגד התשתיות הכלכליות של גורמי הטרור, עם דגש על תפקידה של המערכת הפיננסית. במסגרת זו יידונו, בין היתר, דרכים להפעלת הסמכויות נגד התשתיות הכלכליות של טרור תוך בחינת ההשלכות האפשרויות על זכויות היסוד. כמו כן, ייערך ניתוח ביקורתי של המדיניות המשפטית בתחום ויוצגו הצעות לשיפור האמצעים המשפטיים במאבק נגד הגורמים המעורבים במימון הטרור.

יסודות במימון הטרור

מקורות המימון

פעילות של ארגוני הטרור כיום הנה מורכבת ומגוונת. פעילות מבצעית מתבססת על תשתיות נרחבות הפרוסות במדינות שונות⁸, על עבודת מודיעין מדויקת ועל מערכות תקשורת מתקדמות. ביצוע של פיגוע בודד אינו בהכרח מחייב היערכות מורכבת כדי להביא לתוצאות קטלניות⁹. עם זאת, הכוונות של גורמי הטרור לבצע מגה פיגוע עם מספר גדול של קורבנות כן מצריכות תכנון מורכב והיערכות מקדימה

Group, (July 2002). (G.B.) Foreign Affairs Committee, Second Report, 2002-2003, Foreign Policy Aspects of the War Against Terrorism, H. C. 196.

(www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmfaff/196/19602 [25.03.04])

⁷ בהמשך, הערה 234, 271.

⁸ למשל, מבצע "חומת מגן" במרץ 2002 ומבצע "דרך נחושה" ביוני 2002.

⁹ כגון, פעילות של ארגון אל קעאדה.

¹⁰ למשל, פיגוע דקירה, פיגוע דריסה או פיגוע ירי.

שכרוכה בעלויות ניכרות¹¹. בקרב גורמי הטרור יש נכונות ורצון לשמר ולפתח את תשתיות הטרור הקיימות¹², כגון מערכות מודיעין ובסיסי אימונים, לפתח יכולות מבצעיות¹³, ללמוד ולנצל למטרות הטרור טכנולוגיות מתקדמות וגם להבטיח עצמאות כלכלית. בנוסף, פעילות הסברתית של ארגוני הטרור הפכה בשנים האחרונות למאבק אידיאולוגי אינטנסיבי אשר נועד לפרסם ולקדם את הבסיס הרעיוני שעומד ביסוד פעילותם, להסביר את מניעיהם, להצדיק את פעולות הטרור ולזכות בתמיכה מקסימלית¹⁴. מאבק זה לעתים מגיע לכדי מלחמת מידע של ממש, כאשר במסגרתה מנוצלים כל אמצעי התקשורת האפשריים, כולל רשתות טלוויזיה¹⁵, רדיו, עיתונות ואתרי אינטרנט. לעתים פעילות של ארגוני טרור כוללת גם פעילות רווחה מגוונת בתחומים סוציאליים שונים, כגון חינוך, תמיכה בנוזקים, שירותי דת ופעילויות סוציאלית-חברתית אחרת כאשר בפועל בהסוואה של פעילות הומניטארית תמימה מופצים תורת השנאה ודברי הסתה¹⁶.

פעילות כה מורכבת ומגוונת אינה אפשרית ללא הסתמכות על מקורות מימון משמעותיים ובנייה של תשתית כלכלית איתנה¹⁷. ניתן להצביע על ארבעה סוגים

¹¹ כך למשל, העלות המשוערת של מתקפת טרור על ארה"ב בספטמבר 2001 עומדת על כ- 500 אלף דולר. ראה:

Jean Charles Brisard, *Terrorism Financing - Roots and Trends of Saudi Terrorism Financing*, NY, Dec. 19, 2002. (רוח הוגש למוצעת הביטחון של של אר"ם); Angela D. Hardister, *Can We Buy Peace on Earth?: the Price of Freezing terrorist Assets in a Post-september 11 World*, 28 N.C.J. Int'l L. and Com. Reg. (2003) 605.

¹² ארגון אל קאעדה משקיע את רוב הכספים בתשתיות, כולל תשתיות כלכליות והשקעות פיננסיות במטרת הלבנת כספים ועשיית רווחים, הכשרות של חברי הארגון בתחומים צבאיים ואזרחיים כאחד (כגון קורסי טיס), פיתוח של מערכות תקשורת, ביטחון ומודיעין, תמיכה שוטפת בתאי הטרור ובארגוני טרור שבחסותה *Deborah S. Politis, Money Laundering, Terrorism Financing and Financial Networks*, 1 IDF L. Rev. (2003), 211, p.p. 275 - 278. (להלן - D. Politis).

¹³ למשל, באמצעות נשק לא קונבנציונלי במטרה לבצע מנה פיגוע.

¹⁴ כגון הקריאות של ארגון אל-קאעדה להמשיך הג'יהאד נגד ארצות הברית וישראל המופנות לקהילה האסלאמית ופעילות הסברתית אינטנסיבית של ארגוני הטרור בשטחים. ראה להלן, הערה 16.

¹⁵ גם רשתות טלוויזיה ערביות כגון רשת אלג'זירה וגם מערביות, אשר מפרסמות את המסרים של אירגוני הטרור.

¹⁶ פעילות חברתית של ארגון חמא"ס בשטחים בקרב האוכלוסייה הפלסטינית מהווה דוגמא מובהקת לכך. במסגרת פעילות זו, בין יתר, נפתחים גני ילדים ובתי ספר, מוקמים תנועות נוער וניתנים שירותי דת. במוסדות אלה פעילי חמא"ס מקדמים את הבסיס הרעיוני של הארגון ומסיטים נגד ישראל. (להמחשה: ג'קי חוגי, "ילדי השנאה", מעריב (23.06.02)). פעילות מסוג זה מתקיימת גם במוסדות להשכלה גבוהה כאשר בדרך זו מובטח גם גיוס של חברים חדשים לארגון.

¹⁷ D. Politis, p. 259, לעיל הערה 12.

עיקריים של מקורות מימון הטרור: סיוע של מדינות התומכות בארגוני הטרור, תרומות ממקורות פרטיים, הכנסות מפעילות פלילית¹⁸ והכנסות מפעילות עסקית לגיטימית¹⁹. אחוז ניכר מהמימון של ארגוני הטרור מגיע משלטונות התומכים בטרור²⁰. למרות מאמציה של הקהילה הבינלאומית למנוע את התמיכה בטרור באמצעות הטלת סנקציות כלכליות ואחרות על מדינות אלה, ארגוני הטרור ממשיכים ליהנות מאירוח ומתמיכה כספית מצדן²¹. כספים אשר מקורם בתרומות, בין אם מדובר בתורמים תמימים ובין אם מדובר בגורמים פרטיים אשר מודעים היטב למטרת הכספים, ככלל נאספים בהסוואה של פעילות הומניטרית לגיטימית ונדרשת, כגון תמיכה בנזקקים, הספקת מזון, מימון שירותי חינוך ובריאות באזורי מצוקה וכיוצא באלה²². אך אגודות הצדקה וקרנות אשר לכאורה פועלות למטרות חברתיות ראויות בפועל מעבירות את הכספים, או לפחות חלק ניכר מהם, לידי הזרעות הצבאיות של גורמי הטרור. מגוון האפשרויות לפעולה נגד ערוצי מימון מסוג זה הנו מצומצם מאחר וקיים קושי לאתר ולהוכיח את יעד האמיתי של הכספים בטרם העברתם אליו. פעילות עסקית לגיטימית אף היא עשויה לשמש כמקור מימון הטרור אשר לו יתרונות רבים על פני מקורות אחרים. מקור זה, בדומה לתרומות, בשל היותו מקור חוקי אינו מאפשר לפעול נגדו בהעדר הוכחות בדבר היעד האמיתי של הכספים. פעילות עסקית לגיטימית יוצרת תנאים אופטימאליים לאינטגרציה של אנשי הארגון הטרוריסטי בתוך החברה מבלי לעורר חשד בדבר המטרה האמיתית של פעילותם. מקור מסוג זה גם מבטיח אוטונומיה כלכלית של התא אשר מפעיל את העסק ונותן מענה לצרכים שוטפים של חברי התא. כמו כן, מקור כזה לא רק מייצר אמצעי מימון נוספים אלא, במידת הצורך, יכול לשמש גם ככלי להלבנת הכספי

¹⁸ כגון סחר בסמים ופעילות בלתי חוקית אחרת. ראה גם פרשת BCCI, להלן הערה 24.

¹⁹ D. Politis, p.p. 256-288, לעיל הערה 12.

²⁰ למשל, אירן, סוריה ועירק (בתקופת סדאם חוסיין).

²¹ בדצמבר 2003 נשיא ארצות הברית אישר את "חוק האחריות הסורית", ובו נקבעה שורה של סנקציות אשר ארצות הברית עשויה לנקוט בהן נגד סוריה בגין תמיכתה בארגוני טרור. סנקציות כוללת הפסקת סחר עם סוריה, הגבלה תנועה של דיפלומטים סורים בארצות הברית, מניעת כניסה של מטוסים סורים לשמי ארצות הברית, הורדת דרג דיפלומטי ועוד.

²² גורמי הטרור מנצלים את הדת מוסלמית למטרות המימון: במסווה של מצווה דתית של תמיכה בנזקקים (מערכת Zakat) נאספים כספים כאשר בפועל התרומות מופנות למטרות טרור. שילוב של אידיאולוגיה בגיוס הכספים מבטיח הכנסה בטוחה וקבועה לגופי המימון.

הטרור²³. מקור מימון נוסף של גורמי הטרור מתבסס על הכנסות מפעילות פלילית רגילה. במקרה זה גופי המימון נדרשים להסתיר הן את מקור הכספים והן את יעד. עם זאת, בשל הרווחיות של פעילות מסוג זה ואפשרות להסתמך על השיטות והערוצים להלבנת הון הקיימים המשמים את ארגוני הפשיעה בפועל, מקור זה מהווה מבחינת גורמי הטרור דרך אטרקטיבית לגיוס הכספים.

עם זאת, גם אם מדובר במקור מימון חוקי, גורמי הטרור עדיין נאלצים להלבין את ההון שמיועד טרור על מנת להסתיר את המטרתה האמיתית של הכספים ואת זהותו של גורם מימון וגם להבטיח את זמינותו של מקור המימון בעתיד. מערכות פיננסיות, בשל היקפה האדיר של פעילות פיננסית ומורכבות של שווקים פיננסיים, משמשות, כפי שנראה בדוגמאות בהמשך, אמצעי יעיל להלבנת כספי הטרור. מדובר בכל סוג של מוסדות פיננסיים, לרבות בנקים, חברות ביטוח, קרנות פנסיה, שירותי מטבע, חברות השקעות וכיוצא באלה. כך, למשל, גורמי המימון מנצלים את הזמינות של המערכת הבנקאית המאפשרת העברה קלה ומהירה של סכומי כסף בהיקפים גדולים בתנאי חשאיות עסקית. באמצעות העברות אלקטרוניות (cable

²³ D. Politis, p.p. 275-278, לעיל הערה 12. כמו כן, ראוי להזכיר את פרשת BMI שהיא אחת הפרשות הגדולות בנושא מימון הטרור מהתקופה האחרונה. הפרשה נחשפה רשמית בארה"ב במרץ 2004 בעקבות חקירה משותפת שהתנהלה על ידי רשות ההגירה והגבולות האמריקאית (ICE), FBI ורשויות נוספות. חברת השקעות פרטית BMI Inc. (לא פעילה כיום) הייתה רשומה במדינת ניו ג'רסי ופעלה בשוק נדל"ן. החברה הוקמה בשנת 1986 על ידי אורח מצרי סולימאן ביהירי אשר נשאר בעל השליטה בחברה. על פי החשדות החברה עסקה באופן אינטנסיבי במימון ארגוני טרור ובהם ארגון חמא"ס וארגון אל קאעדה. בין היתר, עלו חשדות כי החברה מימנה התקפת הטרור על שגרירות ארצות הברית בקניה בשנת 1998. החברה קיבלה כספים מגורמים שונים ובהם שתי ארגוני צדקה מוסלמים, Muslim World League (MWL) ו- International Islamic Relief Organization (IIRO), (פעלו במדינת וירג'יניה ועל פי הודעה רשמית של ממשלת ארצות הברית פעילותם מומנה על ידי שלטונות סעודיים), מוסה אבו מרווק ממנהיגי חמא"ס סורי (הנו אחראי ישירות למספר מעשי טרור שבוצעו בישראל. בשנת 1995 נעצר בארה"ב בשל מעורבות בפעילות טרור, הוסגר לירדן (Marzook v. Christofer, 924 F. Supp 565 (S.D.N.Y. 1996) ומשם גורש לסוריה), ותורמים פרטיים מסעודיה, בהם מאיש עסקים סעודי יאסין קאדי (הוכרו כטרוריסט בארצות הברית ובא"ם בשל תמיכתו באל קאעדה ובחמא"ס). הכספים הושקעו במסגרת פעילות עסקית לגיטימית של החברה אך הפרות שימשו למימון טרור. (ראה: Declaration in Support of Pre-trial Detention, by David Kane in Case No. 03-365 -A, USA v. Soliman S. Biheiri, US District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, (August 14 2003). פורסם ב-

[07.04.04] www.news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/usbiheiri81403knaff.pdf

סולימאן ביהירי נעצר והועמד לדין בבית משפט מחוזי בוורג'יניה בשל חשד לקבלת סטטוס תושב ארצות הברית במרמה. נכון ליום כתיבת המאמר החקירות בנושא מימון הטרור בעניין BMI טרם הסתיימו.

(transfers) ניתן בלחיצת כפתור אחת ותוך זמן קצר לבצע מספר רב של העברות כספיות בין הבנקים במדינות שונות²⁴. בפועל, כל סוג של פעילות עסקית אשר כרוכה בתנועה שוטפת של כספים עשויה לשמש להלבנת כספי הטרור. שיטות ההלבנה של כספי הטרור דומות לשיטות הלבנת הון המנוצלות על ידי גורמים פליליים. הן ככלל מורכבות משלושה שלבים. בשלב ראשון הכספים שגויסו מופקדים במערכת הפיננסית (placement). בשלב שני הכספים עוברים מספר "תחנות ביניים" בתוך המערכת (layering), כגון העברות בנקאיות, רכישות, השקעות, המרת נכסים וניירות ערך וכיוצא בזה. מטרתו העיקרית של שלב זה היא להסוות את זהותו של מקור המימון ובעיקר למנוע כל חשד לקשר בין הכספים לבין גורמי הטרור. בשלב הסופי הכספים מוצאים מתוך מעגל הפעילות הפיננסית ומועברים אל היעד הסופי (integration) כאשר בשלב זה כבר נוצר קושי אמיתי לאתר את מקור הכספים או את זהותם של המעורבים בפעילות המימון. אך גם אם הכספים נתפסים באמצע הליך ההלבנה בגין החשד כי מדובר בכספים המיועדים לארגוני הטרור, עדיין יהיה קשה לזהות את מקורם ואת יעדם. להבדיל מהלבנת כספי הטרור אשר נועד בעיקר להסתיר את היעד של הכספים (אלא אם כן מדובר במקור מימון בלתי חוקי או

²⁴ כך, למשל, בדו"ח של הקונגרס האמריקאי מתאריך 24 ליולי 2003 נחשף כי מתכנני הפיגועים של 11 בספטמבר העבירו בין 175 ל-250 אלף דולר באמצעות הבנקים באמירויות. יחד עם מוסדות בנקאים רשמיים, גם מערכות בנקאיות מחתרתיות, כגון מערכת Hawala, משמשות למטרות מימון טרור. השירותים במערכות מסוג זה ניתנים בתנאי אנונימיות, לא מתנהל תיעוד מסודר של הפעולות ולא הופעל פיקוח רשמי על פעילותן.

בפרשה תקדימית משנת 1988 בעניין BCCI (Bank of Credit and Commerce International) נחשפו המורכבות והממדים של מערכות מימון טרור באמצעות מוסדות בנקאיים. הבנק הבינלאומי לאשראי ולמסחר פעל בעיקר במזרח התיכון והוקם לכאורה כמענה להתפתחות של המערכת הבנקאית המערבית באזור. לבנק היו סניפים גם ממדינות אירופה ואמריקה והוא אף קיים יחסים מסחריים עם ממשלות של מדינות רבות (כ-74 מדינות). בפועל, מאחורי מצג של פעילות פיננסית לגיטימית, בנק שימש כצינור להלבנת כספים ממקורות פליליים שונים, בעיקר מסחר בסמים, וגם למימון של ארגוני הטרור. למטרות אלה יושמה שיטה של "הלוואות בלתי חוזרות". תמורת הפקדת מומנים אשר התקבלו מסחר סמים ומקורות פליליים אחרים הגורמים הפליליים היו לוקחים הלוואה בסכום ההפקדה אך ללא עמלה. ההלוואות לא הוחזרו לעולם ועמלת שימשו למימון ארגוני טרור. הפקדות והלוואות נעשו בסניפי בנק במדינות שונות כאשר מבחינה פורמלית לא היה כל קשר ביניהן. שיטה זו הופעלה בהסוואת פעילות פיננסית לגיטימית ושגרתית. בעקבות חשיפת מעורבותו של הבנק בהלבנת הון ומימון טרור הבנק קרס ומכך נפגעו רבים, לרבות הנושים והלקוחות התמימים של הבנק. המעורבים בפרשה לא הועמדו לדין אך הפרשה העלתה את הצורך בהגברת פיקוח ובקרה על הפעילות הבנקאית ובשיתוף פעולה בינלאומי בתחום הלבנת הון ומימון טרור. כמו כן בפרשה נחשפו שיטות המימון של גורמי הטרור ותפקידה של פעילות פלילית רגילה בבניית התשתיות הכלכליות של הטרור. (The BCCI Affair, A Report to the Committee on Foreign Relations, United States, Senate, 102d Congress 2d Session, by John Kerry and Hank Brown, December 1992).

שקיים אנטרס מיוחד אחר להסתיר את זהות המקור, מטרתו העיקרית של הליך הלבנת הון פלילי היא להסוות את מקור הכספים מאחר ומקור המימון הוא בלתי חוקי ואילו השימוש בכספים יכול שיהיה לגיטימי לחלוטין.

מטבע הדברים השלטונות מעונינים למנוע את הגעת הכספים לידי גורמי הטרור בשלב מוקדם ככל האפשר. אך ככל שהכספים רחוקים מיעדם, כך גובר הקושי להוכיח את יעדם הבלתי חוקי. כאשר הכספים מגיעים ממקורות לגיטימיים ומוכרים רק המטרות אשר הם נועדו לממש הנן בלתי חוקיות ופטולות. במקרה זה לצורך הקפאה והחרמה של הכספים נדרש להוכיח כי הם נועדו למטרות טרור, דהיינו "להשחיר" את הכספים על בסיס תחזיות וחדשות עתידיות. לאחר שהכספים כבר הגיעו לידי גורמי הטרור, בין אם מדובר בחשבון בנק ובין אם מדובר במזומנים המוחזקים מחוץ למערכת הפיננסית, נדרש רק להוכיח את הבעלות על הכספים. הדבר בהחלט יכול לעורר קשיים רבים כאשר הכספים מוחזקים בידי חברות קש או גופי משנה של ארגוני טרור אשר מכחישים כל קשר עם ארגון האם²⁵. לעומת זאת, הדבר הרבה יותר מורכב כאשר מבקשים לחסום את ערוץ המימון עצמו ולהחריש את הכספים בשלב מוקדם, בטרם העברתם אל היעד. בשלב זה ניתן שהכספים מוחזקים בידי גופים ניטרליים ולגיטימיים, כגון ארגוני צדקה, אגודות הומניטריות או בידי מתווכים תמימים אשר כלל אינם מודעים למטרות האמיתיות של הכספים. בכל מקרה, אם מקור המימון היה בלתי חוקי ולא קיימת אפשרות להוכיח את היעד של הכספים ניתן לבסס את הפעולה נגד הכספים על עילה קלאסית בדבר איסור הלבנת הון אשר מקורו בפעילות בלתי חוקית.

האמצעים המשפטיים נגד מימון הטרור

אחד התפקידים המרכזיים של המערכת המשפטית במאבק נגד הטרור הנו לספק כלים נאותים למאבק זה בכל הרמות בהן מתקיימת פעילות טרור: הן נגד המפגעים עצמם ושולחיהם והן נגד גורמים שתומכים בטרור במישרין או בעקיפין. כלים אלה אמורים לסייע גם בהתמודדות מול התשתיות הכלכליות של הטרור,

²⁵ כגון פרשת בית אלמאל, להלן הערה 86.

המאפשרות לקיים את פעילות הטרור. מטרתם המרכזית של דינים בתחום מניעת מימון הטרור היא בלימת הטרור תוך השמטת תשתיותיו הכלכליות וסגירת ערוצי מימון, הרתעה של המעורבים במימון טרור ואף פגיעה בכדאיות הכלכלית של העיסוק במימון הטרור או בטרור עצמו.²⁶ הפעילות התומכת בארגוני הטרור כשלעצמה אינה מוזה סכנה מיידית וישירה לביטחון המדינה או לשלום הציבור בהיותה פעילות בעלת אופי אזרחי-פיננסי. עם זאת, לאור חשיבות תפקידם של גופי המימון במערך של הטרור יש לראות פעילות זו בחומרה מרבית ולהכיר בה כאחת מאבני היסוד של הטרור.

הפעולות נגד התשתית הכלכלית של הטרור אמורות להתבצע בשני מישורים במקביל. במישור חפצי ובטוח מידי מדובר בהקפאה והחרמה של הכספים המיועדים לטרור בטרם מימושם על ידי גורמי הטרור. במישור ארגוני-אסטרטגי - נטרול הגופים שעוסקים במימון הטרור וסגירת ערוצי המימון, העמדה לדין את האנשים המעורבים במימון טרור²⁷, הוצאה מחוץ לחוק של גופי המימון עצמם (כגון באמצעות ההכרזה על גופים אלה כארגון בלתי חוקי²⁸), סגירת משרדיהם והחרמת רכושם, הן רכוש אשר נועד למימון טרור והן רכוש אשר משמש בתפקוד השוטף של גופים אלה. כצעד משלים אך חיוני במאבק נגד מימון הטרור יש להבטיח פיקוח יעיל על מגזרים פיננסיים רלוונטיים אשר עלולים לשמש פלטפורמה למימון טרור ולהלבנת כספי הטרור. פיקוח זה אמור להתבסס על מוניתורינג שוטף של הפעילות הפיננסית במטרה לאתר בשלב מוקדם ככל האפשר את הפעולות החשודות.

בהתאם לכך ניתן לחלק את הכלים המשפטיים המיועדים למאבק נגד מימון הטרור לארבעה סוגים עיקריים: סמכויות בדבר הקפאה והחרמה של רכוש טרור, עבירות של מימון טרור, סמכויות המאפשרות הוצאה מחוץ לחוק של גופים

²⁶ למשל, כאשר מדובר בדמי תוך, בשכר למפגעים או בתשלומים בגין אובדן בן משפחה אשר נהרג או נכלא עקב מעורבותו בפעילות טרור.

²⁷ במקרים מתאימים ניתן לבחון את השימוש באמצעי של מעצר מנהלי בשל מעורבות במימון טרור (להלן, הערה 192). במקרה זה המעצר נועד לנטרל את הסיכון הפוטנציאלי שנובע מיעדיה של פעילות מימון תומכת בטרור ולא מפעילות עצמה באשר הנה בעלת אופי אזרחי-פיננסי.

²⁸ למשל הכרזת לפי סעיף 84(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ולפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור, תש"ח - 1948. לעתים גוף פיננסי מוכרז כרוע פיננסית וכחלק של אירגון טרור מוכרז ולעתים כאירגון טרור בעצמו. הנושא יידון בהרחבה בהמשך.

העוסקים במימון טרור וסגירת פעילותם, וסמכויות בדבר בקרה ופיקוח על מערכות פיננסיות-עסקיות. מן הראוי להזכיר גם כלים משפטיים נוספים אשר עשויים לסייע במסגרת המאבק במימון הטרור ובהם סמכויות בדבר הוצאה מחוץ לחוק של יחידים בגין מעורבות במימון טרור²⁹ וזאת בנוסף להעמדתם לדין, והסדרים חקיקתיים בתחום שיתוף הפעולה הבינלאומי³⁰. הסדרים אלה הממלאים תפקיד חשוב לאור אופיו הבינלאומי של המאבק אשר מתנהל מחוץ לגבולות של מדינות וכוך בעבודה משותפת של גורמי ביטחון ממדינות שונות³¹.

בבחינת אופן הפעלת הסנקציות נגד מימון טרור, בהכרח מתעוררות שאלות במישור החוקתי בדבר החובות המוטלות על המדינה לכבד את הזכויות הבסיסיות של הפרט, לרבות זכות לקניין, לחופש ההתאגדות, לחופש העיסוק, לפרטיות ועוד. על הרשויות במדינה חלה חובה להימנע מפגיעה בלתי מוצדקת או בלתי מידתית בזכויות אלה³². אולם, צרכי הביטחון בתנאים מסוימים ובהתאם לחומרת האיום עשויים לגבור על אינטרסים וערכים חשובים אחרים, לרבות זכויות הפרט. במקרה זה, יישום הדין בתחום המאבק בטרור, כולל המאבק נגד גורמי מימון, נעשה על פי איזון הראוי בין צרכי הביטחון לבין ערכים אחרים המתנגשים בהם. כך למשל, הליך של החרמת כספי הטרור חייב להיות מדורג ולכלול מספר שלבים: שלב של הקפאת כספים או תפיסת כספים אשר המדינה במסגרתו, בעקבות החשדות למימון טרור, קונה חוקה מיידית בכספים, שלב של שימוע אשר במהלכו ניתנת לאדם הנפגע בעקבות התפיסה הזדמנות להשמיע את דברו ושלב של החרמה סופית של הכספים לאוצר המדינה. בנוסף, גם עצם הפעלת פיקוח שוטף על פעילות פיננסית במטרה לאתר פעולות חשודות, עלולה לגרום לפגיעה בפרטיות הלקוחות הפיננסיים, להפרה של כללי הסודיות העסקית וגם להביא לעלויות נוספות בניהול המערכת הפיננסית עצמה.

²⁹ סמכות זו לא קיימת כיום במשפט ישראלי.

³⁰ ראה חוק העזרה משפטית בין המדינות, תשנ"ח - 1998 (הסדרי החוק ידונו בהמשך).

³¹ לפי עיקרון התחולה הטריטוריאלית סמכויות החקירה וסמכויות נוספות בתחום אכיפת הדין יחולו רק בשטח של המדינה וביצוע של פעולת חקירה במדינה זרה מותנה בשיתוף פעולה עם אותה מדינה.

³² ראה סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

מימון הטרור בישראל

1) רקע

רוב המימון של גורמי הטרור הפלסטיניים הפועלים בשטחים המוחזקים ובישראל מגיע ממקורות שונים מחוץ לארץ, ובעיקר מדובר בסיוע מארגוני טרור זרים, משלטונות זרים³³ התומכים בארגוני הטרור הפלסטיניים ובכספים אשר מקורם בתרומות פרטיות. לעתים קרובות הכספים עוברים דרך ארגוני הסיוע ההומניטרי שפועלים בשטחים ובמדינות זרות, כולל מדינות אירופה, ארצות הברית וקנדה. בעיקר מדובר באגודות הצדקה וקרנות סיוע שנמצאים בשליטה של חמאס וג'האד אסלאמי ובארגונים זרים אשר תומכים בארגוני הטרור הפלסטיניים. למרות ההצהרות בדבר האופי ההומניטרי של הפעילות, המכונה גם "דעווה", בפועל גופים אלה מזוהים עם גורמי הטרור ופעיליהם מודעים היטב למטרות האמיתיות של הכספים³⁴. הכספים משמים את גורמי הטרור למטרות שונות לרבות תכנון והוצאה אל פועל של הפיגועים, גיוס מחבלים, עידוד טרור והסתה, תמיכה במחבלים אשר נפגעו או נכלאו ובבני משפחותיהם. ייתכן כי חלק מהכספים אכן מופנה לפעילות אזרחית הומניטארית אך לעתים קרובות נמצאו עדויות לכך שגם במסגרת פעילות זו משתלבות מטרות של גורמי הטרור אשר עוסקים בהסתה שיטתית נגד ישראל, הפצת תעמולה אנטי ישראלית, קידום הבסיס הרעיוני והתעמולתי שעומד מאחורי פעילות טרור וגיבוש תמיכה לאומית בקרב הציבור הפלסטיני.

החל מאמצע שנות ה-90 בישראל גברה המודעות לצורך להרחיב את דרכי המאבק המסורתיים בטרור: בנוסף לאמצעים משפטיים רגילים, כגון מעצרים והעמדה לדין של פעילי טרור וסגירת ארגוני טרור, נבחנו גם אפשרויות של פגיעה בתשתיות כלכליות של הטרור, בערוצי המימון שלו ובגופים העוסקים בסיוע ותמיכה בארגוני הטרור.

הפרשה הגדולה הראשונה בתולדות מדינת ישראל שפורסמה בנושא מימון ארגוני הטרור הייתה פרשה של ועדת ההצלה (הסיוע) האסלאמית משנת 1996.

³³ לעיל, הערה 20.

³⁴ לעיל, הערה 16.

בהסוואה של פעילות הומניטריות הוועדה עסקה באיסוף סיוע כספי למימון הפעילות של ארגון חמא"ס. משרדיה נסגרו וכל רכושה הוחרם לפי צו של אלוף פיקוד צפון. בעקבות זאת הוגשה עתירה מטעם הוועדה לבג"ץ אך העתירה נדחתה³⁵. פעילי הוועדה לא הועמדו לדין³⁶. בשנת 1996 הם שוב ביקשו לפתוח מוסד ללא כוונת רווח במטרה מוצהרת לסייע לאוכלוסייה בשטחים (ועדת ההצלה ההומניטארית לתמיכה ביתומים ובנזקקים). לכך התקבל היתר מגורמי הביטחון אך הוועדה לא עמדה בתנאי ההיתר וגם נסגרה.

בשנת 1997, בשל תמיכתה בחמא"ס ובג'יהאד אסלאמי, נסגרה מכוח צו אלוף פיקוד העורף עמותת האסיר והיתום אשר פעלה באום אל פאחם מאז שנת 1995. כספיה הוחרמו, אך פעיליה לא הועמדו לדין. במאי 1998 נסגרה חברת בית אלמאל בשל היותה חלק מתשתית הכלכלית של ארגון חמא"ס וכספיה גם הוחרמו³⁷. במהלך שנים 1997 - 1998, הוצאו מחוץ לחוק ארבע קרנות זרות, קרן האדומה הקרושה לרווחה ופיתוח (Holy Land Fund for Relief and Development) שפעלה בארצות הברית³⁸, קרן הרווחה והפיתוח לפלסטין - אינטרפל (Palestine Relief and Development Fund - Interpal) בבריטניה, הועד לעזרה ולסולידריות עם פלסטין (Le Commite De Bienfaisance et de Solidarite avc Palestine - CBSP) בצרפת וקרן אל אקצא בגרמניה, וזאת בשל מימון פעילות של גורמי הטרור בשטחים ובעיקר של ארגון לחמא"ס³⁹.

בסוף שנת 2000, עם תחילת אירועי "גאות ושפל", רשויות הביטחון בשיתוף פעולה עם גורמים במשרד המשפטים החלו לחקור עמותות החשודות במתן סיוע לארגוני טרור. בעקבות זאת בתחילת שנת 2002 הוצאו מחוץ לחוק עשרים וארבע

³⁵ להלן, הערה 93.

³⁶ עם זאת, חלקם הועמדו לדין בגין מעורבות במימון טרור במסגרת הפרשה בעניין ראשי התנועה האיסלאמית (תידון בהמשך פרק זה). במסגרת פרשה זו התביעה הסתמכה על פסק דין בעניין ועדת ההצלה האסלאמית.

³⁷ ראה להלן, הערה 86.

³⁸ בגין קשריה של הקרן לארגוני הטרור, גם בארצות הברית משרדיה נסגרו וכספיה הוחרמו.

³⁹ בתאריך 6.5.1997 ניתנו הכרזות כאמור לפי תקנות ההגנה ובתאריך 27.1.1998 לפי פקודת מניעת טרור (י"פ תשנ"ח, 2314).

אגודות הצדקה של חמא"ס שפעלו בשטחים. ביוני 2002 נסגרה גם ועדת הצלה ההומניטארית. בשנת 2003, בגין תמיכה בארגוני הטרור, הוצאו מחוץ לחוק ונסגרו שלוש אגודות הצדקה נוספות אשר פעלו בישראל.

החל מאוקטובר 2000 החלה לפעול בסעודיה קרן בינלאומית חדשה בשם "קואליציה של צדקה" (Union of Good)⁴⁰. קרן הוקמה על ידי שיח' יוסף מוסטפא אלקרדאוי, אשר נחשב לאחד הפוסקים הגדולים בעולם האיסלאם⁴¹, וזאת בשיתוף עם הנהגת חמא"ס הסורית ובמטרה לאסוף סיוע כספי לגורמי הטרור בשטחים. בין הארגונים המשתתפים בקרן נמצאים קרן אל אקצא, Interpal ו-CBSP וגם אגודות הצדקה ממדינות ערב שונות.

בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001 והוצאת צו נשיאותי בארצות הברית⁴², ממשלת ישראל קיבלה החלטה בעניין טיפול בנכסי טרוריסטים והחרמתם⁴³. במסגרת החלטה זו ניתנו הוראות לנקיטת צעדים מידיים הדרושים לשיתוף פעולה עם ממשלת ארצות הברית במאבקה בטרור בכל הנוגע לנכסי טרוריסטים וביישום הצו הנשיאותי. בין היתר, ניתנה הוראה לבחינה מחודשת של ההסדרים המשפטיים הנדרשים ליישום ההחלטה. בהחלטה הודגש כי באותם אמצעים יטופלו גם טרוריסטים וארגוני טרור שפועלים נגד ישראל.

בפברואר 2004, בעקבות עבודת מודיעין מקיפה אשר נערכה בארץ ומחוץ לישראל נערך ברמאללה מבצע החרמה חסר תקדים, מבצע "לפיד ירוק", ובמסגרתו הוחרמו כספי טרור בהיקף של כ- 37 מיליון שקלים חדשים מארבע מאות חשבונות שנמצאים בשלושה בנקים ערביים. מדובר בחשבונות השייכים לארגוני הטרור, לפעילי הטרור בכירים, לאגודות הצדקה אשר הוצאו מחוץ לחוק ואגודות הצדקה

⁴⁰ בתאריך 25.02.2002 הארגון הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת על ידי שר הביטחון מכוח סמכותו לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

⁴¹ מזוהה עם הזרם הקיצוני של "האחים המוסלמים". פסיקתו משמשת מקור סמכות דתי לתנועת חמא"ס. נתן הכשר לביצוע פיגועי התאבדות, כולל על ידי נשים.

⁴² לעיל, הערה 6.

⁴³ החלטה מס' 815 של הממשלה מיום 21.10.2001. "נכסי טרוריסטים והחרמתם".

אחרים של חמא"ס וג'יהאד איסלאמי, וגם חשבונות אחרים אשר אליהם הוזרמו כספים על ידי ארגוני הטרור מחוץ לארץ.

למרות הרחבת הפעילות נגד התשתיות הכלכליות של גורמי הטרור המעורבים בפרשות מימון טרור עד לתקופה האחרונה כמעט ולא הועמדו לדין בישראל⁴⁴. בין הרשעות הראשונות ניתן להזכיר את הרשעתו של ג'ימאל סרסור, אזרח אמריקאי, אשר בשנת 1998 הועמד לדין בבית משפט ישראלי בשל מעורבותו במימון טרור. הוא הורשע בסיוע לפעילי טרור אחרים עווד אללה ונידון לשלוש שנות מאסר⁴⁵.

בחודש מאי 2003 בגין חשד למעורבות במימון טרור וסיוע לארגוני הטרור נעצרו חמישה עשר פעילים בכירים של התנועה האסלאמית. בחודש יוני לבית המשפט המחוזי בחיפה הוגש כתב אישום נגד חמישה, בעלי אזרחות ישראלית, ובהם גם יושב ראש התנועה שיח' ראיד בן סלאח מחאג'נה וראש עריית אום אל פחם סלימאן בן אחמד אגבריה. כתב אישום הוגש בגין המעורבות במימון של ארגוני הטרור בשטחים, ובעיקר ארגון חמא"ס, הלבנת כספי הטרור, תמיכה בארגוני טרור וקשירת קשר עם גורמי טרור זרים, בהם גורמי הסיוע אשר הוכרו כארגונים בלתי חוקיים בישראל, לרבות קואליציה של צדקה, Inetpal וקרן אל אקצא. בין היתר, נטען בכתב האישום כי הנאשמים יצרו מצג של פעילות הומניטרית תמימה וזאת כדי להסוות את הפעילות האמיתית שלהם, מאחר ובפועל הכספים שנאספו על ידם הופנו לשטחים למימון ועידוד של פעילות טרור. חלק מהכספים הוחזקו בחשבון בנק בישראל על שם של חברה ישראלית אשר הוקמה על ידי הנאשמים במיוחד למטרה זו. יש לציין, כי רוב הנאשמים, לרבות יושב ראש התנועה, היו מעורבים בפרשת ועדת ההצלה האסלאמית בשנת 1996. הנאשמים נעצרו עד תום ההליכים המשפטיים⁴⁶. באוגוסט 2003 בית המשפט העליון דן בערר על מעצר אשר הוגש על

⁴⁴ כך למשל, בשנת 1996 בנמל תעופה בן גוריון נעצר על ידי שירותי הביטחון אזרח אמריקאי בשם אבו אחמד כאשר עמו מזוודה המכילה סכום של כחצי מיליון דולרים של ארצות הברית במזומן. הכספים נועדו לשיקום של תשתיות טרור בשטחים אחרי "גירוש של 500". הכספים הוחזרו אך אבו אחמד לא הועמד לדין והוחזק במעצר.

⁴⁵ לאחר שיחרורו והחזרתו לארצות הברית הוא הועמד לדין ונידון ל-7 שנות מאסר בבית המשפט הפדראלי בגין עבירות מס שונות.

⁴⁶ בש (חיפה) 3275/03 מדינת ישראל נ' מחאג'נה ואח' (טרם פורסם).

ידי ראש התנועה האסלאמית. בערר הנאשם הכחיש את סיכון ביטחוני שבפעילותו בטענה כי העברה של הכספים לישראל ולשטחים המוחזקים נעשתה למטרות "אזרחיות" ובמסגרת פעילות צדקה. אך לעמדת התביעה, הפעילות ה"אזרחית" כביכול של הנאשם הייתה כרוכה בפעילות טרוריסטית, היוותה חלק בלתי נפרד ממנה ומכך נבע סיכון ממשי לביטחון המדינה ולחיי האדם. בית המשפט העליון דחה את הערר ואישר את המשך מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים. השופט ד' ביניש ציינה בהחלטתה:

"שיטת הפעולה של אירגון חמא"ס, כפי עולה מחוות דעת המקצועית ומהראיות מלמדת על פרישה של הפעילות האזרחית כתשתית לפעילות טרוריסטית, הרי העברת כספים לתמיכה במשפחות מפגעים-מתאבדים ואסירים ביטחוניים הן בגדר עידוד ותמריץ לפעולות טרור רצחניות ואין הן דומות לקיום מצוות דתיות גרידא של תמיכה בעניים ונוזקים, אשר העורר ובאי כוחו מבקשים לחסות בצילן"⁴⁷.

בינואר 2004 הוגשה על ידי נאשמים בקשה לעיון חוזר בהחלטת מעצר עד תום ההליכים. הבקשה נדחתה מאחר והמבקש לא הרים את הנטל להורות שינוי נסיבות או להצביע על עובדות חדשות כלשהן אשר עשויות להפוך החלטה קודמת בעניין. במרץ 2003 בית המשפט בעקבות בקשת המדינה הורה על המשך המעצר לתקופה נוספת של 3 חודשים מכוח סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו - 1996 וזאת לאור חומרת העבירות המיוחסות בכתב האישום ורמת המסוכנות של הנאשמים:

"ואולם במקרה זה מדובר ברמת מסוכנות חריגה: גיוס כספים והעברתם לשם ביסוס התשתית האזרחית של החמא"ס, תשתית המאפשרת את הפעילות הטרוריסטית של ארגון זה, הפוגעת בביטחון מדינת ישראל והחיים בה. נוכח כל זאת, סבורני כי אין להסתפק בחלופת מעצר. ... מספר הנאשמים חומרתן היתירה של

⁴⁷ סעיף 5 להחלטה בבש"פ 7223/03 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). נאשם נוסף בפרשה, נאצר אגבריה, גם ערר על מעצרו. (בש"פ 7385/03, טרם פורסם). בית המשפט העליון דחה את הערר בשל מידת מעורבותו במימון הטרור ובשל מעמדו ההייררכי הגבוהה במנגנון המימון. מחומר הראיות עלה כי הנאשם שימש כחבר במועצת המנהלים של החברה שבאמצעותה העבירו כספים לגורמי הטרור בשטחים, לו היתה שליטה בחשבונות של החברה והוא היה מעורב באופן אינטנסיבי בפעילותה.

העבירות, והניהול התקין של המשפט תוך קביעת ישיבות נוספות רבות, מצדיקים את הארכת מעצרים של המשיבים.⁴⁸

2) המערכת הפיננסית הישראלית ומימון הטרור

קיימת סבירות גבוהה לכך שגופי המימון אשר מבקשים להעביר כספים לגורמי הטרור בשטחים עשויים לנצל למטרה זו מערכת פיננסית ישראלית ולכך ניתן למצוא תימוכין בחלק מהפרשות אשר הוזכרו קודם⁴⁹: הכספים מועברים על ידי בנק זר לחשבון המתנהל בישראל בבנק ישראלי ומשם לבנק בשטחים אשר ממנו פעילי הטרור יוכלו למשוך את הכספים. מאחר ובעבר בשטחים לא הייתה קיימת מערכת בנקאית מפותחת גורמי הטרור נאלצו להשתמש במערכת הפיננסית הישראלית למטרות המימון. למרות התפתחות של הבנקאות האסלאמית וריבוי של שלוחות הבנקים בשטחים עדיין נותר צורך בשלב "הישראלי" בהליך המימון⁵⁰. מערכת בנקאית ישראלית עלולה לשמש למטרה כפולה: מחד גיסא, הלבנת כספי הטרור והעברת כספים לגורמי הטרור בשטחים ומאידך גיסא, הברחת כספים שנמצאים ברשותם של ארגוני הטרור בשטחים ו"הלבנתם" מפני חשש להחרמה. בשני המקרים בנק ישראלי עלול לשמש צינור להעברה והברחה של כספי טרור.

גורמים אשר עוסקים במימון הטרור עלולים לנצל את היתרונות הקיימים בדין הישראלי כדי לבצע העברות כספיות מבלי לגלות את המטרה האמיתית של הפעילות הפיננסית. כדוגמא לכך, ניתן לציין את חובת הסודיות שביחסים בין בנק ללקוח, העדר שקיפות מלאה במסמכי התאגידים⁵¹, אפשרות לפעול שלא למטרות המוצהרות במסמכי היסוד של החברה או לחלופין לקבוע מטרה כללית בלתי מחייבת⁵², אפשרות לפעול שלא לפי שיקולים עסקיים ולא לחלק דיבידנד⁵³ וגם

⁴⁸ בש"פ 2637/04 מדינת ישראל נ' מחאג'נה ואח' (טרם פורסם), פסקה 11 להחלטה. (נכון ליום סיום כתיבת המאמר טרם ניתנה הכרעה בפרשה).

⁴⁹ פרשת בית אלמאל, להלן הערה 86, פרשת ראשי התנועה האסלאמית לעיל, הערה 47.

⁵⁰ הדבר עולה, בין היתר, מהעובדות המפורסמות בפרשת ראשי התנועה האסלאמית.

⁵¹ ובעיקר של החברות (להבדיל מעמותות אשר ספריהן חשופים לעיון הציבור).

⁵² ראה סעיף 11 לחוק החברות, תשנ"ט - 1999. (נציין כי דוקטרינה Ultra Vires בוטלה במשפט הישראלי עוד לפני חקיקתו של חוק החברות החדש).

⁵³ לגבי המוסדות ללא כוונת רווח ראה, למשל, סעיף 11(ב) לחוק החברות, תשנ"ט - 1999.

הוראות דין נוספות אשר בהסתמך עליהן גורמי הטרור עלולות להסתתר מאחורי הפרגוד של החוק ולהסוות את המטרה האמיתית של הפעילות הפיננסית מטעמם. טענות בדבר חופש העיסוק וסודיות עסקית מנעו בעבר את האפשרות לקרוא בספרי התאגידיים החשודים בלא צו שיפוטי מתאים. רפורמה חקיקתית נוספת אשר נוצלה לטובת המטרות הבלתי חוקיות הייתה רפורמה בשוק מטבע החוץ לפיה החל משנת 1998 ישראלים הורשו להחזיק מטבע זר וניירות ערך זרים בחשבונות מחוץ לישראל⁵⁴. לצד היתרונות אשר הרפורמה הביאה לעוסקים בישראל, הדבר הקל על קבלת הסיוע הכספי מחוץ לארץ לטובת ארגוני הטרור, הקשה על פיקוח על תנועת כספים חשודים.

(3) סיכום

ההתגברות של פעילות הטרור נגד ישראל בשנים האחרונות וגל של התקפות טרור ברחבי העולם הביאו לשינוי בתפיסה לגבי הטרור גם בישראל ולהבנה כי מלחמה בטרור של היום מחייבת בחינה מחודשת של הגישות והאמצעים נגד הטרור. מלחמה זו אינה אפשרית ללא פגיעה שיטתית בתשתיות הטרור כאשר אחת החשובות ביניהן היא התשתית הכלכלית וערוצי המימון של ארגוני הטרור. עם זאת, המתח בין הצרכים הביטחוניים של המדינה מחד גיסא, ולבין הזכויות הבסיסיות של הפרט מאידך גיסא, מעורר שאלות קשות בדבר האיזון הראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים ובדבר המחיר אשר החברה הדמוקרטית נדרשת לשלם במסגרת המאבק נגד הטרור.

הדין בישראל

כללי

הכלים המשפטיים המרכזיים להתמודדות עם מימון הטרור בישראל מצויים בשני דברי חקיקה ראשיים: **תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ופקודת מניעת טרור, תש"ח - 1948**. להבדיל ממדינות רבות בעולם⁵⁵, החקיקה הישראלית בתחום הטרור

⁵⁴ סעיפים 2 עד 6 לחוק הפיקוח על מטבע, תשל"ח - 1978 והיתר הפיקוח על המטבע, תשנ"ח - 1998.

⁵⁵ לעיל, הערה 4.

לא עברה שינויים משמעותיים בשנים האחרונות⁵⁶. הסדריה העיקריים שתקפים כיום נקבעו עוד בשנות ה-40 של המאה ה-20. הסמכויות המרכזיות להתמודדות עם מימון הטרור כוללות סמכויות תפיסה והחרמה של רכוש וכספים השייכים לארגוני הטרור או המיועדים לפעילות טרוריסטית. אנשים העוסקים במימון טרור, לרבות אלה שמגייסים את הכספים ומחלקים את הכספים לארגוני הטרור צפויים לסנקציות פליליות. פעילות המימון מוגדרת בחקיקה כסוג של תמיכה אסורה בארגון בלתי חוקי. הרוב המכריע של הסנקציות והסמכויות מותנות בקיומו של ארגון טרור ואינן יעילות במקרה שמדובר בפעילות חבלנית של יחידים שלא במסגרת הארגון.

אחד היתרונות המשמעותיים של החוק הישראלי בתחום מניעת מימון הטרור טמון בכך שניתן להכריז על הגוף המממן עצמו כארגון בלתי חוקי, וזאת גם אם פעילותו במהותה הנה פיננסית-כלכלית גרידא ואינה כרוכה בהפעלת אלימות, איומים, תכנון פיגועים או בתעמולה אסורה. הדבר מרחיב במידה ניכרת את המגוון הסנקציות אשר ניתן להפעיל כנגד הגוף המוכרז וכנגד החברים באותו גוף, הרי בעקבות ההכרזה לא נדרשת עוד הוכחה בדבר התמיכה בגורמי טרור מצד אותו גוף ועצם החברות בו אסורה על פי חוק. במקרים בהם ארגון הטרור הנתמך כבר הוצא מחוץ החוק, ניתן להכיר בגוף התומך כסניף או כפלג של הארגון המוכרז בהיותו בפועל זרועו אזורית-כלכלית של ארגון טרור. בעניין זה ניתן להסתמך על הכרזה קיימת אשר חלה גם על כל הצירופים של הארגון המוכרז, וזאת גם אם שמותיהם לא צוינו במפורש בגוף ההכרזה. יתרון נוסף נובע מכך שחוק ישראלי מאפשר להכריז גם על גופים אשר יושבים במדינות זרות ופועלים נגד ישראל כארגונים בלתי חוקיים. סנקציות של תפיסה והחרמה אכן כפופות למגבלות טריטוריאליות. עם זאת, ההכרזות משמשות בסיס לפעולות הננקטות בישראל נגד כספי טרור שמגיעים מחוץ לישראל וגם מקימות עילה להעמדה לדין של אנשים המעורבים במימון טרור בגין עבירות של חברות ופעילות בארגון טרור.

⁵⁶ עם זאת, במהלך השנים האחרונות אכן הוגשו מספר הצעות חוק בנושא טרור ובהם גם הצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ד - 2003 אשר נועד לחזק ולייעל את הכלים המשפטיים בתחום של מימון טרור. הצעת החוק תידון בהרחבה בהמשך, בפרק "הדין המצוי מול הדין הרצוי: הלשמות לניתוח הביקורת".

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

1) כללי

תקנות ההגנה הנן דבר חקיקה מתקופת המנדט הבריטי אשר נקלט במשפט הישראלי עם קום המדינה בשנת 1948 מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948. מעמדן של התקנות כיום הנו דבר חקיקה ראשי. תקנות ההגנה חלות גם בשטחים המוחזקים בהיותן דין אנגלי אשר המשיך לחול בשטחים לאחר ביטול המנדט⁵⁷. כיום נוסח של תקנות ההגנה שחלות בשטחים ובישראל כמעט וזה למעט הוראות בודדות אשר תוקנו במהלך השנים⁵⁸.

2) רקע היסטורי⁵⁹

סימן 6(1) לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל (הגנה), 1937⁶⁰, נתן בידי הנציב העליון שיקול דעת בלתי מוגבל להתקין תקנות במטרה להבטיח הגנה על ביטחון ארץ-ישראל, שמירה על סדר ציבורי, דיכוי התקוממויות ופרעות והספקה של שירותים חיוניים לציבור. כמו כן, נקבע באותו חוק כי התקנות אשר יותקנו לפיו יעמדו בתוקף על אף ניגוד לכל חוק אחר⁶¹. בשנת 1945 התקין הנציב העליון את תקנות ההגנה (שעת חירום) אשר היו בתוקף בכל שטח הנתון למנדט הבריטי. תקנות אלה העניקו לשלטונות, ובהם גם למפקד צבאי, סמכויות רחבות ביותר בעניין מעצרים, חיפושים, גירוש, תפיסה והחרמה של רכוש, הריסת בתים, סגירת מקומות ושטחים, פיקוח על תנועה של אנשים וכלי רכב, צנזורה גם סמכויות נוספות. מלבד הסמכויות בתקנות נקבעו עבירות פליליות מגוונות אשר סמכות השיפוט בהן הייתה נתונה לבתי משפט צבאיים⁶².

⁵⁷ לעניין תחולתן של התקנות בשטחים המוחזקים ראה בהמשך, פרק "דין שחל בשטחים".

⁵⁸ ראה להלן, הערה 67.

⁵⁹ להרחבה: מ', הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק (, מהדורה שניה, נבו הוצאה לאור, תשס"א) 77 - 91 (להלן - מ' הופנונג); מ' כהן, "מעשי טלאים בדיני החירום", משפטיים כ"ט (תשנ"ט) 623, 638 - 641 (להלן מ' כהן).

⁶⁰ ע"ר, 1937, תוס' 2, (ע) 227, (א) 267.

⁶¹ שם, סימן 6(4).

⁶² בעיקבות החלטה של היועץ המשפטי לממשלה מפברואר 1999 הופסקה פעילותו של בית משפט צבאי המוסמך לדון בעבירות לפי תקנות ההגנה אשר בוצעו בישראל (בית משפט צבאי בלוד).

הפעלת הסמכויות לפי התקנות הביאה להגבלות משמעותיות בזכויות הבסיסיות של הפרט ולפיכך, כבר בתקופת התקנתן על התקנות נמתחה ביקורת חריפה. כך בשנת 1946 עורכי דין עבריים התנגדו לתקנות בטענה כי הן שוללות מתושבי ארץ-ישראל את חירויותיהם הבסיסיות בשל הסמכויות הקיצוניות והחורגות אשר נקבעו בהן. התקנות שימשו את השלטונות המנדטוריים במאבקם נגד המחותרות היהודיות. קולות המתנגדים לתקנות ההגנה הושמעו גם לאחר קום המדינה. לדעתם, לא היה מקום להכיר בהמשך תחולתן מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט מאחר והן סותרות עקרונות דמוקרטיים בסיסיים ואינן מתיישבות עם עצם הקמתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁶³ בשנת 1951 הכנסת הראשונה קיבלה החלטה לבטל את התקנות. עם זאת, הצעת חוק אשר הוגשה בעניין זה התקבלה.⁶⁴ נראה כי אחת הסיבות המרכזיות לכך נבעה מהצרכים הביטחוניים הדחופים של המדינה באותה תקופה.⁶⁵ לאורך השנים הועלו מספר הצעות לתיקון ולביטול התקנות⁶⁶ אך בפועל התיקון הראשון התקבל רק בשנת 1979 עם חקיקת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979.⁶⁷ על אף שתקנות ההגנה לא בוטלו, עם השנים התגבשה תפיסה לפיה התקנות פורשו על פי עקרונות היסוד של המערכת המשפט הישראלית ורשויות המדינה חויבו לכבד ולקיים את הזכויות הבסיסיות של הפרט גם במסגרת השימוש בתקנות.⁶⁸

"תקנות ההגנה הן כיום חלק מדיניה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע של עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית. ... תקנות ההגנה עניינן ביטחון המדינה. ... בטחון המדינה

⁶³ כך, למשל, ראה את טענות העותרים בבג"ץ 1/48 קוק ואח' נ' שר הביטחון ואח', המשפט, כרך שלישי (1948), 307.

⁶⁴ הצעת חוק לביטול חקיקת חירום בריטית (ענייני ביטחון), תשי"א - 1951.

⁶⁵ ע"פ 307/73 סולטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 794, 797.

⁶⁶ א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז), 262-264 (להלן: א' רובינשטיין וב' מדינה).

⁶⁷ במסגרת התיקון בוטלו תקנות בדבר המעצר המנהלי והנושא הוסדר בחוק נפרד - חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979.

⁶⁸ בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנור הצבאי הראשי, פד"י מב(4), 617, 628. בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693. י' זמיר, "זכויות האדם וביטחון המדינה", משפטים י"ט (תשמ"ט) 17, 29-33 (להלן: י' זמיר).

והסדר הציבורי אינם דוחקים ואינם שוללים את תחולתם של עקרונות היסוד. הם משתחזרים בתוכם, משפיעים על עיצובם ומתאזנים במסגרתם”⁶⁹

על אחת כמה וכמה הדברים נכונים גם כיום לאחר חקיקתם של חוקי היסוד החדשים.

3) סמכויות נגד מימון הטרור

בתקנות ההגנה נקבעו הסדרים נרחבים המקנים למדינה כלים משפטיים מגוונים במאבק נגד ארגוני הטרור וגם נגד יחידים המעורבים בפעילותם. בין היתר, התקנות מאפשרות לפעול נגד התשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור ולהעמיד לדין את המעורבים בפעילות המימון של ארגוני הטרור. חלק ניכר מהסמכויות והעבירות מותנות בהוכחת קיומה התאחדות בלתי מותרת כהגדרתה בתקנה 84(1).

(א) הכרזה על התאחדות בלתי מותרת

בתקנה 84(1) נקבעה הגדרה של התאחדות בלתי מותרת ולפיה ניתן להכריז על גוף כהתאחדות בלתי מותרת גם אם אינו מאוגד על פי החוק. לפיכך, לעניין התחולה של סמכות ההכרזה אין ליחס משמעות לשאלה אם מדובר באגודה פוליטית או עמותה הומניטרית. המבנה הפורמלי של הארגון ומטרותיו המוצהרות אינם יכולים למנוע הכרזה כאשר הם משמשים רק כמסך להסוואת המטרות האמיתיות ולפעילות הבלתי חוקית של הארגון. כל חבר בני אדם, בין שהוא מאוגד ובין שאינו מאוגד, ייחשב להתאחדות בלתי מותרת אם מתקיימים לגביו אחד משני התנאים: שר הביטחון הכריז עליו שהוא התאחדות בלתי מותרת⁷⁰, או שמדובר בחבר בני אדם אשר ממליץ, מסית או מעודד בחוקתו ובתעמולתו את אחת הפעילויות הבלתי מותרות המפורטות בתקנה, כולל מיגור מדינת ישראל בכוח זרוע או באלימות, הסתה לאיבה כלפי ממשלת ישראל או כנגד עובדיה, פגיעה ברכושה של ממשלת ישראל ומעשי טרור נגד ממשלת ישראל או כנגד עובדיה⁷¹. גוף אשר עוסק במימון

⁶⁹ בג”ץ שניצר, שם.

⁷⁰ תקנה 84(1)(ב).

⁷¹ תקנה 84(1)(א).

הטרור עונה על הגדרה של התאחדות בלתי מותרת ובהיותו מעודד את פעילות הטרור וזאת גם אם אינו מעורב במישרין בתכנון וביצוע של מעשי טרור. באשר ליחס בין שתי החלופות הללו ניתן לומר כי סמכות ההכרזה של שר הביטחון אינה מוגבלת לעילות המפורטות בתקנה 84(1)(א) ולה כוח קונסטיטוטיבי. הכרזה אינה משמשת כחוקה לכך שהגוף המוכרז נוקט באחת הפעולות האסורות המפורטות בתקנה אלא כחוקה חלוטה כי הגוף המוכרז הנו התאחדות בלתי מותרת. על כך ניתן ללמוד גם מהשוות ההסדרים הרלוונטיים שבתקנות ההגנה ובפקודת מניעת טרור, אשר בה נקבע במפורש כי הכרזה על ארגון טרוריסטי מקימה חוקה הניתנת לסתירה⁷². תחולתה של סמכות ההכרזה על פי תקנות ההגנה הנה עצמאית ובאמצעותה ניתן להרחיב את ההגדרה של התאחדות בלתי מותרת מעבר לנסיבות המפורטות בתקנה 84(1)(א). כך בפסק דין בעניין ירדור⁷³ נפסק כי שיקול דעת של שר הביטחון להכריז על ארגון כהתאחדות בלתי מותרת אינו מוגבל לנסיבות המפורטות בתקנה 84(1)(א). לפיכך, בהתאם למטרות של תקנות ההגנה ניתן להכריז על ארגון כהתאחדות בלתי מותרת בהסתמך על כל נימוק ביטחוני ענייני אחר, כל עוד מדובר בארגון אשר מהווה סכנה לביטחון המדינה או לשלום הציבור.

יש לציין, כי כיום פרשנות זו אינה נקיה מספקות⁷⁴. ראשית, לאור השינוי במעמד החוקתי של זכויות היסוד שלאחר חקיקתם של חוקי היסוד החדשים אנו נדרשים לבחינה מחודשת של האיזון שבין הזכויות הבסיסיות לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, לרבות האינטרס הביטחוני. במסגרת האיזון החדש ניתן יותר משקל לזכויות היסוד תוך צמצום בהיקף הסמכויות הקיימות אשר עלולות לגרום לפגיעה בהן וזאת, בין היתר, בדרך של פרשנות. ההכרזה בדבר התאחדות בלתי מותרת מגבילה באופן משמעותי את הזכויות הבסיסיות של אדם אשר מבקש להיות חבר באותו ארגון: הן את הזכות לחופש הביטוי ולחופש ההתאגדות אשר נגזרת ממנה והן

⁷² סעיף 8 סיפא לפקודה. הסעיף יידון בפירוט בהמשך. ראה גם ע"פ 49/58 חרותי נ' היועמ"ש, פ"ד יב(2) 1541.

⁷³ בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 374.

⁷⁴ לעניין הפרשנות של סמכות ההכרזה של השר על פי השיקולים של תקנה 82(1)(א) ראה מ' צור, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999), 48.

זכויות אחרות, לרבות זכות לחירות אישית ולקניין, מאחר וההכרזה עשויה לשמש גם כבסיס לנקיטת סנקציות פליליות ומנהליות נגד חברי הארגון ונגד רכושם. שנית, מגוון הנסיבות המפורטות בתקנת-משנה (1)(א) הנו רחב מספיק כדי לייחוס פעילות של ארגון טרור או פעילות התומכת בטרור לאחת הנסיבות כאמור. לפיכך, לאור הפגיעה בזכויות הבסיסיות של הפרט המשתמעת מההכרזה והתחולה הרחבה של תקנת-משנה (1)(א), ניתן להעדיף את הפרשנות המצמצמת את סמכות ההכרזה של שר הביטחון לעילות המפורטות בתקנת-משנה (1)(א).

מימון הטרור לא הוזכר במפורש בהגדרה של התאחדות בלתי מותרת כסוג של פעילות אסורה. אך מאחר ומדובר בפעילות אשר היא בגדר עידוד ותמיכה ישירה בטרור עדיין ניתן להכיר בגוף העוסק במימון טרור כהתאחדות בלתי מותרת וזאת הן במסגרת ההגדרה של התאחדות בלתי מותרת והן על ידי הכרזה של שר הביטחון.⁷⁵ בפועל אכן נעשה שימוש נרחב בסמכות ההכרזה נגד הגופים אשר עסקו במימון טרור בישראל.⁷⁶ אחד היתרונות המשמעותיים שבהכרזה על גורמי המימון כהתאחדות בלתי מותרת לעניין המאבק במימון הטרור וחסמת ערוצי המימון נעוץ בכך שלאחר ההכרזה לא נדרש עוד להוכיח את היעד העתידי של הכספים אלא רק את מקורם, דהיינו את זהותו של הגוף אשר אסף והעביר כספים לגורמי הטרור הפועלים נגד ישראל.

הכרזה על ארגון כהתאחדות בלתי מותרת חלה על כל הסניפים והפלגים של הארגון המוכרז.⁷⁷ לפיכך, באותם מקרים בהם הגוף המממן משמש בפועל כזרוע כלכלית-אזרחית של ארגון טרור, לא נדרשת מבחינה פורמלית הכרזה חדשה ולצורך הפעלת הסנקציות נגד אותו גורם מימון ניתן להתבסס על ההכרזה הקיימת.⁷⁸ למען

⁷⁵ לפיכך בעניין סמכות ההכרזה של שר הביטחון לא תתעורר שאלה בדבר חוקיות ההכרזה בשל חריגה מהגדרה של התאחדות בלתי מותרת לפי תקנת משנה 84(1)(א).

⁷⁶ ראה לעיל, בתת פרק "מימון הטרור בישראל" - "רקע". גופים רבים אשר עסקו במימון ארגוני הטרור הוכרזו כהתאחדות בלתי מותרת וביניהם: אגודות הצדקה של חמא"ס, חברת בית אלמאל (להלן, הערה 86), מספר של קרנות זרות (לעיל, הערה 39) וגופים נוספים.

⁷⁷ תקנה 84(1)(ב) סיפא.

⁷⁸ דוגמאות להכרזה על גופי מימון תוך הרחבה של הכרזות קיימות: הכרזה על אגודות הצדקה של חמא"ס, הכרזה על ארגון "אלכתלה אלאסלמייה" (הוכרז באוגוסט 2000 בגין ניהול הסברה ותעמולה של טרור ומעורבות בגיוס של חברים חדשים לחמא"ס. עיקר פעילותו נתקיימה במוסדות להשכלה

הסר ספק עדיין יהיה צורך לתקן את ההכרזה הקיימת ולציין בה את השם של אותו גוף שעוסק במימון הטרור. מבחינה מעשית אין הבדל של ממש בין תיקון של הכרזה קיימת לבין הכרזה חדשה לצורך נקיטת סמכויות החרמה נגד הארגון או העמדה לדין של חברי הארגון. עם זאת, לשיוך מפורש של גוף מממן לארגון טרור מוכר יכול להיות ערך הסברתי לא מבוטל. על מנת לתקן את ההכרזה או לנקוט פעולה ישירה נגד אותו גורם מימון אשר הוא סניף או זרוע של התאחדות מוכרת ואשר שמו טרם ציון בהכרזה, יהיה צורך לבסס את זיקתו להתאחדות בלתי מותרת. הכלל של תחולה על סניפים וצירופים אינו חל בכיוון הפוך והכרזה על חלק או זרוע אחת של ארגון אינו הופך אוטומטית את הארגון כולו לבלתי חוקי.

סמכות ההכרזה על התאחדות בלתי מותרת חלה גם על גופים אשר יושבים מחוץ למדינה אך עונים על תנאים של תקנה 184(1). אכן בפועל נעשה שימוש בסמכות זו כלפי ארגונים זרים אשר עסקו בהסתה נגד ישראל ובמימון גורמי הטרור הפועלים נגד ישראל⁷⁹. לסמכות ההכרזה תחולה פרסונאלית ולא טריטוריאלית וזאת בהתאם למהותה ולמטרתה של הסמכות. את הזיקה הטריטוריאלית ואת ההצדקה להרחבת תחולתה של הסמכות מחוץ לגבולות המדינה ניתן לבסס על אופן הפעילות של אותם ארגונים, על מטרותיהם האנטי-ישראליות ועל הסיכון לביטחון המדינה הנובע מפעילותם. להבדיל מסמכות ההכרזה, סמכויות בדבר החרמת רכוש השייך להתאחדות בלתי מותרת חלות רק לגבי הרכוש שנמצא בישראל, וזאת גם אם מדובר ברכוש השייך לארגונים זרים אשר הוכרו כהתאחדות בלתי מותרת. לפיכך, ניתן יהיה לתפוס בישראל ולהחרים כספים המיועדים לגורמי הטרור הפועלים נגד ישראל גם אם מקור הרכוש נמצא מחוץ לארץ.

גבוהה), בכרזה על מערכת עיתון "פלסטין אלמסלמה" (העיתון הודפס בבריטניה והופץ בשטחים. הוא שימש את ארגון חמאס להפצת דברי הסטה, קריאות להסלמה במאבק נגד ישראל, עודד פעולות טרור נגד מטרות ישראליות, פרסם דברי שבח בעקבות מעשי טרור בולטים).

⁷⁹ כך למשל, ארגון אל קאעדה הוכרז ב-4 לאוקטובר 2001 כהתאחדות בלתי מותרת בישראל ובשטחים. במאי 1997 הוכרו ארבעה קרנות זרות אשר עסקו במימון גורמי טרור שפעלו נגד ישראל (לעיל, הערה 39).

(ב) סמכויות ההחרמה בעקבות ההכרזה

תקנה 84(2) קובעת מערכת שלמה של סמכויות בדבר איתור, תפיסה והחרמה של רכוש וכספים אשר משמשים או מיועדים לשמש התאחדות בלתי מותרת. מטרתה של התקנה היא להבטיח אכיפה יעילה של ההכרזה על התאחדות בלתי מותרת תוך פגיעה בבסיסה הכלכלי ונטרול הסיכון הנובע מהשימוש בנכסיה. הגדרת הרכוש לפי התקנה הנה רחבה במיוחד וכוללת כל סוגים של נכסים ובהם מטלטלין ומקרקעין, כספים, ניירות ערך וזכויות, לרבות הזכויות העתידיות⁸⁰. כפי שנאמר קודם, עצם ההכרה בחבר בני אדם כהתאחדות בלתי מותרת אפשרית גם ללא הכרזה מאת שר הביטחון בתנאי שהטוען לקיומה של התאחדות יוכיח את האחת הנסיבות המפורטות בתקנה 84(1)(א). ואולם, ההכרזה מהווה תנאי הכרחי לצורך הפעלת הסמכויות על פי תקנה 84(2).

תקנה 84(2) רישא קובעת כי עם כניסתה לתוקף של ההכרזה מאת שר הביטחון לפי תקנת-משנה 81(1)(ב) ייגרמו התוצאות כדלקמן: ראשית, אדם אשר בחזקתו או במשמרו נמצא כל רכוש של התאחדות בלתי מותרת, לרבות חשבון בנק או פיקדון, או שהוא עשוי או יהיה עשוי לשלם כל סכום להתאחדות בלתי מותרת, מחויב תוך 48 שעות לשלוח בדואר רשום הודעה על כך לשר האוצר⁸². לשר האוצר סמכות להורות על החרמה של רכוש או כספים כאמור וכן הוא מוסמך לתת כל הוראה בעניין חזקתם או העברתם. סמכויות אלה אינן מותנות במתן ההודעה על ידי המחזיק⁸³. תקנת-משנה 82(ג) אוסרת על סילוק חזקה או שליטה ברכוש ובכספים כאמור או ביצוע פעולה כלשהי לגביהם ללא אישור של שר האוצר. הוראה זו נועדה למנוע ניסיונות הברחת נכסים בשל חשש להחרמה. על פי תקנת-משנה 82(ד) כל שוטר ואדם אשר הוסמך לכך על ידי שר האוצר רשאים להיכנס לכל מקום, לבצע חיפושים ולקנות חזקה ברכוש אשר שייך או מיועד להתאחדות בלתי מותרת, לרבות

⁸⁰ תקנה 84(2)(א)

⁸¹ למרות העדר הוראה מפורשת בתקנות (להבדיל מחובת פירסום לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור) הכרזות, בהעדר מניעה ביטחונית, מתפרסמות ברשומות.

⁸² תקנה 84(2)(א).

⁸³ תקנה 84(2)(ב)

כל תעודה המתייחסת לרכוש כזה וזאת עד למתן הוראה אחרת על ידי שר האוצר. תקנת-משנה (ה)2(ה) מקנה לשר האוצר וגם לכל אדם אשר פועל מטעמו, על פי הוראותיו כלליות או מיוחדות, סמכות לדרוש מסירת ידיעות לגבי הרכוש החשוד. תקנה זו, להבדיל מתקנת-משנה (א)2(א) אשר קובעת חובת דיווח פוזיטיבית של המחזיק ברכוש, מאפשרת לדרוש ולקבל מידע לגבי הרכוש החשוד מצדדים שלישיים, כגון בנקים או מוסדות פיננסיים אחרים⁸⁴. תקנת-משנה (ו)2(ו) קובעת כי אדם אשר מפר את הוראות התקנה או כל הוראה או דרישה לפיה או שמוסר ידיעה כוזבת עובר עבירה על פי התקנות.

הלשון ההחלטית של התקנה⁸⁵ ותכליתם של הליכי ההחרמה אשר הנם חיוניים לאכיפה יעילה של ההכרזה מצביעות על כך שסמכויות ההחרמה על פי תקנה 84(2) הנן סמכויות שבחובה והליכי ההחרמה בעקבות ההכרזה מופעלים באופן אוטומטי. שיקול דעת של שר האוצר יופעל רק לעניין הגדרת הרכוש האסור ולעניין הטיפול בו לאחר תפיסתו במסגרת הליכי החרמה. אחד הקשיים המשמעותיים אשר עשויים להתעורר בהקשר זה הוא הצורך להפריד בין רכוש אשר מיועד לארגון טרור לבין רכוש השייך לצדדים שלישיים אשר התערבב עמו, וזאת בין אם מדובר בכספים המצויים בחשבון בנק ובין אם מדובר בכספים אחרים. סמכויות ההחרמה על פי התקנות חלות רק על הרכוש האסור השייך או המיועד לגורמי טרור ולא ניתן יהיה להפעילן ללא הפרדה ברורה בין הנכסים.

את הסמכויות על פי תקנה 84(2) ניתן להפעיל הן כלפי רכוש שנמצא בידי ארגון טרור מוכרז והן כלפי רכוש אשר טרם הגיע לרשותו אך הוא מיועד לו. ניתן לעצור ולהחרים נכסים בשלב מוקדם, לפני שחברי הארגון קנו בהם חזקה או זכות פורמלית,

⁸⁴ מתעוררת השאלה לא פשוטה בדבר היחס בין חובת דיווח לפי תקנה 84(2)(א) וסמכות לדרוש ידיעות על פי תקנה 84(2)(ה) לבין חובת הסודיות של המחזיק במידע אשר בניגוד לחובתו זו עשוי להדרש לגלות עניין עסקי או עניין אישי אחר של לקוחו. נראה כי סמכויות אלו גוברות על חובות הסודיות. כך גם לפי הוראה של סימן 6(4) לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל (הגנה), 1937 חובה אשר נקבעה בתקנות או מכוחן גוברת על כל הוראת דין אחרת, (ראה לעיל, הערה 61). שאלה נוספת היא האם ניתן לבסס על תקנה 84(2)(ה) גם חובת דיווח פוזיטיבית כללית של בנקים ומוסדות פיננסיים אחרים אשר לכאורה עשויים להחזיק במידע אודות רכוש המיועד לגורמי הטרור.

⁸⁵ ראה לשון התקנה 84(2): "עם כנסיתה לתקפה של אכרזה ... תנבענה הנוצאות הבאות" (ההדגשה אינה במקור, א.א.).

למשל, לאחר שהכספים המיועדים לארגון טרור שיושב בשטחים הועברו ממדינה זרה לחשבון בנק בישראל. זאת ועוד, גם אם לא יוכח הקשר ישיר בין הבעלים הפורמליים לבין ארגון טרור עדיין ניתן יהיה להחרימם את הכספים המיועדים לארגון טרור. לצורך הפעלת הסמכויות לא נדרשת ידיעה בפועל או בכוח של המחזיק בכספים בשלב תפיסתם אלא רק הוכחת היעוד הבלתי חוקי של הכספים בפועל.

אחת פרשות המפורסמות בנושא מימון ארגוני הטרור בארץ הנה פרשת **בית אלמאל**. ביום 20 במאי 1998 חברת "בית אלמאל" הוכרזה על ידי שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה בשל היותה חלק מתשתית הטרור של ארגון חמא"ס. אלוף פיקוד מרכז ואלוף פיקוד דרום חתמו על הכרזות דומות אשר הוציאו את החברה מחוץ לחוק גם באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה. שר האוצר הסמיך את משטרת ישראל לתפוס חזקה ברכוש החברה ולאחר מכן כלל נכסיה של בית אלמאל הוחרמו לטובת אוצר המדינה. מדובר בחברה פיננסית אשר פעלה בשטחים ובפועל שימשה כמוסד כלכלי של חמא"ס, שירתה את מטרותיו של הארגון בתחום הפיננסי, לרבות העברת כספים לפעילי חמא"ס, והקימה תשתיות כלכליות תומכות. החברה העבירה באופן שיטתי כספים לאגודות ולועדות הצדקה שהיו בשליטת חמא"ס. רוב מייסדי החברה ובעלי השליטה בה היו מזוהים עם הנהגת חמא"ס. בחודש יוני 1998 חברת בית אלמאל השיגה על ההכרזה של שר הביטחון ולצורך בחינת ההשגה מונתה ועדה מיוחדת בראשות אלוף (מיל') ורדי. לאחר הבחינה המחודשת של הנסיבות ושל הנימוקים אשר עמדו ביסוד ההכרזה ההשגה נדחתה.

מספר חודשים לאחר מתן ההכרזה בית אלמאל הצליחה להעביר לחברת **אלמנאר לפיתוח והשקעות בע"מ** סכום בסך של 1 מיליון דולרים. כמו כן התברר, כי סכום זה הועבר על ידי אלמנאר לחשבונה של בית אלמאל תקופה מסוימת לפני מתן ההכרזה בצורה של השקעה עסקית. סניף של בנק בו התנהל חשבון של אלמנאר ואשר אליו נעשתה ההעברה האחרונה הצטוו להעביר את החזקה בחשבון לידי משטרת ישראל. בטרם הוצאת צו החרמה מאת שר האוצר נערך הליך שימוע בפני היועצת המשפטית של משרד האוצר אך במסגרתו הטענות של אלמנאר נדחו. כנגד צו החרמה הוגשה עתירה לבג"ץ. על פי טענת העותרים הכספים הועברו

לידי בית אלמאל במסגרת הסכם נאמנות ולפיכך הבעלות בכספים מעולם לא עברה לבית אלמאל. במסגרת הדיונים בתיק בית המשפט נדרש לעיין בחומר חסוי אשר שימש בסיס להליכי ההחרמה. העתירה נדחתה ובית המשפט קבע כי מדובר בהסכם הלוואה ולא בהסכם נאמנות⁸⁶. השופטים ציינו כי הקביעה העקרונית בתיק נעשתה דווקא על בסיס חומר ראיות גלוי, הידוע היטב לעותרת ודחה את טענתה בדבר הפגיעה בזכויותיה הדיוניות. כמו כן, שופטים ציינו, כי לפי חומר הראיות בעלי השליטה באלמנאר ידעו היטב בזמן עשיית העסקה כי מדובר בארגון התומך בפעילות טרור והטענה היחידה אשר יכולה לעמוד לעותרת היא רק כלפי חברת בית אלמאל ולא כלפי המדינה.

יש לציין כי למרות חומרת הנסיבות, המעורבים בפרשת בית אלמאל לא הועמדו לדין בגין פעילות מימון טרור. הקביעה של בית המשפט העליון, אשר לכאורה התבססה על ניתוח היחסים החוזיים בין אלמאל לאלמנאר, הנה קביעה עקרונית לעניין אופן הפעלת סמכויות ההחרמה. הפרשנות של נסיבות המקרה ניתנה על ידי בית המשפט בהתאם למטרותיה ולתחולה הרחבה של תקנה 84. ביסוד ההחלטה של בית המשפט העליון בעניין הנדון עמדה הגישה ביחס לרכוש ולגורמים שמעורבים במימון טרור, לפיו המטרה האמיתית הבלתי חוקית של הפעולה הפיננסית היא זו שקובעת לעניין סמכויות החרמה ולא הצורה החיצונית אותה לובשת הפעולה עצמה.

(ג) החרמה והריסה של רכוש לפי תקנה 120

מקור סמכות נוספת, המאפשרת פגיעה בתשתיות הכלכליות של גורמי הטרור הנה תקנה 120. התקנה מסמיכה את שר הביטחון להורות על החרמת רכוש, כולו או מקצתו, של כל אדם אשר עבר, ניסה לעבור או חיזק את ידי העוברים, או שהיה שותף לאחר המעשה לעוברים עבירה על תקנות ההגנה, אשר בה כרוכות אלימות או הטלת אימה⁸⁷ או עבירה אשר נדונים עליה בבית משפט צבאי⁸⁸. לפיכך, אדם אשר

⁸⁶ בג"ץ 1656/00 חברת אלמנאר לפיתוח והשקעות בע"מ נ' שר האוצר (לא פורסם).

⁸⁷ ראה למשל תקנות 58(א) ו-1(ב), 59(ד), ו-63 לתקנות ההגנה.

עוסק במימון טרור יהיה צפוי לסנקציה של החרמה על פי התקנה בשל תמיכתו בפעילות טרור. להבדיל מתקנה 84(2) תחולתה של תקנה 120 אינן מותנית בהכרזה על התאחדות בלתי מותרת. בעל הסמכות להורות על החרמת רכוש על פי התקנה נדרש להשתכנע כי אותו אדם תמך או שבעצמו היה מעורב בביצוע עבירה כנדרש בתקנה. לפיכך, תקנה 120 מאפשרת נקיטת סנקציה גם נגד יחידים ולא נדרש להוכיח קיומה של התאחדות בלתי מותרת. כלומר, במקרה זה הסנקציה מופעלת לא נגד רכוש של ארגון אשר הוכרז כבלתי חוקי, בין אם זה ארגון טרור עצמו או גוף מימון, אלא כנגד כל גורם אשר תומך בפעילות בלתי חוקית. השימוש בסמכות אינו מותנה בהרשעה בגין העבירה כלשהי. רמת הראיות הנדרשת לעניין הפעלת תקנה 120 הנה נמוכה מזו הנדרשת במסגרת הליך פלילי ודי בקיומה של תשתית ראיתית ברמה של ראיה מנהלית⁸⁹.

רכוש אשר ניתן להחרימו על פי התקנה כשלעצמו אינו בהכרח אמור לשמש למטרות בלתי חוקיות. סמכות החרמה על פי תקנה 120, להבדיל מסמכויות על פי תקנה 84(2) אשר להן אופי מניעתי מובהק, הנה בעלת אופי הרתעתי-עונשי ולכך יש השלכות ישירות על אופן הפעלתה⁹⁰. בהתאם לאופייה החורג של הסמכות וכתנאי

⁸⁸ תקנה 15 לתקנות ההגנה. הגדרתה של "עבירה צבאית" נקבעה בתקנה 2 ולפיה עבירה צבאית היא כל עבירה על תקנות ההגנה אשר לא נידונים עליה בבית משפט אזרחי (שלום או מחוזי). תקנה 15 מקנה סמכות שיפוט לבית משפט צבאי לגבי כלל העבירות שנקבעו בתקנות. תקנה 68 קובעת כי, מבלי לגרוע מן האמור בתקנה 15, לבתי משפט אזרחיים יהיה סמכות שיפוט לגבי כלל העבירות למעט אלה שהוכרוזו על פי תקנה 57 כנתונות לשיפוט בבית משפט צבאי בלבד (מדובר בעבירות של פרק ג' לתקנות אשר נוגעות בעיקר לשמירה על ביטחון וסדר ציבורי). לפיכך, נראה כי לכאורה קיימת סתירה בין התקנות. מחד גיסא, תקנה 2 מוציאה עבירה אזרחית כהגדרתה בתקנה 68 מהגדרה של עבירה צבאית ומאידך גיסא, תקנה 15 מחילה שיפוט צבאי על כלל העבירות המופיעות בתקנות. הפרשנות המקובלת כיום לתקנות ההגנה הנה כי כל העבירות הנן עבירות צבאיות. פרשנות זו אינה נקיה מספקות. עם זאת, ברור כי מטרתה של תקנה 68 הייתה להגדיר את סמכות השיפוט של בתי משפט אזרחיים מבלי לפגוע בסמכותה של מערכת השיפוט הצבאית ועל כן ניתן ללמוד תקנה 68 רישא בעניין שמירת הסמכות לפי תקנה 15. לענייננו, הפרשנות המצמצמת לפיה תחולתה של תקנה 120 תוגבל לעבירות שבפרק ג' נראית פחות מתקבלת על הדעת. הפרשנות לפיה התקנה 120 תחול לגבי כלל העבירות המנויות בתקנות ההגנה מתיישבת יותר עם כוונת המחוקק המנדטורי ועם מטרתה של התקנה כאמצעי הרתעתי וגם מניעתי לאכיפת הסדר ושמירה על הביטחון.

⁸⁹ בג"ץ 802/89 שוקי עלי אהמד נסמאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מג(4) 461, 465, בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442, בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון מח(1) 217. בפסקי דין אלה נידונה שאלת החוקיות של צווי הריסת בתים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה. מדובר בסמכות דומה לסמכות החרמה על פי תקנה 120 לאור הלשון והמטרה של התקנות ולפיכך ניתן לגזור מפסיקה בעניין תקנה 119 גם לעניין תקנה 120.

⁹⁰ אופן הפעלת הסמכות יידון בפירוט בהמשך בפרק.

להפעלתה, יש להראות כי בעל הרכוש היה מודע למעשיו בזמן ביצוע העבירה או בזמן הענקת סיוע למבצעים⁹¹. לענייננו, אין צורך להוכיח כי כספים או רכוש המוחרמים נועדו לשרת את ארגוני הטרור אלא די בכך שבעל הרכוש היה מעורב בעבר בתמיכה בגורמי הטרור. לפיכך, תקנה 120 מאפשרת להחרים רכוש של כל אדם וכל גוף⁹², בין שהוא מאוגד ובין שאינו מאוגד, אשר עסקו במימון טרור בעבר וכך לשלול מהם אמצעים להמשך התמיכה בטרור וגם להרתיע אחרים מעיסוק במימון טרור. הפעלת הסמכות עשויה לגרום לקריסה כלכלית של גוף אשר רכושו הוחרם וכפועל יוצא מכך להפסקת פעילותו.

בפרשה תקדימית בעניין **ועדת ההצלה (הסיוע) האיסלאמית**⁹³ משנת 1996, הוגשה עתירה לבג"ץ בעקבות הוצאת שני צווים לפי תקנות 120 ו-129 לתקנות ההגנה אשר בהם ניתנו הוראות בדבר סגירת משרדיה של הועדה בנצרת והחרמת כלל רכושה לאוצר המדינה. בית המשפט קבע על סמך החומר הראיתי אשר הובא בפניו, כי העותרת עסקה במתן סיוע כספי לגורמי הטרור ולבני משפחותיהם של המחבלים אשר ביצעו פיגועים חמורים ואחר כך נכלאו, גורשו או נהרגו. מקור המימון העיקרי של העותרת נמצא בתרומות המגיעות מחוץ לארץ. העותרת תמכה בארגוני הטרור, חיזקה את ידיהם של חברי הארגון ולמעשה הייתה חלק אינטגרלי בתשתיות הנרחבות של ארגוני הטרור בכך שמימנה את פעילותן. בית המשפט לא מצא עילה להתערבות בשיקול הדעת של הרשויות ודחה את העתירה.

מדובר בפסק דין תקדימי בתחום המאבק נגד גופים אשר מהווים תשתית כלכלית של ארגוני הטרור. בג"ץ הגדיר את פעילות המימון של ארגוני הטרור כסוג של חיזוק ידיים של המחבלים לצורך תקנה 120 ואישר את השימוש בסמכות ההחרמה על פי התקנה נגד גוף שעסק במימון טרור⁹⁴.

⁹¹ בדומה לתקנה 119 אשר משמשת מקור הסמכות להריסת בתי מחבלים אשר ביצעו פיגועים. לעיל, הערה 89.

⁹² ראה הגדרה של "אדם" לפי סעיף 4 לחוק הפרשנות, תשמ"א - 1981 ולגבי התחולה בשטחים בסעיף 1 לצו בדבר הפרשנות, תשב"ט - 1969.

⁹³ בג"ץ 3074/96 **ועדת ההצלה (הסיוע) האיסלאמית נ' ראש הממשלה ואח'** (לא פורסם).

⁹⁴ בזמן מתן פסק הדין בעניין ועדת ההצלה בבג"ץ התנהלה עתירה דומה אשר הוגשה על ידי קרן האדומה הקדושה בעקבות סגירת משרדיה והחרמת רכושה (בג"ץ 2575/96 **קרן האדומה הקדושה נ'**

עם זאת, לאור חומרתן של סנקציות החרמה ולאור האופי העונשי של הסמכות לפי תקנה 120, השימוש בה אמור להיעשות בזהירות רבה ובמקרים חריגים בלבד כאשר לא ניתן לפעול על פי תקנה 84 או בדרך אחרת. מן הראוי גם לבחון אפשרות להכריז על גוף אשר בפעילותו נמצאה עילה להחרמת רכושו על פי תקנה 120 כהתאחדות בלתי מותרת. הדבר ירחיב את מגוון הסנקציות אשר ניתן להפעיל נגד חברי הארגון⁹⁵ ויאפשר במידת הצורך להפעיל סמכויות החרמה לפי תקנה 84(2). כמו כן, להכרזה זו יהיו משקל הסברתי והשפעה הרתעתית נוספת.

(ד) תפיסה והחרמה לפי תקנה 74

תקנה 74(1) מקנה סמכות לכל חייל ולכל שוטר לתפוס ולעצור סחורות, חפצים, תעודות וכל דבר אשר יש טעם לחשוד כי הם קשורים לביצוע עבירה על פי התקנות או כי ייעשה בהם שימוש לשם ביצוע עבירה או הקלה בביצועה. בתקנה 74(2) הוכרז כי כל רכוש כזה יהיה מוחרם לממשלת ישראל, וייעשה בו באופן כפי שיוורה שר הביטחון. תקנה 74(3) מורה על שחרור כל רכוש אשר נתפס לצורך ההחרמה כאמור ואשר לגביו לא התאמתו החשדות.

תקנה זו מאפשרת להפעיל סמכויות תפיסה והחרמה כלפי רכוש וכספים אשר שייכים או מיועדים לגורמי הטרור כאשר המטרה המרכזית של סמכויות אלה היא מניעת סיכון הנובע מהשימוש באותו רכוש על ידי גורמים בלתי חוקיים וסיכול של פעילות בלתי חוקית. בדומה לסמכויות ההחרמה לפי תקנה 84(2) תפיסה והחרמה של רכוש מכוח תקנה 74 אינן טעונות הרשעה בפלילים וגם לא נדרשת ידיעה של המחזיק כי הרכוש נועד למטרות אסורות. מדובר באמצעי מניעה מנהלי אשר מופעל כנגד הרכוש עצמו ולא נגד האדם המחזיק בו⁹⁶. כך, למשל ניתן מכוח התקנה לתפוס במקום ולהחרים מזומנים המיועדים לגורמי הטרור אשר מוברחים לישראל או לשטחים וזאת מבלי שהאוחז בהם חושד יודע בפועל את היעד האמיתי של כספים.

⁹⁵ שר הביטחון ואח'. העתירה לא התקבלה והפרשה הסתיימה ללא פסק דין. נראה כי הפסיקה העקרונית בעניין ועדת ההצלה הכריע את גורלו של תיק זה.

⁹⁶ כגון העמדה לדין בגין עבירות לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה.

⁹⁶ בג"ץ 683/82 אלדין נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד לו(3) 472, 474. אם כי האינטרס של אדם אשר הסתמך על הזכויות באותו רכוש אכן עלולת להנפגע כתוצאה מהחרמה.

הפעלת הסמכויות על פי התקנה אינה מותנת במתן הכרזה על התאחדות בלתי מותרת או הוכחת קיומה. תפיסת הרכוש יכולה להיות מיידית על פי שיקול דעת של הדרג הנמוך ביותר, כולל כל חייל ושוטר. תפיסת הרכוש כאמור עלולה לגרום לפגיעה חמורה בזכויות הקנייניות של בעלי הרכוש. בנסיבות אלה חלה חובה על הרשויות להבטיח הפעלה נאותה ומבוקרת של סמכויות ההחרמה ולמנוע פגיעות מיותרות בזכויות הקנייניות של הפרט⁹⁷. לפיכך נראה, כי בהעדר צורך דחוף ומיוחד יש להעדיף לעניין הטיפול ברכוש של גורמי הטרור את ההסדרים על פי תקנה 84 ובמקרים מתאימים לפי תקנה 120, אך הימנע משימוש בתקנה 74.

(ה) עבירות

הטיפול בגופים העוסקים במימון טרור אינו אמור להסתיים בהוצאתם מחוץ לחוק בדרך של הכרזה ובהחרמת רכוש המיועד לגורמי הטרור. שלב נוסף ולא פחות חשוב במאבק בתשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור כולל נקיטת סנקציות אישיות כנגד המעורבים בפעילות המימון והעמדתם לדין פלילי. תקנה 85 לתקנות ההגנה קובעת שורה של עבירות בקשר לגוף אשר הוכר כהתאחדות בלתי מותרת. תחולתה של התקנה אינה מותנית בהכרזה של שר הביטחון וניתן להוכיח את קיומה של התאחדות גם במסגרת אחת החלופות שבתקנה 84(1)(א). על העבירות יחולו ההוראות הדין הכללי בעניין האחריות הפלילית⁹⁸, כולל דרישות להוכחת יסוד עובדתי ויסוד נפשי של העבירה⁹⁹.

עבירה לפי התקנה 85(1)(א) אוסרת על עצם החברות בהתאחדות בלתי מותרת. עבירות נוספות קובעות איסורים בדבר הפעילות התומכת בהתאחדות בלתי מותרת. כך לפי תקנת-משנה (1)(ג) חל איסור על עשיית כל פעולה או ביצוע שירות בשביל התאחדות בלתי מותרת. תקנת-משנה (1)(ו) אוסרת על החזקת רכוש, לרבות חשבון, השייך להתאחדות בלתי מותרת, המתייחס אליו, מוצא על ידה או לטובתה או הנחזה כשייך לה. תקנת-משנה (1)(ח) אוסרת לקבל, לגבות או לדרוש כל תרומה או

⁹⁷ סעיפים 8 ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁹⁸ הוראות של החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין, תשל"ז - 1977.

⁹⁹ ראה, למשל, ע"פ 538/89 ורשוסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2), 870.

תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת, לרבות מתוך אמתלה כי אלה נועדו להתאחדות בלתי מותרת. תקנת-משנה (1)(ט) אוסרת על כל פעילות מטעם התאחדות או כנציגה, במישרין או בעקיפין. עובר על תקנה 85 צפוי לעונש קנס ולעונש מאסר לתקופה של עד 10 שנים¹⁰⁰. במידה והעבירה נעברה על ידי תאגיד, כל אדם אשר שימש כמנהל או כפקיד באותו תאגיד בזמן מעשה עבירה יועמד לדין בגין עבירה זו אלא אם כן יוכיח כי העבירה נעשתה ללא ידיעתו או ששקד כל שקידה ראויה כדי למנוע את מעשה העבירה¹⁰¹.

קיומה של התאחדות בלתי מותרת מהווה יסוד הכרחי ומשותף לכל העבירות שבתקנה 85. הדגש בעבירות אלה מוטל על המודעות של הנאשם לזהותו של הגוף הבלתי חוקי אשר נהנה משירותיו או מתמיכתו ועל חומרת הסיכון הנובע מהפעילות התומכת. במסגרת העבירות המוזכרות לעיל ניתן להעמיד לדין כל אדם אשר עוסק במתן תמיכה וביצוע שירות עבור ארגוני טרור, לרבות סיוע כספי ומימון. נראה, כי העבירות שבתקנה 85 יחולו על רוב השלבים של פעילות מימון טרור, לרבות העברת כספים לטובת ארגון טרור, ייצוג ארגוני הטרור בפני מקורות מימון פוטנציאליים, איסוף כספים, ייעוץ פיננסי לארגון טרור (כסוג של שירות), החזקת הכספים וניהול כספים לטובת ארגון טרור¹⁰². בנוסף, מאחר והגוף שעוסק במימון טרור בעצמו עשוי להיחשב להתאחדות בלתי מותרת, עצם החברות באותו גוף עוללה לגרום להעמדה לדין פלילי¹⁰³.

¹⁰⁰ ראה תקנה 85(1) סיפא.

¹⁰¹ תקנת 73 לתקנות ההגנה.

¹⁰² ראה גם בש"פ 617/88 מוחמד כאמל האדיה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 724. במסגרת הדיון בערעור על המעצר עד תום ההליכים בגין עבירות לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה, בית המשפט הביע דעה מבלי לפסוק בעניין, כי, להבדיל מעבירה לפי תקנת-משנה (1)(ג), הביטוי "במישרין או בעקיפין" שבתקנת-משנה (1)(ט) אינו מחייב להוכיח חברות בהתאחדות בלתי חוקית או כי הפעולה מטעם ההתאחדות בוצעה על פי הוראה ישירה ומפורשת: די בכך שהפעולה בוצע מיוזמתו של המבצע במטרה לממש את התוכנית של התאחדות מבלי שהתבקש על ידה מספורשות.

¹⁰³ שאלה לא קלה עשויה להתעורר בנוגע לסוג מעשה עבירה כעבירת חוץ או עבירת פנים לצורך בחינת תחולתן של תקנות ההגנה על אותו מעשה בהתאם לעיקרון התחולה הטריטוריאלית. סוגיה זו תהיה אקטואלית באותם מקרים בהם פעילות המימון מתבצעת כולה או מקצתה במדינות זרות. ההסדרים הרלוונטיים לעניין זה במשפט הישראלי מצויים בפרק ג' "תחולת דיני עונשין לפי מקום עשיית העבירה" של חוק העונשים, תשל"ז - 1977. מבלי להיכנס לעומק הדיון נציין רק כי לפי סעיף 13(א)(1) ו- (2) לחוק דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ נגד ביטחון המדינה ונגד סדרי המשטר במדינה. כמו כן, לפי סעיף 7(א)(1) עבירה אשר נעברה מקצתה בתוך שטח ישראל תיחשב לעבירת

תקנה נוספת אשר לפיה ניתן להעמיד לדין בגין תמיכה בגורמי טרור הנה תקנה 66. התקנה קובעת עבירה חמורה של חיזוק ידיים של עוברי עבירה על פי תקנות ההגנה. חיזוק ידיים כולל כל פעולה אשר היא בגדר סיוע, ייעוץ או גרימה לעשיית העבירה על פי התקנות. התקנה אינה מותנית בהוכחת קיומה של התאחדות בלתי מותרת וחיזוק ידיים אסור גם אם מדובר ביחיד אשר אינו שייך לארגון טרור כלשהו. לפיכך אדם אשר עוסק במימון טרור, הן לטובת ארגון והן לטובת יחידים, לרבות העברת כספים או מתן ייעוץ פיננסי, עלול לעמוד על כך לדין פלילי לפי התקנה. הנאשם בגין עבירה זו יישפט כאילו הוא עצמו עבר את העבירה, שאת ידי עובריה חיזק¹⁰⁴. על פי התקנה ההרשעה בעבירה אינה תלויה בשאלה אם אכן בפועל נעברה עבירה על התקנות בעקבות הסיוע שניתן וגם אין נפקא מינה אם כלל לא הייתה אפשרות חוקית לעבור עבירה מצד אדם אשר קיבל את הסיוע (למשל, אם מדובר בקטין או אדם לא שפוי)¹⁰⁵. המודעות לעצם הסכנה הנובעת מתמיכה במבצעי העבירה מהווה מרכיב מרכזי של העבירה.

(4) סיכום

תקנות ההגנה, אשר הותקנו עוד בתקופת המנדט הבריטי, עד היום משמות כאחד האמצעים המשפטיים המרכזיים במלחמה נגד הטרור בישראל ובשטחים. כפי שנראה בהמשך, למרות ההתנגדות העזה לשימוש בתקנות בשל חומרת הסנקציות שנקבעו בהן, החקיקה הישראלית בנושא הטרור לא הביאה לביטולן של התקנות אלא להפך, הסתמכה במידה מסוימת על הרציונלים והמודלים אשר נקבעו בהן. למרות כרסום מסוים שחל בסמכויות על פי התקנות בישראל בעקבות התיקונים וקביעת סטנדרטים מחמירים לגבי אופן הפעלתן עדיין לא נראית בעין תקופה בה התקנות יבוטלו ויוחלפו בחקיקה ישראלית מקורית.

פנים ונתונה לשיפוט בבתי משפט בישראל. פעילות מימון המכוונת נגד ביטחון ישראל ואשר חלקה מתבצעת בתוך שטח של ישראל (כגון בשלב של העברת כספים) תהווה עבירת פנים. להרחבה לעניין התחולה האקסטרה טריטוריאלית של עבירות על פי תקנות ההגנה מכוח ההוראות החלק הכללי של חוק העונשין (מ' צור, 11 - 12, לעיל הערה 74).

¹⁰⁴ תקנה 66(2).

¹⁰⁵ תקנה 66(1) סיפא.

פקודת מניעת טרור

1) כללי

פקודת מניעת טרור, תש"ח - 1948¹⁰⁶ נמנית עם החוקים הישראליים הראשונים. הפקודה נחקקה על ידי מועצת המדינה הזמנית¹⁰⁷ והיא נועדה למאבק נגד הטרור ונגד הפעילות התומכת בטרור, לרבות תמיכה וסיוע כספי לארגון טרור. הפקודה פורסמה בעיתון רשמי בתאריך 29.09.48 והחליפה את תקנות שעת חירום למניעת טרור, תש"ח - 1948¹⁰⁸ אשר הותקנו תשעה ימים לפניכן על ידי שר הביטחון. תוקפה של הפקודה מותנת בהכרות הממשלה על מצב חירום¹⁰⁹. מאז פרסומה ולאורך השנים בפקודה כמעט ולא נעשו שינויים. התיקון המשמעותי ראשון התקבל רק בשנת 1980¹¹⁰ ובמסגרתו סמכויות מנהליות ושיפוטיות לטיפול בארגוני הטרור הועברו משלטונות הצבאיים, לרבות מערכת השיפוט הצבאית, לידי השלטונות האזרחיים¹¹¹.

למרות קיומן של תקנות ההגנה הבריטיות אשר המשיכו לחול בישראל גם לאחר קום המדינה, המחוקק הישראלי ראה צורך, בהתאם לצו השעה, בדבר חקיקה נוסף אשר בו ירוכזו הסמכויות והאמצעים למלחמה נגד הטרור וינתן מענה לצרכים הביטחוניים של המדינה¹¹². בדומה לתקנות ההגנה, גם בפקודה נקבעו הסדרים המאפשרים להכריז על ארגון טרור כארגון בלתי חוקי, להחרים את רכושו ולנקוט צעדים משפטיים נגד החברים באותו ארגון. השימוש בהוראות הפקודה עשוי לגרום להגבלה משמעותית ולפגיעה בחירויות הבסיסיות של הפרט. כבר בשנים הראשונות

¹⁰⁶ ע"ר תש"ח, תוס' א', עמ' 73.

¹⁰⁷ מכוח סמכותה לפי סעיף 7 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948.

¹⁰⁸ ע"ר, תוס' ב', פורסמו ב- 20.9.48. לפי סעיף 22 לפקודת מניעת טרור הודעות והכרזות אשר ניתנו על פי התקנות יישארו בתוקף גם לאחר ביטול התקנות.

¹⁰⁹ סעיף 24 לפקודה. מצב חירום הוכרז לראשונה כבר בשנת 1948 על ידי מועצת המדינה הזמנית מכוח סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הכרזה פורסמה בע"ר תש"ח, 5) ומאז ההכרזה חודשה כל שנה. כיום הכרזה על מצב חירום ניתנת על ידי כנסת מכוח סמכותה לפי סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה.

¹¹⁰ חוק לתיקון פקודה למניעת טרור, תש"ם - 1980. ס"ח 187.

¹¹¹ להרחבה בנושא הרקע ההיסטורי לחקיקת פקודת מניעת טרור: ג' ברזילאי "מרכז נגד פריפריה: דיני מניעת טרור" כפוליטיקה, פלילים ח (תש"ס) 229, 235 - 236, 238 - 239 (להלן: ג' ברזילאי) וגם דני"פ 8613/96 ג' בארין נ' מדינת ישראל, נד(5) 193, 203 - 204.

¹¹² ראה לעניין התנגדות לשימוש בתקנות ההגנה לעיל, רקע היסטורי, הערה 59.

לקיום המדינה בית המשפט העליון אישר את השימוש שנעשה בפקודה על ידי הרשויות תוך הכרה במעמדם החשוב של זכויות הפרט:

"תקנות הנ"ל¹¹³ ופקודת מניעת טרור שבאה במקומן והרבה חוקים אחרים של שעת חירום עלולים לפגוע קשה בחירויות האזרח, אולם במצב של שעת חירום אין מנוס מזה. כאשר ביטחון המדינה ושלומו הציבור הנם בחזקת סכנה חמורה, יש והכלים המשפטיים אינם מספיקים והכרחי להעדיף את צרכי ביטחון המדינה על שמירת זכויות האזרח. במקרה כזה מצווה כל אזרח ע"י הציבור כולו להקריב את חירויותיו לטובת הכלל"¹¹⁴.

(2) הכרזה על ארגון טרוריסטי

הפקודה מגדירה את "ארגון טרוריסטי" כחבר בני אדם הפועלים במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו או המאיים במעשים אלה¹¹⁵. מבחינה פורמלית סמכות ההכרזה חלה לא רק על גופים הפועלים על פי מניעים אידיאולוגיים אלא על כל גוף העונה על ההגדרה, כגון כנופיית שודדים או רוצחים. עם זאת, שמה של הפקודה, הביטוי "ארגון טרוריסטי" וההיסטוריה החקיקתית של הפקודה מעידים על כוונתו של המחוקק כי הפקודה נועדה למאבק בגורמי הטרור דווקא. להבדיל מהגדרה של התאחדות בלתי מותרת שבתקנה 84(1)(א) לתקנות ההגנה הגדרה של ארגון טרוריסטי על פי הפקודה אינה מותנית בהכוננת הפעילות נגד ממשלת ישראל. לעומת זאת, בהגדרה נקבע יסוד של איום ומסוכנות לחיי האדם והדבר מצמצם את תחולתה באופן משמעותי ביחס להגדרה של התאחדות בלתי מותרת, כאשר זו, להבדיל מפקודת מניעת טרור, כוללת גם מקרים של בפגיעה ברכוש או בהסתה לאיבה.

¹¹³ תקנות שעות חירום למניעת טרור, תש"ח - 1948.

¹¹⁴ בג"ץ 16/48 ברון נ' שרי המדינה של ממשלת ישראל הזמנית, פ"ד ב 402, 408.

¹¹⁵ סעיף 1 לפקודה.

בדומה לתקנות ההגנה אין דרישה כי חבר בני אדם יהיה גוף מאוגד¹¹⁶. ההכרה בחבר בני אדם כארגון טרוריסטי אינה מותנית במתן הכרזה על כך מטעם הממשלה. הדבר ניתן להוכחה במסגרת כל דיון משפטי בנפרד¹¹⁷, בין אם מדובר בהליך פלילי ובין אם מדובר בהליך אחר¹¹⁸. הטוען לקיומו של ארגון טרוריסטי נדרש להוכיח כי אחד או יותר מחברי הארגון היו אחראים לביצוע אחד המעשים המפורטים בהגדרה של ארגון טרוריסטי וזאת בין אם פעלו על פי הנחיה מפורשת של ארגון טרור ובהעדר הוראה מפורשת ובין אם פעלו בשמו ומטעמו של הארגון על מנת קדם את מטרותיו של הארגון, וגם אם הכריזו כי אותו ארגון אחראי למעשים כאמור¹¹⁹. על פי סעיף 11 לפקודה ניתן להוכיח את קיומו של ארגון טרוריסטי בהסתמך על פסק דין סופי אשר ניתן בעניין זה בעבר. ואולם, פסק דין זה ישמש ראיה להיותו של גוף ארגון טרור רק לעניין אותה תקופה בה התקבלה ההחלטה השיפוטית כאמור¹²⁰.

הממשלה רשאית להכריז, בהודעה ברשומות, על חבר בני אדם כארגון טרוריסטי¹²¹. להבדיל מתקנות ההגנה הכרזה זו אינה מהווה תנאי להפעלת סנקציות על פי הפקודה. כמו כן, להכרזה אין כוח קונסטיטוטיובי, דהיינו אין בכוחה כדי להרחיב את ההגדרה של ארגון טרוריסטי אשר נקבעה בסעיף 1 פקודה. להכרזה בעיקר ערך ראייתי במסגרת הליכים משפטיים שמתנהלים נגד ארגון טרור ונגד המעורבים בפעילותו¹²². הודעה בדבר ההכרזה על ארגון טרוריסטי תשמש הוכחה להיותו של החבר בני אדם המוזכר בה ארגון טרור אלא אם כן יוכח ההפך¹²³.

¹¹⁶ ההלכה בעניין זה קובעת כי די בכך שחברי האירגון יהיו מאורגנים ביניהם כחברים לצורך השגת המטרות של אירגון הטרור. אין צורך בהכרזה רשמית או טקס קבלה פורמלי ולעניין זה יכריע שיתוף הפעולה בפועל של חברי האירגון לטובת מטרה משותפת כאמור. ראה למשל ע"פ 11/58 מנקס ואח' נ' היוה"מ, פ"ד יב 1905.

¹¹⁷ סעיף 7 לפקודה.

¹¹⁸ למשל, במסגרת הליך החרמה בבית משפט מחוזי על פי סעיף 5 לפקודה.

¹¹⁹ סעיף 7 לפקודה.

¹²⁰ עניין חרותי, לעיל הערה 72, 1560.

¹²¹ סעיף 8 לפקודה. להבדיל מסמכות ההכרזה לפי תקנות ההגנה כאן חלה חובה לפרסם את ההודעה ברשומות.

¹²² נשאלת השאלה אם בדומה למודל הפרשני של סמכות ההכרזה על פי תקנות ההגנה בדבר התאחדות בלתי מותרת, ניתן לראות את סמכות הממשלה על פי סעיף 8 כסמכות אשר אינה מוגבלת להגדרה של ארגון טרוריסטי שבסעיף 1 לפקודה (ראה לעיל, הערה 73). נראה כי לא ניתן לפרש את שתי הסמכויות באופן דומה. סמכות ההכרזה על פי תקנה 84(ב) לתקנות ההגנה מהווה חלופה עצמאית

בפועל, אכן נהגו להכריז על ארגוני טרור כארגון טרוריסטי על פי הפקודה, וזאת בין היתר, על מנת לייעל את ההליכים המתנהלים נגד גופים אלה ונגד היחידים המעורבים בפעילותם¹²⁴. בדומה להכרזות על פי תקנות ההגנה הכרוזות על פי הפקודה חלות גם על כל הסניפים, הצירופים והפלגים של הגוף המוכרז¹²⁵. במקרה אחד סמכות ההכרזה הורחבה גם על גופים אשר עשויים לבוא לפעול בעתיד להשגת מטרות דומות ובאמצעים דומים לאלה של הארגונים המוזכרים בהכרזה¹²⁶.

גורמים אשר יושבים מחוץ לישראל ומעודדים טרור נגדה אף הם חשופים בפני סמכות ההכרזה לפי פקודת מניעת טרור¹²⁷. הרציונלים לתחולה אקסטרה-טריטוריאלית של סמכות ההכרזה על פי הפקודה דומים לאלה אשר פורטו קודם בעניין סמכות ההכרזה על פי תקנות ההגנה. לפיכך אין מניעה כי גורמי טרור שיושבים במדינות זרות אך מכוונים את פעילותם נגד ישראל יוכרוזו כאמור על ידי משמלת ישראל כל עוד הם עונים על הגדרה של ארגון טרוריסטי על פי הפקודה.

עם הארגונים אשר הוכרוזו כארגונים טרוריסטיים נמנים גם גופים אשר עסקו במימון של גורמי הטרור שפועלים נגד ישראל¹²⁸. לכאורה, ההגדרה של ארגון טרוריסטי על פי הפקודה אינה רחבה מספיק כדי לכלול בתוכה גם גופים העוסקים במימון הטרור בלבד. לפעילות זו אופי אזרחי-פיננסי ולכן אינה מהווה כשלעצמה

ביחס להגדרה של התאחדות בלתי מותרת לפי תקנת-משנה 84(1)(א), ואילו, כפי שראינו קודם, לסמכות ההכרזה על פי הפקודה בעיקר משמעות ראיתית ולפיכך, אין בכוחה כדי ליצור מהגדרות חדשות או להוסיף על הגדרה של ארגון טרוריסטי. כמו כן, יש לתת משקל להשלכות הנובעות מהרחבת ההגדרה והיקף הסמכויות על פי הפקודה על זכויות היסוד המוגנות. לפיכך, סבורני, כי לסמכות הכרזה של הממשלה לפי סעיף 8 לפקודה אין כוח קונסטטיטוטיבי אלא רק כוח ראייתי ויש לפרשה בצמצום ובכפוף להגדרה של ארגון טרוריסטי. מ' צור, 50, לעיל הערה 74; וגם ת"פ (י-ם) 203/84 מדינת ישראל נ' לבני ואח', פ"מ נ(3) 330, 371.

¹²⁵ סעיף 8 סיפא.

¹²⁴ ראה למשל, הכרזות: י"פ תשמ"ו 1436 (כוללת אש"ף, פת"ח, החזית העממית לשיחרור פלסטין וגופים אחרים, סה"כ 21 גופים), י"פ תשמ"ט, 3474 (כוללת חמא"ס, חיזבאללה, ארגון הג'יהאד האיסלאמי), תשנ"ח 2314 (כוללת קרנות זרות אשר עסקו במימון של אירגוני הטרור (לעיל הערה 39)), י"פ תשנ"ד 2786 (תנועות כך וכהנא חי).

¹²⁵ בכל ההכרזות נקבעו הוראות מפורשת בדבר תחולתן "על פלגיהם ועל צירופיהם" של האירגונים הנזכרים בהן.

¹²⁶ בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תת ניצב דוד קרויזר ואח', פ"ד מט(4) 853, 863.

¹²⁷ למשל, י"פ תשנ"ח, 2314, לעיל הערה 124.

¹²⁸ ש.ם.

סכנה לחיים או לגוף. לפיכך לכאורה לא ניתן להכריז על גוף כזה כארגון טרור אלא אם כן מדובר בגוף שהוא חלק מארגון טרור אשר עונה על הגדרה שבפקודה. במקרה זה ההכרזה על ארגון טרור תחול גם על הגוף המממן בשל היותו זרוע כלכלית של ארגון טרור¹²⁹. להפך, ניתן לראות את הגוף המממן עצמו כגורם טרור בשל זיקתו לארגון טרור ומידת מעורבותו בתשתיות טרור. לפיכך ניתן להכריז עליו כארגון טרוריסטי על פי הפקודה. התשתית העובדתית אשר עליה תבוסס החלטת הממשלה בדבר ההכרזה אמורה להצביע על זיקתו של גוף מימון לארגון טרור ולפיכך בפועל אותן עובדות עשויות לשמש גם להכרזה על ארגון טרור זה כארגון טרוריסטי על פי הפקודה.

3) סמכויות החרמה

לפי סעיף 5(א) לפקודה לבית משפט מחוזי סמכות להורות על החרמה של כל רכוש של ארגון טרוריסטי לטובת המדינה¹³⁰. מכאן, לאור המטרות של סמכויות החרמה ובהיקש מהסדר דומה שבתקנות ההגנה, מן הראוי לתת פרשנות מרחיבה למונח "רכוש", אשר יכיל גם נכסים מסוגים שונים, כספים, ניירות ערך וכויות. כפי שנאמר קודם, לעניין החרמה לא נדרשת הכרזה מיוחדת על ארגון וניתן להוכיח את אופי הארגון בראיות במסגרת ההליך בבית המשפט. על פי סעיף 5(ב) למפק"ל המשטרה סמכות להורות על עיקול של רכוש הצפוי להחרמה. מדובר במעין סעד זמני אשר מאפשר לתפוס נכסים חשודים עד לבירור הסופי של העניין בבית המשפט. סמכות זו משמשת כסמכות עזר הנלוות לסמכות החרמה והיא נועדה להבטיח את יעילות הליך החרמה בבית המשפט.

סעיף 5(ג) לפקודה קובע חזקה לפיה כל רכוש אשר נמצא במקום המשמש את הארגון הטרוריסטי או את חבריו, לרבות המקום אשר משמשם לא בקביעות אלא בהזדמנויות, וכן כל רכוש שנמצא בחזקתו או ברשותו של חבר הארגון, ייחשב לרכושו של ארגון טרוריסטי, אלא אם כן יוכח ההפך. סעיף מאפשרת להפעיל

¹²⁹ ראה למשל בג"ץ ועדת ההצלה האסלאמית (לעיל, הערה 93) וגם בע"פ 347/88 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד מב(2) 568, 572.

¹³⁰ בפקודה לא נקבעו סדרי ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי בעניין החרמה ולפיכך ניתן לעתור עליה לבג"ץ.

ביעילות את סמכויות עיקול וההחרמה על היקף רחב מאוד של נכסים כאשר לא נדרש להוכיח כי הרכוש הצפוי להחרמה בפועל שימש את ארגון הטרור או את חבריו.¹³¹ כמובן, עדיין ניתן לסתור חזקה זה בראיות במסגרת הליך ההחרמה בבית המשפט. למרות שבפועל הליכי ההחרמה שמתבססים על חזקה זו עשויים לחול על נכסים בהיקף ניכר, מבחינה פונקציונלית סמכויות ההחרמה על פי הפקודה מצומצמות יותר יחסית לסמכויות המצויות בתקנות ההגנה. כך, למשל, סמכויות ההחרמה על פי הפקודה לא יחולו על רכוש אשר נועד לשמש את ארגון הטרור אך טרם הגיע לרשותו או לרשות חבריו. לפיכך, לא ניתן יהיה לפעול על פי הפקודה נגד הכספים בשלבים המוקדמים של הליך המימון, אלא אם כן יוכח כי מדובר ברכוש שבחזקתו של חבר ארגון כהגדרתו בסעיף 1 לפקודה בהיותו עוסק באיסוף כספים לטובת הארגון והכספים הללו ייחשבו לכספי הארגון מכוח החזקה שבסעיף 5(ג) לפקודה. אך גם במקרה זה החזקה אינה חלוטה וניתנת לסתירה. הפקודה לא מגדירה סנקציות הרתעה המאפשרות החרמת רכוש של המעורבים בפעילות טרור ואשר אינן תלויות בשאלה אם הרכוש בפועל שימש או נועד למטרות בלתי חוקיות.¹³² כמו כן, הפקודה אינה מקנה סמכויות להחרמת רכוש של יחידים, אלא אם כן מדובר ברכוש המצוי ברשות חברי הארגון לצורך החזקה לפי סעיף 5(ג). במקרה זה, כפי שצוין קודם, החזקה אשר משייכת את רכושם של חברי הארגון לארגון ניתנת לסתירה.¹³³

ניתן להעלות טענה כי בית המשפט המחוזי אינו הגוף הראוי להפעלת סמכות ההחרמה כגון זו על פי הפקודה מאחר ואין לו את המומחיות הנדרשת בתחום הביטחוני. סמכות ההחרמה הנה סמכות מנהלית במהותה, הליך ההחרמה בבית המשפט על פי הפקודה הנו הליך נפרד ובלתי תלוי בהליך שיפוטי כלשהו¹³⁴, כמו כן,

¹³¹ בעבר הובעה דעה אשר לפיה ניתן היה להחיל את החזקה גם על הליך ההחרמה על פי תקנות ההגנה. עם זאת, נראה כי החזקה, אשר באמצעותה ניתן להרחיב באופן משמעותי את היקף הסמכויות, מהווה חלק אינטגרלי של הסדר ההחרמה שבפקודה ולא ניתן לעשות בה שימוש במסגרת הליך ההחרמה שבתקנות ההגנה.

¹³² הסדר מסוג זה נקבע בתקנה 120 לתקנות ההגנה.

¹³³ השווה עם הסדרים בדבר החרמת רכוש של יחידים לפי תקנות 74 ו-120 לתקנות ההגנה.

¹³⁴ להבדיל, למשל, מחילוט במסגרת הליך פלילי.

בבית משפט מחוזי לא קיימות פרוצדורות מיוחדות המתאימות להליך ההחרמה על פי הפקודה. לפיכך נראה, כי על המחוקק היה להשאיר את הפעלת מלוא סמכות ההחרמה על פי הפקודה בידי הרשות המבצעת, כגון שר הביטחון, שר לביטחון פנים או מפכ"ל המשטרה ולא להסתפק בסמכות העיקול בלבד. מדובר בסמכויות אשר הפעלתן כרוכה בפגיעה חמורה בזכויות הקנייניות של הפרט, אך עצם העובדה כי הרשות השופטת היא לא זו שתפעיל את הסמכות אינו אומר כי ההחלטה תתקבל באופן שרירותי או לא מידתי. הרשות המנהלית מחויבת לפעול לפי עקרון שלטון החוק ובכפוף לכללים של שיקול הדעת המנהלי. במקרה זה לרשות השופטת עדיין יישמר תפקיד מרכזי בעניין הפעלת ביקורת שיפוטית על צווי ההחרמה. כמודל לדוגמא ניתן להביא את המודל של סמכויות המעצר המנהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979. על פי החוק לשר הביטחון נתונה סמכות להורות בצו על מעצרו של האדם במעצר מנהלי¹³⁵ ולרמטכ"ל סמכות מעצר "זמני" לתקופה של עד 48 שעות¹³⁶. על פי סעיף 4(א) לחוק כל אדם שנעצר על פי החוק יובא לפני נשיא בית המשפט המחוזי תוך 48 שעות משעת מעצרו והוא רשאי לאשר את הצו, לבטלו או לשנות את תקופת המעצר. כמו כן, במידה והעציר נשאר במעצר לאורך הזמן בית המשפט מבצע עיון תקופתי ובוחר את הצדקה להמשך החזקתו במעצר. לפיכך, הסמכות העיקרית נשארה בידי הרשות המבצעת כאשר הרשות השופטת מפעילה פיקוח הדוק עליה.

כנגד עמדו זו ניתן לטעון כי דווקא במסגרת הליכי ההחרמה על פי הפקודה נשמר עיקרון הפרדת הרשויות. היותה של הרשות אשר מפעילה את סמכויות ההחרמה, אשר הן סמכויות עם תוצאות קשות מבחינת הפרט, גוף שיפוטי לכאורה מעלה בעיני הציבור את הסטנדרט ביחס להחלטה אשר מתקבלת במסגרת הליכי החרמה, מחזקת את אימון הציבור בצורך בהחרמה, ולכך גם יכולה להיות נפקות מבחינת תדמיתה הבינלאומית של ישראל. טענה נוספת בעד ההסדר שבפקודה היא כי סמכות העיקול של מפכ"ל המשטרה הנה רחבה מספיק כדי לתת מענה יעיל

¹³⁵ סעיף 2(א) לחוק.

¹³⁶ סעיף 2(ג) לחוק.

ומהיר במסגרת הליכי ההחרמה. לסמכות העיקול אין מגבלת זמן פורמלית¹³⁷ ולפיכך היא מאפשרת לעקל נכסים לתקופה סבירה בכפוף לצורכי ההחרמה. סמכות העיקול אינה מוגבלת לעיקול בדרך "רישום" אלא היא בעיקר מאפשרת לקנות חזקה ברכוש בפועל ולמנוע הברחתו. מאחר והסמכות העיקרית מסורה לידי הרשות השופטת, זו תוכל להבטיח במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי כי הליכי עיקול והחרמה הנם כדין.

מבחינה פונקציונלית ניתן להתייחס אל הדיון בבית המשפט המחוזי כשלב של ביקורת שיפוטית, בדומה לדיון בפני נשיא בית המשפט המחוזי בהליך המעצר המנהלי לפי חוק סמכויות שעת חירום. ברם סמכות לבטל צו מעצר מנהלי נמסרה במפורש גם לשר הביטחון לפי סעיף 4(ד) לחוק, והוא מוסמך לבטל את הצו גם לאחר שזה אושר על ידי הנשיא. למפכ"ל המשטרה אין סמכות לבטל את פקודת ההחרמה אשר תינתן על ידי בית משפט מחוזי. כמו כן, לפי מהות הסמכות ומטרתה העיקול על פי הפקודה נועד לשמש כסעד זמני וכמחסום לעשיית כל פעולה ברכוש המעוקל עד למתן החלטה סופית על ידי בית המשפט ומימושה¹³⁸. להבדיל מעיקול אשר מאפשר תפיסה של רכוש ומניעת עשיית כל פעולה בו, להחרמת הרכוש יש השלכות קנייניות מהותיות הנובעות משלילת הזכויות בנכס המוחרם.

4 עבירות

בדומה לתקנות ההגנה פקודה קובעת שורה של עבירות האוסרות על חברות בארגון טרוריסטי, על השתתפות בפעילותו ועל הענקת תמיכה לארגון כזה. סעיף 3 לפקודה אוסר על חברות בארגון טרוריסטי¹³⁹ וקובע עונש של עד 5 שנות מאסר בגין עבירה זו. חבר בארגון טרוריסטי הוגדר כאדם הנמנה עליו, לרבות אדם משתתף בפעולותיו, מפרסם דברי-תעמולה לטובתו או אוסף כספים או חפצים לטובתו¹⁴⁰. לפיכך, אדם העוסק במימון טרור עשוי לעמוד לדין בגין עבירה לפי סעיף 3 גם אם

¹³⁷ וזאת להבדיל מסמכותו של רמטכ"ל בדבר המעצר אשר מוגבלת לתקופה של עד 48 שעות (שם). היא נלוות לסמכות מעצר עיקרית שבידי שר הביטחון (לעיל הערה 135).

¹³⁸ בדומה ל עיקולים לפי לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984 ולפי חוק הוצאה לפועל, תשכ"ז - 1967.

¹³⁹ הוראה מקבילה בתקנות ההגנה - תקנה 85(1)(א).

¹⁴⁰ סעיף 1, לעיל, הערה 115.

בפועל הוא לא השתתף בפעילות הצבאית של הארגון אלא שימש רק כחוליה נפרדת בשרשרת העברת הכספים לטובת הארגון או כמתווך בין מקורות המימון לבין הארגון. כמו כן, אדם אשר עוסק באופן אינטנסיבי במימון טרור עלול לעמוד לדין בגין עבירה של פעילות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 2 לפקודה אשר עונש בגינה חמור יותר, עד 20 שנות מאסר. ייעוץ פיננסי לארגון הטרור עלול להיחשב ל"הדרכה של ארגון טרוריסטי" על פי הסעיף, וזאת גם אם ייעוץ יתייחס רק למקורות מימון לגיטימיים ולפעולות פיננסיות טהורות (למשל, השקעות בניירות ערך או בנדל"ן) מבלי שתצוין במפורש הזיקה אל היעד הבלתי חוקי של הכספים או מטרתן האמיתית של הפעולות הפיננסיות הנועדות להלבנת כספי הטרור. בנוסף, כל צורה של השתתפות בדיוני הארגון ובהליכי קבלת ההחלטות בארגון עשויה להביא להעמדה לדין על פי הסעיף, וזאת גם אם הדיון או ההחלטה כאמור יתייחסו לנושא כספי טהור.

עבירה נוספת, הרלוונטית לנושא מימון טרור, הנה עבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי לפי סעיף 4 לפקודה. עובר על עבירה זו צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים וקנס. תמיכה לעניין זה כוללת גם הענקת כספים או שווה-כסף לטובת ארגון טרוריסטי¹⁴¹. כל צורה של מימון אסורה, בין אם מדובר בהעברת מזומנים או העברה בנקאית ובין אם מדובר בניירות ערך או הענקת חפצים יקרים, כגון תכשיטים ואבנים יקרות. מן הראוי לתת למונח "לטובת הארגון" פרשנות מרחיבה, כך שכל העברה כספית אשר תכליתה מימון ארגון טרור תהווה עבירה על פי הסעיף, לרבות העברת כספים לאדם שלישי אשר אמור לשמש, ביודעין ושלא ביודעין, כתחנת ביניים בדרך הכספים אל היעד הסופי.

אסורים גם פרסום בכתב ובעל פה של דברי שבה, קריאה לתמיכה בארגון טרוריסטי או כל מעשה שיש בו גילוי הזדהות או אהדה אליו¹⁴². לפיכך אדם אשר מעודד מתן תרומות או משתתף בצורה אחרת באיסוף של כספים ואמצעים לטובת הארגון תוך קריאות לתמיכה בארגון טרור עובר עבירה לפי הסעיף. לעניין זה די

¹⁴¹ סעיף 4(ד) לפקודה.

¹⁴² ראה סעיפים 4(ב) ו-1(ז) לפקודה.

בהצהרות כלליות לתמיכה בארגון הטרור ולא נדרש כי הפרסום ומעשה הזדהות יתייחסו לפעילות הטרור עצמה או ישדלו למעשי אלימות¹⁴³.

קיומו של ארגון טרוריסטי מהווה רכיב נסיבתי מרכזי לצורך ההרשעה בגין העבירות אשר נידונו לעיל. למרות שמימון הטרור לא הוזכר בהגדרה של ארגון טרוריסטי פעילות בתחום זה עלולה להביא להעמדה לדין בגין החברות או פעילות בארגון טרור. בפקודה הוגדרו עבירות אשר חלות לכאורה על כל שלב בפעילות המימון, כולל איסוף כספים וייעוץ פיננסי. לעניין ההרשעה אין משמעות לכך שפעילות כשלעצמה אינה מהווה סיכון לחיי אדם או לשלום הציבור וגם פעולות פיננסיות טהורות עשויות להוות יסוד להרשעה. נדרשת מודעות אצל העוסק במימון כי פעילות זו מתבצעת לטובת ארגון טרור. בכך העבירות על פי הפקודה דומות לעבירות מקבילות לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה אשר אף הן באו לאסור על הפעילות התומכת בארגוני הטרור ואינן חלות על תמיכה ביחידים.

5 סיכום

סמכויות ההחרמה וההוראות הפליליות שנקבעו בפקודת מניעת טרור עשויות לשמש כלי יעיל בידי המדינה במאבק נגד גורמי הטרור, לרבות גופי המימון של טרור. עם זאת, ביסודן של ההסדרים הללו, בדומה להסדרים של תקנות 84 ו-85 לתקנות ההגנה, מצויה הגדרה של לארגון טרוריסטי ואינם יעילים בפעולה נגד יחידים בהעדר אפשרות להוכיח זיקתם לארגון טרור. במקרים רבים על ארגון טרור אשר פועל נגד ישראל, לרבות הארגון שעוסק במימון טרור, יחולו שני החוקים במקביל, דהיינו גם תקנות ההגנה וגם פקודת מניעת טרור. הדבר מאפשר להכריז על ארגון הן כהתאחדות בלתי מותרת והן כארגון טרוריסטי ולפעול נגדו על פי שני החוקים. בפועל אכן נהגו להכריז על גופי טרור על פי שני החוקים. בנוסף ליתרונות המעשיים הנובעים מהסתמכות על שני ההסדרים להכרזה כפולה ניתן לייחס גם משקל הצהרתי והסברתי מוסף.

¹⁴³ להבדיל מעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודה. ראה גם דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, (נר) 5) 193.

חוק איסור הלבנת הון

1) כללי

כפי נאמר קודם, אופיו של הליך הלבנת הון והשיטות המנוצלות על ידי ארגוני פשיעה למטרה זו דומים לאלה שבהליכי הלבנת כספי הטרור ומימון טרור. בשני המקרים קיים אינטרס להסוות את זהות הנכסים, למנוע משלטונות כל אפשרות לאתר קשר בינם לבין מקור המימון ולבין יעדם וכך להבטיח את העברתם אל היעד. עם זאת, קיים הבדל עקרוני בין הליך מימון טרור לבין הליך הלבנת הון. מטרתה של הלבנת הון היא להסתיר את מקור הרכוש מאחר והוא נובע מפעילות בלתי חוקית, כגון סחר בסמים, גניבות, זנות, גביית דמי חסות וכדומה. לעומת זאת, מטרתו העיקרית של הליך מימון טרור היא למנוע את חשיפת היעד האמיתי של הנכסים המיועדים לארגוני הטרור, הרי חלק ניכר מהמימון, ולעתים גם רוב המימון, מגיע לארגוני טרור ממקורות לגיטימיים לגמרי, כגון תרומות או פעילות עסקית רגילה. אך לעתים גורמי הטרור מקבלים מימון גם ממקורות המבוססים על פעילות בלתי חוקית, בין אם מדובר במקור פלילי ובין אם מדובר בגורם טרור מוכר אשר עוסק במימון ארגוני טרור אחרים.

חוק איסור הלבנת הון, תש"ם - 2000 מיועד למאבק בהלבנת הון וחקיקתו מהווה שלב חשוב ביותר בהתפתחות הנושא בישראל. לפניכן, בשל העדרה של חקיקה יעילה בתחום הלבנת הון ובגין חוסר שיתוף הפעולה במסגרת המאבק הבינלאומי בהלבנת הון, ישראל נחשבה לאחת המדינות האטרקטיביות ביותר מבחינת הגורמים המחפשים דרכים להלבין כספים ובשל כך הוכנסה לרשימת NCCT, "רשימה שחורה" של ארגון FATF¹⁴⁴. בעקבות חקיקת החוק החדש והרחבת פעילותה של רשות לאיסור הלבנת הון ושל רשויות אחרות בתחום הלבנת הון ומימון טרור, ישראל זכתה להכרה בינלאומית במאבק בהלבנת הון ומימון טרור ובשנת 2002 הוצאה מהרשימה השחורה¹⁴⁵.

¹⁴⁴ לעיל, בהערה 5.

¹⁴⁵ בהמשך לכך, בחודש אוקטובר 2003 בכנס הארגון FATF בשטוקהולם סוכם כי ישראל עומדת בסטנדרטים הבינלאומיים ללוחמה בהלבנת הון והוחלט כי אין מקום להמשיך יותר בביקורת

בחוק איסור הלבנת הון הוגדרה שורה של עבירות האוסרות על הלבנת הון וגם נקבעה מערכת שלמה של סמכויות בקרה דווח המאפשרת הפעלת פיקוח נרחב על פעילות של מוסדות פיננסיים בישראל ובעיקר על תנועת הכספים במערכת הפיננסית הישראלית. כפי שנראה בהמשך לחוק הייתה השפעה גם בתחום המלחמה בטרור והוא בא להרחיב את מעגל האמצעים המשפטיים במאבק נגד מימון הטרור.

2 עבירות

על פי סעיף 3(א) לחוק אסורה כל פעולה ברכוש, לרבות מיטלטלין, מקרקעין, כספים וחכיות, אשר הוגדרו לפי חוק כ"רכוש אסור", במטרה להסתיר את מקורו, את מקום הימצאותו או את בעלי הזכויות בו. "רכוש אסור" הנו רכוש אשר מקורו, במישרין או בעקיפין, בעבירה, או שהוא שימש לביצוע עבירה, או שאפשר ביצוע עבירה¹⁴⁶ מאחד הסוגים המפורטים בתוספת הראשונה לחוק¹⁴⁷. עבירות אלה מכונות בחוק "עבירות מקור". התוספת מכילה, בין היתר, את כל העבירות לפי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור¹⁴⁸. לפיכך, כל רכוש השייך לארגון טרור וגם לאדם או ארגון אשר עוסק במימון טרור עשוי להיחשב לרכוש אסור לפי חוק איסור הלבנת הון מאחר ומקורו בעבירה והוא משמש לביצוע העבירה. כל פעולה אשר מטרתה הסוואת מקורו או זהות בעליו של הרכוש האסור כאמור הנה עבירה על פי החוק. האיסור חל גם לגבי כל רכוש או סכום כסף אשר נועדו לעודד את פעילות הטרור ושולם בתמורה להשתתפות בפעילות טרור או בעקבות מעורבות של בן משפחה בפעילות טרור.

סעיף 4 לחוק אוסר על כל פעולה ברכוש אסור שהוא מהסוג שבתוספת שניה לחוק גם אם אותה פעולה אינה מלווה בכוונה מיוחדת להסוות את מקור הרכוש, את מקום הימצאותו או את זהות בעליו. רשימת הנכסים שבתוספת כוללת, בין היתר, כספים, ניירות ערך, אבנים ומתכות יקרות, עתיקות וכלי תחבורה מעל גובה

בינלאומית על ישראל בתחום זה. להחלטה זו חשיבות רבה מבחינת ישראל, מאחר וגדלה יכולתה כחברה שווה ומוכרת בקהילה הבינלאומית להשפיע על עיצוב סטנדרטים ונורמות בתחומים אלה.

¹⁴⁶ סעיף 2 לחוק.

¹⁴⁷ סעיף קטן 2(א).

¹⁴⁸ סעיף 18 לתוספת הראשונה.

הסכום או שווי הנכס כפי שנקבע בתוספת: כספים - מעל 400 אלף שקלים חדשים, שאר סוגי נכסים - בשווי שמעל 120 אלף שקלים חדשים.

האחריות בגין עבירות לפי סעיפים 3 ו-4 אינה טעונה הוכחת ידיעה על עבירת מקור ספציפית אלא די בכך שעושה הפעולה ידע כי הרכוש הוא רכוש אסור¹⁴⁹. כמו כן, אין נפקא מינה אם עבירת המקור נעברה מחוץ לישראל וזאת בתנאי שהיא מהווה עבירה גם לפי דיני אותה מדינה זרה אשר בשטחה נעברה העבירה¹⁵⁰. תנאי זה אינו חל על עבירות מקור לפי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור¹⁵¹. לפיכך, תחולתו של החוק בגין עבירות מקור שבתקנות ההגנה ובפקודת מניעת טרור הנה רחבה במיוחד והדבר מאפשר טיפול יעיל יותר בהעמדה לדין של המעורבים במימון טרור.

3 חילוט

בפרק ו' לחוק נקבעו הוראות בדבר חילוט רכוש אסור וזאת בשני מסלולים חלופיים. המסלול הראשון הוא חילוט במסגרת הליך פלילי בגין עבירות לפי סעיפים 3 ו-4 לחוק. הורשע אדם בגין אחת מעבירות אלה על בית המשפט חלה חובה לצוות על חילוט רכושו של הנידון בשווי של רכוש אסור וזאת בנוסף לכל חילוט אחר¹⁵². לא נמצא רכוש אצל הנידון למימוש הצו רשאי בית המשפט לצוות על חילוט של רכוש אשר נמצא בידי אדם אחר אשר הנידון מימן את רכישתו או העניק ללא תמורה למעט אם הרכישה או ההענקה נעשו לפני העבירה אשר בשלה הורשע ואשר בגינה ניתן צו חילוט¹⁵³. סעיף קטן ד' מחייב להעניק זכות טיעון לנידון או לאדם אחר אשר טוען לזכויות ברכוש האסור בטרם מתן צו חילוט.

המסלול השני הוא חילוט בהליך אזרחי. במידה ולא ניתן להעמיד לדין אדם החשוד בעבירות לפי סעיפים 3 ו-4 וזאת בשל העדר אפשרות לאתררו ניתן לפתוח בהליך חילוט אזרחי בבית משפט מחוזי כנגד הרכוש האסור. לפי בקשת פרקליט מחוז

¹⁴⁹ סעיף 5 לחוק.

¹⁵⁰ סעיף 2(ב) לחוק.

¹⁵¹ סעיף 2(ג) לחוק.

¹⁵² סעיף 21(א) לחוק.

¹⁵³ סעיף 21(ג) לחוק.

בית משפט מחוזי רשאי להורות על חילוט של רכוש אסור¹⁵⁴. בנוסף, במקרה שהדין בחילוט במסגרת הליך פלילי עלול להקשות על ניהול ההליך, בית המשפט שיושב בדיון בהליך העיקרי רשאי להפנות את הנושא למסלול חילוט בהליך אזרחי¹⁵⁵. המשיב בהליך חילוט אזרחי יהיה מי שטוען לזכות ברכוש¹⁵⁶. להבדיל מחילוט בהליך פלילי במסגרת הליך אזרחי לא ניתן לחלט רכוש אשר שייך לאדם אחר אלא אם יוכח כי הוא ידע על כך שמדובר ברכוש אסור או שהוא רכש אותו שלא בתמורה ולא בתום לב¹⁵⁷.

על מנת להבטיח את היעילות של הליכי חילוט על פי החוק נקבעו שורה של סמכויות עזר אשר נועדו לאיתור ותפיסה של רכוש אסור המיועד לחילוט¹⁵⁸. סמכויות אלה כוללות סמכויות כניסה לחצרים, חיפוש ותפיסה של רכוש חשוד הצפוי לחילוט. הפעלת הסמכויות הללו נמסרה לידי שוטרים ולפקידי מכס.

סמכויות חילוט מאפשרות לשלול מאדם אשר עסק במימון טרור וניסה להסתיר את פעילותו זכויות בנכסים אשר היו מעורבים במימון טרור או לחלופין בזכויות ברכוש בשווי הנכסים כאמור. גם אם הכספים כבר הועברו מגורמי המימון לארגוני טרור, עדיין ניתן לחלט רכוש בשווי הרכוש האסור. כמו כן, במקרים מסוימים סמכויות חילוט מאפשרות לתפוס לצורך מימוש הצו נכסים שמצויים ברשותו או בבעלותו של אדם אחר. כך למעשה, ניתן לנטרל את ניסיונות הברחת הכספים המיועדים לגורמי הטרור לצדדים שלישיים. במידה ולא ניתן להעמיד לדין את האחראים לפעילות המימון, עדיין ניתן לחלט את הרכוש האסור במסגרת הליך אזרחי נפרד ובמקרה זה חילוט של רכוש אינו מותנה בהרשעה. סמכות זו תהיה יעילה במיוחד לגבי כספי טרור שהגיעו מחוץ לארץ, כאשר לא ניתן לאתר ולהביא לדין את הגרומים האחראים לפעילות המימון באשר הם יושבים מחוץ לישראל.

154 סעיף 22(א).

155 סעיף 21(ה).

156 סעיף 22(ב).

157 סעיף 22(ד).

158 סעיפים 11 ו-26 לחוק.

4) חובות בדבר רישום ודיווח על פעילות פיננסית

בחוק ובצווים אשר ניתנו מכוחו נקבע מגוון רחב של חובות רישום ודיווח החלות על מגזרים פיננסיים שונים: בנקאות, ביטוח, פנסיה, בורסה והשקעות ושירותי מטבע¹⁵⁹. מוסדות פיננסיים אשר מקיימים פעילות במגזרים אלה חויבו לנהל רישום מסודר ולמסור דוחות מפורטים בעניין פעולות פיננסיות שונות כפי שהוגדר בצווים. חובות אלה כוללות גם חובות בדבר זיהוי הלקוח המקבל את השירות הפיננסי. כך, סעיף 7(א)(1) לחוק אוסר על תאגיד בנקאי לבצע כל פעולה במסגרת השירות הפיננסי אלא אם כן יהיו בידי פרטי זיהוי של אדם המקבל שירות. בדוחות נמסרים פרטים שונים אודות הפעולות עצמן, כגון תאריך, סוג של פעולה, סכום הפעולה, סוג של חשבון אשר בו בוצעה הפעולה, פרטים של המבצע וכיוצא באלה. חובת דיווח נוספת חלה על כל אדם בעת הכניסה והיציאה מישראל לגבי הכספים שעמו, והן לגבי הכספים אשר מועברים בדואר או בדרך אחרת לישראל או מחוץ לה, אך זאת למעט העברות בנקאיות¹⁶⁰. לשם אכיפה יעילה של חובות רישום ודיווח בחוק נקבעו עבירות מיוחדות¹⁶¹ וסמכויות בדבר הטלת עיצומים כספיים¹⁶² בגין הפרת החובות. בין היתר, סעיף 11 מסמיך שוטר ופקיד מכס לתפוס ולשמור כספים אשר לא דווח לגביהם בעת כניסה או יציאה מישראל בניגוד להוראות סעיף 9 לחוק.

¹⁵⁹ סעיף 7 לחוק וצווים: צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), תשס"א - 2001, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נתני שירותי מטבע) תשס"ב - 2002, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של בנק דואר), תשס"ב - 2002, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של חבר בורסה), תשס"ב - 2001, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מנהל תיקים), תשס"ב - 2001, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של מבטח וסוכן ביטוח), תשס"ב - 2001, צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של קופת גמל וחברה המנהלת קופת גמל), תשס"ב - 2001. רוב חובות הדיווח נכנסו לתוקף החל מחודש פברואר 2002.

¹⁶⁰ סעיף 9 לחוק. חובת דיווח בעת כניסה ויציאה מישראל תחול לגבי סכום אשר עולה על 80.000 שקלים חדשים. עולה חדש אשר לראשונה נכנס לישראל חייב בדיווח לגבי סכום שמעל 1.000.000 שקלים חדשים.

¹⁶¹ ראה למשל, סעיפים 10 ו-11 לחוק.

¹⁶² פרק ה' לחוק.

פעולות פיננסיות אשר לגביהן חלה חובת דיווח מתחלקות לשני סוגים: פעולות רגילות ופעולות חריגות¹⁶³. חובת הדיווח לגבי פעולה רגילה חלה על כל פעולה מעל סכום מסוים כפי שנקבע בצווים. פעולות חריגות הן פעולות אשר קיים לגביהן חשד כי הן נעשו במטרה לעקוף את חובת הדיווח על פי החוק, להסוות את הזהות של מקור הכספים או זהותו של הנהנה מהפעולה, פעולות לטובת לקוחות חשודים במעורבות בפעילות בלתי חוקית וכן כל פעולה היוצא דופן אחרת. במקרה זה דיווח נמסר לפי שיקול דעתו של המוסד הפיננסי. המידע אשר נאסף בעקבות הדיווחים מאפשר לנהל מעקב שיטתי אחרי פעולות חריגות וחשודות, לזהות את בעלי העניין ולחשוף את הניסיונות של שימוש במערכת פיננסית למטרות הלבנת כספים ומימון טרור.

5 רשות לאיסור הלבנת הון

כל הדוחות הפיננסיים מועברים באופן שוטף למאגר מידע המנוהל על ידי רשות לאיסור הלבנת הון¹⁶⁴. רשות לאיסור הלבנת הון הוקמה ליד משרד המשפטים מכוח חוק איסור הלבנת הון כדי לסייע במניעה ובחקירה של עבירות הלבנת הון ומימון טרור¹⁶⁵. הרשות הנה גוף מודיעיני אדמיניסטרטיבי המוביל בתחום המודיעין הפיננסי בישראל. הרשות עוסקת גם בפיתוח ובהטמעה של הנורמות והכללים בתחום הלבנת הון ומימון טרור ומקיימת קשרים בינלאומיים עם גופי מודיעין פיננסי זרים¹⁶⁶.

תפקידה המרכזי של הרשות, כפי שעולה מהוראות החוק, הנו לאסוף דיווחים פיננסיים ונתונים נוספים, לעבד ודיווחים שמתקבלים בהתאם להוראות החוק וגם להחליט בדבר העברת מידע מהמאגר לרשויות המוסמכות על פי החוק¹⁶⁷. סעיף 31(ג)

¹⁶³ ראה צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), תשס"א - 2001 והנחיות הרשות לפי החוק לאיסור הלבנת הון התש"ס - 2000 לדוחי בנקים. (הנחיות פורסם באתר של הרשות בכתובת www.impa.justice.gov.il).

¹⁶⁴ סעיף 28 לחוק.

¹⁶⁵ סעיף 29(א) לחוק. הרשות הוקמה בינואר 2002.

¹⁶⁶ לרבות FATF (לעיל, הערה 5). ביוני 2002 הרשות התקבלה כחברה בארגון בינלאומי EGMONT המאגד כ- 69 יחידות מודיעין פיננסי (FIU - Financial Intelligence Units) אשר הוקמו במדינות שונות ופועל לשיפור שיתוף הפעולה הבינלאומי במאבק בהלבנת הון ובמימון טרור. בין היתר, במסגרת הארגון מתבצע החלפת מידע וניסיון על בסיס עקרונות של הדדיות וסודיות.

¹⁶⁷ סעיף 29(ב) לחוק.

לחוק מסמיך את ראש הרשות לדרוש מידע נוסף מהגופים אשר עליהם חלה חובת דיווח על פי החוק. לרשות מקורות מידע נוספים וביניהם גם רשויות המס¹⁶⁸. לאחר חקר ועיבוד של כל המידע שנאסף, חומר מודיעני רלוונטי נמסר לגורמי אכיפת החוק. סעיף 30(ג) מסמיך את הרשות להעביר לשירות ביטחון כללי על פי בקשתו מידע מהמאגר לצורך מניעה וחקירה של פעילות ארגוני הטרור או של פגיעה בביטחון המדינה. סעיף 30(ה) מסמיך את הרשות למסור ביוזמתה מידע מהמאגר לרשויות המוסמכות על פי החוק לקבלו, דהיינו משטרת ישראל ושירות ביטחון כללי, וזאת לשם ביצוע החוק, הגנה על ביטחון המדינה ומלחמה בארגוני הטרור. סעיף 30(ו) קובע כי השימוש באותו מידע ייעשה לצורך ביצוע החוק, הגנה על ביטחון המדינה ומלחמה בארגוני הטרור.

6 סיכום

חוק איסור הלבנת הון הרחיב את מגוון האמצעים המשפטיים המיועדים למאבק בתשתיות הכלכליות של טרור. כך למשל, ניתן ליזום הליך חילוט אזרחי בעקבות תפיסת כספים השייכים לגורמי מימון טרור אשר יושבים מחוץ לישראל כאשר לא ניתן להפעיל את סמכויות ההחרמה על פי תקנות ההגנה או פקודת מניעת טרור. במקרים מתאימים ניתן יהיה להעמיד לדין את המעורבים בהלבנת כספי טרור בגין עבירות לפי סעיפים 3 ו-4 לחוק ולחלט את הרכוש המיועד לגורמי טרור במסגרת אותו הליך. אך סבורני, כי הכלי החשוב ביותר שבחוק איסור הלבנת הון לצורך המאבק במימון הטרור הוא כלי של בקרה ופיקוח על המערכות הפיננסיות. קביעת חובת דווח פוזיטיבית של גופים פיננסיים והקמתה של רשות מוסמכת אשר מרכזת ומעבדת מידע פיננסי שוטף מהווה צעד משמעותי ביותר בתחום המאבק במימון הטרור מאז חקיקת פקודת מניעת טרור בשנת 1948.

חקיקה נוספת

מלבד החוקים אשר נידונו קודם מצויים במשפט ישראלי אמצעים משפטיים נוספים אשר עשויים לסייע במאבק נגד מימון הטרור.

¹⁶⁸ סעיף 31 לחוק.

1) חוק העונשין

בחוק העונשין, תשל"ז - 1977, נקבעו מספר עבירות אשר בגינן ניתן להעמיד לדין את המעורבים בפעילות מימון טרור. חלקן, בדומה להסדרים מקבילים בתקנות ההגנה ובפקודת מניעת טרור מבוססות על הגדרה של ארגון בלתי חוקי. סעיף 145(ו) לחוק העונשין מגדיר כהתאגדות אסורה חבר בני אדם, בין שהוא מאוגד ובין שלא מאוגד, אשר מטיף, מסיט או מעודד בכל דרך אחרת את אחת הפעולות האסורות, לרבות אלה הנועדות למוטט את סדרי השלטון בישראל במהפכה או במעשי חבלה, להפיל בכוח או באלימות את הממשלה החוקית או לפגוע בנכסי של מדינה. ההגדרה חלה גם על כל סניף או פלג של התאגדות כזו¹⁶⁹. סעיף 147 אוסר על חברות בהתאגדות בלתי חוקית. סעיף 148 אוסר על תשלום דמי חבר ועל מתן תרומות להתאגדות בלתי חוקית וגם על שידול למעשים אלה. לפיכך גוף אשר עוסק במימון ארגוני הטרור עלול להיחשב להתאגדות אסורה על פי חוק העונשין בהיותו מעודד את פעילות הטרור. אנשי הארגון צפויים להעמדה לדין בגין חברות בהתאגדות אסורה. אדם אשר תורם לארגון טרור וכן אדם שמעודד מתן תרומות לארגון טרור עוברים עבירה לפי סעיף 148 לחוק.

ההבדל המשמעותי בין ההסדר שבחוק העונשין בעניין התאגדות בלתי חוקית לבין הסדרים מקבילים בתקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור נובע מכך, שלפי חוק העונשין לא קיימת אפשרות להכריז על ארגון טרור כהתאגדות בלתי חוקית. הכרזות לפי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור ניתנות במסגרת החלטה מנהלית ובדרך כלל על סמך חומר מודיעיני חסוי. להכרזה על פי תקנות ההגנה כוח קונסטיטוטיבי ובמסגרת הליך פלילי לא נדרשת הוכחה נוספת לקיומה של התאחדות בלתי חוקית. ההכרזה על ארגון טרוריסטי לפי פקודת מניעת טרור מקימה חזקה, אם כי לא חלוטה, אך עדיין בכוחה להטות את ההכרעה במסגרת הליך פלילי לרעת הנאשם.

¹⁶⁹ סעיפים 145(4) ו-1(5) לחוק העונשין.

עבירה נוספת הרלוונטית לענייננו נקבעה בסעיף 114 לחוק העונשין אשר אוסר על קיום מגע עם סוכן חוץ¹⁷⁰. סוכן חוץ הוגדר, בין היתר, כחבר בארגון מחבלים, אדם שקשור בו או פועל בשליחותו, וגם אדם אשר יש יסוד סביר לחשוד בו, כי עסק או נשלח לעסוק מטעם ארגון מחבלים או למענו בפעילות המסכנת את ביטחון המדינה¹⁷¹. לפיכך אדם אשר עוסק במימון טרור ובמטרה זו יוצר מגע עם נציג של ארגון טרור עובר עבירה לפי הסעיף¹⁷².

2) חוק מאבק בארגוני פשיעה

חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג - 2003 בא להתמודד עם תופעה של פשיעה מאורגנת, ובפרט עם הקשיים בהוכחת האחריות של בכירי הארגון לפעילות המתבצעת בפועל על ידי חברים זוטרים. החוק חל לא רק על גורמים קרימינליים המבקשים לעשות רווחים מפעילות בלתי חוקית אלא גם על ארגונים אשר מבצעים עבירות על רקע אידיאולוגי, לרבות ארגוני הטרור. ארגון פשיעה הוגדר בסעיף 1 כחבר בני אדם, מאוגד או בלתי מאוגד, שפועל בצורה מאורגנת, שיטתית ומתמשכת לעבירת עבירות מסוג פשע¹⁷³ ועבירות נוספות אשר נקבעו בתוספת לחוק. בין העבירות אלה נמנות גם עבירות לפי סעיף 4 לפקודת מניעת טרור האוסר על תמיכה בארגון טרוריסטי¹⁷⁴. לפיכך, גוף אשר עוסק באופן שוטף במימון טרור ייחשב לארגון פשיעה לפי החוק ויהיה חשוף לסנקציות בהתאם. בנוסף, סעיף קטן (4) להגדרה של

¹⁷⁰ הוראה דומה נקבעה בשנת 1986 בפקודת מניעת טרור אך בוטלה בשנת 1993 לאור שיקולי המדיניות המשפטית ומניעת כפילות בדין לאור קיומו של סעיף 114 לחוק העונשין. ראה דברי הסבר בהצ"ח, התשמ"ט, 82.

¹⁷¹ ראה פסק דין בעניין שוורץ (פרשת "דרך הניצוץ"), לעיל, הערה 129 ובהמשך, הערה 327, וגם ע"פ 621/88 פיילר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 112.

¹⁷² בחוק העונשין לא נקבעו סמכויות החרמה מיוחדות לגבי רכוש שהיה מעורב בעבירה. לעניין זה ניתן לפנות להליכי חילוט המקובלים במסגרת הליכים פליליים. החילוט מותנה בהרשעה וההחלטה בעניין זה מתקבלת במסגרת מתן גזר דין. כך, למשל, לפי הוראות סעיף 39 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש) תשכ"ט - 1969 ניתן לחלט נכסים אשר היו מעורבים בביצוע העבירה, לרבות אלה ששימשו כאמצעי לביצוע עבירה וכשכר לעבור ביצועה.

¹⁷³ כך למשל עונש בגין עבירה של פעילות באירגון טרוריסטי לפי סעיף 2 פקודת מניעת טרור הוא עד 20 שנות מאסר ועונש בגין עבירה בקשר להתאחדות בלתי חוקית לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה הוא עד 10 שנות מאסר. לפיכך ארגון אשר חבריו פועלים לעבירת עבירות אלה כפי שנקבע בחוק מאבק באירגוני הפשיעה ייחשב לאירגון פשיעה. כמו כן, ראה דברי הסבר להצעת חוק מאבק באירגוני פשיעה, התשמ"ב - 2002. הצ"ח תשס"ב, 762.

¹⁷⁴ סעיף 3 לתוספת הראשונה.

ארגון פשיעה קובע כי אין נפקא מינה לעניין ההגדרה אם הארגון מבצע גם פעילות חוקית או פועל למטרות חוקיות. כך, למשל, לפי הסעיף לגוף המממן, אשר עוסק בנוסף לתמיכה בארגוני טרור גם בפעילות הומניטרית לגיטימית, לא תעמוד טענה כי אופייה האזרחי-הומניטרי של פעילותו גורע מאי חוקיותו.

חוק אוסר על כל צורה של השתתפות ופעילות בארגון פשיעה¹⁷⁵. אדם אשר מימן במישרין או בעקיפין את פעילות הארגון, קיבל מימון לצורך הפעלת הארגון או קיבל החלטות בעניין חלוקתו של המימון נחשב לפעיל בארגון ולפיכך צפוי להעמדה לדין על פי החוק.

בחוק נקבעו סמכויות רחבות בדבר חילוט רכוש, לרבות הרכוש של הנידון ורכוש אשר נועד לביצוע העבירה, שימש לביצועה או שימש כשכר למבצעי העבירה. סמכויות אלה מאפשרות לחלט את הכספים של גוף מימון אשר הוכר כארגון פשיעה מאחר והכספים הנם בגדר רכוש שנועד לתמיכה בטרור. בדומה להליכי חילוט לפי חוק איסור הלבנת הון גם כאן חילוט יכול להתבצע במסגרת הליך פלילי, ואז סמכות החילוט מותנית בהרשעה¹⁷⁶, וגם במסגרת הליך אזרחי נפרד בבית משפט מחוזי¹⁷⁷. חוק מסמיך את בית המשפט לתת סעדים זמניים, לרבות הטלת עיקול ודרישת ערבות, עד לסיום ההליכים בבית המשפט וזאת גם בטרם הגשת כתב אישום או בקשת חילוט בהליך אזרחי¹⁷⁸. החוק מאפשר לנידון וגם לכל אדם אחר אשר טוען לזכויות בנכס להשמיע את דברו בטרם תן ההחלטה בעניין החילוט.

3) חוק הפיקוח על המטבע

לפי חוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח - 1978, הותנה ביצוע עסקה במטבע חוץ או בנייר ערך אשר תושב ישראל¹⁷⁹ צד לה בהיתר מיוחד מאת שר האוצר או מאת אדם מוסמך לפי החוק. לעניין זה, אין נפקא מינה אם עסקה נעשתה בישראל

¹⁷⁵ סעיף 2 לחוק.

¹⁷⁶ פרק ג' לחוק.

¹⁷⁷ פרק ד' לחוק.

¹⁷⁸ פרק ו' לחוק.

¹⁷⁹ לפי הגדרה שבסעיף 1 תושב ישראל הוא אזרח ישראלי, תאגיד רשום בישראל וכל חבר בני אדם שעיקר פעילותו בישראל או בשטחים, דהיינו יהודה ושומרון וחבל עזה.

או מחוץ לישראל¹⁸⁰. מונח "עסקה" כולל למעשה כל פעולה אפשרית בנכס, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לרבות מכירה, קנייה, קבלה לרשות, העברה, הלוואה, פיקדון, אשראי, משיכת שטר, מתנה, הכרה בחוב, פעולה שיש בה כדי ליצור חובות או זכויות בנכס וגם התחייבות לביצוע כל אחד מאלה¹⁸¹. סעיף 6(א) לחוק מתנה בהיתר את החזקת מטבע חוץ או נייר ערך חוץ בידי תושב ישראל. אדם שמפר את הוראות החוק או את תנאי ההיתר ש עובר עבירה לפי החוק¹⁸² ואם יורשע הנכס שבו נעברה העבירה יחולט¹⁸³. למפקח אשר מונה על ידי שר האוצר לצורך ביצוע החוק וכן לאדם אשר הוסמך על ידו נתונות סמכויות עזר מיוחדות לצורך ביצוע החוק, הכוללות בין היתר סמכות לבצע בדיקות, לעיין במסמכים ולדרוש ידיעות¹⁸⁴.

בשנת 1998 ניתן היתר כללי¹⁸⁵ לבצע עסקאות ופעולות אשר החוק העיקרי חל עליהם בכפוף לתנאי ההיתר. מכוח ההיתר חלה חובת דווח למפקח על כל פעולה כזו¹⁸⁶. החובה הוטלה גם על מתווך פיננסי ועל מבטח קופת גמל וקרן נאמנות אשר היו מעורבים בעסקה מסוג זה¹⁸⁷.

לפיכך, אדם אשר עסק במימון טרור ועשה פעולות במטבע זר או בנייר ערך זר ללא היתר או בניגוד להוראות ההיתר עובר עבירה לפי החוק. מאחר ותחולתו של החוק הנה פרסונלית ולא טריטוריאלית וקיימת בו הוראה מפורשת בדבר תחולתו מחוץ לשטחה של ישראל, ניתן להעמיד לדין גם בגין מעשים אשר בוצעו מחוץ לישראל¹⁸⁸. הכספים אשר נעברה בהם עבירה ואשר נתפסו בישראל צפויים לחילוט בעקבות ההרשעה לפי החוק. סמכות זו, יחד עם סמכויות אחרות ועבירות אשר

180 סעיף 2(א) לחוק.

181 הגדרה של "עסקה" בסעיף 1 לחוק.

182 סעיף 17 לחוק.

183 סעיף 18(א) לחוק.

184 סעיפים 13 ו-14 לחוק.

185 היתר הפיקוח על המטבע, תשנ"ח - 1998. ק"ת תשנ"ח 722. ניתן מכוח הסמכות לפי סעיף 9 לחוק.

186 סעיף 6(א) להיתר.

187 סעיף 6(ב) להיתר.

188 החובה להצטייד בהיתר חלה גם על תושבי השטחים לגבי עסקה במטבע חוץ או ניירות ערך חוץ שנעשתה בישראל וגם לגבי עסקה שנעשתה מחוץ לישראל לגבי נכס בישראל. ראה סעיף 2(ב) לחוק וגם תקנות הפיקוח על המטבע (הגדרת תושב חוץ) התשנ"ח - 1998.

נקבעו בחוק ובהיתר, עשויה לשמש כלי עזר נוסף בידי הרשויות במאבק נגד מימון הטרור.

4 מעצר מנהלי

סמכות לצוות על מעצר מנהלי נתונה לשר הביטחון לפי סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979¹⁸⁹. לצורך הפעלת הסמכות על שר הביטחון להשתכנע כי קיים יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים כי אדם יוחזק במעצר מנהלי. קיים דמיון חיצוני מסוים בין הליך של מעצר מנהלי לבין מעצר עד תום ההליכים הפליליים, אך בבסיס ההחלטה לעצור אדם במעצר מנהלי עומד שיקול דעת מנהלי ולא שיקול דעת שיפוטי¹⁹⁰. לרשות שופטת תפקיד חשוב בהליך מעצר מנהלי והיא מפקחת על אופן הפעלת הסמכות ובוחנת את קיומה של הצדקה להמשך החזקתו של האדם במעצר מנהלי.

מעצר מנהלי שימש את רשויות הביטחון בישראל כאמצעי חשוב במלחמה נגד גורמי הטרור. מימון ארגוני הטרור, למרות אופיה האזרחי של הפעילות עצמה, נתפס כהתנהגות בלתי נסבלת ומסכנת את ביטחון המדינה ואת שלום הציבור¹⁹¹. לפיכך, במקרים מתאימים נעשה שימוש בסנקציה של מעצר מנהלי כנגד העוסקים במימון הטרור¹⁹².

5 חוק עזרה משפטית בין מדינות

כיום, לאור האופי אוניברסאלי של הטרור הבינלאומי, נושא שיתוף הפעולה הבינלאומי במאבק נגד הטרור זכה להכרה מלאה בקרב הקהילה הבינלאומית. תשתיות של ארגוני הטרור נפרסו על פני שטחים של מדינות רבות. ייתכן מצב,

¹⁸⁹ ובשטחים למפקד כוחות צה"ל באזור או למפקד צבאי מוסמך, ראה צו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה), תשמ"ח - 1988.

¹⁹⁰ פירוט של סמכויות בדבר מעצר מנהלי בישראל ראה לעיל, הערה 135 והילך.

¹⁹¹ ראה בג"ץ 448/85 דהאר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 710, 719. על העותר נאסר לצאת מן הארץ בשל החשדות למעורבותו במימון אירגוני טרור הפועלים נגד ישראל. ההחלטה התקבלה על ידי שר הפנים מכוח סמכותו של פי תקנות שעת חירום (יציאה מהמדינה), תש"ח - 1948, (ע"ר תוס ב', 81) ועל סמך חומר חסוי אשר הוגש על ידי רשויות הבטחון. בבסיס ההחלטה עמדו שיקולי ביטחון המדינה ובית המשפט עליון, לאחר שעיין בחומר החסוי, אישר את החלטתו.

¹⁹² מ"מ (י-ם) 24/88 מדינת ישראל נ' אל חטיב (לא פורסם) עמ"מ (איו"ש) 115/99 אבו סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם).

כאשר מפקדה של ארגון טרור, גופי המימון שלו וזרועותיו הצבאיות יהיו ממוקמים כל אחד במדינה אחרת. בתנאים אלה שיתוף פעולה בין גורמי ביטחון ממדינות שונות הנו קריטי וחיוני. המגבלות המשפטיות והטריטוריאליים אינן מאפשרות לרשויות אכיפת החוק להפעיל את סמכויותיהן בשטח של מדינה זרה. לפיכך, נדרש שיתוף פעולה בין הרשויות על מנת לפעול ביעילות נגד ארגוני הטרור ונגד ארגוני סיוע התומכים בהם. שיתוף פעולה זה מתבסס הן על העברת מידע בין הרשויות והן על הפעלת סנקציות וסמכויות ספציפיות על פי בקשה של מדינה זרה כנגד הגורמים המעורבים בפעילות טרור.

חוק עזרה משפטית בין מדינות, תשנ"ח - 1998, נועד ליצור מסגרת מסודרת לשיתוף פעולה בין מדינת ישראל לבין מדינות זרות לצורך אכיפת החוק, לרבות הפעלת סמכויות בשטח של מדינת ישראל על פי בקשה של מדינה זרה. עזרה משפטית כוללת העברת מידה וראיות, פעולות חקירה, פעולות חיפוש, תפיסה וחילוט של רכוש וגם פעולות נוספות¹⁹³. הרשות המוסמכת לקבל את הבקשה לעזרה הנו שר המשפטים¹⁹⁴. הרשות המוסמכת להגיש בקשה לעזרה משפטית מטעם מדינת ישראל הוא היועץ המשפטי לממשלה¹⁹⁵. החוק חל גם על עזרה משפטית בין מדינת ישראל לבין אירגונים בינלאומיים, לרבות רשויות אכיפת החוק בינלאומיות וטריבונלים שיפוטיים בינלאומיים¹⁹⁶.

ההסדר שבחוק אינו גורע מסמכויות לבקש ולתת עזרה משפטית לפי חוקים אחרים¹⁹⁷. כך, למשל, סעיף 30(ו) לחוק איסור הלבנת הון מסמיך את רשות לאיסור הלבנת הון להעביר מידע מהמאגר שבהנהלתה לרשות מסוגה במדינה אחרת,

¹⁹³ סעיף 2(א) לחוק.

¹⁹⁴ סעיף 3 לחוק.

¹⁹⁵ סעיף 45 לחוק.

¹⁹⁶ סעיף 2(ג) לחוק. רשימת האירגונים בינלאומיים כאמור מופיעה בתוספת הראשונה של החוק וכוללת Europol, Interpol, הקהילה האירופית, האירגון האירופי לסחר חופשי, בית הדין הבינלאומי לרואנדה, בית הדין הבינלאומי יגוסלבי וגם גופים נוספים.

¹⁹⁷ סעיף 2(ד).

דהיינו רשות המודיעין הפיננסי זרה, וגם לבקש מידע¹⁹⁸. המסגרת המשפטית וההסדרים הפרוצדורלית אשר נקבעו בחוק עזרה משפטית משמשים בסיס להגברת שיתוף פעולה בין מדינת ישראל לבין מדינות זרות במאבק הבינלאומי נגד הטרור.

הדין בשטחים

כללי

בחינת האמצעים המשפטיים נגד מימון הטרור בישראל לא תהיה שלמה ללא התייחסות להסדרים המשפטיים רלוונטיים החלים בשטחים. גורמי הטרור הקימו תשתיות נרחבות בשטחים ופועלים על בסיסן נגד יעדים ישראליים בשטחים ובתוך מדינת ישראל. שטחים מהווים יעד סופי להעברת כספים ממקורות המימון מחוץ לארץ שתומכים בטרור נגד ישראל. הכנסת כספים לשטחים אפשרית בשני מסלולים עיקריים. מסלול ראשון הוא הברחת מזומנים דרך מעברים בינלאומיים או באמצעות מסתננים. המסלול השני נסמך על המערכת הפיננסית המקומית שפועלת בשטחים, כולל מוסדות בנקאים, חלפנים ושירותי מטבע שונים.

הפן המשפטי של המלחמה בטרור בשטחים הנו נושא מורכב שעומד בפני עצמו. מערכת הדינים שחלה בשטחים הנה מורכבת¹⁹⁹ וכוללת דין מקומי אשר המשיך לחול בשטחים גם לאחר תפיסה צבאית²⁰⁰, משפט בינלאומי אשר חל על פעילות של ישראל בשטחים, ובפרט דיני תפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation) ודיני מלחמה (Jus in Bello), ותחיקת ביטחון, דהיינו חקיקה של מפקד כוחות צה"ל. כמו כן, על רשויות הצבא הממלאים בשטחים תפקידים של רשות מבצעת ורשות מחוקקת חל משפט ישראלי מנהלי בשל היותן חלק מרשויות מדינת ישראל²⁰¹. בשטחים פועלת מערכת עצמאית של בתי משפט צבאיים אשר מוסמכת לשפוט את תושבי השטחים

¹⁹⁸ סעיף 130(ו) סיפא לחוק איסור הלבנת הון מחיל על פעולות הללו את ההוראות של חוק עזרה משפטית בין המדינות.

¹⁹⁹ בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק הדין, בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, נו(6) 352, 382, בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, נו(4) 608, 609.

²⁰⁰ למשל, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²⁰¹ בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הבטחון, פ"די מה(2) 45, 52. חוק יסוד: הצבא. סעיפים 2 ו-3.

בגין בעבירות נגד ביטחון האזור וסדר ציבורי באזור. השלטונות הצבאיים שפועלים בשטחים הנם כפופים לביקורת בג"ץ ותושבי השטחים רשאים לעתור בפניו על החלטותיהם.

רקע

עם הכניסתו לשטחים ביוני 1967 צה"ל נטל לידיה את כל הסמכויות הנדרשות לקיום הביטחון וסדר ציבורי²⁰². לפיכך, לצד אחריותו של מפקד כוחות צה"ל להבטיח את ביטחון הכוח הצבאי שהוא מופקד עליו, הוטלה עליו גם אחריות לדאוג לשלום, ביטחונם ורווחתם של כלל תושבי האזור: ערבים, יהודים או זרים. מן הראוי להדגיש, כי אחריות זו נובעת מהפן ההומניטרי של מעמד הכוח הצבאי בתפיסה הלוחמתית²⁰³. בין הצווים הראשונים אשר יצאו באזור היה צו בדבר סגירת הבנקים באזור, תשכ"ז - 1967 לפיו כל הבנקים אשר שמותייהם הובאו בתוספת לצו נסגרו ופעילותם הוקפאה. המשך הפעילות הבנקאית הייתה מותנית בקבלת היתר מיוחד מאת מפקד כוחות צה"ל באזור או מאדם שהוסמך לכך על ידו. צו בדבר הנהלת הבנקים, תשכ"ח - 1968 הכפיף את הפעילות של בנקים לממונה אשר הוסמך לעניין זה על ידי מפקד כוחות צה"ל²⁰⁴ ולו נמסרו סמכויות רחבות ביותר, כולל תפיסת חזקה בכל נכסי הבנק, ניהול נכסי הבנק, עיון ברשומות ודרישת ידיעות מהבנקים, מלקוחותיהם ומכל אדם אחר ככל הדרוש למילוי תפקידו²⁰⁵.

עד להקמתה של הרשות הפלסטינית והעברת סמכויות לידיה בהתאם להוראות של הסכם ביניים, בידי ישראל היו כל הסמכויות הנדרשות לשליטה וניהול של האזור בתחום ניהול המשק, הספקת שירותים חיוניים ושמירה על זכויותיהם הכלכליות של התושבים. בתקופת האינתיפאדה (1987 - 1994) נושא מימון

²⁰² סעיף 1 למגשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל, 1967.

²⁰³ בג"ץ יואב הס, לעיל הערה 199, פסקה 14 לפסק הדין;

²⁰⁵ סעיף 2 לצו בדבר הנהלת בנקים קבע כדלקמן: "כל הבנקים באזור, על כל נכסיהם, יהיו נתונים להנהלתו של הממונה".

²⁰⁵ סעיף 3 לצו בדבר הנהלת בנקים.

ההתקוממות ומימון ארגוני הטרור בשטחים התעורר בשיא חריפותו²⁰⁶ והצעדים אשר ננקטו בתחום זה התבססו על שני יסודות עיקריים: סמכויות אזרחיות בדבר ניהול הכלכלה של האזור, כגון פיקוח על הכנסת מטבע לאזור ועל מתן שירותים פיננסיים באזור, וסמכויות ביטחוניות המאפשרות לפגוע ולהחרים את הנכסים של ארגוני טרור.²⁰⁷

בהתאם להסכם הביניים²⁰⁸ אשר נחתם בין ישראל לבין אש"ף חלק מהסמכויות והשליטה בשטחים המוחזקים הועברו לידי הרשות הפלסטינית. לפיכך, עשויה להתעורר שאלה בדבר הלגיטימיות של פעילות ישראל נגד התשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור, כגון החרמת כספים ורכוש אחר בשטחים בהם השליטה הועברה לרשות הפלסטינית²⁰⁹. מבלי להיכנס לעומק הדיון בעניין מעמדו המשפטי ותוקפו של הסכם הביניים²¹⁰, נראה, כי במסגרת ההסכם עצמו ניתן למצוא אסמכתה לפעולות אלה. כך למשל, לפי סעיף 12(1) להסכם ביניים בידי ישראל נשארו סמכויות בדבר ביטחונם של ישראלים בכל השטח של יהודה ושומרון וחבל עזה, כולל שטחי A בהגדרתם בהסכם²¹¹. בהתאם לכך, מכוח הסעיפים המקבילים במנשרים אשר קלטו

²⁰⁶ Uzi Amit-Kohen, Renato Jarach, Caroline Glick, Nissim Biton, *Israel, the "Intifada" and the Rule of Law* (Israel Ministry of Defence Publications, 1993), 177 - 178 (להלן - U. Amit - Cohen).

²⁰⁷ שם.

²⁰⁸ הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (1995). Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, 1995.

²⁰⁹ כפי שנאמר קודם, סמכות ההכרזה על ארגון בלתי חוקי הנה אקס טרה-טריטוריאלי וניתן להפעילה גם נגד גופים וארגונים המצויים בשטח של מדינה אחרת (לעיל הערה 79). לפיכך, לא תיווצר סתירה בין סמכות זו לבין סמכויות של הרשות הפלסטינית לפי ההסכם.

²¹⁰ הוראות הסכם ביניים עוגנו בשטחים המוחזקים בשני מנשרים: בחבל עזה - מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה)(מס' 5), תשנ"ו - 1995 ובאיו"ש - מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ומשורון)(מס' 7), תשנ"ו - 1995. לעניין פרשנות המנשרים ראה גם בג"ץ 2717/96 וּפּאָב נ' שַׁר הַבְּטָחוֹן, פ"ד נ(2) 848.

²¹¹ כלשון סעיף 12(1):

"Israel shall continue to carry ... the responsibility for overall security of Israelis and Settlements, for the purpose of safeguarding their internal security and public order, and will have all the powers to take the steps necessary to meet this responsibility"

הוראה ברוח דומה נקבעה גם קודם, בסעיף IV(7) לנספח ביטחוני של הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו, 1994.

את הסכם הביניים בדין האזור²¹² ניתנו סמכויות למפקד כוחות צה"ל באזור. מלשון הוראות אלה ומעובדה כי האחריות לביטחון הישראלים בשטחים המוחזקים נותרה בידי מדינת ישראל, ניתן ללמוד על קיומה של סמכות בידי ישראל לנקוט בכל האמצעים הדרושים לשם הגנה על ביטחון הישראלים ולחימה בטרור, ובהם גם סמכויות בדבר החרמה של רכוש טרור²¹³. פעילות גורמי הטרור שיושבים בשטחים המוחזקים מתבצעת הן באזור והן בשטח של מדינת ישראל ולפיכך יש לראות בפעולות המכוונות נגדם אמצעי להגנה על ביטחון האזור, ביטחון הישראלים באזור וצעד לקידום ביטחון מדינת ישראל.

תחולתן של תקנות ההגנה בשטחים המוחזקים

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מהוות מקור משפטי חשוב בהתמודדות של כוחות הביטחון בשטחים עם גורמי הטרור. בדומה לישראל, בשטחים המוחזקים התקנות נקלטו בדין המקומי והמשיכו לחול גם לאחר תום המנדט הבריטי. נוסחן של תקנות ההגנה שחלות כיום בשטחים שונה מעט מנוסחן של התקנות החלות בישראל בשל התיקונים אשר נעשו בהן במהלך השנים. אך ההלכות העקרוניות באשר לאופן הפעלת התקנות בישראל ככלל יהיו נכונות גם לגבי הפעלת התקנות בשטחים²¹⁴.

הסמכויות לפי התקנות אשר בישראל נתונות לחברי הממשלה, מוקנות בשטחים למפקד כוחות צה"ל באזור²¹⁵. כך לפי תקנה 84(1)(ב) מפקד כוחות צה"ל באזור מוסמך להכריז על חבר בני אדם, מאוגד ולא מאוגד, כהתאחדות בלתי מותרת. על מנת להשיג רמת אכיפה יעילה כנדרש על פי הצרכים הביטחוניים ולאפשר הפעלת סנקציות בשטח ישראל ובשטחים המוחזקים יחד, נהוג להכריז על ארגוני טרור כהתאחדות בלתי מותרת הן בישראל והן בשטחים²¹⁶.

²¹² לעיל הערה 210, וגם סעיף 5 למנשרים.

²¹³ עמדה זו טרם אושרה בפסיקה. אך רואה את דברי שופט גורפינקל בב"ש 92134/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (טרם פורסם).

²¹⁴ כפי שצויין קודם, השלטונות הצבאיים בשטחים כפופים לכללי המשפט המנהלי הישראלי ולפיכך אופן הפעלת הסמכויות לפי התקנות בשטחים ובישראל יהיה דומה.

²¹⁵ ראה להלן, הערה 219, סעיף 1(3) למנשר.

²¹⁶ כאמור, לא תתעורר שאלה של חוסר סמכות בינלאומית להכריז על גוף שיושב מחוץ לגבולות המדינה או גבולות האזור כאירגון בלתי חוקי מאחר ותחולתה של מכות ההכרזה הינה אקסטרטה-טריטוריאלית. לעיל, הערה 209.

התקנות שימשו את שלטונות צה"ל בשטחים גם להחרמת כספים המיועדים למימון פעילות טרור. כך למשל, בבג"ץ 641/89 אבו-רוב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון²¹⁷ נידונה עתירה שהוגשה בעקבות החרמת כספים בסך של 30.000 שקלים חדשים השייכים לתושב השטחים בגין חשד למימון טרור. המדינה טענה כי הכספים בפועל שייכים לארגון טרור אשר הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת וכי הם נועדו למימון מעשי טרור ולתמיכה בהתקוממות. בג"ץ אישר את החרמת הכספים²¹⁸.

תחיקת ביטחון

על פי המשפט הבינלאומי ובמסגרת הדוקטרינה של תפיסה לוחמתית מפקד כוחות צה"ל בשטחים ממלא תפקיד של רשויות השלטון אשר פעלו באזורים ערב כניסתם של כוחות צה"ל לשטחים. מאז סמכויות החקיקה וסמכויות המנהל בשטחים נתונות למפקדי כוחות צה"ל²¹⁹. אלוף פיקוד דרום משמש כמפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואלוף פיקוד מרכז באזור יהודה ושומרון. בשנת 1981, בעקבות הקמת המנהל האזרחי אשר תוכנן כרשות אזרחית, רוב הנושאים בעלי אופי אזרחי הועברו לטיפולו של המנהל אך הוא, בכל זאת, פעל כזרוע בתוך הממשל הצבאי של האזור. מפקד כוחות צה"ל עומד בראש השלטון הצבאי באזור שבשליטתו ולו באופן בלעדי נתונה סמכות חקיקה ראשית.

צו בדבר הכרזה על ארגוני הטרור, תשנ"ד - 1994, נועד ליעל את מנגנון ההכרזה על ארגוני הטרור בשטחים. בפתיח לצו צוין כי הצו ניתן משיקולי ביטחון האזור ושמירה על סדר ציבורי. צו מסמיך את מפקד כוחות צה"ל להכריז על חבר בני אדם המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה, כעל ארגון טרור²²⁰. משהוכרז על חבר בני אדם כארגון טרור יחולו לגביו כל הוראות הקבועות בדין ובתחיקת ביטחון בעניין של

²¹⁷ (לא פורסם).

²¹⁸ בנוסף ראה פרשות ועדת ההצלה האיטלאמית, לעיל הערה 93, פרשת בית אלמאל, לעיל הערה 86 ופרשת ראשי הפלג הצפוני, לעיל הערה 47.

²¹⁹ לפי סעיף 1(3) למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט, (מנשר מס' 2) כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האיזור או תושביו תהיה נתונה בידי מפקד כוחות צה"ל באזור. (U. Amit-Kohen, לעיל הערה 206, 23-24).

²²⁰ סעיף 1 לצו.

התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ההגדרה של ארגון טרור שבסעיף 1 לצו זהה להגדרה של ארגון טרוריסטי שבפקודת מניעת טרור אשר לא חלה בשטחים. לפיכך, נראה כי מטרתו של הצו הייתה להרחיב במקרים מתאימים את ההגדרה של התאחדות בלתי מותרת באמצעות ההכרזה ובהתאם לרציונלים שעומדים בבסיס ההגדרה של ארגון טרוריסטי לפי פקודת מניעת טרור ולהחיל על הגוף המוכרו את הוראות התקנות, ובעיקר של תקנה 84(2) הקובעת הוראת בדבר החרמת רכוש של התאחדות בלתי מותרת ושל תקנה 85 אשר אוסרת על חברות ותמיכה בהתאחדות בלתי מותרת. בצו נקבעה גם הוראת שמירת דינים אשר מבהירה כי הצו אינו בא לגרוע מהסמכויות לפי חוקים אחרים אלא רק להוסיף עליהן.

סמכות נוספת בעניין מניעת מימון טרור מצויה בסעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל - 1970. הסעיף מאפשר להחרים רכוש, לרבות כספים, אשר נועדו למימון פעילות טרור. לפי סעיף 80(א) חייל רשאי לתפוס ולעצור סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים שיש לו טעם לחשוד כי נעברה לגביהם עבירה, או שעומדים לעבור לגביהם עבירה, או שהם ניתנו כשכר בעד ביצוע עבירה, או ששימשו לביצועה או להקלה בביצועה, או שהם עשויים לשמש כראיה למעשה עבירה. על פי סעיף 84 לצו הוראה זו תחול גם על עבירות לפי דינים אחרים שחלים באזור, ומכאן לרבות העבירות לפי תקנות ההגנה. לפי סעיף 80(ב) המשך הטיפול ברכוש עצור יהיה בהתאם להוראה של מפקד כוחות צה"ל באזור.²²¹

ההסדרים של סעיף 80 דומים להסדרים לפי תקנה 74 לתקנות ההגנה אשר נידונה קודם, אם כי כאן לא נקבעה הוראה מפורשת בדבר החרמת הרכוש וניתן ללמוד על סמכות ההחמרה מהתכלית שעומדת מאחורי סמכותו של מפקד כוחות צה"ל לפי סעיף קטן (ב) הנ"ל. בבג"ץ 74/70 אל עסלי נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש²²² נפסק כי לצורך ההחרמה לפי סעיף זה לא נדרשת הרשעה בבית משפט בגין

²²¹ סעיף 80(ב) לצו.

²²² לא פורסם. בפסק דין נידונה שאלת חוקיות ההחרמה מכוח סמכותו של מפקד כוחות צה"ל לפי סעיף 80(2) לצו בדבר הוראות ביטחון אשר הוחלף מאוחר יותר בסעיף 80 הנ"ל.

מעורבות בפעילות בלתי חוקית²²³ ודי בקיומו של חשד המבוסס היטב על תשתית עובדתית מתאימה. לפי סעיף 80 לצו לבית משפט צבאי סמכות לבטל את צו ההחרמה לפי בקשת אדם אשר לא היה מעורב בעבירה וטוען לבעלות בטובין שהוחרמו.

הוראות נוספות שמאפשרות להחרים רכוש טרור נמצאו בצווים בדבר החרמת רכוש משנת 1995. בצווים נקבעו סמכויות החרמה נרחבות לגבי רכוש אשר משמש התאחדות בלתי מותרת. בין היתר, צווים הסמיכו את מפקד כוחות צה"ל להורות על החרמת רכוש של אדם אם הוא שוכנע כי אותו אדם עשה עבודה או שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, וזאת כולל פעילות מימון או ניהול כספי ההתאחדות. הצווים נוסחו כהוראות שעה ותוקפם פג בשנת 1996.

למרות ההתפתחות של המערכת הבנקאית בשטחים, אחד הערוצים המרכזיים להעברת הכספים לגורמי הטרור בשטחים נשאר מסלול הברחת מזומנים דרך מעברים בינלאומיים ובאמצעות מסתננים. לפי סעיף 6 לצו בדבר הכנסת כספים לאזור משנת 1982²²⁴ אדם אשר מכניס כספים לאזור או מקבל כספים באזור מחוץ לאזור חייב להצהיר על כך. לפי סעיף 2 הכנסת כספים לאזור או קבלת כספים באזור מחוץ לאזור טעונה קבלת היתר מיוחד. הצו חל גם על העברות אלקטרוניות, כגון העברות בנקאיות לשטחים ממוסדות פיננסיים הנמצאים מחוץ לשטחים. מונח "כספים" לעניין הצו כולל, בין היתר, ניירות ערך, שטרות, הוראות תשלום, זהב וגם זכות לכל אחד מהם. בתקנות אשר הותקנו מכוח הצו נקבעו דרכים למתן ההצהרות על הכנסת הכספים וגם ניתן פטור מהצהרה לגבי סכום אשר אינו עולה על 2000 דינר של ירדן²²⁵. פטור זה לא חל על כספי אויב כהגדרתם בצו, וזאת כולל כספים של ארגוני טרור²²⁶. סעיף 6(ד) לצו אוסר על ביצוע כל פעולה בכספים אשר לא הוצהר לגביהם בניגוד לאמור בצו, לרבות העברתם לאדם אחר או משיכה מהבנק כאשר

²²³ ראה גם הוראות בדבר תפיסת טובין בקשר לביצוע עבירה, תשל"ד - 1974.

²²⁴ צו בדבר הכנסת כספים לאזור (יהודה ושומרון) (מס' 973), התשמ"ב - 1982, מקבילו בעזה - מס' 750.

²²⁵ כ- 20.000 שקלים חדשים.

²²⁶ ראה סעיף 1 לצו. ההגדרה כוללת כולל כל מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, לרבות כל גוף או תאגיד התומך בו או כפוף לו.

מדובר בהעברה בנקאית. אדם שעבר על הוראת הצו צפוי לעונש מאסר עד 5 שנים²²⁷. אם אדם יורשע בגין עבירה על הוראות הצו הכספים שלגביהם נעברה עבירה יחולטו²²⁸. לצורך אכיפת הצו לחיילים נתונות סמכויות תפיסה מכוח סעיפים 80 ו-84 לצו בדבר הוראות ביטחון אשר הוזכרו כבר קודם²²⁹.

הצו אמור לאפשר לנהל בקרה שוטפת על הכנסת כספים לשטחים, הן בצורת מזומנים והן באמצעות העברות בנקאיות. הוראותיו חלות גם על פעילות פיננסית המנוהלת על ידי גורמי הטרור אשר מבקשים להעביר כספים ממקורות מימון זרים לטובת ארגוני הטרור בשטחים. הצו תוקן בתקופת האינתיפאדה והוראותיו, לרבות ההוראות העונשיות וחובות הדיווח, הוחמרו. בשנת 1989 צו הוחל על הכנסת כרטיסי אשראי לאזור. לאחר חתימה על הסכם ביניים והקמת הרשות הפלסטינית אכיפה של הוראות הצו בתחנות מעבר הופסקה. אך הצווים לא בוטלו ולאחרונה הוחלט לחדש את מנגנון הפיקוח על הכנסת הכספים לאזור²³⁰. הצו תוקן ונוספה בו סמכות להורות על החרמת כספים אשר לגביהם הופרו הוראות הצו²³¹. ההחרמה תהיה לפי החלטה של ועדה מוסמכת שבראשה יושב נציג אגף המכס. פקידי מכס²³² הוסמכו על ידי מפקד כוחות צה"ל לפעול לתפיסת הכספים ולשמירתם עד למתן ההחלטה על ידי הועדה. כל הליך של תפיסה והחרמה של כספים הוסדר בתקנות

²²⁷ סעיף 7 לצו.

²²⁸ סעיף 8 לצו.

²²⁹ סעיף 9(ד).

²³⁰ ככלל ההצהרה תמסר לפקיד מכס בעת המעבר. במידה וחובת ההצהרה הופרה ניתן יהיה לתפוס ולהחרים את הכספים (ראה סעיף 9א לצן המתוקן).

שאלה נוספת הנה האם במקרה של הכנסת כספים מחוץ לארץ לשטחים דרך המעברים הבינלאומיים תחול חובת הדיווח לפי סעיף 9 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס - 2000. לפי סעיף 9 כל אדם שנכנס לישראל חייב בדיווח לגבי סכום שמעל 80.000 שקלים חדשים (ראה בתוספת הרביעית לחוק). חוק איסור הלבנת הון אינו חל בשטחים אך הוא עדיין חל על תחנות הגבול בישראל. לפי הוראות תקנות איסור הלבנת הון (דרכי דיווח על כספים בעת הכניסה לישראל ויציאה ממנה), התשס"א - 2001 החוק חל על תחנות גבול כפי שהם נקבעו בצו הכניסה לישראל (תחנות גבול) תשמ"ז - 1987, לרבות גשר אלנבי, גשר אדם ומעבר רפיח, אשר משמים כמעברים בינלאומיים לשטחים. ניתן לטעון כי חובה הדיווח כאמור עשויה לחול על המבקש להיכנס לשטחים דרך המעברים הבינלאומיים המצויים בגבול הישראלי עם האזור מאחר וכניסתו נעשית מבחינה נורמטיבית דרך שטח של ישראל. בדרך זו ניתן יהיה להגביר פיקוח על הכנסת הכספים לאזור ודיווחים בעניין זה ירוכזו במאגר מידע של רשות לאיסור הלבנת הון.

²³¹ סעיף 9א לצו.

²³² פקיד מכס שתפס כספים מחוייב לתת אישור על כך לבעל הכספים וזאת לפי הוראות תקנה 2 לתקנות בדבר הכנסת כספים לאזור (תפיסת כספים והחרמתם), תשס"ד - 2003.

בדבר הכנסת כספים לאזור (תפיסת כספים והחרמתם), תשס"ד - 2003. בין היתר, בתקנות נקבעה גם זכות טיעון בפני הועדה, הכוללת הופעה והגשת טענות בכתב ובנוסף גם זכות להגיש ערר על ההחלטה תוך חודש ימים לועדת העררים.²³³

המשפט הבינלאומי

בבחינת מקורות המשפט הבינלאומי לעניין הסמכויות והאמצעים לפגיעה בתשתיות הכלכליות של הטרור אסתמך על מספר הנחות יסוד. לפי ההנחה ראשונה פגיעה זו נעשית במסגרת המאבק נגד הטרור ולא מחוץ לו. מחד גיסא, מאבק נגד הטרור המתנהל בשטחים בתקופה הנוכחית שונה באופן עקרוני פעילות אשר מיועדת לשמירה על סדר ציבורי באזור וחורג ממסגרתה וזאת בשל היקף הפגיעות ברכוש ובנפש²³⁴, האינטנסיביות של האירועים, חומרת הסכנה הנשקפת לחיי האדם, היקף האיומים הנובעים מפעילות גורמי הטרור, גודלו של הכוח הצבאי המערב בפעילות נגד הטרור²³⁵. מאידך גיסא, מאבק זה אינו מגיע לכדי מלחמה של ממש והוא מתואר כ"עימות מוגבל" או "עימות נמוך עצמות"²³⁶. אך לפי הבחינה העובדתית והנורמטיבית אין מנוס ממסקנה כי מדובר באירועי לחימה של ממש²³⁷ ולכך יש השלכות במישור הנורמטיבי: דיני מלחמה עשויים לחול במצב מסוג זה²³⁸.

²³³ דין נוסף אשר עשוי לחול על העברת הכספים לשטחים הנו חקיקה ישראלית בדבר הפיקוח על מטבע זר אשר חלה גם על תושבי השטחים, ראה לעיל הערה 188.

²³⁴ ניתן לעיין בנתונים סטטיסטיים בעניין מספר הפיגועים והנפגעים מאז תחילת אירועי "גאות ושפל" באתר של דובר צה"ל בכתובת www.idf.il.

²³⁵ להשוואה: ראה הגדרה של פעולה מלחמתית לפי סעיף 1 לחוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב - 1952, וגם ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1.

²³⁶ להרחבה בנושא סכסוכים מזוינים שלא בין מדינות ראה את ר' סיבל, משפט בינלאומי (אוניברסיטה העברית, תשס"ג), 445 - 450 (להלן: "סיבל").

²³⁷ ראה להלן הערה 271.

²³⁸ על פי פירושו הקלאסי של המונח מלחמה היא סכסוך מזויין בין שתי מדינות או יותר. לפיכך לכאורה דיני המלחמה אינם מתאימים לסכסוך בין מדינה לבין אירגוני טרור או גופים אחרים אשר להם אין מעמד של מדינה, וזאת גם אם עוצמת הסכסוך מגיעה עד כדי מלחמה של ממש. אך לפי הגישה המהותית לדיני מלחמה ובהתחשב בשינויים המסתמנים בדיני מלחמה (להלן, הערה 239) ניתן להחילם גם על סכסוך מזויין מסוג זה. ראה למשל י' דינשטיין, דיני מלחמה (שוקן, תשמ"ג), 14 - 15 (להלן: "דינשטיין").

"[המלחמה היא] שימוש מקיף בכוח ביחסים בין שתי המדינות או יותר. ... היסוד השלישי מביע את הרעיון, שהמלחמה חייבת להיות בין-מדינתית, הווה אומר חייבות להיות מעורבות במלחמה מספר מדינות (שתיים או יותר) משני צדי המיתרס. הדגש פה הוא על שני צדי המיתרס... לא תמיד קל לקבוע מי היא הממשלה החוקית ומי הם

לפיכך, מתעוררת השאלה האם דיני מלחמה חלים על המאבק בטרור ועל אירועי לחימה שמתנהלים בשטחים מאז תחילת אירועי "גאות ושפל" בספטמבר 2000 ואם כן - באיזה היקף. יש טוענים כי הפרשנות המסורתית של דיני המלחמה, אשר התגבשה על בסיס ניסיון של שתי מלחמות העולם, אינה מתאימה עוד לעימותים המזוינים המודרניים, כגון עימותים עם ארגוני הטרור. לפי גישה זו מן הראוי לפרש את דיני המלחמה בהרחבה, בכפוף לאילוצי המציאות החדשה ותוך מתן זכות מלאה למדינה להגן על עצמה:

"מגמה בולטת מסתמנת בדיני מלחמה, והיא הרחבת תחולתם לא רק לנסיבות שבהן קיים מצב מלחמה כפשוטו אלא החלתם על סכסוך מזויין אשר, אף אם אין רואים בו מצב מלחמה של ממש, ... אפילו על סכסוכים שאינם בעלי אופי בינלאומי."²³⁹

לפי ההנחה השניה כספים ונכסים אחרים אשר נועדו למימון הטרור בשטחים ובישראל הנם בגדר רכוש פרטי²⁴⁰. עם זאת, רכוש זה משמש למטרות בלתי חוקיות ומאפשר פעילות של ארגוני הטרור. לפיכך יש לראות בו אמצעי טרור נוסף בידי גורמי הטרור. בהמשך ייבחנו ההוראות הרלוונטיות של הדין הבינלאומי החלות על החרמת כספי הטרור בשטחים.

לפי הכללים של המשפט הבינלאומי בתקופת הלחימה על המעצמה הנלחמת מוטלת חובה לכבד את רכוש הפרט ולהבחין בינו לבין רכוש השייך למדינה עוינת²⁴¹. לחובה זו יש חריגים אשר מתירים בתנאים מסוימים פגיעה ברכוש פרטי, ולענייננו מדובר בסמכויות המתירות פגיעה בתשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור.

המורדים וצריך גם לזכור כי במקרה של הכרה במורדים כצד לוחם יחולו על הסכסוך דיני המלחמה הבין מדינתיים.

²³⁹ דברים של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 574/82 ריימונד אל נאור נ' שר הבטחון, פ"ד לט(3), 449, 474 - 476.

²⁴⁰ הדבר בהחלט נכון לגבי תרומות וכספים המגיעים ממקורות מימון פרטיים אחרים, כגון פעילות עסקית או פעילות בלתי חוקית. עם זאת, עשויה להתעורר שאלה האם הדבר נכון הן לגבי הכספים אשר מקורם בשלטונות עוינים (לעיל, הערה 20). ניתן לטעון כי גם במקרה זה לאחר פעולות הלבנה, כגון העברת הכספים בין מספר מחזיקים, כגון חברות קש או צדדים שלישיים אחרים ובשל הכוונה להקנות זכויות בכספים לפעילי טרור יש לראות בהם רכוש פרטי.

²⁴¹ תקנה 23 לתקנות האג, 1907. ראה להרחבה י' דינשטיין, 155, 156, 229 - 230, 234 - 237 (לעיל, הערה 238), וגם: M. Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, (University of California press, 1959), (להלן: M. Greenspan), 281 - 286.

הסמכות הראשונה מצויה בתקנה 23(g) לנספח לאמנת האג בדבר חוקי מלחמה ביבשה ונוהגיה, 1907²⁴². תקנה זו הותקנה בפרק "Hostilities" אשר דן במעשי איבה ובפעילות עוינת. התקנה קובעת כדלקמן:

"23. In Addition to the prohibitions provided by special Conventions²⁴³ it is especially forbidden:-
(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction be imperatively demanded by the necessities of war."²⁴⁴

תקנה חלה על כל שטח בו מתנהלים אירועי לחימה ולא בהכרח על שטח הנתון בתפיסה לוחמתית²⁴⁵. לפיכך המבחן הקובע לעניין תחולת התקנה הוא קיומו של מצב מלחמה. שאלה פרשנית המרכזית בעניין תקנה זו היא האם התקנה חלה רק במצב מלחמה של ממש במובנו הקלאסי של המונח או שניתן להפעילה גם במצבי לחימה אחרים, פחות אינטנסיביים ומקיפים, כגון עימות מוגבל ומלחמה בארגוני הטרור²⁴⁶. במידה ותשובה לשאלה זו תהיה חיובית אז ניתן יהיה לפרש את מונח "צרכי המלחמה" שבסיפא של תקנה ככולל בתוכו גם צרכים צבאיים אחרים. מאידך, ניתן ללמוד על היקף התחולה של התקנה מפרשנות של המונח "צרכי מלחמה". בפרשת איוב²⁴⁷ שופטת בן פורת הביע עמדה כי התקנה באה לא רק לאפשר פגיעה ברכוש פרטי בשל צרכי מלחמה הכרחיים ומיידיים, "אלא גם כדי לקדם פני סכנה מוחשית קיימת"²⁴⁸, דהיינו הפגיעה מותרת גם לצרכים צבאיים

²⁴² Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land (1907) ונספח לאמנה זו Hauge Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land. תקנות האג חלות על ישראל בהיתן חלק ממשפט בינלאומי מנהגי. בג"ץ יואב הס, פסקה 8 לפסק הדין (לעיל, הערה 199), בג"ץ 393/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לו(4), 785, 793-794, בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הבטחון, מה(2) 45, 52-53.

²⁴³ הכוונה לאמנות האג.

²⁴⁴ הדגשה לא במקור, א.א.

²⁴⁵ להרחבה:

M. McDougal F. Feliciano, *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order*, (New Haven, 1994), 71 - 77, 521 - 530 (M. McDougal - להלן; M. Greenspan, 279 - 280, 313 - 315 (241) לעיל, הערה).

²⁴⁶ י' דינשטיין, לעיל, הערה 238.

²⁴⁷ בג"ץ 606/78 סלימאן תופיק איוב נ' שר הבטחון פ"ד לג(2), 113.

²⁴⁸ שם, 133 - 134.

אחרים ואפילו שלא בזמן אירוע לחימה עצמו אלא גם כפעולה יזומה בתקופה שקיימת סכנה ממשית כאמור. פרשנות זו מרחיבה במידה משמעותית את תחולת התקנה. היא מאפשרת להסתמך על תקנה 23(g) לצורך תפיסה והחרמה של רכוש שנועד למטרות טרור, לרבות כספים שנועדו למימון טרור וזאת לא בהכרח אגב ניהול לחימה בפועל אלא גם במסגרת מבצע החרמה יזום, אשר בו כשלעצמו לא כרוכים אלמנטים צבאיים מובהקים. ניתן להעלות טענה כי הצורך במבצע כזה נובע באופן החלטי מצרכי המאבק בגורמי הטרור אשר הוא בעל אופי מלחמתי ולפיכך פעולה כזו עונה על תנאי של "necessities of war" לפי התקנה²⁴⁹.

לפי הגישה המחמירה, כספי טרור כלל אינם זוכים להגנה של רכוש פרטי במסגרת סכסוך צבאי מאחר והם משמשים למטרות פעילות עוינת נגד ישראל. דינם כדין רכוש של אויב אשר ניתן להחרמה כשלל מלחמה (booty of war)²⁵⁰ ולפיכך

²⁴⁹ להרחבה בעניין צורך צבאי:

U. Amit-Kohen, p.p. 41 - 44, 178 - 181 (Supra note 206); G. Best, "The Restraint of War in Historical and Philosophical perspective", *Humanitarian Law of armed conflict: challenges ahead*, (A.J.M. Delissen, G. J. Tanja - ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 3, p.p. 15 - 17; H. McCoubrey "On the Modern Doctrine of Military Necessity", XXX *The Mil. L. & L of War R.* 1991, p. 215. (להלן: H. McCoubrey).

לצורך ההסתמכות על תקנה 23(g) לתקנות האג' כמקור סמכות לפעולה נגד רכוש פרטי נדרש כי יתקיימו שני תנאים כדלקמן: (א) הפעולה נדרשת באופן הכרחי על ידי הצורך הצבאי, דהיינו קיים קשר בין הפעולה לבין הצורך הצבאי והפעולה עצמה נדרשת באופן הכרחי על ידי הצורך הצבאי; (ב) הפגיעה ברכוש הפרט הינה מידתית, דהיינו, בעת קבלת ההחלטה על פעולה לא הייתה קיימת חלופה סבירה אחרת הפוגעת פחות בזכויות הפרט, בתיכנון ובביצוע של הפעולה נעשו כל המאמצים הסבירים על מנת לצמצם את הנזק שנגרם על ידה; נשמר יחס סביר בין מידת הפגיעה באינטרסים של הפרט לבין היתרון הצבאי שהושג על ידי הפעולה. להרחבה לעניין עיקרון המידתיות ראו: בג"ץ יואב הס, פסקה 9 (לעיל הערה 199), בג"ץ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מה(2) 325, 335, דינשטיין, 142, 155 (לעיל, הערה 238). וגם:

C. Greenwood, "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols", *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, (A.J.M. Delissen, G. J. Tanja -ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 93, p.p. 108 - 110.; L. C. Green, *Essays on the Modern Law of War* (Second Ed., Transnational Publishers Inc., USA, 1999), p. 587.

²⁵⁰ ראו י' דינשטיין 156-157 (לעיל, הערה 238):

"הכלל הוא שרכוש ממשלתי דניידי של האויב מכל סוג (לא רק נשק ותחמושת אלא גם מחסנים, כסף [ההדגשה לא במקור, א.א.] וגומר הנתפסים בשדה הקרב מהווה שלל מלחמה והופך אוטומטית לרכוש הצד הלוחם, שבידיו נפל...זכות הקניין על שלל מלחמה עובר ממדינת האויב למדינה התופסת עם תפיסתו האפקטיבית של הרכוש... שלל מלחמה מורכב מרכוש אויב ממשלתי בלבד ואילו רכוש אויב פרטי חסין מתפיסה בשדה-הקרב, למעט מספר פריטים: מותר לתפוס בשדה הקרב כשלל מלחמה נשק, תחמושת, ציוד צבאי, מסמכים צבאיים וכדומה גם כאשר הם מהווים רכוש פרטי."

ההנחה בדבר הרכוש הפרטי אשר הוצגה קודם אינה רלוונטית. ההגנה על רכוש פרטי בדיני מלחמה מבוססת על ההנחה כי רכוש כזה לא משמש את הצד הלוחם למטרות המלחמה. להבדיל מרכוש של אויב, דהיינו רכוש השייך למדינה עוינת, רכוש פרטי נמצא מחוץ לזירת הסכסוך ולפיכך חל איסור על הפגיעה באותו רכוש, בכפוף לחריגים מפורשים, כדוגמת חריג של צורכי מלחמה לפי תקנה 23(ג) לתקנות האג. עם זאת, רכוש אשר היה פרטי במקור, אך ייעודו שונה מאזרחי-פרטי לצבאי, מאבד את חסינותו בפני דיני מלחמה²⁵¹. רכוש שמוחרם כשלל מלחמה מוגדר כרכוש של "אויב"²⁵². לפי ההגדרה הקלאסית "אויב" הוא מדינה עוינת אשר נמצאת במצב מלחמה עם מדינה שניה. ארגוני טרור לא הוכרו באופן רשמי בחוק או בהחלטה של ממשלה כ"אויב" לעניין זה ולכל היותר הוכרו כארגונים בלתי חוקיים²⁵³. לפיכך, מבחינה עקרונית קיים קושי להכיר בארגון טרור כ"אויב" מאחר והדבר גורם להשוואת מעמדו למעמד של מדינה. קושי זה קיים גם ביחס לרכוש השייך לרשות הפלסטינית אשר נתפס במסגרת הפעילות נגד הטרור בגין חשד להיותו נועד למימון טרור²⁵⁴. אך על פי הפרשנות המרחיבה של דיני מלחמה כפי הוצגה קודם, ניתן להכיר בארגוני הטרור כאויב בהיותם צד לסכסוך המנהל לחימה אינטנסיבית נגד ישראל. לפיכך דיני שלל מלחמה עשויים לשמש מקור סמכות נוספת להחרמה של כסף הטרור בשטחים.

לפיכך ניתן להעלות טענה כי כספים אשר משמים את אירגוני הטרור במלחמה נגד ישראל הנם בגדר רכוש פרטי אשר אינו חסין בפני דיני שלל, כמו מסמכים צבאיים או כל רכוש צבאי אחר. להרחבה: *McDougal*, p.p. 597 - 600 (הערה 245) (לעיל); *M. Greenspan*, p.p. 281 - 282 (241) (לעיל הערה 241).

²⁵¹ בג"ץ 574/82 ריימונד אל נאזור נ' שר הבטחון, פ"ד לט(3), 449, 464 - 465.

²⁵² לעיל, הערה 250.

²⁵³ עם זאת, מן הראוי לציין ארגוני הטרור כן הוגדרו כאויב בשורה של דברי חקיקה ספציפיים, ובהם: סעיף 91 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, סעיף 1(2)(ב) לפקודת המסחר עם האויב, 1939, סעיף 1 לחוק התגמולים לנפגעי פעילות איבה, תשל"ל - 1970; וגם בתחיקת ביטחון: סעיף 1 לצו בדבר פרשנות, תשכ"ט - 1969, סעיף 1 צו בדבר הכנסת כספים לאזור, תשמ"ב - 1982. אין די בכך כדי להקנות לארגון טרור מעמד של "אויב" לפי המשפט הבינלאומי. הגדרות אלה נקבעו למטרות חקיקתיות פרטיקולריות. עם זאת, דיני מלחמה עדיין עשויים לחול גם על סכסוך מזויין אשר אירגוני הטרור צד בו, לעיל הערה 238.

²⁵⁴ כך, למשל, במהלך מבצע "שומרי מבצר" בשנת 2001 תפסו כוחות של צה"ל במשרדים של שירות הביטחון המסכל של הרשות כספים בסך של מיליון וחצי שקלים חדשים.

חובה לכבד רכוש פרטי מוטלת על המעצמה הכובשת גם לאחר תום תקופת הלחימה ביחס לרכוש שנמצא בשטח הכבוש הנתון בתפיסה לוחמתית²⁵⁵. כך תקנה 46 לתקנות האג קובעת:

“Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.”

הוראות נוספות בדבר החובה לכבד את רכוש הפרט בשטח הכבוש נקבעו בתקנות 52 ו-53 לנספח לתקנות האג²⁵⁶ וגם בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית²⁵⁷. תחולתן של תקנות אלה אינה מותנית בקיומם של אירועי לחימה אך היא מוגבלת לשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. לכאורה הוראות אלה מתירות פגיעה ברכוש פרטי במקרה של צורך הצבאי חמור של הכובש, בדומה לתקנה 23(g), אך הדבר מותנה במתן פיצוי לבעל הרכוש בגין הפגיעה. לפיכך, בהתאם למטרות ההסדרים בדבר הפגיעה ברכוש פרטי במצב מלחמה, במקרה שמדובר בכספי הטרור שנתפסו בשטח כבוש ההחרמה תבוצע מכוח תקנה 23(g)²⁵⁸.

מן הראוי להדגיש, כי הנחת היסוד בעניין הגדרת המאבק בטרור כלחימה עשויה להשתנות בעקבות השינויים במציאות ובאופיו של המאבק. ירידה באינטנסיביות של לחימה עשויה להביא לשינויים בהגדרה הנורמטיבית של המאבק ולחייב הפניה למקורות סמכות אחרים מאשר אלה שפורטו לעיל.

סיכום

דין שחל בשטחים נותן בידי הרשויות אמצעים משפטיים מגוונים למאבק במימון הטרור. בדומה למצב בישראל, ההסדרים המרכזיים מתייחסים לסמכויות

²⁵⁵ ר. סיבל, 460 - 462 (לעיל, הערה 236).

²⁵⁶ בפרק Military Authority over the Territory of the Hostile State.

²⁵⁷ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949). האמנה עוסקת בנושא ההגנה על האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. עמדתה הרשמית של ישראל לגבי האמנה היא כי לא מדובר בדין מנהגי אלא באמנה קונסטיטוטיובית ולכן היא לא תחול על ישראל בהעדר קליטה מפורשת במשפט הישראלי, למעט ההוראות ההומניטריות שבה, אשר לגביהן ניתנה התחייבות מפורשת של המדינה בדבר קיומן. ראה, בג"ץ יואב חס, פסקה 8 לפסק הדין, (לעיל הערה 199), בג"ץ אלמסאוליה, (לעיל, בהערה 242). (להרחבה: י. דינשטיין, 212 - 213, (לעיל, הערה 238).

²⁵⁸ בג"ץ גוסין, 610 (לעיל, הערה 199).

בדבר הכרזה על ארגוני הטרור, החרמת רכוש טרור וענישה בגין מערובות במימון טרור²⁵⁹. אחת הדרכים להגביר את המאמץ לסיכול מימון טרור בשטחים היא הפעלת פיקוח שוטף על המערכת הפיננסית המקומית, לרבות מוסדות בנקאים ושירותי מטבע שונים. לכאורה, ניתן להסתמך בקביעת חובות פוזיטיביות של המוסדות הפיננסיים בדבר זיהוי הלקוחות ודווח על פעילות פיננסית חשודה על צו בדבר הכנסת כספים לאזור, באשר הוא חל גם על העברות בנקאיות ועל תקנה 84(2)(ה) לתקנות ההגנה. ריכוז ועיבוד של דיווחים אמור להתבסס על תשתית ארגונית וטכנולוגית נאותה, בדומה למודל של מאגר מידע לפי חוק איסור הלבנת הון. בפועל, בעניין זה עשויים להתעורר מספר קשיים משמעותיים. ראשית, הגברת פיקוח כאמור עשוי להתפרש כפגיעה בסמכויותיה של הרשות הפלסטינית²⁶⁰, הרי לאחר הקמתה של הרשות הפיקוח הכללי על הבנקים בשטחים עבר לידי משרד האוצר הפלסטיני, ולכך יכולות להיות השלכות גם במישור המדיני והסברתי. שנית, יש לבחון את הסוגיה גם לאור המדיניות הכללית של ישראל בשטחים המוחזקים בעניין העברת הסמכויות לשלטונות פלסטיניים מקומיים. שלישית, קיים ספק אם בכלל קיימת אפשרות מעשית ליישם את חובת הפיקוח ולהבטיח אמינות ורציפות של הדיווחים²⁶¹.

לפיכך לא ניתן לומר בוודאות עם כיום יש הצדקה להקמת מנגנוני פיקוח נוספים על המערכות הפיננסיות בשטחים כפי שהוצע לעיל. עם זאת, ללא ספק יש צורך להשקיע מאמץ ומשאבים במאבק נגד התשתיות הכלכליות של ארגוני הטרור בשטחים. רוב המימון של ארגוני הטרור הפועלים נגד ישראל מגיע בסוף לשטחים.

²⁵⁹ כגון עבירות לפי תקנות ההגנה או לפי צו בדבר הוראות ביטחון. בנוסף, לפי תקנה 2 שבתוספת לחוק להארכת תוקפן של תקנת שעת חירום (שיפוט בעבירות ועזרה משפטית - יהודה ושומרון וחבל עזה), תשכ"ז - 1967 לבית המשפט בישראל סמכות לדון ישראלי בגין מעשים אשר אירוע בשטחים המוחזקים ואשר היו עבירה לפי דין ישראלי אילו אירעו בישראל. ישראלי לעניין זה, אדם הרשום במרשם האוכלוסין בישראל ותאגיד הרשום בישראל (תקנה 1, שם). כך למשל ניתן להעמיד לדין ישראלי בבית משפט בישראל בגין תמיכה באירגון טרוריסטי האסורה לפי פקודת מניעת טרור גם עם המעשים נשוא האישום אירעו בשטחים. (ת"פ (י-ם) 203/84 מדינת ישראל נ' מנחם ליבני פדאור נ(3) 330).

²⁶⁰ לעיל, הערה 211.

²⁶¹ ניתן לבחון את האפשרות כי הדווחים של המוסדות הפיננסיים בשטחים ירוכזו במאגר מידע שבאחריות רשות לאיסור הלבנת הון. כך ניתן יהיה לרכז את כל המידע הרלוונטי בידי גוף אחד, להגביר את יעילות הניתוח המודעיני ולצמצם את העלויות הכרוכות בהקמת מאגר מידע נפרד.

פגיעה בתשתיות הכלכליות משמעותה פגיעה ישירה ביכולותיהם של גורמי הטרור, הן ביכולות צבאיות והן ביכולות הסברתיות. לפיכך פעילות כזו מהווה חלק אינטגרלי והכרחי במאבק של ישראל נגד הטרור.

יישום הדין: אופן הפעלת הסמכויות נגד מימון הטרור

כללי

המדינה אמונה על שמירת ביטחון אזרחיה והמשפט נותן כלים להתמודדות עם הסכנות אשר מאיימות על ביטחונה ועל שלום הציבור, לרבות הסכנה של הטרור. תפקיד זה אינו משחרר את רשויות המדינה ממילוי חובות אחרות המוטלות אליהן, לרבות חובה לכבד את זכויות הפרט ומחויבות לעיקרון שלטון החוק. כל מדינה דמוקרטית המשתתפת במאבק נגד הטרור נאלצת להתמודד עם דילמה זו ולמצוא פתרון המתאים תוך עשיית איזון בין צרכי הביטחון לבין אינטרסים חברתיים אחרים, לרבות זכויות הפרט²⁶². האמצעים המיועדים למניעת מימון טרור כוללים סמכויות בדבר תפיסה והחרמה של רכוש, העמדה לדין של המעורבים בפעילות מימון, ניהול מוניטורינג שוטף ואכיפת חובות דיווח לגבי פעולות פיננסיות שונות וגם אמצעים אחרים. כל אלה עלולים לגרום לפגיעה קשה בזכויות הבסיסיות של אדם. לפיכך, עשויה להתעורר שאלה בדבר קיומו של הצדק ביטחוני לנקיטת פעולות אלה. כדבריו של א' רובינשטיין:

”רגישות לביטחון היא הכרח, והביטחון הוא - דומה - מערכי היסוד שלנו, הכוללים, על פי הכרזת העצמאות, גם ”זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו“; אך רגישות של מערכת הביטחון לזכויות האדם היא צו הכרחי משלים. ... תפישה מהותית בהקשר זה

Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 Harvrd. L. Rev. (2002) 19, p.148 (להלן - A. Barak). א' ברק "דברים בפתיחת שנת המשפט התשס"ב" משפט וצבא 16 (התשס"ב) 1, 5 - 13 (להלן: א' ברק); י' זמיר, 17 - 24, (לעיל, הערה 68).

מובילה למסקנה, שהגשמת האינטרס הביטחוני, ראוי שתיעשה מתוך מבט רחב, הנותן משקל ראוי לזכויות האדם.²⁶³

לפיכך, בנוסף לאמצעים להתמודדות עם האיום הביטחוני, המשפט אמור לספק לרשויות המדינה גם כלים לעשיית איזון נכון בין צרכי הביטחון לבין ערכים אחרים ובהם, בעיקר, זכויות הפרט²⁶⁴. במשפט הישראלי כלים אלה מעוגנים בעיקר בכללי המשפט המנהלי ובהוראות של חוקי היסוד החדשים.

מעמדן של זכויות האדם במלחמה נגד הטרור

הפתרון למתח בין זכויות האדם לבין צרכי הביטחון אמור להסתמך על תפיסה נורמטיבית בסיסית אשר על יסודה ניתן יהיה להגדיר את המשקל של הערכים והאינטרסים המתנגשים. הגדרות אלה עשויות להשתנות בין תקופה לתקופה ובין מדינה למדינה והנן מושפעות מגורמים שונים, כגון חומרתו של האיום הביטחוני, נכונות של הציבור לוותר על חלק מזכויותיו לטובת האינטרס הביטחוני, המסורת המשפטית ומעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם, רמת המעורבות של המדינה בחיי החברה כיוצא באלה.

מדינת ישראל מנהלת במאבק קשה נגד הטרור מזה כבר עשרות שנים. לאור ההסלמה שחלה בפעילות טרור בשנים אחרונות, מאז פרוץ אירועי גאות ושפל בספטמבר 2000, שלטונות ישראליים נאלצו לבחון מחדש את השיטות והדרכים למלחמה בטרור, וביניהן גם פגיעה במקורות המימון של גורמי הטרור.

צעדים שונים אשר ננקטו בשנים האחרונות על ידי מדינת ישראל במסגרת מאבקה נגד הטרור פעמים רבות הועמדו לבחינה שיפוטית בבית המשפט העליון. צעדים אלה כללו, בין היתר, פעולות צבאיות נרחבות²⁶⁵, הריסת בתי מחבלים, תיחום

²⁶³ א' רובינשטיין, "הביטחון והמשפט: מגמות", הפרקליט מד (תש"ס) 409, 416 (להלן: א. רובינשטיין); ראה גם: א' ברק, 153 - 156 (לעיל, הערה 262); דני"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 740 - 741.

²⁶⁴ ומכאן: "הכיצד ניתן לפעול ליישוב בין צרכי הביטחון שלא תמו לבין העידן החדש האינדבידואליסטי, המתאפיין בתורת הזכויות, שחוק היסוד הוא ביטוי, אך איזונים בצידו? כיצד מאזנים בין "דת הבטחון" ל"דת הפרט", והלא נדונים אנו לחיות עם המתח שביניהם עת רבה?", א' רובינשטיין, "חוק יסוד כבוד האדם ומערכת הביטחון", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 21, 60.

²⁶⁵ לעיל, הערה 8.

מקום מגורים של המעורבים בטרור, הטלת עוצרים וכיתורים על כפרים וערים פלסטיניים, חסימת דרכים וגם פעולות למניעת מימון טרור, לרבות החרמות והוצאה מחוץ לחוק של גופים העוסקים במימון טרור. בית המשפט העליון ציין במספר הזדמנויות כי מדינת ישראל נמצאת בלחימה קשה מול גורמי הטרור ונוקטת במאבק כנגד הטרור מכוח זכותה להגנה עצמית²⁶⁶, אם כי מאבק זה חייב להתנהל על פי כללים של המשפט ולהסתמך על בסיס משפטי נאות, הרי גם "כאשר התותחים יורים מוחות אינן שותקות"²⁶⁷. המאבק של המדינה נגד גורמי טרור מתאפיין באסימטריה מסוימת. גורמי הטרור אינם מציבים לעצמם גבולות, אינם מהססים להשתמש בכל האמצעים האפשריים, כולל הרג אזרחים חפים מפשע, ופועלים לפי עיקרון "המטרה מקדשת את האמצעים". המדינה נדרשת לפעול על פי כללים ומתוך שמירה על עקרונות הדמוקרטיה²⁶⁸. כך ציין נשיא בית המשפט העליון א. ברק בפסק דינו בפרשת

עגורני:

"אכן מאבק קשה מתנהל במדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה"²⁶⁹.

ועוד:

"תקופה קשה עוברת על מדינת ישראל. הטרור פוגע בתושביה. נקטפים חיי האדם. מאות נהרגים. אלפים נפצעים. ... המדינה עושה כל שביכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את בטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ... הגבלות אלה הן גם נורמטיביות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חירות. היא דמוקרטיה מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה העצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת

²⁶⁶ ראה בג"ץ עגורני, פסקה 3 לפסק הדין (לעיל, הערה 199). זכות להגנה עצמית של המדינה מוכרת ומעוגנת בכללי המשפט הבינלאומי. ראה למשל סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות. לעניין הפרשנות של סעיף 51 כמקור סמכות לנקיטת פעולות הגנה עצמית במקרה של מתקפת טרור ראה: Frank A. Biggo, *Neutralizing the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism*, 34 Case W. Res. J. Int'l L. (2002) 1, p. 29-34.

²⁶⁷ בג"ץ 3451/02 אלמנדי נ' שר הבטחון, פ"ד נו(3) 30, 34; בג"ץ עגורני, (לעיל הערה 199); בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הבטחון פ"ד מה(1) 470, 467, 149-153 A. Barak, p.p. 149-153, (לעיל, הערה 262), א' ברק, 2 - 5 (שם).

²⁶⁸ בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה(3) 113, 132.

²⁶⁹ בג"ץ עגורני, פסקה 41 לפסק הדין. לעיל הערה 199.

האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי משפט בינלאומי החל עליה ועל פי המשפט הפנימי שלה.²⁷⁰

בעניין עגירי ובשורה של פסקי דין אחרים אשר ניתנו מאז פרוץ אירועי גאות ושפל, בית המשפט העליון ציין פעמים רבות כי יש לראות את התקופה הנוכחית בה המדינה מנהלת מאבק אינטנסיבי נגד גורמי הטרור כתקופת לחימה של ממש.²⁷¹ זו הגדרה נורמטיבית המתייחסת למצב המשפטי בו נמצאת המדינה והיא עומדת ביסוד התפיסה הנורמטיבית הבסיסית, כפי שעוצבה על ידי בית המשפט העליון, בדבר האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים במסגרת הלחימה בטרור: מצד אחד - זכותה של המדינה להגנה עצמית וזכותם של אזרחי המדינה לביטחון, ומצד שני - חובה לכבד את זכויות האדם המוטלת על הרשויות ומחויבות לעקרון שלטון החוק. לפיכך, הבחינה הנורמטיבית של הסמכויות המופעלות נגד גורמי הטרור תיעשה בכפוף להגדרה הנורמטיבית של המאבק בטרור כלחימה של ממש.

עמדתו של בית המשפט העליון בדבר האיזון הראוי בין זכויות האדם לבין צרכי הביטחון בתקופת הלחימה בטרור אינה חדשה אלא נובעת מהתפיסה הליברלית אשר החלה להתפתח במשפט הישראלי כבר בשנים הראשונות לאחר קום המדינה.²⁷² בשנות התשעים, עם חקיקת חוקי היסוד החדשים, הסתמנה בבירור

²⁷⁰ שם. עמדה נגד הסתמכות על הדוקטרינה של "דמוקרטיה מתגוננת" כמקור לזכותה של המדינה להגנה עצמית ראה, ג' ברזילאי, 246 - 248 (לעיל, בהערה 111).

²⁷¹ בג"ץ עגירי, 358 - 359, 382 (לעיל, הערה 199); בג"ץ אלמנדי, 34 (לעיל, הערה 267); בג"ץ 6692/02 עאנר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110, 114; בג"ץ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, 363; בג"ץ 3278/02 מוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 389; בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403, 407; בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באירוש, (לא פורסם), בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 13-14, 16. בג"ץ 3022/02 קענון (Law) הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9, 10. ראה גם מ' פנקלשטיין "המשפט בתקופת הלחימה", משפט וצבא 16 (תשס"ב) 15, 26 - 27.

²⁷² כך למשל, בפסק דין מנחה בפרשת קול העם (בג"ץ 73/53 חברת "קל העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2), 871) נקבע מעמדן הגבוה של זכויות האדם ביחס לאינטרסים הביטחוניים וסומנו גבולות לפעולות של רשויות הביטחון באמצעות המבחן של "וודאות קרובה". ואולם, במהלך עשרות שנים ערך הביטחון נשאר בגדר "פרה קדושה" של המשפט הישראלי. בתי המשפט נמנעו מלהתערב בנושאים ביטחוניים מהותיים. רשויות הביטחון לא נדרשו לפרט את צעדיהם והסתמכו בפעילותם על חומר חסוי. (ג' ברזילאי, (לעיל, הערה 111), ע' ארבבל "התמודדות הפרקליטות בעתות משבר" משפט וצבא 16 (התשס"ב) 37, 46-47, א' רובינשטיין, 409 (לעיל בהערה 263), ג' זמיר, 36 - 38 (לעיל, בהערה 68). בג"ץ 606/78, סלימאן תופיק איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לד(2) 113). גישה זו התבססה על שיקולים של חומרתו ומורכבותו של תחום הביטחון שנשאר במומחיות בלעדית של רשויות הביטחון (ראה למשל בג"ץ 428/86 יצחק ברזילאי, ע"ד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 503, 555 - 556). במקרים מסוימים

תחילתו של עידן חדש בתחום זכויות האדם ולכך היו השלכות גם על האיזון הנהוג בין זכויות הפרט לבין אינטרסים ביטחוניים²⁷³, הרי מעתה ניתן יותר משקל לזכויות של הפרט בהתנגשות עם אינטרס ציבוריים אחרים, כולל האינטרס הביטחוני²⁷⁴. גישתו של בית המשפט העליון לאירועי הלחימה כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסקי דין רבים מתקופת גאות ושפל מסמלת שלב נוסף בתהליך המתמשך והחיוני של ביסוס הדמוקרטיה בישראל והגדרה עצמית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית²⁷⁵.

כללים להפעלת הסמכויות

1) כללי

שלושת האמצעים העיקריים לפגיעה בתשתיות הכלכליות של הטרור הם החרמת כספי הטרור, הוצאה מחוץ לחוק של ארגונים העוסקים במימון טרור והעמדה לדין של המעורבים במימון טרור. ההליכים הפליליים מתנהלים על פי הפרוצדורות הקבועות בדין הכללי. במקרים מתאימים ניתן יהיה להפעיל את ההוראות המיוחדות של הדין הכללי החלות על עבירות ביטחוניות²⁷⁶. סנקציות

בית המשפט יזם בחינת הכשירות של תהליך קבלת החלטות בתחום הביטחון. עם זאת הבחינה המהותית של שיקולי הביטחון לאורך השנים נותרה מחוץ לתחום פיקוח שיפוטי מלבד מקרים בודדים. כך בעניין דויקאט (פרשת אלון מורה) נבדקה סבירות ההחלטה בעניין הפקעת הקרקעות ונבחנו שיקולים ביטחוניים של הצורך הצבאי אשר עמדו בבסיס ההפקעה מול שיקולים אחרים (בג"ץ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד ל"ד(1), 1). במהלך תקדימי בג"ץ בחן את שיקולי הביטחון לגופם ולא הסתפק בבחינת הפרוצדורה אשר לפיה התקבלה ההחלטה. (ראו להשוואה מתקופה זו גם בג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד ל"ד(1) 505). עם השנים המגמות המובילות בתחום המשפט וביטחון השתנו, בית המשפט היה יותר נכון להיכנס לעומק הדיון בנושאים ביטחוניים. בעקבות פרשת אלון מורה בג"ץ הרחיב את היקף הביקורת השיפוטית על רשויות הביטחון, החל לבחון כדבר שבשגרה את הראיות החסויות בתיקים ביטחוניים ולבחון את ההחלטות של רשויות הביטחון לגופן (למשל, בג"ץ 8990/02 עמותת רופים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נו(4), 193, בג"ץ אלמנדי, לעיל הערה 267; בג"ץ 3116/02 ברכה נ' שר הביטחון ואח' נו(3) 11. ראה גם: מ' הופנונג 99, 105-104 (לעיל), הערה 59), נ' זמיר, 33 - 36 (לעיל הערה 68)), אי רובינשטיין, 409 - 411 (לעיל), בהערה 263).

ראה למשל בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817; בג"ץ 168/91 מילדי מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 471-470.

דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.

להרחבה בנושא זכויות האדם בתקופת לחימה ראה את:

Ronald Dworkin, *Terror & the Attack on Civil Liberties*, The N.Y. Rev. of Books, (6.11.03); Robert M. Chesney, *Civil Liberties and the Terrorism Prevention Paradigm: The Guilt by Association Critique*, Michigan L. Rev. 101 (2003), 1408.

למשל, דחיית פגישה עם עורך דין ועיכוב ידיעה על מעצר בעבירות ביטחון לפי סעיפים 35 ו-36 לחוק סדרהדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) תשנ"ו - 1996.

מנהליות, דהיינו הכרזה על ארגון בלתי חוקי והחרמת רכוש, כפופות לכללי המשפט המנהלי כאשר לרשות המוסמכת מסור שיקול דעת לגבי אופן הפעלתן. כאמור, כללים אלה חלים הן על הרשויות בישראל והן על השלטונות בשטחים.

השיקול המרכזי להפעלת הסמכויות הנדונות הנו ביטחון ישראל או ביטחון האזור, כאשר מדובר בשטחים. מאחר ומדובר בסמכויות אשר עלולות לגרום לפגיעה קשה בזכויות היסוד על הרשויות חלה חובה לפעול בזהירות רבה ובמידתיות. הוראות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יחולו בעניין זה והחלטה של הרשות המוסמכת שמבקשת להחרים רכוש או להכריז על ארגון בלתי חוקי תידרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שנקבעה בחוק היסוד²⁷⁷. החשש לביטחון ולשלום הציבור אשר בגינו מופעלות הסמכויות צריך להיות מספיק חמור, כגון חשש ממשי או חשש ברמה של וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה או בשלום הציבור, ואין די בחשש סתם²⁷⁸.

ההחלטה להפעיל סמכות אמורה להתבסס על תשתית עובדתית כנדרש על פי מבחן הראייה המנהלית²⁷⁹. הראיות על מעורבות של הארגון המוכרז או הרכוש המוחרם במימון טרור צריכות להיות חד משמעיות, ברורות ומשכנעות²⁸⁰. במקרים רבים בעל הסמכות ייאלץ להסתמך על ראיות וחוות דעת חסויות. לפיכך, לקראת ההליך המשפטי יהיה צורך להוציא תעודת חסיון על מנת למנוע את חשיפת הראיות בפני הצד השני²⁸¹.

²⁷⁷ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²⁷⁸ בג"ץ 547/98 נועם פדרמן נגד ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 520, 524, בג"ץ יואב הס, פסקה 19 (לעיל הערה 199), עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329, 334.

²⁷⁹ ב' ברכה, משפט מנהלי, (י-ם, תשנ"ו - 1996) כרך 2, 288 - 307.

²⁸⁰ בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תת ניצב דוד קרויזר, מט(4) 853, 859-860.

²⁸¹ בישראל לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971. בשטחים ראה סעיפים 9, 9א ו-10 לצו בדבר הוראת ביטחון, תשל"ל - 1970.

2) הכרזה על התאחדות בלתי מותרת

במהלך השנים גופים רבים המעורבים במימון הטרור ובתמיכה בארגוני טרור הוצאו מחוץ לחוק בהכרזות מתאימות על פי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור.²⁸² ארגונים אלה הוכרו כחלק אינטגרלי מתשתיות הטרור בהיותם זרוע כלכלית של ארגוני הטרור הפועלים נגד ישראל²⁸³. במקרים רבים, הן בישראל והן בשטחים, הדבר נעשה באמצעות תיקון של הכרזות קיימות על ארגוני הטרור ולפיכך, גם מבחינה פורמלית גופי המימון נחשבו לסניף או לפלג של ארגון טרור מוכרז²⁸⁴. כפי שצוין קודם, לא קיים הבדל של ממש בין הכרזה חדשה לבין תיקון של הכרזה קיימת אלא לכך בעיקר משמעות במישור הסברתי. להגדרה של הגוף כארגון בלתי חוקי או כפלג של ארגון כזה ישנן השלכות מרחיקות לכת מבחינת מגוון האמצעים העומדים לרשות המדינה נגד אותם גופים ופעיליהם.

אחת הזכויות אשר עלול להיפגע ראשונה בגין הפעלת סמכות ההכרזה היא זכות לחופש ההתאגדות,²⁸⁵ אם כי בעקבות הפעלת סנקציות נוספות המסתמכות על ההכרזה, כגון החרמת נכסים או העמדה לדין, עשויות להיפגע גם זכויות נוספות.²⁸⁶ במסגרת ההחלטה בדבר ההכרזה הרשות המוסמכת אמורה לבחון את ההצדקה למתן ההכרזה על פי השיקולים הביטחוניים וגם לקחת בחשבון את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות הפרט, ובהן זכות לחופש ההתאגדות. יש לוודא כי החלטה בעניין זה התקבלה על פי תכלית ראויה והפגיעה שבעקבות ההכרזה באינטרסים מוגנים אחרים הנה מידתית ביחס לתוצאה אשר היא באה להשיג.

²⁸² העניין נידון בהרחבה לעיל, ובעיקר במסגרת הדיון בהוראות של תקנות ההגנה ושל פקודת מניעת טרור.

²⁸³ לעיל, הערה 47, הערה 86 והערה 93.

²⁸⁴ לעיל, הערה 77 והערה 125.

²⁸⁵ על מעמדו של חופש ההתאגדות כזכות בסיסית של הפרט ראה בג"ץ 507/85 תמימי נ' שר הביטחון פ"ד מא(4) 57,59; ע"א 1282/93 רשם העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106.

²⁸⁶ ביקורת על מדיניות הממשלה בהפעלת סמכות ההכרזה לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור ראה ג. ברזילאי, 240, 244 - 243, 246 (לעיל, הערה 111).

בבג"ץ 547/98 נועם פדרמן נגד ממשלת ישראל²⁸⁷ נידונה חוקיות ההכרזה על ארגון טרוריסטי לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור. בית המשפט בחן את הנוסחה הראויה לאיזון בין חופש ההתאגדות וחופש הביטוי לבין הערכים המוגנים על פי פקודת מניעת טרור ופסק כדלקמן:

"בהתמודדות בין ערכים אלו, האיזון הוא "אנכי". האינטרס במניעת טרור גובר על חופש הביטוי ועל חופש ההתאגדות, ובלבד שמתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לגבי הסתברות הפגיעה ועוצמתה"²⁸⁸.

לפי הגישה המחמירה אשר הוזכרה בפסק הדין נדרשת רמה של וודאות קרובה לפגיעה בביטחון או בשלום הציבור²⁸⁹. במקרה אחר נקבעה נוסחה שדורשת את קיומה של סכנה ממשית למעשי אלימות הנשקפת מהארגון המוכרז²⁹⁰. כמו כן, בית המשפט ציין כי הכרזה צריכה להיות מכוונת לתכלית ראויה, נדרשת על פי מבחן המידתיות, ומבוססת על ראיות ברורות ומשכנעות²⁹¹.

בהתאם לכללי הצדק הטבעי, לקראת ההכרזה יש לאפשר לצד הנפגע, דהיינו, לגוף המוכרז להעלות את טענותיו בפני הרשות המוסמכת²⁹². מאחר וסמכות ההכרזה במקרים רבים תשמש כפלטפורמה להפעלת סמכויות נוספות נגד חברי הארגון ונגד הרכוש השייך לארגון²⁹³ למתן זכות הטיעון במקרה זה יש חבישות מוגברת.

²⁸⁷ לעיל, הערה 278.

²⁸⁸ שם, 524.

²⁸⁹ שם, 528, וגם ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 298-299.

²⁹⁰ בג"ץ כהנא, לעיל הערה 280, 860.

²⁹¹ שם, 859-860.

²⁹² ראה למשל, פרשת בית אלמאל, לעיל הערה 86. כללי הצדק הטבעי מחייבים את הרשויות גם אם החובות כאמור לא נקבעה במפורש בחוק (בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 656-657; ר' הר-זהב, המשפט המנהלי הישראלי, (שנהב הוצאה לאור, תשנ"ז) 264). להרחבה בנושא זכות הטיעון בפני רשויות הביטחון: בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד אלוף פיקוד מרכז ואח', פ"ד מ"ג (2) 529, בג"ץ קוואסמה, (לעיל הערה 268), בג"ץ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, נו(6) 110, בג"ץ 2264/02 יחיא אל מתיב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם), בג"ץ יואב הס, פסקה 6 לפסק הדין, (לעיל, הערה 199).

²⁹³ כך, למשל, בעקבות ההכרזה על התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(ב) לתקנות ההגנה הליכי ההחרמה כנגד האירגון המוכרז מופעילים באופן אוטומטי (לעיל, הערה 85).

3) החרמות

המטרה העיקרית של סמכויות ההחרמה במסגרת המאבק נגד הטרור היא לפגוע בתשתית הכלכלית אשר עליה נשענת פעילותם של ארגוני הטרור ואשר בלעדיה פעילות טרוריסטית אינה אפשרית. במקרים מסוימים להחרמה יהיה גם ערך הרתעתי נוסף כאשר הרכוש המוחרם כשלעצמו לא היה מיועד לפעילות טרור, אך הוא נמצא בבעלות של אדם אשר היה מעורב בטרור.²⁹⁴ במישור הקנייני התוצאה הישירה של ההחרמה היא שלילה של כל הזכויות בנכס המוחרם מהבעלים המקורי ולטובת למדינה. צד שלישי אשר טוען לזכויות בנכס יידרש להציג את טענותיו בפני הרשות המוסמכת מאחר ובעקבות ההחרמה גם זכויותיו נמחקות. מכאן יש חשיבות רבה לאפשר זכות טיעון לא רק לאדם החשוד בחברות או בתמיכה בארגוני טרור אלא גם לכל אדם אחר אשר החזיק בנכס בלא ידיעה לגבי ייעודו האמיתי וגם לכל אדם אחר אשר מאמין כי יש לו זכויות טובות בנכס.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע כלל ערכי רב משמעות, כי אין פוגעים בקנייניו של האדם. כלל זה אינו החלטי וייתכנו מקרים בהם ניתן יהיה לשלול את קנייניו של אדם, ובלבד שיתקיימו הדרישות המאזנות של סעיף 8 לחוק היסוד: השלילה נעשית לפי חוק ההולם את ערכי מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש לפי חוק זה או מכוח הסמכה מפורשת בו. סמכויות ההחרמה המיועדות נגד מימון הטרור בהחלט עונים על התנאים של פסקת ההגבלה בהיותן אמצעי חשוב בידי המדינה לשמירה על ביטחון ושלום הציבור.²⁹⁵ עם זאת, בכל מקרה ספציפי הרשות המוסמכת חייבת להשתכנע כי מתקיימות כל הנסיבות הנדרשות ליישום הסמכות, לפעול בזהירות, לשמור על מידיות של הפעולה, להבטיח על פרוצדורה תקינה ולכבד את זכויות הפרט אשר עלול להיפגע בעקבות ההחרמה. לפיכך במקרה שנכסי הטרור מעורבים בנכסים השייכים לאדם תמים יש לעשות הבחנה ברורה בין הנכסים ולהימנע מכל פעולה נגד הרכוש "התמים". במידה ואין אפשרות להבחין בין שני סוגי הנכסים בטווח מיידית ניתן להקפיא את כל הנכסים כדי

²⁹⁴ כגון, החרמת רכוש לפי תקנה 120 לתקנות ההגנה.

²⁹⁵ השימוש בסמכויות אלה אושר בפסיקה של בג"ץ: בפרשת ועדת ההצלה האיסלמית (לעיל, הערה 93) ובפרשת בית אלמאל (לעיל, הערה 86).

לבדוק את זהותם ובעקבות זאת לעשות הפרדה. בכל מקרה, לא ניתן להחרים נכסים אלא אם כן הרשות המוסמכת השתכנעה כנדרש על פי דין כי מדובר ברכוש טרור. הפעולה של הרשות המוסמכת במסגרת הליכי החרמה צריכה לעמוד במבחן המידתיות. במקרה שמדובר בנכסים אשר נועדו למימון הטרור, לרשויות אין דרך אחרת מאשר להחרים את כל הנכסים הללו. טבעו של אמצעי החרמה ונסיבות הפעלתו ככלל אינן מאפשרות לפעול באופן הדרגתי ומצומצם כפי שניתן לפעול במסגרת נקיטת אמצעים אחרים נגד הטרור, כגון סגירת משרדים לתקופה מוגבלת, קביעת הפוגות בעוצר או אטימת חדרים בודדים במבנה. כך, לשמל, אם יוכח כי הכספים שנתפסו מיועדים לרכישת אמצעי חבלה ולתשלום שכר לפעילי ארגוני טרור אין מנוס מהחרמת כל הסכום. במקרה זה הסיכון הנו ממוקד ונובע מנכס עצמו מאחר והוא נועד לשמש את גורמי הטרור למטרות אסורות. ככלל, בעקבות החרמה לא נגרם נזק אגבי כבד או בלתי הפיך, להבדיל, למשל, מהריסת בית שממוקם בלב אזור בנוי. עם זאת, ככל שהיקף החרמה גדול יותר כך גדלה הסכנה של התמוטטות כלכלית של גופים אשר החזיקו בנכסים המוחרמים, או הסתמכו עליהם בדרך אחרת. שיקול זה עשוי להשפיע על החלטה בעניין החרמת הנכסים, וזאת אם תימצא חלופה סבירה אשר תמנע מגורמי הטרור את אפשרות השימוש בנכסים מבלי לפגוע בזכויות של צדדים שלישיים החפים מפשע. שיקול זה לא היה רלוונטי במקרים בהם אותו גוף שהסתמך על הנכסים ידע בפועל או שהיה עליו לדעת והוא עצם עיניים על ייעודם הבלתי חוקי הנכסים המוחרמים²⁹⁶.

בהתאם לכללי הצדק הטבעי במסגרת הליכי החרמה על הרשות המוסמכת מוטלת חובה לאפשר לאדם אשר רכשו נועד להחרמה וכן לכל אדם הטוען לזכות באותו רכוש להשמיע את דבריו בפניה²⁹⁷. אלו יכולות להיות טענות בדבר זהות הנכס, זהות הבעלים, נסיבות קבלת הנכס (כגון רכישה בתמורה ובתום לב), השלכות של החרמה על צדדים שלישיים כיוצא באלה. רשות, אשר בהתאם לכללי המנהל

²⁹⁶ ראה, למשל, בפרשת בית אלמאל, שם.

²⁹⁷ לעיל, הערה 292.

התקין מחויבת לקחת בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים במסגרת קבלת החלטה, תשמע ותעריך את משקלן של טענות אלה.

כדי שזכות הטיעון תהיה אפקטיבית אדם אשר זכויותיו עלולות להיפגע מהחרמה אמור לקבל התרעה על כך מראש מידי הרשות²⁹⁸. רצוי כי הודעה תהיה בכתב ותכלול את תיאור הרכוש שנועד להחרמה, מקור הסמכות, פרטים מזהים של בעל הסמכות וגם תזכורת בדבר זכות השימוע. אך הזכות לשימוע אינה זכות מוחלטת. ייתכנו מקרים בהם היא תידחה בפני שיקולי ביטחון. צורך בפעולה דחופה, סכנה של סיכול ההחרמה בעקבות גילוי מוקדם של הכוונה להחרים, סכנה לחיי המשתתפים במבצע החרמה, כל אלה עשויים להביא לעיכוב במתן ההתראה ולדחיית זכות השימוע לשלב מאוחר יותר²⁹⁹. טעמי ביטחון אינם בהכרח יביאו לפטור מחובה לערוך שימוע. מיד עם חלוף הנסיבות הרלוונטיות יש לאפשר לאדם לטעון את דבריו, וזאת גם אם השימוע עצמו ייערך בדיעבד. לענייננו, קיים חשש ממשי ברמת הסתברות גבוהה כי מתן הודעה מוקדמת על כוונה להחרים את הנכסים השייכים או מיועדים לארגוני הטרור תגרום להברחת נכסים ולסיכול של כל ניסיון החרמה. לפיכך, בשלב הראשוני של מבצע החרמה ניתן תפוס את נכסי הטרור ללא התראה מוקדמת וזאת כדי למנוע ניסיונות שימוש והברחת נכסים³⁰⁰. לאחר תפיסת הרכוש אך בטרם החרמתו הסופית לאוצר המדינה ניתן לערוך שימוע לבעלי הרכוש ולצדדים נוספים אשר טוענים לזכויות בו. כך יושג איזון ראוי בין האינטרס הביטחוני שבהחרמה לבין זכויות הפרט.

הסדרי החרמה לפי תקנות ההגנה מהווים אמצעי חמור מבחינת זכויות הפרט, מאחר והם מסמיכים את רשויות המנהל להפעיל סמכויות קיצוניות של שלילת קניין

²⁹⁸ שם, עניין עאמר.

²⁹⁹ עניין עאמר 114-115, שם, בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צהל באזור יהודה ושומרון, נו(3) 6, 8.

³⁰⁰ למשל סמכויות תפיסה לפי תקנות (2)84(ד) ו- (1)74 לתקנות ההגנה ולפי סעיף 5(ב) לפקודת מניעת טרור.

על סמך חשד בלבד וללא הכרעה שיפוטית. ההצדקה להפעלת אמצעים מסוג זה קיימת דווקא בזמן המלחמה³⁰¹ ובעתות חירום אחרות, כגון לחימה בטרור. תקנה 120 קובעת הסדר החרמה חמור במיוחד באשר הוא מכון בעיקר למטרות הרתעה ולא למטרות מניעה. עילה להפעלת התקנה מתגבשת על סמך מעורבותו של אדם בפעילות אסורה על פי תקנות ההגנה ולא עקב הסיכון הנובע מהרכוש שנמצא ברשותו. לפיכך, רשויות נדרשות לפעול במסגרת הליכי החרמה לפי תקנה 120 בזהירות יתר, תוך התחשבות בחומרת הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, לרבות מידת המעורבות של האדם בפעילות טרור, מידת הפגיעה האפשרית בקרובים ותלויים בו בעקבות ההחרמה, מידת היתרון הרתעתי בנסיבות המקרה וגם בנסיבות אחרות. לאור דלות הפסיקה בנושא תקנה 120 ניתן ללמוד על אופן הפעלתה הראוי בדרך ההיקש³⁰² מהפרשנות של תקנה 119 אשר היא דומה לה במבנה וברציונל העומד מאחוריה. תקנה 119 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על החרמה והריסת ביתו של אדם אשר עבר או חזק את ידי העוברים עבירה לפי תקנות ההגנה שבה כרוכה אלימות או הטלת אימה או שעליה נדונים בבית משפט צבאי³⁰³. תקנה זו נחשבת לאמצעי דרסטי וחמור ובפסיקה נקבעו מגבלות נוקשות על אופן השימוש בה³⁰⁴. התקנה הופעלה נגד המחבלים אשר היו מעורבים במישרין במעשי הטרור. למרות שהתקנה לכאורה מאפשרת לפעול למטרות ענישה בית המשפט העליון קבע כי ניתן להפעילה רק לצורכי הרתעה ומניעה של מעשי טרור בעתיד כאשר נושא הענישה אמור להתברר בנפרד במסגרת הליך פלילי³⁰⁵. עם זאת,

³⁰¹ ראה למשל *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944). בומן מלחמת העולם השנייה הוגלו בארצות הברית אמריקנים רבים ממוצא יפנית ממקום מגוריהם. רבים מהם הוחזקו במחנות מעצר ורכושם הופקע. למרות חומרתה מדיניות זו אושרה ע"י בית המשפט העליון האמריקאי בשל מצב המלחמה.

³⁰² לעיל, הערה 89.

³⁰³ ואולם, תחולתה של תקנה 119 רחבה יותר מתקנה 120 והיא מכילה גם הוראות חמורות במיוחד בעניין ענישה קולקטיבית. כך קובעת התקנה כי ניתן להחרים ולהרוס בתים גם בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב שתושביהם או מקצת מתושביהם, עברו או חזקו את ידי העוברים עבירה לפי תקנות ההגנה. בג"ץ פסק כי הענישה הקולקטיבית הנה אסורה באיסור מוחלט ופסל כל אפשרות של שימוש בסמכות זו (בג"ץ *תורקמאן*, לעיל הערה 89; א' ברק, 154, לעיל הערה 262).

³⁰⁴ למשל, בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1), 353. 359 - 360, בג"ץ *תורקמאן*, 219 לעיל הערה 89.

³⁰⁵ בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נו(2), 55, 59 - 60, בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון (לא פורסם), פסקה 3 לפסק הדין, בג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, 653-654.

מן הראוי לפרש את התקנה דווקא ברוח של עקרונות האחריות האישית של המשפט הפלילי³⁰⁶ ולהימנע ככל האפשר מפגיעה בצדדים אשר להם לא הייתה נגיעה אישית למעשי עבירה. מכללים אלה ניתן לגזור גזירה שווה גם לעניין אופן השימוש בתקנה 120 ולהפעילה נגד גורמים המעורבים במימון טרור. להבדיל מסמכויות החרמה בעלות אופי מניעתי, דווקא במסגרת התקנה 120, כאשר הרשויות נדרשות לפעול בזהירות מרבית, קיימת אפשרות למתן את הפגיעה בקניינו של האדם מבלי לפגוע באינטרס הביטחוני וזאת תוך הגדרת היקף הנכסים המוחרמים בהתאם לחומרת המעשים ובהתחשב בזכויות של צדדים שלישיים.

סיכום

הגל החדש של הטרור מהשנים האחרונות הציב את המערכת המשפטית הישראלית בפני דילמות קשות. היא נדרשה לספק למדינה פתרונות ואמצעים יעילים נגד הטרור וזאת תוך שמירה על זכויות הפרט ועל עיקרון שלטון החוק בתנאי לחימה קשים מול גורמי הטרור. סבורני, כי למרות חומרת הסכנה ואבדות קשות אשר סבלה מדינת ישראל החשש של "המדרון החלקלק"³⁰⁷ לא התממש ונשמר עיקרון שלטון החוק. נראה כי המגמה הייתה דווקא הפוכה והביטוי המובהק לכך ניתן למצוא בפסיקתו של בג"ץ אשר הרחיב את הפיקוח גם לתחומים ונושאים שבעבר נחשבו מחוץ לתחום שיפוט³⁰⁸. כדברי הנשיא א' ברק:

"עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין בטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות האדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו

³⁰⁶ בג"ץ תורקמאן (לעיל, הערה 89) 219, 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד (1) 353, 360; א' ברק, 154 (לעיל, הערה 262), מ' צור 70 (לעיל, בהערה 74), U. Amit-Kohen, p.p. 104-106 (לעיל הערה 206).

³⁰⁷ א. רובינשטיין, "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור", משפט וצבא 16 (התשס"ג) 765, 784 - 785.

³⁰⁸ לעיל, הערה 272.

מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה".³⁰⁹

הדין המצוי מול הדין הרצוי: השלמות לניתוח הביקורתי

מדיניות הדין - קווים מנחים

יש טוענים כי במדינה דמוקרטית חקיקה בתחום הטרור צריכה להיות מתונה עד כדי מינימליסטית, מאחר והיא מסכנת את היסודות הדמוקרטיים של המדינה ועלולה לגרום לפגיעה חמורה בזכויות האדם.³¹⁰ לא אוכל להסכים עם גישה זו. החקיקה אכן צריכה להיות מידתית ולא מופרזת. כמו כן, אין ויכוח על כך שסמכויות אשר נקבעו בחקיקה הקיימת נגד הטרור הנן חמורות ורחבות במיוחד.³¹¹ אך החוק אמור לאפשר נקיטת סנקציות יעילות במקרים מתאימים. לא משתמע מכך כי אלה יופעלו בכל מקרה ומקרה והעניין תלוי בנסיבות ספציפיות, כגון חומרת הסכנה לביטחון המדינה ולחיי האדם. כל סמכות יש להפעיל במידתיות ובסבירות. החוק הוא כללי אך הוא צריך להתאים למצבים שונים, לרבות המקרים הקיצוניים בהם נדרשים אמצעים מיוחדים בהתאם. במילים אחרות, החוק צריך להיות גמיש מספיק כדי לאפשר פעולה מהירה ותקינה של רשויות אשר נהנות מעצמאות שיקול הדעת במסגרת שנקבעה בחוק.³¹²

ניתן להעלות טענה כי דווקא במקרים קיצוניים מן הראוי לפנות למסלול מיוחד של חקיקת חירום, כגון תקנות-שעת-חירום לפי חוק יסוד: הממשלה, אשר תוקפן

³⁰⁹ בג"ץ עג'ורי לעיל, הערה 199 בעמ' 383.

³¹⁰ ראה למשל, ג' ברזילאי, הערה 111 בעמ' 246.

³¹¹ א' רובינשטיין וב' מדינה לעיל, הערה 66 בעמ' 810.

³¹² מתוך H. McCoubrey (לעיל, הערה 249):

"Legal regulation involves by its nature the prescription or proscription of defined conduct by reference to given situations. Legal prescription cannot, however, be devised in perfect anticipation of all permutations in the possible circumstances of application. To avoid the perils of redundancy and practical, if not formal, desuetude, therefore, a structure of legal norms requires mechanisms of adoption which allow some degree of flexibility in the face of the demands of fluctuations of circumstances. Equally, although some flexibility of response is clearly necessary, this must be set within limits which will preserve the integrity of the provisions themselves."

מוגבל בזמן והמשך תחולתן כפוף לפיקוח פרלמנטרי³¹³. ואולם, תוקפה של פקודת מניעת טרור, שהיא אחד החוקים המרכזיים בנושא הטרור בישראל, אכן מותנת בקיומו של מצב חירום במדינה³¹⁴. לפיכך, אמצעי משפטי זה אכן נתון לפיקוח הפרלמנטרי באופן עקיף. שנית, יש לזכור כי הטרור בישראל אינו תופעה זמנית אלא תופעה קבועה אשר ישראל מתמודדת עמה מאז השנים הראשונות לקיומה. לפיכך, המציאות הכופה מחייבת להצטייד באמצעים קבועים המתאימים לעוצמת האיום וחומרת הסכנה, וזאת במיוחד כאשר מדובר באמצעים משפטיים, אשר אינם קבועים רק את המותר אלא גם את גבולות המותר.

המערכת המשפטית חייבת לקבוע כללים נוקשים להפעלת הסמכויות ולהבטיח פיקוח יעיל על הרשויות אשר מפעילות אותן. כללים אלה הם בעיקר כללים של המשפט המנהלי והחוקתי. השאלות בדבר החוקתיות של האמצעי המשפטי ושמירה על עקרונות הדמוקרטיה תוכרע ככלל דרך ההסתכלות על אופן הפעלת הסמכויות ולא לפי מבחן עוצמתה וחומרתה של הסמכות עצמה. הוראות דין בודדות אשר מקורן בתקופת המנדט הבריטי, כגון ההוראות מסוימות בתקנה 119 לתקנות ההגנה בדבר ענישה קולקטיבית, אכן לא מתיישבות עם אופיו של המשטר הדמוקרטי בישראל וסותרות בעליל את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים, אך השימוש בהן נאסר באיסור מוחלט ובפועל הן הפכו לאות מתה במשפט הישראלי³¹⁵.

הפיקוח על אופן הפעלת הסמכויות צריך להיות כפול. השלב הראשון של הפיקוח מתבסס על בקרה פנימית של הגוף שמפעיל את הסמכות. בשלב זה ניתן תפקיד מרכזי לפונקציה של ייעוץ משפטי פנימי. מבחינה פרוצדורלית בשלב זה עשוי גם להשתלב מוסד של שימוע אשר לו, כפי שהודגש קודם, תפקיד מרכזי בשמירה על זכויות האדם. השלב השני הוא שלב של ביקורת חיצונית על ידי הרשות השופטת. כפי שראינו לעיל, תפקיד של פיקוח ואף חלק מהסמכויות הביטחוניות עצמן נמסרו במפורש בחוק לידי הרשות השופטת. כך, למשל, סמכות החרמה לפי פקודת מניעת

³¹³ מותקנות מכוח סמכות הממשלה לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.

³¹⁴ ראה לעיל, הערה 109.

³¹⁵ לעיל, הערה 303.

טרור אשר נתונה בידי בית משפט מחוזי, פיקוח שיפוטי על המעצר מנהלי, סמכויות חילוט שונות ועוד. במידה ולא נקבע הסדר מפורש בחוק המסמיך בעניין הפיקוח השיפוטי וגם במקרה שהפרט הנפגע מבקש לערער על ההחלטה אשר ניתנה במסגרת הפיקוח השיפוטי לפי החוק זכותו לפנות לבית הדין הגבוהה לצדק.

המגמות בבג"ץ להרחבת מעגל השפיטות ולהתערבות בהחלטות של הרשויות, לרבות בנושאים הביטחוניים, מגבירים את יעילות הפיקוח באופן משמעותי³¹⁶: "בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של ביטחון לשווא, אך הביטחון גם לא יופקר"³¹⁷. בעתות חירום, כאשר איום הטרור גדל והמדינה נאלצת להפעיל אמצעים בעלי עוצמה, כולל אמצעים צבאיים מובהקים, על מנת להבטיח את ביטחון אזרחיה, תפקידו בית המשפט הוא להגן על הדמוקרטיה ולשמור על שלטון החוק תוך הפעלת פיקוח הדוק על הרשויות בבחירה ויישום של האמצעים נגד הטרור³¹⁸.

השינויים בתפיסה במלחמה נגד הטרור

האירועים של 11 בספטמבר 2001 ומתקפות טרור אשר באו בעקבותיהם גרמו לשינויים בתפיסת הקהילה הבינלאומית ביחס למלחמה נגד הטרור³¹⁹. אלו שינויים בבחינת היבטים השונים של טרור, אשר חלקם גדול, לרבות היבט הממוני, נבחנו באופן בלתי נמנע גם בעבר, אם כי קודם לא יוחס להם אותו משקל כפי שמתבקש לפי התפיסה החדשה. המגמות וההתפתחויות בפעילות הטרור בעולם הנן אקטואליות גם ביחס למאבק בגורמי הטרור שפועלים נגד ישראל, כאשר הנחה זו מתבקשת, בין היתר לאור מגמת הגלובליזציה של הטרור הבינלאומי ומידת מעורבותם של גורמים זרים בפעילות טרור נגד ישראל.

³¹⁶ לעיל הערה 272.

³¹⁷ א. רובינשטיין "חוק יסוד כבוד האדם ומערכת הביטחון", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 21, 22.

³¹⁸ להרחבה:

D. Cole *Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis*, Michigan L. Rev. 101 (2003) 2526. א' ברק, לעיל הערה 262, בעמ' 149.

³¹⁹ לעיל: הערה 2, הערה.

לענייננו חשוב להדגיש את השינויים בתפיסה ביחס לשני היבטים מרכזיים כדלקמן: ההיבט הראשון הנו היבט בינלאומי של הטרור המודרני, אשר מתבטא בשיתוף פעולה בינלאומי בין ארגוני הטרור, מעורבות של מדינות שנחשבות לתומכות בארגוני טרור³²⁰ והתפתחות של ארגוני טרור בינלאומיים אשר מפתחים את תשתיותיהם ופועלים במדינות שונות. ההיבט השני הוא היבט כספי והכרה בחיוניותו של הגורם הכלכלי בפעילות הטרור. ככל שמתרחבת פעילות טרור, התכנון והביצוע של פיגועים נעשים מתוחכמים ומורכבים יותר, מתעצמים ניסיונות להנהיג "מדיניות" של פיגועים (להבדיל מפיגועים בודדים), מתרחבת פעילות אידיאולוגית של ארגוני הטרור, כך מתפתחות תשתיות הטרור ונדרשים יותר ויותר משאבים למימון פעילות זו.

דווקא הצירוף של שני ההיבטים הללו, דהיינו גלובליזציה של הטרור, הפיכתו לתופעה רב-תחומית חוצה גבולות, ועלייה במשקלו ובחשיבותו של הפן הכלכלי בפעילות הטרור, מחייב שינוי תפיסתי-אסטרטגי לגבי האמצעים במלחמה נגד הטרור, כולל האמצעים המשפטיים. מערכת משפטית אמורה לספק כלים המאפשרים פגיעה במקורות המימון של ארגוני הטרור, לרבות חסימת ערוצי המימון הנועדים להעברת כספים מחוץ לארץ לארגוני הטרור הפועלים נגד ישראל. קיים צורך חיוני בהיערכות מיוחדת והכוונה של מערכת הפיננסית למניעת ניצול השווקים הפיננסיים בישראל למטרת מימון הטרור.

תפקידה של המערכת הפיננסית במלחמה בטרור

מטבע הדברים גופים פיננסיים-עסקיים אינם נוטים לקחת בחשבון שיקולים אשר לא נכללים במאזן של רווח-הפסד עסקי, אלא אם כן נקבעה בעניין זה חובה מפורשת בדיון. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי מוסדות בנקאים וגופים פיננסיים גדולים אחרים, כגון חברות ביטוח, קרנות פנסיה והדומים להם, בהחלט ממלאים תפקידים חשובים בחברה ולהם אופי ציבורי מובהק. תפקידים אלה חורגים מהגבולות אשר נקבעו על פי היעדים העסקיים הפרטיקולריים של כל גוף כזה. גופים

³²⁰ לעיל, הערה 20.

כאלה תמיד פועלים ברשיון ובפיקוח של המדינה³²¹. לעתים קרובות חוק מטיל על מוסדות פיננסיים חובות מוגברות במסגרת היחסים עם הלקוחות³²² וגם חובות אחרות. מדובר בחובות רחבות אשר נועדו לקדם אינטרסים של כלל החברה. כדוגמא מובהקת לכך ניתן להביא את מגוון החובות בדבר זיהוי לקוחות ודיווח פיננסי לפי חוק איסור הלבנת הון, תש"ס - 2000 אשר לפיו מוסדות פיננסיים שבגדר תחולת החוק חויבו למסור דווח שוטף בעניין פעילותם לרשות לאיסור הלבנת הון. מילוי של חובות אלה כרוך בהוצאות מצד המוסד הפיננסי עצמו שהחוק חל עליו, וזאת הן בגין ההיערכות לקראת יישום והטמעה של הנורמות החדשות והן בגין היקף העבודה הנדרשת למילוי החובות. עם זאת, המטרה אשר עומדת מאחורי הציווי שבחוק הנה מטרה חברתית ראויה: מאבק בפשיעה, בהלבנת הון ובמימון טרור.

מבחינה מוסרית-חברתית ניתן להצדיק את הטלת החובות "הרחבות" על המוסדות הפיננסיים. המערכות הפיננסיות משמשות בסיס לצמיחה הכלכלית בחברה ופועלות לרווחת כלל החברה. אך פעילותן מתבצעת בתנאי חשאיות עסקית ובכך כרוך סיכון כי עוצמתן ויתרונותיהן של המערכות הפיננסיות ינוצלו למטרות בלתי חוקיות, כגון הלבנת הון או מימון טרור. קיים אינטרס ציבורי חזק בנטרול הסיכון כאמור באמצעות זיהוי מוקדם של הפעילות הבלתי חוקית. לא ניתן להצביע על גוף אחר מאשר המוסד הפיננסי עצמו, אשר יוכל להבטיח פיקוח שוטף על הפעילות הפיננסית המתנהלת בחצריו באותה רמת יעילות ובאותה עלות. למוסד הפיננסי שליטה אופרטיבית בביצוע פעולות בחשבונות המתנהלים אצלו, לרבות השליטה במידע אודות אותן פעולות³²³. לפיכך, בהתאם לגישה התועלתנית המוסד הפיננסי הוא הגוף הנכון ביותר לביצוע משימת זיהוי, פיקוח ודיווח בעניין פעילות פיננסית חשודה. לעניין זה, ניתן לראות בחקיקה בדבר איסור הלבנת הון תקדים

³²¹ למשל, חוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א - 1981, חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א - 1981, פרק ד' לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס - 2000 (מסדיר פיקוח על נותני שירותי מטבע), תקנות מס הכנסה (כללים ואישור ולניהול קופות גמל), תשכ"ד - 1964.

³²² לדוגמא, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א - 1981.

³²³ כך למשל כל הנתונים לגבי חשבון בנק, לרבות זהות של בעלי החשבון, מועד פתיחת החשבון ותנועות בחשבון, שמורים במערכת הממוכנת של הבנק.

להטלת חובות פוזיטיביות בדבר פיקוח ודיווח על המערכות הפיננסיות בישראל במטרה לקדם יעדים של שמירה על ביטחון המדינה ומלחמה בטרור³²⁴.

עם זאת, בחברה דמוקרטית הפגיעה באוטונומיה של המערכות הפיננסיות, גם אם זו נובעת מיעדים חברתיים חיוניים וראויים כגון ביטחון ושלום הציבור, צריכה להיות מאוזנת עם אינטרסים אחרים המתנגשים עם היעדים הללו אך גם בעצמם מהווים יעד חברתי חשוב, כגון הזכויות של המוסדות הפיננסיים ושל לקוחותיהם. מדובר בעיקר בזכויות לחופש העיסוק ולאוטונומיה של הפרט. המחוקק חייב לשמור על איזון ראוי בין האינטרס הציבורי אשר הוא מבקש לקדם לבין זכויות של הגופים הפרטיים, אשר נושאים בנטל הציבורי, וגם לתת משקל לזכויותיהם של הצדדים השלישיים אשר עלולים להיפגע כתוצאה מהטלת חובות פיקוח ודיווח על המוסדות הפיננסיים. במסגרת נוסחת האיזון יש להתחשב גם בהשלכות האפשריות על המשק כולו. הטלת חובות כבדות על המוסדות הפיננסיים עלולה לגרום להעלאת מחיר השירותים הפיננסיים ללקוחות, לצמצום הפעילות בשווקים הפיננסיים, וכפועל יוצא מכך, גם בשווקים הסמוכים, ובסופו של דבר, לגרום להפסדים כלכליים ברמה הלאומית.

ענישה פלילית

כפי שראינו קודם, במשפט הישראלי נקבעו מספר עבירות פליליות אשר במסגרתן ניתן להעמיד לדין אנשים המעורבים, במישרין או בעקיפין, במימון טרור³²⁵.

³²⁴ עמדה לפיה לגופים פיננסיים תפקיד מרכזי במאבק נגד מימון הטרור אינה חדשה וכבר זכתה לתמיכה בקרב מוסדות בנקאים ידועים. קבוצת Wolfsberg אשר בה חברים בנקים בינלאומיים מובילים (ובהם Citigroup, Credit Suisse Group, HSBC, J.P. Morgan Chase, Barclays Bank ואחרים) פרסמה הצהרה רשמית בעניין. בסעיף 2 להצהרה נאמר כדלקמן:

"2. Role of Financial Institutions in the Fight Against Terrorism:

Financial Institutions can assist governments and their agencies in the fight against terrorism. They can help this effort through prevention, detection and information sharing. They should seek to prevent terrorist organizations from accessing their financial services, assist governments in their efforts to detect suspected terrorist financing and promptly respond to governmental enquiries."

(The Suppression of the Financing of Terrorism, Wolfsberg Statement (11.01.2002). available at www.wolfsberg-principles.com/pdf/ws_on_terrorism.pdf [29.03.04]).

³²⁵ ובעיקר עבירות לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה ולפי סעיפים 2 עד 4 לפקודת מניעת טרור.

המדינה במסגרת אכיפת הדין רשאית לבחור בין סעיפי חוק שונים בהתאם לנסיבות של כל מקרה ובכפוף לעקרונות של אחריות פלילית³²⁶. עם זאת, נשאלת השאלה האם יש באופי האזרחי-פיננסי של פעילות המימון כדי לגרוע מחומרת המעשים ולהצדיק הקלות במדיניות העמדתם לדין ובענישתם של המעורבים במימון טרור.

אחת הפרשות החשובות לעניין זה הנה פרשת עיתון "דרך הניצוץ"³²⁷. הנאשמים באותה פרשה, אזרחים ותושבים של ישראל, נסעו מחוץ לארץ במטרה ליצור קשר עם ארגון טרור בשם "החזית הדמוקרטית לשחרור פלסטין". הם הצטרפו לארגון, קיבלו כינויים מחתרתיים סודיים וסיכמו על אופן העבודה אשר הם יבצעו עבור הארגון בישראל, שכללה הוצאת עיתון והקמת ארגון פוליטי יהודי-ערבי. מגעים אלה התנהלו מול ראש המנגנון הצבאי של ארגון טרור. על פי המוסכם, בחזרתם לארץ הנאשמים הקימו עמותה בשם "ניצוץ הוצאה לאור" אשר במסגרתה החלו בהוצאת עיתון "דרך הניצוץ" במימון של החזית הדמוקרטית ובהתאם להנחיות של בכרייה. הנאשמים הועמדו לדין בגין עבירות של חברות בארגון טרוריסטי, ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת ומגע עם סוכן זר. אחת הטענות המרכזיות של הנאשמים הייתה כי הם ביקשו להצטרף לזרוע האזרחית של ארגון טרור כאשר בכוונתם היה רק להיעזר בו על מנת לקדם את מטרותיהם האידיאולוגיות (נטישת השטחים המוחזקים והקמת מדינה פלסטינית בהם) אך לא לתמוך בפעילות טרור המכוונת נגד מדינת ישראל. בית המשפט העליון במסגרת הערעור על דיון מעצר ציין כי הצטרפות מחתרנית לארגון טרור חמורה היא כשלעצמה, גם אם מדובר בפעילות בעלת אופי אזרחי:

"מקום שנאשמים כמו אלה שלפנינו נותנים יד לארגון טרוריסטי, הרי הם חוצים את הקווים של הקיום הלאומי. ... [הנאשמים] היוו זרוע אזרחית של מנגנון טרור צבאי, הבא להשמיד את המדינה.

³²⁶ ראה ע"פ 307/73 סולטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 794, 797.

³²⁷ עניין שורץ, לעיל הערה 129.

התנהגות זו, אם אכן תוכח חורגת מכל המקובל והנסבל בחברה דמוקרטית³²⁸.

מכאן ניתן ללמוד כי מעשיו של אדם אשר מבקש לתמוך בארגון טרור בדרך המימון אינם נופלים בחומרתם אלא להפך, במובנים מסוימים אפילו עולים על אלה של הנאשמים בפרשת "דרך הניצוץ".

בפרשה בעניין ראשי התונעה האיטלאמית³²⁹, בית המשפט העליון שוב דחה את הטענות בעניין האופי האזרחי של הפעילות התומכת בטרור. במסגרת ההחלטה בערר על מעצר עד תום ההליכים בית המשפט העליון הכיר בפעילות מימון כפעילות חיונית לטרור ומעודדת את הטרור ואישר את המשך המעצר. לגישתו של בית המשפט העליון פעילות מימון מהוות חלק אינטגרלי בתשתיות הטרור³³⁰.

לפיכך, לאור החשיבות של פעילות המימון ועקב הסכנה לביטחון המדינה ולשלום הציבור אשר נובעת מפעילות זו בהיותה תומכת ומעודדת טרור, ניתן להצביע על אינטרס ציבורי חזק בחקירה ובמניעה של פעילות מסוג זה ובהעמדה לדין של המעורבים בה. אינטרס זה דורש כי כל אדם אשר שלח ידו בטרור או חיזק ידי טרוריסטים, בין אם במסגרת פעילות צבאית ובין במסגרת פעילות "אזרחית", ייתן את הדין על כך. עם זאת, בהחלט ייתכן מצב כאשר המדינה תמנע מהגשת כתב אישום בגין החשש כי תידרש לחשוף ראיות במסגרת הליך פלילי ובמקרה זה תסתפק בהפעלת סנקציה של החרמה נגד הרכוש הנועד למימון טרור. ההחרמה תבוצע על פי החלטה מנהלית אשר במסגרתה הרשות תוכל להסתמך על ראיות חסויות ולא לגלותן במסגרת הליך משפטי³³¹.

328 שם, 572.

329 לעיל, הערה 47.

330 למשל, לעיל הערה, 48.

331 ראה סעיפים 44 - 46 לפקודת הראיות[נוסח חדש], תשל"א - 1971.

הצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ג - 2003

(1) כללי

בחודש יולי 2003 פורסמה הצעת חוק איסור מימון טרור, תשס"ג - 2003.³³² ההצעה גובשה בעקבות התעוררות נושא מימון הטרור בארץ ובהמשך להחלטת הממשלה בעניין³³³. ההצעה נועדה בעיקר לשפר את הסמכויות המנהליות המצויות בידי השלטונות ולקבוע עבירות מיוחדות בתחום מימון הטרור³³⁴. במקור, בטרם הגשת הצעת חוק זו, הוכן תזכיר חוק לתיקון חוק איסור הלבנת הון אשר במסגרתו הוצע להוסיף בחוק הקיים הוראות מיוחדות בעניין מימון הטרור וגם לשנות את שמו לחוק איסור הלבנת הון ומימון טרור³³⁵. אך מפאת חשיבותו וייחודיותו של הנושא בסוף הוגשה הצעת חוק נפרדת.

(2) הוראות החוק המוצע

בפרק השני להצעת חוק הוצע לקבוע עבירות האוסרות על מימון הטרור. לפי סעיף 2(א) להצעה אסור להעביר לאדם או לגייס עבורו רכוש במטרה כי רכוש זה ישמש לביצוע מעשה טרור, למימון מעשה טרור או כתגמול בגין מעשה טרור וזאת גם אם אדם אשר מקבל תגמול לא ביצע בעצמו את המעשה. לפי הסעיף אסורה כל פעולה שנועדה מימון טרור או לעידוד כספי של מעשי טרור, בין אם מדובר במתן סיוע כספי מראש ובין אם מדובר ב"שיפוי" בעקבות מעשה טרור. סעיפים קטנים (ב) ו- (ג) אוסרים על העברה או גיוס של רכוש עבור ארגון העוסק בטרור או ארגון שהוכרז כארגון טרור. כאן לא נדרשת כוונה מיוחדת לתמוך בפעילות טרור ודי בכך שאדם ידע כי הוא מעביר רכוש לארגון טרור. "ארגון העוסק בטרור" הוגדר בסעיף 1 להצעת חוק כחבר בני אדם, מאוגד או בלתי מאוגד, אשר פועל על מנת לבצע מעשה טרור ולאפשר או לקדם את ביצועו. לפיכך, גם גוף שפועל למימון טרור יוכר כארגון העוסק בטרור. לעניין סעיף 2 לא נדרשת מסוימות ביסוד הנפשי ודי בקיומן של כוונה

³³² הצ"ח תשס"ג, 551.

³³³ לעיל, הערה 43.

³³⁴ ראה בדברי הסבר להצעת חוק, לעיל הערה 332, 552.

³³⁵ תזכיר חוק איסור הלבנת הון (תיקון - איסור מימון טרור ותיקונים אחרים), תשס"ג - 2002.

כללית למזמן פעילות טרור או ידיעה כללית כי מדובר בארגון טרור ואין צורך להוכיח ידיעה על מעשה ספציפי או ארגון ספציפי³³⁶.

מעשה טרור הוגדר בסעיף 1 להצעת חוק כמעשה שתוכנן להיעשות כדי לקדם עניין מדיני, אידיאולוגי או דתי והוא עלול לזרוע פחד או בהלה בציבור או שהוא תוכנן כפגיעה באדם, ברכוש או כיוצר סיכון ממשי לבריאות הציבור וזאת כדי לכפות על הממשלה, גם אם מדובר בממשלה של מדינה זרה, לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה. במידה והצעה זו תתקבל היא תהווה תקדים חשוב ביותר במשפט הישראלי להגדרה נורמטיבית של טרור. עד היום לא הייתה קיימת הגדרה כזו למעט הגדרות של ארגונים אסורים לפי תקנות ההגנה, פקודת מניעת טרור וחוק העונשין, אשר לכאורה ניתן ללמוד מהן בעקיפין על אופייה של פעילות הטרור מבחינה הנורמטיבית. ההגדרה של מעשה טרור עומדת ביסוד הגדרות של "ארגון שעוסק בטרור" ו"אדם שעוסק בטרור"³³⁷. זו הגדרה רחבה וייחודית אשר מדגישה מחד גיסא, את האפקט המדיני-אידיאולוגי אשר מבקשים להשיג גורמי הטרור במסגרת פעילותם, ומאידך גיסא, את מגוון הרחב של האמצעים אשר הם עלולים לנצל למטרה זו, החל מהפחדה ואיומים וכולל פגיעה ברכוש ורצח.

סעיף 3 להצעת חוק אוסר על כל פעולה ברכוש אסור אשר הוא רכוש שמקורו בעבירה לפי סעיף 2, דהיינו מימון טרור או מעשה טרור, וגם כל רכוש של ארגון או אדם אשר הכריזה עליהם הממשלה כי הם עוסקים בטרור³³⁸. יש לציין כי לצורך החוק המוצע ארגון טרור מוכרז הוא גם חבר בני אדם אשר הוכרז לפי חוקים אחרים: כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה וכארגון טרוריסטי לפי פקודת מניעת טרור³³⁹. לפיכך, פעולה ברכוש השייך לארגון אשר הוכרז לפי החקיקה הישנה גם תהווה עבירה על פי החוק המוצע. הגדרה של פעולה ברכוש שבסעיף 1 לחוק המוצע הנה רחבה במיוחדת וכוללת בין היתר רכישה והקניה, פעולות שלא בתמורה,

³³⁶ סעיף 7 להצעת חוק.

³³⁷ ראה הגדרות בסעיף 1 להצעת חוק.

³³⁸ סעיף 46 קובע חוקה לפיה כל רכוש שנמצא בשליטתו או חזקתו של אדם המוכרז כעוסק בטרור או של ארגון שהוכרז כאירגון טרור או של נידן לפי חוק זה הנו בגדר רכושם אלא אם כן יוכח ההפוך. להשוואה, ראה הגדרה של רכוש אסור לפי סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס - 2000.

³³⁹ ראה הגדרה של ארגון טרור מוכרז לפי סעיף 1 להצעת חוק.

החזקה פסיבית, פעולות בנקאית, תיווך, ערבוב של רכוש טרור עם רכוש אחר ופעולות נוספות. בסעיף 4 להצעת חוק מוצע לקבוע חובת דיווח למשטרת ישראל לגבי פעולה ברכוש אסור, וזאת בין אם מדובר בפעולה בעבר (בתקופה של עד חצי שנה) ובין אם מדובר בפעולה צפויה בעתיד. ניתן לצאת ידי חובה אם נמסר דווח לפי חוק איסור הלבנת הון או לפי תקנה 84(2)(א) לתקנות ההגנה³⁴⁰. מטרתו של סעיף 3 הוא לאסור על שימוש או על העברה של נכסים אשר היו מעורבים בטרור, במימון טרור או שייכים לגורמי הטרור. סעיף 4 יחייב כל אדם, אשר היה לו חשד כי הוא ביצע או שהוא עומד לבצע פעולה ברכוש אסור, לדווח למשטרת ישראל על הפעולה. חובה זו הנה משלימה ביחס לחובות דווח אחרות אשר נקבעו בדין בעניין זה, דהיינו חובת דווח לשר האוצר לפי תקנות ההגנה לגבי רכוש של התאחדות בלתי מותרת וחובת דווח לרשות איסור הלבנת הון לפי סעיף 29 חוק איסור הלבנת הון.

בפרק ג' להצעת חוק מוצע לקבוע סמכויות הכרזה נוספות אשר ירחיבו במידה משמעותית את מגוון סמכויות ההכרזה הקיימות³⁴¹. לפי סעיף 8(א) הממשלה רשאית להכריז על אדם כעוסק בטרור וכך להוציאו מחוץ לחוק, אם הוא היה מעורב בביצוע מעשי טרור, בסיוע או בשידול לביצועו או שהוא חבר בארגון אשר הוכרז כארגון טרור. לפיכך ניתן יהיה להכריז כאמור גם על אדם אשר עוסק במימון טרור מאחר ופעילותו נועדה לסייע ולעודד מעשי טרור. סמכות זו תהיה ייחודית, מאחר וסמכויות הכרזה הקיימות בחוקים אחרים מתייחסות אך ורק לארגוני טרור ולא ליחידים³⁴².

לפי סעיפים קטנים (ב) ו- (ג) מוצע להסמיך את הממשלה להכריז על אדם כעוסק בטרור ועל ארגון כארגון טרור על סמך הכרזות דומות שנעשו במדינות זרות או במועצת הביטחון של או"ם וזאת ללא קשר לשאלה אם אותו גורם מוכרז פעל נגד ישראל ואם לאו. הסדר זה נועד להגביר את שיתוף הפעולה הבינלאומי במלחמה נגד

³⁴⁰ סעיפים 4(א) ו-1(ז) וסעיף 5 להצעת חוק.

³⁴¹ סעיף 8 לפקודת מניעת טרור ותקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה.

³⁴² לא קיים במשפט הישראלי. בהכרזה על תנועות "כך" ו"כהנא חי" כארגונים טרוריסטיים לפי פקודת מניעת טרור (י"פ, תשנ"ד 2786) אכן פורסמו שמות של פעילים מרכזיים בארגון. גם בהכרזה על ארגון אל קאעדה צויין שמו של בן לאדן בשל היותו ראש הארגון. אך אין בכך כדי לקבוע לעניין מעמדם או אחריותם האישית של אותם אנשים אלא הדבר נעשה על מנת להגדיר ולאפיין את הארגונים המוכרזים.

הטרור ולאפשר פעולה נגד ארגוני הטרור אשר אינם פועלים נגד ישראל דווקא. סמכות זו הנה רחבה ולכאורה מאפשרת לתת הכרזה מבלי לבחון את התשתית העובדתית אשר עמדה מאחורי ההכרזה הזרה. בפועל אין מניעה כי הממשלה בטרם מתן ההכרזה תבקש ממדינה זרה מידע רלוונטי ותבחן אותו בטרם קבלת ההחלטה בעניין. ואולם, קיומה של ההכרזה זרה הנו תנאי חיוני להפעלת סמכות הכרזה לפי סעיפים 8(ב) ו-1(ג). ביטול ההכרזה הזרה תגרום לביטול ההכרזה שניתנה לפי סעיפים 8(ב) ו-1(ג) אלא אם כן קיימת עילה אחרת להכרזה לפי סעיף 8³⁴³.

בפרק ד' להצעת חוק מוצע לקבוע סמכויות בדבר תפיסת רכוש טרור³⁴⁴. בדברי ההסבר לחוק הובהר כי לא מדובר בסמכויות החרמה אלא בסמכויות הנועדות להקפאת הרכוש טרור והקמת מחסום בפני כל פעולה בו במטרה להוציאו ממחזור האמצעים הנועדים למימון טרור. לפי סעיף 12(א) לחוק מוצע להסמיך את שר הביטחון להורות בצו על תפיסת רכוש הטרור. רכוש טרור הוא כל רכוש אשר משמש או נועד לשמש אדם או ארגון שהוכרוזו כעוסקים בטרור לפי סעיף 8, רכוש אשר מיועד לביצוע מעשה טרור וגם רכוש אשר מקורו במימון טרור. לפיכך לצורך ההחרמה הסופית של רכוש טרור תידרש הפעלת סמכויות לפי חוקים אחרים. לפי סעיפים 12(ב) ו-18 להצעת חוק מוצע לאפשר תפיסת כל רכוש בו מעורבב רכוש טרור עם רכוש "תמים" כאשר לא קיימת אפשרות להפריד ביניהם. להבדיל מסמכויות התפיסה לפי החוקים הקיימים אשר חלות רק על רכוש חשוד, כאן מספיק להורות כי רכוש אסור מעורבב עם רכוש אחר וכי לא ניתן להפריד ביניהם כדי לתפוס את כל הנכסים. כמוכן, בשלב ההחרמה כן תחול חובה להפריד בין הנכסים. לפי סעיף 13 מוצע לקבוע הסדר של תפיסה זמנית עד 7 ימים אשר תהיה בסמכותו של עובד בכיר של משרד הביטחון. כל סמכויות התפיסה שבהצעת חוק מותנות בכך שלבעל הרכוש ולבני משפחתו הגרים עמו יישאר מקום מגורים ואמצעי מחיה

³⁴³ סעיף 10(ב) להצעת חוק. העילה האחרת יכולה להיות לגבי אדם אם הוא עוסק בטרור או ולגבי ארגון אם ניתנה הכרזה אחרת במדינה זרה.

³⁴⁴ כגון סמכות תפיסה לפי הוראה של מפכ"ל משטרה לפי סעיף 5(ב) לפקודת מניעת טרור וסמכויות תפיסה לפי תקנה 84(2)(ד) ותקנה 74(1) לתקנות ההגנה.

סבירים. כמו כן, אינן חלות על מיטלטלין אשר לא ניתנים לעיקול לפי חוק הוצאה לפועל, תשכ"ז - 1967.³⁴⁵

בפרקים ה' ו-ו' להצעת חוק נקבעו הסדרים בדבר חילוט של רכוש אסור. מוצע להסמיך את בית המשפט במסגרת הליך פלילי לחלט רכוש הקשור לעבירה, וזאת גם אם אינו נמצא בחזקתו של הנידון.³⁴⁶ סמכויות חילוט מותנות בהרשעה. חילוט של רכוש במסגרת הליך אזרחי מהווה חריג והוא גם מותנה בהרשעה.³⁴⁷ בית המשפט לא יצווה על חילוט, אם יוכח כי ברכוש יש זכות של אדם אחר.³⁴⁸ או שהרכוש הצפוי לחילוט לא ניתן לעיקול וגם אם חילוטו של רכוש ישאיר את בני משפחתו של הנידון הגרים עמו ללא מקום מגורים או אמצעי מחיה סבירים.³⁴⁹ על פי הוראות של פרק ז' להצעת חוק לבית המשפט יהיו סמכויות מיוחדות לתת סעדים זמניים לפני ואחרי הגשת כתב האישום, לרבות דרישת ערבויות, לשם הבטחת הליך חילוט ומניעת הברחת נכסים.

לפי סעיף 50 להצעת חוק מוצע להכניס מספר תיקונים לחוק איסור הלבנת הון. ראשית, מוצע להוסיף את העבירות שבהצעת חוק כעבירות מקור לפי סעיף 2 לחוק איסור הלבנת הון. שנית, מוצע לקבוע כי העברת מידע ממאגר מידע של רשות לאיסור הלבנת הון תהיה גם לצורך ביצוע חוק איסור מימון טרור ולצורך המאבק במימון טרור.³⁵⁰ כמו כן, מוצע לתקן את שמה של רשות המוסמכת על פי החוק לרשות איסור הלבנת הון ומימון טרור.

(3) סיכום

החוק המוצע מכיל מספר חידושים משמעותיים בתחום מימון הטרור, כולל עבירות, סמכויות הכרזה וגם סמכויות תפיסה של רכוש טרור. הצעת חוק אינה מבקשת לגרוע מהאמצעים הקיימים בתחום מניעת מימון טרור אלא היא מוסיפה

³⁴⁵ על פי סעיף 16 להצעת החוק.

³⁴⁶ סעיפים 25 עד 27 להצעת החוק.

³⁴⁷ סעיף 31 להצעת החוק.

³⁴⁸ סעיף 32 להצעת החוק.

³⁴⁹ סעיף 33 להצעת החוק.

³⁵⁰ סעיף 30 להצעת החוק.

וגם מסתמכת עליהם. על כך ניתן ללמוד בין היתר, מדברי ההסבר להצעה, מסעיף שמירת הדינים שבהצעה ומהוראות ההצעה אשר מסתמכות על החוקים הקיימים ובהן הוראות בעניין אימוץ הכרזות על ארגונים בלתי חוקיים לפי תקנות ההגנה ופקודת מניעת טרור, אימוץ חובת דיווח לפי תקנות ההגנה וחוק איסור הלבנת הון, הוספת העבירות שבהצעה לרשימת עבירות מקור לפי חוק איסור הלבנת הון, שימוש במאגר מידע של רשות לאיסור הלבנת הון לצורך ביצוע החוק המוצע ועוד. החוק המוצע קובע שורה של עבירות ייחודיות בתחום מימון הטרור. עבירות אינן מותנות בקיומו של לארגון טרור, כמו למשל, עבירות לפי סעיפים 2 עד 4 לפקודת מניעת טרור ולפי תקנה 85 לתקנות ההגנה, והן יחולו גם על פעילות טרור של יחידים. החוק המוצע חל גם על פעילות מימון טרור אשר בוצעה מחוץ לישראל בתנאי שזו מהווה עבירה גם לפי דין ישראלי וגם לפי דין מקום ביצועה או לפי דין המדינה אשר נגדה כוונה הפעילות³⁵¹. חידוש עקרוני נוסף נקבע בסעיף 8 לחוק המוצע בעניין סמכות ההכרזה של הממשלה לגבי יחידים וסמכות ההכרזה על בסיס קביעה דומה של המדינה זרה. בעקבות הכרזה זו ניתן היה לתפוס את רכושו של הגורם המוכרז ולהעמיד לדין אנשים בגין עשיית פעולות באותו רכוש. הסדרי התפיסה המנהלית בחוק המוצע באים להוסיף על ההסדרים הקיימים בנושא זה ולייעל את הטיפול ברכוש החשוד.

הוראותיו של החוק המוצע יהיו חידוש לא רק בתחום מימון הטרור אלא גם בתחום המאבק נגד הטרור בישראל בכלל. זאת, בעיקר, בעקבות אימוץ ההגדרה התקדימית של מעשה טרור והרחבת הקונספציה בעניין ההכרה בגורמי הטרור כאשר במסגרתה תתאפשר פעולה גם נגד גורמי הטרור אשר פועלים שלא נגד ישראל אלא נגד מדינה אחרת³⁵². השינויים המוצעים תואמים את המגמות בדבר הגלובליזציה של הטרור, הצורך בהגברת שיתוף הפעולה הבינלאומי במסגרת המאבק בטרור והכרה בחשיבותו של נושא מימון הטרור.

³⁵¹ ראה הגדרה של "מעשה עבירה" בסעיף 1 להצעת החוק.

³⁵² ראה הגדרה של "מעשה טרור" לפי סעיף 1 להצעת חוק וסמכויות הכרזה לפי סעיפים 8 (ב) ו- (ג) להצעת החוק.

סיכום

למשפט תפקיד מרכזי במאבק נגד הטרור. מאבק זה מתנהל בגבולות החוק ולא מחוץ לו. במדינה דמוקרטית על השלטונות שפועלים נגד גורמי הטרור מוטלות חובות רחבות כלפי הפרט. מחד גיסא, הם פועלים על מנת לקיים ביטחון ולהבטיח את שלום הציבור. מאידך גיסא, מוטלת עליהם חובה לכבד את זכויות הפרט, אשר עשויות להתנגש עם האינטרס הביטחוני. במקרה זה בעל הסמכות יידרש להתחשב בכל מגוון השיקולים השונים ולפעול במידתיות ובסבירות תוך שמירה על עקרון שלטון החוק ומתוך איון ראוי בין הערכים המתנגשים. אין זו מלאכה פשוטה כלל ועיקר אך היא מתחייבת מעקרונית היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל. מחיר של הדמוקרטיה זה מחיר של ויתר על אנטרס אחד למען אינטרס אחר. לא כל חשש לביטחון המדינה או לשלום הציבור יצדיק את הפגיעה בזכויות האדם. ואולם, כאשר הסכנה היא ממשית וחשש הוא חמור פגיעה כזו תהיה בלתי נמנעת והיא תיעשה במסגרת זכותה של המדינה להתגונן בפני איום הטרור ולמען זכויות של אנשים אחרים אשר חייהם נתונים בסכנה.

ישראל צברה לאורך עשרות שנים ניסיון עשיר בהתמודדות עם הטרור. ההסלמה שחלה בפעילות ארגוני הטרור מאז ספטמבר 2000 אילצה את המדינה לבחון מחדש את האמצעים הנועדים למאבק נגד הטרור וביניהם גם אמצעים משפטיים. לשינויים ולמגמות בינלאומיים במלחמה נגד הטרור אשר התפתחו בעקבות מתקפת הטרור על ארצות הברית בספטמבר 2001, הייתה השפעה גם על התהליכים המתקיימים בתחום זה במדינת ישראל, אם נראה כי השפעה זו הייתה הדדית ולאירועים בזירה הישראלית היו השלכות גם מחוץ לגבולות ישראל. שינויים אלה אינם טכניים או חיצוניים אלא שינויים עמוקים הנוגעים לעצם התפיסה לגבי הטרור כגורם המסכן את הביטחון ואת שלום הציבור. הממדים החדשים של איום הטרור אשר נחשפו בשנים האחרונות וגלובליזציה של הטרור הביאו להבנה בקהילה הבינלאומית כי המשך המאבק נגד הטרור טעון שיתוף פעולה בינלאומי אינטנסיבי ומאמץ מוגבר בכל המישורים בהם פועלים גורמי הטרור: מישור מבצעי, אידיאולוגי-

הסברתי וגם במישור הכלכלי. לפיכך אחד השינויים המרכזיים בתחום המאבק נגד הטרור היה בנושא מימון הטרור.

משפט ישראלי מספק מגוון רחב של אמצעים משפטיים המאפשרים להתמודד עם מימון הטרור ולפגוע בתשתיות כלכליות של ארגוני טרור, כולל הוצאה מחוץ לחוק של הגופים העוסקים במימון הטרור בארץ ומחוץ לישראל, העמדה לדין של המעורבים בפעילות זו וסמכויות בדבר תפיסה והחרמה של רכוש אשר שייך לגורמי הטרור או נועד שמש אותם. המערכת המשפטית הכירה בחומרתה ובמסוכנותה של פעילות המימון מפאת היותה חלק אינטגרלי וחיוני של פעילות הטרור, וזאת למרות אופייה האזרחי-פיננסי.

עם זאת, ניתן להצביע על מספר סוגיות בנושא מניעת מימון הטרור בישראל אשר טעונות תיקון ושיפור. ראשית, בכל החקיקה העוסקת בנושא הטרור, לרבות מימון טרור, לא הוגדרו מושגים בסיסיים כגון פעילות טרור או מעשה טרור אשר אמורים להוות אבן יסוד לכל ההסדרים בתחום זה. ההגדרות של ארגונים בלתי חוקיים אינם מספקים תשובה נאותה לשאלה זו. שנית, תחולתם של ההסדרים המרכזיים בנושא מימון הטרור, הן בתחום הענישה הפלילית והן בתחום סמכויות הכרזה והחרמה, מותנית בקיומו של ארגון בלתי חוקי³⁵³. לפיכך, מגוון הסנקציות אשר ניתן להפעיל נגד היחיד המעורב במימון טרור, כאשר לא ניתן להוכיח את קשרו לארגון טרור, הנו מצומצם. בעייתיות נוספת נובעת מעצם היותם של חלק גדול מההסדרים בתחום מימון הטרור דין מיושן, הטעון רביזיה והתאמה לנורמות של החקיקה המודרנית. כך, למשל, ניתן לבחון מחדש את הנחיצות של התניית תוקפה של פקודת מניעת טרור בקיומו של מצב חירום מאחר וחקיקה זו נועדה לשרת את האינטרסים של המדינה גם במצב שגרה. בעניין תקנות ההגנה, אשר מקורם עוד בתקופת המנדט הבריטי, קיימת בעייתיות מיוחדת וזאת, בין היתר, בשל הוראות מסוימות אשר אינן מתיישבות עם עקרונות דמוקרטיים בסיסיים³⁵⁴ וגם בשל הצורך להתאים את ההסדרים של התקנות לסטנדרטים חוקתיים מודרניים. לפיכך יש מקום

³⁵³ טעיפים 2 עד 5 וסעיף 8 לפקודת מניעת טרור, תקנות 84 ו-85 לתקנות ההגנה.

³⁵⁴ כגון הוראות של תקנה 119 בדבר הענישה הקולקטיבית.

לבחינה מחודשת של דין הקיים במסגרת חוק חדש אשר יאחד את כל האמצעים המשפטיים בנושא מימון הטרור.

נושא שיתוף הפעולה הבינלאומי בין המדינות במאבק נגד הטרור אף הוא חשוב וראוי להתייחסות מיוחדת של המערכת המשפטית³⁵⁵. שיתוף פעולה אמור להתבטא בין היתר, בהחלפת מידע, הוצא מחוץ לחוק של גורמי הטרור, ביצוע חקירות משותפות למניעת פעילות טרור, חסימת ערוצי המימון ותפיסת רכוש טרור. הנושא מוסדר בעיקר בחוק העזרה המשפטית בין המדינות וגם בהוראות דין נוספות³⁵⁶. לכאורה ניתן להסתמך על הסדרים אלה ועל החלטות הממשלה בעניין³⁵⁷ אך לאור החשיבות של הפן הבינלאומי במאבק נגד הטרור יש מקום לבחון הרחבת ההסדרים הקיימים³⁵⁸.

הצעת חוק איסור מימון טרור מהווה צעד נכון וחשוב במסגרת המאבק בטרור בישראל. עם זאת, ההצעה אינה מתיימרת ליצור הסדר כולל אשר יחליף את הדין הקיים אלא היא באה להוסיף עליו ולשפר את הכלים המשפטיים המצויים בידי הרשויות בתחום מימון הטרור. כמו כן, על רקע של ההתפתחות בנושא מימון הטרור ולאור הראיות בדבר השימוש של מערכת פיננסית עסקית למטרות מימון והלבנת כספי הטרור מן הראוי לבחון גם אמצעים משפטיים מיוחדים המתאימים לסיכול הפעילות מסוג זה. אלו צריכים להיות אמצעים ייחודיים, אשר מחד גיסא, יאפשרו לנהל מאבק יעיל נגד גורמי המימון בסביבה מורכבת ודינמית של שווקים פיננסיים, ומאידך גיסא, יתחשבו באינטרסים עסקיים ובזכויות של המוסדות הפיננסיים ושל לקוחותיהם.

המורכבות של השווקים הפיננסיים והיקף אדיר של הפעילות הפיננסית מחייבים להקים מנגנון בקרה שוטפת אשר באמצעותו ניתן יהיה לזהות ולפקח על

Jan Waters, Frederik Naert, *The European Union and "September 11"*, *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 13 (2003), p. 719. ³⁵⁵

למשל, סעיף 30(ו) לחוק איסור הלבנת הון (לעיל, הערה 198). ³⁵⁶

כגון החלטה הממשלה מס' 815, לעיל הערה 43. ³⁵⁷

למשל, בסעיפים 8(ב) ו-1(ג) לחוק איסור הלבנת הון. ³⁵⁸

פעולות פיננסיות חשודות. מערכת בקרה פיננסית מסוג זה תתפקד ביעילות רק אם יתקבל דיווח שוטף ומפורט מהגופים הפיננסיים. כלומר הבקרה הראשונית אמורה להתבצע על ידי המוסד הפיננסי עצמו. מנגנון הבקרה יתבסס על מודלים של פעילות פיננסית חשודה אשר באמצעותם ניתן יהיה לזהות את פעולות המימון האסורות. זו שיטה של סיכונים וסיכויים אשר במקרה של תחזית נכונה לגבי סוגי הפעולות הבלתי חוקיות אמורה לתת אחוז זיהוי גבוה. בעקבות הזיהוי של הפעילות הבלתי חוקית ניתן יהיה להפעיל את הסמכויות המסורתיות בדבר החרמת רכוש טרור, העמדה לדין של המעורבים במימון טרור והוצאה מחוץ לחוק של גורמי המימון. יש להדגיש כי סגירה של ערוץ מימון אחד, כגון הערוץ הבנקאי, עשוי להקטין בטווח הקצר את הזרמת הכספים לארגוני הטרור אך בהכרח ייאלץ את גורמי המימון לפנות לדרכי מימון אלטרנטיביות. לפיכך אחד התפקידים המרכזיים של גוף המודיעין הפיננסי שפועל לסיכול מימון טרור הוא לצפות את השינויים המסתמנים בדרכי המימון ולגרום לחסימתן מבעוד מועד, בין אם מדובר בפעילות יזומה תוך הפעלת רשויות ביטחון אחרות ובין אם מדובר ביוזמה לתיקון הדין המצוי במטרה לייעל את אמצעים המשפטיים נגד מימון טרור. הקמה של מנגנון בקרה פיננסית כאמור טעונה קביעת מערכת של חובות בדבר זיהוי ודווח אשר יוטלו בחוק על מוסדות פיננסיים וחלקן גם על הלקוחות. השימוש במידע פיננסי אף הוא יהיה כפוף לכללים נוקשים אשר ייקבעו בחוק ויגבילו את השימוש בו רק למטרות מניעת מימון טרור.

חוק איסור הלבנת הון מהווה תקדים למיסוד מנגנון בקרה פיננסית אשר פועל לפי עקרונות המתוארים לעיל ומטיל קשת חובות רחבה על המערכת הפיננסית. חקיקה בתחום איסור הלבנת הון והקמה של רשות לאיסור הלבנת הון מצביעות על השינוי בתפיסה הכוללת לגבי המאבק בפשיעה ומסמלות תחילתו של עידן חדש בתחום זה. כפי שראינו קודם, חוק איסור הלבנת מכיל גם הסדרים מסוימים הרלוונטיים למאבק במימון הטרור. שיטות הפיקוח והדיווח בעניין הלבנת הון עשויות לסייע גם באיתור הכספים שנועדו לגורמי הטרור וזאת, בין היתר, בשל

הדמיון בין שיטות להלבנת הון פלילי לבין שיטות להלבנת כספי הטרור³⁵⁹. לפיכך ניתן לבחון אפשרות כי מנגנון הבקרה הפיננסית על פעילות מימון טרור ישולב במערכות הפיקוח הפועלות במסגרת חוק איסור הלבנת הון וסמכויות של הרשות לאיסור הלבנת הון בדבר קבלת מידע ומסירתו יורחבו בהתאם³⁶⁰.

אך לא די בתיקונים אלה. בנוסף להטלת חובות דוח, מן הראוי להקים ולטפח בתוך המערכת הפיננסית תרבות ארגונית חדשה אשר תתבסס על תפיסה בדבר האחריות הציבורית של המוסדות הפיננסיים ואשר במסגרתה יקודמו מטרות של המאבק במימון הטרור ומניעת השימוש במערכת הפיננסית למטרות פסולות.

בתנאי המלחמה אשר כיום מנהלת מדינת ישראל נגד גורמי הטרור אין מנוס מהרחבת האמצעים המשפטיים הקיימים נגד מימון הטרור. אין ספק כי מדיניות אגרסיבית בתחום זה, בין אם מדובר בשיפור של הכלים המשפטיים המוכרים, כגון החרמת רכוש טרור, ובין אם מדובר בהרחבת המשטר של בקרה ופיקוח על שווקים פיננסיים, עשויה להתנגש עם זכויות הפרט ולהתפרש כפגיעה בלתי מוצדקת או בלתי מידתית בזכויות היסוד המוגנות. אך יש להבחין בין פגיעה בלתי מבוקרת או בלתי סבירה בזכויות הפרט לבין פגיעה אשר נגרמה באופן בלתי נמנע עקב נקיטת אמצעים חוקיים אשר נועדו להגן על בטחון המדינה ועל בטחון הציבור ואשר הנם הכרחיים במסגרת מלחמה בטרור. השימוש באמצעים אלה ייעשה אך ורק על פי כללי המשפט ולא מחוץ להם ובפיקוח הדוק של הזרוע השופטת. זכותו של אדם אשר עלולה להיפגע בעקבות פעולה של רשויות הביטחון במסגרת המאבק בטרור

³⁵⁹ לעיל, בפרק "יסודות במימון הטרור", תת-פרק "מקורת המימון".

³⁶⁰ ניתן לבחון אפשרות להרחיב את חובות דוח מכוח חוק איסור הלבנת הון לתחומים פיננסיים נוספים אשר גם עשויים לשמש למטרות מימון הטרור, כגון ענף תכשיטים ואבנים יקרות, ענף הימורים חוקיים, ענף נדל"ן ועוד. (כך למשל משרד האוצר האמריקאי הגיש הצעה לתיקון Patriot Act כך שחובות דוח יחולו גם על סוחרי תכשיטים ואבנים יקרות לגבי עסקאות מעל 50,000 דולר. כמו כן, נשקלת האפשרות להטיל חובות באופן דומה גם על סוחרי מכוניות וסוכני נסיעות). בינתיים בתיקון לצו איסור הלבנת הון מחדש אוגוסט 2003 (ק"ת תשס"ג 6256) הורחבו במידה ניכרת ההסדרים בתחום איסור הלבנת הון. הורד סף הדיווח על פעולות במוזמן מ-200,000 שקלים חדשים ל-50,000 שקלים חדשים, נקבעה דרישה לזיהוי בעלי כספות, נקבעו הוראות בדבר פתיחת חשבון לקטין, הוספו הוראות בדבר חשבון קורספונדנט, הוספה חובת דיווח לגבי מכירת המחאות נוסעים וקניה ומכירה של שטר למוכ"ז. בחודשים יולי-אוגוסט 2003, נערך בתאגידים בנקאיים מבצע נרחב לזיהוי ואימות פרטי הלקוחות על פי הצהרתם, לרבות מורשי חתימה, נהנים בחשבון אשר מנהל עבור אדם אשר אינו בעל חשבון ובעלי השליטה בחשבון של תאגידים.

עשויה לסגת בפני זכותה של המדינה להגנה עצמית ובפני זכויותיהם של פרטים אחרים אשר חייהם נתונים בסכנת הטרור. בהתנגשות בין הצרכים הביטחוניים לבין ערכים אחרים הראויים להגנה לא תמיד קיימת אפשרות לקיים את מלוא האינטרסים של כל הצדדים. זה מחיר אשר אנו נדרשים לשלם כדי להגן על המדינה ולהגן על הדמוקרטיה בפני איום הטרור. במצב זה רשויות הביטחון נדרשות לבחור באמצעי המזיק פחות ככל האפשר ולהשתדל לצמצמם את הפגיעה בזכויות הפרט. אך עדיין, עליהן תחול חובה לפעול ביעילות לסיכול איום הטרור.

ברור וגלוי? כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל

זיו בורר*

מבוא

חייל או עובד ציבור מקבלים הוראה מן הממונה עליהם להפר את החוק. האם עליהם לציית לה? אדם הבקי במשפט הישראלי, ולו במעט, ישיב לשאלה זו בחיוב אך יסייג כי הדבר נכון כל עוד ההוראה אינה מורה לבצוע מעשה שהוא בלתי חוקי בעליל.

אך אם יתבקש אדם זה לזהות בשעת אמת את אותה "עלילות" - היסוד "בעליל" - המשנה את דרך הפעולה הנדרשת מהחייל או מעובד הציבור, ספק אם יצליח לזהותה, אפילו הוא משפטן בכיר ומיומן.

הקושי לזהות מהי אותה "עלילות", אינו יוצר רק קושי אקדמי תיאורטי, אלא גם קושי מעשי יומיומי לכל כפוף במערכת השלטונית הנאלץ להכריע לאלתר האם לציית להוראה בלתי חוקית הניתנת מהממונה עליו, אם לאו. קושי זה חמור במיוחד בישראל מכיוון שכפי שיפורט בהמשך, התפתחו בפסיקה הישראלית ארבע גישות שונות לזיהוי ה"עלילות". גישות אלה יובילו פעמים רבות למסקנות סותרות לגבי זיהוי של פקודה כבלתי חוקית בעליל. במצב משפטי זה לא יכול מקבל ההוראה לתכנן מראש את צעדיו על מנת להימנע מאישום פלילי או משמעת מכוון שהוא כלל אינו יודע באיזו גישה מבין הגישות הללו ינקוט השופט בדיעבד.

מטרת מאמר זה היא לנסות להקל את מצבו של הכפוף בהיררכיה ולהציע לו דרך פעולה בעת קבלתו פקודה בלתי חוקית. המאמר יבחן את האינטרסים הציבוריים השונים העומדים על הפרק וינסה למצוא איזון ראוי ביניהם. בחלקו הראשון של המאמר ייטען כי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בלתי חוקית אינה נטע זר במשפט הישראלי, אלא היא דוקטרינה נוספת, אחת מני רבות, המנסה לאזן בין עיקרון החוקיות לבין אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים. ראייה זו של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה תוביל למסקנה כי בבסיס הדוקטרינה חייב להיות כלל הכרעה אשר לא יאפשר פגיעה בשלטון החוק כאשר לא קיים חשש לפגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים אחרים. לאחר מכן תיבחן השאלה, מהם האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים לענייננו, על ידי בדיקה אילו אינטרסים ציבוריים היו נפגעים לו נקט המשפט הישראלי באחת משתי דוקטרינות קצה משפטיות, האחת מטילה אחריות פלילית בגין כל ציות לפקודה שאינה חוקית, והשנייה לעולם אינה מטילה אחריות פלילית בגין ציות שכזה. לאחר מכן ייסקרו הגישות הקיימות במשפט הישראלי והאיזון שהן עורכות בין האינטרסים השונים, תוך דיון ביתרונותיהן וחסרונותיהן. כן יידונו מגמות שונות בתחום הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, שקיימות בפסיקה הישראלית והשפיעו על הכרעת השופטים בנושא, ללא קשר לגישה שנקטו. ייטען כי הסיבה להתפתחות ארבע הגישות היא שכל אחת מהן יוצרת איזון אשר לעיתים אינו ראוי. בחינת היתרונות של כל אחת מהגישות תאפשר חשיפה של היסודות הנדרשים להתקיים בגישה ראויה לקביעת ה"עלילות", והם ישמשו בסיס להצעת גישה חדשה, "הגישה המשלבת". גישה זו תידון בסוף המאמר. היא מתבססת הן על היתרונות בגישות הנוכחיות והן על המגמות השונות בתחום.

מאמר זה מבוסס על סקירה משפטית רחבה של הפסיקה האזרחית והצבאית בתחום הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה העומדת להתפרסם בקרוב¹. אך בעוד שמטרתה המרכזית של הסקירה היא לפרט את המגמות והגישות

* קצין משפטים. קצין הדרכה ומחקר במגמה הפלילית בבית הספר למשפט צבאי.

ברצוני להודות למפקד בית הספר למשפט צבאי - סא"ל עמוס גיורא, לסגנית מפקד בית הספר - סרן מיכל שמיר-בורר, ולעורכת כתב העת - סרן הילה אדלר אשר נתנו לי את ההזדמנות לכתוב מאמר זה; למפקדתי, רס"ן אירנה פיין, על העזרה, הייעוץ, הביקורת והסיוע בעריכה ואשר בלעדיה לא היה מאמר זה לובש את צורתו הסופית; לסרן אמיר מלכי-אור על הערותיו והצעותיו לתיקון; לסגן שי שרביט על הייעוץ בשלבים הראשונים של כתיבת מאמר זה ולקמ"ש (מיל') מתן גולדבלט על הסיוע בעריכה. כן ברצוני להודות לאלו שסייעו באיסוף חומר למאמר זה: רס"ן יאיר תירוש וסרן (מיל') לילך זיתונה מבית הספר למשפט צבאי; רס"ן מאיה גולדשמידט מהסנגוריה הצבאית הראשית; סגן אלון כרמלי ממדור פיקוח בענף תורה ופיקוח משפטי; סגן דניאל טבקוב ור"ט מתן מיקובסקי מבית הדין הצבאי לערעורים; רפ"ק משה ברקוביץ מהיחידה לתלונות הציבור במשטרת ישראל; וארכיון צה"ל.

¹ ז' בורר "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה המפקד ופקודות בלתי חוקיות בעליל בצה"ל" בתוך המשפט הפלילי בצה"ל (עומד להתפרסם בקרוב).

השונות בפסיקה הישראלית בתחום, הרי שמטרת מאמר זה היא לבחון האם הגישות השונות לזיהוי ה"עלילות" במשפט הישראלי משרתות את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק, הן אלו הנובעות מהיותה כלי איזון משפטי בין שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים אחרים, והן אלו הנובעות מאופיה הייחודי, ולהציע גישה חדשה אשר תשרת כראוי את התכליות האמורות.

הגנת הצידוק לפקודה בלתי חוקית ככלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים אחרים

על רשות מנהלית לפעול בתחום הסמכויות שנקבעו לה בחוק. חרזה הרשות מתחום זה, למעשה לא יהיה כל תוקף, ומבחינה משפטית הם "כלא היו"². זהו עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי הקלאסי (עיקרון חוקיות המנהל)³, הוא עמוד התווך של המשפט המנהלי ואחד מעמודי הבסיס של השלטון במדינה דמוקרטית. עתה נשאלת השאלה: פעלה הרשות מחוץ למתחם הסמכות החוקי שלה, האם נתעלם ממעשיה? התשובה המיידית המתבקשת מעיקרון שלטון החוק היא שאם מבחינת המציאות המשפטית מעשים אלו חסרי קיום, הרי שעלינו לפעול לכך שגם במציאות הגשמית לא יהיה להם כל תוקף.

אולם מה נעשה כאשר הנזק הציבורי שייגרם מהתעלמות ממעשים אלו, גדול מהנזק הציבורי שנגרם מעצם עשיית המעשה? האם גם אז נתעלם מהמעשים חסרי הסמכות של הרשות? התשובה לשאלה זו נובעת אף היא מאופיו של השלטון הדמוקרטי: מרבית העקרונות במשטר הדמוקרטי אינם מוחלטים, אלא ניתנים לאיזון כך שנוצרת התאמה ביניהם לבין דרישות המציאות. לפיכך אם, למשל, שגתה הרשות בפרוצדורה להפקעת שטח במעבה האדמה למטרת פרוייקט בעל חשיבות לאומית⁴, או אם חוקקה הרשות במשך כמאה שנה את חוקיה שלא לפי הפרוצדורה הראויה⁵, והנזק שייגרם במקרים אלו מההכרזה על מעשי הרשות כבטלים, גדול מהנזק שנגרם לשלטון החוק - הרי שבמקרים אלו תינקט גישה המעדיפה את "התוצאה ההולמת"⁶, ואינטרס הציבור בוודאות וביציבות יועדף תוך מתן שהות לרשות לתקן את מעשיה. כמו כן, אם בנתה רשות מנהלית גשר בניגוד לתוכנית המתאר, אולם האזרח עתר לבית המשפט כעבור זמן רב, והרשות קרובה לסיום הגשרי - נוכח איזון הנזקים תידחה העתירה בשל דוקטרינת השיהוי.

דוקטרינות התוצאה ההולמת והשיהוי הן דוקטרינות משפטיות שמטרתן לאזן בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, ולפיכך חשוב להדגיש כי כאשר לא יעמדו אינטרסים ציבוריים חשובים מול עיקרון שלטון החוק, או כאשר הפגיעה בעיקרון שלטון החוק תהיה חמורה ביותר, לא תופעלנה הדוקטרינות האלה, ומעשי הרשות יוכרוזו כלא היו⁷. יש לזכור כי הכלל הוא ההגנה על שלטון החוק, והחריג הוא נסיגה חלקית של עיקרון זה כאשר צרכי המציאות מחייבים זאת.

המפקד הצבאי הוא אורגן של רשות שלטונית, ועליו לפעול בתחום הסמכות שניתנה לו בחוק. חרג המפקד מסמכותו, הרי שבהתאם לעיקרון החוקיות, ניתן היה לטעון כי ראוי שלמעשו לא יהיה כל תוקף, ומכך מתבקש כי פקודיו צריכים להתעלם ממעשים אלו. היו מעשים אלו פקודות, על החייל להתעלם מהן ולא לציית להן. בהתאם לכך קבע בית הלורדים עוד במאה ה-18, כי *The British Mutiny Act of 1717*, שחייב חייל לציית לכל פקודה הניתנת לו

2 ב' ברכה משפט מינהלי (1997, כרך I) 35. לדיון בעיקרון החוקיות ראו שם, בע' 35-52. ליישום עיקרון זה ראו, למשל, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שב התחבורה, פ"ד (3) 337, 358 ("מחוקק המשנה אינו שואב את כוחו אלא מהקניית סמכויות בחוק האם, המגדיר את מסגרת הפעולה המותרת לר"). לפסיקה מהתקופה האחרונה בנושא ראו רע"פ 3268/02 קחלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(2) 835.

3 י' זמיר *הסמכות המנהלית* (התשנ"ו, כרך א) 60. לדיון בעיקרון החוקיות ובעיקרון שלטון החוק ראו שם, בע' 49-64.

4 ע"א 119/01 אקונס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(1) 817, 859-861.

5 *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

6 למונח זה ראו דברי השופט ביניש ברע"פ 2143/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 701.

7 עמ"ה 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובניה, חיפה ואח' נ' החברה להגנת הטבע ואח', פ"ד נד(3) 673, 678-679.

8 לדוקטרינת התוצאה ההולמת (הבטלות היחסית) ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מון(5) 832, 848. לדוקטרינת השיהוי ראו בג"ץ 3939/99 שדה נחום ואח' נ' ממדינת ישראל ואח', פ"ד נון(6) 25, פסקה 155 לפסק דינו של השופט אור.

על ידי מפקדו ללא קשר להיותה חוקית או בלתי חוקית, הוא חוק הנוגד עקרונות בסיס של הממלכה (Fundamental laws of the realm), וכי

Commands or orders of the crown (the supreme authority) are bound and restrained within the compass of the law; and no person is obliged to obey any such order or command, though from the king, if it be illegal, but punishable by law if he does.

בעקבות זאת שונה החוק ב-1749, ונקבע בו כי על חייל חלה חובה לציית רק לפקודות חוקיות שניתנות מאת המפקד⁹.

אולם גם כאן נשאלת השאלה אם למעשה של מפקד החורג מסמכותו (במקרה זה במתן פקודה בלתי חוקית) לא יהיה כל תוקף מחייב אף במקרים שבהם הנזק הציבורי מאי הציית לפקודה גדול מהנזק שייגרם מעצם ביצוע המעשה הבלתי חוקי נשוא הפקודה. לשם איוון האינטרסים הנוגדים הללו פותחה הגנת הציודק עקב מילוי פקודה, הקובעת כי יש לציית לצו מחייב¹⁰ של רשות מוסמכת כל עוד אין מדובר בצו בלתי חוקי בעליל¹¹.

למרות שמאמר זה יתייחס בעיקר לאורגן השלטוני הנקרא מפקד, הרי שהגנת הציודק אינה מדברת על אורגן זה בלבד, אלא מספקת נוסחת איוון כללית בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים בכל מקרה שהמעשה השלטוני הבלתי חוקי הוא "צו המחייב ציות של רשות מוסמכת".

התייחסות להגנת הציודק ככלי משפטי נוסף, אחד מני כמה, שנועד לאזן בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, מאפשרת לנו להסתכל על הגנת הציודק באספקלריה רחבה יותר כך שגם כאן יהיה עלינו לבחון אם הגנה זו אכן משרתת את יעודה ומעדיפה את האינטרסים הציבוריים השונים רק כאשר הפגיעה בהם חמורה מהפגיעה בשלטון החוק. כן נבחן האם לא קיימת בהגנה זו העדפת יתר של האינטרסים הציבוריים האמורים גם מקום שאין בכך צורך, והאם לא קיימת בה דווקא העדפת יתר של שלטון החוק כך שאינטרס זה מועדף גם במחיר של פגיעה אנושה באינטרסים הציבוריים האחרים העומדים על הפרק. עם זאת, התבוננות בהגנת הציודק דרך אספקלריה זו, אל לה לגרום לנו להתעלם ממאפייניה הייחודיים של ההגנה: בעוד שבדוקטרינות השיהוי והתוצאה הראויה האיוון נעשה בדיעבד על ידי גורם משפטי מקצועי, בענייננו ההכרעה אם לציית לצו הרשות המוסמכת נעשית לרוב לאלתר¹² על ידי גורם שהידע המשפטי שלו הוא מזערי ולעתים גם בלחץ רב, למשל בעת לחימה.

שלילת גישת "האחריות המוחלטת"

על מנת לבחון מהם האינטרסים הציבוריים שייפגעו מהתייחסות לפקודה בלתי חוקית כמעשה שלא היה (void), ניתן לבחון את המצב המשפטי תחת הסדר חוקי מסוים: הסדר זה מחייב חייל לציית אך ורק לפקודות חוקיות ומטיל אחריות פלילית על המפקד ועל פקודו עקב מתן וביצוע (בהתאמה) של פקודות בלתי חוקיות כלשהן. הסדר משפטי

9 עניין זה מובא אצל 74-75 N. Keijzer *Military Obedience* (Alphen Ann Den Rihn - The Netherland, 1978) (להלן: קייזר).
10 ביחסים שבין מפקד לחייל חובה זו קיימת מכוּח ס' 122-124 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן: חוק השיפוט הצבאי או החש"ץ). לחובות ציות של עובדי ציבור ראו ס' 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת) התשכ"ג 1963 - וער"מ 1/81, 2 רובין נ' עיריית תל אביב, פד לו(3) 579, פסקה 4א.
11 ס' 34(2) לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן: חוק העונשין). ראו גם את ההסדר החוקי המשלים לעניין חיילים בס' 125 לחוק השיפוט הצבאי. להלן אתייחס להגנה זאת כ"הגנת הציודק".
12 כלי משפטי נוסף המאזן בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים שלא בדיעבד הוא ההלכה המאפשרת לרשות מנהלית להשתחרר מחוזה עקב אינטרסים ציבוריים. הלכה זו מאזנת בין חובתה החוקית של הרשות לקיים את התחייבותיה החוזיות לבין אינטרסים ציבוריים שעלולים להיפגע עקב קיום החוזה. ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506. אך ספק אם בהשתחררות חוזית זו קיימים אותה מידיות ואותו העדר מקצועיות של הגוף המחליט כמו בהגנת הציודק עקב ציות לפקודה.

כזה הוצע בהצעת חוק פרטית שהוגשה לאחרונה לכנסת¹³. מאחר שהסדר זה מטיל אחריות הן על המפקד והן על החייל, הוא מכונה בספרות גישת "האחריות המוחלטת"¹⁴ (absolute liability).

הסדר משפטי שכזה שם דגש רב על עיקרון חוקיות המנהל. הוא נותן "שיניים אמיתיות" לאכיפת חובתו של המפקד ליתן "פקודות חוקיות בלבד"¹⁵, הן בשעת מעשה והן בדיעבד: בשעת מעשה - מכיוון שהמפקד יחשוש כי חייליו לא יצייתו לו אם פקודותיו תהיינה בלתי חוקיות, ובדיעבד - משום שיחשוש שיועמד לדין בגין מתן פקודות שכאלו. כפועל יוצא, המפקד ידאג לברר את ההסדרים המשפטיים החלים עליו על מנת שיוכל לתת פקודות חוקיות בלבד, ובכך תעלה מקצועיותו של המפקד. בהנחה שחוקי המדינה הדמוקרטית הם חוקים מוסריים, הסדר זה גם כופה הומניות ומוסר¹⁶ במקום שהחשש לאובדן צלם אנוש הוא הגדול ביותר - המלחמה. בנוסף, הסדר זה אינו דורש מהחייל ציות במודע לפקודות בלתי חוקיות, שהוא, לדעת מגישי הצעת החוק, "פגיעה מובהקת בכבוד האדם"¹⁷.

מאידך, הסדר משפטי שכזה מתעלם מהאינטרסים החשובים וכבדי המשקל אשר עומדים בצדו השני של המתרס ועלולים להיפגע מהעדפה מוחלטת של עיקרון שלטון החוק. את האינטרסים העומדים בבסיס דחיית גישת האחריות המוחלטת ניתן לחלק לשתי קבוצות. בקבוצה האחת אינטרסים המעלים טענות מסוג הצדק ושמים דגש על הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית ולביטחון המדינה עקב גישת האחריות המוחלטת. בקבוצה האחרת אינטרסים הנוגעים למצבו הנפשי והתודעתי של החייל בעת קבלתו את הפקודה הבלתי חוקית, ולפיכך הם מעלים טענות מסוג הפטר¹⁸.

את הטענות מסוג הפטר ניתן לחלק לאלו המתמקדות בתהליכים המודעים שחוזה החייל בעת קבלת פקודה בלתי חוקית, ואלו המתמקדות בתהליכים פסיכולוגיים בלתי מודעים או מודעים למחצה המתרחשים בעת קבלת הפקודה. מבחינת תהליכים מודעים ניתן להניח על סמך ניסיון החיים כי החייל הממוצע אינו בקי ברזי החוק, ויתרה מכך - כי הוא מניח שמפקדו בקי ממנו. עקב כך כונתה בעבר גישת האחריות המוחלטת בזלזול מסוים בצרפת כ"תיאוריית הכידונים האינטליגנטיים"¹⁹ ("la theorie des bayonets intelligents") מכיוון שהיא מניחה הנחה, שגויה בעיני הוגי הדעות הצרפתים, כי החייל הוא כלי נשק נבון (כידון אינטליגנטי) דיו לזהות כל חריגה מהחוק.

בנוסף, לא זו בלבד שהחייל מכיר את החוק פחות ממפקדו, הוא יודע פחות ממפקדו את המצב העובדתי שבעטיו ניתנה הפקודה, והרי פקודה יכולה להיות חוקית גם עקב קיומו של "הצדק שבדין"²⁰ להפרת החוק - הצדקים הקיימים לעתים קרובות במצב לוחמה. לפיכך הטלת חובה על החייל לברור את הפקודות הבלתי חוקיות היא הטלת חובה בלתי אפשרית המציבה אותו במצב קשה: אם ישגה ויציית לפקודה בלתי חוקית, הוא יועמד לדין פלילי בגין הפרת החוק, ואם ישגה ולא יציית לפקודה חוקית, יועמד לדין על סירוב פקודה או על או אי מילוי פקודה²¹.

- 13 הצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית (תיקוני חקיקה), התשס"ב 2002-, ה"ח פ 3641.
- 14 ראו A. Eser "'Defences' in War Crime Trials" in *War Crimes in International Law*, (Y. Dinstein & M. Tobory eds., Kluwer Law International, Netherlands, 1996) 251, 258-259 (להלן: אסר).
- 15 ראו הגדרת המשמעת במסמך רוח צה"ל.
- 16 ראו: M. S. McDougal & F. P. Feliciano *The International Law of War*, (New Haven Press, New Haven) 690.
- 17 ראו דברי הסבר להצעת החוק, לעיל הערה 13.
- 18 לחלוקה לטיעונים מסוג הפטר והצדק ראו ע' פרוש ציות, אחריות והחוק הפלילי - סוגיות משפטיות בראי פילוסופי (1996) 73, 99-100. (להלן: פרוש "ציות").
- 19 למונח זה בעברית ולמקורו ראו א' שטרומן "בשם אומרים: הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל" משפט וצבא 8, 1, 9 (להלן: שטרומן).
- 20 לדיון בסייגים למשפט הפלילי על פי חלוקה להצדקים שבדין והפטרים ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 495.
- 21 דילמה זו תוארה באופן ציורי ביותר על ידי Dicey:

The position of a soldier is in theory and may be in practice a difficult one. He may, as it have been said, be liable to be shot by a court martial if he disobeys an order, and to be hanged by a judge and jury if he obeys it.

A. V. Dicey *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (London, 7th ed., 1908) 299 (להלן: דייסי).

בית הדין הצבאי לערעורים תרגם דברים אלו וציטט אותם בע"פ 279/58 עופר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"מ מ"ד 362, בפסקה 65 (להלן: פסק דין עופר או פסק הדין של בית הדין לערעורים בעניין כפר קאסם).

יש לציין כי דברים אלו הפכו להיות טיעון בסיסי בעת דיון בסוגיית הגנת הצידיק, ובתי משפט בכל העולם חזרו עליהם בנוסחים שונים. כך, למשל, בית המשפט העליון הישראלי בע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 2033, 2076 אמר:

במקביל לתהליכים מודעים אלו מתרחשים אצל החייל תהליכים פסיכולוגיים בלתי מודעים או מודעים למחצה אשר יטו אותו לציית לפקודות אף כאשר הוא יודע כי יש בהן פגם חוקי או מוסרי. תהליכים אלו הומחשו בניסוי המפורסם של מילגראם.²² בסוברם שהם עושים זאת למטרה מדעית, צייתו 100% מהנבדקים לחוקר ונתנו שוקים חשמליים במתח 300 וולט לאדם המחובר לאלקטרודות מעבר לקיר (אשר, למעשה, היה שחקן) שעה שזה נאנק מכאב ובעט בקיר. 65% מהנבדקים הגיעו למתן שוק חשמלי בגובה המרבי, ובו הם סברו כי האדם איבד את ההכרה. יש לציין כי הנבדקים הפגינו מתח רב בעת הניסוי אך צייתו לחוקר בכל זאת. מילגראם הסביר את הציות האמור בתהליכים סוציו-פסיכולוגיים שונים, וביניהם חשש לפגיעה בנורמות חברתיות על ידי הודאה בטעות ונוזיפה באחר, השגחה, גורם "מתווך" בין המעשה לבין תוצאתו (בניסוי - המכשיר החשמלי, במציאותו של החייל - הנשק), וצידוק אידאולוגי. תהליכים אלו מתקיימים באופן חזק במיוחד בסיטואציה הצבאית.

קרמניצר סבור כי עקב תהליכים פסיכולוגיים אלו לחיילים כמעט בלתי אפשרי להימנע מציות לפקודות בלתי חוקיות, ולפיכך אחריותם כמעט תמיד תהייה מופחתת.²³ פרוש טען, לעומת זאת, כי תהליכים פסיכולוגיים אלו אינם מונעים מהחייל לסרב לציית לפקודה, אלא מקשים על החייל בהחלטתו.²⁴ פרוש סמך את טענתו, בין השאר, על כך שכשליש מהנבדקים בניסוי של מילגראם סירבו להוראת החוקר ולא הגיעו למתן השוק החשמלי המרבי. נראה כי טענה זו נחלשת לאור העובדה כי מתוך ציות לחוקר הגיעו 100% מהנבדקים לכדי מתן שוק אשר גרם כאב ממשי וחזק. טיעון זה נחלש אף יותר לאור התוצאות בניסוי ההמשך שביצעו הפלינג ואחרים.²⁵ בניסוי זה נבדקו התהליכים הפסיכולוגיים שמובילים לציות עיוור, בחיי היומיום. אחיות בבית חולים קיבלו הוראה טלפונית מרופא שלא הכירו, אך ידעו שהוא נמצא בצוות הרופאים, לספק לחולה תרופה לא מורשית בכמות מסוכנת. למרות שכללי בית החולים אסרו לספק תרופה על סמך הנחיה טלפונית, למרות שדובר בתרופה לא מורשית, ולמרות שדובר בכמות מסוכנת לחולה, 95% מהאחיות צייתו להוראה. נראה כי אם כך קרה תחת המשמעת הקיימת בבתי חולים, הרי שבמסגרת צבאית מידת הציות תהייה אף גבוהה יותר, ונראה כי צדק קרמניצר באומרו שעבור החייל הציות לפקודה בלתי חוקית הוא כמעט בלתי נמנע.

הטענות מסוג ההצדק הולכות צעד נוסף מעבר לטענות מסוג ההפטר. הן מתבססות על הקושי של החייל לזהות את חוקיות הפקודה ועל אי ידיעתו בדבר קיומם הצדקים שבדין ובוחנות כיצד התלבטותו של החייל תשפיע על המשמעת הצבאית ועל ביטחון המדינה. ראשית, לטענתן, עצם מתן שיקול דעת רחב לחייל בדבר ציות לפקודות הופך אותו לפוסק האחרון לגבי הביצוע ומעקר את המשמעת הארגונית.²⁶ שנית, החייל המתלבט עשוי לסכל משימות

קיימת גם הבעיה האישית - של החייל עצמו, בידעו שהוא נתון בדילמה, שאם ימרה את פי מפקדו ויתברר כי הפקודה שנתן לו הייתה חוקית, יועמד בפני בית דין צבאי ואילו, אם יציית לה ויתברר שהיא לא נשאה אופי זה, יהיה צפוי לעונשו של המשפט הפלילי הכללי. קושי זה עשוי להיות רציני נוכח העובדה, שהחייל פשוט אינו מסוגל תמיד להחליט בו במקום אם הפקודה שכוונה אליו, היא בלתי חוקית.

וכן ראו גם דברי בית הדין הסינגפורי: *R. v. SAH Alsagoff*, [1946] 2 MC 191 (Court of Assizes, Singapore), כפי שמופיע באתר www.ICRC.org (להלן: פסק דין אלסגוף) ודברי ההגנה בבית הדין הצבאי האמריקאי ב- *U.S. v. W. L. Calley, Jr., First Lieutenant*, (No. 26,875), 22 U.S.C.M.A. 534 (להלן: פסק דין קלי).

דברים אלו של דיסי נאמרו במצב המשפטי המיוחד שהיה קיים באותה עת באנגליה: חייל אשר הפר את החוק עקב פקודה, היה נשפט בבית משפט אזרחי, אולם חייל אשר סירב לבצע פקודה, היה נשפט בבית דין צבאי. לגופים אלו הייתה השקפה שונה לגבי מידת חובת הציות של החייל. בארץ כיום מתקיים גם כן, אם כי במידה פוחתה יותר, מצב של פער בהשקפה המשפטית בין טריבונלים מכיוון שלרוב יישפט חייל על אי קיום פקודה או על סירוב פקודה בדין משמעתי על ידי שרשרת הפיקוד שממנה יצאה הפקודה הלא חוקית, אולם על ביצוע עברה עקב פקודה יישפט החייל בבית דין צבאי. למצב שהיה קיים בעבר באנגליה, ראו גם *J. F. Stephan History of the Criminal Law* (London, 1883, vol. 1) 205 (להלן: סטיבן).

22 לדיון בניסוי זה ובתהליכים המובילים לציות ראו *R. L. Atkinson et al. Hilgard's Introduction to Psychology* (13 ed., Harcourt College Publishers, 2000) 652-659 (להלן: הילגרד) לניתוח ניסוי זה בהקשר של המשפט הפלילי ראו פרוש "ציות", *לעיל* הערה 18 בע' 108-111.

23 מ' קרמניצר "על עיקרון האשמה" *מחקרי משפט* יג (התשנ"ו) 109, 111.

24 ראו פרוש "ציות", *לעיל* הערה 18, בע' 108-111.

25 ראו הילגרד, *לעיל* הערה 22, בע' 658-659.

26 ראו דברים שנאמרו בנוגע למטרה בת"פ (חי') 6/52 *היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ ואח'*, פ"מ ה' 387, 392, ודברים דומים שאמרו *McDougal & Feliciano*, *לעיל* הערה 16.

יש לציין כי המשמעת חיונית לכל גוף ציבורי, כפי שאמר בית המשפט בעניינו של רובין, *לעיל* הערה 10, בפסקה 4א:

מבצעות לגיטימיות²⁷ או לסכן את חייהם של שאר חיילי הכוח עקב אי ידיעתו את החוק או את קיומם של הצדקים שבדין לביצוע המשימה. שלישית, החייל לרוב אינו לבד בביצוע משימתו, וכמה חיילים המקבלים אותה פקודה עשויים להתווכח בינם לבין עצמם ובינם לבין מפקדם והצבא יהפוך מגוף אורגני ממושמע ל"מועדון ויכוחים"²⁸. רביעית, גישה זו עלולה דווקא לפגוע במקצועיות המפקד בכך שהוא יהיה עסוק כל כך בבחינת החוקיות הפורמלית של פקודותיו עד שלא יבחין בקיומן של נסיבות המהוות הצדק לחרוג מהדין, וכך מרחב הפעולה שלו ייעשה צר יתר על המידה, ותיפגע הגמישות הנדרשת לכוח לוחם²⁹. יש לציין כי שיקולי הצדק חשובים ביותר לקיומה של הגנת הציוד, ומקום בו מתקיימים רק שיקולי הפטר, נראה שלא תקום הגנה זו³⁰.

שלילת גישת "ישיב המפקד"

עקב הטיעונים החזקים לשלילת גישת האחריות המוחלטת, ניתן היה לסבור כי האינטרסים הציבוריים מחייבים נקיטת גישה הפוכה, גישה כי החייל צריך לציית לכל פקודה הניתנת לו ללא קשר לחוקיותה, והמפקד נותן הפקודה הוא שיישא בדין, אם יתברר כי פקודתו לא הייתה חוקית³¹. גישה זו מכונה בספרות גישת "ישיב המפקד" (*superior respondeat*).

אולם לא זו בלבד שגישה זו פוגעת באופן חמור בעיקרון שלטון החוק, מספקת "גושפנקא חוקית לכל מעשה תועבה"³², עושה "פלסטר" מהחוק הפלילי ומערכי המדינה³³ ומונעת את האפשרות להחזיר הומניות לשדה הקרב עקב כך שמרבית מבצעי המעשים מתחמקים מענישה תוך היתלות בהוראות הנהגה מצומצמת³⁴, אלא היא גם פוגעת במשמעת הצבאית וביעילות עבודתה. הפגיעה במשמעת הצבאית מומחשת באמירותו המפורסמת של סטיבן כי

The doctrine that a soldier is bound under all circumstances whatever to obey his superior officer would be fatal to military discipline itself, for it would justify the

המשמעת היא מרכיב יסודי בשירות הציבורי כאמור, ובלעדיה לא ייכון השירות ולא יוכל לקיים את המוטל עליו בהתאם לחוקים.

בית המשפט חזר על דברים אלו או על דברים דומים בפסקי דין נוספים: ע"מ 3/85 ציטיאט נ' ת"א, פ"ד מ(1) 74 (עובד בבית חולים שטרב לעבור לעבוד בביתן החיות); עש"מ 1/86 קוקה נ' רשות השידור, פ"ד מ(2) 406 (יושב ראש ועד עובדים שסירב לשרד כתבה מכיוון שטרב שהכתבה הוכנה בצידוד שנאסר על פי ההסכם הקיבוצי); ע"מ 2/87 אשדוד נ' אטיאס, פ"ד מא(4) 322 (עובדת שסירבה לעבור תפקיד מכיוון שלא פירטו בפניה את סיבות ההעברה). ראו גם עש"מ 7686/00 תעזי נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נו(1) 78 (עובדת שסירבה לעבור לעמדה שאין בה מגע עם קהל).

27 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 65.

28 ראו ע"מ 147/00 התובע הצבאי הראשי נ' אורן, פ"ד י"ז 2000, 386, 413; 1235, 1240 Fed. Cas. 15 (1867) *McCall v. McDowell* (להלן: פסק דין מק'קול).

29 ראו דבריו של השופט ג'קסון בפסק הדין *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944):

It would be impracticable and dangerous idealism to expect or insist that each specific military command in an area of probable operations will conform to conventional tests of constitutionality. When an area is so beset that it must be put under military control at all, the paramount consideration is that its measures be successful, rather than legal.

באותו מקרה היה השופט ג'קסון בדעת מיעוט בסוברו כי מערך פקודות צבאיות אשר חייב אזרחים אמריקאים ממוצא יפני שגרר בחוף המערבי של ארצות הברית, לעבור למחנות, אינו חוקתי.

30 ניתן לראות זאת ברדישה כי מקור הפקודה יהיה רשות שלטונית ("רשות מוסמכת").

31 דוגמה לגישה זו בחקיקה אמריקאית מסוף מלחמת העולם הראשונה היא סעיף 347 ל-United States Rules of Land Warfar:

Individuals of the armed forces will not be punished for these offences in case they are committed under the order or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent, into whose hands they fall.

מצוטט אצל אסר, לעיל הערה 14, בע' 254.

32 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 66.

33 מ"מ 3/577 התובע הצבאי נ' רס"ן מלינקי, פ"מ יז 90, 212 (להלן: פסק דין מלינקי או פסק הדין המחויי בעניין כפר קאסם).

34 ראו אסר, לעיל הערה 14, בע' 257; *McDougal & F. P. Feliciano*, לעיל הערה 16, בע' 690; ודבריו של בית המשפט העליון בפסק דין אייכמן, לעיל הערה 21, בע' 2079.

private in shooting the colonel by the orders of the captain, or in deserting to the enemy on the field of battle on the order of his immediate superior.³⁵

הפגיעה ביעילות הצבאית נובעת ממערכת היחסים הנוצרת בין מפקד לפקודו תחת גישה זו. חייל המחונוך לציאות עיוור לא יברר עם מפקדו את חוקיות הפקודה, אך גם לא ידווח למפקדו על תנאים בשטח אשר עשויים לסכל את מטרת הפקודה מכיוון שהחייל עשוי לחשוש כי דיווח שכזה יתפרש כהטלת ספק במרות המוחלטת של המפקד. חייל כזה גם לבטח לא יתאים את הפקודות הניתנות לו אל התנאי הלחימה המשתנים, ובכך יפגעו היעילות והגמישות הנדרשות לכוח צבאי.³⁶

פקודה בלתי חוקית בעליל - ריבוי גישות

בין פטור מוחלט לאחריות מוחלטת נראה כי קיים צורך בקיומו של שביל הזהב, אשר יאזן באופן ראוי בין עיקרון שלטון החוק, מחד, לבין המשמעת הצבאית, ביטחון המדינה ומצבו הייחודי של החייל, מאידך. המשפט המקובל, ובעקבותיו המשפט הישראלי, ניסו להגיע לשביל הזהב בעזרת אימוץ גישת "הפקודה הבלתי חוקית בעליל". על פי גישה זו, על חייל לציית לפקודות חוקיות ובלתי חוקיות כאחת כל עוד הפקודה הבלתי חוקית אינה בלתי חוקית בעליל.³⁷ אך מציאת שביל זהב שכזה אינה משימה פשוטה כלל ועיקר, כפי שאמר השופט ווילס באחד מפסקי הדין הראשונים שנקטו בגישה זו:

I hope I may never have to determine that difficult question, how far the orders of a superior officer are a justification. Were I compelled to determine the question, I should probably hold that the orders are an absolute justification in time of actual war - at all events, as regards enemies, or foreigners - and, I should think, even with regard to English-born subjects of the Crown, unless the orders were such as could not legally be given. **I believe the better opinion is, that an officer or soldier, acting under the orders of his superior - not being necessarily or manifestly illegal - would be justified by his orders...**³⁸

נראה כי באופן אירוני אותו מבחן קשה אשר השופט ווילס קיווה כי לעולם לא יידרש להחיל, הפך למבחן שבו נאלץ היום להשתמש כל כפוף בהיררכיה השלטונית בישראל על מנת להכריע בשאלה אם לציית לפקודה אם לאו. יש לציין כי בשונה מגישתו ההססנית של השופט ווילס, סבר השופט הלוי כי סימן ההיכר המשמש במבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הוא "סימן היכר מובהק, ברור ופשוט בתכלית"³⁹. אך נראה כי גישתו הסקפטית של השופט ווילס משקפת טוב יותר מגישתו הבוטחת של השופט הלוי את המצב המשפטי שהתפתח בתחום הגנת הצידוק מאז פרשת **כפר קאסם**: חוסר ודאות לגבי זיהוי סימן ההיכר ל"עלילות" וקושי רב לכפוף בהיררכיה השלטונית בזיהוי דרך הפעולה החוקית שעליו לנקוט כאשר הוא נדרש על ידי הממונה עליו לבצע מעשה בלתי חוקי.

למרות שאף לפני פרשת **כפר קאסם** עסקו בתי המשפט⁴⁰ ובתי הדין הצבאיים⁴¹ בהגנת הצידוק, פסקי הדין של בית הדין הצבאי המחוזי⁴² ושל בית הדין הצבאי לערעורים⁴³ הנוגעים לפרשה זו נחשבים לפסקי הדין המנחים בתחום,

35 ציטוט זה בתרגום לעברית מופיע בפסק דין **עופר**, לעיל הערה 21, בפסקה 66. למקור באנגלית ראו סטיבן, לעיל הערה 21, בע' 205.

36 ראו דבריו של פרוש ב"ציות", לעיל הערה 18, בע' 102, שהתייחס לפגיעה הנגרמת ליעילות הצבאית תחת גישה מחמירה פחות, שתכונה בהמשך גישת חומרת המעשה.

37 החובה לציית לפקודות קיימת בס' 122-124 לחש"ץ. הסרת חובה זו מפקודות אשר "ברור וגלוי" שהן בלתי חוקיות נעשית בס' 125 לאותו חוק. ההגנה הניתנת לחייל (או לאורח) שביצע עברה עקב ציות לפקודה, קבועה בס' 34(ג) לחוק העונשין. הטלת אחריות פלילית על החייל כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, נעשית בסיפא של אותו סעיף. על פי הגישה הרווחת, המונחים "ברור וגלוי" ו"בעליל" הם מונחים נרדפים.

38 *Keightly v. Bell* (1866) 176 E.R. 781, 793 (emphasis added)

39 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33, בע' 213.

40 לדוגמה עוד מימי המנדט הבריטי ראו ע"פ 38/44 הדמוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פל"ר 11, 140.

41 ראו, לדוגמה, 147/500 / ח' ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

42 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33.

43 פסק דין עופר, לעיל הערה 21.

ונראה שהדבר נובע הן מחשיבות הפרשה והן מכך שבראש ההרכבים ישבו שופטים רמי מעמד (השופט הלוי בבית הדין הצבאי המחוזי - לימים שופט בבית המשפט העליון, השופט לנדוי בבית הדין הצבאי לערעורים - לימים נשיא בית המשפט העליון).

בפסקי הדין האמורים נקבע, כי פקודה לירות בגברים, נשים וילדים, החוזרים מעבודתם בשדה, עקב כך שהם מפרים בזאת עוצר שכלל לא היו מודעים לו, הינה פקודה בלתי חוקית בעליל. אך קיים קושי רב בחילוף ההלכה המשפטית מפסקי הדין האמורים לגבי המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

עקב עמימות פסקי הדין⁴⁴ התפתחו בפסיקה ובספרות ארבע גישות שונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ולכל גישה ניתן למצוא תימוכין בפסקי הדין בעניין כפר קאסם. העמימות המשפטית אף החמירה לאורך השנים משום שבהעדר רצון להכריע בין הגישות השונות יצרה הפסיקה לעתים שילוב קוואיסיטי בין הגישות⁴⁵, ולעתים הגיעה להכרעה מבלי לנקוב במבחן הראוי⁴⁶.

במצב הקיים אין מבחן ברור לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ועל כן הוא מעקר מתוכן את הגנת הצידוק ככלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים הציבוריים האחרים. הכפוף בהיררכיה השלטונית באמת ובתמים אינו יודע מתי עליו לציית לפקודה, וההתלבטות הכנה הזו יכולה לסכל פעולות רצויות ולקיים פעולות נפסדות. מצב זה גם פוגע באופן אנוש בעיקרון ודאות החוק, שקובע כי חוק צריך להיות נהיר וברור, כך שאזרח שעליו מוטלת חובה על פי חוק זה (לבטח חובה פלילית), יוכל לזהות את החובה החלה עליו⁴⁷. הטלת סנקציה פלילית על אזרח על סמך נורמה עמומה ובלתי מובנת לוקה בשרירות חמורה, וספק אם היא יכולה לעמוד מבחינה חוקתית במדינה דמוקרטית. יש לזכור כי ההכרעה הראשונית אם הפקודה שניתנה היא חוקית, בלתי חוקית "סתם", או בלתי חוקית בעליל, לא אמורה להיערך על ידי שופט הבקי ברזי משפט, אלא לרוב על ידי חייל הדיוט, ולעתים תחת אש. כיצד יוכל להכריע החייל בו במקום בסוגיה זו כאשר אפילו בהנחה שמדובר במצב של רגיעה, עורך דין טרדן ומתערב לא יוכל להשיב לו לשאלות אם פקודה לשבור ידיים ורגלים כאמצעי עונשי היא פקודה בלתי חוקית "סתם" או בלתי חוקית "בעליל"⁴⁸, מזה בנוגע לפקודה המורה על חריגה מהוראות בטיחות⁴⁹, והאם עליו לציית לפקודה המורה לו להפר את החוק על מנת להתמודד עם חוסר אפסנאי כאשר הוא מודע להפרת החוק שבפקודה⁵⁰. לפיכך קיים צורך בהכרעה ברורה וחדה בדבר הגישה הראויה לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

בהמשך המאמר אנסה לתרום את תרומתי הצנועה לניסיון האמור, אך תחילה יש לבחון אם אחת הגישות הקיימות במשפט הישראלי משרתת את יעודה של הגנת הצידוק.

את הגישות השונות שהתפתחו במשפט הישראלי לבחינת היות פקודה בלתי חוקית בעליל, ניתן לחלק לשתי קבוצות: גישות "נורמטיביות", אשר בוחנות אם תיפגע נורמה חברתית (כללית או צבאית) עקב הציות לפקודה: גישת

44 ראו ע' פרוש "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל", עיוני משפט טו 245, 246 (להלן: פרוש "הדגל השחור"); פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 81; דבריו של פרוש מ' קרמניצר שהופיעו ב"הגנת הצידוק בשל ציות לפקודות בלתי חוקיות תקציר סימפוזיון", משפטים כ (תשנ"א) 591, 602, 611 (להלן: "סימפוזיון"). לבעייתיות דומה במקומות אחרים בעולם ראו אסר, לעיל הערה 14, בע' 260.

45 ראו צפ"צ 556/888 / התובע הצבאי נ' סג"מ שריקי ואח' (לא פורסם) (להלן: פסק דין שריקי או פרשת גולני).

46 ראו דרו 93/899 / התובע הצבאי נ' רס"ן לויט (לא פורסם), פסקאות 78 ו-79 (להלן: פסק דין לויט או פרשת גבעתי ב').

47 ראו ש"ו פלר יסודות בדיני עונשין (התשמ"ד, כרך א), 15. ראו גם דבריו של בית הדין האירופי בקשר לפעולה שלטונית שנעשתה בהעדר חוק:

A rule cannot be regarded as "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with the appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

Djavit An v. Turkey, no. 20652/92, decision of 20 February 2003, para. 66

48 השוו פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, עם פסק דין לויט, לעיל הערה 46.

49 השוו 172/599 / התובע הצבאי הראשי נ' מורן (לא פורסם) עם ע"ע 182/610 / שטרליץ ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (תמצית פורסמה בפד"צ 1962, 83).

50 השוו ע"ע 264/84 / אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 84, 251 והערת אגב 147/555 / נאור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 54-55, 561, 565 עם מט"ס 313/86 / התובע הצבאי נ' בן זקן (לא פורסם). בפסק דין אלקובי המעשה הלא חוקי היה נטילת רכוש. בפסקי דין נאור ובן זקן דובר על הצהרה כחבת במסמך.

חומרת המעשה וגישת הפגיעה בערכי היסוד; וגישות "עובדתיות"⁵¹, אשר מתרכזות בידיעת החייל: גישת הידיעה בכוח וגישת הידיעה בפועל תוך התחשבות בנסיבות שבהן נמצא החייל⁵². מכיוון שבפועל במקרים רבים שילבו בתי הדין בין גישות שונות על מנת להכריע במקרה שלפניהם, לעתים יופיע להלן פסק דין אחד תחת גישות שונות אם נותחה בו הפקודה על סמך כמה גישות. לעומת זאת, לעתים יופיע פסק דין תחת גישה אחת על אף שבית הדין הזכיר באותו מקרה גישות נוספות זאת כאשר אותה גישה הייתה הגישה המרכזית באותו פסק דין.

בחנינת הגישות האמורות תראה כי במצבים שונים אחת (או יותר) מהגישות אינה מאזנת כראוי בין האינטרסים הציבוריים השונים העומדים על הפרק.

הגישות הנורמטיביות

על-פי הגישות הנורמטיביות, "העלילות" אינה אבן בוחן לבחינת מודעותו של החייל, אלא היא משקפת תכונה טבועה של הפקודה⁵³. על פי גישות אלו, בוחן בית המשפט אם מעשה העברה אשר נעשה עקב הפקודה, פגע באופן חמור במוסר החברתי (גישת חומרת המעשה); או אם המעשה נגד ערך או עיקרון יסודי חברתי, כללי או צבאי (גישת ערכי היסוד). כפי שיודגם בהמשך, גישות אלה עשויות להוביל לתוצאות שונות.

הגישות הנורמטיביות מדגישות מאוד את המשמעת הצבאית. החייל יודע שמלבד במקרים נדירים ובודדים עליו לציית לכל פקודה הנמסרת לו מאת מפקדו. לפיכך מסופקים הן שיקולי ההפטר והן שיקולי ההצדק: חוסר הוודאות של החייל קטן, נטייתו הטבעית לציית זוכה ללגיטימציה רחבה, ועקב ציטו התמידי כמעט של החייל קיים סיכוי קטן ביותר כי יתממש החשש ששימוט צבאיות לגיטימיות יסוכלו.

אך נראה כי מלבד הקשיים שמעלה כל אחת מהגישות הללו בנפרד ויידונו בהמשך, הרי שגישות נורמטיביות, ככלל, מעוררות קשיים המטילים ספק באפשרותן לשמש ככלי איזון בין עיקרון שלטון החוק לבין המשמעת הצבאית ומצבו של החייל. כפי שצוין לעיל, כלי איזון משפטי בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים אינו יכול להצדיק תוצאה משפטית הפוגעת בעיקרון האמור, מקום שהפגיעה באינטרס שמנגד היא פחותה בהרבה. והנה, מאחר שהן מצמצמות לכדי מינימום את המקרים שעל החייל לסרב לפקודת מפקדו, מובילות הגישות הנורמטיביות בפועל לתוצאות משפטיות שכאלו. גישות אלה יחייבו את החייל לציית לפקודה ולהפיר את החוק גם מקום שאי ציטו לא יגרור פגיעה חמורה במשמעת, וגם מקום שהחייל יודע שהפקודה אינה חוקית, דהיינו לא קיימים שיקולי הצדק והפטר חזקים⁵⁴.

סוגייה זו נדונה בפסיקה לרוב על ידי שימוש במשל המכוננית: חייל מקבל פקודה לנסוע במהירות העולה על המהירות המותרת. הפרמטרים שהשתנו ממלומד למלומד, היו סיבת הנסיעה ומהירותה, והוויכוח היה האם ומתי על החייל לציית לפקודה שכזו⁵⁵.

מכיוון שבעניינין של פקודות בלתי חוקיות בנהיגה ניתן בפועל פתרון בפסיקה⁵⁶, אדון בסוגיה זו דווקא באמצעות תרחיש אחר, אשר לגביו לא הייתה הפסיקה החלטית: חייל מקבל ממפקדו פקודה להשחית ציוד צבאי על מנת שעל ידי כך יסופק ליחידה ציוד טוב יותר. הגישות הנורמטיביות יחייבו ציוד לפקודה זו משום שהיא נטולת פגם מוסרי חמור. ואולם ניתן לראות בנקל כי במקרה זה לא מתקיימים טעמי ההצדק וההפטר שיש בהם להצדיק פגיעה בעיקרון

51 חלוקה זו מתבססת על הבחנה שביצע פרופ' אנקר בין גישה עובדתית לבין גישה נורמטיבית. כפי שניתן יהיה לראות בהמשך, ניתן לחלק בפועל לכמה גישות. לחלוקתו של אנקר ראו "סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598. שמות הגישות השונות בתוך הקבוצות מבוססים במידת מה על חלוקה שנעשתה על ידי פרופ' פלר ב"צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הצידוק" עיוני משפט טו 217, 224-237 (להלן: פלר "צו 'בעליל'").

52 ראו דברי ביה"ד בפרשת גבעתי ב', לעיל הערה 46, בפסקה 78 לפסק הדין: "האם 'העלילות' היא בעצם מבחן ראייתי למודעות בפועל או בכוח של המבצע או שמא היא נועדה להצביע על אופי מהותי של אי חוקיות".

53 ראו, למשל, דבריו של אורי שהם, ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 602.

54 ראו ביקורת על כך בפלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 232.

55 ראו, למשל, דבריו של אורי שהם ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 600-601; פרוש "ציטו" לעיל הערה 18, בע' 90; שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 7; צ' ענבר "הפקודה בהיותה בלתי חוקית בעליל", משפט וצבא 10 (תשמ"ט) 70, בע' 71 (להלן: ענבר); פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בע' 266.

56 דיון בפקודות אלו יעשה בהמשך תחת הדיון בפקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות.

שלטון החוק: טעמי ההפטר אינם מתקיימים נוכח ידיעתו החד משמעית של החייל בדבר אי חוקיות הפקודה; ואילו טעמי ההצדק מתגמדים נוכח העובדה כי הפקודה להשחתת רכוש צבאי מורה לפגוע במערכת הצבאית גופה. בפועל, מקום שדובר בפקודה לגרום בלאי לרכב צבאי, זיכה בית הדין את החייל בנוקטו בגישה נורמטיבית⁵⁷; ולעומת זאת, כאשר דובר בפקודה להשחית כלי נשק, הגיע בית הדין למסקנה הפוכה מבלי לפרט את הגישה שנקט⁵⁸.

קושי נוסף בגישות הנורמטיביות הוא מידת התאמתן לתכלית החקיקתית של סעיף 34(ג) לחוק העונשין. יש לזכור כי הגנת הצידוק הקבועה בסעיף זה אינה מיוחדת לחיילים, אלא מספקת הגנה מפני אישום פלילי לכל אדם שביצע עברה עקב צו מחייב מאת רשות מוסמכת. ספק גדול אם מבחינת מנהל תקין, מקצועיות המנהל ושלטון החוק ניתן לומר כי תכלית סעיף 34(ג) היא לחייב פקידים בכל הגופים הציבוריים בישראל לציית לכל הוראה בלתי חוקית מאת הממונים, מלבד באותם מקרים נדירים האסורים לציית לפי הגישות הנורמטיביות⁵⁹. נראה כי הדבר גם אינו תואם את פסיקת בית המשפט העליון, אשר הרשיע עובדי עירייה על שהרסו מבנה בלתי חוקי על סמך צו הריסה בלתי חוקי שהוצא על ידי ראש העיר⁶⁰.

יש גם המעלים קושי פורמליסטי נגד קבלת הגישות הנורמטיביות. לטענתם, המשמעות המילולית של המילה "בעליל", ולבטח של המילים "ברור וגלוי", אינה כוללת אותו התוכן המוסרי הטבוע המתבקש מגישות אלו, אלא מכוונת לבחינת מודעותו של האדם⁶¹. אך נראה כי טענה זו חלשה מכיוון שפעמים רבות קיים פער בין המשמעות המילולית היומיומית של מלה לבין משמעותה המשפטית⁶².

גישת חומרת המעשה - מבחן "הדגל השחור"

גישת חומרת המעשה כגישה נורמטיבית אינה בוחנת את ידיעתו בכוח או בפועל של החייל, אלא את החומרה המוסרית של המעשה. גישה זו מחזקת את המשמעות הצבאית מכיוון שרק במקרים נדירים יוכל החייל לסרב לפקודת מפקדו⁶³, זאת רק כאשר התוצאה העלולה להיגרם מביצוע הפקודה היא תוצאה בלתי חוקית "המקוממת את הלב והדוקרת את העין" ש"דגל שחור" מתנוסס מעליה⁶⁴. את הצמצום הרב שנוקטת גישה זו, ניתן לראות בכך שבפועל לאחר פרשת בפר קאסם רק פקודות משתי קבוצות הוכרו כפקודות בלתי חוקיות בעליל על סמך מבחן "הדגל השחור" המשמש גישה זו, לעומת המגוון הרב של פקודות שהוכרו כבלתי חוקיות "סתם"⁶⁵. קבוצת פקודות אחת שהוכרה כבלתי חוקית בעליל לפי מבחן זה, נוגעת לפרשת קו 300 (פקודה להרוג מחבלים שנתפסו, ולאחר מכן פקודה לשקר בפני מוסדות חקירה)⁶⁶, וקבוצת פקודות שניה היא פקודות המורות על הכאה של אזרחים כאמצעי עונשי⁶⁷.

57 139/75 / שלמה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ"צ 75, 242.

58 341/82 / טופחי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ"צ 82, 57.

59 ראו פרש "ציית", לעיל הערה 18, בע' 100.

60 ע"פ 103/60 פרושנסקי ואח' נ' תיק, פ"ד יד 1666. לעומת מקרה זה ראו עניין אטיאס לעיל 26 ממנו עולה כי בית המשפט תומך כי גם עבור עובדי מדינה כי הכלל יהיה ציות כמעט תמידי לפקודות בלתי חוקיות.

61 ראו שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 7. שטרומן תומך בגישה נורמטיבית, אך טוען כי נוסח החוק אינו מאפשר לקבלה.

62 הדבר ראוי, כמובן, כל עוד המשמעות הלשונית המשפטית היא בתחום המשמעותי המקובלת של אותה המילה. ראו א' ברק פרשנות במשפט (1994), כרך שני: פרשנות החקיקה) 81-85.

63 בארצות הברית הייתה קיימת בעבר גישה דומה, שנקטה במבחן ערכי הבוחן האם הפקודה הייתה palpably unlawful, כך שחייל בעל ההבנה הפשוטה ביותר (commonest understanding) היה מזהה את העדר חוקיותה. ראו פסק דין מק'קול, לעיל הערה 28; Re Fair, 100 F. 149 (C.C.D.); Wadsworth v. Shortall, 206 Pa. 165 (1903); Neb 1900. גישה זו נדחתה בפסיקה הצבאית האמריקאית בפסק דין קל, לעיל הערה 21, לטובת בחינת ידיעתו של החייל הסביר.

64 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33, בע' 213-214; אומץ בפסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 67.

65 לפקודות שאינן בלתי חוקיות בעליל ראו פסק דין אובן, לעיל הערה 29; פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, בע' 73; פסק דין שלמה, לעיל הערה 57; ע"פ 172/69 / התובע הצבאי הראשי נ' דרור, פ"ד צ"צ 69, 355, 359; ע"פ 90/86 / רגב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ"צ 86, 43. ראו גם ניתוח של פסק דין רגב כנוקט בגישה מוסרית: מ' קרמניצר "פסיקה צבאית - צידוק (ציות לפקודה), לפי ס' 24(א)(2) לחוק העונשין" משפטים יז 430, 431.

66 בג"ץ 4668/01 שריד ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(2) 265, בפסקה 18 (להלן: פסק דין יתום); בג"ץ 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, בפסקה 26.

67 בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, בפסקה 10. ראו גם פסק דין לויט עצמו, לעיל הערה 46, בפסקאות 81 ו-82.

יש לציין במאמר מוסגר כי במסגרת חוסר הבהירות הקיים בתחום היו פסקי דין אחרים אשר אזכרו אמנם את מבחן הדגל השחור, אך בפועל נבחנה שם הפקודה על פי גישות אחרות. כך, למשל, בפרשת הטנקים⁶⁸ ציין בית הדין את המבחן האמור, אך בפועל ניתח את המקרה על סמך מודעותו של חייל סביר בנסיבות המקרה לפלילות שבפקודה.

המצדדים בגישת חומרת המעשה טוענים כי מלבד חיזוק המשמעת הצבאית היא גם מצמצמת את חוסר הוודאות של החייל מכיוון שהחייל יודע כי רק במקרים שכל חייל היה מזהה את העדר החוקיות והמוסריות בפקודה, עליו לא לציית לה⁶⁹. אך נראה כי המציאות הפסיקתית מוכיחה כי זיהוי פקודה שדגל שחור מתנוסס מעליה, אינו פשוט כלל ועיקר. לאור הפסיקה הקיימת לא ניתן לקבוע על סמך מבחן זה אם פקודה להעניש אזרחים היא פקודה בלתי חוקית בעליל⁷⁰, או אם מעל פקודה לשבור ידיים ורגליים מתנוסס דגל שחור⁷¹. לפיכך חוזרת במלוא חריפותה השאלה: אם בין השופטים הנאלצים להכריע בסוגייה יש חילוקי דעות שכאלו, כיצד יוכל להכריע חייל בסוגייה זו בעת פעילות מבצעית.

גישת חומרת המעשה יוצרת גם קשיים נוספים. בעיה אחת היא סחף מוסרי. עם השנים עלולים להכיר בפקודות חמורות יותר ויותר מבחינה מוסרית ככאלו אשר דגל שחור אינו מתנוסס מעליהן⁷². כך קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין רגב⁷³ כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לרכוש תמיד בלתי חוקית בעליל; כמה שנים לאחר מכן קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי צפון בעניין שריקי⁷⁴ כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לגוף תהייה בלתי חוקית בעליל.

גישת חומרת המעשה גם אינה מעודדת מערכת יחסים של ברור ודיווח בין החייל למפקדו, מכיוון שהחייל מורגל על-פיה לציות כמעט אינסטינקטיבי, ולפיכך עשוי לא להתריע בפני מפקדו על היעדר החוקיות שבפקודה או חוסר התאמתה לתנאים בשטח⁷⁵.

בנוסף, גישה זו גם גורמת במידת מה ליצירת המצב שתיאר סטיבן (אם כי לא בתרחיש הקיצוני שתואר שם) - העדפת המשמעת הגרעינית-יחידתית על פני המשמעת הכלל-צבאית - מכיוון שלפי גישה זו, חייב החייל לציית לפקודות מפקדו הגורמות נזק למערכת הצבאית כל עוד אין בהן פגם מוסרי חמור ביותר. כך, למשל, על החייל לציית לפקודות מפקדו ליצור פיצול אפסנאי על מנת להסתיר חוסר שקיים ביחידה⁷⁶, או לגרום נזק מכוון לציוד צבאי על מנת להשיג ליחידה ציוד טוב יותר⁷⁷.

לא זו אף זו, ספק אם גישת חומרת המעשה אכן מחזקת את המשמעת הצבאית במידה הנטענת, מכיוון שחייל המחונך כי אבן הבוחן להכרעה בדבר חובת הציות לפקודה אינה חוקית, אלא מוסרית, עשוי לבכר בשעת אמת את המוסר הפוליטי האישי שלו על פני חובת הציות. כך עשוי החייל לטעון כי פקודות לפנות התנחלויות או, לחלופין, פקודות לשרת בשטחים הן פקודות בלתי חוקיות בעליל מכיוון שהן סותרות, לטעמו, את המוסר⁷⁸. אכן, חייל זה יוענש

68 169/81 /אבי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ" 81, 122 (להלן: פרשת הטנקים). בית הדין ציין את מבחן הדגל השחור, אך פירש אותו כך: "פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שמטרתה ביצוע מעשה פלילי, ולפי תפיסתו של חייל הסביר באותן נסיבות - ולא דווקא בעיניו של המשפטן - היא בעלת אופי פלילי מובהק" (שם, בע' 145; ההדגשה הוספה).

69 ראו ענבר, לעיל הערה 55.

70 השו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45 ופסק דין רגב, לעיל הערה 65, עם דרר/248/88 /התובע הצבאי נ' אדלר ואח' (לא פורסם) (להלן: פסק דין אדלר או פרשת גבעתי א').

71 השו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, עם פסק דין אדלר, לעיל הערה 70.

72 ראו דברי פרופ' קרמניצר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 612.

73 פסק דין רגב, לעיל הערה 65.

74 פסק דין שריקי, לעיל הערה 45.

75 פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 102.

76 פסק דין בן זקן, לעיל הערה 50.

77 פסק דין שלמה, לעיל הערה 57.

78 ראו טענת העותרים בבג"ץ 7622/02 זונשיין ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1) 726. במט 151/03 /התובע הצבאי נ' מטר ואח' (לא פורסם) נטענה טענה דומה, אולם נטען כי קיים הבדל בין "בעליל" לבין "ברור וגלוי", וכי "ברור וגלוי" שפקודה לשרת בצבא שעוסק בכיבוש, אינה חוקית.

מכיוון שמדובר בפקודות חוקיות, אך במערכת משפטית שמחייבת ציות לפקודה לפי מבחן מוסרי, ולא חוקי, חייל עלול לחוש לגיטימציה גדולה יותר לנקיטת צעדים שכאלו.

קושי נוסף בגישת חומרת המעשה הוא העדר הלימה תמידית בין מוסר ומשפט, ולכן כשם שעשויים להיות מעשים חוקיים רבים אשר חייל יסבור שאינם מוסריים, כך עשויים להיות מעשים אשר ברור וגלוי שאינם חוקיים, אך אין בהם כל פגם מוסרי.⁷⁹

נראה, אם כך, כי לאור כל הסיבות הללו ספק אם גישת חומרת המעשה יכולה לבדה להיות הכלי המשפטי המאזן בין שלטון החוק לבין ביטחון המדינה ומצבו הייחודי של החייל.

גישת ערכי היסוד

הגישה הנורמטיבית השנייה היא גישת ערכי היסוד. גישה זו בוחנת אם הפקודה הורתה לחייל להפר ערך חברתי יסודי או עיקרון צבאי חשוב⁸⁰. גישה זו היא גישה קואזיסטית, האוספת עם השנים עקרונות צבאיים וערכים חברתיים מסוימים אשר פקודה המורה לפגוע בהם תהייה תמיד בלתי חוקית בעליל, אף אם מדובר בפגיעה קלה.

ממבט ראשון בחלק מפסקי הדין הנוקטים בגישה זו קשה לזהות כי מדובר בגישה שונה, מכיוון שפסקי הדין הללו משתמשים במונחים של גישות אחרות, דוגמת גישת חומרת המעשה או גישת הידיעה בכוח. אך על אף השימוש באותם מונחים גישה זו מובילה לתוצאות שונות מהגישות האמורות.

בשונה מגישת הידיעה בכוח (השייכת לקבוצת הגישות העובדתיות), בית המשפט אינו בודק את נסיבות המקרה, אלא פועל לפי העיקרון שנקבע בפס"ד מ1/52/ כי "יש פקודות שהינן בלתי חוקיות בכל המסיבות..."⁸¹.

גישה זו שונה אף מגישת חומרת המעשה בשני מאפיינים. ראשית, גישת ערכי היסוד מגינה על עקרונות צבאיים מסוימים אשר ספק אם תמיד יהיה פסול מוסרי חמור בהפרתם⁸². שנית, גישה זו כלל לא בוחנת את הנזק שנגרם מהפרת העיקרון או הערך, אלא די לה בעצם הפרתם כדי שהפקודה תיחשב כבלתי חוקית בעליל.

עד כה נקבעו בפסיקה ובחוק הפקודות הבאות כפקודות אשר תמיד יהיו בלתי חוקיות בעליל עקב הערכים והעקרונות שבהם הן פוגעות⁸³:

א. פקודות המסכנות חיי אדם שלא לצורך.

ב. פקודות המורות על פגיעה בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או שיצאו ממנו, ובשלמות גופם.

ג. פקודת המורות על הפרת הוראות בטיחות (בנהיגה ובאימונים).

ד. פקודות שאין בהן כל צורך צבאי, והן ניתנו לשם מימוש מטרותיו האישיות של המפקד.

ה. פקודות שניתנו בהעדר מוחלט של סמכות.

ו. פקודות המורות לחייל למסור עדות שקר.

ז. פקודות המורות על ענישת אזרחים שלא על ידי בית משפט.

ח. פקודות אשר על פי חוק לא תחול עליהם הגנת הצידוק (השמדת עם וסיוע לנאצים).

מאחר שגישת ערכי היסוד עוסקת במספר קטגוריות מוגדרות, גישה זו מאפשרת איזון יותר בין עיקרון שלטון החוק והמוסר החברתי, מחד, לבין ערך המשמעת ומצבו של הפקוד, מאידך. גישה זו יוצרת ודאות רבה לחייל, והוא יודע כי לעולם אסור לו לציית לפקודות הנכנסות תחת הקטגוריות שצוינו⁸⁴. בנוסף, מרבית הקטגוריות הספציפיות

79 פרוש "ציות", לעיל 18, בע' 92-93.

80 ראו הגדרת פרופ' אנקר לגישה הנורמטיבית ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.

81 פסק הדין צונור, אך דברים אלו צוטטו בפסק דין מלינקו, לעיל הערה 33, בע' 212.

82 ראו, למשל, 15/65/ התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גיל וטוראי הדב, פד"צ 65, 28 (להלן: פרשת הלחם) - ספק אם יש חומרה מוסרית גדולה בהשלכת 78 כיכרות לחם, אך מכיוון שמדובר בפקודה אשר אין בה כל צורך צבאי, והיא נעשתה לצרכיו האישיים של המפקד, נקבע שהיא בלתי חוקית בעליל.

83 פסקי הדין שבהם נקבעו הלכות אלו, יפורטו בהמשך.

84 ראו דברי פרופ' אנקר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.

שהתפתחו עם השנים, מונעות העדפה של ערך הציות במקום שנפגעו שלטון החוק או המוסר החברתי יתר על המידה או כאשר לא קיימים שיקולי הפטר או הצדק חזקים. לפיכך לגישה זו יש ערך רב ככלי איזון משפטי.

אך גישה זו מעלה אף היא כמה קשיים. ראשית, ניתן לטעון כי מכיוון שהיא אינה בוחנת את חומרת התוצאה הנגרמת מהפקודה, עשויה גישה זו לפגוע במשמעת הצבאית כאשר הנזק לשלטון החוק קטן ביותר. טענה זו נחלשת נוכח היות הגישה קלה לחינוך ולהטמעה, ולפיכך כשם שהחייל יכול ללמוד בקלות לזהות פקודות שכאלו על מנת לא לציית להן, כך יכול המפקד ללמוד בקלות לא לתיתן.

קושי חמור יותר שמעלה גישה זו, הוא שחייל עשוי לא לזהות מקרים שבהם מתקיים הצדק שבדין, אשר הופך פקודה המפרה את אחד העקרונות או הערכים שפורטו לעיל, לפקודה חוקית⁸⁵. קושי זה ניתן לפתרון חלקי באמצעות חינוך החייל, שיכלול לצד הפקודות הבלתי חוקיות את הטמעת סוגיית ההצדק. לאחר מעשה ניתן להתגבר על הקושי האמור תוך הפעלת הדוקטרינה של טעות במצב דברים.

קושי נוסף בגישה זו נובע מאופייה הקזואיסטי. המציאות מורכבת מכדי להיכלא בתוך שמונת הכללים שהובאו לעיל, ועשויים להיות מקרים נוספים שבהם ראוי שחייל לא יציית לפקודות בלתי חוקיות. מעצם טיבה לא יכולה גישה זו לבדה להיות כלי איזון משפטי, אלא אך לשמש כלי עזר לגישה אחרת, כלי להגדלת הוודאות ולהבהרת התמונה הן עבור החייל והן עבור המערכת הצבאית. עם זאת, יש לציין כי קיימות מערכות משפט שנוקטות גישה זו כגישה עצמאית. כך, למשל, ביוון החייל מחויב לציית לכל פקודה שניתנה ממפקד השייך לרשות מוסמכת כל עוד הפקודה אינה פקודה המורה על ביצוע עינויים או יחס משפיל או בלתי אנושי⁸⁶.

שאלה נוספת העולה בקשר לגישת ערכי היסוד היא אם הכללת כל סוגי הפקודות שצוינו לעיל תחת כללי אי ציות גורפים, אכן מאזנת נכונה בין עיקרון שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר. לפיכך קיים צורך לבחון כל קבוצת פקודות בנפרד על מנת לבדוק אם יצירת איסור מוחלט לציות לפקודות שכאלו אכן משרת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק.

א. פקודות המורות על פגיעה בחיי אדם שלא לצורך

ערך החיים הוא אחד הערכים החשובים ביותר בחברה דמוקרטית, ולפיכך כאשר קיים חשש לפגיעה בערך זה, ולא רק בשלטון החוק, מחד, ולא קיימות נסיבות קיצוניות של צורך, מן הצד השני, נראה כי אין ספק שעל החייל לטוב לפקודה הניתנת לו. שאלת ההגנה על ערך החיים נדונה לרוב בבתי המשפט בשני מצבים - הפרת הוראות בטיחות ופגיעה באנשים שמחוץ למעגל הלחימה. הכללים שנקבעו בסיטואציות אלה הם נגזרות של העיקרון הכללי המדובר⁸⁷, ויש לשער כי בעתיד יפותחו נגזרות נוספות.

ב. פקודות המורות על פגיעה בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או שיצאו ממנו, ובשלמות גופם

העיקרון הקובע כי אסור לפגוע בחייו של אדם שאינו במעגל הלחימה ללא קיומו של הצדק שבדין, נקבע לראשונה עוד בפסק דין מנדטורי. בית המשפט העליון קבע כי פקודה המורה לירות לאלתר בעצור המנסה לברוח תהייה תמיד בלתי חוקית בעליל⁸⁸. בית הדין הצבאי לערעורים דן בסוגיה זו עוד לפני פרשת **כפר קאסם**⁸⁹ בפרשה ידועה פחות, שבה נתן קצין פקודה לפקודיו להוציא להורג מסתננת שהוחזקה במשלט בפקודו על מנת להסתיר את העובדה שבעת שהוחזקה במשלט אנסו אותה חיילי המשלט באופן שיטני על פי תורנות שנקבעה על ידי אותו קצין.

85 כמו פקודה לירות בשבוי המנסה להזעיק את חבריו ומסכן בכך את הכוח השבויה. ראו בג"ץ 2888/99 הולנדר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם).

86 I. G. Anagnostopoulos & K. D. Magliveras *Criminal Law In Greece* (Kluwer - Law International, 2000) 60

87 להתייחסות לכלל האמור שלא בנסיבות של הפרת הוראות בטיחות או פגיעה באנשים מחוץ למעגל הלחימה ראו ת' (ארו) 162/01 התובע הצבאי נ' אלהילה, פש"מ יב 401, 403 והערת אגב בפסק דין **אשיאם**, לעיל הערה 26, בפסקה 2.

88 פסק דין **הדמוביץ**, לעיל הערה 40, בע' 145.

89 לראיית פסקי הדין בפרשת **כפר קאסם** כפסקי דין שנקטו בגישת ערכי היסוד, ראו ש' אבינרי "ציות ודמוקרטיה" בתוך **בנכבי הדמוקרטיה** (י' לוריא וח' מרנץ עורכים, התשנ"א) 55, 67. ראו דחייה של השקפה זו בפרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 84.

בית הדין קבע כי הפקודה האמורה היא בלתי חוקית בעליל⁹⁰. הכלל שנקבע לאורך השנים⁹¹ הוא כי אין לציית לפקודה שמורה לפגוע בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או של לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה, או בגופם, אלא בתנאים קיצוניים של צורך⁹².

לגבי פקודות אלו נראה כי ללא כל קשר לגישה אשר תאומץ לזיהוי פקודות בלתי חוקיות בעליל, תמיד תחול על החייל החובה לא לציית להן מפאת הערך החשוב העומד על הפרק⁹³. מלבד מקרים קיצוניים ביותר, המשמעת הצבאית צריכה לסגת מול החשש לפגיעה בחייהם של אנשים שאינם לוחמים או שיצאו ממעגל הלחימה. במקרים שכאלו לא קיימים שיקולים חזקים של הפטר או הצדק. לרוב החייל יודע כי אלו פקודות לא חוקיות, או צריך לדעת זאת, וכן ללא הגנה על חייהם של אנשים שאינם חלק ממעגל הלחימה, לא יכול להישמר אפילו רף מזערי של מוסריות בעת הקרב.

ג. פקודות המורות על הפרת הוראות הבטיחות

בבסיס מרבית הוראות הבטיחות עומד הרצון להגן על חייהם של החיילים ועל גופם, ולפיכך גם כאן עומד ערך חשוב זה לצדו של עיקרון שלטון החוק. הכלל כי פקודה המורה על הפרת הוראות הבטיחות היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל, נקבע עד כה בפסיקה בשני תחומים: נהיגה⁹⁴ ואימונים⁹⁵.

בכל הנוגע להוראות הבטיחות בנהיגה או באימונים החשש כי משימה צבאית דוחקת תסוכל - שנגזר מהחשש לביטחון המדינה - הוא קטן יחסית מכיוון שמדובר בתנאי שגרה או אימונים⁹⁶. בנוסף, כאשר מדובר במצבי שגרה, הפגיעה במשמעת הצבאית אינה יכולה להיות שקולה לסיכון שעלול להיגרם לחיי אדם עקב הפרת כללים אלו. מבחינת שיקולי הפטר בתחומי האימונים והנהיגה כללי הבטיחות ידועים לרוב החיילים, ולפיכך החשש העומד בבסיס שיקולי הפטר הוא קטן בתחומים אלו.

האם ניתן להרחיב הלכה זו גם להוראות בטיחות אשר אינן נוגעות לתחום הנהיגה או האימונים? נראה כי ההכרעה אינה צריכה להיות גורפת, אלא כלפי כל תחום ותחום יש לבחון שני משתנים: מידת הסיכון לחיי אדם עקב אי החלת כלל אי ציות גורף מול מידת הפרסום של כללי הבטיחות באותו תחום (משתנה המשפיע על שיקולי הפטר). נראה כי ניתן יהיה להרחיב את כלל אי הציות הגורף לתחום שבו הסיכון גדול, והכללים מפורסמים וידועים לכל.

ד. פקודות ללא צורך צבאי למימוש מטרותיו האישיות של המפקד ("פקודות אורחות")

קבוצת פקודות זו ממחישה יותר מכל את השוני בין גישת חומרת המעשה לבין גישת ערכי היסוד. האם ניתן לומר כי דגל שחור של פסול מוסרי מתנוסס מעל פקודה שנותן מפקד לפקודו, למכור מעט בנוזן צבאי לאזרח על מנת

90 עניין ח' לעיל הערה 41.

91 היוצא היחיד מן הכלל לעניין הפגיעה בגוף הוא פסק דינו של בית דין צבאי צפון בעניין פרשת גולני, לעיל הערה 45.

92 ראו ע' 189/74 התובע הצבאי הראשי נ' מנסור, פד"צ 74, 264, 274; ע"פ 552/68 אילו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377; תיק (טול כרם) 199/67 התובע הצבאי נ' רימלי ואח', פשי"מ א 331, 340; פסק דין עופר, לעיל הערה 21; פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33; פסק דין יתום, לעיל הערה 66; פסק דין צופאן, לעיל הערה 67; 1/190 התובע הצבאי הראשי נ' מאיר (לא פורסם); פסק דין אדלר, לעיל הערה 70; פסק דין לויט, לעיל הערה 46. תמיכה לכך ראו גם בכתביהם הקלאסיים של סטיבן, לעיל הערה 21, בע' 205-206 ודייסי, לעיל הערה 21, בע' 300. לפסיקה זוה בנושא ראו, לדוגמה, פסיקתו של בית המשפט הניגרי, שקבע כי פקודה להרוג אדם שאינו חמוש במקום מגוריו בעת מלחמת אזרחים היא פקודה בלתי חוקית בעליל: All Nigeria Law Reports 149 (1) Pius Nwaoga v. The State, Nigeria, Supreme Court, כפי שמופיע באתר www.IRCO.org. לתנאים קיצוניים המצדיקים חריגה מהכלל ראו פסק דין הולנדר, לעיל הערה 85.

93 ראו דבריו של השופט Duncan בפסק דין קל, לעיל הערה 21, כי בין אם תיבחן הפקודה על פי מבחן "החייל הסביר" שהציעה התביעה, ובין אם תיבחן הפקודה לפי מבחן "החייל הפשוט ביותר" שהציעה ההגנה, ייקבע כי הפקודה שניתנה בטבח במאי לאי, הייתה בלתי חוקית בעליל.

94 קביעה זו הייתה חלק מהרציו בע"ת 239/84 התובע הצבאי הראשי נ' XXX (לא פורסם), שדן בפקודה לנהג לנהוג בעודו מחזיק בידו השמאלית סירת גומי המונחת על גג הרכב. למרבה הצער, לא נשמר עותק של פסק הדין, והמידע עליו מתבסס על סקירות פנימיות של הפרקליטות הצבאית (להלן: פסק דין הסירה). קביעה זו באה באמרות אגב בע' 353/82 ברוכי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 82, 72 ובע' 58/67 בן אברהם נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 67, 174.

95 הלכה זו נקבע בפסק דין מורן, לעיל הערה 49 וצוינה בהערות אגב בע' 152/65 יקותיאל (אלטשולר) נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 67, 1 ובע' 277/74 ענבל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 74, 408.

96 במקרים שדובר בצורך מבצעי, נקבע כי יש לציית לפקודה המורה להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה. עניין זה יידון בהמשך.

שהמפקד ירוויח ממעשה המכירה?⁹⁷ ומה בדבר פקודה לזרוק כיכרות לחם על מנת שהמפקד והפקוד יוכלו לסיים את עבודתם בטרם עת?⁹⁸ ניתן לשער כי פקודות אלו היו מחייבות ציות לפי גישת חומרת המעשה, אך על סמך העיקרון הכללי כי פקודות שאין בהן כל צורך צבאי, והן ניתנו למימוש מטרותיו האישיות של המפקד, הן פקודות בלתי חוקיות בעליל⁹⁹ - נקבע כי פקודות אלו אסורות לציות.

למרות העדר הפסול המוסרי החמור בחלק המקרים החוסים תחת הכלל האמור נראה כי להלכה זו יש חשיבות רבה. היא מגינה על המערכת הצבאית עצמה מהחשש שהובע על ידי סטיבן, בכך שבמקרים שפקודה היא בפועל ניצול לרעה של סמכותו של המפקד, לא יציית להן הפקוד, אלא יעדיף את המשמעת הכלל-צבאית על פני המשמעת הגרעינית יחידתית. בנוסף, מכיוון שההלכה האמורה מסויגת רק למקרים שברור כי אין כל צורך צבאי בפקודה, וברור שהפקודה נועדה לשרת אך ורק אינטרס אישי של המפקד, הרי שהחשש שהחייל לא יוכל לזהות את הפסול האמור בפקודה - מבחינת שיקולי ההפטר - הוא קטן.

בשני מקרים הורחבה ההלכה האמורה לפקודות אשר נעשו למטרה יחידתית הנוגדת את האינטרס הכלל-צהלי: פקודה להשתמש בציוד צבאי כאמצעי לתשלום לשם עריכת מסיבה יחידתית¹⁰⁰, ופקודה להשחית נשקים על מנת שיסופקו ליחידה נשקים טובים יותר¹⁰¹. אך לדעתי, שיקולי ההפטר אינם תומכים באימוץ בהרחבת כלל אי הציות הגורף גם על פקודות שנועדו לקדם אינטרס יחידתי, מכיוון שלא בכל מקרה ניתן לומר כי ברור לחייל הניגוד בין האינטרס היחידתי לאינטרס הכלל-צהלי.

ה. פקודות שניתנו בהעדר מוחלט של סמכות

בפסיקה עד כה נקבע כי כאשר מפקד נותן פקודה שאינה בתחום סמכותו¹⁰², או נותן לחייל שאינו כפוף לו, פקודה הסותרת פקודת מפקד ישיר של החייל¹⁰³, הרי שפקודות אלו הן בלתי חוקיות בעליל. במקביל קיימת הלכה בפסיקה בארץ ובעולם כי פקודה של מפקד שאינו פועל באותו רגע מתוקף היותו אורגן שלטוני¹⁰⁴, או פקודה מגוף שאינו בעל סמכות בתחום האמור¹⁰⁵ או אינו בעל סמכות כלפי מקבל הפקודה¹⁰⁶ אינה צו המחייב ציות מרשות מוסמכת. בפועל מדובר בשתי הלכות אשר מובילות לאותה תוצאה: לא תקום לחייל הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שניתנה ממפקד שמסיבה ארגונית זו או אחרת אינו מוסמך ליתן אותה.

לעומת זאת, בספרות הובעה הדעה כי "אם הפקודה הייתה בלתי חוקית רק בגלל שמפקד חסר סמכות נתן אותה, ואילו ניתנה ע"י בר סמכא, הייתה הפקודה חוקית - אין לנו קושי להגן על החייל שהוטעה לפעול על-פי הפקודות האלו"¹⁰⁷.

97 62/55ע / טייג נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

98 ראו פרשת הלחם, לעיל הערה 82.

99 ראו גם 1/59ע / התובע הצבאי הראשי נ' דגני (לא פורסם) (פקודה לשדוד כבשים); עע 20/50ע / אליהו נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 50-48, 85 (פקודה המורה לחייל להמתין שכוב למשטרה צבאית); הערת אגב בעע 141/50ע / התובע הצבאי הראשי נ' בלק, פד"צ 50-48, 285, 287 (פקודה למכור צמיג צבאי לחנות אזרחית). לתמיכה בספרות לכלל זה ראו ענבר, לעיל הערה 55, בע' 72 ("אם אותו מפקד, המורה לעבור באותה קרקע לצורכי תרגיל אומר לחייליו: 'עליכם גם לחבל בפרי' כאשר ברור שאין כל קשר בין המעבר לצורך התרגיל לבין רצון החבלה הפרטי של המפקד, הרי לנו פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל"); פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 235-236.

100 עע 58/59ע / התובע הצבאי הראשי נ' גדעון ואח', פד"צ 59, 155.

101 עניין טופחי, לעיל הערה 58.

102 עע 312/57ע / אביעד נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 58, 132.

103 עע 265/58ע / סגן דן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד (לא פורסם) (להלן: פסק דין סגן דן).

104 למפקד בצבא ראו פסק דין דגני, לעיל הערה 99; לשוטרים ראו עע 200/85ע / רב"ט דן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 85, 287 (להלן: פסק דין רב"ט דן).

105 פסק דין אלדילה, לעיל הערה 87.

106 ראו R. v. Werner, 1947 (2) SA 828 (A), כפי שפורסם באתר: www.IRCO.org (להלן: פסק דין וורנר); פסק דין אלסגוף, לעיל 21.

107 שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 6. לאחר כתיבת מאמר זה ניתן עש"ם 318/04 מנוס נ' נציב שירות המדינה, (טרם פורסם) - פסק דין זה קבע כי עקב אימוצה של דוקטרינת הבטלות היחסית, הוראה שהפגם היחיד בה הינו פגם של העדר סמכות אינה הוראה בלתי חוקית בעליל או באופן ברור וגלוי, זאת מכיוון שבעת שמקבל העובד את ההוראה טרם החליט בית משפט מה יהיה הסעד עבור הפגם שנפל בה: בטלות, בטילות, או מתן תוקף, ולפיכך חייב עובד מדינה המקבל הוראה שכזו לציית לה, ולהתלונן בדיעבד. פסק דין זה יוצר קשיים רבים אשר קצרה היריעה במועד זה מלפרטם.

האם התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק תומכות בכלל גורף השולל הגנה זו בגין ביצוע כל פקודה הניתנת בהעדר סמכות ארגונית כלשהי, או שמא יש לאמץ כלל הפוך, בהתאם לדעה שהובעה בספרות?

השיקול לקבלת כלל אי ציות גורף במקרים של העדר סמכות ארגונית הוא שבמרבית מקרים אלו שיקולי ההצדק הם חלשים מכיוון שהמערכת הצבאית נפגעת מפעולת מפקד הפועל בניגוד להיררכיה הפנימית ולסדרי העבודה הצבאיים. לעומת זאת, במקרים אלו שיקולי ההפטר חזקים: לרוב חייל אינו יכול לדעת במדויק מהן הסמכויות המהותיות של מפקדו, ולפיכך לא יהיה זה הוגן להטיל עליו סנקציה עקב ציותו במקרה שכזה.

בפועל תחום הפקודות הניתנות בהיעדר סמכות הוא רחב וכולל מגוון פקודות, ולפיכך אין לאמץ כלל גורף לכאן או לכאן, אלא יש לבחון סוגים שונים של העדר סמכות על מנת לבדוק אם ראוי לאמץ לגביהם כלל ציות או אי ציות. סוג אחד של העדר סמכות הוא מתן פקודה על ידי מפקד שאינו מוסמך חוקית לתת פקודה שכזו, אך הפקודה עצמה אינה גוררת ביצוע עברה מצד החייל המבצע. במקרה זה כלל לא עולה השאלה של הגנת הצידוק על פי חוק העונשין. אך נשאלת השאלה אם נרצה לאמץ כאן כלל גורף כי חייל תמיד רשאי לסרב לפקודה שכזו, והוא לא יועמד לדין עקב כך על סירוב פקודה. כדי להמחיש מדוע במקרה זה אין לאמץ כלל אי ציות גורף, ניתן לקחת שתי פקודות הנופלות תחת קבוצה זו. הפקודה הראשונה היא פקודה שמפקד נותן לפקודו לעשות עבירות פרטיות¹⁰⁸. במקרה זה נראה כי נרצה שהחייל לא יציית לפקודה, מכיוון שכאן המפקד מנצל את המשמעת הגרעינית היחידתית תוך שהוא פוגע קשות במשמעת הכלל-צבאית. לעומת זאת, פקודה שניה היא פקודה שנתן סמל לפקודו להישאר "שעות ביציאה". פקודה זו נעדרת סמכות מכיוון שאך ורק סרן ומעלה רשאים למנוע חופשה¹⁰⁹. נראה כי במקרה שכזה מתן היתר לחייל לעזוב את הבסיס יחד עם שאר החיילים יפגע קשות במשמעת הצבאית. דרך הפעולה הראויה לחייל במקרה זה היא פנייה למפקדים בשרשרת הפיקוד או תלונה לאחר מעשה. לפיכך לגבי סוג זה של העדר סמכות קיימים לעתים דווקא שיקולי הצדק חזקים המחייבים הימנעות מקבלת כלל אי ציות גורף.

סוג שני של העדר סמכות הוא מתן פקודה לביצוע מעשה שהמפקד אינו מוסמך להרשות, ולכן המעשה שמבצע החייל עקב הפקודה, אינו חוקי. דוגמה לכך היא חייל המבצע מעצר על סמך צו מעצר שנחתם על ידי מפקד שאינו מוסמך לחתום על צווי מעצר. האם יש מקום להעמיד את החייל לדין בגין תקיפה? נראה כי במקרה זה קיימים שיקולי הפטר חזקים המובילים למסקנה כי אין לצפות מחייל בדרך כלל לדעת מיהו הגורם המוסמך לתת כל הוראה והוראה. אולם הפסיקה בנושא לא הייתה חד משמעית. מצד אחד, כאשר דובר בצו מעצר או צו עוצר לא חוקיים, קבעו בית הדין הצבאי¹¹⁰ ובית המשפט העליון המנדטורי¹¹¹ כי חייל אינו יכול לזהות אם הצו הוצא על ידי הגורם המוסמך, ולכן זיכו את החיילים. מצד שני, כאשר פקד סמל על עובד צה"ל לתת נשק שלל לסרן, קבע בית הדין, בין השאר, כי מכיוון שמדובר בפקודה שניתנה בהעדר סמכות, היא בלתי חוקית בעליל¹¹². במקרה אחר הרשיע בית המשפט העליון עובדי עירייה שהרסו בית על סמך צו שנחתם על ידי ראש העיר, אך הגוף המוסמך לחתום על צו כזה הוא מועצת העיר¹¹³. עקב שיקולי ההפטר החזקים נראה כי לפחות בכל הנוגע לחיילי צה"ל אין להכיר בכלל אי ציות גורף, אלא לבחון כל פקודה ופקודה על פי גישות אחרות.

סוג שלישי של העדר סמכות הוא מתן פקודה לחייל על ידי מי שאינו מפקדו הפונקציונלי. כך, למשל, בעניינו של סגן דן¹¹⁴ דובר בחייל שיחידתו נותקה מגדודה וסופחה לסמכותו הפיקודית של אלוף פיקוד צפון. החייל קיבל ממפקד הגדוד שלו פקודה שסתרה פקודה שניתנה לו מאלוף הפיקוד. החייל ציית להוראת מפקד הגדוד ועקב כך הועמד לדין

108 ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 69-70.

109 סעיפים 1 א 31- להפ"ע 6.0301 "תגובה פיקודית - מניעת חופשה".

110 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 62 (צו עוצר).

111 פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40, בע' 144 (צו מעצר).

112 עניין אביעד, לעיל הערה 102.

113 עניין פרושנסקי, לעיל הערה 60.

114 לעיל הערה 103. לגופו של עניין עיון בפסק הדין מראה כי החייל סבר באמת ובתמים כי הוא עדיין נמצא תחת פיקודו של מפקד הגדוד, ולכן סבר שהוא מציית לפקודת מפקדו הישיר. לטעמי, היה מקום להכיר בטענת הטעות (בשילוב עם הגנת הצידוק) של החייל במקרה זה ולזכות אותו.

על סירוב פקודה. בית הדין קבע כי מכיוון שפקודתו של מפקד הגדוד ניתנה בחוסר סמכות, היא בלתי חוקית בעליל, ולפיכך הרשיע את החייל. לדעתי פסק הדין שגוי, זאת מכיוון, שהחייל באותו מקרה, כמו חייל רגיל בדרך כלל, היה סבור כי הוא מקבל פקודה ממפקד מוסמך, וכן חייל זה, כמו מרבית החיילים במצבו, לא היה מסוגל לזהות את העדר הסמכות של נותן פקודה. לפיכך קיימים שיקולי הפטר חזקים אשר מחייבים דחייה של החלת כלל אי ציות גורף במקרים כאלה.

סוג נוסף של העדר סמכות הוא כאשר ברור כי המפקד אינו פועל מתוקף היותו אורגן ציבורי, אלא מתוקף אינטרס אישי. במקרים אלו נקבע בפסיקה כי המפקד כלל איננו "רשות מוסמכת", אשר צויה מחייבים ציות. כך, למשל, נקבע במקרה שמפקד פקד על חייליו לשדוד כבשים לשם עשיית קומוזיץ¹¹⁵, וכאשר שוטר מגיב נתן פקודה לחייל לירות באוויר על מנת לפזר קטטה שבה היו מעורבים שניהם¹¹⁶. לטעמי, אף במקרה זה אין לאמץ כלל אי ציות גורף בשל העדר סמכות, אך מסיבה אחרת: מקרים אלו ממילא נופלים תחת כלל אי ציות גורף אחר, הוא הכלל האוסר ציות לפקודות "אזרחיות".

רק בסוג האחרון של העדר סמכות, לטעמי, יש לאמץ כלל אי ציות גורף: מתן פקודה על ידי אדם השייך לגוף שאין לו כל סמכות לתת פקודות מבחינה משפטית¹¹⁷. ברוח זו קבע בית המשפט בסינגפור כי לשוטרים סינגפוריים לא תעמוד הגנת צידוק על מעשים שביצעו בזמן הכיבוש היפני עקב ציות לפקודות של חיילים יפניים¹¹⁸; ובית המשפט בדרום אפריקה קבע כי לשבויים גרמנים לא תעמוד ההגנה עקב ציות להוראותיו של סוכן גרמני חשאי ששהה במחנה השבויים¹¹⁹. במקרים כאלו המערכת המשפטית אינה מרוויחה כלל מציותו של האדם, כלומר לא מתקיימים שיקולים של הצדק. מבחינת שיקולי הפטר נראה כי במקרים אלו ברור למקבל הפקודה שהפוקד אינו מוסמך לתת לו הוראות. חששו של מקבל הפקודה הוא אחר - שיבולע לו עקב סירובו לציית. אכן, חשש זה הוא אמיתי וכן, אך לשם כך קיימת הגנת הכורח על תנאיה, ולא הגנת הצידוק¹²⁰.

לסיכום נושא זה נראה, אם כך, כי התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק מחייבות צמצום הכלל הרחב אשר נקבע בפסיקה לכדי כלל אשר יחול אך ורק במקרים מעטים וקיצוניים.

1. פקודות המורות לחייל להעיד עדות שקר

לעומת ההלכה שנידונה לעיל, נראה כי אין כל סיבה לחלוק על ההלכה כי פקודה המורה לחייל להעיד עדות שקר תהייה תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל¹²¹. מדובר בכלל פשוט ובהגנה על אינטרס ציבורי חשוב - בירור האמת. בנוסף, קיימים מנגנונים אחרים שנועדו להגן על ביטחון המדינה בהליכי החקירה, כדוגמת הטלת חיסיון¹²². לפיכך לרוב תינתן פקודה שכזו שלא על מנת להגן על ביטחון המדינה, אלא עקב רצונו של המפקד להציל את עורו מפני העמדה לדין פלילי. יש לציין כי הלכה זו אינה נוגעת רק לעדות שקר בבית משפט, ופסקי הדין שקבעו אותה, עסקו דווקא בגופי בירור אמת אחרים.

115 פסק דין דגני, לעיל הערה 99.

116 פסק דין רבי"ט דן, לעיל הערה 104.

117 כך, למשל, התנאים לתחולת הגנת הצידוק במשפט היווני מחייבים ציות רק ל"מפקד מרשות מוסמכת" (סעיף 21 לקוד הפלילי היווני). הסעיף מתורגם לאנגלית ב-44 (1973) G. Msagakis, *The Greek Penal Code* (N. B. Lolis trans., Into. by G. Msagakis, 1973). לדין בסעיף האמור ראו Anagnostopoulos & Magliveras, לעיל הערה 86.

118 פסק דין אלסגוף, לעיל הערה 21.

119 פסק דין וורנר, לעיל הערה 106.

120 יש לציין כי במקרים אלו שללו בתי המשפט את הגנת הצידוק על ידי קביעה כי ההוראה כאמור לא ניתנה מאת רשות מוסמכת, ולא בדרך של קביעה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

121 ראו פסק דין אייזנברג, לעיל הערה 66, אשר ציטט מהדין וחשבון של ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (1987) 82 (ועדת לנדוי); ע"פ 72/56 אופיר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 56, 82 (פקודה לשקר למצ"ח).

122 ס' 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א 1971-.

ז. פקודות המורות על ענישת אזרחים שלא על ידי בית משפט

בעניינו של סמ"ר אדלר קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי דרום כי "כל אדם הגדל ומתחנך במדינת חוק, יודע שאין סמכות, זולת לבתי המשפט, לענוש אנשים שעברו עבירות"¹²³. בניגוד לכך, בית הדין הצבאי לערעורים קבע בעניינו של סגן רגב כי הוא מסרב לקבוע כלל כי כל פקודה עונשית היא פקודה בלתי חוקית בעליל¹²⁴. איזו קביעה מהקביעות האמורות תואמת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק? במלים אחרות, האם יש לאמץ כלל אי ציות גורף לגבי פקודות הנוגעות לענישה ללא משפט של אזרחים?

מכיוון שענישה פיזית של אזרחים חוסה כבר תחת הכלל המצוין לעיל האוסר ציות לפקודות המורות על פגיעה בבני אדם שאינם חלק ממעגל הלחימה, הרי שבפועל השאלה היא אם יש לאמץ כלל הקובע כי תמיד אין לציית לפקודות עונשיות המורות על פגיעה ברכוש. בעניינו של רס"ן מ', אשר נדון בבית הדין הצבאי במחוז שיפוטי מרכז, דובר בסדרה של פקודות עונשיות בשטחים אשר הורו לפגוע הן ברכוש (לדוגמה ירי בדודי שמש) והן בגוף (כמו הכאה על מפרק היד על מנת לשבור את שעונו של האדם, כפיה על אדם לשיר את התקווה והכאתו אם כשל במשימה, ועוד). בית הדין פסק, כי כלל הפקודות העונשיות שניתנו באותו מקרה, מלבד אלו אשר הורו על ביטול רשיונות והיתרים, הן בלתי חוקיות בעליל¹²⁵.

לטעמי, על אף שבמקרה האמור אכן דובר בפקודות אשר ברור כי הן בלתי חוקיות בעליל, לפי כל הגישות, הרי שאין לאמץ כלל אי ציות גורף לגבי פקודות עונשיות כלפי אזרחים הן משיקולי הפטר והן משיקולי הצדק. אכן, העיקרון כי קביעת עונשו של אדם צריכה להיעשות על ידי הרשות השופטת, ולא על ידי הרשות המבצעת, הוא עיקרון יסודי בחברה דמוקרטית. אך שיקולים הנובעים מהנסיבות, שבהן עלולות להינתן פקודות שכאלו, מחייבים כי לא יאומץ כלל גורף בנושא. פקודות עונשיות ניתנות לרוב בעת סיטואציה לוחמתית. מבחינת שיקולי הפטר, חייל במצב כזה עלול להיתקל בקושי רב בניסיונו לאבחן אם ניתנה לו פקודה עונשית, הרתעתית או מניעתית. בפועל נאלץ החייל לבקר על כל החלטת עוצר, סגר, כתר או חישוף הניתנת על ידי מפקדו, אולם הוא אינו מסוגל לעשות זאת, והניסיון לבצע זאת עשוי, מבחינת שיקולי הצדק, לפגוע אנושות במשמעת הצבאית. לפיכך, לטעמי, אין לאמץ כלל אי ציות גורף בתחום זה.

ח. פקודות אשר על פי חוק לא תחול עליהן הגנת הצידוק (השמדת עם וסיוע לנאצים)

המחוקק קבע בסעיף 6 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, התש"ס"ו-1950 ובסעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ס"ו-1950 - כי על העברות המצויות בדברי חקיקה אלו לא תחול הגנת הצידוק, והמיר את ההגנה האמורה בעונש מופחת. על פי הפסיקה בעניינו של אייכמן, הרציונל מאחורי שלילת ההגנה במקרים אלו היה כפול: ראשית, ההנחה כי אדם המבצע מעשים פסולים שכאלו מודע לפסול שנעשה, ולפיכך לא קיימים שיקולי הפטר; שנית, החשש כי המבצעים ייתלו בהנחיותיה של קבוצת הנהגה מצומצמת אשר עשויה להתחמק מאימת הדין¹²⁶. יש לציין כי קביעה דומה, אם כי לא זהה, קיימת בסעיף 33 לחוקת רומא: פקודה לבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל¹²⁷.

123 לעיל הערה 70, בפסקה 15 תחת הכותרת "ההיבט המשפטי".

124 לעיל הערה 65, בע' 46.

125 מר 325/82 / התובע הצבאי נ' רס"ן מ' ואח' (לא פורסם).

126 פסק דין אייכמן, לעיל הערה 21, בע' 2078-2079.

127 Rome Statue of The International Criminal Court, adopted by the U.N. diplomatic conference of Plenipotentiaries on the establishment of an international criminal court on 17 July 1998. (להלן: חוקת רומא).

רמזים לכלל נוסף: פקודות עונשיות בעת שגרה או אימונים אשר יש בהן יסוד של השפלה חמורה או פגיעה גופנית

לצד כללי אי הציות לפי גישת ערכי היסוד שהוכרו במפורש בפסיקה, נראה כי קיימת תמיכה מסוימת לקיומו של כלל פסילה גורף נוסף: פקודה עונשית כלפי חייל שיש בה יסוד של השפלה או של פגיעה גופנית, תיחשב תמיד לפקודה בלתי חוקית בעליל. עוד בראשית ימיה של המדינה קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודה שנועדה אך ורק להעניש את החייל בדרך משפילה, היא בלתי חוקית בעליל¹²⁸, ולאחרונה קיבל כלל זה תמיכה בגישת התביעה בעניין אילון, שבו הועמדו לדין מ"כים על שטרטרו את הטירונים הכפופים להם בפקודת מפקדם, מבלי שנגרם לכולם נזק גופני¹²⁹.

תופעת הטרטורים היא תופעה מסוכנת שעלולה לגבות חיי אדם ואף גבתה בעבר חיי אדם. פקודות עונשיות בעלות אופי משפיל ומבזה פוגעות בכבודו של החייל ושוללות ממנו את זכויותיו הבסיסיות כבן אנוש. הצבא נלחם בתופעה זו בדרכים רבות, וקביעת כלל אי ציות גורף בתחום תאפשר כלי נוסף להילחם בתופעה מכיוון שהיא תאפשר לחייל המטרטר או המבצע את הטרטור בהוראת מפקדו לסרב לאלתר לפקודה שכזו מבלי לחשוש שיועמד על כך לדין. יש להדגיש כי כל עוד מסייגים הלכה זו לימי שגרה ואימון, אין חשש כי תיפגע סמכותו של המפקד לנקוט אמצעי ענישה חמורים על מנת לאכוף משמעת בעת קרב¹³⁰.

גישות עובדתיות

כפי שראינו זה עתה, הגישות הנורמטיביות מעלות קשיים רבים אשר מטילים ספק רב לגבי יכולתן לשמש ככלי איזון עצמאי שיבסס לבדו את הגנת הציוד. לעומת זאת, הגישות העובדתיות גמישות יותר ומאפשרות התאמה גדולה יותר של מבחן הציוד לנסיבות השונות שבהן ניתנה הפקודה. הגמישות נובעת מכך שגישות אלו מתמקדות בידיעתו בכוח או בפועל של החייל בהתאם לנסיבות העניין. בחינת הנסיבות גורמת לכך שאין מושמים באותו סדר משפטי טוראי ואלוף, חייל ועובד ציבור, והיא גורמת לעידוד ההתנהגויות החייליות הראויות בכל מצב ומצב, כדוגמת חובת בירור ודיווח רחבה בעתות שגרה מול חובת ציות כמעט אינסטינקטיבית בעתות מלחמה.

לעומת זאת, הקושי בגישות אלו הוא שהן יוצרות חוסר ודאות רבי¹³¹. חייל עלול לחשוש תמיד כי בית הדין יכריע שחייל סביר במצבו יכול היה להיות מודע לחוסר החוקיות של הפקודה, ומפקד עלול תמיד לחשוש בעת מתן פקודה ליחידתו כי חלק מהחיילים לא יצייתו לפקודתו בסברם כי אינה חוקית (בעיית "מועדון הויכוחים"). על מנת לבדוק קשיים אלו לעומק יש לבחון כל אחת מהגישות העובדתיות בנפרד.

גישת הידיעה בכוח

גישת הידיעה בכוח בוחנת את "עלילות" חוסר החוקיות שבפקודה על פי השאלה אם "חייל סביר" היה יודע בנסיבות המקרה כי הפקודה היא בלתי חוקית¹³². השאלות אם בפקודה נפל פגם מוסרי, או אם הפקודה הפרה עיקרון חברתי או צבאי חשוב, אינן שאלות מכריעות בקביעת עלילות הפקודה, אלא הן נשקלות יחד עם נסיבות רבות אחרות לשם הגעה להכרעה הסופית.

128 ראו פסק דין אילון, לעיל הערה 99, שמשמש במונח "במפורש", כנראה במשמעות של "בעליל".

129 ח"ש 185/999 / התובע הצבאי נ' אילון ואח' (לא פורסם) (התיק הסתיים בהסדר טיעון). יש לציין כי בפסק דין אילון, לעיל הערה 29, ובע"ע 137/000 / פורת נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 2000, 358, שדנו בנושא, פסק בית הדין לפי גישת חומרת המעשה.

130 לסמכותו הרחבה של המפקד לאכוף משמעת בעת קרב ראו סעיף 20 לחש"ץ.

131 ראו דברי פרופ' אנקר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.

132 מבחן זה מוגדר על ידי פלר כמבחן סבירות הקליטה: "מודעות בכוח של האדם מהישוב לטיב הצו, אילו היה בנעלי האדם שעשה את המעשה". פלר, "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 223.

בחינת נסיבות המקרה נעשית על מנת לבדוק שני רכיבים: האחד, האם חייל סביר בנסיבות האירוע היה סובר שמדובר בפקודה שסותרת נורמה חוקית, והשני, האם חייל סביר בנסיבות האירוע היה מזהה כי לא מדובר במצב שבו קיים הצדק שבדין לקיום הפקודה על אף הסתירה הקיימת בינה לבין החוק¹³³.

קיימות נסיבות רבות אשר נשקלות בכל מקרה ומקרה. כפי שציין בית הדין בפרשת כפר קאסם, ההכרעה מבוצעת על סמך "כלל נסיבות האירוע"¹³⁴. לאורך השנים הובאו בחשבון, למשל, הנסיבות הבאות¹³⁵:

1. האם מדובר בפעילות מבצעית או במצב שגררה¹³⁶;
2. האם לחייל היו אפשרויות לברר את היעדר החוקיות שבפקודה¹³⁷;
3. פערי הדרגות בין נותן הפקודה ומקבל הפקודה;
4. האם חוסר החוקיות נובע מפגם בהליך פרוצדוראלי או מפגם מהותי¹³⁸;
5. מידת הניסיון של מקבל הפקודה במערכת הארגונית האמורה¹³⁹;
6. הנוהג והמדיניות הכללית שעמדו ברקע מתן הפקודה¹⁴⁰;
7. הפגם המוסרי בפקודה¹⁴¹;
8. האם הפקודה מורה על ביצוע מעשה פלילי גלוי¹⁴²;
9. האם הנסיבות עשויות להצביע על הצדק שבדין לקיום הפקודה;
10. האם החייל חשש לסבול נזק גופני חמור אם לא יציית לפקודה, וחשש זה הקשה עליו לזהות את העדר החוקיות שבפקודה;
11. האם היה יסוד סביר לחשוד כי המפקד אינו מוסמך לתת את הפקודה¹⁴³;
12. פקודה המורה לפגוע באדם תהיה חשודה יותר מפקודה המורה לפגוע ברכוש¹⁴⁴;
13. התכלית העומדת בבסיס הפקודה (אזרחית מול צבאית, הגנתית מול עונשית)¹⁴⁵.

יש לציין כי גישה זו אינה בוחנת אם החייל עצמו ידע כי הפקודה אינה חוקית¹⁴⁶; ייתכנו מקרים שייקבע כי למרות שהחייל לא ידע שמדובר בפקודה חוקית, היה עליו לדעת זאת, ואף תיתכן קביעה הפוכה, כי למרות שהחייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, חייל סביר מסוגו לא היה יודע זאת בנסיבות העניין, ולכן נכון עשה החייל שהעדיף את ערך

133 לשני רכיבי הבחינה, אדם סביר ונסיבות העניין, ראו פלר, לעיל הערה 20, בע' 495.

134 ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 70.

135 הפירוט מבוסס על הרשימות שהובאו בפסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 70 ובפסק דין שריקי, לעיל הערה 45, בע' 70-72, ועל נסיבות מפסקי דין אחרים. מהרשימות האמורות הוצאו פרטים אשר בפועל אינם נסיבות לקביעת ה"עלילות", אלא גורמים הנוגעים לשלבים אחרים בבחינת הגנת הצידוק (כדוגמת שאלת הלבשת הגנת הטעות על הגנת הצידוק).

136 לפעילות מבצעית ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21; 21/8/90/218 בן יגני נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 90, 158; 242/57/2 תבור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 57, 170; 286/56/2 התובע הצבאי הראשי נ' ברמן (לא פורסם). לשגרה ראו פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

137 לזיכוי עקב העדר אפשרות בירור ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, לעניין פקודת היורי הראשונה. לזיכוי עקב נסיבות בירור רבים שכשלו, ראו 175/57/1 התובע הצבאי הראשי נ' הורנסנדי (לא פורסם). להרשעה עקב העדר נסיבות בירור למרות שהיו זמן ושהות לברר, ראו פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

138 ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, לעניין העוצר; פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40, בע' 144, לעניין צו המעצר.

139 בצבא ראו פסק דין תבור, לעיל הערה 136; ע"ע 99/59/2 התובע הצבאי הראשי נ' גוטמן (לא פורסם). במשטרה ראו ערעור 68/95 בן אברהם ואח' נ' המפקח הכללי, מבחר פסק דין של ביה"ד לערעורים א' 281. להתחשבות בפרמטר זה בטריבוטלים בינלאומיים יחד עם התחשבות בפרמטרים של גיל ואינטליגנציה ראו 305 Mellend Schill Studies in International Law (2 ed., L. C. Green *The Contemporary Law of Armed Conflict*).

140 פסק דין שריקי, לעיל הערה 45; פסק דין גוטמן, לעיל הערה 139.

141 ראו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45.

142 ראו, למשל, פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

143 ראו זיכוי בע"ע 138/48/1 אפפל נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) שנבע מכך שטרם נקבעו נהלים וסמכויות באותה יחידה.

144 השוו פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40 (פקודה לירות באדם לאלתר) עם 81/57/2 נחום נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 57, 128 (פקודה לשרוף שטיחים חסרי ערך כספיים).

145 כך, למשל, הסיבה המרכזית לזיכוי בפסק דין נחום, לעיל הערה 144, הייתה כי הפקודה ניתנה לשם שמירה על המשמעת היחידתית ולמניעת ביזה.

146 ראו פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 223; פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בע' 253 ("מבחן אובייקטיבי שאינו תלוי במה שחושב על הפקודה החייל המסוים שקיבל אותה").

המשמעת הצבאית, או פעל שלא כדין משסירב לבצע את הפקודה. על פי גישה זו, ידיעתו של החייל היא אינדיקטור בלבד לבחינה אם חייל סביר כמו הנאשם היה מזהה את העדר החוקיות שבפקודה¹⁴⁷.

כפי שצוין לעיל, מאפשרת גישה זו איזון עדין יותר המתחשב בנסיבות העניין, ולפיכך פוגעת פחות בשלטון החוק, אולם היא אינה מספקת תשובה טובה במקרים שהעדר החוקיות הוא ברור וגלוי לחייל סביר, אך הפגיעה הנגרמת למשמעת בעקבות אי ציות לפקודה היא חמורה. נניח לרגע כי בעתיד טירון סביר יידע כי רק מ"מ מוסמך לשלול את חופשתו. טירון בבסיס כלשהו מקבל פקודה מהמ"כ להישאר שעות ביציאה. האם נרצה שחייל כזה יעזוב את הבסיס ולא יפעל בדרך של דיווח ותלונה בדיעבד? האם הנוק במקרה זה למשמעת הצבאית לא גבוה מהנוק משנגרם מההישארות החייל לעוד כמה שעות בבסיס?

קושי נוסף בגישה זו, שצוין לעיל, הוא חוסר הוודאות והבהירות שמרגיש החייל. לכאורה, חוסר ודאות אינו מיוחד לסוגיית הפקודה דווקא, אלא קיים כפועל יוצא מהמבחן האובייקטיבי המופעל גם בעברות רשלנות¹⁴⁸. אולם, לדעתי, קיים הבדל תהומי בין השניים: בעוד שעל מנת להימנע מהעמדה לדין בעבירת רשלנות, יכול אדם מן השורה להגביר את זהירותו אף מעבר לסביר (שעה שהגברת זהירות הציבור היא מטרת קיומן של עברות רשלנות), הרי חייל שקיבל פקודה, אינו חופשי להגביר את זהירותו ולהימנע מהמעשה: מול האיסור הפלילי מפני ביצוע פקודה בלתי חוקית בעליל עומדת חובתו לבצע פקודות שאינן כאלה. אם יגזים לכיוון אחד - ייפגע מהכיוון האחר.

אם כך, גישת הידיעה בכוח בגרסתה הקיימת, ללא סיוג וללא הבהרת דרך הפעולה של החייל תחתיה, פוגעת הן בחייל והן במשמעת הצבאית יתר על המידה עד שלא ניתן להשתמש בה ככלי האיזון המשפטי הראוי לעמוד בבסיס הגנת הצידוק.

גישת הידיעה בפועל

גישת הידיעה בפועל אינה גישה הסותרת באופן חזיתי את הגישות האחרות, אלא מתירה אותן כגישות שיוניות. אם ידע החייל שהפקודה אינה חוקית, לא תקום לו הגנת הצידוק, אולם אם יוכח כי לא ידע שהפקודה אינה חוקית, תוכל לקום לו הגנת הצידוק כל עוד לא ייקבע על סמך אחת הגישות האחרות כי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל. למעשה, משמשת גישת הידיעה בכוח כגישה השיוויונית לגישה זו¹⁴⁹.

גישת הידיעה בפועל מגינה היטב על עיקרון שלטון החוק ומאזנת איזון עדין יותר בין עיקרון זה לבין שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל. ההגנה הרבה הניתנת לשלטון החוק נובעת מכך שעל המקרים שבהם נאסר על החייל לציית על פי הגישות האחרות, נוספים המקרים שבהם נאסר על החייל לציית עקב ידיעתו את העדר החוקיות שבפקודה. האיזון העדין עם שיקולי ההפטר נובע מכך שכאשר חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, לא קיימים אצלו אותם לבטים וחששות, העומדים בבסיס שיקולי ההפטר התודעתיים¹⁵⁰.

אימוץ גישה זו גם מונע את חוסר הוודאות והבהירות הקיים בגישת הידיעה בכוח, אשר מחייבת חייל להתחקות אחר ידיעתו של החייל הסביר. גישת הידיעה בפועל אינה דורשת מהחייל בעת קבלו פקודה לצאת מנעליו ולבחון את הסוגייה באופן אובייקטיבי וחוסר פניות, אלא החייל שואל את עצמו אם הוא מודע להיעדר החוקיות שבפקודה; ורק אם לא היה מודע לכך, ייבחנו מעשיו בדיעבד במבחן השיוויוני של החייל הסביר¹⁵¹.

147 לידיעתו של החייל כאינדיקטור לידיעת החייל הסביר ראו, למשל, ע"פ 63/62 עובדיה ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

148 להקבלה לסטנדרט הרשלנות ראו פלר, לעיל הערה 20, בע' 495.

149 פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 224.

150 ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 103; ודעתו של פרופ' פלר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 596.

151 ר' שפירא "פסק דין 'גבעתי' ושאלות של שכל ישר" פלילים א (תשי"ז) 121, 123.

בהצעת החוק שנועדה לעגן בארץ את גישת ה"אחריות המוחלטת" של חייל (גישת "הכידונים האינטליגנטיים"), הועלה טיעון נוסף, שנכון גם לגבי גישת הידיעה בפועל: חיוב חייל לציית לפקודה שהוא יודע כי אינה חוקית, "מהווה פגיעה מובהקת בכבוד האדם שכן יוצא, שכופים אותו לעשיית עבירה במודע"¹⁵².

בנוסף לכך, קיימים שני שיקולים משניים לאימוץ גישה זו. ראשית, נראה כי בשיטת המשפט המקובל, שממנה אומץ מבחן העדר החוקיות בעליל, הגישה הננקטת היא גישת הידיעה בפועל¹⁵³, ועל כן יש לאמץ את גישת הידיעה בפועל הן בשל הרצון המקורי של המחוקק והן בשל הרצון להתאים עצמנו למצב בשיטות משפט שכנות. שנית, גישה זו היא הגישה הננקטת על ידי המשפט הבינלאומי¹⁵⁴ והקבועה כיום בסעיף 33 לחוקת רומא¹⁵⁵, ולכן אי אומצה עשוי להעמיד חייל ישראלי במצב הדומה למצב שתואר על ידי דייסי: כאשר הוא מציית לפקודה שהוא מודע להעדר החוקיות שבה, הוא עלול למצוא עצמו נשפט בהאג בגין ביצוע עברה, בעוד שאם הוא מסרב לציית לה, הוא עלול למצוא עצמו נשפט בבית הדין הצבאי בישראל בגין סירוב פקודה.

מצד שני, גישה זו פוגעת פגיעה חמורה במשמעת הצבאית¹⁵⁶ בכמה דרכים. ראשית, החייל יכול לשנות הן בסברו כי הפקודה סותרת דין, כאשר לא כך המצב, והן בסברו כי לא מתקיימים שיקולי "הצדק שבדין" לקיום הפקודה. את מחיר טעותו לא ישלם החייל לבדו בדיעבד במשפט, אלא סירובו לבצע את הפקודה עלול לסכן פעולה מבצעית, לפגוע בביטחון המדינה ולעלות בחייו ובחיי חבריו. שנית, מכיוון שהחייל צריך תמיד לבחון אם קיים "הצדק שבדין" להפרת החוק, הרי שבפועל החייל הזוטר הופך להיות הגורם האחרון המאשר את הפעולה תוך שהוא בוחן (לאור מידע מועט יותר מזה הקיים למפקדו) אם קיים צורך ביטחוני בפעולה. שלישית, גם במצבים שאינם מבצעיים יכולות להיות פקודות בלתי חוקיות, אשר הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית עקב הפרתן גדולה מהפגיעה הנגרמת לשלטון החוק מביצוען, למשל בדוגמת המניעה הבלתי חוקית של חופשה.

גישת הידיעה בפועל גם אינה מתחשבת די בשיקולי ההפטר הפסיכולוגיים (הבלתי מודעים) של החייל משום שהיא מתעלמת מנטייתו החזקה וכמעט בלתי נשלטת של החייל לציית לפקודותיו של מפקדו אף כאשר מדובר בפקודות בלתי חוקיות, ומחייבת אותו לסרב לבצע פקודות שכאלו אך ורק עקב מודעותו להעדר החוקיות אף כשאין פגיעה חמורה בשלטון החוק או בערכי החברה.

טענה נוספת נגד גישת הידיעה בפועל היא שחלופה לסעיף הצידוק שכללה גישה זו, נדחתה באופן מפורש מתוך הצעת החוק¹⁵⁷ עם קבלת תיקון 39 לחוק העונשין. לטעמי, טענה זו חלשה מכיוון שיחד עם חלופה זו נדחתה גם חלופה נוספת, אשר ציינה במפורש את גישת הידיעה בכוח. לדעתי, חלופות אלה נדחו לשם הותרתו על כנו של הנוסח המשפטי שהיה קיים טרם התיקון¹⁵⁸. נוסח זה מאפשר קבלת כל אחת מארבעת הגישות הנידונות כאן.

היחס לגישה זו בבתי הדין הצבאיים אינו ברור. מצד אחד, בכמה פסקי דין, כגון פסק הערעור בפרשת כפר קאטוב¹⁵⁹, הובעה תמיכה בגישה זו, ואף בעניין אלקובי¹⁶⁰ נקבע שלא קמה לחייל הגנת הצידוק משום שידע כי הפקודה

152 דברי הסבר להצעת החוק, לעיל הערה 13.

153 לאנגליה ראו J. Smith & B. Hogan *Criminal Law* (8th ed., London, 1996) 270-271. יש לציין כי למרות השפעתה המכרעת של אנגליה על התפתחות הגנת הצידוק המודרנית, נראה שהיא אינה קיימת עוד במשפט האנגלי. הגישה הרווחת כיום באנגליה אינה רואה בציות לפקודה הגנה עצמאית במשפט פלילי. לארצות הברית ראו C. E. Torcia, *Worton's Criminal Law* (15th ed., Vol. 1, N.Y., 1996) 269-272. בארצות הברית קיימות מדינות שבהן לא ננקטת גישה זו, אם כי זו הגישה הננקטת במרבית המדינות ובמשפט הצבאי האמריקאי. לאוסטרליה ראו P. Gillies, *Criminal Law* (3ed. ed., The Law Book Company, 1993) 212. יש לציין כי הגנת הצידוק קיימת כיום באוסטרליה רק בקווינסלנד (סעיף 31 ל-Criminal Code Act 1899 No. 9 of 1899), באוסטרליה המערבית (סעיף 31 ל-Criminal Code Act 1913, No. 28 of 1913) ובכל הנוגע לעברות ולאנשים שעליהם חל ה-Defense Force Discipline Act 1982 הפדרלי.

154 לגישה זו במשפטי נירנברג ראו McDougal & Feliciano, לעיל הערה 16, בע' 693.

155 ראו לעיל הערה 127.

156 להתנגדות לגישה זו ראו ענבר, לעיל הערה 55.

157 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 137.

158 לדחיית החלופות ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 97-103. פרוש סבור כי סיבת הדחייה הייתה סברתם של גורמי הצבא כי הגישה השלטת במשפט הישראלי היא גישת חומרת המעשה.

159 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 67. ראו התייחסות לעניין זה אצל שהם ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 603.

160 פסק דין אלקובי, לעיל הערה 50, בע' 254.

שבעטיה ביצע את העברה, היא בלתי חוקית. לעומת זאת, בפסקי דין אחרים הובעה התנגדות עזה ומפורשת לגישה האמורה¹⁶¹. פסק הדין היוצא באופן החד ביותר כנגד גישה זו הוא פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי בעניין בן זקן¹⁶². שם, כמו בעניין אלקובי, ניתנה הפקודה הלא חוקית עקב רצון להתמודד עם חוסר אפסנאי (כאן דובר בדיווח כחב על ידי יצירת פיצול אפסנאי, ולא בגנבה). החייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, ואף נקט צעדים "קלושים", כהגדרת בית הדין, למנוע את המשך הזרמת המסמכים. התביעה טענה כי עקב ידיעתו של החייל כי הפקודה אינה חוקית, לא יכולה לקום לו הגנת הצידוק. בית הדין דחה טענה זו וזיכה את החייל מסעיף האיטום האמור על אף ידיעתו.

לעומת בתי הדין הצבאיים, נראה כי בית המשפט העליון תומך באימוץ גישה זו, אולם עד כה תמיכה זו הובעה אך ורק בהערות אגב. בפסק דין אייכמן¹⁶³ ציין בית המשפט כי אף לפי המשפט הפלילי הכללי ניתן להרשיע את אייכמן מכיוון שזוהי ידע על העדר החוקיות שבמעשיו. כמו כן, בפסק דין שניתן בשנת 2001 בפרשת יתום¹⁶⁴, העיר בית המשפט בהערת אגב כי לעתים לא יתנוסס דגל שחור מעל פקודה בלתי חוקית בעליל, כאשר לאדם הייתה מודעות לחוסר החוקיות שבפקודה.

אם כך נראה כי לגישה זו קיימים תומכים ומתנגדים. חילוקי דעות אלו נובעים מכך שמצד אחד, גישה זו מאפשרת איזונים מסוימים אשר לא מתאפשרים לפי גישות אחרות, אך יוצרת, מצד שני, קושי רב הן לחייל עצמו והן למערכת הצבאית בכללותה. עקב קשיים אלו נראה כי גישה זו אינה יכולה לשמש כלי איזון משפטי ראוי מבלי שיתווספו אליה סייגים מסוימים. בהמשך המאמר יידון סייג אשר מצמצם את הבעייתיות בגישה זו.

לקראת גישה חדשה

כפי שראינו עד כה, כל אחת מהגישות הקיימות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל מעלה קשיים אשר מטילים ספק ביכולתה לשמש כלי איזון ראוי בין תכליות ציבוריות נוגדות הניצבות בסוגייה משפטית זו. לפיכך נראה כי קיים צורך ליצור גישה חדשה שתשלב את היתרונות הקיימים בגישות הקיימות ותנסה להתמודד עם הקשיים שכל גישה מעלה.

הגישה שאציע עתה מנסה לעשות את האמור בהתבסס על מגמות הקיימות בפסיקה הישראלית לאורך השנים: הדגשת חובת בירור ודיווח; התחשבות במצב המבצעי; פסילת פקודה הלוקה בפלילות חמורה; חיוב ציות לפקודות בלתי חוקיות הנוגעות לפעילותו הרגילה של חייל.

תחילה אדון במגמות האמורות ואפתח אותן בהתאם לאיזון הנדרש בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר, ולאחר מכן אציג את גישתי בהסתמך על מגמות אלו ובשילוב הגישות הקיימות במשפט הישראלי לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

חובת הבירור והדיווח

מערכת יחסים צבאית בין מפקד לפקוד שמתבססת על ציות עיוור ללא יחסי בירור, דיווח (הפקוד למפקד) והבהרה (המפקד לפקוד), היא מערכת שבה נפגעת באופן אנוש המקצועיות הצבאית. ללא מתן אפשרות לחייל לדווח למפקדו על מידע שבידו שעשוי לשנות את הפקודה, עלולה המטרה הצבאית להיכשל; ללא מאמץ מצד המפקד להבהיר לחייל את הפקודה ואת צרכיה על מנת שזוהי יבין את מטרתה, עלול החייל שלא להשקיע את מיטבו ולא לבצע את הפעולה על הצד הטוב ביותר¹⁶⁵. לפיכך יש ליצור שילוב ראוי בין מערכת יחסים של בירור, דיווח והבהרה

161 ראו, למשל, פסק דין בלק, לעיל הערה 99, בע' 287.

162 פסק דין בן זקן, לעיל הערה 50, בפסקאות 3-2.

163 לעיל הערה 21, בע' 2039, 2076-2077.

164 לעיל הערה 66.

165 על הצורך כי חייל יבין את פעולותיו ראו א' כשר "בין ציות למשמעת: בין חוק לאתיקה" משפט וצבא 16 (התשס"ב-ס"ג) 479, 492.

לבין מערכת יחסים המבוססת על ציות מהיר ומיידי. לאורך השנים יצרה הפסיקה חובות ברור, דיווח והבהרה שהפרתן על ידי הפקוד שוללת ממנו את הגנת הצידוק, ואילו הפרתן על ידי המפקד שוללת את האפשרות להעמיד לדין את החייל בגין סירוב פקודה. לעומת זאת, מקום שהחייל פועל בהתאם לחובות הבירור והדיווח, ומקום שמבחינת המצב בשטח אין ביכולתו לבצע בירור ודיווח, תקום לו הגנת הצידוק.

הפסיקה הטילה על החייל חובות דיווח וברור רבות. כך, למשל, כאשר נותן מפקד פקודה כללית, והפקוד יודע כי נגזרים ממנה סיכון או הפרת החוק, עליו להפנות את המפקד לכך, ואם לא עשה זאת, מעשהו מפר החוק לא יהא מוגן על ידי הפקודה¹⁶⁶. כאשר הפקודה מותירה שיקול דעת רחב בידי החייל, ואחת החלופות האפשריות לפעולה היא הפרת החוק, על החייל לחזור למפקד ולבקש הבהרה עד שיצטמצם שיקול דעתו לכדי אפשרות אחת¹⁶⁷. יש לשער כי במרבית הפעמים תהיה זו האפשרות החוקית, אך אם לאחר צמצום שיקול הדעת על ידי המפקד האפשרות שנותרה, אינה חוקית, רק אז יהיה מוכן בית הדין לדון בהגנת הצידוק. הלכה דומה קובעת כי כאשר הפקודה מאפשרת פעולה בדרך חוקית ובלתי חוקית, על הפקוד לפעול בדרך החוקית, אלא אם הובהר לו אחרת, אף אם נראה על פני הדברים כי הוראת המפקד התכוונה לביצוע מעשה בלתי חוקי¹⁶⁸. בנוסף, כאשר הפקודה סותרת פקודת מפקד אחר, מחובת הפקוד להבהיר למפקד עובדה זו¹⁶⁹. ביצע החייל מאמצי ברור רבים ובכל זאת נאלץ לבצע מעשה בלתי חוקי, תחול עליו הגנת הצידוק¹⁷⁰. ניתן לסכם חובות ברור אלו לכדי כלל כי בקבלו ממפקדו פקודה (כללית או ממוקדת) אשר סותרת את החוק או יוצרת סכנה בשטח, חלה על החייל חובה לדווח למפקד על עובדה זו על מנת שיוכל לחסות תחת הגנת הצידוק. ניתן להוסיף ולומר כי ככל שהפרת החוק או הנוק מהפקודה חמורים יותר, מתגברת חובת הבירור והדיווח, והיא כוללת גם פניה אל המפקד הממונה כשהמפקד נותן הפקודה מסרב לשנות את פקודתו.

למראית עין נראה כי הטלת חובה זו מחזקת את החשש שהובע בעניין אהרנובביץ¹⁷¹, כי החייל יהיה הפוסק האחרון בשאלה אם הפקודה מוצדקת, אך לא כך הדבר. ראשית, מידת הבירור והדיווח תלויה בנסיבות מתן הפקודה, ולפיכך נסיבות רבות לא יחייבו חובת ברור נרחבת (נסיבות אלו יידונו בהמשך תחת הגישה המשלבת). שנית, גם במקרים הרבים שבהם המצע העובדתי והמשפטי ברור לחייל ולמפקדו, והפקודה עצמה מלכתחילה מותירה לחייל דרך פעולה אחת אפשרית, חובה זו תדרוש מהצדדים הליך קצר ביותר.

חיווק חובות הבירור והדיווח עשוי לחזק את עיקרון שלטון החוק ללא צורך ביצירת התנגשות חזיתית עם חובת הציות מכיוון שבהנחה שבמרבית המקרים שבהם מפקדים נותנים פקודה שאינה חוקית, הדבר נעשה עקב שגגה, ולא עקב זדון, מפקדים אלו יתקנו או יבהירו את פקודתם בעקבות פניית פקודיהם. חיווק חובת הבירור גם יקטין את חוסר הוודאות של החייל מקבל הפקודה, וכך גם ייחלשו שיקולי ההפטר.

לטעמי, חיווק חובת הבירור צריך להיעשות בשלוש דרכים. ראשית, יש לחנך את החיילים ברוח חובה זו וברוח חשיבותה למקצועיות הצבא; יתרה מכך, יש לחנך את המפקדים, כי הפניה החוזרת של החייל אליהם היא מעשה חיובי, ולא מעשה של פקפוק בסמכות, ועליהם לעודד זאת. שנית, יש לראות את חובת הבירור והדיווח מצד פקוד ואת חובת ההבהרה מצד מפקד כחובות עצמאיות. אם אחד מהם לא פעל בהתאם לחובות אלו, ונגרמו נזק או הפרת חוק, יש להעמידו לדין על התרשלות בביצוע תפקיד בנוסף להעמדה לדין בגין הפרת החוק. כך תובהר חשיבותן הנפרדת של חובות אלו. שלישית, כאשר הנסיבות אפשרו לחייל לפנות לברר ולדווח, והוא לא עשה זאת, יש לקבוע כי לא

166 ראו ע"פ 99/87 התובע הצבאי הראשי נ' רשף, פ"ד צ" 87, 69, 76-77; פסק דין ברובי, לעיל הערה 94.

167 ע"פ 183/93 גרינברג ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ" 93, 280, 292; ע"פ 133/84 אסולין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ" 84, 129, 139; ע"פ 294/78 התובע הצבאי הראשי נ' עמוס, פ"ד צ" 78, 455, 460.

168 ע"פ 113/61 רובנוב ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם), 4, תמצית פורסמה בפ"ד צ" 1961, 328.

169 פסק דין סגן דן, לעיל הערה 103, בע' 5; ע"פ 135/55 התובע הצבאי הראשי נ' אמנון (לא פורסם).

170 כך, למשל, בפסק דין הורנסנדי, לעיל הערה 137, ניסיונות הבירור של החייל השפיעו על הקביעה כי קמה לו הגנת צידוק.

171 ראו לעיל הערה 26, בע' 392.

תקום לו הגנת הצידוק¹⁷². כך יינתן כוח אמיתי לחובה זו, ומידת ההתנגשות בין האינטרסים הציבוריים הנוגדים תקטן. יש להדגיש, כמובן, כי אם אין באפשרותו של החייל לבצע בירור ודיווח עקב הנסיבות, כדוגמת מצב לוחמתי, אין להטיל על החייל חובת בירור שכזו כתנאי לקיומה של הגנת הצידוק.

צורך מבצעי מול שגרה

רבות מהטענות כנגד הטלתה של חובת אי הציות לפקודה בלתי חוקית וכנגד הרחבתה נובעות מהחשש כי הדבר יסכל את הפעילות הצבאית המבצעית ויפגע ביכולתו של הצבא לנצח בקרב. בעת קרב קיים צורך חזק כי החייל יציית להוראות מפקדו באופן מיידי. שיהיו בביצוע הפקודה, ולבטח אי ביצועה, מסכנים את ביטחון המדינה ואת חיי החיילים, ולפיכך בתנאי קרב קיימים שיקולי הצדק חזקים המחייבים ציות מהיר מצד החייל.

גם מבחינת שיקולי ההפטר הקרב הוא מצב מיוחד המחזק את נטייתו של החייל לציית ולהתעלם מהפסול שעשוי להתבצע עקב ציות זה. קייזר פירט את ההשלכות הפסיכולוגיות של לחץ הקרב אשר עשויות לחזק את נטייתו של החייל לצייתנות. ראשית, בעת קרב נוצרת התמוגגות של החייל עם יחידתו הגרעינית. כך מגדיל החייל את תחושת הביטחון העצמי שלו ואת יעילות פעולתו בתנאי הלחץ וחוסר הוודאות השוררים סביבו. עקב זאת יעדיף החייל את ערכי יחידתו על ערכים כללים או על הוראות אנשים חיצוניים, והוא ייטה יותר לציית לפקודה הניתנת לו פנים מול פנים ממפקדו הישיר, מאשר לפקודה שניתנת דרך הקשר ממפקד בכיר בדרגה. שנית, לחייל בעת קרב תהייה נטייה ל"בריחה לתוך העבודה", משמע הוא יתמקד במשימה הישירה שמולו, יאטום לבו אל גירויים אחרים וימנע מאותם גירויים לצוף למודע. שלישית, במצבים מאיימים תהייה לחייל, כמו לכל אדם, נטייה לחפש אחר מקור סמכות אשר יספק לו תחושה מסוימת של סדר בתוך המצב המאיים. מקור סמכות זה יהיה לרוב המפקד הישיר. רביעית, במצבים שכאלו החייל יבצע הערכה מחודשת של ערכיו: עקב כך שבקרב מתקיים דיסוננס בין ערכים שונים, ייווצר אצל החייל מתח נפשי, והחייל יפתור אותו על ידי זניחת חלק מהערכים הסותרים. לפיכך עקב תהליכים פסיכולוגיים בלתי נשלטים אלו ייטה החייל להתעלם מהפגם החוקי או הערכי בפקודה שניתנה לו, או לא להבחין בו, במיוחד אם הפקודה ניתנה לו ממפקדו הישיר¹⁷³.

בדונם בהגנת הצידוק התחשבו בתי הדין בשאלת קיומה של נסיבה מבצעית. כך, התייחסות בתי הדין אל פקודה המנוגדת לחוקי התעבורה השתנתה בהתאם לנסיבות: פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה בשגרה סווגה כפקודה בלתי חוקית בעליל¹⁷⁴, ולעומת זאת, נקבע כי בנסיבות מבצעיות קמה לחייל הגנת צידוק אף על סמך הוראות שספק אם היו נחשבות צו המחייב ציות בשגרה¹⁷⁵. כך פתרו בפועל בתי הדין את הבעיה התיאורטית המוצגת ב"משל המכונית" המשמש בוויכוח בין המצדדים בגישות עובדתיות לבין אלו המצדדים בגישות הנורמטיביות. עולה כי מצבו המשפטי של החייל נקבע בפועל בהתאם לשאלה אם הפרת דיני התעבורה נבעה מצורך מבצעי או מקוצר רוחו של המפקד.

אם כך, הפעולה המבצעית מחייבת משמעת חזקה יותר מעתות שגרה, ולכן כל גישה לזיהוי "פקודה בלתי חוקית בעליל" צריכה להבחין בין מידת הציות בעתות שגרה למידת הציות בזמן פעילות מבצעית¹⁷⁶.

172 אי החלת הגנת הצידוק תיעשה באחת משתי דרכים בהתאם לנסיבות המקרה: קביעה כי הוראת המפקד השאירה לחייל שיקול דעת רחב מדי מכדי להיות צו המחייב ציות, או קביעה כי הפקודה הייתה כללית מדי מכדי לחול על המעשה המסוים.

173 קייזר, לעיל הערה 9, בע' 61-64.

174 ראו פסק דין הסירה, לעיל הערה 94; פסק דין ברוכי, לעיל הערה 94; פסק דין בן אברהם, לעיל הערה 94.

175 עע 245/58 / התובע הצבאי הראשי נ' חננאל, פד"צ 59, 4; פסק דין דרור, לעיל הערה 65; פסק דין תבור, לעיל הערה 136. להתחשבות במצב מבצעי במקרה שאינו נוגע לנהיגה, ראו עע 273/56 / התובע הצבאי הראשי נ' לנברג (לא פורסם).

176 ראו פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בהערה 10.

פליליות חמורה

קושי מרכזי בגישת ערכי היסוד המונע ממנה להיות המבחן היחיד לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הוא שהמציאות מורכבת יותר מכדי שתוכל "להיכלא" בתוך אותה רשימה של כמה כללים ספורים. חיסרון זה ממחיש את הצורך בקיומו של "מונח שסתום" מסוים שיאפשר לפתח כללי אי ציות נוספים ויאפשר התמודדות עם תחומים שבהם ראוי כי רק חלק מהפקודות הבלתי חוקיות יוגדרו כבלתי חוקיות בעליל.

ניתן היה לטעון כי מבחן הדגל השחור יכול לשמש אותו כלי, אך, כאמור לעיל, מבחן הדגל השחור מעלה כמה קשיים, וביניהם העדר בהירות והדגשת המוסר, ולא החוק.

לדעתי, ניתן להשתמש במבחן חלופי: מבחן הפליליות החמורה. מבחן זה מבוסס על נטייתה של הפסיקה עד היום, ללא קשר לגישה שננקטה, להתייחס אל פקודות לביצוע עברה פלילית חמורה, דוגמת שוד, חבלה, עדות שקר, השחתה וגנבה של רכוש יקר ערך, כפקודות בלתי חוקיות בעליל¹⁷⁷.

מבחן הפליליות החמורה פתוח מספיק כדי לכלול מצבים מגוונים, ומאידך, הוא גם ברור מספיק כדי שמרבית החיילים יוכלו לזהות מתי מדובר במעשה פלילי חמור. בנוסף, הכללת המבחן האמור בגישת ערכי היסוד מחדירה רכיב של חומרה, כך שחייל המקבל פקודה ממפקדו "להשלים" מחסנית בטירונות ייצא זכאי, בעוד שחייל הנשלח עם משאית לגנוב ציוד של יחידה אחרת ייצא אשם. כמו כן, מבחן הפליליות החמורה לעולם יבחן את הפעולה נשוא הפקודה לאור נסיבות המקרה. ברור כי חייל יתקשה יותר לראות את הפליליות שבפקודה שניתנת על ידי בעל דרגה בכירה, או מקום שהוא עצמו חייל בלתי מנוסה, או במצב לחמתי.

פעילותו הרגילה של החייל

חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית ומבצעה בכל זאת. במקרה זה, כאמור לעיל, שיקולי ההפטר להקמת הגנת הציוד נחלשים, אך שיקולי ההגנה על ביטחון המדינה והמשמעת הצבאית עדיין עשויים להתקיים, ולפיכך ספק אם תמיד נרצה לקבוע כי לא קמה במקרה זה חובת ציות. לפיכך על מנת שגישת הידיעה בפועל תוכל לשמש כחלק מכלי איזון משפטי בסוגייה דנן, יש צורך לסייגה כך שלא תחול על סוג פקודות שבהן הפגיעה הנגרמת לאינטרס הציבורי מאי הציות גדולה על הפגיעה שתיגרם לשלטון החוק אם החייל יציית ויתלונן בדיעבד.

בחירת הפסיקה מראה כי גישת הידיעה בפועל נדחתה בעיקר כאשר דובר בפקודה שהורתה לחייל לבצע פעולה מפעולות העבודה הרגילות שלו או פעולה שנבעה ממערכת היחסים הרגילה בין המפקד לחייל. בפסיקה נדונו מקרים שעסקו בחובת ההימצאות¹⁷⁸, בפעולות שמירה¹⁷⁹ ובפקודות עונשיות כלפי חייל שאין בהן יסוד משפיל או פוגעני¹⁸⁰, אך ניתן להקיש מפסיקה זו כלל רחב יותר הקובע כי עבור חייל היודע שהפקודה הניתנת לו ממפקדו היא בלתי חוקית, הפקודה תהיה בלתי חוקית בעליל רק אם היא אינה נוגעת לפעילותו הצבאית, לתפקידו הצבאי, או למערכת היחסים הרגילה בין חייל ומפקד. כאשר החייל יודע שהפקודה אינה חוקית, וביטחון המדינה והמשמעת הצבאית אינם נפגעים במידה חזקה, שלטון החוק יגבר על הציות. כאשר הפקודה עוסקת בפעילותו הרגילה של החייל, ולפיכך הפגיעה במסגרת הצה"לית עקב אי הציות היא גדולה, יהיה על החייל לציית בכל זאת, למרות ידיעתו בדבר העדר החוקיות. כך נוצר איזון עדין יותר בין עיקרון שלטון החוק לבין ביטחון המדינה, המשמעת הצבאית ונטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית. גישה זו גם יוצרת לחייל ודאות רבה מכיוון שהוא מכיר את עבודתו ואת סוגי הפעילויות הצבאיות, ולפיכך הוא יכול להבחין מתי מדובר בפקודה הנוגעת לפעילותו הרגילה. מבחן זה ודאי ברור יותר עבור החייל מאשר המבחן האובייקטיבי, שמאלץ אותו לשים עצמו בנעלי החייל הסביר. יש לציין גם כי גישה זו מתחשבת בסוג הפעילות

177 ראו פסק דין אייזנברג, לעיל הערה 66, בפסקה 26; פסק דין אדלר, לעיל הערה 70, בפסקה 3 לגור הדין; פרשת הטנקים, לעיל הערה 68, בע' 145; פסק דין גנני, לעיל הערה 99, בע' 5; עניין טייג, לעיל הערה 97, בע' 4; שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 6 ("קל לנו לומר לחייל לטרב פקודה כאשר אי-חוקיותה גלוי לעין, כשהיא מורה לו לבצע עבירה פלילית חמורה כמו רצח, אונס, או גניבה").

178 239/510/178 שראלי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם); ועו' 12/510/178 צחור נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

179 239/580/179 התובע הצבאי הראשי נ' שלח, פד"צ 58, 346; ופסק דין צחור, לעיל הערה 179.

180 פסק דין שלח, לעיל הערה 180; ועו' 152/6180/179 התובע הצבאי הראשי נ' שי, פד"צ 62, 7.

שבה עוסק החייל בעת קבלת הפקודה. כך, למשל, בפעילות מבצעית פעילותו הרגילה של החייל היא לחימה, ולפיכך יהיה עליו לציית לכל פקודה הניתנת ממפקדו ונוגעת ללחימה אף אם הוא יודע שהיא אינה חוקית. ניתן לטעון מנגד כי על סמך כלל זה חייל היודע כי פקודת הרג אזרחים היא בלתי חוקית, יבצע על אף ידיעה זו מכיוון שהיא נוגעת לפעילות הלחימה, וכי נהג המקבל פקודה לנסוע במהירות מופרזת יבצע פקודה זו מכיוון שהפקודה נוגעת לתפקידו הצבאי. קושי זה ייפתר על ידי שילוב כלל זה יחד עם המגמות האחרות שהוצגו עד כה. שילוב זה יוצג להלן.

הצעה: הגישה המשלבת

כפי שהודגש במאמר זה, הגנת הצידוק היא מבחן משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, וייחודו בכך שהוא נבחן על ידי שני גופים בעלי כישורים שונים בנקודות זמן שונות: החייל בעת קבלת הפקודה ובית המשפט בדיעבד. לפיכך בעת הצגת גישתי אפרט הן כיצד צריך החייל לנהוג, והן כיצד צריכה להיבחן התנהגותו על ידי בית המשפט. בנוסף אבחן כיצד משליכה על כך הנסיבה המבצעית.

התנאי הראשוני להחלת הגנת הצידוק: בירור ודיווח

על כל חייל חלה חובת בירור ודיווח. חובה זו נועדה להעלאת רמת המקצועיות של מערכת היחסים בין החייל לבין מפקדו. על החייל לדווח למפקדו את הנתונים העובדתיים והחוקיים הנמצאים בידיו. תוצאתו הסופית של הליך זה צריכה להיות קבלת החלטה על ידי המפקד על סמך בסיס הידע הרחב ביותר האפשרי, צמצום שיקול הדעת של החייל לכדי מינימום דרכי פעולה אפשריות¹⁸¹, והבנה - בהתחשב באילוצי הזמן, המקום וביטחון שדה - של החייל את הרציונל העומד מאחורי הפקודה.

כאמור, מידת הבירור והדיווח תלויה בנסיבות הנובעות מהפקודה עצמה ומהסביבה שבה ניתנה הפקודה. את הנסיבות הללו ניתן למיין לחמש קבוצות:

1. נסיבות הנובעות מהרקע שבו ניתנה הפקודה:

א. האם מדובר בפעילות בשגרה, באימון או בפעילות מבצעית? חובת הבירור גדלה כאשר לא מדובר בפעילות מבצעית.

ב. האם הפקודה ניתנה על רקע נוהג או מדיניות כללית? אם הפקודה תואמת אותם, חובת הבירור קטנה.

ג. האם הנסיבות מצביעות על קיומו של הצדק שבדין לביצוע הפקודה? אם כן, חובת הבירור קטנה.

ד. האם החייל נמצא בפני איום בפגיעה גופנית אם יסרב לפקודה, אשר מפריע לשיקול דעתו, ולכן מפריע לו לבצע בירור ודיווח?

2. נסיבות הנובעות מההליך שבו ניתנה הפקודה:

א. ככל שפער הדרגות בין מקבל הפקודה לנותנה גדול יותר, חובת הבירור קטנה.

ב. מידת היותו של המפקד בעל סמכות למתן פקודות שכאלו: ככל שגובר החשד כי הפקודה ניתנת בהעדר סמכות, חובת הבירור והדיווח גדלה.

3. נסיבות העולות מתוכן הפקודה:

א. מידת הפליליות של הפקודה העולה לאורך הבירור.

ב. מידת מוסריות הפקודה.

ג. האם הפקודה נוגעת לפעילותו הרגילה של החייל? אם כן, קטנה חובת הבירור.

181 יש לציין כי אין הדבר מתחייב כי בתום התהליך יותר החייל עם דרך פעולה אחת מכיוון שהמציאות המשתנה מחייבת מתן גמישות לחייל בביצוע הפקודה, אך הצורך הוא כי יהיה מדובר במינימום האפשרי, על מנת שהוראה זו תהייה פקודה לעניין הגנת הצידוק. כמוכן שבעת קרב מינימום זה הינו רחב יותר.

4. נסיבות העולות מתכלית הפקודה: אם לאורך הבירור עולה חשד כי התכלית הייתה ענישת אזרחים או רווחתו האישית של המפקד, עולה חובת הבירור.

5. נסיבות העולות מהתוצאה המסתברת של הפקודה: אם הפקודה עלולה לגרום לנזק לגוף, להשפלת אדם או לנזק חמור לרכוש, תעלה חובת הבירור והדיווח של החייל.

כפי שניתן לראות, נסיבות אלו מבוססות על גישת הידיעה בכוח ועל גישת ערכי היסוד. בתום הליך הבירור והדיווח קיימת בידי החייל פקודה ברורה, ותיתכן אחת משלוש האפשרויות: החייל סבור שהפקודה חוקית; החייל חושד שהפקודה אינה חוקית; החייל יודע פוזיטיבית שהפקודה אינה חוקית.

החשד והידיעה הפוזיטיבית של החייל בדבר אי חוקיות הפקודה

אם החייל סבור לאחר מילוי חובת הבירור והדיווח שהפקודה חוקית, עליו לציית לה. לעומת זאת, חייל החושד לאחר שפעל בהתאם לחובת הבירור והדיווח שפורטה לעיל, כי ניתנה לו פקודה לא חוקית, צריך לציית לפקודה, אלא אם הפקודה שייכת לאחת מקבוצות הפקודות הבאות:

- פקודות המסכנות אדם ללא הצדק לכך בדין;
- פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך מבצעי;
- פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם במעגל הלחימה;
- פקודות "אזרחיות" (ללא תכלית צבאית כלשהי, למטרתו הפרטית של המפקד);
- פקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל;
- פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה;
- פקודות לביצוע השמדת עם;
- פקודות המורות לבצע מעשה פלילי חמור.

עקב הערכים החברתיים והעקרוניים הצבאיים החשובים שעלולים להיפגע עקב ציות לפקודות אלו, די בחשד כן של החייל כי הפקודה נמנית על אחת הקבוצות דלעיל, כדי לקבוע שאין עליו ציית להן. עקב הרצון להגן על האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק לעניין שאר הפקודות, לא יהיה די בחשד כן כי פקודה אחרת אינה חוקית, אלא יהיה צורך בידיעה פוזיטיבית ואף יותר מכך כדי להצדיק אי ציות להן.

חייל היודע פוזיטיבית, בין עקב ידע קודם ובין עקב הליך הבירור והדיווח, כי הפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית, חייב להימנע מציות באחד משני אלה: הפקודה נכנסת לגדר אחת משמונה הקטגוריות שפורטו לעיל, או לא מדובר בפעילותו הרגילה.

שילובן של שתי שאלות אלו מוביל לכך כי חייל לא יציית לפקודות שהוא יודע שאינן חוקיות, אף אם הן נוגעות לפעילותו הרגילה, אם הן נופלות לאחת משמונה הקטגוריות האמורות. לפיכך למרות שפעילותו הרגילה של נהג היא נסיעה, לא יציית חייל לפקודה להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה שלא עקב צורך מבצעי. יש לשים לב כי לחייל שיוודע כי הפקודה אינה חוקית, קיים היתר מצומצם יותר לציית לפקודות בלתי חוקיות מכיוון שבעניינו קיימים שיקולי הפטר מצומצמים יותר.

פקודה בלתי חוקית בעת פעילות מבצעית

עקב חשיבותה של הפעילות המבצעית ייבחנו עתה דרכי הפעולה של החייל בזמן פעילות זו. הנסיבות המבצעיות משפיעות על דרכי הפעולה הן של החייל ה"חשדן" והן של החייל ה"יודע".

חובת הבירור והדיווח מצטמצמת בעת פעילות מבצעית עד לכדי מינימום, ושאר הנסיבות משפיעות על המינימום האמור. מובן כי לא מצופה מהחייל אותו הליך בירור מעמיק כמו בשגרה, ולא מצופה גם כי בתום הליך הבירור יגיע החייל לאותה מידת הבנה כמו בשגרה או לדרך פעולה כל כך מצומצמת כבעת שגרה. אם החייל סבור לאחר בירור קצר זה כי הפקודה חוקית, עליו לציית.

החייל ה"חשדן" צריך לציית לפקודות למרות ספקותיו, אלא אם הפקודות שייכות לאותן הקטגוריות שפורטו לעיל. כאן יש לשים לב כי חלק מהקטגוריות אינן נוגעות לחכימה, והשאר מצטמצמות או מתאימות עצמן למצב הלוחמתי. כך, הקטגוריה של פקודות המסכנות חיי אדם שלא לצורך אינה רלוונטית יותר מכיוון שאם מדובר באזרחים, הרי שאלו חוסים תחת הקטגוריה של איסור פגיעה באנשים שאינם במעגל הלחימה, ואם מדובר בחיילים, הרי שהסכנה נובעת מעצם הימצאותם בקרב, ואין להתיר לחייל לבקר את שיקול דעת מפקדו לגבי מידת הסיכון הננקטת. כך גם לגבי פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות ולגבי פקודות עונשיות. מכיוון שקטגוריות אלה סויגו לעתות שגרה ואימונים, הרי שבעת לחימה יהיה על החייל לציית למרבית הפקודות המפורות חוק בתחומים אלו. מקרים קיצוניים החוסים תחת קטגוריות אלו, מקרים של מתן פקודות שאל לחייל לציית להן אף במצב לחימה, יחסו עתה תחת הקטגוריה של פקודות בעלות פליליות חמורה. פקודות "אזרחיות", לעומת זאת, שייכות לקטגוריה שניתן להתאימה למצב הלוחמתי. פקודה "אזרחית" בעת לחימה היא פקודת ביזה, ואין ספק כי לא נרצה שהחייל יציית לה. פעילותו הרגילה של חייל בפעילות מבצעית היא הלחימה, ולפיכך עליו לציית לכל פקודה בלתי חוקית שניתנת לו, אף אם הוא יודע על כך, כל עוד היא אינה נכללת באחת הקטגוריות שפורטו לעיל. לפיכך על החייל לשאול עצמו בפועל אם הפקודה שייכת לאחת הקטגוריות הללו בהתאמה למצב הלוחמתי, ורק אם התשובה לכך היא חיובית, יהיה עליו לסרב לפקודה. כך בפועל מצטמצמות למוד בעת הקרב חובות אי הציות של החייל ה"חשדן" ושל החייל ה"יודע". הן מצטמצמות לפקודות המורות על פגיעה באנשים שאינם במעגל הלחימה, לפקודות "אזרחיות", לפקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל, לפקודות לביצוע השמדת עם ולפקודות המורות לבצע מעשה פלילי חמור. בכל שאר המקרים על החייל לציית לפקודות ללא קשר לידיעתו או לספקותיו.

בית המשפט: הבחינה בדיעבד

לאחר פירוט דרך הפעולה של החייל המקבל פקודה יש לבחון עתה כיצד על בית המשפט לנהוג בהגיע עניינו של החייל אליו בדיעבד. על בית המשפט לבחון תחילה את מעשי הביורור והדיווח של החייל לאור נסיבות המקרה. בחינה זו היא כפולה. ראשית, האם לאור נסיבות המקרה ניתן להגדיר את הוראת המפקד כפקודה (הוראה המלווה בסנקציה). ללא תנאי זה לא תוכל לקום לחייל הגנת הצידוק. שנית, האם התרשלו החייל או מפקדו בחובותיהם ההדדיות הנובעות ממערכת היחסים הפיקודית השוררת ביניהם.

לאחר מכן על בית המשפט לבחון אם עומד בפניו חייל אשר לא ידע כי הפקודה היא בלתי חוקית, חייל אשר חשד בכך, או חייל בעל ידיעה פוזיטיבית. לגבי חייל "לא יודע" או "חשדן" על בית המשפט לשאול אם חייל סביר בנסיבות המקרה היה יכול לזהות כי הפקודה מורה על ביצוע מעשה פלילי חמור. יש לשים לב כי בשונה מגישת הידיעה בכוח, לא כל מעשה בלתי חוקי יצדיק קביעה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. אם הפקודה תשתייך לאחת הקטגוריות שנוכרו - פקודות המסכנות אדם ללא הצדק שבדין לכך; פקודות המורות להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך ביטחוני; פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם במעגל הלחימה; פקודות "אזרחיות"; פקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות; פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה; ופקודות לביצוע השמדת עם - בית המשפט יקבע כי הפקודות הן בלתי חוקיות בעליל, ללא התחשבות בנסיבות נתינתן כל עוד לא היה קיים הצדק שבדין לביצוען של הפקודות (הצדק שכזה יהיה נדיר).

כאשר, לעומת זאת, יוכח כי החייל ידע פוזיטיבית שהפקודה היא בלתי חוקית - שאז שיקולי הפטר המחייבים התחשבות קטנים יותר - יבצע בית המשפט בחינה אחרת: בית המשפט ישאל עצמו אם הפקודה האמורה נגעה לתחום הפעילות של החייל, ואם הפקודה אינה פקודה מתוך הקטגוריות שנידונו לעיל. אך ורק מקום שהתשובה לשתי שאלות אלו חיובית, תקום לחייל הגנת הצידוק. יש לציין כי על בית המשפט לפרש את המונח "פעילות החייל" באופן רחב הן על מנת לאפשר לצבא גמישות תפקודית רבה והן מתוך התחשבות בנטייתו של החייל לציית.

יתרונות הגישה המשלבת

את המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל על פי הגישה המשלבת, שהוצגה זה עתה, לא ניתן לנסח במשפט אחד חד וקולע. היא דורשת הליך בחינה מפורט יותר הן מהכפוף בהיררכיה בעת קבלת הפקודה והן מבית המשפט בדיעבד. פירוט זה נובע מכך שגישה זו אינה גישה דדוקטיבית, כשאר הגישות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הקיימות כיום במשפט הישראלי. גישות אלו קבעו כלל אחד קצר לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ולאחר מכן ניסו לבחון את המקרים שעלו בשטח על סמך הכלל האמור.

הגישה המשלבת היא גישה אינדוקטיבית שמנסה על סמך הבעיות שעלו בשטח בעקבות הגישות האחרות, לקבוע כלי משפטי ראוי לאיזון בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר הקיימים בעניין זה. פירוט זה אינו בא על חשבון בהירות, אלא להפך: הוא מנסה לתת בידי הכפוף במערכת השלטונית ובידי בית המשפט כלי משפטי נוח וברור המתאים עצמו לנסיבות השונות העומדות בפניהם.

עקב הפירוט הקיים בגישה זו ועקב כך שגישה זו מתחשבת בנסיבות קבלת הפקודה (הן לעניין חובת הבירור והן בבחינת הפליליות החמורה), הרי ששלטון החוק לא נפגע כאשר לא עומדים שיקולי הפטר או הצדק חזקים. ההתחשבות בנסיבות גם מאפשרת ליצור הבחנה ראויה בין חייל לעובד מדינה ובין עתות שלום ולחימה.

חיוזק חובת הבירור תוך פירוט הנסיבות השונות המשפיעות על עוצמתה, מגדיל את בהירות המצב המשפטי והעובדתי עבור הכפוף בהיררכיה ומחזק את המקצועיות במערכת היחסים בינו לבין הממונה עליו.

הכנסת רכיבים מגישה ערכי היסוד כחלק חשוב בבחינה שנעשית לפי הגישה המשלבת, יוצרת תמונה נהירה יותר עבורו ושומרת על הערכים החברתיים והצבאיים הגרעיניים, כדוגמת הכלל האוסר על פגיעה באנשים שאינם במגע הלחימה, או הכלל בדבר איסור פקודות "אורחיות", שמגן מפני החשש שהציות יוביל להעדפת המשמעת היחידתית הגרעינית על המשמעת הכלל מערכתית.

הכנסת יסוד "הפליליות החמורה בנסיבות העניין" מאפשרת מבחן גמיש לתחומים שבהם נרצה שרק חלק מהפקודות ייחשבו כבלתי חוקיות בעליל, ומאפשרת פיתוח משפטי של כללי אי ציות גורפים נוספים. ביחס למבחן של גישת חומרת המעשה מבחן זה ברור יותר וקונסנזואלי יותר.

הכנסת יסוד של ידיעה לגישה המשלבת יוצרת הגנה טובה יותר לשלטון החוק כאשר שיקולי הפטר קטנים. סיוגו של יסוד זה כך שלא יחול על תחומי הפעילות הרגילים של מקבל הפקודה, מגן על המשמעת הארגונית מפני פגיעה בה שתהיה חמורה יותר מהפגיעה בשלטון החוק. כמו כן, יש בכך התחשבות בנטייה הפסיכולוגית לציית. יצירת מבחן שונה למקבל פקודה "חושד" ולמקבל פקודה "יודע" מתחשבת בכך שבמצבים אלו קיימים שיקולי הפטר שונים. בשני המקרים המבחן המוצע מספק הגנה חזקה לערכים החברתיים, המערכתיים והצבאיים החשובים ביותר.

לפיכך הגישה המשלבת, אשר בנויה על סמך הגישות הקיימות ועל סמך הידע המשפטי שהצטבר בישראל בנושא, מנסה ליצור בסיס ראוי, נהיר וברור להגנת הצידוק שיוכל לשמש בנוחות וביעילות הן את מקבל הפקודה בשטח והן את השופט באולם.

סיכום

במערכת המשפטית בישראל קיימות כיום ארבע גישות שונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל. עקב כך מעוקר לחלוטין מתוכן הרציונל שבבסיס הגנת הצידוק - יצירת כלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההצדק וההפטר העומדים על הפרק. עקב כך גם מוצב הכפוף בהיררכיה השלטונית במצב בלתי אפשרי: פעמים רבות לא תהיה לו כל דרך להכריע בזמן אמת אם לציית לפקודת הממונה עליו. מצב זה פוגע קשות בעיקרון ודאות הדין, וספק אם פגיעה זו תעמוד בבחינה חוקתית מכיוון שהיא מעמידה את הכפוף בהיררכיה בסכנה של העמדה לדין פלילי תחת הסדר חוקי עמום שאינו מאפשר לו לכלכל את צעדיו.

במאמר זה נעשה ניסיון להבהיר את התמונה המשפטית בסוגיית הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ולסייע לכפוף במערכת השלטונית במצב המשפטי הבלתי אפשרי שבו הוא נמצא. לשם כך נבדק הרציונל העומד מאחורי הגנת הצידוק, ונבחנו האינטרסים הציבוריים שביניהם יש לאזן כאשר כפוף בהיררכיה מקבל פקודה לבצע עברה. לאחר מכן נותחו הגישות הקיימות במשפט הישראלי לזיהוי "עלילות" הפקודה. ניתוח זה הראה כי לגבי כל אחת מהגישות הקיימות במשפט הישראלי קיימים מצבים שבהם הגישה האמורה אינה מאזנת כראוי בין שלטון החוק לבין האינטרסים הציבוריים האחרים. על סמך היתרונות של הגישות השונות ועל סמך מגמות מרכזיות בפסיקה הישראלית הוצעה גישה חדשה - הגישה המשלבת.

הגישה המשלבת היא גישה אינדוקטיבית שנסמכת על הניסיון הפסיקטי הרב שנצבר בתחום לאורך השנים, ועל סמך ניסיון זה היא מנסה ליצור איזון עדין יותר בין השיקולים הציבוריים המתחרים. גישה זו מפורטת יותר מן הגישות הקיימות על מנת לבהיר לכפוף בהיררכיה את העמימות הרבה הקיימת במנוח השסתום "בעליל". הגישה המשלבת נותחה על ידי בחינת מצבו של חייל המקבל פקודה מכיוון שמרבית הפסיקה עסקה בו, אך היא יכולה לשמש באותה מידה גם את עובד הציבור. היא נסמכת על הפסיקה הישראלית הקיימת בנושא, ולפיכך אימוצה אינו דורש מן המערכת המשפטית התאמות רבות.

המצב המשפטי כיום הוא בלתי אפשרי עבור הכפוף בהיררכיה ומחייב שינוי בהקדם האפשרי. יש לקוות כי בפעם הבאה שסוגייה זו תידון בבתי המשפט או בבתי הדין, הם לא יסתפקו רק בהכרעה נקודתית בתיק הניצב מולם, אלא יפעלו להבהרה כללית של סוגיה משפטית חשובה זו. היה וכך יעשו, יש לקוות כי הגישה המשלבת תסייע להם בכך.

שלטון החוק בתקופת לחימה

דורית ביניש*

התכנסות של אנשי המשפט במערכת הצה"לית, של פרקליטים צבאיים, של שופטים ותובעים המשרתים בימים אלה בשטחים, היא הזדמנות להביע הערכה רבה לכל הנוטלים חלק במלאכה הקשה וכפוית הטובה של אכיפת המשפט בשורות הצבא ואכיפת הדין על תושבי השטחים בכל הנוגע לביטחון המדינה והאזור. אתם שליחיה של המערכת המשפטית והשיפוטית הנמצאים בחזית, תרתי משמע: החזית הצבאית וחזית המשפט בצבא.

הימים הם קשים, ימי מאבק בטרור אכזרי, שקיפד חייהם של חפים מפשע, גדע באכזריות וללא הבחנה חיים של אזרחים תמימים, ילדים, נשים וקשישים, והותיר רבים פגועים, פיזית ונפשית, לכל ימי חייהם. אלה ימים של פעילות צבאית אינטנסיבית ופעילות לחימה מן הסוג שבית המשפט העליון שלנו הגדירה כפעילות המתבצעת מתוך מימוש זכותה של ישראל להגנה עצמית. אלה ימים של התנגשות מתמדת בין הצורך לספק כלים ואמצעים לשמירה על הביטחון לשם הגנה על חיי אדם שאנו מצוויים בה, לבין הצורך להגן על דמותנו וערכינו כמדינה דמוקרטית. ימים אלה קשים לכל אנשי המשפט, בוודאי גם לשופטים, וכבר אמרנו במפורש בבג"ץ עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', כי: "מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע".² על אחת כמה וכמה קשים הם, ללא ספק, לאנשי המשפט הממלאים תפקיד בצה"ל. אתם נתונים בין הצורך להשליט את הדין על תושבי השטחים הפוגעים בביטחוננו, תוך הפעלת מעצרים מנהליים, מעצרים לצורכי משפט, וביקורת שיפוטית על המעצרים ושפיטה פלילית כאחד, לבין הצורך לפעול מבית באכיפת

* דברים שנשאה כבוד השופטת דורית ביניש מבית המשפט העליון ביום הפרקליטות שנערך ב- 4.3.2003. הדברים רלוונטים למועד בו נישאו.

¹ בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו (6) 352 (להלן: פרשת עג'ורי).

² שם, בע' 383.

החוק על חיילי צה"ל, בין היתר בגין פעולותיהם המתבצעות בשטחים כאשר הם מפעילים אמצעים נגד התושבים המקומיים במחסומים, בערים ובבתים. זר המתבונן על כל אלה לא יבין זאת. זוהי כמעט משימה בלתי אפשרית.

בימי לחימה אלה אתם מצויים ממש על קו התפר שבין הערכים המתנגשים. בכוחכם לתרום לקביעת נקודת האיזון הראויה בין המטלות שצורכי הביטחון מטילים עליכם לבין ההגנה על החוק והמשפט המחייבת אתכם. המשימה היא אכן, לא פעם, מתסכלת. אך, ככל שקשה היא, אין ערוך לחשיבותה. מחייבת היא מאמץ מוגבר; דורשת היא בוודאי עימותים בתוך המערכת, כלפי דרגי פיקוד, ואף כלפי הרשות המבצעת כולה, וזאת, בשיתוף עם מערכת אכיפת החוק האזרחית. המופקדים על הרשות המבצעת והאחראים על הביטחון ועל שלום האוכלוסייה, רואים לנגד עיניהם את הצורך ליתן ביטחון מלא לנו ולחיילינו. הם שואפים, מטבע הדברים, להישגים אבסולוטיים ובמהירות האפשרית. כאזרחי מדינת ישראל, שותפים אנו לרצון הזה. אבל, אנו מודעים לכך שלהשגת היעד הנכסף הזה יש מחיר כבד במדינה דמוקרטית המכבדת את ערכי הדמוקרטיה ואת היותה חברה בקהילה הבינלאומית. על משמר המחיר עליכם לעמוד, ועמכם עומדת המערכת המשפטית כולה. זה גם, אם לא בעיקר, תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה, ושל הפרקליטות. כשהסוגיות באות לביקורת שיפוטית, זה תפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק. ככל חייל במשמרת, לאף אחד מאתנו אין אופציה להירדם בשמירה. אתם ואנחנו חיילים במשמר שלטון החוק והמשפט.

כולנו בתחושה שמההיבט של אכיפת החוק בתחומים שהצבא מופקד עליהם, לא היו ימים קשים מאלה. זוהי במידה מסוימת טעות אופטית. הטבע האנושי, מגבלות הזיכרון וחלופי הדורות הם אלה שנותנים את התחושה הזו. אמת, הטרור ככזה קשה מתמיד, אבל אנו איננו עומדים כיום בפחד הקיומי שהנחה את מערכות השיפוט והמשפט בימי קום המדינה. צברנו ניסיון, חוסן וכוח, ועלינו להפעילם בתבונה. מאז הקמתה מצויה המדינה בצילם של משברים. חקיקת חירום מלווה אותה כל שנות קיומה וצרכי הביטחון המוגברים הם חלק משגרת חייה. אמנם, ידענו

עליות ומורדות, ימים קשים של מתח וימים של הפוגה, תקופות חירום על פי ההגדרה המשותפת לקונצנוס הלאומי ותקופות של מחלוקת באשר לטיבם של צרכי הביטחון והיקפו של האינטרס הביטחוני, אך ככלל אין זה מוגזם לומר שאנו נעים בין קטבים משבריים כל שנות קיומנו כמדינה; תולדותינו רצופות התמודדות עם סיכונים ביטחוניים שבשנותיה הראשונות של המדינה נתפסו כסיכונים קיומיים ובתקופות מאוחרות יותר באו לידי ביטוי במלחמה בטרור אזורי המאיים על חייהם וביטחונם של יחידי החברה בישראל, ועל אזרחים תמימים. הטרור היה לחלק משגרת החיים היומיומית במדינה במשך עשרות שנים.

בתוך המציאות הקשה הזאת עמדה מערכת המשפט כולה ובית המשפט העליון בראשה בפני דילמות שחייבו הכרעות קשות במצבים טעוני מתח וצעידה במסלול שיש בו פוטנציאל של התנגשות חזיתית - ההתנגשות בין הצורך הציבורי והחובה להגן על ביטחון החוץ והפנים של המדינה, לבין ההגנה על זכותו של הפרט לשלמות גופו, לחירותו, לכבודו ולפרטיותו, הגנה על זכויות היסוד שהמשטר והמשפט במדינה דמוקרטית חייבים בשמירתן. דוגמא בולטת למתח זה ניתנה בפרשת שיטות החקירה של השב"כ שנפסלו ע"י בית המשפט.³

לבית המשפט העליון לדורותיו הייתה תרומה עצומה כאשר פיתח תורת זכויות והניח תשתית איתנה לשמירה על האופי הדמוקרטי של המשטר בישראל, על אף עתות המשבר. ספק אם ישנם בתי משפט אחרים במדינות דמוקרטיות שהתמודדו עם כל כך הרבה שאלות מהותיות בתחום זה, כשם שנאלץ בית המשפט בישראל להתמודד עמן. משנדרשה מערכת המשפט - היועצים המשפטיים, הפרקליטות וגורמי אכיפת החוק - להכרעה משפטית בדבר חוקיות הצורך לנקוט באמצעי חירום פוגעניים והתאמת האמצעים לצורך, היא לא התחמקה, לא חסכה מעצמה מאמץ ולא התנערה מאחריות ומנקיטת עמדה. בית המשפט התמודד כשנדרש לפסוק ולהכריע במציאת נקודת האיזון הראויה, בין האינטרס הביטחוני לבין ההגנה על זכויות הפרט תוך הפעלת הליך ביקורת שיפוטית על גופי הממשל, הצבא, השב"כ

³ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817.

והמשטרה, בהליכים שאינם אהודים ולעתים בלתי פופולאריים. הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת היא מתפקידיו החשובים של בית המשפט והוא אינו יכול ואינו רשאי להתנער מתפקידו זה גם במצב חירום, במצבי לחימה ואף במהלך ההתמודדות רבת השנים עם ארגוני הטרור. במשך השנים, הופעלה ביקורת שיפוטית רחבת היקף על אמצעים שהופעלו לסיכול הטרור: ממעצרים מנהליים ועד לסגירת עיתונים, גירושים ואמצעי חירום רבים אחרים. ודוק: לא את המדיניות הביטחונית בחן בית המשפט, לא את התבונה המדינית, אלא את חוקיות הפעלת אמצעי החירום.

כחברה וכאנשים האמונים על ערכי הדמוקרטיה, שילמנו משך השנים מחיר כבד עקב ההתמודדות הבלתי פוסקת עם צרכי הביטחון בתחומים שונים, וכך גם במשפט. במערכה הזאת תרם בית המשפט את חלקו לכלל הערכים המוגנים בחברתנו - הן לביטחון והן לשמירה על זכויות; במידה רבה גם נצרב באש הזו ולא בלי צלקות. בית המשפט שלא עמד בפני ההכרעות הקשות הנוגעות לשאלה איפה עובר קו הגבול בין האחריות לעצם השמירה על החיים לבין השמירה על ערכים שבלעדיהם אין חיים ראויים, לא יבין את הקושי והעומס של ההכרעה הנדרשת. המחיר הכבד ששילמה החברה ומערכת המשפט בישראל נבע מהצורך להפעיל, להשתמש ולאשר אמצעים פוגעניים. ההישג שנבע מההתערבות השיפוטית היה, בין היתר, גם בהכרה בחשיבות ההשלטה של עקרון החוקיות בקרב גופי הביטחון וביכולת להכפיפם לחוק, העמקת המודעות למעמדן של זכויות היסוד של האדם, והטלת גבולות החוק עליהם באמצעות הנחיות משפטיות.

התופעות שאנו מתמודדים עמן היום אינן חדשות במהותן, אף כי הן מתגלות בעוצמות קשות שלא ידענו כמותן בשנים האחרונות. אין ספק שקשה יותר לשמור על האיזון, על השפיות החברתית, על דמותנו כחברה צודקת וראויה בימי מאבק קשים, במיוחד כאשר מנגד פועלים גורמים שאינם מכבדים את הכללים הבסיסיים הנהוגים בחברה דמוקרטית. עם זאת, חובתנו להגן על הערכים הדמוקרטיים בקרבנו אינה פוחתת בימי משבר, זוהי חובה מוגברת. המאפיין את ישראל כמדינה במשבר

מימים ימימה הוא כוחה המיוחד לקיים את שגרת חייה, תוך שמירה על ערכיה, גם בתקופות המאבק הקשות ביותר.

רק להזכיר נשכחות; דברים שלפחות חלק מהנוכחים כאן זוכרים היטב. בשנות ה-80 הראשונות, ימי המלחמה בלבנון ואחר כך, ימי האינתיפאדה, היו מתקני המעצר בקציעות ובאנצאר; היו מעצרים מנהליים של אלפי אנשים; הייתה תפיסת קרקעות - תחילה אדמות שהיו קניין פרטי ואחר כך אדמות שאותרו כאדמות מדינה; הופעלו אמצעים פוגעניים לצורכי המאבק באינתיפאדה; הורחבו כללי הוראות הפתיחה באש; היו סגרים, צווי הגבלה, הריסות בתים. היינו כבר במציאות הקשה של פגיעות בזכויות אדם בשטחים. כפרקליטים וכיועצים משפטיים לא התחמקנו מלאשר פעולות ומלפסול פעולות; ממשלות ישראל, עם כל רצונן להבטיח כי ננקטים כל האמצעים להגן על המדיניות הביטחונית הכירו בצורך לשמור על כיבוד החוק ושיתפו את היועץ המשפטי לממשלה, את הפרקליטות ואת הפצ"ר ביעוץ משפטי ביחס לכל צעד וצעד. הכפפת זרועות הביטחון לביקורת השיפוטית של בג"ץ בכל הנוגע לעניינים הקשורים במימוש ההחזקה בשטחים - הכפפה שראשיתה הייתה מרצון ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, אך מעיקרה הייתה לחלק מהדין המחייב - הייתה הצעד החשוב ביותר לשמירת החוק בתנאים של שלטון צבאי על פי דיני הכיבוש, ולמעמדה של ישראל בין האומות. הכפפה זו הביאה לכך שבשנים מסוימות היה מספר העתירות לבג"ץ בנושאי שטחים וביקורת על המפקד הצבאי שם כ-40% מכלל העתירות לבג"ץ. טיעוני המדינה בבית המשפט והצדקת האמצעים שהופעלו על אוכלוסיית השטחים, התבססו על טיעון של צורך ביטחוני מן המעלה הראשונה. בשם צרכים אלה הייתה פגיעה מסיבית בזכויות: סגירת מוסדות חינוך, הגבלות תנועה, מעצרים מנהליים, גירושים, הריסות בתים, חישוף ועקירת עצים, תפיסת מקרקעין ואמצעים שונים קשים ומכבידים שכולם היו חלק מתפיסת הלחימה בפח"ע - תפיסה שייצגו צה"ל ושרות הביטחון הכללי.

בשנות האינתיפאדה ובשנים שקדמו לה ניתן אמון - אם כי לא בלתי מסויג - במערכת הצבאית והביטחונית, ואושרו אמצעים פוגעניים; במסגרת האיזון ניתן

משקל רב לצורכי הביטחון. עם זאת, נקבעו בפסיקת בית המשפט מאז ההחזקה בשטחים, ובמיוחד באותה תקופה, דפוסים משפטיים שהותאמו למצב הייחודי שלנו.

באותן שנים ניתנה פרשנות של בית המשפט בישראל לדיני הכיבוש על פי אמנת האג ואמנת ג'נבה הרביעית להגנה על אזרחים בימי מלחמה (משנת 1949). ביסוד הפסיקה עמדו אז מספר הנחות יסוד. נקודת המוצא הייתה שרק אמנת האג היא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, ואילו אמנת ז'נבה הרביעית אינה מחייבת מההיבט של הדין הפנימי, נוכח היותה חלק מן המשפט ההסכמי. על יסוד הצהרת באי-כוח המדינה בבית המשפט כי המדינה מקבלת על עצמה לכבד את ההוראות ההומניטאריות שבאמנה, וזאת מבלי להגדיר אלו הוראות הן, בחן בית המשפט את כיבודן ונתן להן פרשנות משלו. מעמדה של אמנת ז'נבה הרביעית נקבע בפסיקתו של בית המשפט כמעמד של הנחייה פנימית שהמדינה קיבלה על עצמה, שאין לאכוף את הוראותיה אלא באותן נסיבות בהן יראה בית המשפט לחייב את המינהל לכבד את הנחיותיו ואת הצהרות המדיניות שלו.

הפרשנות שניתנה בפסיקתנו לחלק מסעיפי האמנה לא נתקבלה בהסכמה בקהילה הבינלאומית. כך בנוגע לסמכויות הגירוש, תפיסת המקרקעין לצורכי התנחלות ותפיסת קרקעות לתכליות אחרות. אך היה לפסיקה זו ערך רב מבחינת השלטת החוק על רשויות הצבא. הפסיקה שלנו אף נתנה פרשנות יצירתית ומקורית למשפט הבינלאומי, נוכח המצב המיוחד של כיבוש מתמשך. לא היה סיפוח ונשמר הסטטוס של דיני הכיבוש, אך זמניות ההחזקה הצבאית הייתה למעשה כמעט מצב של קבע. בנסיבות אלה, התפתחה פסיקה ענפה הנוגעת לסמכויות המפקד הצבאי בשטחים. נבחנה מהות החובה של המפקד הצבאי על פי אמנת האג לדאוג לשלומם ולרווחתם של התושבים, נידונה הסמכות להקמת התשתיות וסלילת הכבישים, להסדרת החיים התקינים, לקביעת דיני תכנון ובנייה ועוד. האמצעים שננקטו נגד מי שפגע בביטחון הצריכו פרשנות מרחיבה, נוכח אופי ההתנגדות לכיבוש, ההיקף הנרחב של התארגנות ארגוני הטרור, והאמצעים הפוגעניים שהופעלו נגד כוחות

הביטחון והאוכלוסייה האזרחית של ישראל שחייבו, על פי תפיסות הביטחון, תגובה רחבת היקף.

באותן שנים התפתחה הפסיקה שנתנה פרשנות לדין המקומי - למשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי כחלק ממנו; בכל אותה תקופה, המערכת המשפטית, היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות הצבאית והאזרחית, ובית המשפט הגבוה לצדק ראו לעצמם הישג נכבד בעצם קיום הביקורת השיפוטית על השלטון הצבאי באזור - שלטון שהתנהל על פי דיני כיבוש של משפט בינלאומי כשאלה מותאמים לתנאים ולזמן בהם הופעלו. נעשה מאמץ לקיים את החוק בקרב גורמי הממשל הצבאי והאזרחי וביחידות הצבא שפעלו בשטח, בחלקו בהצלחה ובחלקו בפחות הצלחה. בתקופת האינתיפאדה גם התפתחה (לא על נקלה) מדיניות אכיפה. מעשי ירי וקטילה נחקרו על ידי מצ"ח, וקצינים וחיילים הועמדו לדין. אינני מכירה מדינה שיכולה להתגאות כמונו בקיומו של פיקוח שיפוטי אפקטיבי על גורמי צבא וביטחון, בזמן שהם מפעילים משטר של כיבוש על אוכלוסייה זרה, ותוך לחימה מתמדת בטרור.

מצד אחד, היה בביקורת השיפוטית הישג משמעותי. מה גם שידענו - אנחנו אנשי הייעוץ המשפטי והפרקליטות - כמה פעולות פוגעניות כלפי האוכלוסייה האזרחית נמנעו עקב הביקורת השיפוטית, ובזכות הייעוץ המשפטי שקדם לקבלת החלטות אופרטיביות רבות. מצד אחר, המערכת המשפטית שילמה מחיר כבד בכך שאישרה לא מעט אמצעים פוגעניים בכל תחומי החיים. בוצעו פגיעות משמעותיות בזכויות, כאשר בידי בית המשפט לא היו הכלים לבחון את התבונה והיעילות של האמצעים שהופעלו, כיוון שאלו מסורים בידי הגורמים המופקדים על הביטחון. על השאלה האם היו שיקולי הביטחון וטיעוני הביטחון מוצדקים בכל אותם עניינים, קשה לנו להשיב שכן המבחן איננו משפטי. האם ריבוי המעצרים אז, או הגירושים, היה מוצדק? האם תרמו אמצעים אלה לשקט ולביטחון? לא בידי המשפט אמות מידה לבחינת יעילות ביטחונית ותבונה מדינית. האחריות היא בידי הדרג הפיקודי הצבאי, והדרג המדיני, וההחלטות הן שלהם - ובלבד שהן חוקיות ושהאמצעים

מידתיים ועולים בקנה אחד עם ערכי היסוד החוקתיים שלנו כמדינה דמוקרטית ועם הדין המקומי והמשפט הבינלאומי. התנאים של כנות נימוקי הביטחון, חוקיות ומידתיות הפעלת האמצעים הם חיוניים, וקבלתם מצריכה מנגנוני פיקוח, בקרה ואכיפה רחבי היקף.

כל השנים מאז ועד עתה, לא משכנו ידינו מהפעלת הביקורת השיפוטית. עם זאת, הראייה שלנו השתנתה במהלך השנים. השתחררנו מהפחד הקיומי שליווה אותנו בשנים הראשונות של המדינה. החברה הישראלית הייתה במשך השנים ליותר חשדנית ביחס לתוקפם של טיעונים ביטחוניים, וכלמודי ניסיון היינו זהירים יותר בבחינת ההגדרה של הצורך הביטחוני; הקונצנוס במדינה התערער והליך הביקורת השיפוטית לא חסך מעצמו את בחינת התכלית הביטחונית האמיתית. כתמיד, בחן בית המשפט גם את חיוניות הפעלת האמצעי בו נקטו זרועות הביטחון ואת השימוש המידתי בו.

יש לזכור כי בידי כוחות הביטחון בישראל הופקדה עוצמה רבה, בהתאם לחשיבות ולצורך שיש לחברה החיה כאן להתמודד עם סיכונים קשים. בידי רשויות הצבא והביטחון הכוח - במובן סמכות - לפגוע בחיים, בחרות, בחופש התנועה ובפרטיות של כל אדם. הכוח הזה מצוי בידיהן כפיקדון לתכלית ראויה בלבד. בנסיבות מסוימות ובמצבים קיצוניים רשאית מדינה באמצעות הפועלים מטעמה לפגוע בכל אחת מזכויות היסוד של האדם. לפיכך, הצורך הממשי הוא לקבוע את הגבולות הברורים להפעלת הסמכות, לשם הגבלת השימוש בכוחות שהופקדו בידי גופי הביטחון לתכליתם בלבד ובאופן מידתי.

במהלך השנים התווה בית המשפט את קו הגבול בין צרכי הביטחון המובהקים לבין השימוש בשם הביטחון לשווא. הוא קבע את ההליכים לבחינת עוצמתו של הצורך הביטחוני אל מול צרכים ואינטרסים אחרים. הוא פיתח הליך המביא בחשבון את המחיר החברתי והאישי שעלינו לשלם לצורך השמירה על ביטחון המדינה ותושביה. כבר נקבע בפסיקתנו, כי בהתנגשות בין הביטחון לזכויות האדם הנוסחה

העקרונית אינה משתנה - זו הנוסחה המתאימה גם לעת הקשה שאנו נתונים בה עתה; כאשר הביטחון מתנגש חזיתית עם ערך אחר וקיים חשש ברמה של פגיעה קרובה לוודאי בערך ביטחוני חשוב, יגבר הביטחון על פני הערכים האחרים, ואלה ייסוגו מפניו ולו גם במחיר פגיעה משמעותית בזכויות הפרט. הקושי הוא בבחינת עוצמת הסיכון הביטחוני אל מול טיבה והיקפה של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה. אלה הם המקרים הקשים הבאים בפני בית המשפט והם המחייבים התמודדות עם המתח הטבוע בין ערך הביטחון לבין ערכי היסוד של החברה הדמוקרטית.

נקודת האיזון הראויה בין אינטרס הכלל וזכות הפרט עשויה להשתנות על פי הנתונים ועל פי היחס בין הסיכון והצורך הביטחוני לבין האמצעי הפוגעני שהופעל. השוני אינו במישור העקרוני, אלא בתוצאה הקונקרטית. המשקל של טיעוני הביטחון שונה ממקרה למקרה, הצרכים משתנים ומידת הפגיעה הנדרשת בזכויות אדם לצורך הגנה על חיים של קורבנות פוטנציאליים עשויה אף היא להשתנות. המשפט שלנו מעניק כלים נרחבים המאפשרים לפעול במתחם הלגיטימיות גם בימים אלה, אך אסור לנו לאבד את אמות המידה שיש בהן כדי לסמן את הגבולות ולהעמידם על הצרכים החיוניים בלבד.

המציאות שלנו שונה מהמציאות המתרחשת כיום במדינות המערב, שנחשפו מאז ספטמבר 2001 לעוצמתו ההרסנית של הטרור. משום כך עלינו לצעוד בדרכנו שלנו, כפי שהתפתחה במהלך השנים. המציאות הביטחונית שלנו הניחה תשתית משפטית הולמת להתמודדות על פי הצרכים שלנו ועל פי אופיין של הבעיות המיוחדות לנו; לכן, בעקרון איננו נזקקים כיום לכלים המשפטיים החדשים שבמדינות אחרות מתוודעים אליהם רק עכשיו. עיקר התפקיד שלנו כיום, כמשפטנים וכשופטים, אינו ביצירת הכלים ובקביעת אמצעים חדשים, אלא בתחום הביקורת השיפוטית ותחימת הגבולות של האמצעים המופעלים בימי מלחמה כבימי שלום.

המטוטלת ההיסטורית שאנו חיים בה, החזירה אלינו בשנתיים האחרונות, בעוצמה רבה, בעיות ביטחון חריפות, והביאה את ישראל לתקופה של פעולות לחימה. צה"ל נכנס במלוא העוצמה מחדש לשטחים; מבצע פעולות לחימה בטרור; ולשם כך פועל בקרב אוכלוסייה אזרחית. זהו, ככל הנראה, צורך השעה אל מול התופעות המזוועות של טרור שחווינו, ושעדיין מאיימות עלינו. אך עם התגברות התופעות הללו ונוכח הפעלת אמצעי הנגד, נזקק כיום צה"ל שוב לייעוץ משפטי ולהקפדה על אכיפת החוק על הצבא - לא פחות אלא יותר מבעבר, וזאת נוכח התמשכות המצב שבו פוטנציאל הפרת הדין המקומי והבינלאומי כה רב. יש דינים החלים בימי שלום ויש דין החל על ימי מלחמה ולוחמה. המשפט אינו שותק ואינו נוטל פסק זמן. לפיכך, המטלות, הן של הייעוץ והן של האכיפה, גברו והתעצמו בתקופה זו. לא פחות מכך הוכבדה האחריות הכבדה ממילא, המונחת על כתפי בית המשפט בשבתו כערכאה המפעילה את הביקורת השיפוטית על הפעילות הצבאית והביטחונית בזמנים כה קשים. לפתחו של בית המשפט הונחו בעיות ונדרשו הכרעות בעניינים ששום בית משפט בשיטות המשפט המוכרות לנו, לא נזקק להם.

הנושאים שהגיעו לפתחנו בשנתיים האחרונות נבחנים כיום בהתאם להתפתחויות שחלו בשיטתנו המשפטית במציאות החברתית בישראל, ובהתאם להתפתחויות במשפט הבינלאומי. עליכם להיות ערים לכך שהדפוסים שקבע בית המשפט בפסיקתו בשנות ה-70 וה-80 בתחום זה אינם מספקים עוד. אין להסיג את השעון לאחור. אנו בעידן אחר בכל המובנים: מצד אחד רמת הצורך הביטחוני גבוהה מאוד, ולפיכך האמצעים המופעלים קיצוניים וחמורים. כמו בימי האינתיפאדה, ואולי יותר מאשר אז, מבוצעות פעולות סיכול אשר פוגעות גם באוכלוסייה אזרחית; מוטלים עוצר, סגר, הריסת בתים, עקירת עצים ותפישת שטחים, אמצעים המופעלים כנגד אוכלוסייה אזרחית - גם אוכלוסייה שהיא חפה מפשע ותנאי חייה קשים מנשוא. זאת ועוד, נגד החשודים בטרור מופעלים אמצעים לסיכול, והאמצעים הם קשים וקיצוניים גם בשלב של חשד ולעתים קרובות בטרם ניתן לבסס חשד במישור האינדיבידואלי. כך מופעלים המעצרים לצורכי חקירה בהיקף נרחב, וכן מתבצעים מעצרים מנהליים. נודמן כבר לבית המשפט לומר דברו בדבר אורך תקופות המעצר

ללא ביקורת שיפוטית, ובדבר היותם של המעצרים מתאפיינים בתנאי מעצר שספק אם עומדים הם בדרישות הדין הפנימי והבינלאומי; ואילו הביקורת השיפוטית הצבאית מוגבלת בתנאיה וביכולתה להפעיל ביקורת אפקטיבית וראויה על המעצרים.

מאז מבצע "חומת מגן" באות בפני בית המשפט הגבוה לצדק עתירות רבות הנוגעות לפעולות המבוצעות באזור, הן במסגרת פעולות לחימה ממש והן במסגרת ההחזקה והניהול של חיי התושבים. בתקופת המבצע עצמו באו בפנינו עתירות הנוגעות לפינוי גופות בג'נין, לטענה בדבר פגיעות באמבולנסים ובצוותים רפואיים, עתירות באשר לתנאי המעצר וחוקיותם, עתירות הנוגעות להרחקה ממקום מגורים, למעברים במחסומים, לתפיסת שטחים ועקירת מטעים, לסלילת כבישים, להקמת הגדר בקו התפר ועוד. גל גואה של עתירות הציף את בית המשפט הגבוה לצדק לאחר תקופה ארוכה של רגיעה, שבה הביקורת השיפוטית על רשויות הצבא נגעה לעניינים פנים צבאיים בלבד: שיפוט משמעתי, הטרדות מיניות, עניינים הנוגעים לשיפוט פלילי של חיילים - עבירות סמים ונושאים חשובים אחרים. חשוב להדגיש, וזה אולי עיקר המסר שאני מבקשה להעביר במעמד זה, כי אמות המידה כלפי העתירות המובאות בפנינו כיום בכל הנוגע לנושא השטחים ולאכיפת החוק שם, שונות בבסיסן מאמות המידה שהפעילה פסיקתנו בעבר. הליך הביקורת השיפוטית אינו מבוסס עוד על העקרונות שהנחו את בית המשפט בשנות ה-70 וה-80. עתה מתבקש שינוי קונספציה הן מהייעוץ המשפטי האזרחי והן מהייעוץ הצבאי. כמה סיבות הביאו להתפתחות הפסיקתית של התקופה האחרונה. ראשית, בעשור האחרון קיבלו זכויות היסוד של האדם במשפט הפנימי שלנו מעמד חוקתי ומעמד זה העמיד באור אחר את הביקורת השיפוטית על הפגיעה בזכויות האדם. שנית, וזה העיקר, השתנתה נקודת האיזון באשר לתחולת המשפט הבינלאומי. כיום, גורסת פסיקתנו, כי המשפט הבינלאומי הינו חלק מהדין המחייב בישראל. ההבחנה שנוצרה בשנים הראשונות בין המשפט המנהגי, המגולם באמנת האג, לבין מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית, בוטלה כיום הלכה למעשה - אף כי טרם נקבעה בפסיקתנו קביעה משפטית בעניין מעמדה של אמנת ג'נבה כמשפט מנהגי. הרקע לכך, הוא בין היתר,

חיזוק מעמדו של המשפט הבינלאומי בקהילה הבינלאומית ואולי גם השינוי שחל במעמדה של אמנת ג'נבה לעניין זה. אף מבלי לנקוט עמדה בשאלה אם אמנה זו מגבשת כיום את המשפט המנהגי ולא את המשפט ההסכמי, די אם נזכיר כי בית המשפט בשנות ה-70 וה-80 נמנע מלהחיל במישרין את המשפט הבינלאומי, לפחות ככל שמדובר באמנת ג'נבה הרביעית. התפיסה שבאה לידי ביטוי בפסיקה דאז הייתה כי ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית הן בגדר הצהרות מדיניות וכמוהן כהנחיות פנימיות, שבתנאים מסוימים יש חובה לקיימן ובנסיבות מסוימות ניתן לחרוג מהן ולהעדיף את הדין הפנימי. תפיסה זו התחייבה גם מטעוניה של מדינת ישראל בזירה הבינלאומית באשר לזכותה המשפטית להחזיק בשטחים, טענתה כי השטח אינו כבוש וטיעוניה בדבר המקור להחלתם של דיני הכיבוש. בינתיים חלו התפתחויות הקשורות הן בטיעונו במישור הבינלאומי והן בהשקפתנו ביחס לדין הנוהג בישראל. זאת ועוד; ההתפתחויות העצומות שהיו בעשור האחרון בזירה הבינלאומית באשר למודעות להפרת זכויות אדם - קביעת נורמות בינלאומיות להדברתן של תופעות ההפרה במישור הבינלאומי, הפעלת סמכויות שיפוט בינלאומיות, הקמת טריבונאלים בינלאומיים בעקבות פשעי מלחמה - כל אלה שינו את ההשקפה ביחס למעמדו ולתחולתו של הדין הבינלאומי ושינו את האווירה המשפטית בעולם, ואף בשיטתנו.

במציאות המשפטית של ימינו, בית המשפט אינו מתלבט עוד בשאלת מעמדה ותחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית. מאז מבצע "חומת מגן", ואולי אף לפני כן (העתירה בעניין המוחזקים הלבנוניים והביקורת השיפוטית על חקירות השב"כ) אנו מפעילים ביקורת שיפוטית המחילה את הדין הבינלאומי כחלק מהדין הנוהג - אף כי אנו מחילים אותו על פי פרשנותו של בית משפט ישראלי. גם כיום נקודת המוצא באשר לתחולת האמנות היא, כי מדינת ישראל התחייבה לקיים את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה והבדיקה היא במסגרת המדיניות המוצהרת. ההתפתחות ואולי אף המהפך שחלו בפסיקתו של בית המשפט, מתבטאים בהעלאת מעמדה של האמנות הבינלאומיות הרלוונטיות. גישה זו בולטת בפסיקתו של בית המשפט בשנתיים האחרונות. די אם נזכיר מספר פרשיות בולטות לעניין זה. כך באה

גישה זו לידי ביטוי מיוחד בפרשת עג'ורי⁴ הדנה בענין העתקת מקום מגורים ובפרשת מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'⁵ שהתייחסה לחוקיות הצווים הנוגעים להחזקה במעצר. בפרשת עג'ורי נבחנה חוקיות ההחלטה להעתיק את מקום מגוריהם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים מאיו"ש לאזור עזה. ההחלטה נבחנה על ידי בית המשפט מפי הנשיא ברק, על פי הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. בפסק הדין פסלנו את האפשרות להטיל סנקציה עונשית המטילה אחריות קולקטיבית, ועמדנו על העיקרון של אחריות אישית, בבחינת איש בחטאו ישא ולא בשל פעילות טרוריסטית של אחיו או בנו כאמצעי מרתיע. כשלעצמי, אני משוכנעת שבכך עקרנו באיבה את התוכנית לעשות שימוש באמצעי מרחיק לכת זה, והורדנו אותו מסדר היום ומארסנל האמצעים שעומדים לרשותו של המפקד הצבאי. זו דוגמא בה ניכרת טביעת האצבע של המערכת המשפטית בהכנת התשובה לבית המשפט, בריסון הסנקציה ובהעמדת הדרג הצבאי והמדיני על מגבלותיה של הסנקציה שהופעלה. הרעיון המקורי של המופקדים על הביטחון היה להרחיק מהאזור קרובי משפחה של טרוריסטים מתאבדים, במחשבה שדאגתו של אותו בן בליעל למשפחתו תשמש גורם מרתיע. הצעת מדיניות זו פורסמה בראש חוצות. הצורך להעמיד את הסנקציה לביקורת שיפוטית ריסן את האמצעי שהוצע, ובהתאם לכך אמנם נקבע שאין לעשות שימוש בסנקציה נגד קרובי משפחה חפים מפשע, אלא רק נגד מעורבים בפעילות הטרוריסטית עצמה או סיענים, וזאת רק כשיש ראיות לכך. המתכונת המוגבלת להפעלת הצעד התבססה מבחינתנו על פרשנות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית.

בקהילה המשפטית יש המותחים ביקורת על הפרשנות שנתן בית המשפט לסעיף 78 לאמנה, וסבורים כי זו פרשנות מרחיבה מעבר להוראות התקנה. האמנם הסיוע שניתן על ידי בני-משפחתו של המחבל הוא כזה ההופך אותם לתושבים מסוכנים מן הסוג שהסעיף חל עליהם; האמנם ההרחקה לעזה היא ריתוק למקום מגורים שבתחום שליטת הכוח הכובש על פי האמנה, או האם אין זו אלא הרחקה

⁴ לעיל, הערה 1.

⁵ בג"ץ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', תק-על 2003 (1) 937 (להלן: פרשת מרעב).

לטרטוריה אחרת. אנו ענינו על כך כי כאשר בני-משפחתו של המחבל הם עצמם מסוכנים, רק אז ניתן היה להעבירם לעזה. אפשר לחלוק על הפרשנות שלנו, המביאה בחשבון את הצורך להתאים את הוראות האמנה למצב ולתנאים השוררים כאן, נסיבות שלא נצפו על ידי מנסחיה של האמנה. זוהי נקודת האיזון שאנו בחרנו להציב בין דרישת הביטחון לבין הפגיעה המתחייבת בזכויות אדם.

פרשת עג'ורי היא ציון דרך, אף כי לא יחיד, בשינוי הגישה למשפט הבינלאומי כמבסס זכויות חוקתיות לאוכלוסייה הנתונה מבחינת מעמדה המשפטי תחת כיבוש, ואשר חלים עליה דיני החוקה של שטחים המצויים בהחזקה צבאית. אלה הם גם הדינים המחייבים את רשויות המדינה שעל פעילותן אנו מפעילים את ביקורתנו השיפוטית.

דוגמא בולטת אחרת ניתן למצוא בפסקי הדין של בית המשפט בפרשת **מרעב** בנוגע לחוקיות תקופות המעצר לצורכי חקירה עד להבאת העצור בפני שופט ולמניעת פגישה עם עורך דין, וכן בבג"צ 5591/02 הדין בתנאי המעצר בקציעות ובבג"צ 3278/02 המתייחס למתקן "עופר". בפרשת **מרעב** נקבע כי הצווים הקנו למפקד הצבאי סמכויות למעצר, שאושרו כחוקיות על ידי בית המשפט; אשר לאורך תקופת המעצר עד להבאה בפני שופט - בעניין זה, לא אושרה חוקיותם של צווים אלה. בית המשפט מפי הנשיא ברק בחן את חוקיות צווי המפקד, לא רק באספקלריה של האמנות הרלוונטיות לדיני הכיבוש, אלא גם על פי הסטנדרטים של האמנה בדבר זכויות אורחיות ופוליטיות מ-1966 וגם אלה שנקבעו באמנה האירופית, והביא בחשבון את פסיקתם של הטריבונלים הבינלאומיים, ואת ההוראות הרלוונטיות באמנות המתייחסות לאוכלוסייה המוחזקת בתפיסה לוחמתית.

⁶ בג"ץ 5591/02 יאסין ואח' נ' בן דוד, מפקד מחנה צבאי קציעות ואח', פ"ד נו (1) 403.

⁷ בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו (1) 385.

⁸ לעיל, הערה 5.

מצב משפטי זה, כפי שהתפתח כיום, מחייב את המערכת המשפטית והמערכת הצבאית ליתן הנחיה מקצועית מתאימה לרשויות הביצוע הצבאיות. על הפצ"ר כיועץ המשפטי של המערכת הצבאית, על שלוחותיו וזרועותיו המשפטיות, להנחות את גורמי הצבא בכל הנוגע לדין החל כיום על פעילותם בשטחים. בעניין זה, יש יתרון משפטי בולט לסמכויותיו של הפצ"ר, שכן על פי הדין בישראל הפצ"ר הוא יועצו של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא בכל ענייני חוק ומשפט; כבר נאמר לעניין זה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 1985, כי "הפרקליט הצבאי הראשי הינו היועץ המשפטי היחיד במערכת הממשל בישראל, שהחוק מגדיר את תפקידיו וסמכויותיו באופן כולל. ייחודיות זו יש בה כדי ללמד שהפרקליט הצבאי הראשי, אף שהוא נתון בדרך כלל למרות צבאית, יש לו בו בזמן מחויבות נפרדת למילוי תפקידיו, כפי שנקבעו בחוק, באופן עצמאי". ממעמד זה נגזרת גם פעילותם המקצועית הבלתי תלויה של נציגיו של הפצ"ר במערכת, ובוודאי של השופטים הצבאיים. יודגש שעל אף שהשופטים בבתי המשפט הצבאיים בשטחים הינם מבחינה ארגונית חלק מהמערכת החולשת גם על התביעה הצבאית, יש מקום, בתום 35 שנות שלטון בשטחים, לשקול נושא זה מחדש. יש לבחון האם בשים לב למטלות השיפוטיות שעל כתפיהם של השופטים, לא ראוי להדגיש את אי-תלותם בהפרדתם הארגונית מהמערכת של התביעה והייעוץ. ועיקר העיקרים, המעמד המיוחד של הפצ"ר מחייב לעשות כל מאמץ להתמודד עם תנאי הלחץ ואילווצי התקציב שבמסגרת הצבאית ההירארכית. דוגמא בולטת ביותר לצורך זה קשורה במצב שנוצר עקב היקף המעצרים שהצבא מופקד עליהם.

מהעתירות שהובאו בפנינו התברר שעם פתיחת מבצע "חומת מגן" לא הייתה המערכת מוכנה לקליטת הכמות הרבה של העצורים. עקב חוסר באמצעים לוגיסטיים, התקשתה המערכת להתמודד עם המתחייב מהליכי המעצר, ותנאי המעצר לא נשמרו בהתאם לדין. גם הנושא של הארכת ימי המעצר ללא ביקורת שיפוטית, נגזר על פי טיעוני המדינה בבג"ץ, מצרכים לוגיסטיים של הצבא והשב"כ. זהו מצב בלתי מתקבל על הדעת ובית המשפט אמר דברו בעניין זה. תצהירי התשובה והתשובות שבאו בפנינו בכל הנוגע למתקני המעצר בעופר ובקציעות אינם

מניחים את הדעת שנעשה מספיק, הן בתחום התנאים הפיזיים הניתנים לעצורים והן בתחום הליכי הביקורת השיפוטית על המעצר ועל אורך תקופת המעצר - הן לצורכי חקירה והן בהליכים הפליליים.

על אורך התקופה שנקבעה בצו (12 ימים ולפני כן 18 ימים), בה מוחזק אדם במעצר לצרכי חקירה בטרם הוא מובא בפני שופט, ועל אי חוקיותה של ההוראה שהייתה בתוקף, עמד בית המשפט בפסק דינו בפרשת **מרעב** מפי הנשיא ברק. נפסק שהתקופה אינה מידתית, הן על פי המשפט הפנימי שלנו והן על פי המשפט הבינלאומי. ברור שיש לתקן את הצו בעניין זה ואף להתגבר על נימוקים לוגיסטיים שאין בהם כדי להצדיק את המצב, וחבל שעניין זה המתין לפסק דין. יש לבחון כיצד לקצר ובהקדם את מועדי הבאת העצורים בפני שופט ולהקפיד על קיום ביקורת תקופתית על מעצרים מנהליים. אלה נושאים שיש להסדירם ויפה שעה אחת קודם.

נושא תקופות המעצר והגבלתן אינו רק עניין הנוגע למעצר ראשוני למטרות חקירה; כך גם טרם הוסדרו ההגבלות על תקופת המעצר במשפטים פליליים אם וכאשר מוגשים כתבי אישום בשטחים. עניין זה - מועדי הבאת חשודים להקראת כתב אישום ותקופות המעצר הממושכות בלי הגבלת זמן על ניהול המשפטים - זועקים לתיקון. אכן, האמצעים הלוגיסטיים שהצבא מקצה למטרות אלה אינם מספיקים; אך המשפט אינו רשאי לתת ידו למצבים מתמשכים כאלה, בשל טעמים של אמצעים לוגיסטיים. חבל שרק הגשת עתירות לבג"ץ מקדמת את הטיפול בזכויות העצירים - וגם זאת רק במידה מועטה ואיטית. ראוי היה שרשויות הצבא יכבדו בעניין זה את האמור בפסיקתנו מזה שנים, ויפעלו לפי דרישת הפצ"ר. כך, באחד התיקים שנידונו לאחרונה בעניין תנאי המעצר, שבנו וחזרנו על הערות שהושמעו עוד בפרשת **סג'דיה**,⁹ שדנה בחוקיות המעצר בקציעות. פסק הדין שם דן בהרחבה בשאלת תנאי המעצר של עצורים מנהליים שאינם אסירים. בית המשפט דן בטענות ותלונות שונות של העצורים, וציין במפורש שעל פי תפקידו ומבנהו, אין הוא יכול לקיים פיקוח ומעקב מתמשכים על תנאי ההחזקה במתקן המאכלס מספר כה רב של עצורים. הועלתה, מפי הנשיא שמגר, הצעה מסוימת למינוי ועדה מייעצת שתקיים

⁹ בג"ץ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3) 801.

מעקב מתמיד ואשר תדווח ותייעץ לשר הביטחון בעניין תנאי הכליאה במתקן קציעות. בית המשפט באותו פסק דין נתן הוראות קונקרטיות מאוד, ובחן תחומים רבים שמתפקידה של המערכת לטפל בהם. חלפו שנים, ובשנת 2002 מתקבל הרושם שהמסר בדבר הפיקוח השוטף על תנאי המעצר לא הובהר, ולא הועבר כראוי. האם בית המשפט הוא שצריך לבחון קיומן של מיטות, שמיכות, מצב השירותים, מצב הטיפול הרפואי ועוד שורה של עניינים רבים?! לאחרונה המלצנו על העברת האחריות על העצורים והחזקתם לידי השב"ס, מהלך שהיה מקנה להם גם זכות לעתור בעתירות אסירים להבטחת תנאי החזקתם.

עוד מוטרדת אני מכך שלא שמענו כי יש פעילות משמעותית של אכיפה והעמדה לדין של חיילים וקצינים בשל יחס משפיל לאוכלוסייה או כנגד התעללות ופגיעה בגופם או בכבוד האדם של עצורים בעת פעולת המעצר ואחריה. אין לנו אלא לקוות שהנושא מטופל וכי אכן לא נחשפו אירועים מסוג זה, המחייבים העמקת החקירות, הביקורת והשפיטה.

הדוגמאות לעניינים המחייבים טיפול בתקופה קשה של פעילות כה עמוסה, הן רבות מספור. מלבד אכיפת החוק על האוכלוסייה האזרחית, מחייבים עקרונות האכיפה גם התמודדות אחרת בתוך המערכת הצבאית ביחידות הצבא גופן. חבל שהפעילות הנעשית על ידי גורמי מפצ"ר כדי להבטיח יחס הוגן לאוכלוסייה אזרחית ושמירה על הפעלת אמצעים חוקיים ומידתיים בנסיבות הקיימות, אינה זוכה לתשומת הלב הראויה. חשוב להנחות את היחידות הפועלות בשטחים על פי אמות המידה של המשפט הבינלאומי ויש להשקיע מאמץ רב בעניין זה. נזכיר לדוגמא כי עדיין תלויים ועומדים הליכים כנגד "נוהל שכך", כנגד תפיסות מקרקעין למטרות מבצעיות ועוד.

צורך הבעיות גדול ועצום; האחריות המוטלת על כתפיכם רבה וחשובה. אין לי אלא לחזק את ידיהם של כל הנוטלים חלק במלאכת אכיפת החוק ביחידות צה"ל ובפעולות האכיפה שמבצעים גורמי הצבא על האוכלוסייה. המלאכה קשה וכפוית

טובה מבית ומחוץ. אתם נוקקים ליכולת עמידה, לחשיבה מקצועית ועצמאית, להשקעת משאבים ועבודה ללא לאות ולעמידה אל מול הגורמים הפיקודיים. המערכת המשפטית כולה, היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות ובית המשפט העליון יסייעו בהנחיה, בגיבוי ובברכת הדרך.

“הדילמה הדמוקרטית” בלוחמה בטרור

בועז גנור*

מבוא

תפקידה של דעת הקהל בדמוקרטיה הליברלית

הדילמה הדמוקרטית

ההתמודדות עם הדילמה הדמוקרטית

ענישה

סיכום והמלצות

מבוא

אחת המחלוקות הבולטות בספרות המקצועית העוסקת בתחום הלוחמה בטרור נסבה על הקשר בין תופעת הטרור בעידן המודרני לבין שיטת הממשל הדמוקרטית-ליברלית. מלוקת זו עוסקת למעשה בשתי סוגיות משנה: שיטת הממשל הדמוקרטית כמקור משיכה לפיגועי טרור, הדילמה הכרוכה בביצוע פעילות אפקטיבית של מלחמה בטרור במדינה דמוקרטית-ליברלית. שמידט למשל גורס כי לדמוקרטיה מספר מאפיינים המחזקים אותה ומונעים חיכוכים אלימים, כולל מנגנון לחילופי שלטון בדרך לא אלימה, קיומה של עיתונות חופשית, מערכת משפטית שביכולתה לעסוק בנושאים שבין אדם או קבוצה לבין השלטון, ועוד¹. לטענתו, קיים רושם שהטרור נפוץ יותר במדינות דמוקרטיות, בחברות שהן הכי פחות ראויות לו, אולם רושם זה מוטא מאוד, משום שבדמוקרטיות יש עיתונות חופשית המדווחת

* ד"ר בועז גנור, מנכ"ל המכון למדיניות נגד טרור, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

Alex P. Schmid and Ronald D. Crelinsten (eds.), *Terrorism and Political Violence*, Frank Class, London, 1993, p. 17 (להלן "Schmid & Crelinsten").

ללא הגבלה שילטונית על אלימות פוליטית כנגד המדינה, ועל כן התופעה בדמוקרטיה בולטת מאוד.² לעומתו, חוקרים רבים סבורים כי ארגוני הטרור מצאו בדמוקרטיה הליברלית בית גידול נוח ובר נקחב לפעולה. מחד גיסא, ערכי המשטר הדמוקרטי וסדרי השלטון בשיטת הממשל הדמוקרטית מעניקים מרחב תמרון החיוני להתפתחותו ולפעילותו של ארגון הטרור, ומאידך גיסא הם כובלים את ידי השלטון מלנקוט פעולות מסוימות שהיו עשויות להיות אפקטיביות בהתמודדות עם הטרור.³ אסכולה מחקרית זו נוהגת להציג את מאפייני הדמוקרטיה הליברלית, ערכיה ומוסדותיה, כורז לפיגועי טרור.

פול וילקינסון מסביר זאת בכך שב"דמוקרטיה ליברלית ניתן לטרוריסטים לנצל ניצול מלא את החריות הדמוקרטיות על מנת לנהל תעמולה רבת השמצות ומקעקעת ערכים, שתכליתה לחתור תחת מוסדות ומנהיגים של הדמוקרטיה הפרלמנטרית."⁴ ניתן להצביע על מאפיינים רבים של הדמוקרטיה הליברלית אשר עשויה להיות להם השפעה ישירה על היקף ומאפייני פעילות ארגוני הטרור ובראשם הערכים שעליהם נשענת הדמוקרטיה הליברלית- חופש הדיבור, ההתארגנות והתנועה, המאפשרים את צמיחתו של ארגון הטרור ואת התארגנותו, מעבר חופשי ממקום למקום, וביצוע פיגועים ביתר קלות והעברת המסר הטרוריסטי.⁵ במסגרת זו יודגשו המאפיינים הבאים של הדמוקרטיה, שעלולים לסייע בהתפתחות הטרור:

תפקידה של דעת הקהל בדמוקרטיה הליברלית

ארגון טרור שואף בדרך כלל להשפיע על מקבלי ההחלטות בעקיפין- בלחץ על דעת הקהל. הציבור, החרד לבטחונו האישי, אמור לחוץ על מקבלי ההחלטות, להשפיע על מהלכיהם, ולגרום להם להיעתר לדרישות ארגוני הטרור. אסטרטגיית

² Schmid, "Terrorism and Democracy", הנמצא בתוך Schmid & Crelinsten, לעיל הערה 1 בעמ' 14. להלן: "Schmid".

³ Farrell, R. William, *The U.S Government Response to Terrorism: In Search of an Effective Strategy*, Westview Press, Colorado, 1982, p.119

⁴ פול וילקינסון, "טרור מול דמוקרטיה: אנטומיה של עימות", *צקלון*, 1, 1976 עמ' 11 (להלן: "וילקינסון").

⁵ Schmid & Crelinsten, לעיל הערה 1, עמ' 18

פעולה זו יכולה להגיע להישגים אך ורק במדינה שבה המערכת הפוליטית קשובה לעמדותיו הפוליטיות של הציבור ופועלת בהתאם. מידת ההשפעה של הציבור בנושאי חוץ ובטחון ובכלל זה טרור, שנויה במחלוקת, אולם סביר להניח כי אם השפעה מסוג אכן קיימת, הרי סביר להניח שמדיניות זו תבוא לידי ביטוי בשיטת הממשל הדמוקרטי, משום שבדמוקרטיה הליברלית, בניגוד לסוגי משטר שונים, פתוחים בפני הציבור ערוצים רבים ושונים להביע את דעותיו ולהשפיע על מקבלי ההחלטות.⁶

קיומה של תקשורת עצמאית, מפותחת ומתחרה

בדמוקרטיה הליברלית, קיימת בדרך כלל מערכת ענפה ומתחרה, של אמצעי תקשורת רבים ושונים. מערכת זו אינה כפופה לשלטון, ואינה נאלצת לצנזר את המידע המועבר דרכה. תקשורת מפותחת וחופשית במדינה דמוקרטית, מאפשרת לארגוני טרור להגיע אל ציבור האזרחים ולהעביר את המסר שלהם מאיזור הפיגוע לביתו של כל אזרח.⁷

מגבלות הענישה

ערכי היסוד של הדמוקרטיה הליברלית אינם מאפשרים למדינה לנקוט בכל הצעדים היעילים האפשריים לצורך לכידת הטרוריסטים והענשתם. השלטון הדמוקרטי, הכפוף בעצמו לחוק המדינה, אינו יכול להשתמש בענישה שאינה קבועה בחוק או הסותרת את ערכי הדמוקרטיה (כגון ענישה קיבוצית). חזקה של הדמוקרטיה הוא בלגיטימיות שלה. כאשר השלטון שומר בעצמו על חוקי ועל ערכי הדמוקרטיה הוא זוכה ללגיטימציה. חריגה ממוסכמות אלה עלולה לגרור דה-לגיטימציה של השלטון.⁸ לדברי קלוסון, אכיפת החור תהיה אפקטיבית בדמוקרטיה

⁶ בועז גנור, *טרור ודעת קהל בישראל*, עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך, החוג למדעי המדינה, אוניברסיטת תל אביב, 1990, עמ' 57-8.

⁷ Peter Janke, *Terrorism and democracy, Some Contemporary Cases*, Macmillan, 1992, p.213, London.

⁸ Schmid & Crelinsten, לעיל הערה 1, עמ' 28.

רק כשהיא תהנה מתמיכה נרחבת הן של מקבלי ההחלטות שחייבים להקצות משאבים למאמץ זה, והן של הציבור הרחב, ששיתוך הפעולה שלו נדרש לקבלת מידע ולתמיכה בפעולות כוחות הביטחון.⁹ לכך מוסיף שמידט את מגבלת ההתמודדות עם הטרור הנכפית על ידי המערכת המשפטית במדינה דמוקרטית, המחייבת עובדות מוצקות וקבילות כראיה לאשמתו של חשוד במעורבות בטרור.¹⁰

ערך חיי אדם

בני אדם התאגדו לכלל חברה אנושית כדי להבטיח - בראש ובראשונה - את קיומם הפיזי ואת ביטחונם האישי. לפיכך, הדרישה המרכזית מכל מדינה ומכל צורת משטר היא לשמור על חיי האזרחים. הפגיעה בביטחון הקיומי של ציבור האזרחים עלולה להיתרגם בדמוקרטיה ליברלית לשינוי פוליטי, להחלפת השלטון ובמקרים חמורים יותר אף לשינוי סוג המשטר הנוהג. לפיכך, מ"מחיר" שיכולים הטרוריסטים לדרוש עבור הימנעותם מפגיעה בחיי אדם במדינה דמוקרטית גבוה לאין שיעור מה"מחיר" שביכולתם לדרוש ולהשיג במדינות שנוהג בהן משטר מסוג אחר.¹¹ לכך יש להוסיף את ריבוי יעדי הפיגוע הפוטנציאליים בחברה הפתוחה המאפיינת מדינה דמוקרטית.¹²

הדילמה הדמוקרטית

המחלוקת באשר להיות הדמוקרטיה כר נוח לצמיחת טרור מתגמדת לעומת "הדילמה הדמוקרטית", שעיקרה: פעילות נמרצת של לחמה בטרור תוך שימוש באמצעים אלימים ובצעדי חקיקת חירום, ענישה, והרתעה, עשויה לצמצם את היקף פיגועי הטרור ואת נזקיהם, אולם במקרים רבים צעדים אלה אינם עולים בקנה אחד

⁹ Patrick Clawson, "US Options for Combating Terrorism", in Barry Rubin (ed.), *The Politics of Counter Terrorism*, John Hopkins Foreign Policy Institute, 1990, p.28.

¹⁰ Schmid, לעיל הערה 2, בעמ' 19.

¹¹ Danforth, John, "Terrorism and Democracy", *International Terrorism*, The Jonathan Institute, Jerusalem, 1980, p.117.

¹² Louis O. Guiffida, in Yonah Alexander, James Denton (Eds.), *Governmental Responses To Terrorism*, 1986, Hero Books, p. 24

עם ערכים דמוקרטיים-ליברליים בסיסיים ועלולים לגרור אחריהם ביקורת בינלאומית חריפה.¹³ לעומת זאת, הימנעות מנקיטה בצעדים אלה, תוך שמירה קפדנית על ערכי שיטת הממשל הדמוקרטית-ליברלית ועקרוניתיה, עלולה להביא להמשך פיגועי הטרור המבוצעים נגד אזרחי המדינה או אף להסלמתם, ולפגיעה במורל האזרחים ובביטחונם האישי. כל אלה ישאירו, במקרה הטוב, את הדמוקרטיה על כנה, אך יביאו להתאבדות פוליטית של המפלגה השלטת, ובמקרה הגרוע יביא מצב זה לעלייתו של "אדם חזק" שיבסס שלטון אוטוריטרי-דיקטטורי תוך הבטחה לעם כי הוא "ימגר את הטרור בכל מחיר", לדברי ג'ורג' קרבר:

we are reluctant to acknowledge that in order to combat terrorism, we have to grasp nettles not easily grasped in a democratic polity, especially by those who are trying to win or hold elected office at the polls.¹⁴

לגיטימיות המשטר הדמוקרטי מבוססת אמנם על עקרון שלטון הרוב תוך שמירה על זכויות המיעוט וכיבודן. הדמוקרטיה הליברלית מחויבת, בין השאר, בהבטחת חירות האדם וזכויות האזרח, ובסובלנות כלפי יריבים פוליטיים, אולם כל שלטון חייב לשמור על בטחונם האישי והפיזי של אזרחיו, ולעתים שני היעדים הללו סותרים זה את זה.¹⁵ איום מוחשי ומתמשך על חייהם ורכושם של האזרחים עלול לפיכך, לפגוע בלגיטימיות השלטון ולהעמיד בסכנה את המשך אחיזתה של ההנהגה ברסן

Martha Crenshaw, "The logic of Terrorism: Terrorist Behavior as a Product of Strategic Choice", in Walter Reich (ed.), *Origins of Terrorism*, Woodrow Wilson Center Press, 1998, pp. 14-15. ¹³

George Carver, "Tough Choices Terrorists Force Us to Make", in Yonah Alexander and James Denton (eds.), *Governmental Responses to Terrorism*, Hero Books, 1986, p.32. ¹⁴

Paul Wilkinson, "Terrorism Versus Liberal Democracy: The Problems of Response", *Contemporary Terrorism*, Facts on File Publications, New York, 1986, p. 17. ¹⁵

השלטון.¹⁶ הטרוריסטים דוחפים את הממשלות למאבק על לגיטימיות פוליטית כמו שאומרים הופמן ומוריסון.¹⁷

ה"דילמה הדמוקרטית" בולטת בעיקר לאחר פיגועי טרור מרובי קורבנות, כשהשלטון נקרא על-ידי אזרחי המדינה לנקוט צעדים החלטיים ונמרצים נגד הטרור. לעתים האזרחים קוראים לשלטון לנקוט צעדי חקיקה וצעדים מנהליים שיגבילו בסופו של דבר את זכויות הפרט והאזרח שלהם עצמם, במטרה לחסל את הטרור.¹⁸

מרתה קרנשאו ממחישה את הלחץ שבו נמצא מקבל ההחלטות בצינה כי חלק ניכר ממדיניות הלחימה בטרור נקבע כאשר רגשות הציבור נמצאים בשיאם עקב פיגועי טרור. ואז, למרות שהמעשה הנכון היה אולי להתעלם מהטרור, מוצאות עצמן מדינות דמוקרטיות נאלצות להגיב פן תאבדנה אמינותן בקרב קהל תומכיהן. לדבריה, "ממשלות לא יכולות לסרב לשחק את המשחק משום שיותר מדי אנשים צופים".¹⁹ מעניין כי קרנשאו מביאה כתימוכין לטענתה זו דווקא את הדוגמא של ישראל, שבה - לטענתה - נאלצה ממשלת ישראל להגיב לאחר כל פיגוע עקב לחץ ציבורי.

הנטייה לנקוט במקרים אלה צעדים "לא דמוקרטיים" (ולעתים אף לא חוקיים), מפתה ביותר מבחינת השלטון. לדברי גל-אור, כל הטרור אינו יותר מאשר מטרה תהיה בדמוקרטיה התנגדות מוצדקת לכל נסיון לפגוע בחירויות האזרח המסורתיות, אולם ברגע שהטרור הופך להיות יותר ממטרד, כאשר התפקוד הנורמלי של החברה נפגע, נוצר לחץ גדול על הממשל להביס את הטרור בכל דרך אפשרית.²⁰ בנדורה ממחיש את הבעייתיות בקביעת הנקודה המדויקת שבה הטרור הופך ממטרד לאיום

¹⁶ Crenshaw, Martha, "The Counter-Terrorism & Terrorism Dynamic" *Terrorism and the 2000 Olympics*, edited by Alan Thompson, Australian Defense Studies Center, 1996, p. 124. (להלן: "Crenshaw").

¹⁷ Bruce Hoffman, and Jennifer Morrison-Taw, *A Strategic Framework for Countering Terrorism and Insurgency*, A Rand Note prepared for the U.S. Department of State, 1992, Santa Monica, p. 29. (להלן: "Hoffman & Morrison").

¹⁸ Paul Wilkinson, "British Policy on Terrorism: An Assessment", *The Threat of Terrorism*, Wheatsheaf Books, Great Britain, 1988, p. 42.

¹⁹ Crenshaw, לעיל הערה 16.

²⁰ Alebert Bandura, "Mechanisms of Moral Disengagement", Reich Walter, *Origins of Terrorism*, Woodrow Wilson Center Press, 1998, p. 167. (להלן: "Bandura").

אמיתי. לטענתו, בדרך כלל נחשב כמוצדק להפעיל אלימות הגנתית בתגובה לאיומים חמורים הגורמים לסבל אנושי רב או מסכנים את עצם קיום החברה. אבל התבחין של "איום חמור" קשה מאוד להגדרה. כמו רוב ההחלטות האנושיות, הערכת חומרת האיומים כרוכה בסובייקטיביות מסויימת. הערכת נזק עתידי כרוכה בסיכון רב יותר בסובייקטיביות מאשר הערכת איום קיים. מעבר לכך, מקבלי ההחלטות מצדיקים בד"כ את האלימות שבה הם נוקטים נגד הטרור בטענה שאם לא יטפלו באיומים כשהם קטנים, הם יגדלו ויגבו בסופו של דבר מחיר גבוה מחירויות האזרחים.

מה ניתן אם כן לעשות על מנת לצמצם את הדילמה? שמידט אומר כי "נראה שעלינו לקבל החלטה עקרונית: האם ברצוננו להקריב חלק נכבד מנדבכי הדמוקרטיה על מנת להיות יעילים במאבקנו בטרור, או שעלינו להשלים עם רמה מסויימת של טרור על מנת לשמור על חריות האזרח והזכויות הפוליטית שאותן אנחנו מוקירים".²¹ חוקרים אחרים העלו הצעות ומרשמים ללוחמה בטרור שלטענתם יבטיחו פגיעה מזערית בערכי הדמוקרטיה הליברלית. בעניין זה טוען רוברט מוס כי על הנלחמים בטרור לנקוט איפוק רב נגד ארגוני הטרור בערים. קל מאוד לאנשי צבא "לדרוך על יבלות של אזרחים חפים מפשע", בעת עריכת סריקות וחיפושים בשכונות עוני צפופות. לכן חיוני להימנע מלעורר את איבת הציבור, יש לצמצם את מספר האנשים המוגדרים כ"אויב" למינימום האפשרי על מנת לא ליצור ניכור בדעת הציבור, ואין להגביל את הזכות למתוח ביקורת לגיטימית על הממשלה.²² וילקינסון מוסיף בהקשר זה כי:

אסור לנקוט אמצעי דיכוי ללא אבחנה. הממשלה חייבת להוכיח כי האמצעים שהיא נוקטת נגד טרור מכוונים אך ורק לריסון הטרוריסטים ומשתפי הפעולה הפעילים שלהם ולהגן על החברה מפניהם... כל ההיבטים של המדיניות והמבצעים נגד הטרור חייבים להימצא בשליטה אזרחית ובפיקוח דמוקרטי...²³

²¹ Schmid & Crelinsten, לעיל הערה 1, עמ' 15.

²² רוברט מוס, "טרור עירוני: אלימות פוליטית בחברה המערבית", *צלקות*, 1, 1976, עמ' 46.

²³ וילקינסון, לעיל הערה 4, עמ' 22.

סטוהל גורס כו אין לפסול טרור נגדי כשיטה להתמודדות עם פעילות טרור, בשל האפקטיביות הרבה שלו. אולם לטענתו, שיטה זו יכולה להיות מוצדקת רק על בסיס של הצלת הדמוקרטיה.²⁴ צ'רטס מציין כי הניסיון ההיסטורי מלמד שניתן להילחם בטרור בלי לפגוע קשות בערכים ליברליים-דמוקרטיים, הראייה היא הצלחתן של איטליה, צרפת ומערב גרמניה לצמצם באופן משמעותי את הטרור ללא פגיעה חסרת תקנה בעקרונות ובתהליכים דמוקרטיים, וזה לטענתו המדד האמיתי להצלחת המלחמה בטרור.²⁵

בניסיון לפתור את הדילמות הקשות הכרוכות בגיבוש מדיניות לחמה בטרור שתהיה אפקטיבית ותשמור על ערכים ליברליים-דמוקרטיים, מציעים חלק מהחוקרים "חבילת" עקרונות ופעולות מומלצות. וילקינסון קובע בהקשר זה כי התמודדות יעילה עם הטרור מחייבת שילוב של שני סוגי מלחמה: מלחמה צבאית-בטחונית להפחתת אלימות הטרור, ומלחמה פוליטית ופסיכולוגית להבטחת תמיכת הציבור, שהנה בסיס הכרחי לכל שלטון דמוקרטי מודרני ויעיל.²⁶

בנדורה מדגיש כי השימוש באמצעי לחמה בטרור מוצדק בדרך כלל, במונחים תועלתניים, תוך הדגשה כי הלחמה בטרור מפחיתה את רמת הסבל האנושי.²⁷ לכאורה, מוצדק לפגוע בזכויותיהם של מספר אנשים חפים מפשע על מנת להציל את חייהם של רבים אחרים. מקבלי ההחלטות וגורמי הביטחון הנוקטים באמצעים אלה תוך שימוש במטבע הלשון - "דמוקרטיה מתגוננת", שעיקרה - זכותו וחובתו של משטר דמוקרטי לנקוט בעת הצורך גם אמצעים חמורים, כדי להגן על קיום הדמוקרטיה עצמה, במילים אחרות. השמירה על הדמוקרטיה אינה מרשם לאיבוד עצמי לדעת רק לשם הקפדה על כל כללי השלטון הדמוקרטי - ליברלי וערכיו.

²⁴ Sthol Michael, *The Politics of Terrorism*, Dekker Inc, USA, 1983, p. 165.

²⁵ David A. Charters, "Counterterrorism Intelligence: Sources, Methods, Process, and Problems", *Democratic Responses to International Terrorism*, Transnational Publishers Inc. 1991, New York, p. 348. ("Charters").

²⁶ Peter St. John, "Counterterrorism Policy Making: The Case of Aircraft Hijacking, 1968-1988" בתוך Charters, לעיל בעמ' 73.

²⁷ ראו Bandura, לעיל הערה 20.

גד ברזילי, לעומת זאת, חולק על המושג "דמוקרטיה מתגוננת" וגורס כי מדובר בביטוי שגוי ומטעה, "היוצר מודעות כוזבת למציאות שאינה קיימת".²⁸ ברזילי טוען כי מטבע הלשון "טרור" מאפשר לקובעי המדיניות להוקיע פרטים או קבוצות, לגרשם מהקולקטיב הציבורי הראוי ליחס סובלני, לענות אותם, ולהתעלם מתביעותיהם בלא דיון מהותי, וממש באותה עת לטהר את המדינה מכל חטא והפרה מהותית של החוק.²⁹ פנינה להב תומכת בטיעונו של ברזילי, במצב מעין דטרמיניסטי, בנוגע לפעילותם של גורמי הבטחון הלוחמים בטרור; לטענתה, "בסופו של דבר מפסיק גוף זה להגדיר את זהותו כנשק לשעת הצורך שנוצר לשימור החברה ומתחיל לטשטש את הגבולות שבין טובתו שלו לבין טובת הציבור".³⁰ בהסתמכה על מחקריו של אהוד שפרינצק בנושא הליגליזם והאי-ליגליזם של החברה היהודית בארץ ישראל, הקובע בין השאר כי המנהיגות הישראלית הנוכחית ירשה את המנטאליות של האי ליגליזם של מגיני היישוב בעת מאבקם בבריטים, גורסת להב כי תרבות פוליטית זו, שבה מדינה ניצבת מעל החוק, הייתה בסיס ליצירתן של נורמות משפטיות המאפשרות צעדים מרחיקי לכת של מלחמה בטרור.³¹

על פי גישתו של ברזילי, הטרוריסטים הם למעשה פושעים פליליים והטיפול בפשיעה הטרוריסטית בשונה מהפשיעה הרגילה, ובכלים קשים וחמורים, הוא כלי בידי ראשי המדינה לשימוש פוליטי במלחמה בטרור. בטענותיו מתעלם ברזילי מהמאפיין המייחד את הטרור מפשיעה רגילה: המטרה הפוליטית שבבסיס הטרור. כפועל-יוצא מקיומה של מטרה אסטרטגית זו לטרור, נוצר מצב שבו כל לחמה בטרור מהווה, מטבע הדברים, מעין פעילות פוליטית. זאת ועוד. הטרור כפשע חברתי טומן בחובו סכנה חמורה לסדר הציבורי, למידת האמון של הציבור במערכת השלטונים, ותחושת הבטחון האישי והלאומי של אזרחי המדינה יותר, מפשיעה רגילה. ברזילי מצביע על סכנה מהותית ואפשרית של שימוש שרירותי בצעדי לחימה בטרור, אולם

²⁸ גד ברזילי, "מרכז נגד פריפריה: דיני מניעת טרור כפוליטיקה", פלילים, ח', תש"ס, (להלן: "ברזילי"), עמ' 247.

²⁹ שם, עמ' 234.

³⁰ פנינה להב, "חבית ללא חישוקים: השפעת הלחימה בטרור על התרבות המשפטית בישראל", מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים, חוברת 33, 1990 (להלן: "להב"), עמ' 19.

³¹ שם.

הוא משליך מן היוצא מן הכלל על הכלל ולמעשה שופך את התינוק עם המים. סכנת הניצול המכוון של הלחימה בטרור לצרכים פוליטיים, חמורה ככל שתהיה, אל לה להתארגן בצורה גורפת לויתור על כלי חקיקה, ענישה והתקפה בתחום הטרור, כפי שמציע ברזילי. אדרבה, עליה להביא לבררנות יתר בבחירת צעדי הלחימה בטרור, לאיתור שיטות ואמצעים המביאים לפגיעה מינימלית, אם בכלל, בערכים דמוקרטיים ליברליים, לשימוש בחלק משיטות הלחימה בטרור, במשורה ובתדירות נמוכה ביותר, תוך שמירה על כפיפות מלאה של מערכת הבטחון למנגנוני בקרה משפטיים ואחרים, ומערכת של איזונים ובלמים, שימנעו ממקבלי ההחלטות ומגורמי הבטחון ניצול שרירותי ולא לגיטימי של צעדים אלה. יתרה מכך, צ'רטס מצוין כי ההתייחסות לטרור כאל פשיעה רגילה עלולה להגביל את הלחימה בטרור לפעילות לאחר מעשה, דהיינו לאחר ביצוע העברה, כפי שמקובל במאבק בפשע, ובכך תמנע למעשה האפשרות לפעילות סיכול ומניעה.³² אולם, צ'רטס מתעלם מהעובדה שרשויות האכיפה אמונות גם על מניעת פשיעה והחוק הפלילי מעניש במסגרת זו גם על כוונות בלבד, קשירת קשר וחברות בארגון לא חוקי.

ההתמודדות עם הדילמה הדמוקרטית

מקבלי ההחלטות בישראל, קברניטי מדינה הסובלת מהיקף גדול יחסית של פיגועי טרור מסוגים שונים, מצאו את עצמם מתמודדים השכם וערב עם ה"דילמה הדמוקרטית". דילמה זו עוברת כחוט השני בין ממשלות ישראל השונות, והיא מתעצמת או נחלשת על פי היקף הטרור המופעל באותה עת כלפי המדינה. הדילמה באה לידי ביטוי בעיקר בסוגיות שונות שעיקרן חקיקת חוקים נגד הטרור, דרכי איסוף המודיעין, חקירת חשודים, נוהלי העמדה לדין וקבילותן של ראיות במשפט טרור, שיטות הענשה שנויות במחלוקת, כגון: הריסת בתים ואטימתם, הטלת סגר, פעילות התקפית מסוגים שונים, כגון "חיסול אישים", הכרוכה בהרג פעיל טרור בלא הליך משפטי, צנזורה על התקשורת בנושאי טרור, ועוד.

³² Charters, לעיל הערה 25, עמ' 259.

אחד הביטויים המרכזיים ל"דילמה הדמוקרטית" באה לידי ביטוי בנדבך מרכזי של אסטרטגיית הלוחמה בטרור - איסוף מודיעין.

תהליך איסוף המודיעין, כשלעצמו, עלול להיות כרוך לעתים בפעולות האסורות על-פי חוק, ובמקרים אחרים - בפעולות שאינן אסורות בחוק אולם עלולות לפגוע בערכים ליברליים - דמוקרטיים. אחד הנושאים מעוררי המחלוקת ביותר הוא שאלת איסוף המודיעין באמצעות חקירת חשודים במעורבות בטרור. אולם הדילמה הדמוקרטית בתחום המודיעין אינה באה לידי ביטוי רק בעניין השיטות לחקירת חשודים, אלא גם בנושאים נוספים, כגון: מעקבים אחרי חשודים בטרור, האזנות סתר, הפעלת סוכני מודיעין ועוד.

אשר למעקבים, אומר בנימין נתניהו כי "דמוקרטיה חייבת שיהיו לה מגוון של אמצעי מעקב ודרכים של איסוף מודיעין שיאפשרו לה לרדוף אחרי טרוריסטים, להעמידם למשפט ולהענישם".³³ אולם מרתה קרנשאו מדגישה כי משטרים דמוקרטיים לא יבצעו בדרך כלל מעקבים אחרי אזרחים כדי להתחקות אחר כל המזימות ולדעת מראש מתי קבוצות או פרטים מסוימים בחברה מחליטים לעבור מפעילות מחאה לגיטימית לפעילות אלימה.³⁴ גם שמידט מדגיש את הבעייתיות הכרוכה באיסוף מודיעין נגד טרור במשטרים דמוקרטיים, משום שהחיים הפרטיים של האזרחים אינם מעניינה של המדינה.³⁵

הדילמה הדמוקרטית באה לידי ביטוי במלוא חומרתה גם בתחום האזנות הסתר לחשודים במעורבות בטרור. בישראל למשל, התיקון לחוק האזנות סתר שאושר בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ב- 27 במרס 1995, קבע כי שירות הביטחון הכללי לא יורשה להאזין לכוהני דת מוסלמים במזרח ירושלים ובתוך שטחי ישראל, לרבות אנשי חמאס והג'יהאד האסלאמי, ללא קבלת היתר מנשיא בית משפט מחוזי. במסגרת זו נקבע כי השב"כ יידרש לחשוף בפני ועדה חשאית (שתורכב מראשי ועדת החוץ והביטחון וועדת החוקה של הכנסת) את אמות-המידה שלפיהן ייקבע למי

³³ בנימין נתניהו, *מלחמה בטרור - כיצד יביטו המשטרים הדמוקרטיים את הטרור המקומי ואת הטרור הבינלאומי*, ידיעות אחרונות-ספרי חמד, ישראל 1996, עמ' 31.

³⁴ Crenshaw, *לעיל* הערה 16, עמ' 121.

³⁵ Schmid, *לעיל* הערה 2, עמ' 14.

מותר להאזין ועל-פי אלו תבחינים יתבצעו ההאזנות. כן הורחב מספר אמצעי התקשורת שחל איסור להאזין להם, וביניהם טלפון סלולרי, פקסימיליה, תקשורת בין-מחשבים ותקשורת אלחוטית.³⁶ ראש-הממשלה יצחק רבין ז"ל חלק על ההחלטה הגורפת שנכללה בתיקון הנזכר, שלפיה כל ההאזנות שמבצע השב"כ יהיו נתונות לביקורת שיפוטית. במכתב ליו"ר ועדת החוקה של הכנסת הדגיש רבין כי אינו מוכן להשלים עם הדרישה להרחבת הביקורת השיפוטית על כלל האזנות הסתר למטרת ביטחון המדינה, מאחר שהדבר יביא לפגיעה בביטחון המדינה.

רבין הסביר את התנגדותו להרחבה זו בנימוק ש"האזנת סתר למטרות ביטחון המדינה שונה במהותה ובטיבה מהאזנת סתר למניעת עבירות לגילוי עבריינים... מדובר בהשגת מידע מודיעיני רגיש וחיוני בעל חשיבות עליונה, שמשפיע על חי אדם ועל הסיכויים להשיג שלום באזור, ומן הראוי שהסמכות לאחריות כבדה זו תהיה על ראש-הממשלה, המופקד על עניינים רגישים כאלה".³⁷

סוגיה לא פחות מטרידה, הממחישה את הדילמה הדמוקרטית סביב הפעילות המודיעינית, היא סוגיית ההפעלה של סוכני מודיעין. השאלה היא מה מותר ואסור לסוכני מודיעין לעשות כדי לחזק את מעמדם בתוך ארגון הטרור וכדי לבסס את אמינותם? האם מותר להם להיות מעורבים בפעילות בלתי-חוקית של הארגון, או אפילו ליזום פעילות כזאת?

מבחינה ערכית-מוסרית נראה כי התשובה לסוגיה זו היא כי אין לעשות שימוש בסוכן אשר הפעלתו מחייבת פעולות המנוגדות לחוק ופעולות העלולות לפגוע באחרים, אלא אם כן פעולות אלה מבוקרות, וברור מראש שלא תהיה בעטיין פגיעה ממשית. אולם החלטה גורפת מסוג זה עלולה לפגוע קשות בהפעלת הסוכנים, מאחר שארגון הטרור עלול לדרוש מעשה בלתי-חוקי כמבחן קבלה לארגון, וכך לנפות משורותיו את סוכני המודיעין.

ה"דילמה הדמוקרטית" באה לידי ביטוי גם בסוג אחר של פעילות במסגרת אסטרטגיית הלחימה בטרור - הפעילות ההתקפית; דהיינו "פעולות היזומות על ידי כוחות הביטחון נגד יעדי מחבלים, והמתבצעות באזורי היערכותם ושהייתם".

³⁶ הארץ, 28.3.95.

³⁷ שם.

סוגיית הפעילות ההתקפית עלולה להיות כרוכה בשאלות ערכיות-מוסריות, ולחדד את "הדילמה הדמוקרטית" בעיקר כאשר הפגיעה ביעדי הטרור עלולה להיות כרוכה בפגיעה עקיפה או ישירה בגורמים שאינם מעורבים במישרין בטרור, כולל פגיעה בריבונותן של מדינות זרות, או כאשר נעשה שימוש בכוח מוגזם נגד פעילי הטרור בניגוד לאמנות בינלאומיות ולכללי משפט תקינים.

אחד מסוגי הפעילות ההתקפית שנחשף לביקורת ציבורית ובינלאומית רחבה, ושימש אחד מנדבכי היסוד של הלחמה בטרור של ישראל במשך שנים, היה "חיסול האישים" ("Targeted Killings"), דהיינו, התנקשות בחייהם של פעילי טרור בכירים. פעילות זו מעלה שאלות ערכיות וחוקיות קשות במסגרת ה"דילמה הדמוקרטית", וביניהן הזכות ליטול את חייו של אדם אחר (גם כאשר בטרוריסט עסקינן) ללא משפט וללא מתן הזדמנות לאדם להתגונן נגד ההאשמות נגדו, הזכות לבצע מעין גזר-דין מוות מחוץ לשטחה של המדינה (גם כאשר סוג כזה של ענישה אינו קיים בספר החוקים, או שאינו מיושם באותה מדינה).

גם תחום הפעולות ההגנתיות באסטרטגיית הטרור חשוף לדילמות של פגיעה אפשרית בזכויות ובערכים ליברליים דמוקרטיים. תחום זה הכולל את "כלל פעילות הביטחון השוטף למניעת טרור ומכלול צעדי האבטחה הננקטים בגבולות המדינה, בצירי התנועה, וביעדים רגישים" אמור בראש ובראשונה לסכל את התרחשותם של פיגועי טרור, בין אם על-ידי מניעת חדירה של גורמים עוינים למדינה, איתור המפגעים בדרכם אל היעד ומעצרם, מניעת חדירת טרוריסטים למתקן שהוא יעד הפיגוע, או לחילופין להגביל את נזקי הפיגוע אם וכאשר יתרחשו. לצד הסיכול הקונקרטי ייתכנו מטרות נוספות, כגון: הרתעת המבצעים מלמש את כוונותיהם, וחיוק תחושת הביטחון האישי של האזרחים במדינה.

הפעילות ההגנתית, על פניה, אינה פוגעת בערכים דמוקרטיים-ליברליים, ולו רק משום שמעצם טבעה היא נכללת במסגרת הזכות הבסיסית להגנה עצמית הנתונה לכל אדם ולכל ישות מדינית או חברתית, וכן בשל הצד הסביל של פעילות זו. אולם מסתבר שחלק מהפעולות ההגנתיות מול הטרור כרוכות בפגיעה בזכויותיהם של פרטים וקבוצות בחברה, ומטילות מגבלות שונות על האזרחים. מגבלות אלה הן

בדרך כלל פועל-יוצא של הצורך הבסיסי של השוטר או המאבטח לזהות את הטרוריסט, לחפש בכליו ולמנוע את כניסתו ליעד הפיגוע. הנסיון לאתר טרוריסט בתוך קהל גדול משול לחיפוש מחט בערימת שחת, ומחייבת בדיקות בטחוניות לקבוצות גדולות מאוד של אנשים. דרישה להזדהות, כמו החיפוש בכליהם של האזרחים מהווה, על פניה, פגיעה בחירותם של האזרחים והתערבות שלטונית בענייניהם, לצד הכבדה על שגרת חייהם. ואם בכך לא די, הרי בתקופות של מתיחות נדרשו אזרחי ישראל למשל להשתתף בנטל האבטחה השוטפת נגד הטרור, הן בשמירת הורים על שערי מוסדות חינוך, והן בתשלום אגרות מיוחדות למימון אבטחה.

אחת הסוגיות השקות ביותר במסגרת ה"דילמה הדמוקרטית" היא שאלת החקיקה, דהיינו, חוקים מיוחדים לתחום הטרור שנועדו לאפשר את הלחמה בטרור ולייעל אותה. חוקים אלה הם בדרך כלל חוקי חירום, או תקנות מיוחדות שחוקקו בגלל צורך שנוצר, או בשל דרישתם של גורמי הבטחון, להעניק להם בסיס חוקי לפעילות מסוימת של לחמה בטרור.

אחת הדוגמאות לבעייתיות השימוש בחקיקה לצורכי סיכול ומניעת טרור היא סוגיית חילוט הכספים של ארגוני טרור. בעידן המודרני, ניהולו של ארגון טרור מחייב בסיס כלכלי רחב להפעלתו השוטפת של הארגון. ארגוני הטרור הפלסטינים, רובם ככולם, מקיימים מערך מנהלי ופיקודי המורכב מ"טרוריסטים מקצועיים", המונעים אמנם בדרך כלל משיקולים אידיאולוגיים, אולם הם גם מתפרנסים מפעילות זו. יתרה מכך, בשנות השבעים והשמונים החזיקו חלק מארגוני הטרור הפלסטינים, ובראשם הפת"ח, מערך גדול של מאות - ולעתים אלפי - פעילים במסגרת ה"כוחות הצבאיים" שלהם בלבנון ובאזורים אחרים, ושילמו להם משכורת חודשית. למותר לציין כי מעבר לתשלום משכורות זקוק ארגון הטרור לסכומי כסף גדולים עבור רכישת תשתיות ובנייתן, רכישת אמצעי לחימה, אימון פעיליו והכשרתם, ביצוע פעולות הטרור, ועוד. לפיכך, אחת הדרכים האפקטיביות להתמודד עם ארגון טרור היא על ידי בלימת הזרמת הכספים לארגון, או לפחות הערמת קשיים על הזרמתם. פעולות אלה מצריכות כאמור חקיקה פרטנית ושיתוף-פעולה בינלאומי (במיוחד

לאור העובדה שהטרוריסטים נעזרים בבנקים מערביים לצרכי העברת כספים אלה והלבנתם, והבנקים נוטים לשמור על החיסיון של לקוחותיהם).³⁸

לטענתו של ברזילי, במקום לטפח מנגנון משומן של חקיקה למניעת טרור יש לקיים תרבות סובלנית אשר בהכרח תקשה על צמיחתם ופעולתם של ארגוני טרור במדינה דמוקרטית. ישראל מהווה, לטענתו של ברזילי, דוגמה למדינה חסרת תרבות של סובלנות פוליטית, ובמדינה כזאת חקיקת חירום עלולה להזיק ליסודות הדמוקרטיה יותר משתועיל לשימורם.³⁹ ראש ממשלת ישראל המנוח, יצחק רבין, נקט עמדה הפוכה לעמדתו של ברזילי, ובישיבת ועדת חוץ ובטחון של הכנסת בשנת 1993 אמר שהחקיקה מגבילה את פעולות כוחות הבטחון. ראש-הממשלה התקומם גם נגד ההתערבות של בית הדין הגבוה לצדק בנושאים בטחוניים המגבילה את הפעולות הבטחוניות, ואף קרא לחקיקת חוק שיגביל את אפשרויות ההתערבות של בג"ץ. נראה כי פתרון הדילמה הדמוקרטית בתחום החקיקה ניצב בטווח שבין העמדות הקיצוניות שהוצגו על-ידי ברזילי, שקבע כי אין תועלת בחקיקה נגד הטרור, ועל-ידי רבין, שטען כי החקיקה הקיימת מפריעה לסיכול הטרור.

אין עוררין על כך שבחקיקה נגד טרור קיימת תמיד סכנה של גלישה לפגיעה בערכים דמוקרטיים-ליברליים, בחריות האדם והאזרח. אולם השאלה היא אם ניתן להיאבק בטרור במסגרת החוק הפלילי הרגיל? האם המאפיינים היחודיים של הטרור, והסכנות הכרוכות בו, אינם מחייבים חקיקה שתאפשר לכוחות הבטחון להפעיל אמצעים מיוחדים נגד טרור? התשובה, להערכת כותב שורות אלה, משתנה בהתאם לתנאי הזמן והמקום, בהתאם להיקף הטרור, לנזקו המידי וארוך הטווח, למאפייניו, ולסכנה הפיזית והמורלית-פסיכולוגית שהיו מציב בפני המדינה והחברה. כשהמדינה נאלצת להתמודד עם טרור בקנה-מידה נרחב, אין היא יכולה להמנע מהנחת בסיס חוקי מיוחד שיאפשר לנקוט בצעדים הנדרשים (התקפיים, הגנתיים, משפטיים ומודיעיניים), למאבק אפקטיבי בטרור. אולם גם כאשר מתקיים צורך חיוני זה, יש להגביל את החקיקה הן בהיקפה, הן במידת הפגיעה שלה בערכים ליברליים-דמוקרטיים, והן במשכה. החקיקה צריכה להיות לפרק זמן מוגדר, בתקווה כי יספיק -

³⁸ Schmid, לעיל הערה 2, עמ' 14.

³⁹ ברזילי, לעיל הערה 29.

אם לא להדביר את הטרור כליל - לפחות להקטין את היקפו ונוקיו לממדים שקדמו ליצירת הצורך.

אולם בחקיקה זמנית אין די. יש צורך גם לקבוע מערכת ברורה ומוגדרת של איזונים ובלמים, כחלק מחקיקת החירום, שיאפשרו פיקוח יעיל של הזרוע השופטת והזרוע המחוקקת על פעילות גורמי הבטחון, והתאמתה למסגרת החקיקה החדשה ולרוחה. מנגנון פיקוח כזה יאפשר בחינה ביקורתית של הלחמה בטרור ויהיה כתובת לתלונותיהם של הרואים עצמם נפגעים משימוש שרירותי בחקיקה זו. על מורכבות המשימה המוטלת על המחוקקים ועל מערכת המשפט למציאת האיזון הנדרש במסגרת הדילמה הדמוקרטית, יעידו דבריו של נשיא בית-המשפט העליון, השופט אהרון ברק, שאמר:

”מקווה אני, כי החברה הישראלית לא תמצא שופט נאיבי, הרואה בכל בעיה ביטחונית. שלטון החוק הוא בטחונה של המדינה. מקווה אני, כי החברה הישראלית לא תמצא שופט תמים, הרואה בזכויות היסוד חזות הכל. חוקה אינה מרשם להתאבדות. מקווה אני כי החברה הישראלית תמצא שופט זהיר וסביר, המבקש לראות את התמונה על כל היבטיה, המודע לתפקידו היוצר, השוקל באובייקטיביות בין האינטרסים השונים, המפעיל את עקרונות היסוד באופן נייטרלי והמבקש למצוא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות היסוד של הפרט, איזון המהווה את המשואה הדמוקרטית של המשטר.”⁴⁰

הדילמה הדמוקרטית בתחום החקיקה באה לידי ביטוי בין השאר בנושא העמדה לדין של חשודים במעורבות בטרור. מדינות רבות (בריטניה, ספרד, איטליה ועוד), חוקקו בתקופות שונות חוקים שקבעו נהלים מיוחדים והקלו על גורמי הבטחון והפרקליטות להעמיד לדין טרוריסטים, או חשודים בסיוע לטרור. נהלים מיוחדים אלה קשורים בכל שלבי ההעמדה לדין, מרגע תפיסתו של החשוד ומעצרו, ועד הרשעתו בבית-המשפט. חוקים אלה התייחסו אל:

⁴⁰ אהרון ברק, *שיקול דעת שיפוטי*, הוצאת פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987, עמ' 506.

- תקופת המעצר - קביעת תקופת המעצר של חשוד בפעילות טרור בלא צורך לקבל ארכה מבית-משפט, מעבר לתקופת המעצר המקובלת במקרים של עברה פלילית רגילה.
- קבילותן של ראיות - היתר להציג ראיות שהושגו בדרך שאינה מותרת על פי החוק, כגון האזנת סתר, וביצוע חיפושים לא לפי הנהלים המקובלים, וכו'.
- חיסיון - בניגוד לעקרון פומביות המשפט, במקרים מסוימים מוטל חיסיון במהלך משפטם של חשודים בטרור. לעתים הוטל חיסיון זה על הראיות המוצגות בפני השופט, כך שלא ניתן לנאשם ולבאי-כוחו לראות אותן. במקרים אחרים הוטל החסיון על פרסום הידיעה על החזקתו של החשוד ועל קיום המשפט.
- זכויותיו של העצור בחדש למעורבות בטרור - לעתים נמנעות מהחשוד בביצוע טרור זכויות בסיסיות המוענקות לעצורים בהאשמות אחרות, כגון הזכות לשמור על שתיקה בעת חקירה, הזכות להפגש עם עורך-דין, לקיים שיחת טלפון וכו'.
- נוהל הדין המשפטי - קיום נוהלי משפט מיוחדים לטרוריסטים. כך למשל, במדינות שבהן נהוג לקיים דיון בעברות חמורות בפני חבר מושבעים הוחלט לעתים לחרוג מנוהל זה, ולנהל משפטי טרוריסטים בפני שופט מקצועי.

בין הנימוקים שמעלים כוחות הבטחון להצדקת הצורך בנהלים מיוחדים של העמדה לדין יצוינו:

- הקושי להשיג ראיות על פעילותם הבלתי-חוקית של ארגוני הטרור - ארגוני הטרור הינם בדרך כלל קבוצות של אנשים המקיימים קשרים אישיים על בסיס אידיאולוגי, חברתי, דתי או לאומי. הטרוריסטים פועלים בחשאיות ובמחתרת, ועל כן החדירה לשורותיהם, המעקב אחריהם והשגת הראיות לפעילותם הבלתי חוקית קשה במיוחד, ומחייבת לעתים אמצעים מיוחדים והקלות בסדרי העמדה לדין.

- הצורך בהשגת מידע התרעתי מחשודים - צורך זה מחייב, לטענת גורמי הבטחון, להחזיק חשוד במעצר לאורך זמן מבלי להביאו בפני שופט, ובלי לאפשר לו להיפגש עם עורך-דינו.
 - חומרת הטרור - על פי גישה זו חומרת הטרור מחייבת למנוע מהטרוריסטים את זכות השתיקה, ולהתייחס לשתיקתו בחקירה כסימן המעיד על מעורבותו בטרור. במילים אחרות, שתיקת הטרוריסט מבטלת למעשה את חזקת חפותו.
 - הצורך בהגנה על מקורות המודיעין - מחייב במקרים רבים הטלת חיסיון על הראיות המובאות לבית-המשפט, אם חשיפתן לחשוד ובא-כוחו עלולה לסכן את חייו או את קיומו של מקור המודיעין (בין אם מדובר במקור שהוא מודיעין אנוש [humint] או מודיעין אותות [sigint]).
 - החשש מירידת שותפי החשוד למחרת - מחייב לעתים איפול על עצם מעצרו של החשוד והחזקתו במעצר, עד אשר ייתפסו שותפיו.
 - החשש של שופטים ומושבעים מנקמתם של טרוריסטים - מביא לעתים לביטול שיטת המושבעים במשפטי טרור, ולמינוי שופטים מיוחדים במשפטים אלה.
- גם בדילמה הדמוקרטית הנגזרת מנוהלי ההעמדה לדין של טרוריסטים יש למצוא את האיזון העדין בין פעילות אפקטיבית נגד טרור הנגזרת מהמאפיינים ומהדרישות המיוחדות של סוג מאבק זה, לבין ההקפדה על הערכים הדמוקרטיים-ליברליים. כאשר נדרשת חקיקת נהלים מיוחדים להעמדה לדין של טרוריסטים, ניתן לשמור על איזון זה על-ידי הכפפתם של ההסדרים המיוחדים לביקורת שיפוטית, הגדרת זכויות החשודים בביצוע טרור, ויידוע החשודים בדבר זכויותיהם אלה, ומתן רשות לחשודים בביצוע טרור לערער על ההליכים המיוחדים הננקטים נגדם.

ענישה

הענישה נועדה למנוע פיגועי טרור על-ידי נטרולם של טרוריסטים פוטנציאליים בהבאתם לדין וכליאתם מאחורי סורג, הענשת המעורבים בטרור על מעשיהם והרתעת אחרים מלבצע פעולות דומות. כאמור, המאפיינים המיוחדים של הטרור מחייבים לעתים לנקוט צעדי ענישה חמורים ושונים מאלה המקובלים בענישה

פלילית רגילה. בחלק מהמקרים צעדי הענישה הננקטים פוגעים במישרין או בעקיפין גם באנשים שאינם מעורבים בפעילות הטרור. פעולות אלה (כגון עוצר, סגר, הריסת בתים ואטימתם, וכו'), מוגדרות לעתים כ"ענישה קיבוצית" והן סותרות, לכאורה, את ערכי הדמוקרטיה הליברלית, (ראה תרשים 7.5).⁴¹ ברוס הופמן וג'ניפר מוריסון גורסים כי הצעדים שנועדו למנוע תמיכה אקטיבית או פסיבית בארגוני הטרור נתגלו כחסרי תועלת, והביאו בסופו של דבר לעלייה בתמיכה של הציבור בארגון, בשל חוסר הנוחות וההפרעה שגרמו לכלל האוכלוסייה.⁴²

כבר ציינתי כי ההגנה על חיינו, גופו, כבודו וגם קניינו של אדם התעלתה למעמד חוקתי - על חוקי. אם נגזור את ההגנה על ביטחון המדינה מן החובה החוקתית להגן על חיי הפרטים שבה, אזי אפשר לומר שביטחון המדינה הוא ערך חוקתי; כמוהו כזכויות אדם הנגזרות מן הערך החוקתי של הגנת כבוד האדם. על פי האמרות שציטטתי מפי שופטים של בית המשפט העליון בתקופות שונות אפשר, לכאורה, להסיק שלמרות השוויון במעמדם החוקתי של שני טיפוסי האינטרסים המתנגשים, מתקיימת ביניהם בכל זאת היררכיה; מעין מבנה אנכי שבו הערך הביטחוני ניצב מעל ערכים אחרים ולכן - במקרה של "התנגשות חזיתית" - תהיה ידו של האינטרס הביטחוני על העליונה.

מסקנה כזאת, גם אם הייתה בת תוקף בעבר איננה מתקיימת עוד במציאות. מזה שני עשורים ויותר פיתח בית המשפט העליון מתודולוגיה של בחינת איזונים אופקית שבה נבחנת המידתיות של הפגיעה בערכים או באינטרסים המתנגשים במגמה ליצור איזון סביר. הבחינה הזאת מקנה לאינטרס הביטחוני רק עדיפות יחסית ולא עדיפות מוחלטת. לאמור שימור האינטרס הביטחוני יובטח רק אם תצומצם הפגיעה בזכויות האזרח לכדי רמה סבירה. צמצום כזה של הפגיעה בזכות האזרח יכול לבוא על חשבון פגיעה מסוימת באינטרס הביטחוני. טול, למשל, סוגיות של

⁴¹ רחבעם זאבי חולק על ההתנגדות לענישה קיבוצית: "עלינו לחפש מה כואב להם ואיננו עושים זאת. אנחנו נבהלים למשל מעונש קיבוצי, למרות שזה עבד באופן יוצא מן הכלל. מהומות בבית פג'אר יגררו אחריהן איסור יצוא אבנים דרך גשר אלנבי. אם תהיינה מהומות בחברון, הענבים מכרמי חברון לא יישלחו לירדן! אם תאמר שאין זה מוסרי, אשיב לך שזה יותר ממוסרי, מפני שעל-ידי כך אנו גורמים לכך שפחות דם יישפך, יהודי וערבי כאחד. אבל מתנגדים לנהוג כך, כי זה עונש קיבוצי" (מיכאל ששר, *שיחות עם רחבעם גנדי זאבי*, ידיעות אחרונות - ספרי חמד, ירושלים, 1992, עמ' 132-133).

⁴² ראו Hoffman and Morrison, לעיל הערה 17.

גירוש או צעדים אדמיניסטרטיביים אחרים. בגדר שמירת איזונים ראויים נדרשת המערכת הביטחונית לקיים שורה של צעדים הכוללים שיקול דו ממדי (ממד האינטרס הביטחוני וטיבן של הראיות התומכות את הצעד האדמיניסטרטיבי וממד הפגיעה בפרט, נחיצותה, היקפה, השלכותיה) ולאחר מכן נקיטת צעדי ביקורת שיפוטית או מעין שיפוטית לרבות אפשרות פניה לבג"ץ. הצעדים הללו פוגעים במידה מסוימת באינטרס הביטחוני שכן הם מאיטים את התהליך ולפעמים בולמים אותו לחלוטין.⁴³

לשיטת הבחינה שהתפתחה יש, לדעתי, שלושה מרכיבי אפיון.

מן הראוי להוכיח את האינטרס הביטחוני; את התועלת העשויה לצמוח מהפעלתו של אמצעי הפוגע בזכויות אדם ואת הנוק העלול להיגרם כתוצאה מפסילתו. בכגון זה בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הגורמים הביטחוניים בשיקול דעתו. הוא יקבל, בהעדר סיבה בולטת לדחות, את חוות הדעת של הגורמים הביטחוניים אבל נדרשת מהם מידה של שכנוע. בה בעת יש להוכיח גם כי נפגעת, באורח ממשי, זכות מזכויות האדם.⁴⁴

בית המשפט יבקש למצוא מין נקודת עיגון ארכימדית לאמצעי הביטחוני כדין הפורמלי. על בסיס נקודת עיגון כזאת אפשר לבחון את חוקתיות הפגיעה בזכויות האדם על פי תכלית הדין הספציפי, על פי סבירות האמצעי ותועלתו.⁴⁵ בפרשה הידועה של עתירת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, פסל בית המשפט העליון שימוש באמצעי חקירה בעלי אופי פיזי, בידי חוקרי שירות הביטחון הכללי, משום

⁴³ לא הכל אוחזים ב"גישת האיזון" שעה שמתקיימת התנגשויות בין זכות יסוד לבין צורך ביטחוני-קיומי כך כתב, זה לא מכבר השופט טירקל: " אפילו סברתי כי מדובר בפגיעה חמורה, הרי שכאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיזון הפסיקטיות אינן ישימות ואינן הולמות, שעה שחיי אדם - חיי ציבור שלם! - מונחים על הכף" [בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי (טרם פורסם)]

⁴⁴ השופט טירקל כתב: "בבואנו לשקול את זכותם של העותרים והציבור לחופש בטוי ולקבלת מידע מול זכותם של בני הציבור להגנה על חייהם, יש לבדוק תחילה אם אכן פוגעת החלטת הממשלה בזכויות לחופש בטוי ולקבלת מידע" [שם].

⁴⁵ ברוח זה נקט הנשיא שמגר פרשנות תכליתית של הדין הבינ"ל בסוגיית גירוש (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע פ"ד מב(2) 4).

שלא נמצא, לשיטת חקירה זו, מקור עיגון חוקי⁴⁶. זה, למרות שפסק הדין "מתנגש" בצורכי ביטחון שלא קשה לחוש בהם. כך כתב הנשיא ברק שם:

החלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דינו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו⁴⁷.

סיכום והמלצות

לסיכום, סוגיית "הדילמה הדמוקרטית" היא אחת משאלות היסוד של מדיניות הלחמה בטרור במדינה דמוקרטית. ארגוני הטרור מודעים לדילמות הערכיות-מוסריות הכרוכות בהפעלת אמצעים שונים במסגרת מרכיבי הלחמה בטרור - איסוף מודיעין, פעילות התקפית, הגנתית וענישה, והם מנסים לחדד את הדילמות הללו בשיטות שונות, ולנצל אותן כדי לפגוע בלגיטימיות של השלטון שנגדו הם נלחמים. השאלה המרכזית היא, כאמור, האם ניתן להילחם בארגוני הטרור ביעילות בלי לפגוע קשה בערכים דמוקרטיים-ליברלים? נראה כי התשובה לשאלה זו חיובית, אם כי המשימה אינה קלה. צ'רטרס מציין בהקשר זה כי הטרור נבלם, או צומצם באופן משמעותי באיטליה, בצרפת ובמערב גרמניה, ללא הרס או פגיעה חסרת תקנה בעקרונות ובתהליכים דמוקרטיים, ומסכם: "זה המודד האמיתי להצלחה שלהם"⁴⁸.

⁴⁶ מכלל זה יוצאות נסיבות שבהן מופטר החוקר מאחריות פלילית מכוח הסייג של "צורך" (סעיף 34יא לחוק העונשין תשל"ז-1977). בנסיבות כאלה אפשר לומר שיש עיגון בדין לזכות החוקר לחקור תוך שימוש באמצעים הללו (ראו: ע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועמ"ש פ"ד ו 341, 362).

⁴⁷ בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נגד (4) 817, 846-845.

⁴⁸ ראו Charters, לעיל הערה 25.

על רקע נסיונה המצטבר של ישראל בהתמודדות עם הטרור, ובמטרה לצמצם ככל שניתן את נזקי ה"דילמה הדמוקרטית", מומלץ לקבוע מספר מסמרות אשר יעמדו בבסיס כל מדיניות של לחימה בטרור:

- מחויבות הממשלה - על הממשלה להגדיר את מחויבותה לעשות כל שניתן להגנת שלומם וביטחונם של אזרחי המדינה במסגרת החוק. כשנוצר צורך חיוני ומתמשך ללחום בטרור, שאינו עולה בקנה אחד עם החוק, יש לפעול לשינוי החקיקה על פי התבחינים המפורטים לעיל. בכל מקרה אין לנקוט בלחמה בטרור המנוגדת לחוק.
- חקיקת חירום - במקרה של חקיקת חוקים נגד טרור העלולים לפגוע בערכים ליברליים-דמוקרטיים, יש לוודא שיהיה רוב מוחלט בין חברי הכנסת שיתמוך בחוק. יש להגביל חוקים אלה לתקופה מוגדרת מראש, ולקבוע כי בחלוף פרק זמן זה יפקע תוקפו של החוק אוטומטית. יש לפרט בחקיקה באלו מקרים ניתן ליישם את החוק, ולקבוע מנגנון פיקוח בלתי תלוי שיפקח על יישום החוק ועל מגבלותיו. ככלל, יש לשאוף לצמצם ככל האפשר את השימוש בחקיקת חירום ולהסתפק בחקיקה רגילה.
- ביקורת - יש להגדיר במפורש את כפיפותם של כל גורמי הביטחון לביקורת שוטפת ואד-הוק של הזרוע המחקקת.
- שפיטות - יש לקבוע כי כל הפעולות האופרטיביות הננקטות במסגרת לחמה בטרור של המדינה הן ברורות שיפוט.⁴⁹
- קבלת סעד - יש לקבוע את זכותו של כל מי שרואה עצמו נפגע מפעילות לחמה בטרור לקבל סעד מבתי-המשפט.
- הגדרת ארגון טרור - יש להגדיר תבחינים ברורים להכללתם של ארגונים ברשימת ארגוני הטרור.
- פעילות התקפית - יש להשתמש בפעילות התקפית לצורכי סיכול פיגועים מסוימים, לשיבוש הפעילות של ארגון טרור ולפגיעה בתשתיתו, להרתעה מפיוגועי טרור וכו', אולם לא לצורכי ענישה גרידא. יש להקפיד על שימוש באמצעים ובשיטות תקיפה בררניים שיצמצמו עד למינימום את הפגיעה בחפים מפשע.
- איסוף מודיעיני - יש לקבוע כי הרשאה לאיסוף מודיעיני העלול לפגוע בחרויות האזרח (מעקב, האזנה וכו'), תינתן רק על-ידי שופט, ומראש.

⁴⁹ בהתייחסו לשאלת השפיטות של פעולות צה"ל בשטחים בבתי-הדין הישראליים אומר שלמה גזית: "מלתחילה החליטה ממשלת ישראל החלטה עקרונית: הממשל הצבאי לא יטען כי אין לבג"ץ סמכות לדון בפעולות או במחדלים בשטחים, משום שמדובר בפעולות שנעשו מחוץ לגבולות המדינה. בשנים הראשונות לשלטון הישראלי נמנעו תושבי השטחים מפנייה לבג"ץ, גם משום שלא האמינו באובייקטיביות של בית משפט ישראלי הדין בענייניהם, וגם משיקול מדיני - חוסר רצון להעניק לגיטימיות לשלטון הישראלי על ידי פנייה לערכאותיו. לימים נשתנתה עמדה זו, ופלטטינים החלו לפנות לבג"ץ ולבקש ממנו סעד משפטי" (שלמה גזית, *פתאים במלכודת - 30 שנות מדיניות ישראל בשטחים*, זמורה ביתן, 1999, עמ' 53).

- נוהלי העמדה לדין - ככל שנקבעים כללי העמדה לדין לטרוריסטים שונים מאשר לפושעים פליליים, יש להכפיף את ההעמדה לדין לפיקוח חיצוני בלתי תלוי, שילווה את החשוד בפעילות טרור מרגע מעצרו.
- שיטות חקירה - יש להגדיר את מגוון אמצעי החקירה בחקירה, ולקבוע מנגנוני פיקוח למניעת חריגות (הפיקוח יוכל להיעשות באמצעים טכניים או על ידי על ידי גורם בלתי-תלוי שילווה את הליך החקירה, גם אם ללא ידיעתו של הנחקר עצמו). יש לאפשר חקירות בנוהלים מיוחדים במקרים של "פצצה מתקתקת", באישור של ועדה בלתי-תלויה מיוחדת ובפיקוח פרלמנטרי. ככלל, יש לשאוף שהחקירה תתנהל באמצעים מתקדמים וללא שימוש באלימות או בעינויים.
- ענישה מנהלית - יש להכפיף כל סוג של ענישה מנהלית לביקורת שיפוטית. במקרים של חיסיון ראיות ואי הצגתן בפני החשוד או בא-כוחו, יש להציג את הראיות בבית-המשפט. בהקשר זה יש לשקול הקמת מחלקה מיוחדת מסווגת במסגרת הסנגוריה הציבורית, שתבחן את הראיות החסויות ותביע את דעתה בפני השופט ביחס לתקפותן, בלי לעדכן את החשוד עצמו ואת בא-כוחו.
- ענישה קיבוצית - יש להימנע מענישה קיבוצית, ולהקפיד שכל פעילות אופרטיבית שיש לה השפעה על אוכלוסיה רחבה יותר מאשר המעורבים עצמם בטרור (כגון: סגר, עוצר, כיתור וכו') תתבצע לצרכים אופרטיביים קונקרטיים בלבד, ולפרק זמן מוגדר, ולא לצורכי ענישה.
- פעילות הגנתית - יש לצמצם ככל הניתן את השימוש בשיטות אבטחה ואמצעי הגנה העלולים לפגוע בזכויות האזרח, ואם יש צורך בכאלה, יש לקבל אישור פרלמנטרי לשימוש בהם. בכל מקרה, אין להחיל את המגבלות העלולות לנבוע מפעילות האבטחה רק על קבוצה או מיעוט מקרב האוכלוסיה כולה.
- צנזורה - יש להימנע מהטלת צנזורה על התקשורת בנושאים הקשורים לסיקור פיגועי טרור, אם זאת, יש לעודד את אמצעי התקשורת לגבש כללי התנהגות מקצועיים שלא יהפכו אותה לכלי משחק בידי הטרוריסטים. אם הדבר לא ייעשה על ידי התקשורת מרצונה, יש להפעיל לחץ ציבורי שיניע את אמצעי התקשורת לעשות כן.

הגנה עצמית במשפט הבין-לאומי - המקרה של מלחמת ששת הימים

ארז חסון*

מבוא

שער המשפט הבין-לאומי

שער מלחמת ששת הימים

סיכום

אפילוג

מבוא

בבוקר ה 5 ביוני 1967 עוד פרסם דובר צה"ל הודעה כי "משעות הבוקר המוקדמות של היום מתחוללים בחזית הדרום קרבות עזים בין כוחות אוויר ושריון מצריים שנעו לעבר ישראל לבין כוחותינו שיצאו לבולמס". תוך פחות מיממה נתבררה האמת לאשורה כי את הכדור הראשון ירתה ישראל.

אבל האם זהותו של הכדור הראשון, היא גם הקובעת באשר לשאלת האחריות לפריצת המלחמה? האם היה זה מטוס המיראז' הראשון שחדר לשטחה האווירי של מצרים, הטנק הראשון שחצה את גבול סיני שהכריזו על פרוץ המלחמה? או שמא היו אלו קריאות הקרב המתלהמות של תחנות הרדיו הערביות, איומי ההשמדה של מנהיגי המדינות השכנות ובעיקר סגירת מיצרי טיראן וריכוזי הכוחות בחצי האי סיני

* סא"ל ארז חסון, נשיא ביהמ"ש הצבאי שומרון.

שנתפסו בישראל כאיום מוחשי וכתוקפנות גרידא - האם לא היו אלו משום הכרזת מלחמה על ישראל, הגם שלא נתלוותה להן חציית הגבול?

בימים אלו, של בלבול מושגים שבין "מלחמה", "לחימה", "עימות נמוך עצימות" וכיוצא באלו, האם אנו יכולים להסכים על הגדרה מקובלת של מצב יסודי כל כך בהוויה הישראלית כגון "מלחמה"? מהי ההבחנה בין "מלחמה" לבין "תקריות גבול" ומי קובע מהו הקו החוצץ בין מצב "שלום" לבין מצב "מלחמה"? מהי משמעותם של מושגים אמורפיים כגון "הגנה עצמית" או "תוקפנות"?

נקודת המוצא במאמרנו זה, תהא נקודת המוצא של המשפט הבין לאומי, כפי שהוא בא לידי ביטוי באופן כללי ובאפיונות ששת הימים בפרט. נבקש לבדוק כיצד ניתן להציג את שרשרת האירועים שהחלה מתגלגלת במחציתו של חודש מאי ואלו שלבים מושגיים, מבחינת ההגדרות של "שלום" ו"מלחמה", נחצו במהלך המשבר. נעמיד זו מול זו את עמדת ישראל למול עמדת המחנה הערבי וננסה לבדוק לאילו מסקנות הגיעה המערכת הבין לאומית, אם בכלל, בהחלטותיה, בעיקר בהחלטת מועצת הביטחון 242.

נבקש להציג את ההשלכות המעשיות של תוצאות הדיון, ככל שהוא מקרין על מעמדם של ה"שטחים" ועל התוצאות של המלחמה מבחינה בין לאומית. נעמיד זו מול זו את מערכת סיני במערכת הבין לאומית למול מלחמת ששת הימים, הן מבחינת העילה המשפטית לפתיחת האש והן מבחינת התוצאות הבין לאומיות.

חשיבות הדיון

השאלות שעמדו ביסוד משבר 67', הוסדרו זה מכבר בהסכם השלום בין ישראל ומצרים משנת 1979. שאלת החופש במיצרי טיראן ודילול כוחות הצבא המצריים בסיני, הוסדרו בחוזה בין לאומי לו ערבה ארה"ב. עם זאת, אין אנו פטורים מדיון מעמיק בשורשי אותו משבר ובשאלת הלגיטימיות של הפעלת הכח ע"י ישראל

¹ ראה סעיף V (2) (לעניין מיצרי טיראן) וכן סעיף IV והנספח הראשון (לעניין המשטר הצבאי בח.א. סיני) להסכם השלום בין הרפובליקה הערבית של מצרים לבין מדינת ישראל, אשר נחתם בושינגטון ביום 26/03/1979

בתגובה למהלכי הערבים במאי 67'. תוצאות הבירור משליכות לא רק על אותו סכסוך, אלא נוגעות בשאלות היסוד של מציאות חיינו עד היום.

תוצאות מלחמת ששת הימים, שהיא מן הסתם אחד מן האירועים הבולטים והמשפיעים ביותר בהיסטוריה של מדינת ישראל, כרוכות באופן ישיר בנסיבות פריצתה. האופן שבו עוצבו הישגי המלחמה הוא פונקציה של המערכת הפוליטית והבין לאומית שקדמה לפרוץ מעשי האיבה ושל האופן שבו הצליחה ישראל להסביר בזירה הבין לאומית את התנהגותה. במאמר נבקש להצביע על ההבדלים שבין מבצע "קדש" לבין מלחמת "ששת הימים". בתום שתי המערכות עמדה ישראל כשברשותה הישגים טריטוריאליים מרשימים. עם זאת, בשנת 56' ניצבה ישראל תחת לחץ בין לאומי כבד שהסתיים בפינוי של ח.א. סיני ללא תנאי ובאופן מידי. לעומת זאת שנת 67' הסתיימה ללא דרישה בין לאומית זהה כי עם בהחלטה עמומה של מועצת הביטחון, החלטה 242 העומדת עד היום ביסוד המהלכים המדיניים באזור, וללא אולטימטום בין לאומי חריף לפינוי מידי של ה"שטחים" וללא תנאי. נציין את המגעים שקדמו לקבלת ההחלטות במישור הבין לאומי ונבקש לקדם את התיזה כי הייתה זו העמדה הישראלית בדבר "הגנה עצמית" מול התוקפנות הערבית שקדמה לה, שעמדה ביסוד ההבדלים שבתוצאות שתי המלחמות.

אלא שיותר מכך, דומה שלשאלת האחריות לפרוץ מלחמת ששת הימים, "זרוע ארוכה" אשר עודנה עומדת ביסוד הדיון המדיני והבטחוני שבין ישראל לבין שכנותיה. כך, מכל מקום, טוען פרופ' איתמר רבינוביץ, שגריר ישראל לשעבר בווינגטון וראש המשלחת למו"מ עם סוריה. לדעתו, הבנה של שורשי פריצת המלחמה והאחריות לפתיחתה, עומדת ביסוד הסדר בטחוני גם כיום בין ישראל וסוריה. גם במו"מ בין שתי המדינות למעלה מ 25 שנה אחרי המלחמה ההיא, עדיין עמדה שאלת האחריות לפרוץ המלחמה ביסוד ההצעות המדיניות לענין גורל רמת הגולן, וסייעה לעצב את עמדות היסוד של כל צד במו"מ, ובלשונו של רבינוביץ²:

² פרופ' איתמר רבינוביץ, סוריה, היחסים הבין-ערביים ופרוץ מלחמת ששת הימים, מתוך: שישה ימים - שלושים שנה, מבט חדש על מלחמת ששת הימים, קובץ מאמרים בעריכת פרופ' אשר סטר, מרכז רבין לחקר ישראל, 1999, עמ' 46.

"מבחינתה של ישראל, סוריה היא שחוללה את המלחמה בתום 19 שנים של התנהגות תוקפנית, ומכאן שכל הסדר לסכסוך הישראלי-סורי חייב להביא בחשבון את הרקע הזה. רק כינונו של שלום אמת ומשטר בטחוני יעיל ויוכלו לערוב לכך, שמשבר והידרדרות למלחמה דוגמת מה שאירע בחודשי מאי-יוני 1967 לא יישנו בעתיד. מנקודת ראותם של הסורים, כבשה ישראל את רמת הגולן במלחמת תוקפנות טיפוסית למדינה, שמעצם מהותה היא שוחרת התפשטות ותוקפנות; על כן יש להחזיר את השטח לבעליו החוקיים בלא כל תנאי. משעה שתחזיר ישראל את רמת הגולן לסוריה, לא יהיה יסוד למלחמות עתידיות ביניהן".

ובכלל, מי זה יתקע כף לידנו כי סצנריו דומה לא עתיד להתרגש על ישראל באופן דומה ביום מן הימים. אמת היא כי בגזרות הדרומית והמזרחית מוסדרים תחומים אלו בהסדר משפטי מוסכם וחתום, לו ערבה ארה"ב. עם זאת, לא מן הנמנע לחזות בדמיונו מצב של ריכוז כוחות פתאומי בגזרה הצפונית, ללא חציה פיזית של קו הגבול. למעשה תרחיש כזה אף אירע לפני מספר שנים. כיצד רשאית ישראל להגיב על ריכוז כוחות סורי כאמור? ובאם תתקבל הערכה מודיעינית כי פני הכוחות לעימות - האמנם רשאית ישראל להקדים ולתקוף את ריכוז הכוחות בעוד הוא נתון בתהליך הפריסה או שמא עליה ל"המתין" עד לפתיחה באש ע"י הסורים? מה תהיה התגובה הבין לאומית על מהלך שכזה?

יתרה מכך, המקרה של מלחמת ששת הימים, ככל שהוא מיוחד וקונקרטי, מצביע לטעמנו על מצב יסודי בהווה הבטחונית-הישראלית, ומכאן החשיבות שבבירור גבולות הלגיטימיות שלו. ישראל נדרשת להתמודד כמצב נתון עם קשת איומים ברמות שונות של דחיפות, היקף וחומרה כ"לחם חוק". הגדרות נכונות של גבולות הלגיטימיות הבין לאומית של התגובה האפשרית לאיומים אלו - היא יותר מאשר ענין לאקדמיה בלבד לענות בו, בוודאי בימים אלו בהם דומה כי ישראל מתחבטת בעצמה בהגדרות של מושגים כגון "סיכול ממוקד" והלגיטימיות שלהם במישור הבין לאומי.

הצגת הדילמה

עיקר הטיעון של מדינת ישראל, הן טרם מעשה ובעיקר לאחריו - היה כי לא ביקשה לצאת למלחמה מרצונה וכי אויביה כפופה לעשות כן. הטיעון היה כי ישראל נחלצה להגן על עצמה מן האיום הקיומי שריחף מעל המדינה וכי הדרך היחידה לעשות זאת היתה בחיסול האיום הצבאי המצרי. המסד לעמדה הישראלית נעוץ סביב מושג "ההגנה העצמית", מושג עמוק ורב פנים, ובעל שורשים בדיסציפלינה המשפטית ובהיסטוריה הדיפלומטית.

אולם אליה וקוץ בה. המושג המקביל ל"הגנה עצמית" הוא מושג ה"תוקפנות". מושג זה, על נפקויותיו הערכיות השליליות, משמש כעילה, כסיבה וכצידוק לשימוש בכח במסגרת ה"הגנה העצמית". נקודת המוצא הלוגית, המילולית היא כי לא תיתכן "הגנה עצמית" בלא "תוקפנות" שקדמה לה, שאחרת הרי היא בעצמה "תוקפנות" שאין לה שחר ואין לה צידוק.

האם נוכל לומר בכנות ומתוך יושר אינטלקטואלי כי אותם 6 ימים ביוני היו משום "הגנה עצמית" למול תוקפנות ערבית שקדמה להם? כיום, למעלה מ-30 שנה מאותם אירועים, משוחררים ממגבלות צנזורה, פתחנו את דברנו בקביעה העובדתית שאין לגביה מחלוקת כי את מעשי האיבה החלה ישראל. האם נוכל להצביע על תוקפנות ערבית קודמת?

דומה כי אליבא דכולי עלמא, אדם אשר יורה במי שמנסה לרוצחו נפש והסכין מפלחת את בשרו, אכן ניצל את זכותו הלגיטימית להגנה עצמית. מתוך אותה אנלוגיה נוכל לומר כי מדינה אשר גבולותיה נפרצו ע"י טורי שריון של האויב, רשאית להגיב בכל הכוח למול התוקפנות. לעומת זאת, קיים קושי מושגי, משפטי ומוסרי בלהצדיק אדם אשר ירה למוות במי שרקם מזימות בלבד ולא הוציאן מן הפועל אל הכח או במי ש"הפגין שרירים" בלבד. האם רשאים אנו לומר כי "הגנה עצמית" אפשרית גם למול הפגנת כוונות גרידא, זדוניות ככל שיהיו? ואי מזה או אי מזה "נופל" המקרה של ששת הימים? ואם נקבל את הפרשנות המרחיבה למושג ה"הגנה העצמית", כפי שמבקשת ישראל לעשות ביחס למלחמת ששת הימים, מה נותר עומד ביננו לבין אנרכיה מוחלטת בתחום היחסים הבין לאומיים, בה כל "רגישות" מופרזת תצדיק שימוש בכח?

הצגנו שורת קושיות. ננסה להשיב על מקצתן.

שער המשפט הבין-לאומי

המשפט הבין לאומי הוא מערכת הנורמות המסדירה את מערכות היחסים בין המדינות בעולם במסגרת הקהילה הבין לאומית. המודל לאפיון המשפט הבין לאומי נעוץ במערכת המשפטית הקיימת בכל חברה וחברה. כשם שהמשפט מסדיר בשורה של נורמות, כתובות ובלתי כתובות, את מערכת היחסים שבין הפרטים בחברה האנושית - מסדיר המשפט הבין לאומי את מערכת היחסים שבין "אטומים" המרכיבים את הקהילייה הבין לאומית, המדינות. הוויכוחים אודות מידת הנורמטיביות הגלומה במשפט הבין לאומי, האם אכן מדובר ב"משפט" או במערכת כללים גמישה שניתן להפר אותה בכל עת, מלווים אותו מאז ראשיתו. עם זאת דומה שאנו עדים לעליית המשפט הבין לאומי וביצור כוחו בשנים האחרונות.

פרק חשוב בתוך המשפט הבין לאומי, עוסק בדיני המלחמה. אלו מבקשים לקבוע מערכת נורמטיבית אשר תסדיר את המותר והאסור בשדה הקרב.

המלחמה מלווה את המין האנושי משחר ימיו. כבר בתקופות העתיקות אנו רואים ניסיונות להגבלת המלחמה. בתנ"ך אנו קוראים בספר "דברים", פרשת 'כי תצא' הוראות והגבלות שונות על הלחימה. אנו מוצאים שם את האבחנה בין גברים ובין נשים וטף, את האיסור לכרות עצים במצור ("כי האדם עץ השדה") ואת ההגבלות על לקיחה בשבי של אישה יפת תואר. גם בחברות קדומות אחרות היו כללים אשר הגבילו את הלוחמה. "מנהגי היוונים" - אותם מזכיר ההיסטוריון תוקידידס חייבו הכרות מלחמה מסודרת, כיבוד אמנות והתחייבויות בין ערי-המדינות, קדושת הפסקת האש הרשמית וכיבוד המשחקים האולימפיים, שמירה על מקומות המוכרים כמוגנים, הגנה על נושאי משרות מסוימות, החזרת גופות והימנעות מהתקפה ישירה על אזרחים.

המאה העשרים, לצד שהיא משופעת בסכסוכים אלימים ומעשי זוועה שנעשו בצל המלחמה, ואולי דווקא בשל כך, מצטיינת בזינוק קדימה בתחום דיני המלחמה. תקנות האג משנת 1907 ואמנות ג'נבה משנת 1949, הן קורפוס נכבד, שהתקבל כדבר

חוק מחייב ע"י רוב הצבאות בעולם. דברי חקיקה אלו, כוללים שורת הוראות המגבילות את כוחם של הצבאות בעת ניהול המלחמה ומעלים דרישה להגנה של קורבנות המלחמה. המאה העשרים תראה לראשונה אף את העמדתם לדין של אלו שדרסו ברגל גסה את דיני המלחמה, בנירנברג, בטוקיו, ברואנדה ובבלקן, הליכים הממשיכים גם כיום. לראשונה הוקם בית דין פלילי קבוע לשפיטת פושעי מלחמה. לצד ההפרות הגסות של דיני המלחמה עד היום, יכולים אנו לזקוף את הצלחת דיני המלחמה לדחוק לקרן זוית את השימוש בנשק כימי, בקליעי הדום-דום, את ביסוס עקרון כיבוד מעמדם של שבויים, ההתקדמות שחלה בתחום איסור השימוש במוקשים כנגד אדם, ההגנה על אנשי כוחות הצלה בין לאומיים ומתקני רפואה ועוד.

איסור המלחמה³

עיקר ההתפתחות שהצגנו עד כה, נגעה למישור שדה הקרב עצמו. הכוונה העומדת מאחורי היוזמה לרסן את כוחה של המלחמה, נגעה בעיקר בהשלכותיה על הלוחמים ישירות ועל הצדדים העקיפים של המלחמה. בעוד שהתגבשו מוסכמות ומאוחר יותר אף נורמות משפטיות, שעניינן הגבלות שונות על היבטים של הלוחמה, מעט מאוד תשומת לב הוקדשה לעצם מניעת המלחמה מלכתחילה. הסברה הייתה כי המלחמה כתופעה היא בלתי נמנעת ועל כן עיקר המאמצים הופנו לניסיונות לשכך את זעמה המשתולל ולהקטין את הרעה שיש בה להמיט על הנוטלים בה חלק,

³ סקירה של תחום דיני המלחמה, היסטוריה של איסור השימוש בכוח וההגנה העצמית, ניתן למצוא אצל:

- יורם דינשטיין, דיני מלחמה, הוצאת שוקן תל אביב, 1983 ובעיקר פרק 51-52, עמ' 42-82 (להלן: "דינשטיין")
 - "הגנה עצמית אקסטרא-משפטית במשפט הבין לאומי", עבודת דוקטורט מאת צבי נ. טמיר, האוניברסיטה העברית ירושלים, 1970.
 - Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3 ed. 2001.
 - Gerhard von Glahn, *Law Among Nations*, 1995, chapter 20, "The Use of Force", pp. 554-578.
 - Paul Christopher, *The Ethics of War & Peace (An Introduction to Legal and Moral Issues)*, 1994, pp. 8-133.
 - Percy Brodwell, *The Law of War Between Belligerents*, 1994.
- על ההיבטים הפילוסופיים והמוסריים של השימוש בכוח וההגנה העצמית:
- מיכאל וולצר, מלחמות צודקות ולא צודקות, הוצאת עם עובד, תל אביב, 1984, ובפרט פרק חמישי, "צעדי מנע", עמ' 92-105. המחבר מנתח את סוגיית ששת הימים בעמ' 101-105.

במישרין או בעקיפין. התפיסה שניתן להוציא את המלחמה, כשלעצמה, אל מחוץ לחוק, היא חדשנית ביותר.

במישור הפילוסופי⁴, ישנם המפקפקים בשאלה האם ניתן לאסור כליל את המלחמה. המלחמה נדמית כתופעה אינהרנטית למין האנושי, יש כאלו שטענו כי היא חלק בלתי נפרד מההתנהגות האנושית ומטבע האדם, אף ניסו להצביע על גורמים אבולוציוניים שלה. המלחמה מתוארת לא אחת כתופעת טבע, ככח מתפרץ ובלתי נשלט ונשמעו הקולות שנסיון לאסור את המלחמה, כמוהו לניסיון לחוקק חוק שיאסור על השיטפון מלהתפרץ או על סופת השלגים מלהתגלגל. מלחמה מעצם טבעה היא ניסיון "לשבור את הכלים" ועל כן אין טעם לדבר אל מי שבא להפר את הכללים באמצעות מהלך כוחני, באיסורים נורמטיביים, שהרי גם אותם יוכל הוא להפר.

התשובה לדעה זו היא שלימוד של המלחמות, בעיקר מלחמות העידן המודרני, מלמד כי ישנם בתיאורים אלו של תופעת המלחמה לא מעט מן הרומנטיקה המזויפת. מלחמות, קשות וטוטאליות ככל שיהיו, הן לרוב יצור נשלט, מתוכנן, מתוחם במטרות מוגדרות ובמהלכים מדודים. בין שנקבל את הגדרתו השנויה במחלוקת של קלאוזביץ, כי "המלחמה היא המשכה של המדיניות באמצעים אחרים" ובין שלא, ברור כי תהיה הפרזה בתיאור המלחמה כ"שד בתוך בקבוק". רוב המטות הכלליים, מתכוננים למלחמה שנים מראש, מכינים תרחישים שונים ותגובות למהלכי נגד. האדם הוא השולט במלחמה ולא להיפך. וברצותו תפרוץ המלחמה, ברצותו תמנע.

אמת היא כי לא אחת מלחמות הן הביטוי הקשה והחריף ביותר להתנהגות האנושית, לא אחת מלחמות הן לחיים ולמוות, אולם בכל זאת המדובר בהתנהגות אנושית נשלטת, וכזאת גם ניתנת להסדרה נורמטיבית. המשפט מתמודד עם שורה של מצבי קיצון בהתנהגות האנושית, בהן פעולות מתוך טירוף רגעי, שכרות, קנאה חולנית, מצבים של כורח קיצוני ועושה משווע - ולא מן הנמנע כי יוכל לתת תשובה

⁴ ראה הדיון בגישות אלו אצל: יהושפט הרכבי, מלחמה ואסטרטגיה, הוצאת משרד הביטחון, תל אביב 1998, פרק י"ג.

נורמטיבית ולהסדיר בחוק גם את עצם השימוש בכלי המלחמה. כמו בתחומים רבים, העובדה כי הסדרה בחוק של תופעה אנושית, איננה מביאה למחיקתה מעל פני האדמה וההערכה כי מידת האכיפה של נורמה מסוימת היא נמוכה, אינה מחייבת לוותר מראש על הניסיון להילחם בה או לקבוע עמדה ערכית ניטראלית ביחס אליה. עבירת הרצח מלווה את המין האנושי מאז ראשיתו והיא מן האיסורים העמוקים והמושרשים בתודעה האנושית. עם זאת, למרות מידת הטאבו הקיימת ביחס לרצח, למרות שיעור האכיפה המרבי שמקדישה החברה האנושית למניעת עבירת הרצח, למרות האמצעים הטכנולוגיים ההולכים ומתפתחים והזינוק הסוציאלי של המאה העשרים - למרות כל אלו תופעת הרצח לא חלפה מן העולם, ספק אם אי פעם תחלוף. ובכל זאת, איש אינו קורא לביטול עבירת הרצח מספר החוקים או לקבל עמדה פטאליסטית לגביה כי הייתה כאן ולעולם תהיה ועל כן מיותר לנסות להידרש לה.

רקע היסטורי לעקרונות איסור המלחמה

כאמור, המלחמה "תמיד" הייתה ונתפסה כתוצר לוואי בלתי נמנע של ההתנהגות האנושית. מסיבה זו אנו רואים מיעוט של הניסיונות להסדיר בחוק את עצם הפתיחה במלחמה וההימנעות ממנה. בתקופה הרומאית היו קיימים כללים אשר הסדירו את שאלת חוקיות הכרזת המלחמה (*jus fetiale*). ה- *fetiales* היו כהני דת, אשר קבעו באם בקשה של הסנאט להכריז מלחמה, היא בקשה צודקת והמלחמה היא חוקית. ה- *jus fetiale* הכיר במספר עילות חוקיות לפתיחה במלחמה: פלישת אויב או פגיעה בטריטוריה רומאית; פגיעה בשגריר רומי; הפרה של אמנה עם רומא; תמיכה צבאית באויב של רומא או התקפה על בן ברית רומאי. באם קבעו כי תנאים אלו מתקיימים, היו הכהנים מופקדים על טקס הכרזת מלחמה, שהתבטא בזריקת חנית מעבר לגבול הרומאי אל שטח האויב. חשוב לציין בצד דברים אלו שני דגשים: האחד, כי מנהג רומאי זה נועד לספק צרכים דתיים פנים רומאיים ונועד להבטיח את תמיכת האלים בצד הרומאי, ולא אמור היה לשקף הסדר בין לאומי כולל ומוסכם, גם על אויביה של רומי דרך משל. השני, כי משך רוב הזמן, הייתה רומא מסובכת במלחמות לאין סוף, כך שנדמה שכהני הדת, שימשו יותר ככסות

פולחנית להחלטות הדרג הפוליטי לפתוח במלחמה, מאשר גורם מרסן שנועד לכלוא את שד המלחמה בתוך בקבוק משפטי.

בעקבות רומא, פיתחה הנצרות המוקדמת דוקטרינה הקרויה "תורת המלחמה הצודקת" אשר קבעה כי ניתן לפתוח במלחמה רק באישור מבית המלוכה, אם קיימת עילה צודקת וכוונה למגר את הרוע. ראשי התיאולוגיה הנוצרית אשר פיתחו תיזה זו, היו אוגוסטינוס הקדוש (בספרו הידוע "עיר האלוהים") ותומס אקווינס. מובן כי קשה למדוד את מרכיב הכוונה ואפילו את המרכיב המעומעם של העילה הצודקת והדבר נותר פתוח לפרשנויות חד-צדדיות. עובדה היא כי לאורך כל ההיסטוריה האירופאית, היו מלכים נוצריים נתונים במלחמות זה בזה, פעמים רבות בתמיכת הגורם הקלירקלי המקומי.

במאה התשע-עשרה חלה מהפיכה בתפיסת המלחמה (עם עליית המדינות העצמאיות והמאוחדות של אירופה) והדעה השלטת הייתה כי ריבונותה של המדינה מזכה אותה בזכות המוחלטת לפתוח במלחמה מכל סיבה שהיא כנגד כל מדינה אחרת, כולל בגין סיבות מופרכות בעיני המתבונן המודרני, כגון אי פרעון חובות (דוקטרינת "חופש המלחמה"). על רקע זה ניתן להבין את מרוץ החימוש אשר אפיין את אירופה לקראת סוף המאה ה-19 ואת ההתקשרות האינטנסיבית של המדינות בבריתות צבאיות שונות ומשונות. מלחמת העולם הראשונה תגבה מאירופה את המחיר המלא בגין תפיסת "חופש המלחמה".

בתחילת המאה, נעשה ניסיון בין לאומי להסדיר תחומים מסוימים של מלחמה. בעיר האג שבהולנד, התכנסו מספר וועידות בין לאומיות שמטרתן הייתה לנסח תקנות בדבר פתיחת המלחמה וניהולה. היתה זו שעה של רצון טוב, אולם המטות הכלליים של צבאות אירופה שהיו עסוקים בקדחתנות בהכנות למלחמה, לא התכוונו "לפרוע" את ההמחאה עליה חתמו המדינאים בהאג.

תקנות האג

תקנות האג עוסקות בעיקר בתחום דיני הלוחמה בשדה הקרב, וקבעו מספר הוראות חשובות. הן כוללות בתוכן התייחסות ראשונה וצנועה לתחום הפתיחה במלחמה. סעיף 2 לתקנות קובע כי במקרה של סכסוך חמור מסכימים הצדדים החתומים על האמנה לעשות שימוש בשירותיו של מתווך הוגן או של בוררות, טרם

שיפנו לשימוש בכח הזרוע. עם זאת, בצד הוראה חשובה זו, נקבע סייג חשוב שרוקן אותה מתוכנה, והוא שההוראה תקפה "ככל שהנסיבות מרשות זאת". כיום אנו יודעים את אילוץ השעות והימים המדויק אשר כפה על המטות הכלליים את הגיוס המזורז של קיץ 1914 (וידועה הדוגמא של "תוכנית שליפן"). ברור כי בתנאים אלו, לא התכוון איש ברצינות לקיים אחר ההוראה וכי הנסיבות המבצעיות אכן לא הרשו זאת.

מלחמת העולם הראשונה ותוצאותיה

מלחמת העולם הראשונה, הותירה אחריה את אירופה חרבה בגוף ובנפש. רצח אזוטרי של יורש העצר האוסטרי בסרייבו גרר אחריו, במפולת שלגים שנמשכה כל חודש יולי, את מעצמות אירופה למלחמה אכזרית שגבתה ממנה מחיר אנושי בל יתואר. היחס אל המלחמה לאחר שנדם רעם התותחים, השתנה ללא היכר, במישור התרבותי, המחשבתי, הפוליטי והאומנותי. לא נוכל להסביר את השינויים במישור המשפטי שבאו לאחר המלחמה בלא שנידרש גם לצדדים אלו. נתאר חלק מגלי הזעזוע הללו:

- מימדי המלחמה:

מלחמת העולם הראשונה הציבה תקדים חדשני ומזעזע להיקף, למימדים ולמחיר שיגבו מלחמות העולם המודרני. אירופה התרגלה במהלך המאה ה-19, ברוח הלחימה הנפוליאונית, למלחמות שהיו לרוב עימותים קצרים, חותכים אשר מחירים האנושי היה מוגבל. דוגמא לכך תשמש מלחמת פרוסיה-צרפת אשר הסתיימה תוך שבועות קצרים בכניעה צרפתית וכיבוש פריז. על רקע אלו, ניתן להבין את התקווה הכללית שליוותה את חיילי צבאות אירופה על רציפי תחנות הרכבת באוגוסט 1914, "ניפגש בחג המולד". לעומת כל אלו, מלחמת העולם הראשונה אשר נמשכה ללא קץ כשהיא סוחטת מן הצדדים את שארית כוחם, הייתה "דבר חדש" לגמרי. המחיר האנושי של המלחמה, הנמדד בקרוב ל 20 מיליון איש, הסבל שנגרם לעורף, בדמות הפצצות ישירות או קיצוב במזון או בדמות הדאגה לקרובי משפחה שנהרגו, הכניס את המלחמה אל תוך הסלון האירופי באופן שלא נודע קודם לכן.

- זעזוע פסיכולוגי ופילוסופי:

מלבד הנוק הכמותי שהמיטה המלחמה על אירופה, היתה למלחמה גם תוצאה ישירה בתחום הנפש. דור שלם אשר בניו נקצרו ומתו על גדרות התיל של שוחות החזית המערבית, אשר חזרו הביתה נושאים על גופם ונפשם את מוראות הנשק הכימי, זכה לכינוי הקולקטיבי ה"דור האבוד". היחס המחשבתי אל המלחמה כאל מושג השתנה ללא היכר. בעוד שבעבר נתפסה המלחמה כ"אירוע משחרר", אשר יש בו להמריץ את דמה של האומה ולחשל את בניה, הפך היחס אל המלחמה, אל כל מלחמה, כאל יצור נתעב ומוקצה. אנו מוצאים לכך ביטויים נוקבים ביצירות הספרות של בני ה"דור האבוד", משני הצדדים, שהתפרסמו בשנות העשרים וזכו לפופולאריות: הקץ לנשק של ארנסט המינגווי, החייל האמיץ שוויק של ירוסלאב האשק, במערב אין כל חדש של אריך מריה רמארק, שלום ולא להתראות של רוברט גרייבס.

- הקלות הבלתי נסבלת של המלחמה:

"תהליך השרשרת" שהביא לפרוץ המלחמה (ואשר תואר בצורה קולחת בספרה של ברברה טוכמן, "תותחי אוגוסט") תרם את חלקו לשינוי היחס למלחמה. במהלך השנים שקדמו למלחמה התקשרו מעצמות אירופה בבריתות צבאיות הדוקות, אשר חלקן בפרוץ המלחמה ידוע. שחרור הקפיץ בסרייבו, החל מניע תהליך של גיוס והזזת כוחות, שלאיש לא הייתה שליטה עליו. מדינות רחוקות, גיאוגרפית ואף מהותית, מן הסכסוך הבלקני, מצאו עצמן נגררות אל תוך העימות המתפתח, בניגוד גמור לאינטרס הצבאי או הלאומי שלהן, רק בשל שיקולי יוקרה או חתימה על ברית. מדינות רבות הפעילו את תוכניות המטות הכלליים למלחמה טרם שנורתה כל ירידה, טרם שגבולן נחצה, רק מתוך הצורך שלא לפגור אחר הצד השני. לא פלא על כן, שבעקבות המחיר ששילמה אירופה על הקלות הבלתי נסבלת בה אפשרה למלחמה להתפרץ, נשמעו הקולות כי יש לרסן את המלחמה, ומכל מקום להגביל אותה לעילות מדודות וצודקות.

לאחר מלחה"ע I הוקם חבר הלאומים ובספר הברית התחייבו כל המדינות החברות לכבד את השלמות הטריטוריאלית והעצמאות הפוליטית של כל מדינות החבר וכמו כן התחייבו להביא כל סכסוך בפני בוררות בין לאומית.

הסכם קלוג-בריאן

קפיצת הדרך הגדולה והמשמעותית ביותר נערכה בשנת 1928, שעה ששרי החוץ של ארה"ב וצרפת חתמו הסכם הקרוי על שם, הסכם קלוג-בריאן המגנה את השימוש במלחמה לפתרון סכסוכים בינלאומיים והכולל התחייבות מפורשת של 63 מדינות כי לעולם לא ישתמשו בכוח לשם יישוב סכסוכים. היה זה הסכם שנחתם בין שתי מדינות, אולם מספר גדול מאוד, רוב הקהילה הבין לאומית דאז, הצטרף אליו ואישר אותו. על כן נוטים להסתכל על אותו הסכם כעל הסכם מנהגי, דהיינו הסכם אשר מחייב את כלל מדינות העולם, גם את אלו שאינן חתומות עליו. ההנחה היא כי המספר הכמותי והקונצנזוס שהוא מבטא, יש להם תוקף מחייב ביחס אל כלל המדינות, ממש כשם שבחברה החלטות הרוב מחייבות את הכלל, גם את המיעוט המתנגד.

הסכם קלוג-בריאן מבטא את השאיפה האנושית להיפטר מן המלחמה ככלי במדיניות בין לאומית. הרציונאל העומד בבסיסו, ניצב בסתירה לאמרתו הידועה של קלאוזוביץ, לאמור גם כאשר ניצבת המדיניות בפני שוקת שבורה, המלחמה איננה אופציה חוקית. על המדינות להיזקק לכלים אחרים שמעמיד בפניהם המשפט הבין לאומי, בהם פניה לבית הדין הבין לאומי, בוררות בין לאומית, סנקציות כלכליות, פניה למועצת הביטחון וכו'.

האם משמעות הדברים היא כי לעולם אין להשתמש במלחמה? החריג היחידי המוכר כשימוש לגיטימי בכוח, הוא רק בהגנה עצמית, דהיינו בתגובה לשימוש קודם בכוח, שנעשה בעצמו בניגוד לחוק. אמנם חריג ההגנה העצמית לא הוזכר ישירות בגוף ההסכם, אולם הוא עולה מחילופי האיגרות שקדמו לחתימת ההסכם. במבוא להסכם עצמו אף נכתב כי מדינה אשר תפר את האיסור לפתוח במלחמה, לא תזכה ליהנות מן ההסכם. כלומר, מדינה אשר תאסור מלחמה לחינם, לא תוכל לטעון בתגובה כי היא זכאית לכך שהמדינה המותקפת לא תשיב מלחמה כי הדבר נאסר עליה בהסכם קלוג-בריאן, שכן היא עצמה הפרה אותו ראשונה!

עוד נדרש בהמשך רבות לשאלת זכות ההגנה עצמית. עם זאת, חשוב לציין כבר כעת כי על אף שמגילת האומות המאוחדות חזרה ואימצה את עיקרי הסכם קלוג-בריאן, הוא נחשב עדיין להסכם תקף ומבטא עד היום את האיסור הבין לאומי על יציאה למלחמה. מאז 1928, הפכה המלחמה לתופעה בלתי-לגיטימית. מאז 1928 לא תשמע עוד הטענה כי מלחמה הינה מוצדקת בשל טעמים של "כבוד לאומי", "זכויות היסטוריות", "אי כיבוד חובות" וכיוצא באלו עילות מסורתיות אשר משך מאות שנים הביאו להקזת דמה של האנושות. מאז הסכם קלוג-בריאן, הוגבל השימוש בכח למסגרת צרה של הגנה עצמית והוא מותר רק בתגובה להתקפה מוקדמת.

הרציונאל הפילוסופי העומד בבסיס ההסכם הוא כי אף אחת מן העילות אותן הזכרנו לא תצדיק יותר פתיחה במלחמה. החברה האנושית משוחררת מן הצורך לדון האם המלחמה היא מוצדקת או לאו, כי ההנחה הא-פריורית היא שהמלחמה כתופעה אינה מוצדקת.

משמעות הדברים היא כי המלחמה הפכה לתופעה בלתי חוקית, והפחת במלחמה שלא כדין (דהיינו שלא במסגרת ההגנה העצמית) הוא עבריין ופושע מלחמה. הקו אותו מתח הסכם קלוג-בריאן, מאפשר לנו להצביע בבירור על מי שפתח באש ראשון ולהוקיע אותו כמפר האיסור. ואכן, הסכם קלוג-בריאן לא הפך לאות מתה וזמן קצר לאחר שבמלחמת העולם השנייה הפרה אותו גרמניה ברגל גסה, מצאו את עצמם מנהיגיה עומדים בפני בית הדין הבין לאומי לפשעי מלחמה שהוקם בנירנברג.

כאן המקום להדגיש כי הנאשמים בנירנברג⁵ נשפטו לא רק בגין פשעי מלחמה במובן הקלאסי, כלומר ביצוע מעשי זוועות בחסות המלחמה. אחד משלושת האישומים המרכזיים, לצד פשעי מלחמה ופשעים כנגד האנושות, היה ביצוע "פשעים כנגד השלום". הכוונה באישומים אלו, מעשים שמשמעותם חרחור מלחמה מצד גרמניה ללא כל תוקפנות מוקדמת מצד שכנותיה. על דוכן הנאשמים עמדה קשת רחבה של נאשמים, גם כאלו שלא היו חלק מ"הפתרון הסופי", ואשר באו

⁵ סקירה קולחת של ההליכים בנירנברג בצירוף מובאות היסטוריות ומשפטיות ניתן למצוא אצל: פרנק מק'לין, משפטים מפורסמים, ספרית מעריב 1997, עמ' 98-106.

משירות החוץ (שר החוץ, פון ריבנטרופ) או מן המטה הכללי (קייטל, יודל) אשר היו מעורבים בתכנון ההתקפות הצבאיות הגרמניות על מדינות שכנות כגון פולין, יוון, נורבגיה, ברית המועצות.

הנאשמים טענו, בין השאר, כי שעה שביצעו את המעשים הללו, לא היו אלו בגדר עבירה, בוודאי לא לפי המשפט הגרמני (האזרחי או הצבאי) שהם היו מחויבים לו, וכי שפיטתם בגין מעשים אלו יש בה משום "ענישה רטרואקטיבית" ו"צדק של מנצחים". בית הדין קבע, לעומת זאת, כי אין יותר לדבר על מלחמה "מותרת" ודחה את טענות הנאשמים כי האינטרס הלאומי הגרמני חייב את השימוש בכוח וכו'. בית הדין קבע בפסק דינו כי הסכם קלוג-בריאן הפך לנורמה בין לאומית מחייבת, וכובל את גרמניה לא רק משום שחתמה עליו אלא גם משום שהוא משקף את האיסור הגורף על פתיחה במלחמה וכך היו הדברים גם בסוף שנות השלושים.

על מנת לסכם את ההתייחסות החדשה למלחמה, אין טוב מלצטט פסקה בולטת מתוך פסק הדין בנירנברג:

"המלחמה היא דבר רע ביסודה. תוצאותיה אינן מוגבלות למדינות הלוחמות בלבד, אלא הן משפיעות על העולם כולו. על כן פתיחה במלחמת תוקפנות אינה רק פשע בין לאומי. היא הפשע הבין לאומי העליון, השונה משפעי מלחמה אחרים רק בזאת שהוא כולל בתוך עצמו את הרעה המצטברת של כולם".

מגילת האומות המאוחדות

כאשר ניגשו מנסחי מגילת האומות המאוחדות לקבוע את מטרות הארגון, נקבע כי השכנת משטר של שלום וביטחון בין לאומי, היא מטרתו המרכזית של הארגון. לנוכח כשלון ארגון חבר הלאומים, שקדם לאו"ם, בהשכנת השלום ולאור האסונות שהמיטו שתי מלחמות העולם על האנושות, היו מנסחי המגילה נחושים לשוב ולהכריז על מלחמה כעל תופעה אסורה בהחלט. מטרתו המרכזית של הארגון נוסחה בסעיף 1 למגילה, בחלק העוסק במטרות הארגון:

⁶ מצוטט מתוך דינשטיין הערה 3, עמ' 57.

"לקיים שלום וביטחון בינלאומיים, ולשם כך לנקוט באמצעים קולקטיביים אפקטיביים למניעת והרחקת איומים על השלום ולביעור מעשי תוקפנות או הפרות של השלום".

העקרון העומד ביסוד הסכם קלוג-בריאן של איסור המלחמה מצא את ביטויו בסעיף 2(4) של המגילה:

"על החברות להימנע ביחסיהן הבינלאומיים מן האיום או השימוש בכוח כנגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה כלשהי, או בכל צורה אחרת שאינה מתיישבת עם מטרות האומות המאוחדות".

אם כן, מדינות העולם הכריזו באופן ברור על מחויבותן להוציא את המלחמה אל מחוץ לחוק. להבא לא תוכל להישמע הטענה מצד מדינה כלשהי לאי הבנה או לאי ידיעה על החובה להימנע מן השימוש במלחמה. חשוב לציין כי כל המדינות שהיו מעורבות במלחמת ששת הימים, ישראל למדינות ערב, הן חברות באו"ם מאז ראשית ימיהן וברור כי הצהירו על מחויבותן לעקרונות הארגון.

חריג ההגנה העצמית במגילת האו"ם

האמנם סברו לעצמם מנסחי מגילת האומות המאוחדות כי החל משנת 1945 תשרה רוח שלום ואחוה על האנושות וכי השימוש בכוח פס מן העולם? האמנם דימו לעצמם כי באה שעת חזונו של הנביא ישעיה "וגר זאב עם כבש ונמר עם גדי ירביץ? האם, כמאמר ספרו של המינגווי הגיעה שעת "הקץ לנשק" ויש לפרוק את כל הצבאות מנשקם? ומה יעלה על מדינה אשר שכנתה הפרה ברגל גסה את איסור השימוש בכוח האמור במגילת האו"ם ופתחה כנגדה במלחמה, האמנם עליה לנצור את אישה ולעמוד מנגד בחוסר מעש שכן יש "להימנע מן השימוש בכוח" ?

קשה לייחס למנסחי המגילה מידה כזו של נאיביות. אמנם, מגילת האו"ם כוללת שורה של אמצעי בוררות ופתרון אשר מאפשרים למדינות פתרון סכסוכים בדרך שהיא פחותה משימוש בכוח. המדינות החברות נדרשות להפנות סכסוכים להכרעת בית הדין הבין לאומי בהאג או להכרעת מועצת הביטחון. מגילת האו"ם אכן מקנה

⁷ כתבי אמנה (מס' 19) 203.

סמכויות רחבות לבית הדין ולמועצת הביטחון לכפות את ביצוע החלטותיהם, כולל הטלת סנקציות ואף שימוש בכוח. מסגרות פוליטיות ומשפטיות שונות, ארגוני סעד ועזרה, ברמה העולמית ואף האזורית, קמו על מנת להביא לפתרון קונפליקטים ומצוקות שבעבר הביאו לפרוץ מלחמות.

אך עם כל זאת, ידעו מנסחי המגילה אל נכון כי יתכן ולא יהיה בכל הרצון הטוב ובכל המעורבות הבינלאומית כדי להניא מדינה הנחושה לעלות על פסי התוקפנות, המבקשת לממש בכוח הזרוע את שלא ניתן לה בשאר המסגרות העומדות לפניה. מנהיגי האומות המאוחדות הבינו כי לא ניתן לצפות מאף מדינה לוותר על ההתנגדות בכוח למול הניסיון לפגוע בה או אף להביא להשמדתה ולא יהיה זה ריאלי לנסות לכפות משטר פציפיסטי על מדינות העולם. ועל כן, לצד כל אותם פתרונות פוליטיים ומשפטיים ולצד האיסור לפתוח במלחמה - עומד כצוק איתן, חריג השימוש בכוח, ההגנה העצמית.

סעיף 51 למגילה הכיר במפורש בעובדה כי על אף האיסור להפעיל כוח ביחסים הבינלאומיים, רשאית כל מדינה להגיב בכוח על התקפה קודמת שהופעלה כנגדה במסגרת הגנה עצמית לגיטימית. אדרבא, ההגנה העצמית לא רק שאיננה בגדר שימוש בכוח שאינו מותר, אלא בשל הלגיטימיות בעליל של ההגנה העצמית למול תוקפנות, רשאיות מדינות נוספות לצרף את כוחן למדינה המתגוננת מול התוקפנות, גם אם לא הותקפו באופן ישיר (משטר ההגנה העצמית הקולקטיבית).

סיכום ביניים

כפי שנראה מייד גם מושג ההגנה העצמית, הפך למושג שנעשה בו שימוש מניפולטיבי ומעשי תוקפנות רבים זכו להיקרא בשם "הגנה עצמית". במה הועילו, אם כן, קלוג ובריאן ומנסחי מגילת האו"ם בתקנתם?

השינוי הדרמטי בעקבות הפיכת המלחמה לאסורה, הוא בכך שכיום ישנה אמירה ברורה באשר ללגיטימיות של השימוש בכוח. השימוש בכוח אינו לגיטימי והוא אפשרי רק בתגובה לשימוש קודם בכוח שהיה בעצמו בלתי לגיטימי. איש לא יוכל יותר לפתוח באש, בלא כל תוקפנות קודמת, ולהציג את עצמו כוך ותמים.

יתכן בהחלט שיהיה מי שיבקש עדיין להיזקק לשימוש בכוח. אולם כיום, שלא כבעבר, תוכל החברה הבינלאומית לבוא עמו חשבון ולהכריז על מעשים אלו כהפרה של דיני המלחמה וכפשע כנגד השלום. יתכן שמסך הערפל, האופף כל מעשי לחימה בראשיתם, יקשה עלינו בתחילה לראות מי הוא הקורבן ומיהו התוקפן. אולם הכלים שבידנו יאפשרו לנו לחרוץ דין בסופו של דבר. אם כן בפנינו, בירור נוקב מהי "הגנה עצמית" לגיטימית, כזו שתהיה מוצדקת על מגילת האו"ם והמשפט הבין לאומי.

הגנה עצמית ומשמעות מושג התוקפנות

טבעה של כל מערכת משפטית, שגם הנבלים הגמורים ביותר מבקשים לחסות בצילה. איש איננו נוהג להתהדר בנוצות העבריינות וכל אדם מבקש להציג את עצמו כצדיק הדור. סאדם חוסיין נימק את מעשה הפלישה שלו לכווית בטיעון מפוקפק, פסבדו-משפטי, כי כווית הינה, מימים ימימה, המחוז ה- 19 של עיראק. ארגוני טרור וגרילה מבקשים לעטות על פשעיהם כסות של "מלחמה לגיטימית להגדרה עצמית" וכיו"ב.

ההגנה העצמית, איננה יוצאת דופן במובן זה. מאז הפכה המלחמה לאסורה, לא רבו המקרים בהם מנהיגי מדינות תוקפניות, אשר פתחו במלחמות אסורות, הצהירו על עצמם בריש גלי כעל תוקפנים. גם גדולי אויבי האנושות ביקשו להציג את תוקפנותם, הגלויה בעליל, במסגרת לגיטימית, מרוככת כזו או אחרת. כולם, כאיש אחד, ביקשו למצוא צידוק פוליטי, הסברתי, אפילו משפטי, למעשי התוקפנות אותם ביצעו. אפילו היטלר, אשר בפלישתו לפולין החל את מעשה התוקפנות המובהק ביותר שידעה האנושות, טרח להציג את פתיחת המלחמה כתגובה על התקפה פולנית קודמת על תחנת רדיו גרמנית, התקפה אשר לא היתה ולא נבראה ופוברקה, פשוט כך, בידי כוחות ס.ס., אשר צוידו במדי צבא פולניים ו"התקיפו" את התחנה בעוד הם מותירים אחריהם "חללים גרמניים", אנשי מחנות ריכוז מסוממי סמים, שנותרו במקום לגווע כ"אבודות".⁸

⁸ ויליאם ל. שיירר, "עליתו ונפילתו של הרייך השלישי", היסטוריה של גרמניה הנאצית, הוצאת שוקן, 1961, עמ' 477.

חשיבות הבירור המושגי:

על מנת לנתח את המשמעות המשפטית הנכונה של מושגים כגון "מלחמה" או "הגנה עצמית" או "תוקפנות", יש, ראשית כל, לערוך הבחנה בין השימוש היום-יומי והשגור של ביטוי מסוים, לבין משמעותו המשפטית.

פעמים רבות אנו משתמשים במושג "מלחמה" בהקשרים השונים מן המהות האמיתית של מושג זה. פוליטיקאים יכריזו על "מלחמת חורמה" בעוני או בשחיתות. העיתונות תדבר על "מלחמת קיום" או "מלחמת עצבים". ההיסטוריון ידון ב"מלחמת מעמדות". עם זאת, ברור כי לצורך הניתוח המשפטי של המושג "מלחמה", כל אלו לא עונים על ההגדרה הנכונה. בהמשך נידרש להגדרות השונות שניתנו למושג ה"תוקפנות" במהלך ההיסטוריה של המשפט הבינלאומי. כבר כעת, נוכל לומר כי המשמעות הנכונה של מונח ה"מלחמה" תהיה הגדרה אשר תכלול בחובה שימוש בכוח ובאלימות (או איום בשימוש באחד מאלו). המרכיב הכוחני, האלים והפיזי, הוא אשר מבחין בין המלחמה לבין מצבים אחרים, אשר הנזק שלהם יכול להיות חמור לא פחות (כגון סנקציות דיפלומטיות או כלכליות) ובכל זאת הם אינם בגדר "מלחמה".

פעמים רבות מבקשים מדינאים להצדיק התנהגות כזו או אחרת של מדינה, בכך שהדבר "מהווה תנאי להמשך קיומה של המדינה", כי הוא "הכרחי לקיום האינטרסים החיוניים ביותר של המדינה" או כי "הצד השני לא הותיר כל ברירה אחרת". חשוב להבחין בין השימוש הפוליטי או ההסברתי במושג ה"הגנה העצמית" לבין המושג המשפטי שלו, המוגבל להגנה עצמית שהיא רק בפני שימוש קודם בכוח. כפי שצינו, "הגנה עצמית" יכולה לבוא רק בתגובה ל"התקפה" או לשימוש קודם בכוח, ולכן יש להגביל את משמעות המושג לפסים אלו.

אולם כיצד נוכל להבחין בין המקרים ה"אמיתיים" לבין המקרים ה"מדומים"? ננסה לנתח באופן בסיסי את מושג ה"הגנה העצמית" ולדלות קריטריונים ראשוניים שיסייעו בידנו לערוך את האבחנה.

הגדרת ההגנה העצמית

מושג ההגנה העצמית, נגזר מתוך תפיסה עתיקת יומין, שמקורה ביחסים שבין אדם לחברו. כאשר חייו של אדם, או אינטרס חיוני שלו, נמצאים בסכנה, אנו מקבלים בהבנה ובאישור את העובדה שהוא נוקט בצעדים מעשיים על מנת להסיר את הסכנה. המענין במצב "ההגנה העצמית" שהוא צובע בגוון של לגיטימיות, מעשים אשר כשלעצמם היינו נוטים לראות בהם פסולים. הפעלת אלימות, תקיפת אדם ואף הריגתו, הם מעשים אסורים ופסולים מבחינה מוסרית. עם זאת אדם אשר הסכין מונחת על צווארו, היורה באדם המבקש את נפשו, עושה פעולה שברגיל היינו רואים בה פסולה, ועם זאת בנסיבות הענין זוכה לאישור, מוסרי ואף משפטי.

אם כן, בודדנו מתוך מושג ה"הגנה העצמית" את אחד האלמנט המרכזיים שבו, אלמנט ה"כורח" או ה"נחיצות". הגנה עצמית תהא לגיטימית כאשר היא באה בתגובה לסכנה או איום מוחשיים. בדרך כלל נבקש כי הסכנה או האיום יהיו בסדר גודל משמעותי ולא נקבל הגנה עצמית כנגד זוטות.

אלמנט חשוב נוסף באפיון ה"הגנה העצמית" מתוך היחסים שבין אדם לחברו, יהיה אלמנט המיידיות. ההנחה שפעולה מסוימת נעשית בתגובה לסכנה קודמת, כוללת בחובה גם מרכיב של סמיכות בזמן. כאשר אדם רואה את אשתו נאנסת בידי אחר, והוא מכה אותו מכות נמרצות תוך כדי הדברים על מנת להרחיקו, נוכל לדבר על הגנה עצמית (על גופו של האדם, או במקרה זה על אינטרס חיוני לגיטימי). אם אותו אדם יפגוש חצי שנה לאחר מכן את מי שפגע באשתו ויכה אותו - לזאת יקרא כבר נקמה ולא הגנה עצמית, ודומה שהדברים מדברים בעד עצמם. חלק מהיעדר

⁹ כך למשל עסקה ההלכה הרבות בסוגית ההגנה העצמית כפי שהיא נגזרת מן הציווי הקדמון של "הקם להורגך, השכם להורגו". כך סיכם את ההלכה הרמב"ם בספרו הידוע, **משנה תורה**, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכות ו-טז:

"...הרודף אחר חברו להרגו... כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו - עושיין; ואם אינם יכולין לכוין ולהצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף - הרי אלו הורגין אותו אף על פי שעדיין לא הרג... שכל החושב להכות חבירו הכאה הממיתה אותו - מצילין את הנרדף בכפו של רודף; ואם אינן יכולין - מצילין אותו אף בנפשו, שנאמר (דברים, כה, יב,): "לא תחוס עיניך".

האלטרנטיבה אשר בגינה נאלץ האדם להפעיל את זכותו להגנה עצמית, כולל, אם כן, מרכיב של מיידיות ותכיפות בזמן.

עוד אלמנט בהגדרת ה"הגנה העצמית" הוא המידתיות או הפרופורציונאליות. על מנת שפעולת תגובה תישאר בגבולות ההגנה העצמית, אל לה לחרוג מחוץ לתחומי הסרת הסכנה המיידית, ולא להיגרר ל"סגירת חשבונות" החורגת מעבר לכך. אדם אשר אחר תוקף אותו במקל, ובתגובה לכך מכה אותו בחזרה, מסיר אותו מעל הדרך ומנטרל אותו, ולאחר ניטרולו עוד שולף אקדח ויורה בו למוות, חרג מגבולות ההגנה העצמית הסבירה. כמובן שעל מנת לשפוט נכונה, יש תמיד לקחת בחשבון את נסיבות הסיטואציה הנידונה ואת גבולות הסכנה כפי שהיא נצפתה בעיניו של המאויים. לא הרי אדם המאויים באגרופים, כהרי אדם המאויים בסכין כהרי אדם אשר יורים לעברו, ועל כן התגובה הלגיטימית בכל אחת מן הסיטואציות תהיה שונה.

נוכל לראות כיצד החוק הפלילי סיכם את כל המאפיינים הנ"ל ללשון סעיף החוק העוסק בהגנה עצמית, סעיף 34 לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו".

הגנה עצמית במשפט הבין לאומי

ההגנה העצמית במשפט הבינלאומי, אינה שונה באופן מהותי מזו הנהוגה ביחסים שבין אדם לחברו, וקובעת את כללי ההתגוננות של מדינה אחת בפני תוקפנותה של האחרת. סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות, קבע את הגדרת ההגנה העצמית ככל שהיא מקובלת במשפט הבינלאומי המודרני:

"שום דבר במגילה הנוכחית לא יפגע בזכות הטבעית של הגנה עצמית אינדיבידואלית או קולקטיבית, אם מתרחשת התקפה חמושה נגד חברה באומות המאוחדות, עד אשר מועצת הביטחון תנקוט באמצעים הדרושים לשמירת השלום והביטחון הבינלאומיים.."

ההגנה העצמית, כזכות במשפט הבינלאומי, היתה מוכרת גם קודם למגילת האו"ם. בתקדימים משפטיים מן המאה ה-19 (מקרה קרולינה, אשר יוזכר להלן) נוסחו ההגדרות של ההגנה העצמית כפי שהיא מוכרת ביחסים בין מדינות ריבוניות.

גם טרם החתימה על הסכם קלוג-בריאן, החליפו הצדדים איגרות אשר עניינן ההכרה בזכות להגנה עצמית וכפי שאף ציינו לעיל, מדינה אשר הפרה את האיסור לפתיחה במלחמה, היתה מושתקת לטעון כנגד חוקיות התקפה נגדית הנעשית כהגנה עצמית. העובדה כי המגילה נוקטת בלשון "הזכות הטבעית של ההגנה העצמית", מלמדת כי ההגנה העצמית לא באה אל העולם רק עם החתימה על מגילת האו"ם וכי היתה מוכרת קודם לכן במשפט הבין לאומי, והמגילה באה על מנת להצהיר על תקפותה.

הגנה עצמית – בפני מה?

קיבלנו על עצמנו זה מכבר את ההנחה כי כיום לא ניתן יהיה להכריז מלחמה רק משום שמנהיג מדינה שכנה פגע בכבוד של מדינה אחרת, בשל סכסוך כספי, בשל חילוקי דעות שעניינם הסדרי גבולות או גביית מכס. עם זאת ניתן להעלות על הדעת שורה של סיטואציות, בטחוניות-צבאיות, אשר יש בהן לשנות את המאזן האסטרטגי לרעת מדינה מסוימת: מדינה מאיימת חוזר ואיים כי בכוונתה לפעול לכיבוש שטחים של מדינה שכנה שמעמדם שנוי במחלוקת או אף מאיימת לפעול להשמדתה של המדינה השכנה; המדינה השכנה החלה בהקמת קו ביצורים מסיבי לאורך הגבול; צבא המדינה השכנה החל בהתחמשות מואצת אשר תביא אותו תוך שנתיים ליתרון ברור על פני צבא המדינה היריבה; צבא המדינה השכנה מבצע תמרונים בשטחו לחציית מעברי מים בינו לבין המדינה השכנה; צבא המדינה השכנה הכריז על גיוס פתע ומרכז כוחות בקרבת הגבול.

האם קמה למדינה השכנה זכות להגנה עצמית בנסיבות אלו?

התפיסה המושגית המקופלת בגרעין ההגנה עצמית היא שזו מותרת כנגד תוקפנות קודמת. הגנה עצמית, לעולם תהיה בעקבות התקפה קודמת, התקפה אשר היתה בלתי חוקית בנסיבות הענין. בעימות מזוין, לעולם יהיה צד אחד אשר בנסיבות הענין נוקק לשימוש בכוח שלא כדין (והוא התוקפן) וצד אחד אשר פעל כדין (והוא אשר הגן על עצמו כנגד תוקפנות הצד האחר).

אולם מהי בעצם "תוקפנות", מי מבין המקרים שהזכרנו קודם מגיע כדי "תוקפנות" ומצדיק הגנה עצמית ומי לא?

מהי המלחמה?

נתחיל בבירור מספר תפיסות יסוד באשר למושג המרכזי, מושג "המלחמה". הגדרת המלחמה ותפיסת המלחמה, עברו שינויים וגלגולים רבים במרוצת המאות. השאלה מתי הופכים היחסים שבין שתי מדינות מיחסי שלום לעוינות המדרדרת כדי מעשי איבה ומלחמה, היא שאלה שהפכה, ברבות השנים, להיות מורכבת.

בעבר היה נהוג ש"מלחמה" תהיה "מצב" בין שתי מדינות אשר הכריזו עליו (ומכאן גם הביטוי: State of War). באותה תקופה היתה חשיבות רבה לעצם שאלת ההכרזה על המלחמה ופחות דגש הושם על שאלת הפעלת הכוח. בצורה זו יכלה שורה של מדינות באמריקה הלטינית להכריז מלחמה על גרמניה במלחמת העולם השנייה, בלא שנורתה ירייה אחת בין צבא גרמניה לבין לאורך כל המלחמה (המשמעות המעשית היתה ניתוק הקשרים הדיפלומטיים וכו'). ההכרזה הפורמלית על פתיחה במלחמה, נחשבה חלק מ"כללי הטקס", וחריגה ממנה, התקפת הפתע, ה-Sneak Attack, נחשבה כהתנהגות לא ראויה וחסרת כבוד¹⁰.

עם זאת במאה זו איבדה ההכרזה הפורמלית על פתיחה במלחמה ממעמדה. נראה שיש שתי סיבות מרכזיות לכך: האחת, סיבה מדינית-דיפלומטית, הסחף שחל בהתייחסות למלחמה כתופעה. בעוד שבעבר לא היתה כל "בושה" בהכרזת מלחמה, גם אם מטעמים מפקפקים, הרי שכיום אף מדינה לא תבקש לחבוש על ראשה מרצון את זר האחריות לפתיחה במלחמה ותבקש לטעון כי מדינה אחרת, במעשיה, היא שהביאה לפרוץ המלחמה. השנייה, סיבה צבאית-טקטית, חשיבות ההפתעה האסטרטגית והטקטית כתנאי להצלחת המהלכים הצבאיים. אף מצביא לא יסכן את כוחותיו הנעים לעבר האויב רק בשל החובה הדיפלומטית למסור הודעה על כך מראש.

על כן, נראה כי עלינו לזנוח את מבחן ה"הכרזה" הפורמלית על מלחמה, ולבקש מבחן מעשי יותר. פרופ' דינשטיין מציע את המבחן של "שימוש מקיף בכוח ביחסים

¹⁰ ראה למשל הזעזוע שפקד את אמריקה עם התקפת הפתע היפנית על פרל הארבור ומידת תשומת הלב הרבה שהוקדשה לעצם העובדה כי יפן לא טרחה להכריז על מלחמה ב"אופן רשמי" טרם ההתקפה.

שבין שתי מדינות¹¹. הגדרה זו כוללת מספר תנאים מרכזיים: השימוש בכוח, ללמדך שמלחמה כוללת בחובה הפעלת כוחות ואלימות, וזאת להבדיל ממחאות דיפלומטיות, סנקציות כלכליות, חרם בינלאומי או אפילו "מלחמה קרה". על השימוש בכוח להיות "מקיף". למרות שקשה להגדיר מושג זה בנוסחה מתמטית, ברור כי מלחמה, להבדיל מתקריות גבול, התכתשויות, פעולות תגמול וכדומה, היא תופעה מסיבית יותר. הגם שאין חובה שמלחמה תהיה "טוטאלית" או תקיף את כל מרחב הלחימה האפשרי, הרי שישנו רף כמותי המבדיל בין המלחמה לבין התנגשויות כוחניות שהן פחות ממלחמה. ולבסוף התנאי שהשימוש המקיף בכוח יהיה בין שתי מדינות, הוא זה שמפריד בין מלחמה בה מעורבים שני צבאות לבין עימותים מזוינים, ואפילו מסיביים, הנערכים בתוך המדינה בין כוחות בטחון הפנים שלה לבין ארגוני גרילה או מחתרת.

ברור כי גם לאחר הגדרה זו, יהיו עוד מקרים "קשים" אשר אינם נותנים מענה ברור. חשוב, למשל, לציין כי המלחמה הפכה למושג רב-פנים ומגוון הרבה יותר. מדינות כיום יכולות לפגוע אחת בשניה בשורה של אמצעים, בהם אלקטרוניים (תחום הזוכה לכינוי "לוחמת מידע"), פיננסיים (למשל זיוף מסיבי של שטרות כסף), עקיפים (סיוע והדרכה לקבוצות גרילה הנלחמות במדינה אחרת) וכמובן מודיעיניים (החדרת סוכנים, פעולות חבלה זעירות אך ממוקדות וכו'). קשה לאפיין פעולות אלו בצורה ברורה (האם ניתן לומר כי ארה"ב היתה נתונה במלחמה עם בריה"מ באפגניסטן מכוח הסיוע המסיבי שנתנה לכוחות המוג'אהדין? בריה"מ בוויאטנם ובקוריאה? כי איראן נתונה במלחמה בישראל מכוח תמיכתה בחיזבאללה? ועוד כהנה וכהנה..).

גם ההבחנה שבין עימות כוחני בין שתי מדינות לבין עימות עם גוף שאיננו מדינה, אינה תמיד ברורה וניתנת ליישום חלק. אין צורך להרחיק לכת על מנת לתמוה האם עימותים אלימים עם כוחות הביטחון של הרשות הפלסטינית עונים על ההגדרה של מלחמה? אמנם אין המדובר במדינה במובנה הפורמלי ואין המדובר בצבא במובנו הפורמלי. מצד שני קשה יהיה לתאר את האירועים כהתנגשות פנימית

¹¹ דינשטיין לעיל הערה 3, בעמ' 14.

בתחומי המדינה בלבד. לא פלא, על כן, שקובעי המדיניות עדיין נתונים במבוכה כיצד להגדיר במדויק את האירועים הנוכחיים.

כך או כך, ההגדרה אותה הבאנו, נותנת מושגים ראשוניים לגבי הגדרת מושג המלחמה, אם כי ברור שהקושי המושגי, הוא חלק מהקשיים המתלווים לחקר המלחמות והעיסוק בהן.

מהי תוקפנות?

התוקפנות היא פתיחה במלחמה באופן בלתי חוקי. המשפט הבינלאומי עסק במשך שנים במתן הגדרות שונות לתוקפנות במישור היחסים הבינלאומיים, גם על מנת להגדיר מתי ניתן להידרש להגנה עצמית לגיטימית בפני תוקפנות שכזו. שורה של נוסחים הועלו עם השנים בפורומים בינלאומיים שונים. בשנת 1974 קיבלה העצרת הכללית של האו"ם החלטה שעניינה הגדרת ה"תוקפנות"¹². בסעיף 3 של החלטה זו נקבע כי "תוקפנות" היא כל אחת מן הפעולות הבאות, בלא להתחשב בשאלה האם הייתה הכרזת מלחמה "פורמלית":

- פלישה, התקפה ע"י כוחות חמושים, כיבוש צבאי או סיפוח בכוח של מדינה אחרת;
 - הפצצה או שימוש בנשק כלשהו כנגד הטריטוריה של מדינה אחרת;
 - הסגר על חופים או נמלים של מדינה אחרת;
 - התקפה ע"י הכוחות החמושים של מדינה אחת, הנמצאים בטריטוריה של מדינה אחרת בהסכם עימה, תוך כדי הפרת תנאיו של אותו הסכם;
 - מתן היתר למדינה שנייה לנצל את הטריטוריה של המדינה המקומית לשם ביצוע מעשה תוקפנות נגד מדינה שלישית;
 - משלוח כנופיות חמושות לביצוע התקפות חמורות על מדינה אחרת.
- עולה מההחלטה כי שורת המקרים שצוינה לעיל איננה בגדר "רשימה סגורה" ויתכנו עוד צורות נוספות של תוקפנות. עוד נקבע בהחלטה כי בעוד שפתיחה באש,

¹² . General Assembly Resolution 3314, 1974, "Definition of Aggression"

היא בגדר חזקה לתוקפנות, אין הדברים בהכרח כך. יתכן כי בנסיבות מסוימות פתח צד באש ראשון, אולם עשה זאת בעקבות מעשה תוקפנות (למשל הטבעת ספינות אויב בעקבות הטלת סגר ימי). ואכן, הגנה עצמית מן הסוג המענין אותנו בהקשר של מלחמת ששת הימים, ההתקפה המקדימה, היתה מקובלת במשפט הבינלאומי ה"קלאסי" (שעד למגילת האומות המאוחדות).

האם כיום ניתן להצדיק כל הגנה עצמית אשר באה בתגובה לאחד ממקרי התוקפנות המנויים לעיל?

ראשית יש לציין כי ההחלטה אותה הזכרנו נתקבלה ע"י העצרת הכללית. על פי מגילת האו"ם להחלטות העצרת יש תוקף של המלצה בלתי מחייבת ודווקא להחלטות מועצת הביטחון יש תוקף מחייב. על כן, על אף שרוב המשפטנים הבינלאומיים רואים בהחלטה זו כמשקפת את מושג ה"תוקפנות" כפי שהיה מוכר במשפט הבינלאומי, אין להחלטה תוקף מחייב. בנוסף לכך, ההחלטה נגועה בהיבטים פוליטיים אשר נשתרבו אל הגדרת ה"תוקפנות" בלחץ מדינות העולם השלישי (אשר להן רוב בעצרת הכללית). כך, למשל, נקבע שמלחמות לשחרור לאומי אינן בגדר תוקפנות אסורה - בניגוד מוחלט לכל ההיגיון העומד מאחורי איסור המלחמה.

לבסוף, וחשוב מכל, דומה שההגדרה של התוקפנות אותה הבאנו, לא תוכל להועיל בעיקר משום שסעיף 51 קובע באופן מדויק מהו התנאי להפעלתה של הגנה עצמית לגיטימית: "כאשר מתרחשת התקפה חמושה" (ולא, למשל, בתגובה ל"תוקפנות"). מנסחי מגילת האו"ם היו מודעים וודאי למושג ה"תוקפנות" כפי שהתגבש במשפט הבינלאומי עד לניסוח המגילה, ואם בחרו שלא להשתמש בו אלא דווקא במושג ה"התקפה החמושה", ישנה סיבה לדברים.

נראה כי מנסחי מגילת האו"ם ביקשו להגביל את מרחב ההגנה העצמית, עוד יותר ממה שהיה מקובל עד לזמנם ועל כן בחרו בכוונה במונח ה"התקפה החמושה המתרחשת" כתנאי להפעלת ההגנה העצמית. מתוך ידיעה כי מדינאים יכתירו כל פעולה של הצד השני כ"תוקפנות" וישתמשו בכל מעשה כתירוץ לשימוש בכוח במסווה של "הגנה עצמית", הגבילה מגילת האו"ם את השימוש בהגנה העצמית, רק למצב בו ישנו איום פיזי כתוצאה משימוש מוחשי בכוח, היכן שמתרחשת "התקפה חמושה".

מושג זה של "התקפה חמושה המתרחשת" הוא צר יותר ממושג התוקפנות וכולל בתוכו שני מרכיבים חשובים: אחד, מרכיב פיזי של פעולה אלימה. השני, מרכיב של קירבה בזמן הנעוץ במילה "מתרחשת", דהיינו לשון הווה. הגנה עצמית מותרת כנגד התקפה חמושה המתרחשת כעת, ולא כנגד איומים עתידיים¹³.

סיכום

הנה כי כן, הצגנו את מסלול ההתפתחות הארוך והנפתל שעבר המשפט הבין לאומי בייחסו אל המלחמה. ממצב של היעדר כבלים ומוסרות על הפתיחה במלחמה, מעולם שבו "כל דאלים גבר", הפכה המלחמה לצנינים בעיניה של החברה העולמית. את האנרכיה ששררה בתחום המשפטי, החליפה ההסכמה הבין לאומית הנרחבת להוציא את המלחמה אל מחוץ לחוק, אשר גם הועלתה על הכתב במגילת האו"ם. כיום מתירה מגילת האו"ם את השימוש בכוח רק במסגרת "הגנה עצמית" בפני "התקפה חמושה".

כזה היה מצב הדברים המשפטי אשר עמד לנגד הצדדים שעה שאזור המזרח התיכון החל גולש אל תוך מערבולת האירועים בחודש מאי '67.

¹³ עם זאת, ישראל גם טענה לאחר מלחמת ששת הימים, כי פעלה מכוח זכות ההגנה ה"טבעית" המוקנית לכל מדינה, ראה להלן.

שער מלחמת ששת הימים^{14 15}

השנים שחלפו מאז אותם אירועים סוערים בקיץ '67, מחזקות את הדעה כי ככל הנראה אף אחד מן הצדדים לא תכנן במודע ובקור רוח מכוון אסטרטגית לסחוף את האזור מלחמה כוללת. היתה זו מערכת מורכבת ומסובכת של נסיבות, שבה פעלו שיקולי מדיניות, אסטרטגיה, הרתעה, פסיכולוגיה ויוקרה בערבוביה אחת גדולה. המחקר על המלחמה נמצא בעיצומו, דעות נשמעות לכאן ולכאן, ותיקצר היריעה מלפרטן כאן¹⁶. מרבית הארכיונים הנוגעים בדבר, עודם חתומים בפני הציבור הרחב.

¹⁴ אין ספור מקורות משמשים כבסיס לכרוניקה של תקופת ההמתנה וקורות מלחמת ששת הימים. אציין את המקורות העיקריים בהם השתמשתי באופן כללי לתיאורי הרקע.

רקע בטחוני ומבצעים צבאיים:

- במחנה, גליון מיוחד במלאת 30 שנה למלחמת ששת הימים, גיליון 18, 1997, הוצאת קצין חינוך והגדנ"ע הראשי.
 - חני זיו יואב גלבר, *בני קשת*, הוצאת משרד הביטחון, 1998, עמ' 231-263.
 - יהודה ואלך, *לא על מגש של כסף*, הוצאת משרד הביטחון, 2000, עמ' 84-91.
 - *צה"ל בחילו*, אנציקלופדיה לצבא ולביטחון, ספרית מעריב, 1982, כרך א' עמ' 183-209.
- רקע פוליטי, בין לאומי ופנימי:**
- דוד שחם, *ישראל, 50 השנים*, הוצאת עם עובד, 1998, תקופת ההמתנה: עמ' 247-262 מלחמת ששת הימים: עמ' 263-279.
 - אלוף (מיל.) אהרן יריב, *"ההדרדרות שגרמה למלחמת ששת הימים"*, מתוך: *צה"ל בחילו*, כרך א' עמ' 235-240.
 - חיים הרצוג, *עם כלביא יקום, מלחמות ישראל-ערב*, תש"ח-תשמ"ב, ספרית ידיעות אחרונות, 1983, עמ' 114-153.
- ¹⁵ שני ספרים הסוקרים את העמדות המשפטיות אשר נשמעו סביב מלחמת ששת הימים, כולל סוגית הפתיחה באש, הזכות להגנה עצמית וחופש השיט הם:

J.R. Gainsborough, "The Arab-Israeli Conflict", *A Politico-Legal Analysis*, 1986, pp. 81-94 (ניתוח סוגית הפתיחה באש) (126-164, חופש השיט) (104-105, תוצאות מלחמת סיני) (81-94 (להלן: "Gainsborough"). (במלחמת ששת הימים והחלטה 242

"Moore" *The Arab-Israeli Conflict*, edited by John Norton Moore, Vol. I-II, 1974. (להלן:

(ראה בפרט:

פרק II.B "Freedom of Navigation Through the Straits of Tiran, The Gulf of Aqaba and the Suez Canal"

פרק III.B "Legal Issues Concerning the Use of Force and Its Consequences"

פרק IV "The Role of the United Nations Force and its (Withdrawal)"; "The Role of the United Nations"

¹⁶ במלאת 30 שנים לפרוץ המלחמה, ערך מרכז רבין כנס בן 3 ימים באוניברסיטת ת"א, בו הוצגו בשלל זוויות ההיבטים השונים של המלחמה ושל כיווני המחקר המודרני. סקירה מקיפה של עמדות אלו, ניתן למצוא בחוברת שהוצאה לאחר הכנס: **שישה ימים-שלושים שנה**, מבט חדש על מלחמת ששת הימים, קובץ מאמרים בעריכת פרופ' אשר ססר, מרכז רבין לחקר ישראל, 1999.

המנהיגים שניצחו על המלאכה המדינית והצבאית, נפטרו ברובם. האדריכל הראשי של האירועים, שליט מצרים גמאל עבד-אל נאצר, מת בחטף שנים מעטות לאחר המלחמה בלא שהותיר בידנו תשובה ברורה באשר לשיקולים שהדריכו את צעדיו באותם ימים נמהרים בחודש מאי '67.

בסקירה שנציג כעת על האירועים שהובילו אל המלחמה, נכסה אך מעט מן ההיקף העצום של החומר הקיים ביחס להיסטוריה של המלחמה והמשבר שקדם לה. אנו נתמקד בעיקר בנתונים המשפטיים שיש בהם רלוונטיות לצורך בחינת השאלה העומדת לדיון בעבודתנו זו, שאלת האחריות לפרוץ המלחמה. לאחר שהצגנו עד כה את המצב המשפטי הרלוונטי ערב המלחמה, ננסה לבחון לאורו את האירועים ולשאול עצמנו מי מן הצדדים החל במעשי התוקפנות, האם ניתן לכנות את הפעולה הישראלית "הגנה עצמית" ואם כן, בפני איזו "התקפה חמושה"?

ראשית, נציג, על קצה המזלג ממש, את "תקציר" האירועים שהובילו אל המלחמה:

- בעקבות התחממות הגבול הצפוני וריבוי תקריות הגבול שבין ישראל לסוריה והחשש מפעולת תגמול ישראל מסיבית כנגד המשטר הסורי, נתמך בדיווחי מודיעין סובייטיים כוזבים כי ישראל מרכזת "12 חטיבות" בגבולה הצפוני - החליט נאצר במחצית חודש מאי '67 להזרים כוחות אל תוך חצי האי סיני. כוונתו של נאצר, ככל הנראה, היתה להרתיע את ישראל מלפעול כנגד סוריה ולהסיט את כוחותיה לחזית הדרום. נאצר נכנס אל תוך זירה זו של "סיכונים וסיכויים" גם על רקע הצלחתו של תמרון קודם שערך בנסיבות דומות, אירוע "רותם" משנת 1960 (ראה להלן).

- הכנסת הכוחות המצריים אל תוך חצי האי שהיה מפורז במשך 11 השנים שקדמו למשבר, נתקבלה בישראל בתדהמה ובחשש מפני כוונותיו של נאצר. מצרים משגרת לסיני דיוויזיה אחר דיוויזיה, בגלוי, לצילי שירי המלחמה המתלהמים של תחנות הרדיו הערביות. יוקרתו השחוחה של נאצר, שהוכתה במהלך הסתבכותה של מצרים בתימן, מרקיעה שחקים. התעמולה הערבית מדברת בגלוי על חיסול ישראל, "סיום המלאכה משנת 48" וכו'. ישראל

- מתחילה בגיוס כוחות מילואים. דעת הקהל העולמית עוקבת בדאגה אחר התפתחות המשבר.
- מצרים דורשת מכוח האו"ם הנמצא בסיני מאז נסיגת צה"ל לאחור מבצע סיני להתפנות לרצועת עזה. מזכ"ל האו"ם, בלא שהוא מתייעץ עם העצרת הכללית, מורה לכוחות האו"ם להתפנות. דבר לא חוצץ כעת בין הכוח המצרי ההולך ונבנה בח.א. סיני לבין צה"ל.
 - ב-23 במאי, בשיחה עם טייסים בביר גפגפה, מודיע נאצר על הסלמה חדשה ומסוכנת במשבר - סגירת מיצרי טיראן וחסימת השיט לאילת. אל מול העמדה הישראלית הרואה בסגירת המיצרים "קאזוס בלי", משיב נאצר "אהלן וסאהלן".
 - ישראל מתחילה במערכה בין לאומית, לוי אשכול במגעים עם מנהיגים, אבא אבן נשלח לסיור בבירות העולם. בראשית חודש יוני קמה ממשלת "ליכוד לאומי", דיין מתמנה לשר הביטחון.
 - ישראל עוקבת אחר פריסת המערך הצבאי המצרי בסיני. אינדיקציות נאספות כי למערך יכולת התקפית. גיחות צילום של מטוסים מצריים מעל שטח ישראל, ובמיוחד מעל לכור בדימונה, מעלות את מפלס העצבים המתוח ממילא ותורמות לסברה כי פני המצרים למתקפה.
 - ב-30 במאי, מצטרף המלך חוסיין למקהלת הקולות הקוראים לחיסולה של ישראל, ועל אף המתיחות רבת השנים עם מצרים, נוחת בקהיר וחותם על חוזה הגנה עם מצרים. הלגיון הערבי כפוף לפיקודו של גנרל צבא מצרי.
 - בבוקר ה-5 ביוני תוקף חיל האוויר את חילות האוויר המצריים, כוחות פיקוד דרום יוצאים לכיבוש ח.א. סיני. המלחמה החלה.

פריזמת ההתבוננות

הצגנו את מסכת האירועים במסגרת הזמן המיידית שקדמה למלחמה. אולם על מנת לקבל תמונה ברורה ונכונה יותר של האירועים, כמו גם על מנת לקלוט את המטען המושגי והערכי איתו ניגשו הצדדים אל העימות, עלינו להעמיק ראות, בזמן ובהיקף. נסביר מדוע:

"הגנה עצמית" היא מושג רחב, הכולל בתוכו מרכיבים אובייקטיביים וסובייקטיביים. "הגנה עצמית" נולדת לרוב מתוך מצב מתוח, מסוכן, של תקשורת לקויה בין הצדדים, מצב בו אחד הצדדים מזהה סכנה מיידית ומוחשית לחייו. יתכן בהחלט כי כוונתו של התוקף היתה אחרת או פחותה מזה, אולם בעיני המתבונן היא נקלטה כסכנה המחייבת להגיב מיידית. כך, למשל, יתכן בהחלט שאדם איים על חברו בסכין מפלסטיק או באקדח מדומה, וזה סבר לתומו כי המדובר באיום מוחשי, והגיב בעוצמה רבה. למרות שבמציאות האובייקטיבית לא נשקף למתגונן כל איום אמיתי, סביר להניח כי נצדיק את התנהגותו (אלא אם כן, ניווכח כי ידע שהסכנה אינה אמיתית). באופן דומה, יתכן שאדם יתנהג באופן מאיים או מסוכן מתוך מטרה "להפגין שרירים" או אפילו "בצחוק" ושלא מתוך כוונה "ללכת עד הסוף" אולם האדם מולו הבין את המצג שבפניו כסיכון אמיתי והגיב בהתאם.

בנוסף לכך, על מנת לנתח נכון מצבים של "הגנה עצמית" עלינו לבחון את תמונת המצב הכוללת, על הרקע הקודם שלה, על מנת לנסות לשחזר את הלך המחשבה של המתגונן. האם מדובר בשני צדדים שלהם רקע קודם שבו אחד מהם היה נתון פעמים רבות להתקפות או לאיומים מצד רעהו? האם ניתן להבין על רקע זה את החשש של הצד המתגונן ואת העובדה שעל רקע "ההיסטוריה המשותפת" הוא נזהר ואינו ממתין עד שהסכין מונחת לצווארו ממש אלא מקדים תרופה למכה?

הצגנו את הצורך בבחינה מקיפה, מתוך זווית רחבה, של אירועים על מנת לעמוד אל נכון מיהו התוקף ומיהו המותקף, מי התוקפן ומיהו המתגונן. נדרשת, אם כן, בחינה לא רק של המציאות האובייקטיבית, אלא גם של המציאות הסובייקטיבית. הקדמנו דברים אלו שכן, כאמור, בשנים האחרונות נוטה המחקר להציג את מורכבותה של תמונת האירועים באותם ימים ולהימנע מלייחס לנאצר כוונה מראש להיסחף למלחמה. המגמה כיום היא להציג את המשבר כ"משחק פוקר" שיצא מכלל שליטה, הליכה מודעת על הסף שהסתיימה בנפילה בלתי נשלטת אל התהום. אולם שאלת הכוונה המדויקת אשר התגלגלה בראשו של נאצר, אינה השאלה היחידה העומדת לדיון. למעשה השאלה החשובה היא לא למה התכוון נאצר, אלא כיצד נקלטו אותות אלו בישראל וכיצד היתה מגיבה כל מדינה אחרת בקהילה הבין לאומית לו הייתה נקלעת לתרחיש דומה.

על מנת להבין את מערכת המושגים, הערכים והזיכרון ההיסטורי אשר עיצבו את התודעה של ה"שחקנים" בעימות, עלינו לחזור אל מבצע סיני.

מבצע סיני ותוצאותיו בזירה הבין לאומית

בשנת '56 יצאה ישראל למבצע כיבוש חצי האי סיני. מספר גורמים מרכזיים עמדו ביסוד הפעולה הצבאית הישראלית: פעולות הפידאיון, כנופיות המרצחים ששוגרו מסיני לפגוע בישובים ישראלים בהשראה וברשות מצרית - חסימת מיצרי טיראן ותעלת סואץ לשיט אוניות לישראל - עסקת הנשק הצ'כית-מצרית והחשש מהתעצמות הצבא המצרי. המהלך הישראלי, כך אנו יודעים היום, נערך במסגרת קנוניה, שנרקמה מראש, עם אנגליה וצרפת, שכללה גם אולטימטום "מוזמן מראש".

לאחר המבצע לא הצליחה ישראל לשמר את הישגיה הצבאיים והטריטוריאליים במישור הבין לאומי. הפעולה נתקלה בהתנגדות נרחבת של מדינות העולם ובחזית משותפת אמריקאית-סובייטית. דיון מעמיק בפעולה הישראלית ובחוקיות שלה, נערך בארגון האו"ם. סוגית "קדש" מעלה שאלות מעניינות ודומות לשאלות העומדות ביסוד עבודתנו בתחום המשפט הבין לאומי. גם שם נשאלה השאלה האם עמדה ישראל בפני "התקפה חמושה", האם היתה זכאית לפעול באופן צבאי והאם היתה פעולתה זו בגדר "הגנה עצמית" לגיטימית. לא נוכל לסקור את מלוא היקף הדיון שנערך אז במסגרת זו. נציין בקצרה, כי על אף שישראל טענה בפורומים הבין לאומיים כי פעולתה מהווה הגנה עצמית¹⁷, לא נתקבלה טענה זו.

¹⁷ ראה נאומו של דוד בן גוריון לאחר מבצע סיני (הודעה בכנסת, בישיבה המאתיים ועשרים ושמונה של הכנסת השלישית, כ"א בשבט תשי"ז - 23 בינואר 1957):

"מגילת או"ם שומרת לכל אומה זכות ההגנה העצמית, שהיא זכות טבעית. וגם אילו לא היתה זכות זו מפורשת באו"ם היא נתונה מאליה. וכשחיי אומה נתונים בסכנה - כאשר חיי ישראל היו נתונים בסכנה בחודשים האחרונים, והסכנה הפעם לא היתה אובדן מאות חיים כפרי רציחות פידאיון, או הפסד כלכלי כפרי החרם והסגר, אלא סכנת קיום, סכנת חיים ומוות לכל העם בישראל - היתה זו מחובתה הראשונה של ישראל לפעול לשם התגוננותה, וזאת אשר עשתה בסוף אוקטובר ובתחילת נובמבר. היא צמצמה פעולת התגוננותה למינימום ההכרחי, ונמנעה מלפגוע בירדן בסוריה, כי הסכנה העיקרית והראשית היתה צפונה במרכזי-ההתקפה המצריים בסיני וברצועת-עזה. ישראל היתה מתחייבת בנפשה אילו לא עשתה מה שעשתה, ובמצפון נקי היא מביטה בעיני העמים. היא בטוחה שכל עם במקומה היה עושה בדיוק מה שהוטל עליה לעשות."

אחד המבקרים החריפים של ישראל אז היה מזכ"ל האו"ם, דאג המרשלד, אשר היה משוכנע כי פעולת ישראל משוללת תוקף חוקי ולא נעשתה בהתאם למגילת האו"ם. ישראל נתקלה בדרישה חד-משמעית להסיג את כוחותיה ללא-תנאי מסיני. גם כאשר ביקשה ישראל להביא להסדרה בין לאומית של הגורמים שהביאו לפרוץ המלחמה, בעיקר חסימת נתיבי השיט וחסול פעולות הפידאיון - נענתה בהתנגדות חריפה לדון בכך כל עוד כוחותיה נמצאים בסיני. ואכן, בעקבות מלחמת סיני נתקבלו באו"ם החלטות גינוי חריפות וישראל עמדה בפני אולטימטום וסופה שהסיגה את כוחותיה ללא כל תנאי ובלי שנתקבלו דרישותיה, **לפחות לא במישור המשפטי הפורמאלי.**

זאת שכן **במישור המעשי** נתקבלו בעקבות המבצע הישגים מוחשיים שהיה בהם לשנות את מפת הזירה הדרומית ל 11 השנים הקרובות. הכוונה בעיקר לפריסת כוח החירום של האו"ם בסיני ולהבנה הבין לאומית כי מיצרי טיראן יפתחו לשיט חופשי. הליקוי המרכזי בהישגים אלו היה שהם לא עוגנו בהחלטה משפטית מחייבת של ארגון האו"ם, אלא היו יותר בגדר הצהרת כוונות לא מחייבת, ואכן סופם שהתמוטטו תוך ימים ספורים במשבר של מאי 67.

כוח המשקיפים של האו"ם: עקב שיתוק שחל במועצת הביטחון בימים הראשונים של מבצע סיני, בשל העובדה שהצעות גינוי של בריה"מ נתקלו בווטו אנגלי-צרפתי (שהיו שותפות "סמויות" למבצע) הפכה העצרת הכללית לגוף הרלוונטי שדן במצב והוציא החלטות, הגם שלעצרת הכללית, בניגוד למועה"ב, אין מעמד מחייב והחלטותיה הן בגדר המלצה ע"פ מגילת האו"ם. במסגרת העצרת נתקבלה ההחלטה (שבאה בעקבות יוזמה קנדית) להציב כוח משקיפים מטעם האו"ם אשר יתפרס בחצי האי סיני לאחר נסיגת צה"ל ויחצוץ בין הכוחות הנצים. מאחר ולעצרת אין סמכות מחייבת להורות על שליחת משקיפים, נתקבלה ההחלטה רק בכפוף להסכמה מצרית ותוך הבנה כי אין בשיגור המשקיפים משום פגיעה בריבונותה של מצרים בסיני. העצרת הסמיכה את המזכ"ל למנות כוח משקיפים

(מצוטט מתוך: צה"ל בחילו, הערה 14, מתוך המאמר "המערכה המדינית אחרי סיני", כרך א' עמ' 131-132)

אשר יהיה כפוף לו ישירות, בניגוד לכוח שמירת שלום, אשר על פי מגילת האו"ם, נשלחים מטעם מועצת הביטחון וכפופים למרותה. תוצאת הדברים הייתה הקמת כוח החירום של האו"ם (U.N.E.F) בסיני, לאחר מתן הסכמה מצרית להצבתו, כוח שהיה כפוף ישירות ובלעדית למזכ"ל האו"ם. על אף שהכוח ביצע את משימתו בהצלחה במשך 11 שנים וסייע בחיסול תופעת ההסתננות, הרי שעם "לידתו" הוטבעו בו ה"פגמים הגנטיים" הנ"ל, דהיינו תלות ברצון הטוב המצרי וכפיפות בלעדית למזכ"ל האו"ם. בשעת המבחן האמיתית הראשונה, הביאו שני גורמים אלו לקריסה מיידית של הכוח, בדיוק בזמן בו הייתה נחוצה נוכחותו יותר מכל.

חופש השיט¹⁸: על פי עקרון "חופש השיט" המקובל כעקרון יסודי של משפט הים, מיצר יבשתי המפריד בין שני חלקי ים-פתוח, יהיה חופשי למעבר "בתום-לב" של ספינות. כזה היה המצב המשפטי ערב מלחמת ששת הימים וכך גם קבעה אמנת הים משנת 1958 שהיתה אז בתוקף (הוחלפה באמנת הים מ 1982). כך נחשבים מיצרי הבוספורוס ומיצרי הדרדנלים, המהווים את השער לים השחור, כמיצרים המובילים מים פתוח אחד (הים התיכון) לים פתוח אחר (הים השחור), ועל כן אין להגביל את חופש המעבר בהם. על פי המשפט הימי, ניתן לסגור מיצר רק אם כל המדינות השוכנות לחופו מסכימות להפוך אותו ל"ים סגור" או אם המפרץ מוכר היסטורית כמפרץ סגור.

טענת המצרים הייתה כי מפרץ עקבה הוא "ים סגור" וכי המפרץ ידוע כמפרץ ערבי. עוד טענה מצרים כי זכותה לסגור את המיצר בפני שיט אוניות ישראליות, משום "מצב הלוחמה" ("State of War") השורר בינה לבין ישראל, משום שלא הכירה מעולם בישראל כמדינה ריבונית וכן משום של ישראל אין זכויות ריבוניות על חוף מפרץ עקבה, שכן כיבושה של אילת נעשה תוך הפרה של הסכמי הפסקת האש שסיימו את מלחמת העצמאות.

טענת ישראל הייתה כי אין כל הסכמה על הפיכתו של המפרץ לסגור, כי הסכמי שביתת הנשק חתמו את מצב הלוחמה בינה לבין מצרים ובכל מקרה על פי המשפט

¹⁸ סקירה כוללת על נושא המשפט הימי, השיט במיצרים בין לאומיים, תוך עיון בסוגיית מיצרי טיראן, ניתן למצוא אצל: יורם דינשטיין, סמכויות המדינה כלפי פנים, הוצאת שוקן תל אביב, 1972, עמ' 66-60.

הבין לאומי ישנה חובה לאפשר חופש שיט במיצר בין לאומי, גם לאוניות של מדינת האויב. עוד טענה ישראל כי כיבושה של אילת לא נעשה תוך הפרת המשפט הבין לאומי וממילא חוף מפרץ אילת יועד גם בתוכנית החלוקה להיות בשטח המדינה היהודית.

הדיון המשפטי על הגדרת חופש השיט, הגדרתו של מיצר בין לאומי והשפעת מצב הלוחמה על חופש השיט, הוא נרחב והוקדשו לו ספרים שלמים. היריעה שפרשנו במאמר זה, תהיה קצרה מלהכיל את מלוא הסוגיה. נציין רק, שניסיונות של ישראל, בעקבות מבצע סיני, להביא להחלטה מחייבת שעניינה הבטחת חופש השיט במיצרי טיראן, לא צלחו. מוסדות האו"ם סירבו לדון בכל תנאי ישראלי טרם נסיגת כוחות צה"ל מסיני ועמדו על פינוי ללא תנאי. למרות שהעמדה הישראלית זכתה לגופו של ענין לתמיכה בין לאומית נרחבת וטיעוני מצרים בדבר "זכות" לחסום את המיצרים לשיט ישראלי נדחו ע"י רוב הקהילה הבין לאומית - לא נתקבלה כל החלטה מחייבת בענין לאחר מבצע סיני.

עם זאת, במישור הלא-מחייב זכתה הדיפלומטיה הישראלית להצלחה לא מבוטלת בתחום זה. בחודש מרץ 1957 פרסמו 14 מעצמות ימיות הצהרה "בדבר חופש השיט במיצרי טיראן ובמפרץ עקבה". באגרת ששלח שר החוץ האמריקאי, ג'ון פוסטר דאלס, לשגריר הישראלי לאחר מבצע סיני, קובע השרי:¹⁹

"The United States believes that the Gulf comprehends international waters and that no nation has the right to prevent free and innocent passage in the Gulf and through the Straits giving access thereto....The United States,...is prepared to exercise the right of free and innocent passage and to join with others to secure general recognition of this right."

¹⁹ Gainsborough, לעיל הערה 15 בעמ' 104.

(כשענני הסופה התקדרו מעל שמי המזרח התיכון בחודש מאי 67', ביקשה ישראל לפרוע את "השטר" הנ"ל אלא שבמחלקת המדינה האמריקאית התקשו למעלה מיומיים למצוא את האיגרת הנזכרת..)

סיכום תוצאות מבצע סיני

הנה כי כן, בשנת 57' מצאה ישראל את עצמה בעקבות מבצע סיני עם הישגים אסטרטגיים בלתי מבוטלים, אשר הביאו לרגיעה בחזית הדרומית למשך 11 שנים, אולם הישגים אלו היו תלויים על בלימה ולא זכו לערבות בין לאומית ולביטחונות של האו"ם. הדיכוטומיה שבין שני קטבים אלו, באה לידי ביטוי גם בפרשנות המנוגדת שנתקבעה בתודעת שני הצדדים לגבי המצב הקיים, ככל שחלפו השנים. שיגרת הרגיעה, בה ח.א. סיני מפורז מכוחות צבא מצריים ומיצרי טיראן פתוחים לשיט, התקבלה אצל כל אחד מן הצדדים באופן מנוגד. בתפיסה המצרית, היתה שיגרה זו פונקציה של האינטרס המצרי, ועל פי תפיסתם את הריבונות המצרית בסיני, רשאים היו להפר סטאטוס קוו זה בכל עת שיחפצו, מאחר ואין כל מגבלה משפטית בין לאומית או חשש לסנקציה כזו. בתפיסה הישראלית, הפך הסטאטוס קוו למשקף את הנורמה השלטת, באופן שכל הפרה שלו נתפסה כהסלמה וכ"שבירת הכלים", למרות שלמעשה מעולם לא נקבעו כללים והסוגיות הפתוחות לא הוסדרו מעולם באופן פרטני, אפילו לא בהסכמים זמניים דוגמת הסכמי שביתת-הנשק מ 49'.

מבחן חשוב שחשף את העצבים הגלויים של שני הצדדים, היה בחודש פברואר 60' באירוע "רותם". בעקבות מתיחות צבאית בחזית הסורית שיגר נאצר בחשאי כוחות צבא לחצי האי סיני, מתוך מטרה להפעיל לחץ על ישראל להרפות מסוריה. עקב מחדל מודיעיני נתגלתה תזוזת הכוחות המצרית באיחור ניכר וישראל נתפסה במצב צבאי מסוכן. לאחר פרק זמן של מהלכים דיפלומטיים, הסיגה מצרים את כוחותיה והמתיחות בגבול הסורי פגה אף היא. עם זאת שני הצדדים יצאו עם מטענים מנוגדים באשר ללקחי "רותם". נאצר יצא בתחושה כי מדיניות ה"ההליכה על סף התהום" נושאת פירות מדיניים בלא צורך בעימות צבאי, וריבונותו בסיני מאפשרת לו להזרים כוחות צבא לסיני בעת הצורך על מנת לקטוף הישגים מדיניים נאים. ישראל יצאה בתחושה כי היעדר העומק האסטרטגי הנגזר ממצבה, מחייב

שלא להיתפס בשנית במצב מסוכן כמו זה שנקלעה אליו בפבר' 60' וכי עליה לקדם כל סכנה של ריכוז כוחות בסיני, בשל הפוטנציאל ההתקפי שלהם. אירוע "רותם" אכן מדגים את המצב השברירי והלא-מוסדר בחזית הדרומית. רבים סבורים כי המשבר של מאי 67', היה למעשה ניסיון כושל של נאצר לחזור על הצלחת התמרון 7 שנים קודם לכן.

כזה היה מצב הדברים, במישור המשפטי, כמו גם התודעתי והמושגי, אשר קידם את פני הצדדים שעה שכדור השלג החל מתגלגל.

ניתוח אירוע ששת הימים

הגענו, אם כן, אל לוח מאמרנו, בו נבדוק האם היתה פעולתה של ישראל בבוקר ה 5 ביוני 67', משום הגנה עצמית מוצדקת על פי כללי המשפט הבין לאומי, אם לאו. העמדה המצרית²⁰, על רגל אחת, היא כי ח.א. סיני היה חלק ממצרים הריבונית (ישראל מעולם לא טענה אחרת) ועל כן היתה רשאית מצרים לפרוס את צבאה כרצונה בחלק ריבוני של שטחה. כל זמן שפריסה צבאית זו, אפילו היא מלווה באיומי מלחמה, לא כרוכה בחצייה פיזית של הגבול, הרי אין בה משום "התקפה חמושה" המזכה את הצד השני בזכות ל"הגנה עצמית" ואם היה פסול בהתנהגות מצרים, על ישראל היה להותיר זאת לטיפול מועצת הביטחון. עוד נטען, כאמור, כי למצרים זכות לסגור את מיצרי טיראן, הנמצאים בשליטה של מדינות ערב, לשיט של מדינת ישראל שהיא מדינת אויב. גם אם אין מקבלים את העמדה המצרית בדבר ה"זכות" לסגירת מיצרי טיראן, הרי שאין בסגירת המצרים משום פעולה מלחמתית המצדיקה שימוש

²⁰ בחודש יולי 67', התכנס באלג'יר סמינר של מלומדים ערביים בתחום המשפט הבין לאומי. תוצאת הסמינר הייתה חוברת ובה ניתוח כולל ומפורט של הזכות לריבונות על א"י, שאלת הפליטים, תוכנית החלוקה, חופש השיט ועוד, באספקלריה של המשפט הבין לאומי בעיניים ערביות. חלק ממסקנות הסמינר הן קשות לעיכול (כמו הטענה כי ישראל היא "בלתי חוקית", דרישה לבטל את תוצאות תוכנית החלוקה) וחלקן מעוררות גיחוך (כמו האשמת ישראל בשאיפות אימפריאליסטיות ליישב 14 מיליון יהודים). עם זאת המדובר בניסיון ערבי מגובש להעמיד תיזה כוללת של הסכסוך הישראלי-ערבי מנקודת מבט של המשפט הבין לאומי, ומכאן חשיבותו. פרופ' פיינברג, מומחה למשפט הבין לאומי, פרסם מחקר בו הוא מתעמת עם מסקנות הסמינר, ראה: נתן פיינברג, הסכסוך הערבי-ישראלי לאור המשפט הבין לאומי, על דיוני המשפטים הערביים בכנס באלג'יר, הוצאת ראובן מס, ירושלים, 1970, בפרט עמ' 86-89. עוד על עמדות הערבים לענין יישום המשפט הבין לאומי על הסכסוך:

Henry Cattani, *Palestine, The Arabs and Israel*, 1969, pp.91-132.

נגדי בכוח. טענה נוספת שנשמעה היתה כי גם אם קמה לישראל זכות להגנה עצמית, הרי שהפעולה הצבאית לא היתה פרופורציונאלית וכי הסרת האיום המצרי לא הייתה מחויבת להתבצע על דרך כיבוש מלא של סיני עד תעלת סואץ.

ננסה להציג את הטענות הישראליות:²¹

עמדת ישראל, היא כי כאשר יצאה למתקפה בבוקר ה 5 ביוני, עשתה זאת על מנת להקדים התקפה משמשת ובאה שכוונה כלפיה. האחריות לפתיחה במלחמה לא מוטלת על ישראל, שכן לא החלה היא את מעשי התוקפנות אלא הגיבה עליהם. לטענת ישראל היתה פעולתה בגדר הגנה עצמית שכוונה לקטוע את מהלך ההתקפה אשר בה הוחל כנגדה, ופעולתה זו היא חוקית ועונה על תנאי ההגנה העצמית הקבועים במשפט הבין לאומי.

העמדה הישראלית, היא כי המצב אליו נקלעה במהלך המשבר של קיץ '67, הוא יותר מאשר תזווה כוחות מקרית, או מתיחות גבול זמנית, אלא למעשה ישראל עמדה בפני מצב שבו הבשילו כמעט כל התנאים להתקפה ערבית מתואמת על גבולותיה וכי היא פעלה ברגע האחרון על מנת למנוע מאויביה את היתרון שבייזום ההתקפה המשמשת ובאה במועד ובתנאים הנוחים להם דווקא.

אמת היא כי המשפט הבין לאומי הוציא את השימוש בכוח אל מחוץ לחוק ואף טיעון ההגנה העצמית הוגבל לתוך מסגרות ברורות ומתוחמות, על מנת למנוע שימוש ציני בו. אכן כיום לא ניתן לפתוח באש בכל פעם בה נמצאת המדינה במצב שהוא בלתי נוח מבחינתה או אפילו בסיטואציה שיש בה את הפוטנציאל לפגוע פגיעה עתידית בבטחונה. כך למשל, מדינה לא תוכל לפתוח במלחמה כוללת, היכן שמדינת אויב השוכנת לצידה הכריזה על הרחבת שנתון הגיוס או על קליטת עשרות טנקים מדגם חדש. אלו צעדים, אשר על אף שיש בהם להביא לסיכון עתידי ולפגיעה בביטחון המדינה, אין הם בגדר התקפה המצדיקה תגובת נגד כוללת. לעומת זאת, המצב אליו נקלעה ישראל טרם מלחמת ששת הימים, אינו מצב של

²¹ Amos Shapira, "The Six-Day War and the Right of Self-Defence", בתוך "Moore" לעיל הערה 15 כרך II בעמ' 205-220.

סיכון ערטילאי בעתיד הרחוק. לטענת ישראל החלה להתגלגל כנגדה מתקפה מתואמת כלל-ערבית, ובפעולתה שברה את טבעת החנק.

עמדת ישראל היא כי המגמה לצמצם את תופעת המלחמה (ובמסגרתה גם את השימוש הציני בנימוק ה"הגנה העצמית"), אינה כרוכה בדרישה מן המדינות להתאבד מרצון או לזכות את אויביהן ביתרון אופרטיבי. כאשר מדינה מזהה מהלך התקפי המכוון כנגדה ואשר החל לצבור תאוצה, היא אינה מחויבת להמתין עד אשר האויב יקח את היוזמה בידיו, והיא רשאית, מקדמת דנא, לטול ממנו את היוזמה. העובדה כי מדינה מקדימה התקפה להתקפה המכוונת כלפיה, אין משמעותה כי החלה היא במעשי התוקפנות.

לימוד המלחמות המודרניות, בפרט המלחמות בעולם הצבאי-הלוגיסטי המחייב הכנה ומהלכי גיוס ופריסה טרם הנחתת המהלומה הצבאית, יגלה כי ניתן לזהות "סימנים מקדימים" המעידים על ההתקפה, או גם על פוטנציאל ההתקפה הצפויה. להבדיל מצעדים צנועים יותר, כגון תזוזת כוחות שגרתית או תמרונים - פתיחה במהלומה כוללת מחייבת צעדי הכנה וגיוס, גם בצבא היעיל והזריז ביותר. מדינה המזהה סימנים ברורים ומובהקים מעין אלו, אינה מחויבת לישיב בחיבוק ידיים ולהמתין לצעדי האויב, רק על מנת להוכיח ברבים כי לא החלה ראשונה במתקפה.

ההוכחה ברבים מי הוא התוקפן ומיהו המתגונן, לא נחתכת רק על פי השאלה מי ירה את הכדור הראשון. יתכן בהחלט כי צד א' יתחיל במהלכי התקפה ברורים, ואילו צד ב', בבקשו להתגונן בפני התקפה גלויה זו, יקדים אותו ויירט את הכוחות הנעים לעברו. על אף שהיריה השניה נורתה ע"י צד ב', אין בכך להפוך אותו לתוקפן ואין בדברים לשלול ממנו את הזכות להגנה עצמית לגיטימית.

ישראל לא תתקשה כלל להצביע על סימנים גלויים וברורים המצביעים על המתקפה הצפויה:

- ריכוז הכוחות המצרי המסיבי בסיני. תוך כשבוע נמלא חצי האי סיני, שברגיל היתה בו נוכחות צבאית מצרית דלילה, בלמעלה מ 100,000 חיילים. דיביזיות שלמות בעלות יכולת מבצעית חצו את התעלה בדרכן לסיני. דווקא העובדה כי

- מצרים היא הריבונית בסיני ונמנעה כל השנים מלרכז כוחות, מצביעה על הא-
 נורמליות ועל הסכנה שבריכוז הכוחות יוצא הדופן בקיץ '67.
- תזוזת הכוחות הייתה של כוחות מבצעיים אשר נערכו בפריסה בעלת יכולת
 הגנתית כמו התקפית. ככל שנקפו הימים, התעצם הכוח המצרי, ונתרבו
 האינדיקציות כי מתקצר פרק הזמן בו הוא יכול לעבור ממערך הגנתי להתקפי.
 במהלך הימים נתקבלו אף אינדיקציות מפורשות לכוונה התקפית, כגון בהכנסת
 "כוח שזאלי" המשוריין לסיני, או בטיסות הביון המצריות מעל שטח ישראל,
 בפרט מעל לכור בדימונה.
- מדינות ערב לא הותירו את כוונותיהן בגדר תעלומה. מנהיגי ערב דיברו במפורש
 על כוונתם להביא להתקפה על ישראל. קולות אלו לא נשמעו רק בשידורי
 התעמולה של רדיו קהיר, אלא גם מפי המנהיגים עצמם. מדינות ערב אף ביטאו
 רצון זה בחתימת בריתות הגנה, אפילו בין אויבים לשעבר כגון הממלכה
 ההאשמית ומצרים.
- סגירת המיצרים, שהייתה בגדר פעילות תוקפנית ברורה וחציה של קו אדום
 שהוגדר ע"י ישראל כשקול למלחמה.
- בדיעבד, נשמעו הקולות, כי למעשה נאצר ביקש "להפגין שרירים", "ללכת עד
 התהום" וכו' ולא ביקש לפתוח במלחמה של ממש. טענות אלו, אין להן משקל רב
 בניתוח האירוע. כפי שציינו מקודם, הכוונה של המתקיף לא תמיד גלויה ולא ניתן
 לדרוש מכל מי שנתון בסכנת התקפה, כי יצלול לנבכי מחשבותיו הצפונות של
 העומד מולו. ההגנה העצמית נקבעת בעיקר על פי הלך רוחו הסוביקטיבי של
 המתגונן ועל פי ההערכה הסבירה של האותות שנקלטו. כמובן, שלא כל רגישות
 מופרזת ו"פתיל קצר" ביחס לכל צל צלו של איום, תצדיק הגנה עצמית. קשה לומר
 כי ישראל - שעה שכוחות אויב נערכים מולה, קריאות להשמדתה מושמעות בלי
 הרף, כשהיא נותרת לבדה במערכה ללא סיוע בין לאומי, לאחר שהמתינה פרק זמן
 לשינוי במצב - גילתה רגישות מופרזת וששה אלי קרב בזהותה התקפה היכן שכל בר
 דעת היה סבור כי המדובר במחוות של שלום ורצון טוב. ניתן לצפות ממדינות
 ריבוניות לאחריות על מעשיהן. מי שמרכז כוחות ומכריז הצהרות מלחמה, לא יכול
 לבוא בטענות כלפי מי שפירש צעדים אלו כפשוטם והגיב בהתאם.

הגנה עצמית "מקדימה" במשפט הבין לאומי

גם אם נקבל את העמדה הישראלית כי בקיץ '67 עמדה בפני התקפה כלל-ערבית משמשת ובאה, האם יש בכך להצדיק פעולה צבאית? האם הגנה עצמית "מקדימה", עודנה מותרת במשפט הבין לאומי המודרני, בפרט על רקע הדברים המפורשים הכתובים בסעיף 51 למגילת האו"ם כי הגנה עצמית תותר רק כנגד "התקפה חמושה" המתרחשת בהווה?

עמדתה הפרשנית של ישראל ביחס להיקפה של הזכות להגנה עצמית, היא כי יש להעניק למושג זה פרשנות רחבה ככל הניתן. מתוך סעיף 51 הנזכר למגילת האו"ם, שמדה ישראל את הדגש לא רק על מושג ה"התקפה החמושה" אלא גם, ובעיקר, על הקביעה כי למדינות מוקנית הזכות הטבעית להגנה עצמית. על פי עמדת ישראל, והתומכים בגישה, הזכות להגנה עצמית לא נולדה עם חתימת מגילת האו"ם, אלא היא זכות טבעית שכל מדינה ריבונית נשאה עמה כחלק מריבונותה וזכותה להתקיים. המדינות אשר הצטרפו אל האו"ם, באו נושאות בצקלונן שורה של זכויות וחובות המקובלות במשפט הבין לאומי, בהן הזכות הטבעית להגנה עצמית. האינסטיטוט הבסיסי של המותקף, אינדיבידואל או מדינה, להמשיך ולשרוד ולהסיר מעליו איום חיצוני, הוא חלק טבעי מעצם ישותו והגדרתו כייצור ריבוני. מגילת האו"ם לא יכולה, ואף לא התכוונה, לשלול מן המדינות זכות כה טבעית, כמו הזכות להגן על קיומן שעה שמדינות אחרות מבקשות לשלול זאת מהן. מסיבה זו, לא הסתפקו מנסחי מגילת האו"ם רק בהגדרת ה"הגנה עצמית" כמענה כנגד "התקפה חמושה", אלא קבעו כי המדובר בזכות "טבעית".

על פי עמדה זו, מרכיב ה"התקפה החמושה" הוא רק חלק מהגדרת הזכות ה"טבעית" להגנה עצמית, אולם הוא לא מרכיב מחייב וקונקלוסיבי. הגנה עצמית אפשרית במשפט הבין לאומי אל מול "התקפה חמושה", אולם היא אפשרית גם בנסיבות אחרות בהן מותקפת המדינה וקמה לה הזכות הטבעית להגן על עצמה.

פרשנות מרחיבה לסעיף 51: עמדה זו, לפיה אין לפרש את הגדרת ההגנה העצמית המופיעה במגילת האו"ם באופן דווקני, אלא להתבסס על פרשנות מרחיבה, נשענת גם על התבוננות בסעיף 51 בקונטקסט הכולל של מגילת האו"ם. אכן, ארגון האומות המאוחדות קם מתוך שאיפה להביא לפתרון הסכסוכים האלימים אשר

עמדו ביסוד שתי מלחמות העולם. ואכן מגילת האו"ם כוללת סעיפים אשר יש בהם להביא לצמצום תופעת המלחמה וצמצום השימוש המותר בכוח. במסגרת זו, אכן קבע סעיף 2(4) למגילה את איסור השימוש בכוח וסעיף 51 התיר הגנה עצמית כנגד התקפה חמושה.

אולם ניסוחים אלו, היו חלק מתוך מערך בין לאומי כולל שנועד לבסס את השלום והיציבות בעולם, שאיפה אשר משבר מאי '67 והסכסוך שקדם לו מוכיחים את כשלונה המוחלט. עיון שלם ומלא במגילת האו"ם יגלה כי המגילה גם קבעה בין מטרות הארגון את ההכרה ההדדית של המדינות החברות באו"ם בזכותן של המדינות האחרות לעצמאות ולשלמות טריטוריאלית. סעיף 2(4) למגילה אסר לא רק את השימוש בכוח, אלא גם את האיום בשימוש בכוח, איסור שמדינות ערב, על נאומיהם המתלהמים של מנהיגיהן, שירי הרהב של תחנות הרדיו שלהן, ריכוזי הכוחות המאיימים והבריתות הצבאיות שחתמו ביניהן, דרסו ברגל גסה. צמצום של ההגנה העצמית רק למצב של "התקפה חמושה" המתרחשת בהווה, אפשרי בתוך מערך כולל של הקפדה על שאר סעיפי המגילה ומטרות האו"ם.

יתרה מכך, בתחום השמירה על השלום כוללת המגילה הסדרים נוספים, החשוב שבהם הוא תפקידה של מועצת הביטחון. פרק שלם במגילה, הפרק השביעי שלה (סעיפים 39 עד 50) מוקדשים לנושא זה. מגילת האו"ם מקנה למועצה סמכויות רבות להתערב ולהביא לפתרון סכסוכים, פוליטיים וגם אלימים. סעיף 41 למגילה מקנה למועצה סמכות להטיל סנקציות, דיפלומטיות וכלכליות, ואף להורות על ניתוק קשרי תחבורה ותקשורת עם מדינה המחבלת, לדעת המועצה, בשלום. סעיף 42 למגילה מאפשרת למועצה להפעיל כוחות צבא מטעם המדינות החברות באו"ם אשר ישמרו על השלום ובמקרה הצורך גם ישיבו מלחמה כנגד מי שפעל בתוקפנות.

על כן, יש לקרוא את סעיף 51 למגילה, הכולל צמצום של ההגנה העצמית רק אל מול "התקפה חמושה", בתוך הקונטקסט הכללי. דרישה מן המדינות לנצור את אישן למול תוקפנות ההולכת ומתפתחת בשעריהן ולהמתין לרגע ההתקפה בפועל, היא לגיטימית, אם בכלל, רק בתוך האוטופיה הנשקפת במגילת האו"ם, עולם בו יהיה זה ארגון האו"ם אשר יקח על עצמו את תפקיד ה"שוטר העולמי" וירכז את הפעלת הכוח כנגד מחרחרי המלחמה. אם הסכימו המדינות לוותר על זכותן

הטבעית להגנה עצמית בפני תוקפנות עתידית, נעשה דבר במסגרת הסכמה כוללת כי ארגון האו"ם ימלא את מקומו. מקום שבו האו"ם כשל מלבצע את מלאכתו, נותרת בידי המדינות זכותן הטבעית להגן על עצמן.

כשלוש האו"ם: אין להרבות מילים מדוע נכשל ארגון האו"ם כישלון היסטורי בביצוע המטלות ובהפעלת הסמכויות המנויות במגילת הייסוד שלו, לכל הפחות ביובל הראשון לקיומו. הפרק השביעי של המגילה המסדיר את סמכויות מועצת הביטחון, כלל בתוכו "פצצה מתקתקת" בדמות זכות הווטו הנתונה לכל אחת מ-5 החברות הקבועות, זכות הניתנת להפעלה ללא כל תנאי. מאחר וכמעט לכל סכסוך עולמי היתה נגיעה לאחת המעצמות, ועל רקע השיתוק הכללי שאחזו בגוף זה משך כל שנות ה"מלחמה הקרה", לא הצטיינה מועצת הביטחון בהפעלת סמכויות באופן אפקטיבי²². סעיף 41, שעניינו הטלת עיצומים, הופעל מספר פעמים ספורות בשנות השישים, בעיקר כנגד מדינות האפרטהייד דאז, רודויה ודרא"פ, ונראה כי הפעלתו התאפשרה רק בזכות הקונצנזוס הבין לאומי בענין זה. סעיף 42, שעניינו הפעלת כוח צבאי ע"י מועצה"ב כנגד מדינה תוקפנית, לא הופעל מעולם, למרות עשרות מלחמות ומאות מעשים של תוקפנות וסיכון השלום מצד מדינות שונות (בקוריאה פעלו כוחות האו"ם בפיקוד אמריקאי, אולם הדבר היה בעקבות החלטה של העצרת הכללית, שאינה מחייבת, בעקבות ווטו סוביטי במועצת הביטחון. במלחמת המפרץ הראשונה, פעלו כוחות הקואליציה בראשות ארה"ב בעקבות החלטות של מועצת הביטחון, אולם המדינות פעלו באופן עצמאי). כוחות שמירת השלום שפעלו מטעם האו"ם (גם במזרח התיכון), נעשו רק כאשר המדינות המעורבות בסכסוך הסכימו לכך. חזון מגילת האו"ם בדבר "שוטר עולמי" שבחסותו לא יזקקו עוד המדינות לשימוש בכוח, אלא כאשר מתרחשת התקפה חמושה על גבולותיהן - עודנו רחוק ממימוש, ובוודאי היה רחוק בזמן משבר '67.

הסכסוך המזרח התיכוני, הוא אחת הדוגמאות הבולטות לכישלוננו של האו"ם ליישם את המטרות הקבועות במגילתו ולהפעיל את סמכויותיו לשמירת השלום.

²² לסקירה ממצה על סמכויות מועצת הביטחון והעצרת הכללית ראה: חיים ויסמונסקי, משפט בין לאומי, הוצאת אתיקה, 1996, עמ' 75-96.

האו"ם נכשל ביישום תוכנית החלוקה אותה קיבל ברוב קולות. מועצת הביטחון לא שלחה כוחות שעה שצבאות מדינות ערב ביקשו לדרוס את מדינת ישראל ולבטל בכך את תוכנית החלוקה. האו"ם נכשל באכיפת הסכמי שביתת הנשק שנחתמו בהשראתו ובתמיכתו, כוחות האו"ם לא מנעו את ההפרות הרבות ההסכמים מצד מדינות ערב, בהן ירי על שטחים מפורזים או הסתננות חבלנית, צעדים שהיה בהם להביא לערעור השלום והיציבות באזור. האו"ם נכשל באכיפת אמנת קושטא משנת 1888 המבטיחה מעבר חופשי בתעלת סואץ. האו"ם נכשל אף באכיפת החלטותיו שלו, דוגמת החלטת מועצת הביטחון משנת 1951 הקוראת למצרים לאפשר מעבר חופשי של אוניות לישראל בתעלת סואץ.

משבר 67', הוא דוגמא מהדהדת לכישלוננו של האו"ם ולכישלון הקהילה הבין לאומית לטפל בתוקפנות הערבית ולהסיר מן הדרך את סכנת המלחמה. האו"ם נכשל מלשמור על כוחות החירום שלו בעמדותיהם, שעה שנדרשו יותר מתמיד. למעשה, ביקורת רבה נשמעה על מזכ"ל האו"ם, או טאנט, אשר הורה על פינוי הכוח עם הדרישה המצרית הראשונה, על דעת עצמו וללא שנועץ תחילה במועצת הביטחון או אפילו בעצרת הכללית, אשר מכוח החלטה שלה נשלח הכוח ב 57'. המערכה הדיפלומטית שניהלה ישראל במשך כשבועיים, זיכתה אותה בסימפטיה רבה, אולם בלא כל תוצאה ממשית. עוד טרם שהוחלט על אופציה צבאית, נשלח שר החוץ אבא אבן לסיור בבירות אירופה וארה"ב, אולם בקשותיו לסייע אקטיבי של המעצמות נענו רק בדרישה מישראל לעכב את פעולותיה הצבאיות. האמריקאים התחמקו מלממש את התחייבות שר החוץ דאלס משנת 1957, אותה הבאנו קודם לכן במלואה, לפתוח את המיצרים והיוזמה לשגר שייטת אוניות בין לאומית שתפרוץ את המצור, לא יצאה אל הפועל.

בעיצומו של המשבר, עוד טענו נציגי בריה"מ ובולגריה כי דרישה לכינוס מיידי של מועדה"ב לדיון חירום במשבר, מהווה דרמטיזציה-יתר של האירועים. הצעת החלטה מיום 24/05 שנוסחה ע"י קנדה ודנמרק, שכל שהיה בה הוא קריאה לכל הצדדים שלא לנקוט צעדים נוספים שיהיה בהם להחמיר את המצב, כלל לא הועלתה להצבעה. מועצת הביטחון התכנסה לדיון חירום על המשבר ב 27-28 למאי, אולם כל החלטה לא נתקבלה. דיון נוסף התקיים במועה"ב ביום 3/06 בעקבות

הודעת מצרים כי היא דוחה הצהרה אנגלו-אמריקאית הקוראת למימוש הצהרת 14 המעצמות הימיות כי השיט במפרץ עקבה יהיה פתוח. כל החלטה לא נתקבלה.

כאלו היו מאמצי האו"ם למנוע את סכנת המלחמה ולטפל בגורמים הישירים שליבו את המתחים. מענין לציין כי ביממה הראשונה של המלחמה, גם תחת הצלחת ערפל הקרב שפיזרה ישראל כאילו הותקפה והיא נלחמת קרבות בלימה, שוב לא גילתה מועצת הביטחון כל דחיפות בקריאה להפסקת אש. כמו במלחמות קודמות ומאוחרות, מרגע שנתברר כי ידה של ישראל על העליונה במערכה הצבאית, החלו גלגלי האו"ם לפעול במרץ לכפות הפסקת אש מיידית.

על רקע כל הדברים שהבאנו לעיל, לא יפלא, על כן, כי עמדת ישראל היא שאין לומר כי מגילת האו"ם והארגון שקם מכוחה, נחלו הצלחה מסחררת בהשכנת השלום במזרח התיכון. על שום כך, לא יתכן לפרש את סעיף 51 פרשנות מצמצמת המאפשרת הגנה עצמית רק מרגע שגבולות המדינה נפרצו ע"י כוחות האויב, אלא יש לאמץ את הפרשנות לפיה למדינות שמורה הזכות הטבעית להגנה עצמית, ובכלל זה ההגנה העצמית המקדימה.

האם הזכות הטבעית להגנה עצמית כוללת גם הגנה עצמית מקדימה?

הזכות הטבעית להגנה עצמית מקדימה הוכרה במפורש במשפט הבין לאומי "הקלאסי", דהיינו המשפט הבין לאומי שקדם לניסוח מגילת האו"ם. זכותה של מדינה לטול נשק בידה כנגד סכנה המרחפת עליה, גם אם זו טרם התגבשה לכדי תקיפה פיזית, הוכרה בפרקטיקה המקובלת של הקהילה הבין לאומי, כבר במחצית המאה ה - 19. ישנן דוגמאות רבות להפעלת "הגנה עצמית מקדימה", אולם המקרה אשר נתן את שמו לכלל המחייב במשפט הבין לאומי ה"קלאסי", היה הסכסוך האנגלו-אמריקאי סביב הספינה "קרולייין"²³.

²³ כאן המקום לציין כי טרם שקם המשפט הבין לאומי המודרני, היה המשפט הבין לאומי הקלאסי נוהג לבסס כללים מחייבים ונורמות על סמך תקדימים בולטים. בעוד שכיום נוהגת הקהילה הבין לאומית לבטא את דעתה באמצעות וועידות בין לאומיות או חתימת אמנות רבות משתתפים - היו נוהגים המשפטנים הבין לאומיים לבסס את קביעותיהם באשר לנורמות המחייבות במשפט הבין לאומי מתוך התבוננות בהתנהגות המדינות, או "בפרקטיקה המקובלת". מטבע הדברים, התכתבות או חילופי אגרות בין שתי מעצמות נחשבות, שימשה כמקור בר-תוקף לבחינת ההתנהגות הראויה במישור הבין

במחצית הראשונה של המאה ה - 19 היו יחסי בריטניה-ארה"ב נתונים במתיחות מתמדת (שתי המדינות אף היו מעורבות במלחמה בין השנים 15-1812), גם סביב שאלת הגבול הצפוני שבין ארה"ב לקנדה. במהלך מרידת מקנזי כנגד השלטון הבריטי בקנדה, קיבלו המורדים תמיכה ניכרת בקרב האוכלוסייה האמריקאית באזורי הגבול והשתמשו באוניה "קרולייין" על מנת להעביר אנשים וציוד מן הגדה האמריקאית של נהר הניאגרה לגדה הקנדית. מחאות בריטיות בפני ממשלת ארה"ב לא הועילו ואז חצתה יחידה בריטית את הנהר באישון ליל, השתלטה על הספינה ושיחררה אותה להתרסק במפלים. בעקבות המתיחות וחילופי הדברים שבין ממשלת ארה"ב ובריטניה, ניסח מזכיר המדינה האמריקאי, דניאל וובסטר, את התנאים בהם מותר יהיה לפעול במסגרת הגנה עצמית מותרת, גם כנגד התקפה עתידית. תנאים אלו, אשר נגזרו מכללי ההגנה העצמית במשפט הפלילי, כללו את הצורך, הדחיפות, היעדר אלטרנטיבה והפרופורציונאליות.

גם לאחר שהפרשיה חוסלה ולא נותרה להעיב על יחסי בריטניה-ארה"ב, נותר מקרה "קרולייין" כמבטא את הזכות הקיימת במשפט הבין לאומי להגנה עצמית במקרה של צורך דחוף לקדם סכנה עתידית מוחשית.

אם כן, במשפט הבין לאומי הקלאסי מותרת במפורש ההגנה העצמית המקדימה, מסויגת בתנאים של צורך, דחיפות, היעדר אלטרנטיבה ופרופורציונאליות. נבדוק את התקיימותם של תנאים אלו בסיטואציית ששת הימים:

- ההגדרה של "צורך" היא גמישה ומשתנה בהתאם לנסיבות. הצורך המובהק בהגנה מקדימה בנסיבות ששת הימים, עולה מאופייה האסטרטגי של הזירה, קרי מדינה בעלת עומק אסטרטגי קצר טווח, אם בכלל, אשר התקפת פתע עליה עלולה להמיט עליה כליה. אין דומה מצבה של מדינה בעלת עומק של מאות ק"מ, אשר יכולה, אולי, "להרשות לעצמה" לספוג את המהלומה הראשונה, בלא שהיא מסכנת נכסים אסטרטגיים, למצבה של ישראל עד מלחמת ששת

לאומי. יש לציין כי ה"מתיחות" האנגלו-אמריקאית במהלך המאה ה - 19 הביאה ל"יבול" פורה בתחום המשפט הבין לאומי. דיון נוסף בין שתי המעצמות שגם עניינו ספינה, מקרה "אלבאמה" מתקופת מלחמת האזרחים, משמש כאבן בוחן וכתקדים מרכזי בתחום דיני הניטרליות בזמן מלחמה.

הימים. בתוך פרק זמן של שבועיים עמדה ישראל בלא מעש, שעה שהסטאטוס קוו האסטרטגי מתמסמס לנגד עיניה בלא שנורתה ירייה אחת. חופש השיט והנוכחות המצרית הדלילה בסיני, במנותק משאלת הריבונות, היו נתון קבוע במשך 11 שנים אשר נגזו באחת. ישראל לא יכולה היתה לספוג מכות אסטרטגיות נוספות, לאור פגיעותה הרבה. על כן, בנתונים הגיאוגרפיים של הזירה, נוכל לומר כי ה"צורך" בהגנה מקדימה כנגד התקפה צפויה הוא מובן ולגיטימי.

- דומים הדברים באשר להיעדר האלטרנטיבה. ישראל הותירה מרווח פעולה במשך כ 3 שבועות (שזכו לכינוי "ההמתנה") להחזרת המצב לקדמותו. ציירנו לעיל את כשלונה של המערכת הבין לאומית ואת מחדליו של האו"ם. פעולתה של ישראל נעשתה כמוצא אחרון ולאחר שניתנה הזדמנות לאמצעים דיפלומטיים.

- פעולתה של ישראל נעשתה מתוך דחיפות ובסמיכות לסיכון הצפוי. כאמור, סכנת ההתקפה ריחפה על ישראל לא בעתיד הרחוק אלא בפרק הזמן המיידי. המעבר ממערך של מגננה למערך מתקפה הוא ענין של פרק זמן קצר, ועל כן הסכנה בריכוזי הכוחות הלכה וקיבלה משנה דחיפות ונתמכה באינדיקציות הולכות ומתגברות. גורם נוסף שהשפיע על תחושת הדחיפות של ישראל, הוא אופי הכוח הצבאי הישראלי, הנשען ברובו על כוחות מילואים. בעוד שמדינות הנשענות על צבא סדיר גדול יכולות היו, אולי, להמתין פרק זמן ארוך יותר ולהעמיד כוחות בכוננות גבוהה כנגד החשש להתקפה, הרי שהמחיר שגבתה הכוננות מן המשק בישראל היה בלתי נסבל לאורך תקופה ארוכה. מדינה אינה חייבת להסכים לשיתוק כמעט מלא של חיי הכלכלה שלה, רק בהמתנה להתקפה של הצד השני.

- דרישת המידתיות היא חלק בלתי נפרד מן ההגנה העצמית. היא נועדה להבטיח כי צעדי המנוע מטרתם אכן להסיר את הסכנה המיידית, ולא לגלוש מעבר לכך לנקמה או להשגת מטרת החורגות מן ההגנה העצמית גרידא. וויכוחים רבים נתגלעו בין ישראל לבין מבקריה שטענו כי כיבוש סיני, הגדה המערבית ורמת

הגולן, חרגו מן הצורך ההגנתי הצר ונבעו מתוך שאיפות התפשטות. על פי הטענה ניתן היה להסיר את האיום הצבאי בפעולות צנועות יותר. התשובה לטענה זו אינה פשוטה. הראיה לכך, היא שגם בצמרת הצבאית נתגלעו וויכוחים רבים באשר להיקף הרצוי של הפעולה העתידה. התוכניות הישראליות השתנו מכיבוש רצועת עזה, לאופנסיבה שכוונה דווקא לפיצוח מערכי הצבא המצריים במרכז סיני וסופו של דבר (ובימים האחרונים ממש, בהתערבותו של שר הביטחון החדש, משה דיין) קיבלו את הצורה הסופית, כיבוש מלא של סיני עד לקו התעלה. עם זאת, נראה כי ניתן יהיה להצדיק את הפעולה הישראלית ולהציגה באור ההגנה העצמית.

המערכה הישראלית נועדה לשבור את ריכוזי הכוחות הערביים שאיימו על ביטחונה של ישראל ולמנוע הישנותם של צעדי תוקפנות שסייעו לדרדור האיזור למלחמה, כגון חסימת המיצרים. לא נראה כי ניתן היה להביא לשבירה מלאה של המערך הצבאי המצרי בלא פעולה בעומק סיני. מכל מקום, לא ניתן היה להבטיח את פתיחתם של המיצרים בלא כיבוש שארם א-שיח. המטרות הטריטוריאליים הישראליות, נועדו לסיים את המערכה בקווים ברי-הגנה ומשום כך נקבעו תעלת סואץ, נהר הירדן וקו התלים ברמת הגולן, כקווי הסיום של המערכה. ישראל נמנעה מהישגים טריטוריאליים פוליטיים החורגים ממסגרת ההגנה על עצמה ושבירת איום ההתקפה החוזרת, כגון כיבוש בירות ערב, על אף שמבחינה צבאית הדבר היה אפשרי.

אל תוך בחינת המידתיות ניתן "לקרוא" גם את היסטורית הסכסוך ואת הרקע לאיומים שריחפו מעל ישראל שעה שנחלצה להגן על עצמה. לאור העובדה כי זוהי פעם שניה שישראל נאלצה להבטיח בכוח את פתיחת מיצרי טיראן, לא יהיה זה מופרז לקבוע כי פעולה אשר נועדה להבטיח את השליטה בשארם א-שיח, היא בלתי סבירה. לאור השנים הארוכות של התוקפנות הסורית אשר השתמשה ברמת הגולן כ"פלטפורמה", תפיסה של הרמות השולטות וביסוס קו הגנה הוא בבחינת צורך פרופורציונאלי לאיום כפי שהצטייר במשך שנים.

אינדיקציה נוספת לבחינת המידתיות של פעולת הגנה עצמית היא משך הזמן שלה. הגנה עצמית היא מטבע הדברים, קצרה ותכליתית. דומה שאין להאריך

במילים מדוע המלחמה, אשר אף מנציחה בשמה את משכה הלא-ארוך, היא מן הקצרות שבמלחמות הזמן המודרני וכי יש אף בכך תימוכין לדעה כי ישראל לא ביקשה להיפרע מאויביה ב"מסע עונשין" אלא נקטה בפעולה ממוקדת.

לבסוף, סעיף 51 למגילה, כולל בחובו מנגנון אשר נועד להבטיח את המידתיות של פעולות ההגנה העצמית המותרות מכוחו. על פי לשון הסעיף, ההגנה העצמית (בין שטבעית ובין שבתגובה ל"התקפה חמושה") מותרת "...עד אשר מועצת הביטחון תנקוט באמצעים הדרושים לשמירת השלום והביטחון הבינלאומיים...". ואכן ישראל נענתה להוראת מועצת הביטחון להפסקת אש תוך פרק זמן קצר ביותר ולא המשיכה את פעולתה לאחר שארגון האו"ם הביע את דעתו כי על מעשי האיבה להסתיים.

הנה כי כן, היתה זו עמדת ישראל, כפי שהובעה בפורומים הבין לאומיים השונים, כי במסגרת הזכות ה"טבעית" להגנה עצמית, נקטה בצעדים הסבירים והמידתיים להסיר את האיום המיידית שריחף מעליה - ועל כן על אף שירתה את הכדור הראשון, פעלה במסגרת הגנה עצמית לגיטימית כנגד התקפה הצפויה.

מהלכי נאצר - "התקפה חמושה"?

הקושי בטיעון הישראלי הוא, כמובן, כי פרשנותה אינה מתיישבת עם לשונו המפורשת של סעיף 51 למגילה כי הגנה עצמית מותרת כיום רק בפני "התקפה חמושה". בעוד שבעבר היתה קיימת זכות טבעית להגנה עצמית, ובעוד שבעבר כללה זכות טבעית זו גם את ההגנה המקדימה (בהתאם לתקדים "קרולייין"), תשמע הדעה כי האומות המאוחדות ביקשו לצמצם את היקפה של זכות זו ועל כן נקטו במכוון במונח "התקפה חמושה" המתרחשת.

האם יש בדברים אלו, להשמיט את הקרקע מתחת לטענת ישראל כי פעלה

מכוח הגנה עצמית?

התשובה לשאלה זו אינה בהכרח חיובית. פרופ' דינשטיין²⁴ תומך בדעה כי פעולת ישראל במלחמת ששת הימים, היתה הגנה עצמית גם כנגד "התקפה חמושה" במובנה ע"פ סעיף 51 למגילה. כפי שהצבענו לעיל, בבואנו ליתן פרשנות לסעיף 51 למגילת האו"ם, עלינו להתבונן בדברים מתוך ראייה מרחיבה ועל רקע הכרת שדה המערכה המודרני. העובדה כי הסעיף נוקט בלשון "התקפה חמושה" אינה מחייבת כי הפירוש היחיד למונח זה הוא רק כאשר גבולות המדינה נפרצו ע"י טורי השריון של האויב. חציית קווי הגבול איננה תנאי לקיומה של "התקפה חמושה". בעולם המלחמה המודרני, ניתן לזהות סימני התקפה המתרחשת, גם טרם שנורתה היריה הראשונה ע"י האויב.

כך, למשל, אם תצפית קולטת במשקפותיה טורי שריון מעבר הגבול הנעים במערך התקפה, האם עולה ספק כי ההתקפה החלה או שמא יש להמתין עד אשר ידרסו גדרות הגבול? האם התקפת מטוסים על טור השריון הנע, במטרה למנוע ממנו את חציית הגבול, תהווה בעצמה תוקפנות או שמא הגנה עצמית מקדימה? מקום בו מבחין מוצב כי סוללת תותחי האויב, המכוונת לעברו, טוענת את קניה, האם עליו להמתין עד לנחיתת הפגזים על ראשו, או שמא רשאי הוא לירות ירי מקדים על מנת לשק את הסוללה? מארב המבחין בחוליית אויב כשהיא עדיין בשטחה, קרבה אל גדר הגבול כשהיא מצוידת במגזרי תיל, שומה עליו להמתין עד לחיתוך הגדר או שמא רשאי הוא לירות ראשון?

דומה כי יש בדברים אותם הבאנו כדי לתת תשובה לטענה כי "התקפה חמושה" נמדדת רק בירי הכדור הראשון. יש בדברים גם תשובה לטענת המצרים כי תנועת הכוחות במערך מאיים היתה תזוזת כוחות לגיטימית בשטח ריבוני של מצרים. על פי היגיון זה, לו היו האמריקאים מגלים את נושאות המטוסים היפניות הקרבות אל חופי הוואי בחודש דצמבר 41', האם היה עליהם להמתין עד אשר יעברו הללו את קו המים הטריטוריאליים? האם היתה נשמעת ברצינות טענת יפן כי האוקיאנוס

Yoram Dinstein, "The Legal Issues of 'Para-War' and Peace in the Middle East", 44 *St. John's Law Review*, pp. 466.

השקט הוא שטח בין לאומי, ועל כן רשאית היא להתקרב עד למרחק 12 מייל מפרל הרבור, בטרם רשאים האמריקאים לפעול כנגדה?

מכונת המלחמה משולה למעין קפיץ, שעה שהוא נדרך לכדי מהלומה. אין חובה להמתין עד אשר יסיים הקפיץ את תנועתו הסופית, ומרגע שניתן לזהות את דריכתו, נתונה הרשות לסכל את תנועתו. אף מדינה שפויה לא מחויבת לאפשר לאויביה, שעה שהם נעים להתקיפה, לבחור את התנאים האופטימאליים מבחינתם, להתקפה הצפויה. שום צבא סביר לא יעקוב אחר כוחות האויב נכנסים לעמדות ירי וימתין באורך רוח עד אשר סיימו את היערכותם. מחובתו של כל צבא לשבש את היערכותו של צבא האויב למתקפה.

גם את לשון סעיף 51 למגילה, ניתן לפרש פרשנות תכליתית והגיונית, אשר משתלבת עם לשון הסעיף מחד, ועם ההגיון המדיני והצבאי העומד מאחוריו מאידך. בעוד שמגילת האו"ם באה לפסול שימוש ציני ופסול במושג ה"הגנה העצמית", אין להיתפס לקיצוניות ההפוכה ולומר כי מגילת האו"ם באה לסרס מכל תוכן את מושג ה"הגנה העצמית". בשום מקום במגילת האו"ם לא נאמר כי הגנה עצמית לגיטימית תעשה רק על אדמתו של המותקף. לא נאמר כי המדינות מנועות מלהשיב מלחמה גם בשטח האויב. משמעות הדברים היא כי התנאי להתקפה חמושה, הוא לא בחציית קווי הגבול, אלא באינדיקציות ברורות לקיומה של אותה התקפה. אף פרופ' דינשטיין סבור כי במשבר קיץ '67 נמלאו כל התנאים המעידים על כך שמדינות ערב החלו זה מכבר בשילוח התקפתם החמושה על ישראל.

חסימת המיצרים כהתקפה חמושה

במנותק משאלת ריכוז הכוחות המצריים והאיום הצבאי שריחף מעל ראשה של ישראל, ניתן לבחון את שאלת ההגנה העצמית במלחמת ששת הימים במישור אחר, מישור המצור הימי. טענת ישראל, היא כי המצור הימי שהטילו המצרים על ישראל בסוגרם את מיצרי טיראן, היה פעולה מלחמתית מובהקת, שקולה להכרות מלחמה. טענת המצרים היא כי הטלת המצור נעשתה כדין, ומכל מקום לא הצדיקה פתיחה במלחמה.

מעבר לפגיעה הטבעית הנגרמת למדינה כתוצאה מחסימה חד-צדדית של ערוצי סחר עמה, חשוב לזכור את חשיבותם של המיצרים לסחר הישראלי בזמן המשבר. השינויים במרחב בשנים שחלפו מאז מעמעמים כיום את הבנתנו המלאה בדבר החיוניות של המיצרים לישראל באותה תקופה. בעוד שכיום ישנם וויכוחים לגבי חשיבותו האמיתית של נמל אילת, לא תמיד היו אלו פני הדברים. חשוב לזכור כי באותה התקופה, שימש נמל אילת כמסוף ייבוא הנפט המרכזי של ישראל, נפט אשר הגיע מ..איראן. גם שיעור הסחר הישראלי עם מזרח אפריקה באותה תקופה היה גדול יותר והיווה נדבך במדיניות החוץ הישראלית באפריקה. דווקא הסכם השלום עם מצרים, אשר כלל בתוכו סעיף כי מצרים מכירה בזכותה של ישראל לשיט חופשי במיצרי טיראן, דווקא הסכם זה גרם לירידה בחשיבותם של המיצרים. זאת משום שבאותו הסכם נפתחה תעלת סואץ לשיט אוניות ישראליות והמשך אספקת הנפט והגז לישראל מסיני הוסדרה גם היא בהסכמי השלום (הקשרים עם איראן נותקו, ממילא, שנה לאחר מכן). כיום יכול הסחר הישראלי עם מזרח אפריקה והמזרח הרחוק, להתבסס גם על הנמלים המרכזיים של ישראל, נמלי אשדוד וחיפה, לאור פתיחת תעלת סואץ, כאשר התוספת במרחק היא שולית. אולם באותה התקופה, המשך הסחר עם המזרח שלא באמצעות מפרץ אילת, היה כרוך, למעשה, בהקפה של כל אפריקה, דרך כך התקווה טובה!

כפי שראינו, הציגו הצדדים עמדות מנוגדות באשר לזכות המעבר החופשית של אוניות ישראליות במיצרי טיראן. דומה כי עמדת ישראל זכתה לאישור של רוב חברות הקהילה הבין לאומית. עם זאת ניסיונות של ישראל לממש הבנה זו, ולהביא לפתיחה של המיצרים, לא צלחו. בחלל האוויר ריחפו הצעות לשגר צי בין לאומי של אוניות מלחמה אשר יפרוץ את המצור אולם דבר לא נעשה וישראל נותרה חסרת אונים מול המצור.

האם חסימת המיצרים מצדיקה פעולה צבאית על מנת לאכוף את פתיחתם?

אם נקבל את הפרשנות כי למדינות עדיין שמורה הזכות ה"טבעית" להגנה עצמית, הרי שאין ספק כי הפעולה הישראלית לכיבוש סיני, שהביאה לפתיחת השיט, היתה חוקית. הטלת סגר על נמלי שיט, נחשבה מאז ומעולם לפעולה

תוקפנית, כפי שאנו יכולים לראות גם מהחלטת האו"ם בדבר הגדרת התוקפנות משנת 1974, הכוללת במפורש התייחסות לסוגית המצור הימי. ואכן טענת ישראל היתה כי קמה לה הזכות הטבעית להסיר מעליה את המצור, לאחר שכשלו האמצעים המדיניים, גם באמצעים צבאיים.

לצד זה, נשמעה גם הטענה כי עצם הטלת המצור היא פעולת מלחמתית אשר היתה בגדר התקפה על ישראל. אם נקבל את העמדה כי יש לתת פרשנות מרחיבה למושג "התקפה חמושה", הרי שהטלת מצור הוא בגדר התקפה כאמור. ברור כי נאצר לא התכוון ליישם את המצור באמצעים דיפלומטיים אלא לאכוף אותו באמצעים צבאיים, דהיינו שימוש בתותחיו המוצבים בפתח המיצר בראס-נאצראני. גם כאן, ניתן יהיה לטעון כי הפעילות המלחמתית התחילה, גם אם טרם נורתה כל יריה, וישראל אינה חייבת להמתין עד אשר יטביע נאצר את האונייה הראשונה, על מנת לקבוע כי הותקפה בידי מצרים. ה"התקפה החמושה" על השיט הישראלי החלה זה מכבר עם חסימת המיצרים בכוח צבאי, ועל כן ניתנה הרשות לישראל להגן על עצמה בכוח.

חשוב לציין במישור המושגי, כי דומה שנאצר הבין היטב את המשמעות האמיתית של חסימת המיצרים. מלבד העובדה שחסימת המיצרים הוכרזה בעבר ע"י ישראל כ"קו אדום" וכ"קאזוס-בלי", ונאצר הבין זאת היטב, מעיד נאומו בפני טייסיו ב 23 במאי כי ידע שמשמעות הצעד - פתיחה במלחמה. על פי המצדדים בגישה מושגית זו, פרצה המלחמה ביום 23/5/67 ע"י המצרים, באקט המלחמתי הראשון, חסימת המיצרים, ואילו הכדור הראשון במלחמה נורה ע"י ישראל בבוקר ה 5/6/67.

היטיב לתאר את העמדה הישראלית בסוגיה זו שר החוץ דאז, אבא אבן, במלותיו הרהוטות, שעה שנאם בפני הכינוס המיוחד של העצרת הכללית ביום

:²⁵ 29/06/67

"Blockades have traditionally been regarded as acts of war. To blockade, after all, is to attempt strangulation and sovereign States are entitled not to have their trade

²⁵ Gainsboroug, לעיל הערה 15 בעמ' 153.

strangled. The blockade is by definition an act of war, imposed and enforced through armed violence. Never in history have blockade and peace existed side by side. There is no difference in civil law between murdering a man by slow strangulation or killing him by a shot in the head. From the moment at which the blockade was imposed, active hostilities had commenced... if a foreign power sought to close Odessa or Copenhagen or Marseilles or New York harbor by the use of force, what would happen? Would there be any discussion about who had fired the first shot? Would anyone ask whether aggression had begun?"

כמה מילים על צביעות

טרם שנחתום את שער ששת הימים, נוסיף ונאמר כמה מילים על טענות הערבים, ככל שהן מבקשות להסתמך על מגילת האו"ם והמשפט הבין לאומי. יש מידה לא מועטה של צביעות ועזות מצח בטענות אלו. עד מלחמת ששת הימים, ובפרט במשבר שקדם לה, הפרו מדינות ערב שורה ארוכה של הוראות מפורשות של מגילת האו"ם ושל המשפט הבין לאומי. מדינות ערב לא קיבלו את תוכנית החלוקה, שנתקבלה באו"ם ברוב קולות, ופתחו במלחמה על מנת להורידה לטמיון. 7 צבאות ערב עשו את דרכם על מנת לדרוס את המדינה שטרם קמה, בלא שטרדה את שנתם בלילות השאלה מהי התקפה חמושה וכיצד מתיישבת מלחמתם עם איסור השימוש בכוח. מדינות ערב התעקשו, ועודן מתעקשות, שלא להכיר במדינת ישראל ובזכותה להתקיים, למרות שהן חולקות עמה מושב בארגון האו"ם ולמרות שמדינת ישראל נתקבלה כחברה מלאה בקהילה הבין לאומית.

דומה כי האבסורד מגיע לשיאו דווקא ברטוריקה המלחמתית אשר שימשה את מצרים בהצדיקה פעולות שונות אותם נקטה כלפי ישראל. בפורומים בין לאומיים הצדיקה מצרים את סגירת תעלת סואץ או חסימת מיצרי טיראן, בכך שהיא שרויה במצב מלחמה עם ישראל ועל כן רשאית לנהוג היא כמנהג צד לוחם ולעכב תנועת ספינות אל האויב²⁶. שופרות התעמולה של מצרים היללו את המלחמה הקרבה

²⁶ טענה, אגב, מופרכת כשלעצמה, לאור הנוסח המפורש של אמנת קושטא מ 1888, בה התחייבה טורקיה (הריבונית במצרים בזמן הפירת התעלה, על פי המשפט הבין לאומי מצרים נחשבת כ"יורשת" של

והבאה. האם מצרים, העושה שימוש בטיעוני המלחמה, לא מושתקת מלהתמרמר כאשר ישראל עונה לה במטבע המלחמה?

קיימת מידה לא מועטה של ציניות בקהילה הבין לאומית, מקום בו פעולות "גרילה", הסתננות או פעולות עימות נמוך עצימות הנעשות לאורך שנים (דוגמת מטחי הירי מרמת הגולן הסורית לעבר משקי עין גב והאון), אינן נחשבות "התקפה חמושה", אולם פעולה צבאית ישראלית שבאה בתגובה להן, היא בגדר שימוש אסור בכוח. מדוע פעולות התגרות והסתננות הנעשות במסווה, אינן בגדר התקפה חמושה, אולם תגובה צבאית גלויה, דווקא תחשב לכזו?²⁷

התחייבויות שנטלה על עצמה טורקיה באמנה זו) לאפשר תנועה חופשית בתעלה, אפילו לספינות מלחמה של מדינות הנתונות במלחמה עם טורקיה (=מצרים). גם על פי דיני הים, חופש השיט במיצר ימי הוא לכל כלי שיט הנע ב"תום לב", אפילו הוא שייך למדינת אויב.

נביא מובאות נוספות מתוך נאומו של בן גוריון לאחר מלחמת סיני, בו הוא קובל על האפליה בה נוקטת הקהילה הבין לאומית. תוך שהוא מגנה את העמדות האנטי-ישראליות שעלו בדיוני העצרת הכללית לאחר מבצע קדש, נתלה בן גוריון באילנות זרים (בלגיים, מכל העמים!) באומרו את הדברים הבאים:

"אפשר לקבול לא בלי יסוד על מידת איפה ואיפה שנתגלתה בעצרת, ובייחוד יתמהו רבים על אותם החברים בעצרת, והם לא מן הפחות חשובים, המתכחשים בעצמם להחלטות העצרת ומועצת הביטחון, ובאותה שעה הם דורשים מאחרים להקפיד על קדושת המלצות או"ם. ברבעון האמריקאי החשוב הנקרא בשם Foreign Affairs מתאונן פול הנרי ספאק, שר החוץ הבלגי ומי שהיה הנשיא הראשון של עצרת או"ם, כי "במסגרת הנוכחית של או"ם, הכל מותר חוץ ממלחמה גלויה. אפשר להפר אמנות, לבטל התחייבויות, כל מדינה רשאית לאיים על שכניה ולבצע כל תועבה, כל עוד אין פורצת מה שקוראים מלחמה. עמדת מצרים בחודשים האחרונים היא דוגמה קובעת. כל עוד מצרים סגרה הדרך בתעלת סואץ לאניות ישראליות, שלחה חבורות רוצחים לתחום ישראל, הפרה אמנת קושטא - אירגון או"ם גילה אוולת יד ולא התערב. אולם, כאשר ישראל שלחה מתוך יאוש צבאותיה למדבר סיני - יש ביטחון שיגנו אותה. באותו זמן, כל אלה שישבו בחיבוק ידיים למראה הדיכוי האכזרי של המרד ההונגרי - אין בפייהם די מילים קשות לנוף בישראל".

"סוג זה של צדק" - מוסיף המדינאי הבלגי - "אינו אלא קריקטורה. פירוש זה של עקרונות מביא למעשה למתן פרס לכל מדינה המעזזה לבצע כל מעשה נפשע ביותר, רק אם היא מתחכמת להימנע לא ממעשי אלימות אלא ממלחמה גלויה".

מתוך: הודעה בכנסת, בישיבה המאתיים ועשרים ושמונה של הכנסת השלישית, כ"א בשבט תשי"ז - 23 בינואר 1957, הערה 22.

מי צודק?

הצגנו באריכות רבה, את עיקר הטענות של מדינות ערב ושל ישראל באשר לשאלה מיהו התוקפן ומיהו המתגונן במלחמת ששת הימים. טענות אלו לוקטו לאחר שהצדדים השמיעו אותם מכל במות העולם, בדיוני האו"ם, בפורומים בין לאומיים ובניירות עמדה רשמיים של משרדי החוץ. וויכוחים שלמים קמו באקדמיה כאשר מומחים בעלי שם מן המשפט הבין לאומי, חיוו דעתם לכאן או לכאן. המקרה של ששת הימים, הפך לדוגמא קלאסית לדילמה של המשפט הבין לאומי המודרני בסוגיית ההגנה העצמית המקדימה.

לא ניתן לקבוע באופן קטיגורי מי מן הצדדים "צודק" בעמדתו. המחלוקת לא הובאה להכרעת בורר חיצוני או לפסק דין מוסכם בין שני הצדדים. עם זאת, מעיון בהחלטות שנתקבלו במועצת הביטחון, כמו גם מן ההחלטות שלא נתקבלו, דומה כי ניתן לקבל תשובה חותכת לשאלה זו.

החלטה 242

מיום 5 ביוני ועד ה 14, הייתה מועצת הביטחון נתונה בכינוס חירום רצוף לדיון במשבר. לאחר כיומיים, התבהר ערפל הקרב הראשוני ומימדי התבוסה הערבית כבר היו ניכרים לעין. החל מרגע זה החלה מתקפה דיפלומטית באו"ם, מונהגת בידי בריה"מ וגרורותיה בגוש המזרחי, שנועדה להביא לגינוי של ישראל ולהשיב את הגלגל אחורנית. השגריר הסובייטי לאו"ם, ד"ר פדורנקו, נשא יום אחרי יום נאומי התקפה ארסיים כנגד ישראל, אולם בלא הועיל. בריה"מ העלתה הצעת החלטה הקוראת לגינוי ישראל, הוקעת "התוקפנות הישראלית" ודרישה לנסיגה מיידית של ישראל מן השטחים שנכבשו, אולם הצעה זו נדחתה במועה"ב ביום ה 14 ביוני. בריה"מ העבירה את זירת המערכת המדינית אל העצרת הכללית, אולם גם שם לא הצליחה להשיג רוב מקרב חברות העצרת. על פי בקשת בריה"מ כינס מזכ"ל האו"ם אסיפה מיוחדת של העצרת הכללית שהחלה ביום 17 ביוני. הצעת החלטה דומה לזו שהוגשה במועה"ב (אשר כללה גם דרישה מישראל לפצות את מדינות ערב על הנזקים שנגרמו להן!), ואשר הועלתה אישית ע"י רוה"מ הסובייטי, קוסיגין, נדחתה בהצבעה בעצרת ביום 4 ביולי.

ההחלטות היחידות שיצאו מאת מועצת הביטחון היו קריאות להפסקת האש, קריאות שכובדו ע"י כל הצדדים לעימות. רוב מדינות העולם, לאחר שכשלו מלהביא באמצעים דיפלומטיים לפתרון המשבר טרם הקרבות, סירבו בכל תוקף לראות בישראל אחראית לפרוץ מעשי האיבה. הצעות גינוי, דרישה לנסיגה ישראלית מיידית וללא תנאי ולתשלום פיצויים - הועלו במהלך יולי ואוגוסט '67, אולם נדחו פעם אחר פעם.

לאור המבוי הסתום אליו נקלעה הדיפלומטיה הסובייטית, החלו שיחות מאחורי קלעים בין שגריר ארה"ב לאו"ם, ארתור גולדברג, לבין שר החוץ הסובייטי, אנדריי גרומיקו, מתוך מטרה למצוא נוסח החלטה מוסכם. מתוך דיאלוג זה, תמצא לאחר מספר חודשים, הנוסחה שתוביל אל החלטה 242 אשר חתמה את המלחמה.

קולמוסי דיו שלמים נשפכו על הפרשנות הנכונה של החלטה זו, אשר הפכה לאבן היסוד במו"מ המזרח התיכוני מכאן ולהבא. את עיקר תשומת הלב תפסו השאלות לגבי הסעיפים בהחלטה הנוגעים להיקף הנסיגה הישראלית (נסיגה "משטחים" או "מהשטחים") והתנאים לכך (לפני או אחרי הכרה הדדית של כל מדינות האזור בזכותן להתקיים בשלום). אותנו מעניינים החלקים שנשמטו מן ההחלטה. בחילופי האגרות שקדמו להצעת ההחלטה, נשמטה בכוונה פסקה המגנה את התוקפנות הישראלית. כל גינוי לפעולה הישראלית לא כלול בהחלטה 242. גם הקריאה לנסיגה ישראלית (יהא היקפה אשר יהא), אינה עומדת בפני עצמה והיא כרוכה קשר הדוק בסיום הסכסוך המזוין ובפתרון של ממש של הגורמים שעמדו ביסוד המלחמה. החלטה 242 קוראת להכרה וכיבוד של חופש השיט, וכן קוראת לכינון אזורים מפורזים. ההחלטה מדגישה את החשיבות של הכרה הדדית בזכותן של כל המדינות לעצמאות ולשלמות טריטוריאלית.

ההשוואה לתגובת המערכת הבין לאומית לאחר מבצע סיני, מזדקרת מאליה. לאור חוסר ההבנה שגילו מדינות העולם לפעולה הישראלית באוקטובר 1956, ולאור הדרישה החד-משמעית והבלתי מתפשרת לפינוי סיני ללא כל תנאי, דומה כי היעדרן של דרישות דומות לאחר מלחמת 1967 מדבר בעד עצמו.

ניתן יהיה לומר כי עמדת ישראל שפעלה מכוחה של הגנה עצמית, נתקבלה ע"י המערכת הבין לאומית, אם לא במילים מפורשות, הרי שדה-פקטו.

השלכות ההגנה העצמית על מעמד השטחים וסוגיות נוספות

למסקנה אחרונה זו, השלכות לא רק על השאלה העיונית שעניינה סוגית ה"אשם" בפרוץ מלחמת ששת הימים. היא מקרינה באור בודק גם על עמדת המשפט הבין לאומית בסוגיות נגזרות, בראשן החזקתה של ישראל בשטחים אותם תפסה במלחמה.

עובדה היא כי אין בהחלטה כל דרישה לפינוי מידי של "השטחים", וגם הקביעה כי ישראל תיסוג מהם (בהיקף שלא נקבע), נכרכה בסיום של מצב הלוחמה, בהכרה הדדית ובפתרון ה"מוקשים" שהביאו לפרוץ המלחמה. מכאן, עולה המסקנה כי המשך החזקתם של "השטחים" בידי ישראל כפיקדון עד ליישום כל חלקי החלטה 242, הוא לגיטימי ומותר על פי המשפט הבין לאומי. ואכן, ישראל החזיקה בידה את סיני עד לחתימת הסכם שלום מלא עם מצרים. ישראל מוסיפה ומחזיקה בחלקים מן הגדה המערבית וברמת הגולן, שכן טרם נחתמו הסכמי שלום ברוח החלטה 242. הגם שלהמשך התפיסה של השטחים, נלוו עם הזמן נימוקים לאומיים, דתיים והיסטוריים - הרי שברור כי "העוגן" הבין לאומי להמשך ההחזקה של השטחים, הוא ברקע נסיבות תפיסתם, דהיינו הצורך הדחוף שהולידה סיטואציית ההגנה העצמית ערב מלחמת ששת הימים, צורך שהוכר דה-פקטו בהחלטה 242.

לימוד נסיבות פריצת מלחמת ששת הימים והאפיון הבין לאומי של סוגית ההגנה העצמית, משליך גם על סוגיות בטחוניות בעלות מהות דומה עמן נאלצה ישראל להתמודד בשנים שלאחר 67'. בשנת 81' נמצאה ישראל מול איום קיומי הולך ומתפתח, בדמות הקמת כור גרעיני בעיראק. האם היה על ישראל להמתין עד שעיראק תסיים את פיתוח הנשק הגרעיני ותעשה בו שימוש, כך שימלאו התנאים לקיומה של "התקפה חמושה" המזכה אותה בצעדי התגוננות? או שמא ישראל היתה רשאית לקדם את פני הסכנה הצפויה ולנטרל אותה למפרע? האם הפעולה הישראלית נעשתה מול צורך חיוני? האם נעשתה טרם זמנה, או שמא העובדה כי הכור עתיד היה להיות "חם" תוך כמה חודשים, הצדיקה את תקיפתו במועד בו אירעה? האם מבצע "תמוז" היה פרופורציונאלי לסכנה הנשקפת? עם שאלות אלו התמודדה ישראל בדיון המשפטי שהתעורר במועצת הביטחון בקיץ 81'.

האנלוגיה המתבקשת, היא כמובן לימינו אלו. מהי ההגדרה של המושג "פצצה מתקתקת" ? מתי ניתן לומר כי אדם מהווה סכנה מוחשית, ומתי ובאלו אמצעים ניתן לפעול ע"מ לסכל את הסכנה הנובעת ממנו? האם הסיכול הממוקד הוא פעולה מלחמתית לגיטימית או "חיסול" בדם קר? ישראל מתמודדת עם שאלות אלו הן בדיון הפנימי והן מול גורמים חיצוניים ודומה שתשובה חדה וברורה לשאלות אלו, טרם ניתנה.

סיכום

- הנה כי כן, בתום מסלול ארוך ונפתל באנו כדי מספר מסקנות במאמרנו זה:
- למשפט הבין לאומי, משקל הולך וגדל בשנים האחרונות ולימוד מעמיק שלו הוא אחד מהשיקולים שעל המדינאי כיום לשקול בעולם של היום.
 - המלחמה, אשר בעבר הייתה כלי לגיטימי במדיניות החוץ, הפכה עם השנים לתופעה בלתי חוקית ונאסרה במפורש במשפט הבין לאומי, בהסכם קלוג-בריאן ובמגילת האו"ם.
 - השימוש היחידי המותר בכוח, הוא רק במסגרת הגנה עצמית בתגובה לתוקפנות קודמות, שהיא עצמה בלתי חוקית.
 - ישנו ויכוח לגבי "מרחב" ההגנה העצמית ומה משמעותו. האם נותרה ביד המדינות הזכות ה"טבעית" מקדמת דנא להגיב גם כלפי אימים עתידיים, או שמא הזכות מוגבלת רק כנגד "התקפה חמושה".
 - טענת ישראל היא כי במשבר של קיץ '67, עמדה בפני מתקפה משמשת ובאה, הן בריכוז הכוחות המאיים בסיני והכרזות המלחמה והן בחסימת מיצרי טיראן. מתקפה זו מצדיקה את פעולת ההגנה העצמית אותה נקטה.
 - פעולת ישראל ענתה על התנאים של ההגנה העצמית, באשר נערכה אל מול צורך חיוני, דחוף, בוצעה באורח מידתי ולאחר שכלו כל הקיצין.

- החלטה 242 מהוזה אימוץ של הטענה הישראלית, באשר היא נמנעה מלקבל את העמדה הגורסת שפעולת ישראל הית הבגדר "תוקפנות" ונמנעה מלשלול מישראל להחזיק בפירות ההגנה העצמית.
- למקרה של מלחמת ששת הימים, חשיבות להבנת הטיעון הישראלי לענין החזקת השטחים עד להשגת הסדר בטחוני הולם וכן בשורת מקרים דומים של איומים.

אפילוג

6 שנים מעצבות חלפו מאז המשבר של קיץ '67. בבוקר יוה"כ תשל"ד מצאה את עצמה המנהיגות הישראלית בפני מידע מוצק כי התקפה מצרית-סורית מתואמת עתידה להתחיל באותו היום. בדיון בשעות הבוקר המוקדמות, לצד פעולות כוננות כגון גיוס אוגדות המילואים, ביקש הרמטכ"ל, דוד אלעזר, להנחית "מכה אווירית מקדימה" על צבאות סוריה ומצרים, על מנת לשבש את המתקפה המשמשת ובאה. דיון בוקר התקיים בלשכתה של רוה"מ גולדה, בהשתתפות שר הביטחון דיין. דעתו של דוד נדחתה. על אף שהמידע לא הותיר כל ספק כי אכן מצרים וסוריה מגלגלות "התקפה חמושה" ועל אף התרומה של המתקפה האווירית המקדימה, נמנעה רוה"מ מלחזור על החלטת ממשלת אשכול 6 שנים קודם לכן. אל מול מצב דברים דומה ואף קשה יותר, מבחינת הדחיפות וזיהוי כוונת התוקפנות הערבית, שינתה המדיניות הישראלית את פניה.

דומה כי יש בשינוי קוטבי זה, להציג את מלוא השינויים שחלו בישראל באותן 6 שנים מעצבות. ממדינה קטנה, נתונה בצבת של העדר עומק אסטרטגי, ראתה ישראל את עצמה בבוקר יוה"כ כמי שיכולה להרשות לעצמה לספוג את המהלומה הראשונה. ממדינה אשר העמידה את הזכות להגנה עצמית מעל לכל שיקול אחר, וייתרה ישראל על זכותה זו על מנת לזכות ביתרון מדיני.

דומה כי אחת המסקנות המשמעותיות העולות מן המחקר, ואשר דומה כי לא זכתה להכרה הנדרשת, היא חשיבותה של תקופת "ההמתנה". מתברר כי אותם הימים, הזכורים בישראל כתקופה של חרדה, חוסר החלטיות ונסיון עקר לזכות

בחסדי אומות העולם, ימים אלו עיצבו וביססו את הטיעון הישראלי שבא לאחר שוך הקרבות. דווקא הפומביות הגלויה של מהלכי המלחמה הערביים והקריאות הקולניות להשמדת ישראל, דווקא חוסר האונים של הקהילה הבין לאומית והרצון הכן של ישראל להביא לסיום המשבר באמצעים לא-צבאיים תחילה - דווקא אלו סייעו לביסוס העמדה הישראלית לאחר המלחמה. "הבשלת" הפעולה הישראלית ביוני '67 לאור זרקורי הניאון של העולם כולו, היה בה להקנות לה מימד של לגיטימיות בין לאומי, שנעדרה, למשל, מן הפעולה באוקטובר '56 שנקמה במחשכים בין ישראל ובין אנגליה וצרפת. ההסתמכות החשאית, דאז, על זכות הווטו האנגלו-צרפתית, נתגלתה כחסרת בסיס במציאות הבין לאומית אחרי מערכת סיני. לעומתה, השקיפות המוחלטת של "ההמתנה" ומיצוי ההליכים הבין לאומיים הפומבי, הביאו לתוצאה שונה לגמרי ב'67. דווקא תקופת ההמתנה, אשר נתפסה בשעתו כתקופה של מורך לב, של "גמגום" ושל הענקת יתרון לאויב, הניבה בטווח הארוך דיבידנדים בין לאומיים משמעותיים.

בטחון ומשפט: שאלה של איזון סביר*

עודד מודריק**

מבוא

למן הקמתה חרטה מדינת ישראל על דגלה את תג הזהות שלה כמדינה יהודית ודמוקרטית. במגילת העצמאות כלולה הכרזה על הקמת המדינה היהודית בארץ ישראל ובה בעת נקבע בה, גם אופייה הדמוקרטי כמדינה המקיימת שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה. שני המרכיבים הללו, בהיותם יוצריו של תג הזהות של מדינת ישראל, הם מרכיבים חיוניים. טול ושלול אחד מהם ויאבד בסיס הקיום של מדינת ישראל כהגדרתה.

מאז הקמתה ועד עצם היום הזה שרויה המדינה במאבק אלים מתמשך עם אויבים המבקשים לקום על המדינה היהודית, לפגוע בה ואף לכלותה. מדינת ישראל מתגוננת. לשם התגוננות המדינה מפעילה כוח; כוח צבאי וכוחות לוואי מעין

* הרצאה בכנס על "פרדיגמה ביטחונית חדשה", מטעם סדנת תל אביב למדע טכנולוגיה ביטחון (פרופ' יצחק בן ישראל -מרכז), נערך ביום 30.12.03. תודתי למר יוסי זויטיא שבהיותו המלהב"ד עשה להתאמת ההרצאה שנישאה על פה, לרשימה בכתב.

** שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב ומרצה בכיר הפקולטה למשפטים אוני' תל אביב.

1 באמירה זו אינני נדרש לתוכנו של הביטוי "מדינה יהודית". בעת הקמתה הוכרזה מדינת ישראל כ"מדינה יהודית" ומווית השקפה לאומית, אתנית ודתית לא חל בה שום שינוי מהותי. לפיכך, כהגדרתה אז, כן היום.

2 המציאות הגיאוגרפית-פוליטית שאותה מבקשת לקיים ממשלתה החוקית הנבחרת של מדינת ישראל, משמשת לי עמדת מוצא, בלי להידרש לזיכוח פוליטי או אידיאולוגי שאינני רשאי לעסוק בו בפומבי. ממילא הניסיון לשנות את המציאות הזאת בכוח הזרוע, (בין באמצעות כוחות צבאיים של מדינות אויב בכוחה של פעילות טרור או התקוממות מווינת) הוא ניסיון לפגוע במדינה היהודית.

צבאיים. היקף הפעלת הכוח, דרכי הפעלת הכוח, האמצעים הננקטים המשאבים הדרושים - הם תכניה של סוגיית הביטחון של מדינת ישראל במובנה הצר.

תוך שמירת הקיום היהודי; תוך הגנה על הביטחון צריכה המדינה לשמור, בו זמנית, גם על אופייה הדמוקרטי. הדמוקרטיה בבסיסה היא השקפת עולם רעיון פילוסופי-חברתי-פוליטי. יישומה המעשי מתבטא ב"שלטון החוק". ל"שלטון החוק" משמעות כפולה והדבר מקנה גם לרעיון הדמוקרטי משמעות כפולה. מחד גיסא שלטון החוק משקף את סדרי השלטון והממשל (לרבות חקיקה, שפיטה וביקורת המדינה); את הפרדת הרשויות ואת אחריות גופי השלטון כלפי העם. זה שלטון החוק במובנו הפורמלי; זו המשמעות ה"פורמלית" של הדמוקרטיה. מאידך גיסא, בתוככי שלטון החוק מצויה גם ההכרה הטבועה בעליונותם של ערכים; ערכי מוסר וצדק אוניברסליים והכרה בעליונותם של זכויות האדם. זה שלטון החוק במובנו המהותי. זו המשמעות המהותית של תפיסת העולם הדמוקרטית.⁴

המובן המהותי של שלטון החוק הוא שאותם ערכי על, טבועים בשיטה המשפטית ואינם ניתנים, הלכה למעשה, להסרה באמצעות הסדרים דמוקרטיים פורמליים. על כן לא ניתן בעזרת רוב פורמלי לבטל בפשטות את תוקפם של ערכי החירות, הצדק והשלום, את שוויון הזכויות החברתי והמדיני את חופש הדת, המצפון הלשון החינוך והתרבות (שכולם כלולים במגילת העצמאות) ולא ניתן ברוב כזה לפגוע באורח שרירותי בזכויות האדם. לעת הזאת, בסביבתם החוקתית של חוקי היסוד המגנינים על כבוד האדם, חייו, שלומו, חירותו וקניינו - אין לפגוע בזכויות יסוד אלא אלא באורח מוגבל ומידתי שנאותות תכליתו והיקפו מפורשים בחוק⁵

3 המושג "ביטחון" הוא רב אנפין; הוא משתרע על כל תחומים רבים ובעל השלכה עקיפה על כל תחומי החיים במדינה. מעייני כעת במושג "ביטחון" במובנו הגרעיני צר.

4 הנשיא ברק כתב: " מאפיינים אלה [של עקרונות דמוקרטיים בסיסיים] מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" [א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ טיבי (טרם פורסם)] (להלן פ"ד טיבי).

5 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 8.

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

הנה כי כן, הגנה על אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל היא הגנה על שלטון החוק במובנו הפורמלי והמהותי כאחד. ממילא הגנה על אופייה הדמוקרטי של המדינה כוללת, כרכיב מהותי, הגנה על זכויות האדם (להלן אשתמש, לסירוגין, בביטוי "זכויות האדם" ובביטוי "שלטון החוק" במשמעות תכנים זהה).

ויתור מלא על אחד משני מרכיבי הבסיס איננו בא בחשבון כל עיקר, שכן במשוואה הבסיסית שהצגתי: "מדינת ישראל = מדינה: יהודית + דמוקרטית" שלילת אחד המרכיבים, שוללת את תוקף משוואת היסוד כולה. קיום שני המרכיבים הוא בגדר קונסנוזוס רחב במדינה.⁶

מכאן שאנו מצווים להגן על שני מרכיבי היסוד כאחד. הציווי חל על הכל; הוא חל על הפרט ועל הציבור, על משרתי הציבור ועל נבחריהם על האזרחים ועל הצבא. הציווי חל בכל מקום שכף רגלם של נציגי זרועות הממשל הישראלי דורכת בו. לפיכך הגנה על זכויות האזרח הגרעיניות היא בגדר מחויבות של הצבא בכל מקום שחיילי צה"ל מצויים בו ושטחי יש"ע בכלל זה.

לעתים, אולי ברוב העתים, המחויבות הכפולה אינה מעוררת קושי מיוחד. היא איננה מעוררת קושי באותם מקרים שבהם הצורך הביטחוני ושלטון החוק מתיישבים ומשתלבים האחד בשני. כדוגמה הייתי מציין את המקרה הטיפוסי של מחבל שיצא לדרכו חמוש באמצעי קטלני; כלי נשק או חגורת נפץ, מתקבלת התראה וכוח צבאי נשלח לקדם את פני הרעה ולסכל את מזימתו. נניח שלא ניתן לעצור אותו בלי לסכן את חיי אנשי הכוח הצבאי וסיכול מזימת המחבל הוא באמצעות פגיעה בו והריגתו. איש לא יטען כי בנסיבות כאלה פוגעת הפעולה הצבאית בשלטון החוק ובזכויות אדם בין באמות מידה של המשפט הפנימי ובין באמות מידה של המשפט הבין לאומי.

6 פעולה – אינדיווידואלית או ארגונית- כנגד המרכיב היהודי או המרכיב הדמוקרטי של מדינת ישראל עלולה לגרום סנקציות שונות (לפירוט הסנקציות האפשריות ראו פ"ד טיבב, לעיל הערה 4)

אין גם קושי במקרים שבהם ההקשר המשפטי וההקשר הביטחוני משיקים אך הצד המשפטי דומיננטי ואילו פגיעה ביטחונית אינה קיימת או שהיא מינימלית ורחוקה. כדוגמאות לכך הייתי מציין את פרשת מניעת קידומו של קצין בכיר על רקע עניינים הקשורים להתנהגותו כלפי פקודה בתחום שבינו לבינה. הרמטכ"ל ושר הביטחון קיבלו החלטה בדבר קידומו של הקצין לדרגת אלוף ובית המשפט העליון מנע את הדבר. ההנמקה של בית המשפט העליון סומכת על הצורך לשמור על "טוהר המידות בצה"ל... לבער את התופעה של ניצול מיני על רקע יחסי מרות בין מפקדים וחילות... הצורך לחזק את אמון הציבור בצה"ל לא רק כגוף יעיל מהבחינה המקצועית, אלא כגוף בעל אמינות, הגינות, רמת מוסר גבוהה בכלל ובמסגרת יחסי מרות בין מפקד ופקודה בפרט..." ובית המשפט פסק ש"ככל שהדבר מתייחס לפן הערכי-נורמטיבי-מוסרי... נפל פגם מהותי בהחלטה".⁷ לשון אחר, שלטון החוק נפגע בצורה שאין להסכין עמה. אולם כאן לא מתייצב מנגד שום עניין של ממש של צורך ביטחוני. אמנם נטען שלקצין זכויות עבר וסגולות מקצועיות רבות שיכולות להועיל מאד למערכת אך ברור שהפגיעה בביטחון הנגרמת ממניעת הקידום של קצין בודד, יהיה מוכשר כאשר יהיה, היא אפסית. כיוצא בזה גם פסק הדין שקבע כי סמכותו של קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לעצור חייל למשך 96 שעות בלי ביקורת שיפוטית נטועה אומנם בחוק השיפוט הצבאי אך היא איננה חוקתית שכן אינה מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸ השיקול הביטחוני (משאבי כוח אדם וכסף) נראה כבטל בששים מול הפגיעה הלא מידתית בזכות אדם חוקתית לחירות. ברוח זה ניתן להתבונן גם בפרשת שילוב נשים בקורס טייסי שכל שנטען שיש לה השלכות ביטחוניות, לא נמצא ערכן היחסי מתקרב לפגיעה החמורה בעקרון השוויון.⁹

7 בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי פ"ד נג(2) 62

8 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג(5) 241

9 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון פ"ד מט(4) 94

10 לדעתי גם פרשת הקרנת הסרט "גינין, גינין" התלויה ועומדת כעת לדיון נוסף בפני בית המשפט הגבוה לצדק (דנג"ץ 10480/03 בוסידן ואח' נ' בכר) אינה מצויה במישור ההתנגשות של ביטחון ומשפט. ברקעה של הפרשה אמנם מצויה פעילות צבאית והעותרים - שהם בני משפחות שכולות - טוענים לפגיעה בשמם הטוב ובכבודם של החיילים שנפלו בקרב, אך הפרשה שמעוררת שאלות לא פשוטות של התנגשות ערכים ואינטרסים מוגנים, אינה כוללת אספקטים ביטחוניים ישירים.

ייתכן גם לומר שאין כל קושי במקרים שבהם השיקול הביטחוני הוא דומיננטי והפגיעה בשלטון החוק אינה קיימת או שהיא מינימלית. מטבע הדברים, מקרים כאלה כמעט שאינם מוצאים דרכם לבית המשפט. כדי לסבר את האוזן אפשר להצביע כדוגמה על חסימת צירים או מחסומים שכוחות המשטרה מבצעים שעה שמתקבלת ידיעה על מחבל שחדר; או על הקמת מחסומי פתע בדרכים גם בלי ידיעות קונקרטיות. פעילות כזאת היא, לכאורה, פגיעה בחופש התנועה ובסיס עיגונה החוקי ספק מכסה את כל הנסיבות האפשריות¹¹. אולם הפגיעה בחופש התנועה במקרים כאלה היא מינימלית וטעמיה הביטחוניים ברורים ובוולטים ולכן הדברים אינם מעוררים קושי של ממש.

המקרים הקשים הם אלה שבהם מתקיימת התנגשות חזיתית בין צורכי ביטחון מובהקים לבין זכויות אדם וערכי חוק פנימיים ואוניברסליים. במקרים כאלה הנטייה הטבעית היא להניח שהאינטרס הביטחוני יגבר. שהרי האינטרס הביטחוני מבטא צורך קיומי ונועד להגן עליו. במקום שאינטרס הקיום בסכנה איזה אינטרס אחר יכול לעמוד בפניו? לא בכדי אומר המכתם הלטיני "inter arma silent leges" (החוקים שותקים בשדה הקרב). ואכן בעבר נשמעו - גם מבית המשפט העליון - קולות רבים שאמרו שבמקום שמתקיימת התנגשות שאיננה ניתנת ליישוב בין אינטרס ביטחוני מובהק לבין ערך אחר (אפילו נכרעות זכויות אדם בערך זה) ידו של האינטרס הביטחוני תגבר. השופט זילברג כתב:

אין צורך להרבות מילים על כך כי ענייני ביטחון
המדינה קודמים לכל דבר, וכי אך החשש - החשש הכן
והרציני - לפגיעה בעניינים אלה, עשוי לדחוק לקרן זוית
כל שיקול אחר ויהא משקלו אשר יהא¹²

11 הסמכות לעכב אדם בדרכו מבוססת, דרך כלל, על חשד ספציפי לביצוע עבירה או בהקשר לביצוע עבירה (ראו סעיפים 67-71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) תשנ"ו-1996). גם התכלית שאותה מבקשים להשיג בהצבת מחסומים על רקע ביטחוני צריכה לעיגון ב "חשד" ש "אדם נושא אתו שלא כדין סכין, כלי ירייה או חומר נפץ" או שיש חשד ש "בכלי רכב או בכלי שיט...סכין, כלי ירייה או חומר נפץ נמצא בהם שלא כדין" (סעיפים 2(א)4) ו-5) של חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה) תשכ"ט-1969.

12 בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים פ"ד ז' 534, 536.

השופט אגרנט בפרשה הידועה של "קול העם":

אמנם היום הכל מודים, כי בתקופת הרת-עולם - למשל, כאשר המדינה נתונה במצב מלחמה או עובר עליה משבר לאומי ממין אחר - יש להכריע את הכף - לפי מסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה - לטובת בטחון המדינה.¹³

כמעט שנות דור מאוחר יותר כתב השופט (כתוארו אז) ברק:

כיצד תוכרע ההתנגשות בין ערכי הביטחון לבין הערכים בדבר חופש הביטוי? נראה לי, כי אם ההתנגשות בין הערכים היא "חזיתית", בלא שניתן לקיים את האחד תוך קיום השני, כי אז הערך בדבר ביטחון המדינה ידו על העליונה.¹⁴

כבר ציינתי כי ההגנה על חיי, גופו, כבודו וגם קניינו של אדם התעלתה למעמד חוקתי - על חוקי. אם נגזור את ההגנה על ביטחון המדינה מן החובה החוקתית להגן על חיי הפרטים שבה, אזי אפשר לומר שביטחון המדינה הוא ערך חוקתי; כמוהו כזכויות אדם הנגזרות מן הערך החוקתי של הגנת כבוד האדם. על פי האמרות שציטטתי מפי שופטים של בית המשפט העליון בתקופות שונות אפשר, לכאורה, להסיק שלמרות השוויון במעמדם החוקתי של שני טיפוסים האינטרסים המתנגשים, מתקיימת ביניהם בכל זאת היררכיה; מעין מבנה אנכי שבו הערך הביטחוני ניצב מעל ערכים אחרים ולכן - במקרה של "התנגשות חזיתית" - תהיה ידו של האינטרס הביטחוני על העליונה.

מסקנה כזאת, גם אם הייתה בת תוקף בעבר איננה מתקיימת עוד במציאות. מזה שני עשורים ויותר פיתח בית המשפט העליון מתודולוגיה של בחינת איזונים אופקית שבה נבחנת המידתיות של הפגיעה בערכים או באינטרסים המתנגשים במגמה ליצור איזון סביר. הבחינה הזאת מקנה לאינטרס הביטחוני רק עדיפות יחסית

13 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז' 871, 880.

14 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617.

ולא עדיפות מוחלטת. לאמור שימור האינטרס הביטחוני יובטח רק אם תצומצם הפגיעה בזכויות האזרח לכדי רמה סבירה. צמצום כזה של הפגיעה בזכות האזרח יכול לבוא על חשבון פגיעה מסוימת באינטרס הביטחוני. טול, למשל, סוגיות של גירוש או צעדים אדמיניסטרטיביים אחרים. בגדר שמירת איזונים ראויים נדרשת המערכת הביטחונית לקיים שורה של צעדים הכוללים שיקול דו ממדי (ממד האינטרס הביטחוני וטיבן של הראיות התומכות את הצעד האדמיניסטרטיבי וממד הפגיעה בפרט, נחיצותה, היקפה, השלכותיה) ולאחר מכן נקיטת צעדי ביקורת שיפוטית או מעין שיפוטית לרבות אפשרות פניה לבג"ץ. הצעדים הללו פוגעים במידה מסוימת באינטרס הביטחוני שכן הם מאיטים את התהליך ולפעמים בולמים אותו לחלוטין¹⁵.

לשיטת הבחינה שהתפתחה יש, לדעתי, שלושה מרכיבי אפיון.

מן הראוי להוכיח את האינטרס הביטחוני; את התועלת העשויה לצמוח מהפעלתו של אמצעי הפוגע בזכויות אדם ואת הנזק העלול להיגרם כתוצאה מפסילתו. בכגון זה בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הגורמים הביטחוניים בשיקול דעתו. הוא יקבל, בהעדר סיבה בולטת לדחות, את חוות הדעת של הגורמים הביטחוניים אבל נדרשת מהם מידה של שכנוע. בה בעת יש להוכיח גם כי נפגעת, באורח ממשי, זכות מזכויות האדם¹⁶.

בית המשפט יבקש למצוא מין נקודת עיגון ארכימדית לאמצעי הביטחוני בדין הפורמלי. על בסיס נקודת עיגון כזאת אפשר לבחון את חוקתיות הפגיעה בזכויות האדם על פי תכלית הדין הספציפי, על פי סבירות האמצעי ותועלתו¹⁷. בפרשה הידועה של עתירת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, פסל בית המשפט העליון

15 לא הכל ארוזים בגישת האיזון" שעה שמתקיימת התנגשויות בין זכות יסוד לבין צורך ביטחוני-קיומי כך כתב, זה לא מכבר השופט טירקל: " אפילו סברתי כי מדובר בפגיעה חמורה, הרי שכאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיזון הפסיקטיות אינן ישימות ואינן הולמות, שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם! – מונחים על הכף" [בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי (טרם פורסם)]

16 השופט טירקל כתב: "בבואנו לשקול את זכותם של העותרים והציבור לחופש בטוי ולקבלת מידע מול זכותם של בני הציבור להגנה על חייהם, יש לבדוק תחילה אם אכן פוגעת החלטת הממשלה בזכויות לחופש ביטוי ולקבלת מידע" [שם].

17 ברוח זה נקט הנשיא שמגר פרשנות תכליתית של הדין הבינ"ל בסוגיית גירוש (בג"ץ 785/87 עפ"נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע פ"ד מב(2) 4).

שימוש באמצעי חקירה בעלי אופי פיזי, בידי חוקרי שירות הביטחון הכללי, משום שלא נמצא, לשיטת חקירה זו, מקור עיגון חוקי¹⁸. זה, למרות שפסק הדין "מתנגש" בצורכי ביטחון שלא קשה לחוש בהם. כך כתב הנשיא ברק שם:

החלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו¹⁹.

איתור הקו השקול של "איזונים סבירים". אחרי שבית המשפט נוכח לדעת בקיומה של התנגשות ממשית בין ערכים סותרים ולאחר שמסתבר שההתנגשות מתקיימת למרות קיומו של בסיס עיגון חוקי לכל אחד משני האינטרסים הסותרים, על בית המשפט להעמיד על כף המאזניים את מערכות האינטרסים המתנגשות ולתור אחר הקו השקול שבמסגרתו ניתן לקבוע אחד מן השניים: ראשית, נקבעת העדיפות היחסית של אחת מכפות המאזניים. קביעה זאת נעשית על פי אמות מבחן שונות, מותאמות לטיב האינטרסים המתנגשים ולהשלכות הנודעות לפגיעה בכל אחד מהם²⁰. שנית, נעשית מערכת של גריעות הדדיות, שאינן שוות משקל וערך, מכל אחד מן האינטרסים עד למציאת הרמה ה"נסבלת" המקיימת מעין "אחוז בזה

18 מכלל זה יוצאות נסיבות שבהן מופטר החוקר מאחריות פלילית מכוח הסייג של "צורך" (סעיף 34א לחוק העונשין תשל"ז-1977). בנסיבות כאלה אפשר לומר שיש עיגון בדין לזכות החוקר לחקור תוך שימוש באמצעים הללו (ראו: ע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועמ"ש פ"ד ו 341, 362)

19 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נגד (4) 817, 845-846 (להלן: פ"ד הועד הציבורי נגד עיניים).

20 כאשר מציבים את האינטרס הביטחוני הנפגע כנקודת ציר עשויות, בהקשרים שונים, להינקט אמות מבחן של "סכנה ברורה ומיידית", "ודאות קרובה" או "אפשרות סבירה" לפגיעה באינטרס זה. ה"איוון" משמעותו שכאשר מתקיימת הסתברות - ברמה הדרושה על פי ההקשר - לפגיעה באינטרס הביטחוני ניתנת לו עדיפות (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה פ"ד לט(2) 225, 310-311).

וגם מזה אל תניח ידך²¹. במקרים שבהם חסר בסיס העיגון החוקי לאמצעי המבקש לעגן על האינטרס הביטחוני עשוי בית המשפט לפנות אל המחוקק. במקרה כזה יידרש המחוקק לבצע את מערכת האיזונים המתוארת:

פתחנו את פסק דיננו בתאור המציאות הבטחונית הקשה בה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה. עם זאת תיתכן עמדה הגורסת שהקשיים הביטחוניים הם רבים מדי, וכי נדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט - ואך טבעי הוא שבעניין זה איננו נוקטים בשלב זה כל עמדה - כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל - בשל קשייה הבטחוניים - לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים - החורגים מכללי החקירה "הרגילה" - היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת, ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)²².

מצעי קצר כדי פרישה ראויה של תשתית הפסיקה שעליה ניתן היה לבסס את תיאור גישת בית המשפט העליון לנסיבות של התנגשות חריפה שבין "ביטחון"

21 "קביעת עמדה שיפוטית - בהעדר הדרכה חקיקתית - באשר למעמד היחסי של האינטרסים השונים, תוך הכרעה בשאלה אם שווים מעמד הם או שיש לאחד עדיפות על-פני רעהו. כן מחייב איזון עקרוני זה באינטרסים שהם שווים מעמד, קביעת עמדה שיפוטית, באשר למידת הנסיגה אשר האחד צריך לסגת כדי לקיים את האחר. מתחייבת, איפוא, עמדה שיפוטית, באשר ליגבול הסבילות של הזכויות השונות" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי פ"ד לח (2) 393, 401).

22 פ"ד הועד הציבורי נגד עינורים, לעיל בהערה 19 בעמ' 845.

ל"משפט". אך לפני סיום דברי אני מבקש, בכל זאת, לשלוח אלומת אור קצרצרה אל עבר סוגייה ה"סיכול הממוקד" הנמצאת כעת על מדוכת הדיון של בית המשפט העליון²³.

כמדומה לי שהיה כבר ניסיון להעמיד את האמצעי הלוחמתי הזה לבחינה של בית המשפט העליון ובית המשפט פסק קצרות:

קראנו ושמענו בהרחבה את טענות באת-כוח העותר. נראה לנו כי בהודעה מטעם המשיבים ניתנה תשובה ממצה לטענותיו של העותר. ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה הנעדרת כל תשתית קונקרטית והחותרת לקבלת סעד גורף.

העתירה נדחת²⁴.

אולם בעצם הימים הללו נערך ניסיון נוסף. עיינתי בעתירה וראיתי שהיא גורסת כי מדיניות הסיכול הממוקד פוגעת בזכות לחיים של תושבי הרשות הפלסטינית (זכותם של תושבים חפים מפשע הנפגעים מפעולות המכוונות כלפי פעילי חבלה וטרור וזכותם של יעדי הפעולה הקונקרטית שלא נשקפת מהם סכנה ממשית ומיידית) וזכות האדם למשפט הוגן. העותרים סבורים כי אין למדיניות בסיס בדין הפנימי הישראלי ואף לא בכללי המשפט הבינלאומי. לא ראיתי את תגובת המדינה אך לא קשה להעריך כי מוצגת בה תרומתה של מדיניות הפגיעה במחוללי טרור, לסיכול פעולות טרור ולהגנת חייהם של תושבי ישראל וכן מוצגת התשתית המשפטית שעליה ניתן להסמיק פעילות כגון זו.

לא אתיימר להעריך את תוצאות הדיון בעתירה וגם אין זה ראוי שאנתח עניין התלוי ועומד לפני בית המשפט העליון. אולם בהינתן שבית המשפט העליון יחליט

23 בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).

24 בג"ץ 5872/01 ח"ב מוחמד ברכה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)

לקיים בירור בעתירה גופה, אזי ברוח אפיוני פעולת האיזון שהצגתי לעיל אני יכול להעיר את ההערות הבאות:

ראשית, יהיה מקום להראות שפעילות הסיכול הממוקד מיועדת למלא צורך ביטחוני אמיתי, שאין יכולת אפקטיבית שאינה מסכנת חיי חיילים, להשיג את תכליתו בדרכים אחרות. שנית, בית המשפט יצטרך לברר את שאלת מקור העיגון החוקי לפעולות הסיכול²⁵. בהקשר זה, כנראה, לא ניתן להתעלם מן האפשרות שהסוגיה אולי תמצא מסילות לבירור בפני מוסדות שיפוט בינלאומיים. אכן ברור שמערכת המשפט שלנו עצמאית וריבונית והשיטה המשפטית שלנו ריבונית בקביעת עקרונות עדיפות הדינים. אלא שאינטרס חשוב הוא לנו להוכיח קבל עולם שאנחנו פועלים בהתאמה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מלבד זה יש לדבר גם ערך מעשי שכן שפיטה בינלאומית פלילית לא תתקיים אם מסתבר שהמדינה מטפלת בסוגיה כהלכה במישור השיפוטי הפנימי שלה. שלישיית, כמדומה לי שבנידון זה אין מקום לחיפוש דרכי איזון המקפדות חלק מן האמצעי הביטחוני לטובת הגנה על זכות האדם. הרי אין להעלות על הדעת אפשרות שייערך "שימוע" ליעדי הפגיעה של צה"ל או שיינתנו התראות מוקדמות לשם הסתלקות גורמים חפים מפשע מן הזירה. לשון אחר, אם יימצא הצורך הביטחוני כצורך מובהק שיש לו סימוכין כלשהם בדין, אזי תתגבש "התנגשות חזיתית" בין צורך ביטחוני מהותי לבין פגיעה אפשרית בזכויות אדם (למשל פגיעה בפרטים נעדרי קשר לפעילות טרור הנקלעים לזירה שבה מתרחש "סיכול ממוקד"). על כן אם, בתנאים אלה, תקבע העדפת האינטרס הביטחוני הקיומי היא תהיה ללא סייג וללא גריעה.

אני יכול לתאר לעצמי שבימים אלה שבהם ניצבת מדינה דווית טרור וספוגת קורבנות של לחימה מתמשכת בטרור רצחני שאינו מבדיל בין איש לאיש, בין לוחם לאזרח, בין זקן לטף בין גר לתושב, יישמע הבירור השיפוטי של עתירה כזאת, מנותק

25 החלטת ביניים של בית המשפט העליון מבקשת מן הצדדים להביע עמדתם ביחס לתחולת מערכת הדינים החלה על הסוגיה, התייחסות המשפט הישראלי ה"פנימי" אליה, התייחסות המשפט הבינלאומי לסוגיה וביחס ליכולת ליישב את הוראות מערכות הדינים השונות, אלה עם אלה.

מן ההוויה הארצית ומותאם לאיזו ספירה חיצונית ערטילאית. על רקע זה אחתום את דברי בציטוט דברים שכתב השופט חיים כהן ז"ל:

ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנזק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו - ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה²⁶

הכינוס הזה עוסק בניסיון להציג "פרדיגמה ביטחונית חדשה". המשפט, כמסתבר, הוא אמצעי חשוב מאד במסגרת לחימתה הקיומית של מדינת ישראל. ככל שהדברים קשורים באמצעי הזה, לא הייתי מבקש פרדיגמות חדשות. דומה בעיני שבאורח כללי הצליחה, עד הנה, מדינת ישראל למצוא את שבילי הזהב שבין הצורך והחובה לקיים את עצמה כמדינה יהודית, לבין הצורך והחובה לשמור על דמותה כמדינה דמוקרטית הלוחמת את מלחמתה תוך שמירת החוק וקיום שלטונו. ההצלחה הזאת היא פועל יוצא ממערכת איזונים שלה שותפים גורמי החקיקה והביצוע, מזה ומערכת המשפט, מזה.

26 בג"ץ 320/80 קואסמה נ' שר הביטחון פ"ד לה (3) 113, 132. מרבים לצטט דברים אלה כל אימת שעולה שמוסר הלחימה של מדינת ישראל וצה"ל עולה על הפרק (למשל פרופ' יצחק זמיר, "זכויות האדם וביטחון המדינה משפטים יט (תשמ"ט) 17, 39 ואף אני עשיתי כן: מודריק, "החזקת 'מובאים' במעצר מנהלי כ'קלפי מיקוח' "משפט וצבא 16 (תשס"ג) 813, 814).

אל"ם (דימ') אהרן חטר ישי, 1905-2003

צבי ענבר

מבוא

ביום 19.5.03, הלך לעולמו, בשיבה טובה, מי שהיה הפרקליט הצבאי הראשי הראשון, אל"ם (דימ') אהרן חטר ישי. חטר ישי שימש כעו"ד מטעם ה"הגנה" במשפטים רבים של החזקת נשק בלתי חוקי, סכסוכי קרקעות עם ערבים, עליה בלתי חוקית וכו'. כמו כן שירת כקצין בבריגדה היהודית במלחמת העולם השנייה, שם התוודע מקרוב לשיטת המשפט הצבאי הבריטי¹ ועסק בסיוע לשארית הפליטה באירופה. עם קום המדינה, נטל חלק בהקמתה של חט' 7, שימש כתובע צבאי על פי תקנות שעת חירום למניעת טרור, החל את שירותו בשירות המשפטי כתובע כללי (תוכ"ל) ראשי וסיים אותו כפרקליט הצבאי הראשי הראשון. עד שנותיו האחרונות, נטל חטר ישי חלק באירועי הפרקליטות הצבאית, בסיועה ותמיכתה של בתו, פרופ' סמדר אוטולנגי, ועל כך תודתנו לה.

"אהרן חטר ישי נולד ב-1905 באוקראינה. בגיל שמונה עלה ארצה ולמד בגימנסיה הרצליה. כבר בנערותו היה פעיל בתחומי החוק והמשפט, וכיו"ר ועד התלמידים של הגימנסיה חיבר את חוקת התלמידים ונבחר ליו"ר ועד תלמידי בתי הספר התיכוניים בתל-אביב. ב-1929 קיבל רשיון עורך-דין, ונלחם להכנסת דיונים בעברית בבתי המשפט בארץ... חודשים ספורים לפני מלחמת יום הכיפורים עבר חטר ישי לגור בקיבוץ עין גב, שאותו ליווה משפטית עוד בטרם עלייתו על הקרקע".² בעין גב גם הובא למנוחות, בצד רעייתו שנפטרה כמה שנים לפניו.

ברשימה זו, נביא בתמצית מקצת פעלו של חטר ישי כמשפטן בצה"ל וכפרקליט צבאי ראשי. על יתר פעלו ודאי שעוד יסופר, וגם ספריו יספרו.³

בחטיבה 7

עם הקמתה של חט' 7, במאי 1948, נקרא חטר ישי לכהן כקצין המנהלה של החטיבה. כמו ביתר החטיבות אותה עת, היוותה חטיבה 7 מחוז שיפוטי, והיה לה בית דין צבאי משלה ותובע כללי (תוכ"ל). חטר ישי, כקצין מטה בכיר בחטיבה, שימש כאב"ד, לפחות בשני מקרים⁴, ודומה כי בשניהם בא לידי ביטוי עברו כסניגור ב"הגנה", והנאשמים לא הורשעו בדיון. במקרה הראשון הואשם חייל בכך שהעליב את הרס"ג, והתביעה נדחתה בנימוק שלא נערכה נגד הנאשם חקירה מוקדמת. במקרה השני זוכה מ"כ מאשמת פליטת כדור והריגת חייל אחר, בנימוק שאין לראות התרשלות בכך שהמ"כ לא בדק את הרובה לפני הניקוי.

- 1 נוכח ניסיונו הרב של חטר ישי, עולה השאלה מדוע לא התמנה כבר מתחילה כראש השירות המשפטי. על כך כתב יואב גלבר (גרעין לצבא עברי סדיר, הוצאת יד בן צבי, 1986, עמ' 465): המערכת המשפטית הצבאית שנבנתה לאכיפת החוקה [חוקת השיפוט], התבססה על עורכי דין מקצועיים, אך חסרי נסיון צבאי. מתוך החשש מפני אופי "מיליטריסטי" מדי של המערכת המשפטית הצבאית שררה רתיעה מפני הפקדתה בידי עו"ד מקצועיים ששירתו כקצינים בצבא הבריטי, כמו חטר-ישי או יהודה ורבר, והללו שירתו בתחילה כמפקדים וקציני מטה ביחידות.
- 2 אלה הדברים שבחר חטר ישי לספר על עצמו בעטיפות הספרים **קו ההגנה והבריגדה ושארית הפליטה**.
- 3 **רק אתמול**, הוצאת מערכות, 1958, סיפורם של 11 משפטים טרם קום המדינה; **סיפורי סניגור**, הוצאת תרמיל, 1964; **קו ההגנה**, ספריית מעריב, 1991, סיפורם של כמה משפטים כעו"ד ה"הגנה", **הבריגדה ושארית הפליטה**, איגוד החיילים המשוחררים בישראל, 1999.
- 4 המשפטים נערכו בימים 30.6.48 ו-18.7.48.

הכנת חוק שיפוט צבאי חדש

ביום 5.7.48 כותב בן-גוריון ביומנו⁵:

"חוק השיפוט הקיים לא מתאים בכלל. יש להכין חוק חדש - מי יוכל להכין זאת? [מונטי]⁶ גרין [האלוף]⁷; ד"ר [נתן] פיינברג [מומחה לחוקי מלחמה]; שבתאי רוזון⁸. גם פון פרידמן [איתן אבישר]⁹ חשוב בעיני זה. גורלי¹⁰ לוקח על עצמו להכין במשך שבוע חוק צבאי".

למחרת, ה-6.7.48, כותב בן-גוריון לחת¹¹ ולגורלי בענין "המשטר המשפטי והחוקי בצבא ובמשרד הבטחון". השניים מתבקשים "להגיש בהקדם האפשרי תכנית מוסכמת או שתי תכניות, במקרה שלא תסכימו ביניכם, על סידור המנגנון המשפטי והחוק הצבאי במשרד הבטחון ובצבא".

לא עוברים ימים רבים, וב-17.7.48 מטיל בן-גוריון משימה דומה על רס"ן אהרן חטר-ישי, אשר כיהן עדיין כקצין המנהלה של חט¹²:

"התייעצתי עם [עו"ד אהרן] חטר-ישי על המשפט הצבאי. - - - חטר-ישי יביא היום הצעה על ועדה של שלושה שבמשך ימים אחדים תנסח עקרונות, והוא מוכן לקחת על עצמו העבודה"¹³.

מספר על כך חטר ישי: בשעת לילה מאוחרת, יום אחד לפני כיבוש נצרת, הגיע למפקדת החט' מברק מאת נחמיה ארגוב, שלישי של בן-גוריון, להתייצב למחרת בפני בן-גוריון במטכ"ל ברמת-גן. הוא התייצב כנדרש, ובן גוריון אמר לו כי המשמעת בחטיבות ירודה, ויש להחמירה ע"י חקיקה מתאימה. בכמה זמן ניתן, לדעתו, לעשות זאת. חטר-ישי השיב: כדי להגיש הצעת חוק צבאי אני צריך חמש שנים, אבל כיון שאנו מצויים בקרבות, אשתדל להגיש את החוק בתוך חמישה שבועות. ב"ג: למה אתה זקוק? חטר-ישי: אני צריך חמישה חדרים, חמש מכונות כתיבה, חמש כתבניות ומכונות. ב"ג: נחמיה, תראה מה אתה יכול לעשות כדי לעזור. "הסתובבתי עם נחמיה", מספר חטר-ישי, "כדי לתור במחנה אחר אמצעים. אמר לי נחמיה: אשר לחמשת החדרים שביקשת, הנה בקצה המחנה נמצא צריף נטוש, קח אותו. מכונות כתיבה, חמש כפי שביקשת, אין לי, אבל אם נחפש בחדרים ולא יתפשו אותנו, נוכל להוציא שתיים... הוא ניגש לאחד החדרים ושאל מכונה אחת. אשר לכתבניות - יש לי נערות שזה עתה התגייסו. אשר למכונות - אין לי. פניתי לידידי מר חפץ, איש "מעריב", והוא השאיל לי מכונות, וכך התחלנו לעבוד"¹⁴.

-
- 5 כרך ב', עמ' 577.
 - 6 המובא בסוגרים מרובעים ביומן המלחמה הוא משל עורכי היומן.
 - 7 אשר הניח את היסוד למחלקה לתפקידי מטה (מת"מ). בן-גוריון מזכיר שוב את שמו, בהקשר זה, ביום 15.7.48, עמ' 589 ליומן.
 - 8 היועץ המשפטי למשרד החוץ.
 - 9 נשיא ביה"ד הצבאי העליון.
 - 10 אברהם גורלי, התובע הכללי (התוכ"ל) הראשי, ראש השירות המשפטי בצבא. אותה עת היו בצה"ל "שירותים" ולא "חילות".
 - 11 נחום חת, היועץ המשפטי של משרד הבטחון, ומחבר חוקת השיפוט, תש"ח.
 - 12 אך מובן הוא כי חת וגורלי הופתעו ונפגעו מכך שבן-גוריון הטיל על חטר ישי לכתוב חוק צבאי חדש, ולמעשה, זו היתה הסיבה להתפטרותו של מתפקידו כיועץ המשפטי של משרד הבטחון.
 - 13 יומן המלחמה ב', עמ' 597.
 - 14 בראיון עם המחבר ועם נתן רועי ממערכת "צה"ל בחילו", רביבים הוצאה לאור, כרך 16, 1982, עמ' 180.

משך כחמישה שבועות ישבו חטר-ישי וצוותו¹⁵ במטכ"ל בר"ג והכינו את הצעתם, אשר היתה הראשונה שהוגשה לבן-גוריון¹⁶, ביום 20.8.48. לדברי חטר-ישי התבססה הצעתו על ה-Army Act וה-Army Regulations הבריטיים, שהותאמו לצרכים ולתנאים המיוחדים של צה"ל. ההבדל המהותי בינה לבין גישת גורלי, המבוססת על החוק הקונטיננטלי, הוא שבשיטה האנגלית, המפקד הוא האחראי לחוק ולשמירתו ולרשותו סגל משפטי המסייע לו.

ביום 16.9.48 באו הרמטכ"ל דורי וראש אכ"א צדוק אל בן-גוריון והציגו בפניו את הצעותיהם של חטר-ישי ושל גורלי. "[אהרן] הכין חוקת שיפוט, וחוק צבאי בנוסח בריטי; [אברהם] גורלי - בנוסח קונטיננטלי. ההבדל העקרי [הוא] המפקד הוא השופט. בתוכנו זה עלול להיות לרועץ. הסכמנו להזמין מסיבה [ישיבה] לשיחה בענין זה: יעקב [דורין], שלמה [שמיר], גורלי, אבישר [איתן פון פרידמן], ליאו כהן, [יעקב שמשון] שפירא¹⁷.

כעבור תשעה ימים, ב-25.9.48, התקיימה הישיבה בנדון. גורלי וחטר-ישי הציגו את עמדותיהם. גורלי הירצה על משפט צבאי "מקובץ" בעיקר קונטיננטלי, חטר-ישי - על משפט אנגלי. כל המסובים, כותב בן-גוריון, (יגאל [ידין], חיים [לסקוב], [יוסף] אבידר, יעקב [דורין], [עו"ד י"ש] שפירא, שלמה [שמיר], [אפרים] בן ארצי) תמכו בחוק האנגלי. הוא מטיל האחריות בעיקר על המפקד - ומעמיד לרשותו יועץ משפטי¹⁸.

בסופו של דבר, לא התקבלה אף אחת מההצעות במלואה, וחטר ישי הכניס חלק מהרעיונות שגיבש בתיקונים לחוקת השיפוט, תש"ח, אשר המשיכה להוות את חוקת השיפוט של צה"ל, תוך הכנסת תיקונים בה, עד להחלפתה ב-1.1.56 ע"י חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955¹⁹.

חטר ישי מתמנה תובע צבאי על פי תקנות שעת חירום למניעת טרור

ביום 17.9.48 נרצח בירושלים הרזן השוודי פולקה ברנדוט, אשר נשלח לארץ כמתווך מטעם האו"ם. את האחריות למעשה ההתנקשות נטל על עצמו ארגון אלמוני בשם "חזית המולדת", אך תוך זמן קצר היה ברור כי מדובר בפעולה של אנשי לח"י (לוחמי חרות ישראל) והשלטונות החלו מיד בעריכת חיפושים במרכזי לח"י ובדירות אנשי לח"י, ובמעצר חשודים בהשתייכות לארגון זה.

ביום 20.9.48 התקין שר הבטחון דוד בן גוריון, בעצת הממשלה הזמנית, תקנות שעת חירום למניעת טרור, לפי סעיף 9(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948²⁰. בין היתר הוסמכה הממשלה להכריז על חבר אנשים מסויים כעל ארגון טרוריסטי ונקבע כי הודעה זו תשמש הוכחה משפטית על כך, אלא אם יוכח ההיפך. בו ביום נתפרסמה בעתון הרשמי הודעת הממשלה, לפיה "חבר

15 לפי חטר ישי השתתפו בהכנת ההצעה: "עו"ד יצחק אדרת, שהיה המתמחה הראשון שלו, עו"ד אליהו גיצלטר - לניסוח, ועו"ד עמנואל קרסיק שהיה בצבא הבריטי. עו"ד גיצלטר מספר כי על הצוות נמנה גם בן ציון תובל, שהיה אינג'נר בטכניון ולאחר מכן שימש תקופת מה כקצין מנהלה של השירות המשפטי.

16 "חטר-ישי הגיש הצעה על חוקת שיפוט. יש לסגן אותה" - יומן המלחמה ב', עמ' 659.

17 יומן המלחמה ב', עמ' 693.

18 יומן המלחמה ג', עמ' 720.

19 ראו גם צ' ענבר "הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט1949" משפט וצבא 8 (התשמ"ח) 127.

20 ע"ר תש"ח, תוס' ב', עמ' 145.

האנשים הידוע בשם "לוחמי חירות ישראל" וחבר האנשים הקורא לעצמו "חזית המולדת", הינם ארגונים טרוריסטיים.

רס"נ אהרון חטר-ישי, עדיין קצין המנהלה של חט' 7, נתמנה כתובע צבאי על פי התקנות הנ"ל²¹ ונקבע כסמכות הקובעת לגבי כל העבריינים עליהן²². הוא שהינחה לגבי עיקול רכושם של הארגונים שהוכרזו כטרוריסטיים, פיקח על החקירות והמעצרים, וניהל את החשוב במשפטים - משפטם של נתן פרידמן-ילין ומתתיהו שמואלביץ (משפט עכו). במהלכו הועלה לדרגת סא"ל²³. כל אלה הם נושא לרשימה בפני עצמה.

רק כדי ללמד על אופיו של חטר ישי ועל יחסיו עם בן גוריון נספר את הסיפור הבא: חטר ישי והצוות שעיומו, עמלו קשות על הכנת החומר למשפט נגד מנהיגי הלח"י נתן פרידמן ילין (מור) ומתתיהו שמואלביץ. מספר עו"ד משה בן זאב, אשר נמנה על הצוות²⁴: עבדנו עבודה מאומצת מאד לאיסוף החומר והכנת המשפט. אחר הלכנו לבן גוריון, על הגבעה. היתה אצלו ישיבה גדולה, בהשתתפות י"ש שפירא (היועץ המשפטי לממשלה) ואחרים, והצגנו את החומר. בן גוריון אמר לחטר-ישי: ידך במשפט תהיה על התחנות, כי הוא שולט בכל החומר מידע אישי. חטר-ישי אמר לבן גוריון: תהיה אתה פרידמן ילין ואני אחקור אותך, וכך היה. כל אותו זמן, ישב בן גוריון וכתב.

חטר-ישי זכר היטב פגישה זו²⁵ ואת שקדם לה, והוא מספר: איסר הראל ואיזי דורות, האיש מטעמו שסייע לי, הביאו לי שקים של חומר על שני הנאשמים, ועבדתי זמן רב על חומר זה. כמו כן נתתי מכתב של פרידמן-ילין למומחה לכתב יד, נפתלי, כדי שיתן לי חוות דעת עליו, ואכן הוברר אחר-כך שחוות דעת זו היתה מדוייקת. כשהבאתי את כתב האישום לישיבה בראשות בן גוריון, הוא שאל אותי איך אני בטוח שביה"מ ימצא אותם אשמים וירשיעם. אמרתי לו: היות וזו עובדה, איני חושב שיצליחו להתכחש לה, כי נסיוני הרב במשפטי ה"הגנה" אומר לי שאם עד משקר בנקודה כלשהי, ואני יודע שהוא משקר, תמיד אשבור אותו בחקירת שתי וערב. אני יודע על אופיו של הנאשם ואני יודע שלא יתכחש, ואם יתכחש - אזימו. בן-גוריון: מה אתה בטוח? איך אתה חוקר? אמרתי לו: בבקשה, תהיה אתה פרידמן-ילין עכשיו ואני אחקור אותך, וכך היה. הוא המשיך, כרגיל, בכתיבתו. אמרתי לו: תפסיק לכתוב ותתפנה אלי. הוא

21 לדברי חטר-ישי חשש בן-גוריון שאנשי השרות המשפטי האזרחי לא יהיו מסוגלים לעמוד במשימה, ודרש שהמערכת הצבאית תעסוק בדבר. כאשר קרא לי ודרש שאקבל את התפקיד, מספר חטר-ישי, אמרתי לו שיש לי הרבה חברים בלח"י, אך אם זו פקודה - אמלאה. איוש התביעה נעשה ע"י משרד הבטחון, ונמנו עליה עוה"ד משה בן-זאב, לימים היועץ המשפטי לממשלה, ועו"ד סרן מאיר בר-רב-האי. כמו כן קיבלו מינוי של תובעים צבאיים, כמה קציני משטרה, ביניהם מפקח שני יעקב מלץ, לימים - שופט ביה"מ העליון, מפקח שני שמואל רוט, ישראל וינר ואנטולי רבינוביץ. מקום מושבו של חטר-ישי היה תחילה בקריה, ולאחר מכן במחנה מטכ"ל בר"ג.

22 מכתבו של הרמטכ"ל מיום 17.10.48 אל מפקד מחוז חיפה.

23 ואילו גורלי, התוכ"ל הראשי וראש השירות המשפטי בצה"ל, רצה למנוע כל קשר וקישור בין פעולות התביעה הצבאית לבין הפעולות נגד הארגונים הטרוריסטיים. בעקבות מסיבת עיתונאים שערך חטר-ישי, פנה גורלי ביום 21.10.48 אל הרמטכ"ל וטען כי מסירת דברים בצורה כזו, מתוך שימוש עקבי במונח "התובע הצבאי" - ובהא הידיעה - עשויה להטעות ולבלבל את הקהל... הדבר גורם לנו הפרעות קשות ביותר. ענין כה עדין, שיש לגביו רגישות יתרה בציבור, רצוי והכרחי שהציבור ידע אל נכון מי ומי מטפל בו, שכן בהישנות פרסומים מסוג זה, עלולה להשתרש בציבור הכרה לא בריאה על פעולות התביעה הצבאית. לפיכך, מבקש גורלי מהרמטכ"ל כי יורה לחטר-ישי להשתמש בכינוי "התובע הצבאי לצורך התקנות למניעת טרור". ואכן, ביום 24.10.48 הודיעה לשכת הרמטכ"ל לחטר-ישי שיכנה עצמו "התובע הצבאי לצורך כל הפעולות הדרושות לפי תקש"ח למניעת טרור", תש"ח1948- (לשם מניעת אי הבנות וערבוב תחומים)."

24 בראיון מיום 15.5.85.

25 בראיון מיום 26.4.87.

המשיך לכתוב. נתתי עליו בקולי: תפסיק לכתוב ותתנהג כמו שמתנהגים בבית-משפט! הוא הופתע מאד מהטון החמור שלי ואמר: אולי אתה צודק.

חטר ישי מתמנה לתפקיד התוכ"ל הראשי וראש השירות המשפטי

ביום 26.12.48 החליף אהרן חטר-ישי את אברהם גורלי, כראש השירות המשפטי בצה"ל²⁶ וכתובע צבאי ראשי²⁷. אחת מפעולותיו הראשונות היתה הפיכת התביעה הצבאית לפרקליטות צבאית, וכך הפך להיות הפרקליט הצבאי הראשי הראשון.

כבר בימים הראשונים של כהונתו, חיזק חטר ישי את מעמדו גם מבחינה משפטית פורמלית, כאשר קיבל לידיו ביום 11.1.49 מידי הרמטכ"ל, באישור שר הבטחון²⁸, את הסמכויות הבאות²⁹: לקבוע מחוזות שיפוטיים; למנות נשיאי בתי דין צבאיים; למנות תובעים צבאיים; למנות תובע צבאי ראשי וסגנים לו³⁰; לאשר מסירת סמכויות ותפקידים מהתובע הצבאי הראשי לסגנו או לתובע צבאי שהוא³¹.

הקמת הפרקליטות הצבאית

ביום 28.1.49 כתב חטר-ישי לראשי האגפים והשרותים ולמפקדי החזיתות, המחוזות והחילות³², על עקרונות פעולת המנגנון המשפטי. בדעתו לארגן את השיפוט על בסיס מרחבי טהור. יהיו ששה מחוזות שיפוטיים ואנשי השרות המשפטי יוקצו למרחבים ולא ליחידות צבאיות. יחידה צבאית שתהיה זקוקה להדרכה משפטית, תפנה לפרקליט המרחבי הקרוב ביותר.

ביום 4.2.49 הוציא חטר-ישי חוזר: "שינויים בפעולת המנגנון המשפטי בצבא", ובו הודיע על הסדר חדש שיחול החל מיום 1.3.49. הסדר זה לווה בחלוקה מחדש של המחוזות השיפוטיים, ונתמך בחוזר של הרמטכ"ל עצמו למפקדים. בשלב הראשון התבסס ההסדר על פקודות הצבא, ורק מאוחר יותר קיבל החלק הדין בסמכויות הפרקליט והתובע, בסיס משפטי חוקי.

עד כה, הסביר חטר-ישי, הוטלה הפעלת כל השרות המשפטי בצבא על התובע. מכיוון שלא היו נשיאים קבועים לבתי הדין, היו השופטים הצבאיים, לרבות אותם אבות בתי דין שהיו חסרי השכלה משפטית, תלויים בידיעת החוק וסדרי הדין - בתובע הצבאי. עיקר מטרתו של ההסדר החדש היא להטיל את מלוא האחריות שבקיום החוק והמשפט בצבא על המפקדים, וגם לשנות את המצב שתואר לעיל, וזאת על-ידי שלושה תיקונים יסודיים:

26 כבר למעלה מחודש ימים קודם לכן, זומן חטר-ישי לפגישה עם הרמטכ"ל בשבת, 20.11.48, יחד עם מפק"ל המשטרה, מפקד המשטרה הצבאית ואח', לדיון בנושא: "תאונות דרכים - והאמצעים למניעתן". ר' השרות המשפטי גורלי, לא זומן לפגישה זו. כ"כ ביום 5.12.48 ביקש ר' אכ"א מחטר-ישי חוות דעת והערות בשלושה עניינים שנתעוררו בקשר לביקורו בשרות המשפטי. ביום ו', 24.12.48, שעה 15:00, קיים ר' אכ"א האלוף משה צדוק פגישה עם גורלי וחטר-ישי וביום א', שעה 10:00, הופיע חטר-ישי במטה השירות, יחד עם ר' אכ"א, לקבלת התפקיד.

27 במהלך שנת 48 הפך "התובע הכללי" (התוכ"ל) להיות "תובע צבאי" (ואולם הפעם, אסר ראש השירות המשפטי גורלי על התובעים הצבאיים להשתמש בראשי תיבות לציון תפקידם, מחשש לחריזה מלגלגת).

28 לפי תקנה 5 לחוקת השיפוט, תש"ח.

29 א"צ, תיק 438 במשלוח 1308/50.

30 אותה עת היה חטר-ישי עצמו, כראש השרות המשפטי, התובע הצבאי הראשי, שכן תפקיד הפרקליט הצבאי הראשי, טרם מוסד בחוק. עתה קיבל חטר-ישי מעמד מיוחד במינו, בו הסמכויות המשפטיות שהוא מפעיל הן סמכויות הרמטכ"ל שהועברו אליו, ולא הסמכויות המקוריות שהוקנו לו בחוקה.

31 תקנות 2, 20, 43, 47 ו-50 לחוקה.

32 א"צ, תיק 328 במשלוח א/129/51.

1. מינוי נשיאי בתי דין מחוזיים;
2. צמצום תפקידי התובע הצבאי;
3. הוספת תפקיד הפרקליט שהוא יועץ כללי למפקדים בענייני חוק ומשפט. בכל מחוז שיפוטי יהיו שלוש חוליות של בעלי תפקידים קבועים³³:
חוליית הפרקליט - כדי להדגיש את זיקתה למפקד נקבע כי המנגנון הטכני הדרוש לפעולת הפרקליט, יינתן על-ידי מטה המחוז, מתוך התקן שלו;
חוליית התובע הצבאי;
חוליית נשיא בית-הדין.

במטה כל מחוז שיפוטי³⁴ יהיה פרקליט, ואלה תפקידיו:

1. לתת למפקדים הדרכה משפטית ביחס לניהול משפטים משמעותיים;
 2. לתת למפקדים הדרכה משפטית ביחס להנהלה נכונה של גביית פרשת עדויות;
 3. לתת למפקדים חוות דעת משפטיות ביחס לפרשת עדויות שהועברו לחוות דעתו³⁵;
 4. לתת למפקד המחוז השיפוטי חוות דעת ביחס לאישור פסק-דין, אם המפקד יבקש זאת.
 5. לתת למפקדים הדרכה ביחס לביצוע פסק הדין ולהחזקת חדרי הכלא הגדודיים;
 6. לשמור על קיום החוק בכל חדרי הכלא ומקומות המעצר במחוז.
- לפרקליט הצבאי הראשי - תפקידים דומים כלפי המטה הכללי, בית-הדין הצבאי המיוחד ובית-הדין העליון.

כאמור, נתמך החוזר של חטר ישי ע"י חוזר של הרמטכ"ל מיום 26.1.49³⁶. חוזר זה נושא את הכותרת: "משמעת, עקרונות פעולת המנגנון המשפטי בצבא", ונקבע בו כי העקרונות הכלולים בו יופעלו החל ב-15.2.49.

ואלה עיקרי הוראות החוזר, אשר ברור כי נכתב ע"י חטר ישי:
 התפקיד העיקרי המוטל עתה על השרות המשפטי הוא הכשרת הקרקע להפעלת החוקה הצבאית החדשה הנמצאת בעריכה, מיד לכשתקבל תוקף של חוק.
 כל עוד לא ניתן לחוקה החדשה תוקף של חוק, יתנהל השיפוט הצבאי לפי הוראות חוקת השיפוט, תש"ח, אולם כבר מעתה יופעלו העקרונות הכלליים המונחים ביסודה של החוקה החדשה, אמנם באותה

33 ומכאן מקור השם "חוליית הפרקליטות הצבאית". מקום משכנה של חוליית התובע הצבאי היה בקירבת חוליית נשיא ביה"ד הצבאי. כך, למשל, שכנו נשיא ביה"ד והתובע בירושלים בבניין הרוסים, ואילו חוליית הפרקליט - במטה המחוז. הפרדה זו בין החוליות של אותו מחוז הלכה והטשטשה. בראשית 1950 נקבע כי הפרקליט הוא האחראי על החוליה (סדרי העבודה וענייני מנהלה), אך ברור שאין הוא יכול לתת הוראות בשטח המשפטי לאב"ד. מכאן, שהמילה חוליה כללה כבר גם את ביה"ד. בעל תפקיד נוסף במשרד ביה"ד היה הקנ"ש (ק' ניהול שיפוטי, לימים - קנמ"ש, ק' ניהול מחוז שיפוטי) אשר השתייך למפקדת הפיקוד.

34 בפקודות קבע מיום 20.3.49 נאמר כי הפרקליט יקבע את מקום מושבו במטה מפקד המחוז ולא במקום אחר - א"צ, תיק 3013 במשלוח 2294/50.

35 נספח לאחד המסמכים כולל דוגמא של חוות דעת פרקליט למג"ד:

עיינתי בפרשת העדויות (ניתוח משפטי של העולה מהן)
 אני ממליץ, איפוא: לסגור את התיק נגד...
 להעביר את החומר לתובע צבאי לשם הגשת כתב האשמה נגד...

36 מס' 53/24/1, א"צ, תיק א/1003/50.

מידה בלבד שאין הדבר סותר איזה הוראה מפורשת מהוראות החוקה הקיימת... כוונת הוראות אלה להסדיר את הצד המנהלתי בלבד של השרות המשפטי...

ואלה מגמות השרות המשפטי בתקופת המעבר:

- א. הורדת האחריות למניעת העבריינות, לחקירת עבירות ולשפיטת עבריינים מן התובע הצבאי והטלתה על המפקד;
- ב. הטיית כל עבירות משמעת לשיפוט בפני המפקד, באופן שבתי הדין הצבאיים ידונו במשפטים רציניים בלבד;
- ג. מתן הדרכה משפטית נאותה לבית-הדין הצבאי בדיוניו, על-ידי מינוי נשיאים קבועים ומנגנון השרות המשפטי;
- ד. מינוי פרקליט צבאי קבוע ממנגנון השרות המשפטי לייעץ למפקד, נוסף על התובע הצבאי הקיים, שתפקידו יוגבל לקטגוריה בבית-הדין בלבד;
- ה. הפעלה מלאה של המשטרה הגדודית והצבאית (לרבות מצ"ח) בעיקוב, גילוי וחקירת עבירות. ביום 29.3.49 הוצאה חוברת הוראות הפיקוד העליון שהוקדשה למחלקת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן - הפצ"ר), ונביא מתוכה רק את ההקדמה ופירוט תפקידי הפצ"ר:

הקדמה

1. כל מפקד בצבא אחראי למשמעת בצבא...
2. הוקמה במטכ"ל מחלקה משפטית שבראשה עומד הפרקליט הצבאי הראשי ושתיקרא "מחלקת הפרקליט הצבאי הראשי". לפרקליט הצבאי ולשרות המשפטי יש תפקיד מייעץ ומפקח בלבד, לעזור למפקד בביצוע תפקידו כפי שהוסבר לעיל.

תפקידים

3. תפקידי הפצ"ר הם:
 - (א) להיות עוזרו ויועצו של הרמטכ"ל בכל ענייני חוק ומשפט, על-ידי מתן פירושים ועצות בכל הנוגע לחוק הצבאי, האזרחי והבין-לאומי.
 - (ב) להפעיל בצבא מינהל וביצוע יעילים של החוק הצבאי.
4. לשם ביצוע תפקידיו אלה, ניתן לפיקודו של הפצ"ר השירות המשפטי; לפצ"ר יהיו נציגים במטות של חזיתות ובמטות אחרים כפי שיידרש. תפקידם כלפי מפקד החזית יהיה כתפקידו של הפצ"ר כלפי הרמטכ"ל.

ביום 26.10.49, בפגרת הכנסת, נקראה על-ידי הממשלה ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והבטחון של הכנסת, לשם קבלת תיקונים דחופים בחוקת השיפוט, תש"ח. שר הבטחון, דוד בן גוריון, הסביר לוועדה כי ישנם עניינים שסובלים מאד מהחוקה המיושנת, ואילו הדיון בהצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949, ידרוש בוודאי עוד זמן רב³⁷.

37 ההצעה הועברה, אחרי קריאה ראשונה ביום 15.8.49, לוועדה משותפת של ועדת החוקה וועדת חוץ ובטחון. הדיון בה מעולם לא הסתיים.

חוטר ישי הסביר מהם התיקונים ההכרחיים והמינימליים ביותר, וביניהם "ביטול שלטון התובע הצבאי בצבא", על ידי צמצום סמכויותיו והקמת מוסד חדש - הפרקליטים הצבאיים.

וכך קובע הפרק החדש, שהחליף את פרק ד' בחלק ה' של החוקה³⁸:

- תוקם בצבא פרקליטות צבאית; שר הבטחון ימנה את הפרקליט הצבאי הראשי; שאר הפרקליטים הצבאיים יתמנו על-ידי שר הבטחון בהמלצתו של הפרקליט הצבאי הראשי³⁹; פרקליט צבאי יהיה חייל בעל הכשרה משפטית.
- הפרקליט הצבאי הראשי יהיה אחראי כלפי שר הבטחון לפעולתם הסדירה של מוסדות המנגנון המשפטי של הצבא; הוא יועצם של שר הבטחון והרמטכ"ל בכל הנוגע למנגנון המשפטי בצבא ולשמך רשאי הוא לקיים קשר ישיר עם כל אחד מהם;
- הפרקליט הצבאי הראשי רשאי להוציא, באישור שר הבטחון, תקנות עזר לצורך החוקה והוא יוכל להוציא טפסים שונים לצורך החוקה וביצוען הנכון של תקנותיה;
- הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לצוות על עריכת בדיקה וחקירה מוקדמת;
- הפרקליט הצבאי הראשי יכוון את פעולותיהם של הפרקליטים הצבאיים.

פרשת טוביאנסקי⁴⁰

מבין הפרשיות בהן עסק חטר ישי כפצ"ר, נביא פרשיה אחת בלבד, החשובה ביותר, פרשת טוביאנסקי. להלן תיאור תחילתה של הפרשה, כפי שהיא מתוארת בפסק דינו של ביה"מ המחוזי בת"א⁴¹: טוביאנסקי עבד בחברת החשמל הירושלמית החל מסוף 1947, כמהנדס הממונה על הצרכנים היהודים. הוא היה חבר בארגון ה"הגנה". מנכ"ל החברה, קולונל גרשהם, עזב לפני 15.5.48, ובמקומו נתמנה בריאנט. הוא העתיק מגוריו לאזור היהודי ימים אחדים לפני ביתורה של ירושלים לשני חלקים. בעת ההיא גבר המצור על ירושלים העברית. עובדים נעדרו מהעבודה, מחסור הדלק החרף, והחברה נאלצה לצמצם את הספקת החשמל. בשים לב לצרכי השעה הותקנה, בשיתוף עם ועדת המצב בירושלים, רשת מיוחדת לשעת חירום, כדי לספק חשמל למוסדות חיוניים. רשת זו חוברת על-ידי קווי חשמל שהיו מצופים בחומר בידוד אדום ושחור, ומציאותה לא היתה סוד, כיוון שברוב המקרים אפשר היה לראותה מן החוץ. ברשת-החירום טיפלה "יח' החשמל" שאורגנה על-ידי ה"הגנה", בראשותו של אלכסנדר זינגר. טוביאנסקי לא נמנה על היחידה, כי מילא תפקיד אחראי אחר - ממונה על שדה התעופה היהודי בירושלים. בריאנט ידע על קיומה של רשת החירום, אך זינגר ועובדים אחרים נהגו בו מנהג זהירות, כפי שנהגו באותם הימים בכלל זר. משום כך, כשדרש בריאנט את רשימת המוסדות החיוניים, שעבורם הותקנה רשת-החירום, נתן לו זינגר רשימה מקוצרת, שממנה השמיט כמה מקומות שגילויים לזר נראה לו בלתי רצוי. זינגר ראה את הרשימה המלאה כסודית, ונתן הוראה לחברי יח' החשמל לא לגלותה, אך אין הוא זוכר אם נתן הוראה כזו גם לטוביאנסקי.

38 ס"ח תש"י 22, תקנות 168-172 לחוקה.

39 ללא מעורבותו של הרמטכ"ל. לימים טען הרמטכ"ל יגאל ידן כי חטר ישי העביר סעיף זה בכנסת שלא בידיעתו וללא הסכמתו.

40 תיאור הפרשה מובא, בין היתר, בספרו של שבתי טבת **עונת הגז**, בית הוצאה לאור איש-דור, 1992.

בתקופה שקדמה להפוגה הראשונה הופגזה ירושלים קשות, ופגזים פגעו בכמה מפעלים חיוניים שנכללו ברשימה המלאה. הדבר עורר חשדות רבים, ופשטו שמועות על מעשי ריגול⁴². ההפוגה הראשונה התחילה ביום 11.6.48, וההפגזה בירושלים פסקה. זינגר נסע לת"א ולחיפה להשיג דלק ובעת שנעדר, ביום 16.6.48, התקיימה שיחה בין בריאנט ובין טוביאנסקי. טוביאנסקי היה אותה עת בחדר בו ישבו כמה פקידים, ובריאנט נכנס והתיישב ליד שולחנו. בריאנט הראה לטוביאנסקי רשימת צרכנים וטוביאנסקי הוציא רשימה משולחנו. בריאנט ראה שיש ברשימת טוביאנסקי יותר צרכנים ורצה לדעת מי הם. אחד העובדים העיד כי טוביאנסקי נקב בשמות המקומות ובריאנט לחץ עליו בשאלות על טיבם של מקומות אלה. טוביאנסקי ענה שהמקומות שייכים לאצ"ל או לח"י. משנכח בריאנט שרשימתו אינה שלמה, דרש מטוביאנסקי רשימה שלמה עד למחרת. באמצע השיחה נכנס עובד אחר ושמע חלק ממנה. לדבריו, השיחה התנהלה בקול רגיל גם כשהשניים הרגישו בו. מתוכן השיחה הבין "שהענין אינו בסדר" והוא דיווח לקצין הקשר בין "יח' החשמל" והצבא. טוביאנסקי ביקש להכין לו רשימה אנגלית יותר מפורטת, והעובד אמר שאין הוא מוצא לנכון למסור לבריאנט ידיעות על כל המקומות הצבאיים. טוביאנסקי הניח להכרעתו של אותו עובד, מה להכניס לרשימה ומה להשמיט. הרשימה הוכנה בהתאם, וסימני X הודפסו בכמה מקומות, כדי להורות שלמקומות אלה טרם סופק חשמל.

סיפור המעשה הועבר לשירות הידיעות (הש"י), אשר החל לחקור בעניין, וביום 29.6.48 פנה סא"ל איסר בארי, ראש השירות אל ד"ר אברהם גורלי, התוכ"ל, להתייעצות. בעקבותיה של אותה התייעצות, שעל תכנה המדוייק נחלקו הדעות, עצרו אנשיו של בארי את טוביאנסקי בעת שביקר את אחיו בת"א, הביאוהו לבית ג'ז, שנמצא באזור קרבות, שם מינה בארי שלושה מפקודיו כ"בית דין שדה", והללו, לאחר שמיעת דברי בארי וחקירה קצרה של טוביאנסקי, החליטו כי טוביאנסקי בוגד והוא הוצא להורג ע"י כיתת חיילים.

ב-18.11.48 פנתה גב' חיה (לנה) טוביאנסקי אל ראש הממשלה דוד בן-גוריון, במכתב נרגש בקשר למות בעלה⁴³. בין היתר, היא כותבת: "אני בטוחה בנפשי שנפלה כאן טעות מרה, טרגית, מכאיבה, וכי בעלי חף מפשע. לא ייתכן שהיה בוגד ואינני מאמינה שהיה אשם באשמות האיומות המיוחסות לו... לפיכך הנני מעיזה לפנות אל כב' לחקור את הדבר באופן אישי..."

מכתבה של האשה נגע ללב בן-גוריון⁴⁴, וב-27.12.48 הוא משיב לה⁴⁵: "אין ביכולתי להוציא משפט על בעלך - אולם בדקתי את הפרוצדורה של משפטו, ונתברר לי שלא היה בסדר. אולי מפני שעדיין מנהגי-המחותרת היו שליטים בחוגי הצבא שיצא מה"הגנה" והמדינה טרם הספיקה לחוק חוקים ולהטיל

41 במשפטו של איסר בארי, תיק פלילי 147/49, ת"א. לא פורסם.
42 התוכ"ל הראשי גורלי, ראה לנכון להיפגש ביום 23.6.48, עם נציגי העתונות בת"א ולהודיעם: כל השמועות שנפוצו בציבור על "מרגלים" שכאילו הוצאו להורג במדינת ישראל, הן משוללות כל יסוד. עד כה לא אירע אף מקרה של הבאת אדם לדין בפני ביה"ד הצבאי בעוון ריגול, וממילא לא הוצאו פסקי דין מוות על עבירה כזו. התוכ"ל גם הביע את פקפקויו בכל סיפורי הבדים על מרגלים - רופאים ואחיות שנתפסו כאילו, ועל מכשירי רדיו שנתגלו אצלם במקררים וכו'. אלה הם פרי הדמיון הנוצר בכל מדינה הנמצאת במלחמה ("מעריב" מיום 23.6.48).
43 המכתב מובא, כמעט בשלמותו, בספרו של שבתאי טבת "עונת הגז", עמ' 70.
44 שלישי הצבאי של בן-גוריון, נחמיה ארגוב, כותב אותו יום ביומו: "ראיתיו סובל את סבל האשה. בן-גוריון ביקש לקבוע ב"ד חדש שיבדוק העניין. משום מה ערערה בו אשה זו האמונה בצידקת ביה"ד ופסה"ד שהוצא. הוא רוצה לתקן כנראה מעוות גדול" ("נחמיה ארגוב", הוצאת ידידים, תשי"ט, עמ' 198).
45 המכתב במלואו - טבת, עמ' 72.

את משטרה על כל הנוגעים בדבר. אולם אין ספק שהדבר מחייב בירור חדש, ונתתי הוראה לראש המטה הכללי של צה"ל שיצווה על בדיקת המשפט ומינוי בית דין צבאי חדש".

אותו יום, 27.12.48, מעביר בן-גוריון אל הרמטכ"ל דורי את מכתבה של גב' טוביאנסקי ואת תשובתו אליה, ומבקשו: "תתייעץ עם יודעי דין ותמנה בית דין שיבדוק מחדש את האשמות נגד המנוח. ברור שהמשפט שהתקיים לא היה בסדר - גם לא התאים לחוקים שנהגו ב"הגנה" לפני יסוד המדינה". כזכור, ביום 26.12.48 החליף סא"ל אהרן חוטר-ישי את סא"ל ד"ר אברהם גורלי בתפקיד ראש השירות המשפטי, ועליו הטיל הרמטכ"ל לבדוק מחדש את האשמות נגד טוביאנסקי. ואולם, חוטר-ישי היה טרוד אותה שעה בחקירות אחרות הקשורות באיסר בארי⁴⁶, והוא החל חקירתו בענייננו רק בתחילת מרס 49. החומר שבכתב היה מועט ביותר, וחוטר ישי החל בחקירת שלושת "השופטים" ב"משפטו" של טוביאנסקי, בנימין גיבלי, אברהם קדרון ודוד קרון.

כבר בשלב זה, ועוד לפני שחקר את איסר בארי ואת אברהם גורלי, הגיע חוטר-ישי למסקנה אותה הביא ביום 16.3.49 בפני בן-גוריון: "שלא היה כל יסוד להאשימו [את טוביאנסקי] בריגול, ולכל היותר לא היה זהיר בדיבורו, אבל אין כל יסוד לחשוב ששרת את האויב או התכוון למסור לו ידיעות נגד ה"הגנה"⁴⁷. ביום 26.6.49 מגיש חוטר-ישי את הדו"ח המסכם שלו לרמטכ"ל. בדו"ח מפרט חוטר-ישי את השתלשלות העניינים, ובסופו ממליץ הוא להודיע בציבור, כי לאחר בירור מחדש נמצא שטוביאנסקי לא היה בוגד, וכי הוא חף מפשע. הוא אינו ממליץ על משפט חוזר, הואיל ואי אפשר לקיימו בהיעדרו של נושא המשפט (טוביאנסקי) והוא גם אינו חושב שמבחינה חוקית או מוסרית יש להעמיד לדין את שופטי טוביאנסקי, אם כי מצא בלא שמץ של ספק שהם דנו בטעות והוציאו להורג אדם חף מפשע⁴⁸, והוא הדין לגבי בארי⁴⁹.

על אף עמדתו של חוטר ישי, בארי הועמד לדין על פי החלטת היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, הורשע באשמת הריגה, נדון ליום אחד מאסר וניחן ע"י נשיא המדינה חיים וייצמן. לפרשה היו השתלשלויות והשלכות נוספות⁵⁰, אך אלה חורגות ממסגרת רשימתנו זו.

דרגות ומעמד קציני השרות המשפטי

מספר חוטר-ישי⁵¹: הרמטכ"ל ידין מינה את מקלף לקבוע את התקנים. מקלף היה מוכן לתת לפרקליטים, לתצ"ר ולסצ"ר דרגות רס"ן בלבד. אני דרשתי סא"ל. מזא"ה (שהיה ר' אכ"א), הציע לי דרגת אלוף, כדי לקבוע את חשיבות החוק בצה"ל, ולהסתפק בדרגות רס"ן לפרקליטים. אמרתי שאם איני מקבל דרגות סא"ל להם - אתפטר. היו על כך ישיבות אין סוף, אך קיבלתי את שביקשתי.

46 על אחת מהן, זו הקשורה בהעמדתו של בארי לדין בדיון הוצאתו להורג של עלי קאסם, סיפרנו ב"ערעור על פי הוראת ראש המחוז השיפוטי" משפט וצבא 16 (התשס"ב-ס"ג) 705.

47 בן גוריון, **יומן המלחמה ג'**, עמ' 977.

48 עדותו של חוטר-ישי במשפט בארי.

49 הסניגור סלומון שאל את חוטר-ישי מה היו שיקוליו שלא להמליץ על העמדת בארי לדין, אך ביה"מ פסל שאלה זו. מאוחר יותר, לאחר החקירה החוזרת, השיב חוטר-ישי לסלומון: הבעתי בע"פ את הדעה שאין להעמיד את בארי לדין, הן כעו"ד והן כחייל שנמצא באותו זמן במצב שחייב אותו לקחת גם את המצב הצבאי בחשבון.

50 ובהן העמדתו של התוכ"ל הראשי גורלי לדין פלילי באשמה של הוצאת דיבה על היועץ המשפטי שפירא, מיעוט הקמתם של בתי דין שדה בצה"ל, וביטול עונש המוות במדינה.

51 בראיון עם המחבר ביום 26.4.87.

חטר-ישי סיים תפקידו

חטר-ישי סיים תפקידו כפצ"ר ב-15.12.50. על אופן סיום תפקידו מספר הוא כך⁵²: בן-גוריון דרש, באסיפה של מפקדים, להתנדב ולהמשיך את השירות לשלוש שנים. נענית לפניה זו וקבעתי פגישה עם ידן. הנחתי בפניו את הטופס החתום על שירות נוסף, והוא קיבל זאת בהערכה. ביקשתי להדגיש שאני מצפה לשיתוף פעולה יותר הדוק והענות יותר חיובית מצד אנשי המטה, לבעיות החוק בצבא. על זה השיב כי לפני זמן קצר הצלחתי להעביר בכנסת את כל התיקונים שרציתי. על זה ענית: הישג זה בא לא בעזרת המטה, אלא למרות המכשולים ששמו בדרכי. הוא נדלק ואמר שאינו מוכן לשמוע מפי אחד מפקודיו התבטאות כזו, ודרש שאקח דברי בחזרה. השבתי כי הדברים לא היו מכוונים כלפיו אישית, אלא כלפי ראשי אכ"א ואג"ם, ואיני מוכן לחזור בי ממילה אחת שאמרתי, ואם יחס זה יימשך, איני רואה הצדקה לזמן היקר שאני מתכוון להקדיש לצבא. הוא עומד על כך שאחזור בי מדברי, וכיוון שסירבתי, הגשתי את התפטרותי.

לאמיתו של דבר, הויכוח בין הרמטכ"ל יגאל ידן לביני התעורר עוד קודם לכן, בעקבות סעיף שנוסף לחוקת השיפוט⁵³, על פיו הפצ"ר הוא היועץ המשפטי של הרמטכ"ל ושל שר הבטחון גם יחד⁵⁴. ידן טען שהוא אינו מסכים שלמישהו בצבא תהיה גישה ישירה לשר הבטחון. לדבריו, העברתי סעיף זה בכנסת שלא בידיעתי ושלא בהסכמתו, ודרש ממני שאבטל את הקביעה הזו. אמרתי לו שהכנסת היא שקבעה והיא שיכולה לשנות, ואם ברצונו לשנות, עליו לנקוט בהליכי החקיקה המתאימים. לאחר דין ודברים קבע ידן מה הם הנושאים בהם זכאי אני לפנות ישירות אל שר הבטחון ואילו, ומהם הנושאים שעלי להפנותם דרך אכ"א.

ידן גם לא הסכים לסעיף בהצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט 1949-⁵⁵, הקובע ששר הבטחון, בהסכמת שר המשפטים, ממנה את הפצ"ר, ללא שיתוף הרמטכ"ל בהליך. ידן פנה לשר הבטחון, וקיבל ממנו העברת סמכות למינוי הפצ"ר על-ידי הרמטכ"ל⁵⁶.

סוף דבר

אין ברשימה קצרה זו כדי למצות את דמותו הסגונית של אהרן חטר ישי, אפילו לא כפצ"ר. אך נראה כי די במה שסיפרנו כדי להראות עד כמה הטביע חותמו על המשפט הצבאי עד לימינו אנו. תהא רשימה זו ציון דרך לפעלו.

52 בראיון עם המחבר ביום 20.3.87.

53 תק' 170) ב., במסגרת פרק ד' בחלק ה', הוא הפרק החדש בדבר פרקליטים צבאיים.

54 גם כיום קיימת בחוק השיפוט הצבאי הוראה היוצרת זיקה ישירה בין הפצ"ר לבין שר הבטחון, וזאת כאשר מוטל ע"י ב"ד צבאי עונש מוות. הרשות המאשרת עונש זה הינה שר הבטחון, והוא חייב, לפני מתן החלטתו, לעיין בחוות דעתו של הפצ"ר.

55 שלא התקבלה בכנסת - ר' הפרק בנדון.

56 על פי חוקת השיפוט, הסמכות למנות את הפצ"ר היא בידי שר הבטחון. עם זאת, רשאי השר להעביר את סמכויותיו, ללא כל הגבלה, לאחר.

דוד בן-גוריון וחוק השיפוט הצבאי

ניר קידר*

מבוא

המאבק לחקיקת חוק השיפוט הצבאי
חוק השיפוט הצבאי ותפישת הצבא של בן-גוריון
סיכום

מבוא

מטרתה של רשימה זו להסביר את דרישתו הנחרצת של דוד בן-גוריון לחקיקתו של חוק שיפוט צבאי מקיף ויעיל. עם פרוץ הקרבות הראשונים של מלחמת העצמאות התעורר צורך דחוף בהסדרת נושאי המשמעת והשיפוט בקרב הכוחות הלוחמים (קודם ב'הגנה' ואחר כך בצה"ל) והחלו הליכי חקיקה בנושא. על המאמצים לחוקק את חוק השיפוט הצבאי הישראלי ועל גלגוליו השונים של החוק כבר סופר במקומות אחרים.¹ במאמר זה אני מבקש להתמקד בתביעתו של בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הבטחון הראשון של מדינת ישראל, לחקיקה מהירה של חוק שיפוט צבאי מתקדם. ניתוח המאבק של בן-גוריון מלמד על כך שהוא ראה בחוק השיפוט הצבאי לא רק מכשיר פורמלי להסדרת המשמעת והשיפוט בצבא אלא גם

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לגלעד שירמן על העזרה במחקר.

¹ ראו צבי ענבר, "הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949", משפט וצבא 8 (תשמ"ח) 128; הנ"ל, "חייל מגיד אמות", משפט וצבא 10 (תשמ"ט) 131; הנ"ל, "התפתחות חוק השיפוט הצבאי", משפט וצבא 14 (תש"ס) 55. בימים אלה מסיים עו"ד ענבר, לשעבר הפצ"ר והיועץ המשפטי של הכנסת, חיבור מקיף על תולדות הקמתו של השירות המשפטי בצה"ל. ראו עוד גבריאל שטרסמן, עוטי הגלימה: תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל (תל-אביב: הוצאת לשכת עורכי הדין בישראל, 1985) 242-237.

ובעיקר גורם מחנך: מחנך למשמעת אך גם לתודעה 'ממלכתית', כלומר להכרה בכך שצה"ל הוא צבא א-פוליטי וממושמע הכפוף לשלטון-החוק ולהוראות השלטון האזרחי הנבחר.

למאמר שני חלקים. החלק הראשון מתאר בקצרה את תולדות השיפוט הצבאי בשנים הראשונות לקום המדינה ואת מאבקו של בן-גוריון להסדרה חקיקתית של השיפוט הצבאי. החלק השני, והעיקרי, מנתח את תביעתו של בן-גוריון לחקיקת חוק השיפוט הצבאי ומבקש ללמוד ממנה על תפישת המשפט והצבא שלו.

המאבק לחקיקת חוק השיפוט הצבאי

בטרם נפנה לנושא המרכזי של המאמר, מן הראוי לסקור בכמה מלים את תולדות השיפוט הצבאי בישראל. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, המוכר לנו כיום נכנס לפועל רק ב-1 בינואר 1956, אך גם לפני חקיקתו לא שרר בצה"ל מצב של 'ואקום משפטי'. עד לכניסתו של חוק השיפוט הצבאי לפועל נהגה חוקת השיפוט תש"ח, שהיתה למעשה גרסה מעובדת של חוקת השיפוט של ארגון 'ההגנה'. חוקה זו נכתבה במקורה על ידי עורך-הדין החיפני נחום חת,² והיא אושרה על ידי המפקדה הארצית של ארגון 'ההגנה' בראשית חודש מאי 1948. כתיבתה של חוקת שיפוט באותה תקופה היתה אכן חלק מן ההיערכות לקראת 'המדינה (והצבא) שבדרך'.³ החוקה נועדה לאחד את 'התקנונים המשפטיים' של היחידות והאזורים השונים של 'ההגנה' ובייחוד לתת מענה לבעיות המשמעת והעבריינות שהתעוררו עם גבור הלחימה והגיוס המאסיבי של חברי ארגון 'ההגנה' לשירות צבאי פעיל. הדעה המקובלת עם הקמת המדינה היתה כי פקודת צבא ההגנה לישראל⁴ נתנה תוקף לחוקת השיפוט תש"ח של 'ההגנה', שכן פקודה זו העניקה תוקף לכל התקנות וההוראות בענייני שירות לאומי שהתפרסמו על ידי המוסדות הלאומיים מסוף חודש נובמבר 1947. אולם משפטנים לא מעטים גרסו שתוקפה המשפטי של חוקת השיפוט

² לימים היועץ המשפטי של משרד הביטחון, חבר כנסת מטעם הציונים הכלליים ויו"ר מכבי העולמי.

³ ככל הידוע ההצעה הראשונה לתקנון משפטי ארצי לארגון ההגנה הוגשה לפיקוד העליון ב-11 בינואר 1947, על ידי ועדה בראשות ברוך רבינוב, ראש אגף הכספים במפקדה הארצית. ראו ענבר, "חייל מגיד אמת", לעיל הערה 1, בעמ' 133 (הערה 5).

⁴ עיתון רשמי 3 (31 במאי 1948), תוס"א, עמ' 9.

של ההגנה כלל אינו ברור במדינת ישראל, וכי העובדה שצה"ל נהג הלכה למעשה לפי חוקה זו נובעת בעיקר מכך שהיא היתה המסמך 'המשפטי' היחיד הקיים בנושא. בנוסף למחלוקת זו באשר לתקפותה של חוקת השיפוט של 'ההגנה' היה ברור שהחוקה שחבורה עבור ארגון 'ההגנה' אינה מתאימה לצה"ל הן מטעמים פורמליים: רשמית, הפקודה חלה על חברי 'ההגנה' ולא על חיילי צה"ל; והן מטעמים מהותיים: ברור שהעקרונות שמנחים את פעולתה של מיליציה מחתרתית (גם אם מדובר בארגון מקיף כמו 'ההגנה') אינם דומים לעקרונות המנחים צבא ממלכתי של מדינה ריבונית. מסיבות אלה תוקנה במהלך קיץ 1948 חוקת השיפוט של 'ההגנה', כך שהיא תהלום יותר צבא ממלכתי מודרני, והיא פורסמה מחדש כתקנות לשעת חירום על ידי שר הביטחון ב-8 בספטמבר 1948.⁵ על פי פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 האריכה מועצת המדינה הזמנית (ואחר כך הכנסת) מפעם לפעם את תוקפן התקנות לשעת חירום. במקביל עמלו בשירות המשפטי של הצבא ובמשרד המשפטים על הכנת חוק שיפוט חדש. פעולת הניסוח המסיבית הניבה הצעת חוק שיפוט צבאי בת 115 סעיפים, שחבורה על ידי צוות בראשותו של הפרקליט הצבאי הראשי דאז עו"ד אהרן חוטר-ישי, והונחה בפני הכנסת בחודש יוני 1949. הצעת החוק נתקלה בהתנגדות בכנסת ובהאשמות על הכנה חפוזה ולקויה. בסופו של דבר התקבלו בכנסת מספר תיקונים דחופים בחוקת השיפוט תש"ח אך הצעת החוק עצמה מעולם לא הגיעה לכדי הצבעה.⁶ השירות המשפטי בצה"ל ומשרד המשפטים שוב לא חזרו לכנסת עם הצעת חוק שיפוט צבאי עד לשנת 1955, אז היתה באמתחתם הצעת חוק חדשה ומקיפה יותר. עד לאותה עת הוסיפה הכנסת לתקן מפעם לפעם את חוקת השיפוט תש"ח (שהיתה כלולה בתקנות ההגנה לשעת חירום). ב-1 בינואר 1956 נכנס חוק השיפוט הצבאי, תש"ו-1955 לתוקף, והוא נוהג בשינויים שונים עד היום.

דוד בן-גוריון היה מראשי התובעים חקיקה מהירה של חוק שיפוט צבאי ממלכתי. בן-גוריון האמין שאסור שצה"ל יתנהל - ולו יום אחד - בלא חוק שיפוט ראוי, והוא סבר שחוקת השיפוט של ארגון 'ההגנה', שעליה התבסס צה"ל בחודשים

⁵ חוקת השיפוט פורסמה כתקנות לשעת חירום מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948. ראו עיתון רשמי 20 (8 בספטמבר 1948), תוס"ב, עמ' 105.

⁶ ראו ענבר, "הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ו-1949", לעיל הערה 1.

הראשונים לקום המדינה, לא נתנה פתרון טוב ומקיף לבעיות המשמעת והשיפוט שעמדו בפני צבא ממלכתי מאורגן. בן-גוריון דרש לפיכך שיחוקק חוק המתאים לצבא ממלכתי של מדינה ריבונית - ולא חוק שמבוסס על חוקת מיליציה מחתרתית התנדבותית; והוא דרש עוד שיהא זה חוק מקורי שיתאים למבנה של צבא ההגנה לישראל ולאופיו המיוחד ולא סתם העתקה גרידא של חוק שיפוט צבאי זר. כבר בחודש יוני 1948 הוא פנה במקביל לעורכי הדין אהרן חוטר-ישי (בעבר דמות מפתח בשאלות של הגנה משפטית ושיפוט בארגון 'ההגנה', ועתה קצין מנהלה בחטיבה 7) ולד"ר אברהם גורלי (התובע הכללי הצבאי) על מנת שאלה יחברו "הצעת יסודות של חוק צבאי ושיפוט צבאי".⁷ מספר ימים אחר כך שב בן-גוריון ותבע מן היועץ המשפטי של משרד הביטחון עו"ד נחום חת (כזכור, מחברה של חוקת השיפוט תש"ח) לשתף פעולה עם התובע הכללי ולחוקק במהירות חוק שיפוט צבאי.⁸ בתחילה קיווה בן-גוריון שניתן יהיה לחוקק חוק שיפוט צבאי בתוך זמן קצר של מספר ימים (ככל הנראה בהשראת חוק השיפוט של הצבא הבריטי, צבא שכן-גוריון מאד העריך, ובהתבסס על חוקת השיפוט של 'ההגנה'). אולם המשפטנים בצבא ובמשרדי הביטחון והמשפטים הבהירו לו שהמלאכה אינה פשוטה כלל ועיקר שכן חוק שיפוט המבקש להיות מקיף ויעיל ובה בעת גם לשמור על זכויות האדם של החיילים הכפופים למרותו מחייב עבודת חקיקה זהירה וארוכה. כלפי חוץ לא היה בן-גוריון מוכן לקבל את הטיעונים על הזמן הרב הנדרש לחוקק חוק שיפוט צבאי ודחק במשפטני הצבא למהר ולחוקק את החוק.⁹ אולם ככל שחלף הזמן ומלאכת החקיקה התעכבה הבין בן-גוריון שחקיקה רצינית של חוק שיפוט צבאי תארך זמן לא מבוטל. זאת ועוד, מכיוון שחוק השיפוט הצבאי נוגע בכמה מן השאלות הבסיסיות של המדינה המודרנית, של צבאה ושל זכויות האדם של אזרחיה, בן-גוריון ידע שהצעת החוק עתידה לעורר דיון ציבורי ופוליטי סוער. הכרעתו היתה אפוא כפולה: מחד גיסא הוא עמד על כך שיש לחוקק לאלתר חוק שיפוט צבאי זמני משוכלל עד

⁷ מכתב מבן-גוריון לאהרן חוטר-ישי, 17 ביוני 1948, ארכיון המכון למורשת בן-גוריון, שדה-בוקר (להלן: אמב"ג), התכתבויות. וראו גם יומן בן-גוריון, 5 ביולי 1948 ("גורלי לוקח על עצמו להכין במשך שבוע חוק צבאי"); 15 ביולי 1948 ("דרוש חוק צבאי, מציעים להזמין חוטר-ישי להכין חוק צבאי יחד עם גורלי וגרין"), אמב"ג. האלוף מרדכי (מונטי) גרין היה ממעצבי נוהלי עבודת המטה בצה"ל.

⁸ מכתב מבן-גוריון לעו"ד נחום חת, 6 ביולי 1948, אמב"ג, התכתבויות.

⁹ על פי ראיון עם אהרן חוטר-ישי, המופיע אצל שטרסמן, לעיל הערה 1, בעמ' 239.

כמה שניתן; ומאידך גיסא, הוא השלים עם הצורך בהליך חקיקה יסודי וארוך. התוצאה כאמור היתה שבקיץ 1948 תוקנה חוקת השיפוט של 'ההגנה' ונחקקה מחדש על מנת להעניק בסיס רשמי למערכת המשמעת והשיפוט הצבאי, ובמקביל המשיכו במשרד המשפטים ובשירות המשפטי בצבא לשקוד על הכנת חוק שיפוט צבאי מקיף. זאת ועוד, כפי שראינו לעיל, בכדי לזרו את כניסתה לפועל של חוקת השיפוט תש"ח היא נחקקה רשמית כתקנות לשעת חירום של שר הביטחון, שהועמדו מזמן לזמן להארכת תוקף (ולמעשה לבחינה מחדש) על ידי הכנסת. כאשר עבודת הניסוח של חוק השיפוט הסופי הוסיפה להתנהל בעצלתיים וכאשר הבין בן-גוריון שגם הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949 לא תתקבל במהירות בכנסת, הוא נתן הוראה לרמטכ"ל לחבר את חוק השיפוט בשלבים ולהגישו לכנסת "מגילות מגילות", למען לא נצטרך לחכות עד גמר כל העבודה.¹⁰ מהלך זה הוביל לכך שתיוקנים דחופים אכן הוכנסו לחוקת השיפוט תש"ח (כלומר לתקנות לשעת חירום) והובאו מפעם לפעם לאישור הכנסת עוד לפני חקיקתו הסופית של חוק השיפוט הצבאי המקיף בשנת 1955.

עינינו הרואות, למן הקמת המדינה ועד לחקיקתו הסופית של חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1955 תבע בן-גוריון בתקיפות הסדרה חקיקתית מקיפה ויעילה של השיפוט הצבאי ואף חיפש כל דרך להאיץ את קבלת החוק; הוא הורה באופן אישי לשרי המשפטים השונים, ליועצים המשפטיים לממשלה, לראשי המטה הכללי, לפרקליטים הצבאיים הראשיים ולקצינים ופקידים בכירים אחרים להחיש את פעולת הניסוח, הוא השתתף אישית בישיבות מקצועיות בנושא,¹¹ הוא הורה להזרים כוח אדם ותקציבים לשם האצת החקיקה,¹² והוא עשה כל שביכולתו על מנת שחוק שיפוט צבאי יכנס לתוקף מהר ככל האפשר. כפי שראינו לעיל, גם ביומנו, בהתכתבויותיו ובדיונים מצומצמים התבטא בן-גוריון בנחרצות באשר לצורך הדחוף

¹⁰ יומן בן-גוריון, 19 ביולי 1949, אמב"ג. על הוראה דומה ראו גם יומן בן-גוריון, 2 בנובמבר 1951, אמב"ג.

¹¹ ראו למשל ישיבה על חוק השיפוט הצבאי שמתוארת ביומן בן-גוריון, 25 בספטמבר 1948, אמב"ג. מעניין לציין שבתחילה העדיף בן-גוריון המודל האירופאי 'הקונטיננטלי', הדוגל במערכת שיפוט צבאית נפרדת מן הפיקוד, על פני המודל האנגלי, הרואה במפקד את מקור המשפט הצבאי ורק מעמיד לרשותו יועץ משפטי. בן-גוריון חשב כי "בתוכנו זה [המודל האנגלי - נ' ק'] יהיה לרועץ" (ראו יומן בן-גוריון, 16 בספטמבר 1948). נראה עם זאת שדעתו זו השתנתה בעיקבות הישיבה המוזכרת לעיל, שבה דווקא תמכו כל המשתתפים במודל האנגלי.

¹² ראו למשל יומן בן-גוריון, 9 בנובמבר 1948, אמב"ג.

שבחקיקת חוק שיפוט צבאי יעיל. התבטאותו הפומבית הראשונה בעניין היתה בחודש מרץ 1953 בעת דיון בכנסת שעסק בתיקון חוקת השיפוט תש"ח.¹³ בנאומו בכנסת הבהיר למעשה בן-גוריון שמאמציו לחקיקה מהירה של חוק השיפוט הצבאי אינם נובעים רק מן הצורך לאכוף משמעת חזקה בצה"ל אלא מתפישה עמוקה בהרבה של צה"ל, של המשפט ושל תפקיד הצבא והמשפט בחברה המודרנית. בתפישה זו יעסוק הפרק הבא.

חוק השיפוט הצבאי ותפישת הצבא של בן-גוריון

לכאורה נראה שמאבקו של בן-גוריון לחקיקה מהירה של חוק השיפוט הצבאי נובע מהיותו אחראי לענייני הצבא והביטחון של המדינה. אף צבא אינו יכול להתקיים ללא משמעת משום ששימותיו של הצבא (ובראשן הלחימה) הן תובעניות ומסוכנות, וברור שבלי משמעת נוקשה הצבא לא ימלא את תפקידיו. "בלי משמעת וסדר - אין צבא",¹⁴ סיכם זאת בן-גוריון, "הצבא בנוי על משמעת שאינה יודעת גבולות. כשנוטלים זאת מהצבא, הרי הוא נעשה אספסוף מסוכן ללא כוח עמידה".¹⁵ במציאות של ימי המדינה הראשונים היה הצורך שביצירת משמעת ומרות דחוף שבעתיים. בשל עזיבתם החפוזה של הבריטים והקמת המדינה תוך כדי מלחמה ומהפך חברתי ודמוגרפי ובעיקר בשל מצב הלחימה היתה סכנה של תוהו ובוהו חברתי, כלומר של פריקת כל עול אזרחי, משפטי ולעיתים אף מוסרי. הוצאתו הטראגית להורג של סרן מאיר טוביאנסקי, עבירות המשמעת ומעשי הביזה, האונס והרצח שבוצעו למרבה הזוועה על ידי חיילים משורות צה"ל והפלמ"ח הבהירו את הצורך הדחוף במשמעת ברזל ובענישה מחמירה של העבריינים. בן-גוריון אכן הוטרד מאד מהעדר המשמעת בקרב חיילי צה"ל,¹⁶ והזדעזע בייחוד מן המעשים הנוראיים שביצעו חיילים. הוא קשר את חוסר המשמעת בצה"ל עם היעדר חקיקה משמעתית

¹³ ראו **דברי הכנסת**, 13 (4 במרץ 1953) 876-873; קטעים מן הנאום מובאים גם בתוך דוד בן-גוריון, **יחוד ויעוד: דברים על בטחון ישראל** (ירושלים: מערכות, 1971) 185-187 (להלן: **יחוד ויעוד**).

¹⁴ דברי בן-גוריון בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, **לעיל** הערה 13.

¹⁵ דוד בן-גוריון, "מה'הגנה' במחתרת לצבא סדיר" (דברים במועצת מפא"י בתל-אביב, 19 ביוני 1948), בתוך **יחוד ויעוד**, **לעיל** הערה 13, בעמ' 36.

¹⁶ ראו למשל את דבריו בטקס הסיום של קורס מפקדי מחלקות (4 בנובמבר 1948), "למפקדים הצעירים", בתוך **יחוד ויעוד**, **לעיל** הערה 13, בעמ' 41-42.

ואכיפה ראויות,¹⁷ ותבע ממפקדי הצבא ומן הפרקליטות הצבאית להעניש בחומרה את העבריינים.¹⁸

אולם בהעדר משמעת ראה בן-גוריון בעיה חמורה יותר מאשר פגיעה בדמותו של הצבא וביעילות עבודתו. הוא ראה בחוסר המשמעת סימפטום של בעיה היורדת לשורשי החברה הישראלית - בעיה שהוא כינה 'העדר ממלכתיות', כלומר העדר תודעה של חיים בחברה ובמדינת חוק ושל כיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי בכלל. מסיבה זו, חוק השיפוט הצבאי לא נתפש על ידו רק כפתרון לבעיית חוסר המשמעת בצבא, אלא כצעד בהפיכת צה"ל לצבא ממלכתי ואף כחלק מחינוך החברה האזרחית הישראלית לממלכתיות.

בנאומו בכנסת בעניין תיקון חוקת השיפוט תש"ח הדגיש בן-גוריון שהצורך במשמעת נובע לא רק מתוך תפקידי התובעניים והמסוכנים של הצבא אלא בעיקר על מנת לפקח על הכוח הפיסי המרוכז בידי הצבא. במדינה המודרנית, הוא טען, הצבא מגלם את המונופול שיש למדינה על הכוח, כלומר הוא הגוף שמרכזו בידיו את מרב הכוח הפיסי של המדינה מתוקף שליטתו על כלי נשק רבים ועל כוח אדם לוחם מיומן. ארגון החולש על כוח רב כל כך חייב להיות נתון במסגרת של משמעת-ברזל על מנת לדאוג לכך שהוא לא ינצל את כוחו לרעה ויהפוך לסכנה לביטחון המדינה ואזרחיה. בן-גוריון הדגיש שהפיקוח על כוחו הפיסי של הצבא חשוב לא רק על מנת להשגיח שהצבא יעשה שימוש ראוי ומושכל באמצעי הלחימה שהופקדו בידיו, אלא בעיקר כדי להשגיח שהצבא ישמש כוח מגן - כלומר אמצעי - של המדינה ולא גוף אלים המאיים על אזרחיה.

צבא, באשר הוא כוח מזוין, עלול להיפך לקלגס אלים
המעמיד בסכנה בטחונם הפנימי והחיצוני של המדינה
והעם - אם לא יהא נתון במסגרת משמעת חמורה ואם

¹⁷ ב-15 ביולי 1948, לאחר שתואר ביומנו דיווחים על מעשי שוד ואונס בלוד ורמלה, סיכם בן-גוריון: "דרוש חוק צבאי", יומן בן-גוריון, אמב"ג. וראו גם דבריו בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, לעיל הערה 13.

¹⁸ מעשי הזוועה שביצעו כמה מחיילי צה"ל הובאו לידיעתו של ראש הממשלה ושר הביטחון. בן-גוריון המזועזע הורה להעניש בכל חומרת הדין את העבריינים. ראו למשל מכתבים של בן-גוריון למפקדים בצבא מיום 4 בפברואר 1948, 10 בפברואר 1948, 27 בפברואר 1948, מרץ 1948 (אין יום מדויק), 17 ביולי 1948, 19 באוקטובר 1948, אמב"ג, התכתבויות. כמו כן ראו יומן בן-גוריון, 22 באוגוסט 1948, 2 באפריל 1950, אמב"ג.

לא יהא כפוף בהחלט לרשות הציבילית במדינה, ואם פעולתו של כל חייל ומשטר-חייו, כל עוד הוא משרת בצבא, לא יהיו מוסדרים בהוראות הפיקוד והשיפוט הצבאי.¹⁹

לשון אחר, הטעם המרכזי שבן-גוריון מצא בהטלת משמעת ברזל על הצבא הוא שלטון החוק. הוא ביקש להבהיר שהצבא חייב להיות כפוף לחוק ומורגל במשמעת ובציות לחוקי המדינה ולמדיניותו של השלטון האזרחי הנבחר.

הצבא נתון במסגרת חמורה של משמעת. אין הוא פועל על דעת עצמו. הוא מכשיר בידי המדינה. אמנם המונח מכשיר אין להשתמש בו לגבי אנשים, אבל הצבא הוא מכשיר האומה. לא הצבא קובע מה תעשה האומה, ולא הצבא קובע מה יעשה הצבא. על הצבא לעשות רצון האומה, ולעשות אך ורק רצון האומה. האומה יכולה לעשות שגיאות. זה עניינה. היא תשגה והיא תתקן. בכל תנאי ובכל זמן על הצבא לבצע מדיניותה של האומה - ותהא מדיניותה אשר תהיה...

בישראל אין דמוקרטיה 'עממית' נכמו זו שבמדינות הקומוניסטיות - 'נ' ק', וכל אזרח יכול להביע דעתו - בעד ונגד. ובכנסת יהיה ויכוח חופשי, אלה יאמרו - כן, ואלה - לא, והרוב יחליט. לאחר שתתקבל החלטה יעשה הצבא רצון המדינה; ובצבא לא יהיה ויכוח על כך... כל הצבא, בלי יוצא מן הכלל, יעשה רצון המדינה, ויהיו דעותיהם של החיילים אשר יהיו. כאזרחים יחוו גם הם דעתם בבחירות, אבל כחיילים יפעלו אך ורק לפי פקודה מוסמכת.²⁰

את מאבקו של בן-גוריון לחקיקה מהירה של חוק השיפוט הצבאי יש להבין אפוא כחלק ממאבקו לכונן צבא ממלכתי, כלומר צבא א-פוליטי וממושמע הכפוף למרותן של הממשלה והכנסת הנבחרות והפועל על פי חוק. בן-גוריון ביקש להבהיר לכוחות המזוינים שבניגוד לתקופת היישוב, שבה השתררה מרותם של המוסדות הלאומיים ושל המחתרות השונות רק על אלה שבחרו לסור למרות זו, חוקי המדינה

¹⁹ דוד בן-גוריון, "על מבנה הצבא ודרכו", בתוך יחוד ויעוד, לעיל הערה 13, בעמ' 82.

²⁰ דברי בן-גוריון בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, לעיל הערה 13.

חלים על האוכלוסייה כולה וכללי המשמעת של הצבא מחייבים את כלל המשרתים בו, גם אם אין דעתם נוחה מהחלטות הממשלה או המטה הכללי. "לא יתכן צבא שרובו כפוף לשלטון הכללי של העם, וחלקו כפוף לאיזה שלטון אחר... הצבא כולו הוא צבא ישראל ורק של ישראל. כל חלקי-הצבא וכל חטיבותיו יש להם רק בעלות אחת, והם ניתנים למרות אחת - מרות ישראל".²¹ מסיבה זו היה בן-גוריון נחרץ בפרשת אלטלנה ובפירוק הלח"י בעקבות רצח הרוזן ברנדוט ועוזרו, מסיבה זו הוא היה נחרץ בפיטורי ראש המפקדה הארצית של 'ההגנה' (הרמ"א) ובפירוק המטה הנפרד של הפלמ"ח ושילובו בצה"ל, ומסיבה זו הוא היה נחרץ בדרישתו לחקיקה מהירה של חוק שיפוט צבאי יעיל ומקיף. אכן, חוק השיפוט הצבאי אינו נורמה 'חוקתית' (כדוגמת חוק יסוד: הצבא) שמורה במפורש על כפיפותו של הצבא לרשויות האזרחיות הנבחרות. אפס, חוק השיפוט הצבאי הוא חוק אזרחי-ממלכתי שמתווה הלכה למעשה את המסגרת החוקית שבתוכה פועל הצבא. בן-גוריון ידע אל-נכון שחוק שיפוט צבאי בא - ואינו יכול לבוא - במקום מסגרת חוקתית לצבא. אולם הוא הבין שחוק שיפוט צבאי שמכונן את המשמעת והשיפוט בצה"ל פנימה ומשתית אותם על עקרון שלטון החוק, מחזק הלכה למעשה גם את המשמעת של צה"ל בכללותו כצבא ממלכתי הכפוף לשלטון האזרחי הנבחר ומחשל בכך את שלטון-החוק והדמוקרטיה במדינה.²²

את יחסו של בן-גוריון לחוק השיפוט הצבאי יש להבין גם על רקע תפישתו את צה"ל כצבא העם, כלומר כצבא-הגנה עממי המבוסס על גיוס האוכלוסייה כולה ולא על שכירי חרב מקצועיים.²³ על רקע זה מתברר שתמיכתו הנחרצת בחקיקה מהירה של חוק שיפוט צבאי מודרני היא לא רק חלק ממאבקו להקים צבא ממלכתי הכפוף לרשויות השלטון האזרחי, אלא גם חלק ממאבק רחב יותר להטמעת ערכי הממלכתיות בקרב האוכלוסייה כולה.

²¹ בן-גוריון, "מה'הגנה' במחתרת לצבא סדיר", לעיל הערה 15, בעמ' 36.

²² ראו גם לעיל טקסט להערה 19.

²³ השוו דוד בן-גוריון, "יחוד ויעוד" (הרצאה בפני הפיקוד הגבוה של צה"ל, 6 באפריל 1950), בתוך יחוד ויעוד, לעיל הערה 13, בעמ' 132.

את הממלכתיות הבן-גוריונית ניתן כאמור להבין כתודעה של חיים בחברה ובמדינת חוק ושל כיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי.²⁴ בן-גוריון ביקש לקשור את השלטת המשמעת ושלטון-החוק בצבא להטמעת רעיונות שלטון-החוק והממלכתיות בחברה הישראלית בכללותה. הן לגבי צה"ל והן לגבי החברה הישראלית בכללותה הוא הראה שיש הבדל מהותי בין היישוב המאורגן בימי המנדט לבין מדינה ריבונית. בניגוד למוסדות היישוב, הוא הטעים, שלטונה של מדינת ישראל הריבונית חל על כל האזרחים, כלומר גם על קבוצות שלא סרו למרותן של רשויות היישוב היהודי המאורגן בתקופת המנדט (כגון החרדים, ה'פורשים', או תושביה הערבים של פלסטינה-א"י שהפכו להיות אזרחי מדינת ישראל). בדיוק כפי שכללי המשמעת הצבאיים חלים על החיילים כולם, חוקי המדינה חלים על כל אזרחי המדינה, גם אם לא כל האזרחים מסכימים עם כל החוקים או עם מדיניות הממשלה הנבחרת. לא בכדי פתח בן-גוריון את נאומו בכנסת בעניין חוק השיפוט הצבאי בהשוואה בין ארגון 'ההגנה' ובין צה"ל,

ב'הגנה' היה עוד משהו... וזה חוסר-האונים וחוסר-שלטון שב'הגנה'. ה'הגנה' לא יכלה לחייב איש. מי שרצה - התנדב, מי שלא רצה - עמד מרחוק. זה לא יתכן עכשיו, כשיש לנו מדינה. הכל חייבים לשרת, ומי שאינו רוצה - כופין אותו. וגם המתנדבים ב'הגנה' - יכול היה כל אחד מהם לעשות כל הישר בעיניו. לא היתה מסגרת של כפייה ב'הגנה', לא היתה משמעת חובה, ולא היתה חובת אחדות. ואיני מצטער על כך כלל וכלל, שמבחינות אלו אין צבאנו ממשיך במסורת ה'הגנה'. מצבא אסור להשתמש, ובצבא קיימת משמעת ברזל, ואין כל אחד יכול לארגן לעצמו צבא פרטי... וטוב שעברו הימים הטובים ההם - לבלי שוב. אין אנו עוד תלויים אך ורק ברצון הטוב של יחיד או יחידים; יש מסגרת של חובה, יש מסגרת ריבונית המטילה עול ומשמעת.²⁵

אסכם את טיעוני האחרון: דרישתו של בן-גוריון לחקיקה מהירה של חוק שיפוט צבאי מתקדם ומקיף לא היתה רק חלק ממאבקו להקים צבא א-פוליטי וממושם

²⁴ על שורשי הממלכתיות הבן-גוריונית ראו מאמרי, Nir Kedar, "Ben-Gurion's Mamlakhtiyut: Etymological and Theoretical Roots," 7.3 *Israel Studies* (2002) 117.

²⁵ דברי בן-גוריון בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, לעיל הערה 13.

שטר אך ורק להוראות השלטון האזרחי הנבחר, אלא גם חלק ממאבק רחב יותר להטמעת ההבנה שמסגרת ריבונית-ממלכתית מטילה על כלל האזרחים עול ומשמעת. כמובן, הסכים בן-גוריון, יש הבדל בין הצבא ובין החברה האזרחית - ברור שמשמעת הברזל המוטלת על המשרתים בצבא אינה מתאימה כלל ועיקר לאוכלוסייה האזרחית. אולם הרעיון הבסיסי דומה - חיים במסגרת ממלכתית, כלומר במסגרת של מדינת חוק, מחייבים לקבל את מרות החוק והם מחייבים אחריות ועול 'אזרחיים'. בצבא עול זה מתבטא במשמעת נוקשה ובציות לשלטון האזרחי הנבחר, ובחיים האזרחיים 'העול האזרחי' מתבטא בקבלת עקרונות שלטון-החוק והממלכתיות.

העם בישראל בכללו לא ספג עדיין במידה מספיקה הכרה ואחריות ממלכתית כראוי לעם העומד ברשות עצמו. היהודים סבלו ברוב ארצות הגולה מתגרת יד שלטון עוין, והם נאלצו להתחכם ולהערים על סדרי המדינה ועל חוקיה המקפחים. והרגלים שנתקבלו במשך דורות אינם נמחים בשנים ספורות, ועולה שיורד מהאניה או מהמטוס - אינו נהפך כהרף-עין לבן-מולדת ואזרח מחונך. מדינה מתוקנת אינה פרי מוסר מתוקן, אלא פרי אזרחות מתוקנת ומחונכת. מובן שמשטר נפסד מכביד על חינוך מעולה של אזרחים, אבל המשטר כשהוא לעצמו אינו קובע הכל. ואין עם גלותי, מדוכא, נטול עצמאות אלפי שנים נהפך בין לילה, רק בתוקף הכרות קוממיות או שינוי מקום, לעם ממלכתי הנושא באהבה וברצון חובות העצמאות ועולה.

רוב הציבור יודע לתבוע מן המדינה למעלה ממאה אחוז שהמדינה חייבת לו, אבל אינו מוכן לתבוע מעצמו אפילו פחות ממאה אחוז שהוא חייב למדינה. הוא דורש מהמדינה שירותים טובים ומובחרים, אבל אינו רואה בעין יפה הטלת המסים, שבלעדיהם לא יתכנו כל שירותים. לכל היותר הוא מוכן להסכים בנקל שהזולת ישלם ולא הוא.

ובמדינתנו לקוי עדיין אפילו הנימוס האישי. חלק גדול מן התושבים, לרבות הנוער הישראלי, לא למד להתייחס לזולת בכבוד, באדיבות, בסובלנות, באהדה. לקויה

בתוכנו ההגינות שבין אדם לחברו, המנעימה חיי הציבור
 ויוצרת אקלים של רעות ואהדה כללית.²⁶

למשפט כמערכת נורמטיבית וכמוסד חברתי ותרבותי מקום חשוב בתפישה הממלכתית של בן-גוריון. אכן, על אף מספר התבטאויות אומללות על עורכי-דין ומשפטנים,²⁷ על אף שהלכה למעשה לא שרר שוויון אמיתי בצבא ועל אף הפעמים הרבות שבהן הוא פעל בניגוד לנורמות משפטיות או מנהליות תקינות, הונחו בשנים הראשונות לקום המדינה - ובתמיכתו הברורה של בן-גוריון - היסודות לדמוקרטיה, לשלטון החוק ולמערכת משפט מקצועית ואוטונומית, המורכבת משופטים בלתי-תלויים, מבירוקרטיה משפטית עצמאית, מהסדרות עורכי-דין פעילה ומיועץ משפטי רב כוח וסמכויות.²⁸ מאבקו של בן-גוריון לחקיקה של חוק שיפוט צבאי מתקדם משתלב אפוא במאמציו לכונן קהילה פוליטית המכבדת את החוק, הסדר והמרחב הציבורי, ובמאמציו לעצב לקהילה זו מוסדות שלטוניים (ובכללם צבא ומשפט) ממלכתיים.

אכן, גם לחוק השיפוט הצבאי חשיבות אזרחית-כללית החורגת מן המשמעות הצבאית שלו. ראשית, הכפפת הצבא לחוק ולשלטון האזרחי הנבחר תרמה תרומה מכרעת לשלטון החוק ולדמוקרטיה במדינה הצעירה. שנית, מבחינה תודעתית, עצם הידיעה שצה"ל הוא צבא א-פוליטי, המתנהל על פי חוק שקבעה הכנסת הנבחרת, והוא אינו כוח שרירותי שעלול להיות מופנה בצורה אלימה לעבר האוכלוסייה האזרחית, תורמת ללגיטימיות של הצבא ושל המדינה כמדינת חוק ומסייעת

²⁶ דוד בן-גוריון, "המבחן העליון", בתוך חנוך ודבך כרך ה' (תל-אביב: עיינות, תשי"ז) 90-91.

²⁷ ראו למשל את דבריו של בן-גוריון בדיון במועצת העם על פקודת הטרור: "כל יוריסט יודע שאפשר בנקל לארוג קורי עכביש יורידיים להוכיח הכל ולסתור הכל... כתלמיד למשפטים אני יודע, שאין כיוריסט מומחה לעקם כל כתוב ולהמציא סברות מפולפלות ופרושים מבלבלים... דרושה הכרת המציאות וידיעת העובדות והללו צריכים לקבוע ולא הפלפול היורידי". מועצת המדינה הזמנית, פרוטוקול הדיונים, כרך א', ישיבה י"ט (23 בספטמבר 1948), ע' 17. בדיון בממשלה, שנסב על משכורתו של היועץ המשפטי לממשלה, קבל בן-גוריון (שתמך בהשוואת משכורתו של היועץ לזו של שר ושופט בית-המשפט העליון): "משכורת גבוהה מקבלים עורכי-דין בלבד. זה לא בדין ואני שונא בנפש למקצוע זה, אולם עובדה היא שעורכי הדין מקבלים משכורות גבוהות; המוכשרים שבהם, על ידי רמאות או באמת מתוך כשרון, הם בלבד זוכים למשכורות גבוהות מאד." פרוטוקול ישיבת הממשלה הזמנית, 12 בדצמבר 1948, עמ' 45, ארכיון המדינה בירושלים.

²⁸ על יחסו המורכב של בן-גוריון למשפט ולרעיון שלטון החוק ראו ספרי על הממלכתיות הבן-גוריונית ושלטון החוק, עתיד לראות אור בהוצאת מכון בן-גוריון לחקר ישראל והציונות, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב.

לפיתוחה של 'תודעת הממלכתיות' שבן-גוריון ביקש להשריש בחברה הישראלית הצעירה.

אולם מדוע רצה בן-גוריון 'חוק' דווקא? האם הוא חשב שתודעה ממלכתית בקרב אזרחי ישראל וחייליה תושג רק באמצעות חקיקה? התשובה מורכבת: בן-גוריון הכיר בחשיבותם של חוקים וכללים משפטיים פוזיטיביים, אך בה בעת הוא גם הבין את מוגבלותם וביקש להשלימם ביסודות חינוכיים ותודעתיים אחרים.

חקיקה היתה חשובה לבן-גוריון משני טעמים עיקריים: ראשית, חקיקה פוזיטיבית מבהירה לכולי עלמא כי מאחורי דרישות חוק השיפוט הצבאי עומדת החברה כולה ועומד כוחה הריבוני של המדינה, כלומר מערכות המשפט והאכיפה שלה. החקיקה הפורמאלית מעניקה אם כן תוקף נוסף לכללי המשמעת והשיפוט בצה"ל. אולם לדעת בן-גוריון לחקיקה תפקיד חשוב יותר מאשר סתם מתן תוקף לכללי השיפוט הצבאיים. החקיקה - והמשפט בכלל - אינם מייצגים רק את ריבונותה של המדינה, כלומר את המונופול שיש למדינה על הכוח בחברה, אלא גם את ערך השוויון שטבוע במדינת החוק. מדינת החוק המודרנית מתייחסת (לפחות בתיאוריה) לכלל בני האדם בצורה אחידה ושוויונית כאל 'אזרחים', ופועלת באמצעות משפט המנוסח בצורה כללית והפונה באופן אימפרסונלי, שוויוני ואחיד לאוכלוסייה כולה. במלותיו של בן-גוריון: "חוקי המדינה חלים במידה שווה על כל האזרחים בכל מדינה דימוקרטית כשם שהשמש מאירה במידה שווה לכל האנשים, כשם שהגשם מרטיב במידה שווה כל מי שנמצא בחוץ בשעת הגשם".²⁹ שוויון זה, טען בן-גוריון, הכרחי בצבא, מכיוון שבלעדיו לא יתכן צבא יעיל, וחשוב מכך, מכיוון שבלי שוויון לא יתכן צבא ממלכתי.

הצבא בנוי על משמעת שאינה יודעת גבולות... תנאים
חמורים אלה אפשר להשליטם בצבא רק אם יש בו
חברות ושוויון, ורק אם כל חלקיו כפופים לרשות האחת
שהיא היא האחראית על מאמץ המלחמה ועל הבטחון...

[יש הכרח ב]שוויון גמור בין כל החלקים, בין כל
הגדודים, כל החטיבות בתוך הצבא... יש הכרח שיהיה

²⁹ דוד בן-גוריון, "הגיגים. לאנשי דגניה", דבב (27 בינואר 1961) בעמ' 2.

שוויון בדברים התלויים בחברה ובמדינה, וששוויון זה יהיה גמור ומוחלט. גם בצבא יש חייל שהוא אמיץ ומוכשר יותר ויש שהוא אמיץ ומוכשר פחות, אך כולם מוצגים באותם התנאים, מקבלים אותו האימון ואותו הציוד ועומדים לרשות אותו פיקוד.³⁰

חוק השיפוט הצבאי היה חשוב אפוא לבן-גוריון משום שהוא יצר כללי משמעת ושיפוט אחידים לכל הצבא; כללים שאינם מבחינים במוצאו של החייל, בהשתייכותו המעמדית, האתנית, הפוליטית-מפלגתית או האחרת. במובן זה, חוק השיפוט הצבאי משלים את חוק שירות בטחון, תש"ט-1949: בעוד שהראשון קובע חובת גיוס כללית, קובע השני את המסגרת השוויונית לתחולתם של הכללים הצבאיים. לדעתו של בן-גוריון, חוק שיפוט צבאי הפונה באופן אימפרסונלי ואחיד לכלל החיילים הוא תנאי הכרחי ליצירת שוויון הפורמלי בין כל חיילי הצבא.

זאת ועוד, גם את עמידתו של בן-גוריון על השוויון הפורמלי יש לראות על רקע תפישתו את צה"ל כצבא העם. את השוויון בתוך הצבא ראה בן-גוריון גם כמכשיר להגברת השוויון בחברה בכללותה. בראשית שנות החמישים היתה החברה הישראלית מפולגת במחלוקות אידיאולוגיות ופוליטיות קשות, בפערים מעמדיים בין עולים וותיקים ובהבדלים עדתיים, דתיים ואתניים עמוקים. במציאות קשה זו ראה בן-גוריון בצה"ל את "המסגרת היחידה שבה נפגשים כשוים עם שווים ובתנאי-חיים שווים יוצאי כל הגלויות, כל העדות, כל המעמדות". בן-גוריון ביקש אפוא להפוך את הצבא למנוף להגברת השוויון והשותפות בחברה הישראלית. "כאן יש לנו הזדמנות יחידה ויקרה לתקן את הפגימה הקשה ורבת-המכשולים בחיינו הלאומיים: את ההתפצלות והמחיצות המרובות... [נ]יתנה כאן הזדמנות יקרה, יחידה במינה, לאיחוי הקרעים. לעקור ההבדלים העמוקים וללכד ציבורנו בתנאי חיים שווים ומשווים, וליצור האחדות והאחוה היהודית".³¹ במובן זה, ראה בן-גוריון בצבא ממלכתי לא רק צבא א-פוליטי הכפוף למרות השלטון האזרחי, אלא גם צבא שבנוסף לעיסוקו במשימות ביטחוניות מודע גם לצרכים האזרחיים הכלליים של החברה

³⁰ בן-גוריון, "מה'הגנה' במחתרת לצבא סדיר", לעיל הערה 15, בעמ' 36.

³¹ בן-גוריון, "למפקדים הצעירים", לעיל הערה 16, בעמ' 42-43.

והמדינה ומנצל את כוחו המאורגן על מנת לסייע במילוי צרכים אלה (למשל בנושאי קליטת העלייה, החינוך, בריאות הציבור, או צמצום הפערים החברתיים).³² אמת, אין ספק שבצה"ל לא שרר - ועדיין לא שורר - שוויון. חוסר-השוויון מתחיל עוד במדיניות הגיוס לצה"ל: פשרות ואילוצים פוליטיים, מוסכמות מסורתיות ומדיניות ניהול כוח-האדם בצבא הובילו לכך שכבר בימיו של בן-גוריון קבוצות גדולות באוכלוסייה הישראלית היו פטורות (או מנועות) מגיוס לצבא: רוב האוכלוסייה הערבית, אלפי תלמידי ישיבה שתורתם אומנותם, אלפי נשים שלא גויסו מטעמי מצפון או משפחה ואחרים. גם השירות הצבאי עצמו והקידום בטולם הדרגות הושפעו לעיתים רבות מן הרקע המגדרי, הסוציו-אקונומי ולעיתים אף הפוליטי של החיילים.³³ עם זאת, חוסר השוויון בצבא (או בחברה הישראלית בכלל) אינו מעיד על כך שבן-גוריון נהג בבחינת 'נאה דורש ואינו מקיים', וגם אינה חושפת את בן-גוריון כמנהיג כוחני שאך ביקש להסוות ו'להלבין' את האינטרסים הפוליטיים שלו באמצעות הקפדה פורמלית על שוויון. מאבקו של בן-גוריון לחקיקת חוק השיפוט הצבאי מלמד על תפישת העולם הממלכתית שהנחתה אותו כמנהיג-מכוון בבואו לעצב את החברה הישראלית ואת מוסדות השלטון שלה; תפישת עולם שהנחתה אותו על אף הפשרות הפוליטיות והמוסכמות המסורתיות ומעבר אליהן. למרות חוסר השוויון שקיים בגיוס לצה"ל ובשירות הצבאי עצמו, בן-גוריון ביקש לעצב צבא ממלכתי שוויוני בקוותו שההקפדה על שוויון בצבא תתרום גם ליצירתה של תודעת שוויון ושותפות ותוביל לעיצובה של חברה ישראלית שוויונית והומאנית יותר.

על אף האמור לעיל, בן-גוריון לא חשב שחקיקת חוק השיפוט הצבאי (או שחקיקה בכלל) היא הפתרון היחיד להעדר המשמעת ו'חוש הממלכתיות' בצה"ל או בחברה הישראלית. "המדינה אינה יכולה לפעול אך ורק בכוח החוק והמשמעת" אמר בן-גוריון בפתח הדיון בכנסת בעניין חוק השיפוט הצבאי, "ויש דברים, ואולי הם הדברים העיקריים, שאין לעשותם כלל בכוח החוק והמשמעת. ויש לנו עכשיו צורך

³² ראו "ייחוד ויעוד", לעיל הערה 23, שם; ראו גם נאום של בן-גוריון בכנסת על ענייני תקציב בטחון, דברי הכנסת 5 (20 ביוני 1950) 1790-1795.

³³ טענה משכנעת, שאמנם לא אוששה במחקר אקדמי קביל, טוענת שבשנים הראשונות לקום המדינה לא קודמו קצינים 'שאינם מאנ"ש' [= 'מאנשי שלומנו'] מעבר לדרגת סגן אלוף.

בהתנדבות ובחלוציות יותר מאשר מקודם.³⁴ אכן, על אף שהממלכתיות הבן-גוריונית הדגישה את חשיבותו של השוויון הפורמלי הטבוע בדמוקרטיה, במערכות משפט ומנהל-ציבורי אוטונומיות ומקצועיות, במערכות חינוך ורווחה כלליות ובצבא ממלכתי א-פוליטי הכפוף לחוק ולממשלה האזרחית הנבחרת, בן-גוריון לא הסתפק מעולם במסגרת המשפטית-הפורמלית. לממלכתיות הבן-גוריונית היה אכן גם פן ערכי ואפילו משיחי שראה בציונות מהפכה כוללת והדגיש קודם כל את 'רוח האדם' ואת הצורך שבחלוציות וביצירת חברת מופת.³⁵ במובן זה, בן-גוריון ראה בחקיקה הפורמלית גורם חשוב שמשלים את רוח החלוציות ומעגן אותה בטקסט כתוב ובפרוצדורה, אך בשום אופן אינו מהווה לה תחליף. בצורה זו הוא גם סיים את נאומו בכנסת בעניין חוק השיפוט הצבאי,

"בלי משמעת וסדר - אין צבא. משמעת בלבד לא מספיקה. לצבא דרושה נאמנות ומסירות. לצבא דרושה רוח חלוצית, לצבא דרוש רעיון מחנך ומדריך. אבל אין לסמוך על רעיון ורוח בלבד. הכרחית מסגרת של משמעת-ברזל. אין שום צבא בעולם סומך על הרוח בלבד... איני יודע אם זה טוב לארגון אזרחי; בארגון צבאי זה הכרחי וחוק בל יעבור".

סיכום

במאמר זה ניתחתי את תמיכתו של דוד בן-גוריון בחוק שיפוט צבאי מתקדם ומקיף. לאחר שעמדתי על מאמציו להוביל מהלך של חקיקה מהירה, התחקיתי אחר המקורות של תמיכתו הבלתי מסויגת בחוק השיפוט הצבאי. הראיתי שתמיכתו בחקיקת חוק השיפוט הצבאי ובהקפדה על משמעת נוקשה בצה"ל אינה נובעת רק מטעמים של יעילות הכוח הצבאי אלא בעיקר מטעמים 'חוקתיים'-ממלכתיים עמוקים יותר, שנוגעים בחברה הישראלית בכללותה: הקפדה על שלטון החוק ועל

³⁴ דברי בן-גוריון בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, לעיל הערה 13. והשוו דברי שר המשפטים פנחס רוזן בפתח הדיון בכנסת בנוגע להצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949, דברי הכנסת 2 (תש"ט) 1237-1238.

³⁵ ראו מאמרי "צריכה להיות הרגשה של עם": שוויון ושותפות בתפישתו של בן-גוריון בשנות החמישים והשישים, בתוך ישראל: בין כלכלה לחברה (אבי בראלי, דני גוטוויץ וטוביה פרילינג עורכים, שדה-בוקר: הוצאת אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 2004). וכן ראו גם נתן ינאי, "התפישה הממלכתית של בן-גוריון", קתבר 45 (1987) 169.

השוויון (בצבא ומחוצה לו) והטמעת רעיון 'הממלכתיות', כלומר הפנמת התודעה של חיים בחברה ובמדינת חוק ושל כיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי. בן-גוריון ביקש להבהיר שחוק שיפוט צבאי מתוקן צריך להקפיד על יעילות הצבא ועל המשמעת שבו, אך גם על השוויון, על שלטון החוק ועל זכויות האדם של החיילים. חוק שיפוט צבאי שכזה, האמין בן-גוריון, לא יהיה רק מכשיר משמעתני פורמלי אלא גם כלי חינוכי חשוב התורם ליצירת תודעה אזרחית-ממלכתית בצבא ובחברה כולה.

סמכות שיפוט אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים - קרקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?

אמנון רייכמן*

מבוא

סמכות שיפוט אוניברסלית: רקע

סמכות שיפוט אוניברסלית: סיכויים וסיכונים

במקום סיכום

מבוא

לו היינו נדרשים לאפיין בתמצית את הווייה הישראלית מאז הקמת המדינה סביר להניח כי לא היינו בוחרים לתאר את החיים הציבוריים בחבל ארץ זה כ"משעממים" או "נטולי עניין". ראשית שנת 2003 לא הייתה שונה מבחינה זו; כל אחד מהנושאים שניצבו בו-זמנית על סדר היום הציבורי היה ראוי למלוא תשומת הלב, לולא היה נדחק על-ידי נושא חשוב ובווער לא פחות וחוזר חלילה.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודות לגב' חגית גניש על תרומתה לגיבוש המאמר, ולגב' אילת לויין על עזרת המחקר המועילה. הערותיהם של משה הירש ושי שרביט תרמו גם הן רבות.

1 רק על מנת לסבר את האוזן, להלן תמצית העניינים שעמדו באותה עת על סדר היום הציבורי, כפי שנדלתה מסקירה של דיווחי כלי התקשורת השונים: הזירה המפלגתית, הרוגשת ומבעבעת בימים כתיקונם - ככל שיימצאו כאלה במדינת ישראל - סערה סביב ניסיונות הרכבת קואליציה בעקבות הבחירות לכנסת, שנערכו בינואר 2003. הזירה המדינית-ביטחונית איימה לגלוש על גדותיה בזרם ההתרעות היומיומיות לפיגועי טרור ממנו למדנו - אז והיום - כי אין זה אלא עניין של זמן עד שהמפגע הבא יקצור במותו חייהם של אזרחים ישראלים, זאת על אף ההצלחות היחסיות של כוחות הביטחון בסיכול חלק ניכר מהפיגועים. הויכוחים הפנימיים הנוקבים בדבר הדרך הנכונה להשגת שלום ולסיום מצב הכיבוש ריכוז, כתמיד, עניין ציבורי רב. המלחמה הממשמשת ובאה בעיראק זכתה לסיקור נרחב שעסק, בין השאר, בהשלכותיה האפשריות של המערכה על מדינת ישראל, אם בדמות התקפת טילים אפשרית ואם בדמות פתיחת חזית מחודשת בלבנון. הזירה הכלכלית-חברתית דרשה אף היא את מרכז

א' רייכמן "סמכות שיפוט אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים - קרקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?" משפט וצבא 17 (התשס"ד) 49

והנה, ביום חמישי, השלושה-עשר בפברואר 2003, נדמה היה לרגע כאילו הכל עמד מלכת. בית המשפט לערעורים בבלגיה פסק כי תביעה שהוגשה על-ידי אזרחים לבנונים כנגד ראש הממשלה מר אריאל שרון ובכירים ישראלים נוספים - בה הואשמו אלה באחריות, עקיפה או ישירה, לפשעי מלחמה שבוצעו כנגד תושבים פלסטינים במחנות הפליטים סברה ושתילה בשנת 1982 - יכולה להמשיך ולהתברר בערכאות בבלגיה, בכפוף לחסינות ראש ממשלה מכהן העומדת לשרון. משמעות הפסיקה הייתה, שעם סיום כהונתו של מר שרון כראש ממשלה ניתן יהיה להמשיך בהליכים נגדו בבתי המשפט, בגין פשעים שביצע, על-פי האישום, בלבנון בהיותו שר הביטחון. עבור הנתבעים האחרים, בהם קצינים בכירים לשעבר בצבא ההגנה לישראל, היתה לפסיקת בית המשפט הבלגי משמעות בטווח הזמן המידי, וזאת מכיוון שככל הנראה לא נהנו ממלוא היקפה של חסינות ראש מדינה מכהן, או מחסינות מקבילה לה³. פסיקה זו של בית המשפט הבלגי לערעורים הפכה פסיקה קודמת של ערכאה נמוכה, לפיה דין התביעה להידחות בגין היעדר סמכות שיפוט.

הבמה לאור המשבר הכלכלי המתמשך והעלייה באחוזי האבטלה. על כך יש להוסיף את הזעזוע שגרם אובדנו של האסטרונאוט הישראלי הראשון באסון המעבורת "קולומביה" וכן את דבר החקירות הפליליות, שהתנהלו (ועדיין מתנהלות) כנגד פוליטיקאים בכירים, בחשד לעבירות של מרמה, הפרת אמונים ושוחד בחירות.

Abbas Hijazy v. Sharon et al. Belgium Court of Cassation, ruling no. P.02.1139.F/1, Judgment of 12 February 2003, לכתב התביעה ולהחלטת בית המשפט הבלגי (בתרגום לאנגלית) ראו באתר האינטרנט: <http://www.indictsharon.net/cmptENen.pdf>. התיבה הוגשה בהסתמך על חוק בלגי מתאריך 16.6.93. חוק זה מעניק לרשויות השיפוט הבלגיות סמכות שיפוט אוניברסלית בגין רצח עם, פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, על בסיס סמכות שיפוט אוניברסלית *in absentia*. יצוין, כי החוק לא הכיר בחסינות המוקנית מכוח כהונה בתפקיד רשמי. ראו: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law, translated and reprinted in 38 I.L.M 918, 921(1999). לתגובת פרקליטי התביעה על החלטה זו ראו: <http://www.indictsharon.net/case-diary15.shtml>.

ראו החלטת בית המשפט מיום 12 בפברואר 2003, לעיל, הערה 2. עוד ראו גיליון האינטרנט של ידיעות אחרונות, כתבה מיום 10.6.03 "בלגיה: בית משפט אישר תביעה נגד עמוס ירון". עוד לעניין זה ראו באתר האינטרנט של עיתון גלובס מיום 10.6.03 "בימ"ש בלגי: יש לנו סמכות להעמיד לדין את האלוף במילואים עמוס ירון באשמת ביצוע פשעים נגד האנושות". וגם: א' אייכנר, ט' צימוקי, ב' בימוט "משבר עם בלגיה: בית המשפט העליון בבלגיה קבע אפשר להעמיד לדין את המעורבים בסברא ושתילא. ההחלטה: הבלגים יכולים לשפוט ישראלים גם אם ההאשמות אינן קשורות לבלגיה. המשמעות: אי אפשר לשפוט כעת את שרון אולם כשיסיים את תפקידו ניתן יהיה להעמידו לדין" ידיעות אחרונות 13.2.2003.

לדעת הערכאה הנמוכה לא התקיימה זיקה מספקת בין בלגיה לבין מרכיבי האירוע: מקום התרחשותו, מרכז חיי הנתבעים או התובעים ואזרחות המעורבים בפרשה.⁴ העיתונות היומית בישראל התייחסה לפסיקת בית המשפט לערעורים בהרחבה רבה, בשלל פרשנויות ופרסומי מערכת שהתמקדו בנושא.⁵ מהדורות החדשות בטלוויזיה ותכניות האקטואליה הקדישו לפרשה זמן איכות; אתרי האינטרנט השונים לא נשארו מאחור, והשתתפותם הפעילה של הגולשים המחישה את החשיבות הרבה שיוחסה לפסק הדין.⁶ נדמה היה, לפי התגובות השונות, כי בהכפיפה את שרון ואת בכירי צה"ל לחוק הבלגי, האוסר פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, עשתה בלגיה יד אחת עם אויבי ישראל השוקדים לכלותה. ניתן לשער כי מן המשפטנים לא נעלמה האירוניה: הנה מיושם הדין הבינלאומי, האוסר על ביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, דווקא כנגד אותה המדינה שהוקמה על שרידי כישלוננו של הדין הבינלאומי למנוע פשעים כנגד האנושות. הנה מופעלת הסמכות האוניברסלית המופקדת בידי בתי משפט מדינתיים כחלק ממנגנון האכיפה של הדין הבינלאומי דווקא כנגד המדינה שהייתה מחלוצות השימוש בסמכות שיפוט אוניברסלית כנגד מבצעי פשעים נגד האנושות.⁷ הנה מבקשת מדינה אחת לשפוט אזרחי מדינה אחרת

⁴ החלטה זו של בית המשפט הבלגי ניתנה ביום 26 ביוני 2002, ובוססה על נימוק של היעדר זיקה, בהתאם לסעיף 12 לחוק הפרוצדורה המשפטית הבלגית, לפיו לא ניתן להעמיד לדין אדם על עבירה פלילית, או לפתוח נגדו הליכים משפטיים, אם הלה אינו נמצא על אדמת בלגיה. יושם אל לב, כי קביעה זו ממקמת את החוק הפרוצדורלי המדינתי מעל לחוק המסמיך את בלגיה לשפוט אוניברסלית ולהעמיד לדין אזרח של כל מדינה בגין עבירות נגד האנושות, פשעי מלחמה ופגיעה בזכויות אדם. ראו: י' מלמן "ביהמ"ש בבלגיה: שרון לא יועמד לדין על סברה ושתילה" הארץ 27.6.2002. ראו גם: ב' ביסמוט וא' אייכר "בלגיה סוף ל'תיק שרון" ידיעות אחרונות 27.6.2002.

⁵ כך, לדוגמא, הקדיש עיתון הארץ מקום נכבד בשלושת עמודיו הראשונים לפסיקה, ובכלל זה דיווח בעמוד הראשון ובמאמר מערכת. ראו לדוגמא: ש' שדה "ביהמ"ש הבלגי התיר לשפוט שרון בעתיד על פשעי מלחמה" הארץ 13.2.2003; א' בן, ע' ברקת וא' ברזילי "שגריר ישראל בבלגיה נקרא ל'התייעצויות' בי-ם" הארץ 13.2.2003; ש' שדה, י' מלמן וא' בן "הערכה: רשימת הנתבעים בבלגיה תגדל" הארץ 14.2.2003.

⁶ ראו לדוגמא: פרשנותו של ד"ר אייל גרוס- כמו גם את תגובות הקוראים- בעניין החלטת בית המשפט הבלגי מיום 13.2.03 "פרשנות: ספק אם הבלגים ימצו את ההליכים המשפטיים", באתר האינטרנט: <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2432833,00.html>. כן ראו עיסוק כללי בשלבי התביעה, באתר: <http://www.indictsharon.net>.

⁷ ראו: ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן פ"מ מזה תשכ"ה 3. וכן, ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד טו 2033. משפט אייכמן קבע תקדים המאשר את סמכותו של בית משפט לאומי רגיל לשפוט בגין פשעים נגד האנושות שבוצעו מחוץ לשטח הטריטוריאלי של המדינה על-ידי זרים כלפי אנשים שבאותה עת לא היו אזרחי המדינה. יצוין כי המחוקק הישראלי העניק לבתי המשפט סמכות שיפוט מיוחדת לגבי פשעים שבוצעו נגד העם היהודי גם טרם הקמת המדינה וללא קשר למקום ביצוע העברות (ראו: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם, תשי"ב-1950, ס"ח 57, 281). אולם, בית המשפט בחר להתייחס בפסיקתו לסמכות השיפוט האוניברסאלית, שאינה מוגבלת לחוק

במצב בו אזרחים אלו נחשפים באופן תדיר להפרות של דיני המלחמה בדמות מעשי טרור.

תגובתה הרשמית של מדינת ישראל לא אחרה לבוא. שגריר ישראל בבלגיה נקרא ארצה להתייעצויות⁸. שגריר בלגיה בישראל זומן לפגישה על ידי שר החוץ דאז, מר בנימין נתניהו, אשר הביע מחאה חריפה בלשון המתובלת במושגים המשתייכים לתקופות בהן נרדף העם היהודי באירופה⁹. נשיא המדינה, מר משה קצב, שלח אגרת רשמית למלך הבלגי בה כתב כי לבלגיה אין כל זכות מוסרית לשפוט את פעולותיה הצבאיות של מדינת ישראל¹⁰. החרה-החזיק אחריו זוכה פרס הנובל לשלום, מר שמעון פרס, איש מפלגת העבודה, שתמה מניין לבלגיה הזכות להעלות עצמה למעמד בו היא שופטת אומות אחרות¹¹. ישראלים רבים החלו מגלים עניין רב בפעילות בלגיה באפריקה הקולוניאלית, למן המאה התשע-עשרה וכלה בשנות השישים של המאה העשרים¹². בינות לרעש ולהמולה הדהדו גם דברי היועץ המשפטי לממשלה, אשר קבע כי החלטת בית המשפט לערעורים - שדחתה, כאמור, את עמדת רשויות התביעה הבלגיות והעדיפה את עמדת התובעים הפרטיים - הינה "החלטה פוליטית", המושפעת מעמדת בלגיה ביחס למצב הנוכחי במזרח התיכון¹³.

זה. לטענת בית המשפט הפשע שבוצע נגד העם היהודי שקול לפשע השמדת עם, האסור על-פי האמנה בדבר מניעתו של פשע השמדת עם, ולפיכך מחויבת ישראל (ככל המדינות החתומות) לשפוט את האשמים בפשע מסוג זה. ישראל אכן עיגנה את הסמכות האמורה בסעיף 16 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, ס"ח 864. לדיון מעמיק יותר במשפט אייכמן ובסוגיית הסמכות האוניברסלית הקשורה במשפט זה ראו: ל. בילסקי "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניברסלית - על שינוי היחס למדינת-הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי" עיוני משפט כז(2) (נובמבר 2003) 655. עוד ראו: ר' לפידות, ד' וייץ, "סמכות השיפוט האוניברסלית בישראל" המשפט 15 (פברואר 2003) 50 (להלן: לפידות וויץ); ח' ארנדט אייכמן בירושלים- דו"ח על הבנאליות של הרוע (א' אוריאל תרגם, תש"ס).

⁸ א' בן, ע' ברקת, ד' סובלמן וא' ברזילי "שגריר ישראל בבלגיה נקרא ל"התייעצויות" בי-ם" הארץ 13.2.2003.

⁹ א' בן, ע' ברקת, ד' סובלמן וא' ברזילי "ביהמ"ש הבלגי התיר לשפוט שרון בעתיד על פשעי מלחמה" הארץ 13.2.2003.

¹⁰ ראו: ש' שדה "בלגיה תשנה החוק: משפט רק על פשעים הקשורים למדינה" הארץ 23.6.2003. עוד ראו באתר האינטרנט הרשמי של נשיא המדינה: www.president.gov.il, אגרת ששלח נשיא המדינה למלך בלגיה ב-13.2.2003.

¹¹ א' בן, ע' ברקת, ד' סובלמן וא' ברזילי, לעיל, הערה 8.

¹² ראו, לדוגמא: ס' הנדלר "הצד האפל" מעריב (מוסף "מעריב היום") 16.2.2003.

¹³ עוד לדברי היועץ המשפטי, בלגיה נטלה לעצמה את אצטלת הצדק, וכי התפתחות מגמה שכזו מהווה "סיכון לאנשים מכל מדינה דמוקרטית הנאבקת על הגנתה". לתגובת היועץ המשפטי לממשלה בעניין החלטת בית המשפט הבלגי ראו באתר משרד המשפטים (16.2.03):

<http://www.justice.gov.il/news/belgium.asp>.

דווח כי שר החוץ הבלגי דחה דברים אלו, באומרו כי אינו מבין מדוע גורמים ישראלים מגיבים בעוצמה שכזו כנגד החלטה שיפוטית, אליה הגיע בית משפט עצמאי וא-פוליטי, בהתבססו על פרשנות משפטית לחוק הבלגי¹⁴.

נקודה זו היוותה אחד משיאי ההליך שהתנהל כנגד ראש הממשלה שרון וכנגד אחרים בבית המשפט הבלגי בבריסל. השאלה המרכזית שעורר ההליך - אשר בה התמקדו גם התגובות - עסקה בסמכות השיפוט האוניברסלית שהוקנתה בחוק הבלגי לבתי המשפט הבלגיים לשפוט פשעי מלחמה ופשעים כנגד האנושות. סמכות אוניברסלית זו חולשת על מקרים בהם המבצעים ו/או הקורבנות אינם תושבי מדינת הפורום או אזרחיה, המעשים לא בוצעו על אדמת מדינת הפורום, ואין בין המעשה ובין האינטרסים הייחודיים של מדינת הפורום כל זיקה, למעט העובדה שמדובר בפשע מלחמה או בפשע נגד האנושות, כמקרים ספציפיים של מעשים אשר המין האנושי באשר הוא נפגע מביצועם.

האמנם הענקת סמכות שיפוט אוניברסלית לבתי משפט מדינתיים הינה מהלך שיש להתנגד לו? האם תשתנה התשובה לשאלה זו, לאור הקמתו של בית-הדין הבינלאומי הפלילי (ICC) בהאג? האם קיומו של בית המשפט הבינלאומי הפלילי מייטר, הלכה למעשה, את הפעלת סמכות השיפוט בתחום המדינה? או שמא הפוכים הם פני הדברים, והפעלת סמכות השיפוט בתחומיהן של מדינות היא-היא המייתרת את קיומה של ערכאת שיפוט בינלאומית פלילית? רשימה זו תעסוק בהצדקות השונות לסמכות השיפוט האוניברסלית ותנסה לשרטט תנאים, אשר בהתקיימם הענקת סמכות אוניברסלית והפעלתה על-ידי בתי משפט מדינתיים תהיה מוצדקת. כמו כן תמקם רשימה זו את הסמכות האוניברסלית הנדונה ביחס לסמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, לו הכח המשפטי, בהתקיים תנאים

לביקורת נוספת של משפטים ראו: ר. גביון "בלגיה לוחמת בזכויות האדם: תביעה נגד שרון אינה סגירת חשבון היסטורי אלא צעד במאבק המתנהל כיום בין ישראל ופלסטין" ידיעות אחרונות 17.02.2003. ראו גם: ז. סגל "חוק השיפוט האוניברסלי- יומרני ומעורר ספקות על מידת חוקיותו" הארץ 14.02.2003.

¹⁴ ש' שדה, י' מלמן וא' בן "הערכה: רשימת הנתבעים בבלגיה תגדל" הארץ 14.2.2003. באשר לתגובות ישראל על החלטת בית המשפט מיום 13 בפברואר 2003 ראו: א' אייכנר וב' ביסמוט "ממשלת בלגיה מאחורי הפטיקה נגד ישראל" ידיעות אחרונות 16.2.2003.

המוגדרים ב"אמנת רומא" (אשר הקימה בית דין זה), לשפוט אזרחים אשר ביצעו עבירות כנגד פשעים המנויים באמנה.

סמכות שיפוט אוניברסלית: רקע

ההליך שהתנהל בבלגיה לא צנח לפתחו של בית המשפט משום מקום. הישענותה של בלגיה על סמכות השיפוט האוניברסלית הינה תוצר של תהליך רב שנים, בעל שורשים במשפט הבינלאומי העתיק. תהליך זה זכה להכרה מחודשת בעקבות לקחי מלחמת העולם השנייה¹⁵. הסרת החסמים הפוליטיים שהובנו אל תוך מאזן הכוחות שעמד בבסיס המלחמה הקרה איפשרה לתהליך זה להגיע לכדי הבשלה בעולם המעשה¹⁶. על מנת לדון בעלייתה (ונפילתה?) של סמכות השיפוט האוניברסלית בבתי משפט מדינתיים, עלינו להבין תחילה את הנחות היסוד החולשות על סוגיה זו.

נקודת המוצא לדיון בסמכות המשפטית הפוליטית היא הטריטוריה. הסמכות המשפטית, מעצם טבעה וטיבה, הינה תלויה גבול; אין לה קיום מושגי נעדר מרחבי. בהתאם לגישה זו, לא ניתן לנתק את מושג הריבונות ממושג השטח וגבולותיו, דהינו ממושג הטריטוריה¹⁸. מבחינה משפטית, דינים מסוימים חלים בשטח מוגדר, הכפוף לריבונות קיימת (שאף היא מוגדרת ביחס לטריטוריה מסוימת). כך, בתי המשפט המשמשים כאורגנים של ריבון מסוים הינם בעלי כח משפטי ביחס לשטח המצוי

¹⁵ לדיון בסמכות השיפוט האוניברסלית ושלבי התפתחותה ראו: D. Arnaut "When In Rome...? The International Criminal Court and Avenues for US Participation" 43 *Va. J. Int'l L.* (2003) 525, 532-536. (להלן: "Arnaut"). עוד ראו: ר' סייבל "הציניות של הבלגים" הארץ 19.2.2003.

¹⁶ כל עוד נשמר מאזן האימה הבין-גושי בין הדמוקרטיה המערבית ובין המדינות הקומוניסטיות, קשה היה לחשוב על הענקת סמכות שיפוט אוניברסלית נרחבת למדינות (או לאורגנים בינלאומיים, לצורך העניין). מדינות המשויות לגוש זה או אחר נעדרו לגיטימציה לשפוט אזרחיהן של מדינות המשויות לגוש האחר, ומכיוון שהמדינות הבלתי מזהות היו למעשה גוש עצמאי, נעדרו אף הן לגיטימציה בקשר לאזרחי מדינות הגושים האחרים. בכך הוקפאה למעשה האפשרות לתרגם את תובנות מלחמת העולם השנייה לעולם המעשה.

¹⁷ Infoplease dictionary, Jurisdiction, at: <http://infoplease.com/ipd/A0502550.html>

¹⁸ לדיון נוסף בעניין ריבונות והגדרה עצמית, ראו: H. Steiner & P. Alston *International Human Rights in Context: Law, Politics, Text and Materials* (Oxford University Press, 2nd ed., 2000) 1248. M. Koskeniemi "National Self Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice" 43 *Int.&Comp. L.Q.* (1994) 241, 245.

בסמכות השיפוט של הריבון. כפועל יוצא, פרטים - אזרחים, תושבים, מבקרים ארעיים וכיוצא באלה יחידות בעלות אישיות משפטית - כפופים לכוחם המשפטי של בתי המשפט ביחס לאירועים שאירעו בשטח שלגביו אותם בתי המשפט מוסמכים. בדרך כלל נדרש כי הפרטים ישהו בשטח הנדון לא רק בעת ביצוע המעשה לגביו נסוב הדיון המשפטי - דרישה המקימה את הסמכות המהותית - אלא גם בשלב הדיון המשפטי. זוהי דרישת הסמכות האישית-דיונית, הקרויה גם סמכות in personam.

דרישת הסמכות האישית-דיונית, על-פיה על בעל הדין להימצא (אישית או באמצעות בא כח) במדינת הפורום עלולה לעורר בעיה: ומה אם הנאשם נמלט לשטח של ריבון אחר? הכרה בסמכות הזרוע השיפוטית של ריבון א' לשפוט נתינים של ריבון ב', גם כאשר הם מצויים בשטח ריבון ב' (קרי, בשטח מדינתם-הם), משמעה פגיעה עקרונית בריבונותו של ב'. ואכן, עם התגבשות רעיון המדינה הריבונית באירופה מצא המשפט הבינלאומי לנכון לספק פתרון לקושי זה באמצעות הטלת חובה לשפוט חשוד במדינה בה הוא מצוי, או להסגירו למדינה בה בוצע הפשע (aut dedere au aut judicare)¹⁹. ומה אם לא הוסגר? במצב זה ניתן להפעיל סמכות שיפוט חוץ-טריטוריאלית: בית המשפט, שבשטח סמכותו בוצע הפשע, יוכל, במקרים מסוימים, להפעיל סמכותו כלפי אדם שכבר אינו מצוי בשטח סמכותו ולנהל הליך משפטי גם בהעדרו של הנאשם²⁰.

¹⁹ כך, למשל, קיימת החובה להעמיד לדין חשודים בביצוע הפרות חמורות מסוימות של אמנות זינבה משנת 1949. ראו: ר' לפידות וייץ, לעיל, הערה 7. ראו גם: M. Hans "Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish this Goal?" *Transnat'l Law*. (2002) 357, 361. (להלן: M. Hans). לדין נוסף בנושא aut dedere aut judicare ראו: M.A. Summers "The International Court of Justice's Decision In Congo v. Belgium: How Has It Affected The Development Of A Principle of Universal Jurisdiction That Would Obligate All States To Prosecute War Criminals?" 21 *B.U. Int'l L.J.* (spring 2003) 63, 76. (להלן: "Summers").

²⁰ לעניין עקרון הטריטוריאליות במשפט הבינלאומי וסמכות שיפוט חוץ-טריטוריאלית, ראו: י' דינשטיין *אמנות בינלאומיות* (1974) 157 (להלן: דינשטיין); P. Malanczuk *Akehurst's Modern introduction to International Law* (London, 7th ed 1997) 110. (להלן: "Akehurst"); *The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 at 20 (Sept 7)

באשר לבתי משפט שאין בידם סמכות טריטוריאלית, הנובעת ממקום ביצוע העבירה - כאן מכיר המשפט הבינלאומי בסוגי סמכות נוספים, בנוסף לזו הטריטוריאלית הפשוטה. כך, לדוגמא, מוכרת סמכות פרסונאלית-הגנתית (פרוטקטיבית), על-פיה מוסמך בית משפט של מדינה מסויימת לדון באירוע שבו נפגעו אזרחי המדינה אף אם האירוע ארע בשטח שלגביו אין לבית המשפט המדינתי סמכות טריטוריאלית. זיקה זו נשענת גם היא על אספקט של מושג הריבונות. הכיצד? אין לך ריבון ללא נתינים, כפי שאין לך ריבון ללא שטח. כשם שתפקיד הריבון להגן על חוקיו בשטחו-הוא, כן תפקידו להגן על זכויותיהם הבסיסיות של נתיניו בעת שאלה האחרונים מצויים מחוץ לשטחו.

המשפט הבינלאומי מכיר גם בסמכות פרסונאלית אקטיבית, לפיה בתי המשפט של ריבון מסוים מוסמכים לדון במקרים בהם אזרחי מדינת הפורום ביצעו מעשה, כולו או חלקו, במדינה אחרת, כאשר מבחינת הדין המהותי של מדינת הפורום מעשה זה מהווה עבירה גם אם התבצע מחוץ לשטח המדינה. זיקה זו נגזרת מחובת הריבון לא רק להגן על אזרחיו אלא גם להיות אחראי על העמדתם לדין, היה וסררו, גם אם ביצעו עבירתם - כולה או מקצתה - מחוץ לשטח המדינה. כך יכול כל ריבון לקבוע, ביחס לאזרחיו וביחס אליהם בלבד, דינים החלים גם מחוץ לשטח המדינה, ובכלל זה בכוחו של הריבון להסמיך את בתי המשפט המדינתיים לשפוט הפרתם של דינים אלו.

לבסוף, מכיר המשפט הבינלאומי בסמכות שיפוט גם ביחס לאירועים, שעל אף שאינם מקיימים זיקות סמכות אחרות, הינם בעלי השלכה ישירה על אינטרסים חיוניים של מדינה מסוימת. כאן מושא ההתייחסות הוא המדינה כגוף, אגב הרחבת רעיון הסמכות ההגנתית מעבר לפגיעה באזרחי המדינה באופן ישיר²¹. לפיכך, כאשר נפגעים אינטרסים המוכרים כחיוניים למדינה מסוימת - אינטרסים המיוחדים למדינה (או מספר מדינות) במובחן מיתר אומות העולם - זכותה של המדינה הנפגעת להסמיך את בתי המשפט שלה על מנת לשפוט את הפוגעים באינטרסים אלו ללא הצדק בדין.

²¹ ערך בנושא סוגים שונים של סמכויות השיפוט ראו: Black's Law Dictionary (7th ed. 1999) 855; וכן Akehursts, לעיל, הערה 20, בעמ' 109. יצוין כי ניהול המשפט בהעדר הנאשם עלול להטיל צל על תקינות ההליך וזכויות הנאשם.

והנה, יושב בית המשפט בבלגיה ודן במקרה שאיננו מקיים זיקת סמכות מהותית מן הזיקות שפורטו לעיל, אלא נשען על סמכות שיפוט אוניברסלית. מהי תשתיתה של סמכות זו?

ההצדקה הקלאסית לסמכות האוניברסלית איננה פוזיטיבית טהורה, אלא כוללת מרכיב "טבעי". הנרטיב פשוט: משפט העמים מבוסס על מספר יסודות - ערכים, עקרונות, זכויות וכיוצא באלה - בין שחוקקו על ידי ריבון מסוים ובין אם לאו. המפר יסודות אלו - יחיד או מדינה - פוגע בקהיליית המין האנושי, באשר היא. על-פי תפישה "טבעית" זו, פגיעה בעצם הסדר הבינלאומי, כדוגמת ביצוע פשעים חמורים ביותר, מהווה מעשה שהינו פסול כשלעצמו (mala per se)²². ביצוע מעשה שכזה אינו מהווה אך פגיעה בחוקי ריבון מדינתי מסוים, אשר כוחו מצומצם לשטח מוגדר. כך, למשל, המשמיד עם איננו עובר רק על דיניה הפוזיטיביים של מדינה זו או אחרת, כי אם חותר תחת אושיות המסד עליו מושתתת קהילת העמים בכללותה, יסודות הנגזרים ממערכת ערכית "טבעית". במצב עניינים זה מחובתה של כל מדינה - כחלק ממשפחת האומות - שלא להחשות לנוכח ביצוע פשעים מסוג זה²³. אי לכך, שומה על כל המדינות והארגונים הבינלאומיים החברים בקהיליה האנושית לפעול-יחד ולחוד- כנגד מדינות, ארגונים או אנשים המקעקעים במעשיהם את עצם קיום הקהיליה, בתור שכזו²⁴. עם זאת, ניתן לחשוב גם על הצדקה פוזיטיביסטית לסמכות האוניברסלית, לפיה בנוסף לריבון מדינתי יש להכיר גם בריבון על-מדינתי, ובכלל זה ניתן להכיר במין האנושי בכללותו כריבון מסוג מסוים. אם אמנם מקבלים אנו הגדרה זו למושג הריבונות הפוזיטיבי, הרי שהאנושות מוסמכת, באמצעות מוסדות מסוימים, להגדיר מעשים מסוימים כמהווים פשע כנגד האנושות באשר היא. קביעת

²² במסמך שנוסח על ידי מלומדים בנושא סמכות שיפוט בינלאומית (להלן: "עקרונות פרינסטון") מוגדרת זו האחרונה כסמכות שיפוט המבוססת אך ורק על טבע הפשע (jurisdiction based solely on the nature of the crime). ראו: Principle 1(1), Princeton Principles on Universal Jurisdiction, (2001), Princeton University Program in Law and Public Affairs.

²³ רוצה לומר, גם כאשר לא קיימת אף אחת מן הזיקות הדרושות בין הפשע שבוצע לבין המדינה השופטת, ואולם מדובר בפשע המנוגד למשפט הבינלאומי והפוגע בערכים הבסיסיים המשותפים לקהילת המדינות, תיקרא סמכות השיפוט "סמכות אוניברסלית". ראו: לפידות ווייץ, לעיל הערה 7, שם.

²⁴ הענקת סמכות השיפוט הבינלאומית נתפסת, במקרים שכאלה, כחלק מן האינטרס הבינלאומי. ראו: M. Hans, לעיל הערה 19, בעמ' 360.

הכללים שהפרתם מהווה פשע בינלאומי מחייבת קביעה כי הפרת הכללים הללו תגרוור סנקציה משפטית, ומכאן מתחייבת הקביעה כי יהיה בנמצא אורגן המוסמך לשפוט בגין עבירות אלו.

מהם האמצעים העומדים לרשות קהיליית האומות לשם אכיפת סדר זה? ראשית, יכולה הקהילה, באמצעות מוסדותיה ובהתאם לכללים החולשים על השימוש בכח צבאי, ללחום באלו המפרים איסורים מסוימים. לחימה זו אפשר שתבצע תחת ארגון האומות המאוחדות, או על-ידי מדינה מותקפת. אך השימוש בכח צבאי אינו האמצעי היחיד. מכיוון שרשויות המשפט הינן רשויות ריבוניות השוות במעמדן לרשויות הצבאיות, הרי שגם על רשויות המשפט מוטלת החובה שלא לעמוד מנגד, כאשר מתבצעים מעשים הפוגעים במארג עליו נשען דין העמים, כגון פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה חריגים. אם המשפט קובע כי מעשה מסוים אסור, יהיה זה אנומלי אם רשויות המשפט תהינה מנועות מלפעול כנגד מעשה זה, ותאלצנה להותיר את הטיפול בו לרשויות הצבא, להן מתיר המשפט הבינלאומי לפעול. לכאורה, השימוש בכח צריך שיהא האמצעי האחרון, לאור הפגיעה המסתברת בעקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי, ובהם זכויות אדם בינלאומיות, הכרוכה בשימוש בכח. נדמה כי יש להעדיף הפניה לערוצים המשפטיים בטרם שנפנה לשימוש בכח. מכאן, אל למשפט הבינלאומי, בבואו להתמודד עם סוג פשעים כזה, 'להסתפק' בהתרת השימוש בכח מדינתי או בינלאומי במסגרת מלחמת המגן כנגד מבצעי הפשעים. על גופי המשפט להשתלב במאבק כנגד פגיעה בערכים שבבסיס קיומה של הקהילה האנושית, הן משום שהשתלבות זו תועיל למאבק, והן משום שהיא מתבקשת רעיונית.

אם אמנם עבירות מסוימות פוגעות במין האנושי באשר הוא, נמצאת כל מדינה ומדינה תחת החובה להגן כנגד הפרת כללים אלו. כך, מוצא עצמו המשפט הבינלאומי כשהוא עוסק לא רק בנורמות המחייבות מדינות ביחסייהן כלפי מדינות אחרות, אלא גם בכוחותיה וחובותיה של כל מדינה ומדינה במסגרת המאבק כנגד המפרים כללי יסוד מסוימים - יהיו המפרים מדינות או פרטים. מכאן, קצרה הדרך להענקת סמכות שיפוט לגופים השיפוטיים - הן לבית המשפט הפלילי הבינלאומי והן לבתי המדינתיים - בקשר למעשים המפרים עקרונות יסוד אלו. על-פניו נראה שאם

קיימת למדינות זכות להגנה עצמית²⁵, ואם המשפט הבינלאומי מכיר במעשים מסוימים כמפרים את הסדר האנושי באשר הוא ובכך פוגעים בשלומן של כל המדינות כולן, הרי שקיים לכל מדינה ומדינה הכח המשפטי לשפוט את המפרים, גם אם מעשיהם אינם מקימים זיקות סמכות אחרות למדינה השופטת.

כאמור, סמכות השיפוט האוניברסלית נשענת הן על תפיסה "טבעית" של המשפט הבינלאומי והן על תפיסה פוזיטיביסטית אפשרית. בהתאם, ניתן לראות בכללי היסוד הנזכרים לעיל חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי - כביטוי לעקרונות "טבעיים" - לפיכך אפשרית קליטתם באופן ישיר אל תוך דיני המדינות השונות, ובכלל זה קליטתה של סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס להפרות כללים אלו. לחילופין, ניתן לראות בכללי יסוד אשר הפרתם מקימה סמכות שיפוט אוניברסלית כביטוי לריבונות פוזיטיביסטית של המין האנושי הבאה לידי ביטוי באמנות הסכמיות שונות. על פי תפיסה פוזיטיביסטית זו, קליטתן של אמנות הסכמיות אלו אכן מסורה לפרלמנטים השונים, בין משום שכך מצאו הם לנכון ובין משום שכך דורשת האמנה²⁶.

ברם, התיאור שנפרש לעיל אינו נקי מקשיים. קיים פער רעיוני ומעשי בין קליטת הדין המהותי ובין הקניית סמכות שיפוט, שכן ניתן לקלוט את הדין המהותי, האוסר ביצוע פשעים מסוימים, תוך קביעה שהסמכות לשפוט בגין פשעים אלו נתונה לאותם אורגנים המקימים זיקת סמכות מוכרת. באותו האופן, קיים פער בין קליטת המשפט המנהגי המהותי, התופש כלפי כולי עלמא (למעט מצבים בהם הביעה מדינה התנגדות עקבית וברורה) ובין קליטת סעיפי אמנה, התופשים, מעצם ההגדרה, רק כלפי אותן מדינות אשר אישרו את האמנה באופן פוזיטיבי²⁷. נדמה כי "החוליה החסרה", המקשרת בין ההתפתחויות שתוארו לעיל ובין המגמה המרחיבה סמכות

²⁵ סעיף 51 למגילת האו"ם, מגילת האו"ם וחוקת בית הדין הבינלאומי (ניו-יורק: האומות המאוחדות, 1970).

²⁶ הסטטוס של אמנות בינלאומיות במערכות המשפט השונות מגוון ומשתנה ממדינה למדינה. כך, לדוגמא, ייתכן שבמדינות שבהן נדרשת חקיקה פרלמנטרית לשם אימוץ האמנה (מדינות דואליסטיות), תיקלטה הוראותיה בשלב מאוחר יותר מאשר במדינה, המהווה אף היא צד לאותה אמנה, אולם השיטה הנוהגת בה הינה מוניסטית. לדיון נוסף בנושא קליטת אמנות אל תוך המשפט המדינתי, ראו: Akehurst, לעיל הערה 20, בעמ' 63. עוד בנושא זה, וכן באשר לפרקטיקה המקובלת לקליטת כללי המשפט הבינלאומי בישראל: דינשטיין, לעיל הערה 20, בעמ' 128; בג"צ 785/87, 27/88 עפ"נ; מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מ"ב(2) 4; ראו גם: לפידות ווייץ, לעיל הערה 7, שם.

²⁷ ראו דינשטיין, לעיל הערה 20, בעמ' 46.

שיפוט אוניברסלית, הינה התודעה השיפוטית המתגבשת בקרב חלק מהעוסקים בתחום - מלומדים, שופטים, פוליטיקאים ופעילי זכויות האדם - בדבר אחריות השופטים באשר הם לשמירת מרכיבי היסוד עליהם מושתת מערך הזכויות והחובות הבינלאומי. על פי תפישה זו, שמסתכנים אנו בהשערה כי היא הולכת ורווחת, על כל בית משפט - אם מכח התפתחות המשפט המנהגי המהותי ואם על-דרך קליטת אמנות - מוטלת החובה להושיט יד כנגד המבצעים פשעים חמורים המסכנים את קיום הקהילייה הבינלאומית²⁸.

השלב האחרון, לעת עתה, בנרטיב שתואר לעיל, המתאר את התממשותה של סמכות שיפוט החוצה גבולות מדינתיים, אינו קשור ישירות לסמכות שיפוט אוניברסלית מדינתית, אך לא ניתן להתעלם מחשיבותו. עם הקמת בית המשפט הפלילי הבינלאומי (ICC), אשר מקום מושבו בהאג, קיים אורגן בינלאומי המוסמך לשפוט יחידים בגין ביצוע עבירות המנויות באמנה המכוננת אותו²⁹. לאורגן זה סמכות שיפוט כלפי אורחי מדינות שחתמו על האמנה (ובתנאים מסוימים אף כלפי אלו שלא חתמו עליה)³⁰. שאלה היא, לפיכך, באיזו מידה ניתן לראות בסמכות השיפוט של בית דין זה כסמכות שיפוט "אוניברסלית". סביר שעניין זה יתבהר בהמשך, עת יידרש בית הדין לסמכותו.

מגמה זו, שתוארה לעיל בקווים כלליים, לא נולדה כמקשה אחת, מעשה מוכני. בתהליך התפתחותה ניתן לסמן מספר אבני דרך, החל מתום מלחמת העולם השנייה,

²⁸ לתיאור ראה: A. Reichman "When We Sit to Judge We Are Being Judged: The Israeli GSS Case, Ex-Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation" 9 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2001) 41. (להלן: "רייכמן").

²⁹ להלן: "אמנת רומא". זו נכנסה לתוקף ביום 1 ביולי 2002. ראו: Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reprinted in 37 I.L.M 999 (1998).

ראו גם: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/Bible.asp> - part I A. Sammons "The "Under Terorization" of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts" *Berkeley J. Int'l L.* (2003), 111. (להלן: "Sammons").

³⁰ מועצת הביטחון מוסמכת להעביר לבית הדין דיון בנושא מסוים גם כלפי אורחי מדינות שלא חתמו על האמנה. על סמכות השיפוט של ה-ICC ראו: ש' מטיאס ומ' שרון "בית הדין הפלילי בין לאומי" המשפט 15 (פברואר 2003) 14, 19 (להלן: "מטיאס ושרון").

עת הובהר כי העדר מנגנוני בקרה משפטיים עלול להוביל לפגיעות חמורות בזכויות אדם בסיסיות ובעקרונות היסוד המארגנים את הסדר העולמי. בין הבולטות שבאבני הדרך ניתן לציין את הקמת בתי הדין בנירנברג ובטוקיו, אשר העמידו לדין יחידים על מעשיהם במלחמת העולם השנייה³¹; הקמת בית הדין הבינלאומי בהאג (ICJ) העוסק בתביעות בגין הפרת המשפט הבינלאומי הפומבי³²; הקמת בית המשפט האירופי לזכויות האדם³³ ובית המשפט האמריקני לזכויות אדם³⁴; פיתוח אמנות ופרוטוקולים, המפרטים את העקרונות הכלליים שביסוד קיום קהיליית העמים לכדי זכויות וכללים מוגדרים, ובכך יוצרים אגד נורמות משפטיות בנות אכיפה³⁵; הקמת בתי דין לפשעים

³¹ בית הדין הצבאי בנירנברג (IMT) הוסמך לדין בפשעי הנאצים ובעלי בריתם בלבד, Charter of the International Military Tribunal (IMT) in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8 Aug. 1945, 82 U.N.T.S.280

³² חוקת בית הדין מהווה חלק ממגילת האו"ם. התנאי לדין בבית הדין הוא הסכמת המדינות הקשורות לסכסוך לסמכות השיפוט של בית הדין, על פי סעיף 2)36 לחוקת בית הדין.

³³ European Court of Human Rights הוקם על פי סעיף 19 לאמנה בדבר זכויות האדם של מועצת אירופה 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 UNTS 222. בית משפט זה מיועד לפרטים וגם למדינות.

³⁴ Inter-American Court of Human Rights בית משפט זה הוא בעל סמכות שיפוטית רק בהסכמת המדינות הנוגעות בדבר. גם פרטים וארגונים רשאים לפנות אליו.

³⁵ דוגמאות בולטות לאמנות מסוג זה הינן אמנת רומא, Rome Statute of the International Criminal Court 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reprinted in 37 I.L.M 99 (1998). ארבע אמנות זינבה: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31 [hereinafter First Geneva Convention]; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 6 U.S.T. 3217, 74 U.N.T.S. 85 [hereinafter Second Geneva Convention]; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 74 U.N.T.S. 135 [hereinafter Third Geneva Convention]; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 [hereinafter Fourth Geneva Convention]. Protocol Additional to the Geneva Conventions of Aug. 12, 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), U.N. GAOR, 32nd Sess., Annex 1, at 10, U.N. Doc. A/32/144 (1977) [hereinafter Protocol I]; Protocol II Additional to the Geneva Conventions of Aug. 12, 1949, opened for signature Dec. 12, 1977, 1125 U.N.T.S 609 [hereinafter, collectively, 1949 Geneva Conventions].

שבוצעו ביוגוסלביה וברואנדה³⁶; וכאמור- הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, ה-ICC³⁷.

במקביל להקמת האורגנים השיפוטיים השונים וקבלת האמנות השונות - ביניהן הוראות בדבר הקניית סמכות שיפוט אוניברסלית³⁸ - החלו בתי המשפט השונים, המדינתיים והבינלאומיים, לדון בסוגיות סמכות ותוכן, ובכך תרמו לפיתוח המשפט הבינלאומי והמדינתי כאחת. בהקשר זה, מן הראוי להתעכב בקצרה על ארבעה פסקי דין מרכזיים. פסקי דין אלה, מן העשור האחרון³⁹, מהווים בסיס לפיתוח הסמכות

³⁶ בית הדין לפשעי מלחמה ברואנדה (ICTR) הוקם לדון בפשעים שבוצעו במהלך שנת 1994 בשטחה של רואנדה ועל ידי רואנדים במדינות השכנות לרואנדה: Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 Jan.1994 and 31 Dec.1994, S.C Res.955, 8 Nov. 1994, U.N Doc. S/RES/955(1994),33I.L.M 1598 (1994). בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה (ICTY) הוסמך לדון בפשעים שבוצעו בשטחה של יוגוסלביה לשעבר משנת 1991 ואילך. יודגש, כי במקרה זה אין הגבלה טמפורלית על סמכותו של בית הדין, וביכולתו להמשיך ולקבל תיקים חדשים הנוגעים לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו: Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991, S.C Res.827,25 May 1993,U.N Doc. S/RES/827 (1993), 32 I.L.M (1993) 1203. מידע נוסף על בתי הדין הללו מצוי באתרים: <http://www.icty.org>; <http://www.ictor.org>

³⁷ להרחבה בנוגע ל-ICC ראו: Arnaut, לעיל הערה 15; נייר רקע לוועדת חוקה, חוק ומשפט בעניין ה-ICC (7 ביוני 2002, הוכן על ידי דן להב), באתר הבית של הכנסת ה-16: <http://www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00151&type=pdf>. ראו גם א. בייקר וה. בן-ארי "בית הדין הפלילי הבינלאומי" בתוך: ר' סיבל משפט בינלאומי (האוניברסיטה העברית 2003), עמ' 281-310 (להלן: "בייקר ובן-ארי").

על היחס בין ישראל לבין בית הדין הבינלאומי הפלילי ראו: ר' גיי גולדסטון "ישראל ובית הדין הבינלאומי הפלילי" המשפט 15 (פברואר 2003) 12; י. שני "ישראלים על ספסל הנאשמים?" המשפט 15 (פברואר 2003) 28; מטיאס ושרון, לעיל הערה 30, בעמ' 14; נייר רקע לוועדת חוקה, חוק ומשפט בעניין ה-ICC, לעיל בעמ' 16.

³⁸ גם אם האמנות עצמן אינן נוקטות בהכרח בלשון "סמכות שיפוט אוניברסלית", הרי הוראותיהן קוראות לכל מדינה לחוקק חוק לפיו מעשה האסור באמנה יהיה אסור גם על פי דין המדינה, יהא מקום ביצועו אשר יהיה. ראו, לדוגמא: האמנה נגד עינויים: Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or degrading Treatment or Punishment, G.A 39/46, U.N GAOR, 39th Sess., Supp. No.51, U.N Doc. A/39/51 (1985), entered into force June 26, 1987, United Nations Treaty Series, 1987, Vol.1465 p.113, reprinted in 23 I.L.M, (1984) 1027. באופן דומה, האמנה המקימה את בית הדין הבינלאומי מקנה לו סמכות על פשעים שבוצעו בכל מקום בעולם, בהתקיים תנאי ההסמכה. ראו אמנת רומא, לעיל הערה 29.

³⁹ כאמור, פסקי דין אלו אפשריים כעת משום שעקרונות היסוד היסוד של המשפט הבינלאומי נהירים יותר כיום, ובה בעת ברשותנו אמנות רבות יותר המקימות פשעים כנגד הסדר הבינלאומי, פשעים

האוניברסלית המדינתית, וממשיכים בכך את שהתחיל בו בית המשפט הישראלי בפרשת אייכמן. האחד הינו פסק דין הבלגי בעניין היגאנירו⁴⁰, שעסק בהעמדה לדין של אזרחי רואנדה שביצעו פשעים כנגד אזרחי רואנדה אחרים על אדמת רואנדה. בתביעה זו נעשה שימוש בחוק הבלגי ששימש גם את התובעים במשפט שרון. המקרה השני עסק בעניין אוגוסטו פינשה⁴¹, לשעבר שליט צ'ילה, אשר הסגרתו לספרד נתבעה בבריטניה, בגין מעשים שביצע, כנטען, בהיותו שליט צ'ילה, על אדמת צ'ילה וכנגד אזרחים צ'ילאנים⁴². המקרה השלישי עסק בתביעתה של קונגו כנגד מדינת בלגיה בבית הדין הבינלאומי בהאג⁴³, בעקבות צו מעצר בינלאומי, שהוציא בית משפט בלגי כנגד שר החוץ לשעבר של קונגו, על בסיס ראיות לכאורה, בהן נראה זה האחרון, בהיותו בקונגו המזרחית, כשהוא קורא לטבח בני שבט הטוטסי. המקרה הרביעי דן בסוגית העמדה לדין של ראש צבא סורינאם בהולנד על פשע שבוצע לכאורה בפקודתו שכלל עינויים ורצח כ- 15 מתנגדים למשטר הצבאי שם. נדון בדברים כסדרם.

הרלבנטיים לסמכות שיפוט אוניברסלית. כמו-כן, התנאים הגיאוגרפיים-פוליטיים השוררים כעת מאפשרים זאת, בהעדר אלטרנטיבה מוסרית לתפישת העולם הליברל-דמוקרטי.

Public Prosecutor v. Higanro et al., Assize Court of Brussels 8 June 2001 ⁴⁰

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet ⁴¹
Urgate (No. 3), [1999] 2 All E.R 97(H.L.) (March 24, 1999). מצוי באתר האינטרנט:

"Ex parte Pinochet" לדין בנושא ראו: L. Reydam's *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford University Press 2003)112. (להלן: "Reydams"); ⁴²

רייכמן, לעיל הערה 28, בעמ' 70; עוד ראו: <http://www.hrw.org/campaigns/chile98> אמנם, בקשת ההסגרה המקורית כוונה גם על מעשים שבוצעו כנגד אזרחים ספרדים, אך ספרד מיהרה לתקן את הבקשה ולהדגיש כי היא אינה עוסקת בסמכות שיפוט פרוטקטיבית. ⁴³

Public Prosecutor v. Ndombasi et al. Chambre de mises en accusation of Brussels, 16 ⁴⁵
Arrest Warrant of 11 April 2000; ראו פסק הדין של בית הדין הבינלאומי בהאג: April 2002
(Democratic Republic of Congo v. Belgium, Judgment of 14 Feb. 2002).

http://212.153.43.18/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF

S. Wirth "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case" 13 *EJIL* No 4. (2002), 877.

בלגיה - פרשת היגאנירו

בטרם נפנה לתיאור פרשת היגאנירו, מספר מילים על החקיקה הבלגית אשר מכוחה נפתחו שערי בתי המשפט הבלגים לדיונים בעבירות כנגד מקצת מכללי המשפט הבינלאומי היסודיים. החוק הבלגי משנת 1993 קלט, כאמור, את אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 והפרוטוקולים הנלווים משנת 1977.⁴⁴ חוק זה מונה 20 מעשים המהווים הפרות חמורות של האמנות והפרוטוקולים, וקולט אותם (או מכריז על קליטתם) כחלק מהמשפט הבלגי. החוק מתיר לשפוט חשוד בפשעי מלחמה, זאת בלא קשר לאזרחותו של המבצע או למקום ביצוע הפשע. באופן תיאורטי, יכול בית המשפט הבלגי לדון בפשעי מלחמה שבוצעו על ידי כל אדם בכל מקום. לא זו אף זו: הזכות להגיש תביעות בנושאים אלה לבית המשפט נתונה בידי כל קורבן עבירה. בכך פותח החוק הבלגי את דלתות מערכת המשפט הפלילית לקורבנות העבירה, מבלי שאלו יצטרכו לסמוך ידיהם על החלטת רשויות התביעה - דהיינו המדינה - לאמץ את התביעה. יש לזכור, כמובן, כי במערכת המשפט הבלגית, בדומה למערכות קונטיננטאליות אחרות, ממונה שופט חוקר, אשר קובע האם יש בסיס לתביעה על פי העובדות הנטענות ועל פי הדין.⁴⁵ גוף זה נהנה מעצמאות, הדומה לעצמאות ממנה נהנים השופטים היושבים בדיון, בייחוד לעניין חסינות מפני התערבות הדרגים הפוליטיים המשויכים לרשות המבצעת או המחוקקת.

הרציונאל שעמד ביסוד הענקת זכות התביעה לצד "אזרחי" או "פרטי" - ברור: למדינה יכול שיהיו אינטרסים כלשהם הקושרים אותה עם מדינתו של הנאשם, כך ששיקולים שאינם בהכרח ממין העניין - דהיינו, שיקולים שאינם בהכרח נשענים על הצורך להגן על אותם ערכים וזכויות יסוד שבבסיס משפט העמים - ישתרבו להחלטה האם להגיש כתב אישום וכיצד לנהל את התיק. זאת ועוד: מבחינה תיאורטית, רשויות התביעה של המדינה אינן בהכרח הצד הנכון ביותר להגשת התביעה. העבירה הרי לא נעברה כנגד הריבון הבלגי - ריבון אשר על הגנת דינו מופקדת התביעה באמצעות הגשת כתבי אישום - אלא כנגד משפחת העמים באופן

⁴⁴ לנסח החוק הבלגי ראו הפניה לעיל הערה 2.

⁴⁵ להבדלים היסטוריים בין השיטה האדוורסרית לשיטה האנקוויזיטורית הנהוגה במשפחת מדינות המשפט הקונטיננטלי ראו: A. Esmein *A History of Continental Criminal Procedure: with special reference to France* (New York, 1968) 3-12.

כללי, המיוצגת באופן הנכון ביותר בבתי משפט מדינתיים על-ידי הקורבנות עצמם. בדרך זו נעקפת הבעיה הלכאורית של היעדר זיקה בין המדינה השופטת לבין העבירות שבוצעו, שכן למעשה מדובר בתביעה של הקובל כנגד הנתבע ומדינת בלגיה אינה צד של ממש בהליך על אף היותו הליך פלילי, מעבר לכך שמעניקה היא פורום משפטי בו ניתן למצות את משפט העמים.

מצוידים בתובנות אלו, נוכל לפנות לפרשת היגאנירו. מקרה היגאנירו היה התקדים הראשון ליישום החוק הבלגי הנוצר לעיל מ-1993.⁴⁶ בחודש יולי 1994, שבועות בלבד לאחר שוך המהומות ברואנדה, יזמו קרובי משפחה של קורבנות טבח שבוצע ברואנדה תביעות, בדרישה ליישם את החוק לפשעי מלחמה משנת 1993 כנגד מספר רואנדים. על פי כתב התביעה, היגאנירו השתתף - בין באופן אקטיבי ובין במחדל, דהיינו, בהימנעות - במעשי רצח שאירעו במחוז בוטרו ברואנדה, בין ה- 15 באוגוסט 1993 ל- 4 ביולי 1994.⁴⁷

במקרה זה, החליטו רשויות התביעה הבלגיות לאמץ את התביעה כתביעה מטעם המדינה, וחמישה חוקרים ביססו - במשך שמונה חודשים - את ההאשמות כנגד הנתבעים. בית המשפט הבלגי מצא את ארבעת הנתבעים הרואנדים אשמים בהפרת אמנות ז'נבה משנת 1949 והפרוטוקול הנספח II⁴⁸. הארבעה הורשעו בבלגיה בגין שותפות ברצח עם ברואנדה ונידונו לעונשי מאסר ארוכים, על אף שהם וקורבנותיהם לא היו אזרחים בלגים, והגם שהאירועים שבגינם הורשעו לא התרחשו

⁴⁶ לנסח החוק הבלגי ראו הפניה לעיל הערה 2.

⁴⁷ לתיאור המקרה ראו: <http://www.asil.org/insights/insigh72.htm>

<http://www.nesl.edu/center/wcmemos/2003/harrah.pdf>.

<http://www.nesl.edu/center/wcmemos/2001/carabillo.pdf>.

לפסק הדין ראו: http://www.asf.be/AssisesRwanda2/fr/fr_VERDICT_verdict.htm

⁴⁸ ראו: Reydams, לעיל הערה 41, בעמ' 109.

בשטח בלגיה⁴⁹. יצוין, כי הנתבעים לא ראו לנכון להעלות את שאלת סמכותה של בלגיה לשפוט אותם, ייתכן ומשום שלמרבייתם הייתה זיקת תושבות בבלגיה⁵⁰.

אנגליה- פרשת פינושה

סאגת פינושה כוללת מספר תיקים שהתנהלו בבתי המשפט באנגליה: שלוש הכרעות בבית הלורדים, בשבתו כבית משפט לערעורים, ושתי הכרעות מאוחרות יותר, בערכאות נמוכות⁵¹. מעשה שהיה כך היה: בספרד (וכן במספר מדינות אירופאיות אחרות) הוגשו תלונות כנגד מר אוגוסטו פינושה, שמונה לסנאטור לכל חייו לאחר שפרש מכהונתו כשליט צ'ילה. התלונות פרטו שורה של מעשים להם היה אחראי, כך נטען, מר פינושה, הן בתקופת היותו גנרל בצבא צ'ילה והן משתפס את השלטון בהפיכה צבאית. בין המעשים נמנו חטיפות ועינויים של מתנגדים פוליטיים ושל אזרחים שנחשדו באי תמיכה, באמצעות שימוש בכח צבאי. חלק מהנחטפים לא נמצאו עד היום. בספרד מונה שופט חוקר, אשר הגיע למסקנה כי יש ממש בתלונות ויש לנהל הליך פלילי בעניין. כאשר הגיע מר פינושה לטיפול רפואי בבריטניה הגיש השופט החוקר, מר גרסון, בקשה כי פינושה יוסגר לספרד. מר גרסון נזקק, ככל הנראה, להגעתו של מר פינושה לבריטניה, בין היתר משום שעם פרישתו של מר פינושה חוקק בצ'ילה חוק המעניק לו חסינות מכל הליך שיפוטי נגדו שם⁵².

⁴⁹ באופן ספציפי, קביעת בית המשפט העליון בעניין רואנדה דחתה טיעון שהועלה על ידי אחד הנתבעים בדבר הסיכון הכפול. בכך, למעשה, פעל בית המשפט הבלגי למרות מתן החלטה קודמת ומפורשת על ידי גוף שיפוטי בינלאומי שסמכותו מוכרת, ה-ICTR, ואשר לו עדיפות, באופן עקרוני, על פני מערכת השיפוט המדינתית הבלגית. תקדים זה הועלה כטענה באחד הפרסומים האלקטרוניים בעניין פרשת שרון. ראו: <http://www.indictsharon.net/case-diary1.shtml>

⁵⁰ עובדה רלוונטית לעניין זה הינה היותן של בלגיה ורואנדה חתומות על אמנות ז'נבה מ-1949 ועל הפרוטוקול הנלווה II. זאת ועוד, הנתבעים הגיעו מרצונם החופשי לבלגיה (לשלושה מהם היו קשרים חזקים עם בלגיה עוד קודם ל-1994). בהקשר זה יצוין כי לבלגיה הקולוניאלית הייתה בשעתו אחריות על המצב ברואנדה. לדיון בנושא ראו: Reydams, לעיל הערה 41, בעמ' 111. כן ראו: מ' הירש "לביהמ"ש הבלגי אין סמכות לשפוט את שרון" הארץ 8.8.2001.

⁵¹ ראו Ex parte Pinochet, לעיל הערה 41. לתיאור ההשתלשלות ראו רייכמן, לעיל, הערה 28.

⁵² המדובר בהסכם רב-מפלגתי שנחתם עם הצבא, ואשר מטרתו להתגבר על המכשול המשפטי שהביא להעמדתו של פינושה לדין. ראו: Mauricio Saavedra, "Pinochet loses immunity but Chile's government moves to protect him" 11 August 2000, באתר: <http://www.wsws.org/articles/2000/aug2000/chil-a11.shtml>

עובדת היותו של פינשוה בבריטניה היא שהקימה את הזיקה הפרסונאלית לבית המשפט הבריטי, זיקה שאפשרה דיון בבקשת ההסגרה לספרד. בקשת ההסגרה נשענה על הסכמי ההסגרה בין בריטניה לספרד. על פי הדין הבריטי, על מנת להיענות לבקשת הסגרה נדרשת פליליות כפולה, דהיינו על המעשה להיות אסור גם על פי דיני המדינה המבקשת את ההסגרה וגם על פי דיני המדינה אשר ממנה ההסגרה מתבקשת, כלומר בענייננו, בריטניה⁵³. מעשיו של פינשוה הפכו לפשעים בבריטניה, למרות שבוצעו על-ידי זרים כלפי זרים בשטח זר, מכיוון שהחוק הבריטי, בדומה לזה הבלגי, קלט אל תוך המשפט הבריטי אמנה בינלאומית, היא האמנה נגד עינויים ויחס בלתי אנושי⁵⁴. על פי דרישות האמנה חוקק הפרלמנט הבריטי סעיף בחוק העונשין ההופך את הוראות האמנה האופרטיביות לעבירה בבריטניה, ובכלל זה קובע כי לבריטניה סמכות שיפוט אוניברסלית על פשעים אלו⁵⁵. בכך הוסר כל ספק בדבר דרישת הפליליות הכפולה.

פסק הדין עסק רבות בשאלת היחס בין חסינות ראש מדינה לשעבר, המוכרת על פי המשפט הבינלאומי, לבקשת ההסגרה הנסמכת על דרישת הפליליות הכפולה. אכן, נושא החסינות, החורג מהדיון כאן, ראוי למאמר בפני עצמו. לענייננו, נחלקו השופטים בדבר מקור הכפפתה של צ'ילה, אורחיה וראשי מדינתה לדין הבריטי. הלורד Goff of Chievely בדעת מיעוט טען שצ'ילה - והיא בלבד - היא המוסמכת לשפוט את פינשוה⁵⁶. הלורד Millett הביע דעת יחיד על פיה הסמכות של כל מדינה

⁵³ Extradition Act, 1989, ch.33, reprinted in 17 Halsbury's Statutes Of England And Wales 558§ 1 (4th ed. 1993); כן ראו דבריו של לורד בראון-וילקינסון בעניין זה (פסקאות 2-3), באתר האינטרנט המצוי לעיל הערה 41.

⁵⁴ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or degrading Treatment or Punishment, G.A 39/46, U.N GAOR, 39th Sess., Supp. No.51, U.N Doc. A/39/51 (1985), entered into force June 26, 1987, United Nations Treaty Series, 1987, Vol.1465 p.113, reprinted in 23 I.L.M., 1027 (1984). להלן: "האמנה נגד עינויים".

⁵⁵ מטרה זו הושגה דרך סעיף 134(1) לחוק הפלילי הבריטי (Criminal Justice Act): Section 134(1) of the Criminal Justice Act of 1988, reprinted in Halsbury's Statutes Of England And Wales (4th ed.1997), ch. 33 at 1079. לבחינה מעמיקה יותר של ההליך כנגד אוגוסטו פינשוה בבית הלורדים הבריטי, ראו: A. C. Johnson "The Extradition Proceedings Against General Augusto Pinochet: Is Justice Being Met Under International Law?" 29 Ga. J. Int'l & Comp. L.(2000) 203, 204. רייכמן, לעיל הערה 28, בעמ' 70.

⁵⁶ זאת לאור העובדה שהאמנה בנוגע לעינויים אינה מסירה את חסינותו של פינשוה: פסיקתו של Lord Goff of Chievely, באתר המצוי לעיל הערה 41, סעיפים 96-122. ראו גם את פסק דינו של הלורד

לשפוט פשעים מסוימים שאסורים על פי המשפט הבינלאומי נובעת ממקור מנהגי שמהווה מקור משפטי עצמאי⁵⁷. השופט ציין, בהסכמה, את הסמכות שהפעילה מדינת ישראל בשופטה את אייכמן, למרות שפשעיו נעשו טרם קום המדינה⁵⁸. דעת הרב הסכימה על כך שהסמכות לשפוט את פינושה שמורה אמנם לצ'ילה, וכי לשם כך מסורה בידה חסינות המשתרעת על שליטיה - ובכלל זה שליטיה לשעבר - אלא שצ'ילה ויתרה על חסינות ראש המדינה לשעבר כאשר חתמה ואישררה את האמנה האוסרת עינויים. משהכפיפה עצמה לאמנה, ואף קלטה אותה, קיבלה על עצמה צ'ילה את עקרון הסמכות האוניברסלית של בתי משפט מדינתיים אחרים⁵⁹. משמעות מהלך טיעון זה הינה כי ניתן לשפוט את פינושה רק על עבירות שביצע לכאורה לאחר שצ'ילה חתמה על האמנה⁶⁰.

ניסיון להמשגת גישת הרב יוביל למסקנה כי הרציונאל העומד בבסיס גישה זו יכיר בסמכות שיפוט אוניברסלית בהתקיים שני תנאים: ראשית, המדובר במעשים שהוגדרו כפשעים חמורים באמנות, ובאותן אמנות קיימת גם דרישה שכל מדינה חברה תעניק לבתי המשפט שלה סמכות שיפוט אוניברסלית. שנית - הסמכות האוניברסלית תופעל על-ידי מדינות הכפופות לאמנה כלפי אזרחים של מדינות שהכפיפו עצמן לאמנה.

סלין בגלגולה הראשון של הפרשה: *R. v. Bartle and the Commissioner of Police, Ex parte Pinochet* [1998] 3 W.L.R. 1456, at pp. 1471-1475.

⁵⁷ ראו פסיקתו של Lord Millett, לעיל, הערה 41, פסקה 334. כמו כן ראו את פסק דינו של השופט הופמן ב- *Ex parte Pinochet*, לעיל, הערה 56.

⁵⁸ שם. וראו גם לפידות וויץ, לעיל, הערה 7.

⁵⁹ בין שופטי הרב Lord Browne-Wilkinson, באתר המצוי לעיל הערה 41, פסקה 67 לפסק דינו. יצוין כי בפסק הדין הראשון נשמעה גם הדעה כי פינושה היה מנוע מלטעון לחסינות הריבון מדעיקרא, שכן מעשיו חרגו מסמכות כל ריבון לגיטימי, לאור קיומו של איסור מנהגי על פשעים נגד האנושות המחריג מעשים שכאלה אל מחוץ לפעולות שכל ריבון יכול לעשותן כריבון.

⁶⁰ בקשת ההסגרה המקורית כללה רק שלושה מקרים שעמדו בתנאי זה, ולפיכך רמו בית המשפט כי יתכן שיש מקום ששר הפנים ישקול האם אמנם להיענות לבקשה המצומצמת. בתגובה עדכנו המבקשים את בקשתם בצרפם מקרים נוספים, אך השופט בערכאה הנמוכה שדן בבקשה קבע כי גם המקרים המקוריים תופשים, שכן עסקינן בהעלמת אנשים, שהיא עבירה נמשכת.

מעניין לציין, כי גם בבלגיה הוגשה תביעה כנגד פינשושה⁶¹. זו הוגשה בנובמבר 1998, על ידי מר אגילר דיאז ומספר צ'יליאנים גולים נוספים, החיים בבלגיה⁶². על מנת לקבוע האם יש לבית המשפט הבלגי סמכות שיפוט, נדרש בית המשפט הבלגי למספר סוגיות, ביניהן חסינות ראשי מדינה ואוניברסליות השיפוט של פשעים המוגדרים במשפט הבינלאומי (דוגמת הפרות חמורות של אמנת ז'נבה והפרוטוקולים הנלווים, וכן פשעים כנגד האנושות). באשר לנושא הראשון פסק השופט, כי פינשושה לא היה חסין מפני שיפוט בעניין זה. באשר לנושא השני קבע השופט, כי החוק הבלגי מ-1993 מצייד את הרשות השופטת הבלגית בסמכות שיפוט אוניברסלית, וכי כוונתו החד-משמעית של המחוקק הייתה להעניק תחולה לחוק אף כאשר המפר אינו נוכח על אדמה בלגית. בנוסף, אף שהפשע בוצע לפני כניסתו של החוק המעניק סמכות לתוקף, הסיק השופט כי המעשים בני ענישה בבלגיה, שכן המעשים היוו עבירות על-פי הדין הבלגי משכבר הימים, והחוק המסמיך שינה רק מרכיב "פרוצדוראלי" (בכך שהעניק סמכות חוץ לבית משפט בלגי). לפיכך עקרון החוקיות המהותי לא הופר⁶³. השופט סיכם כי שיפוט בינלאומי על פשעים נגד האנושות קיים, כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי, ואף ביתר עוצמה ביחס ל- *jus cogens*. בכך מוענקת סמכות בינלאומית לרשויות המשפט להעמיד לדין ולהעניש את הפושעים בכל הנסיבות⁶⁴.

⁶¹ *Aguilar Diaz et al. v. Pinochet, Tribunal of first instance of Brussels (examining magistrate), order of 6 November 1998* (להלן: "Order of 6 November 1998"). לדין בנושא ראו: *Reydams*, לעיל הערה 41, בעמ' 112.

⁶² המקור המשפטי עליו נסמכו התובעים בתביעתם היה החוק הבלגי הון בפשעי מלחמה (*War Crimes Act*). התובעים לא יכלו להתבסס על אמנת האו"ם בדבר עינויים, היות ובלגיה לא אשררה אותה בתקופה הרלוונטית. ראו: *Reydams*, לעיל הערה 41, בעמ' 112. כן ראו: *רייבמאן*, לעיל הערה 28, בעמ' 71.

⁶³ החלטת השופט בדבר יישומו המייד של החוק, גם כאשר מדובר בהפרות שקדמו לכניסתו לתוקף, התבססה על הגדרת החוק כחוק פרוצדוראלי. לדבריו, המעשים שהוגדרו בחוק מיוני 1993 היו ברי-ענישה עוד קודם לכן בחוק הבלגי, בדמות פשעים כגון: רצח, טבח אדם, תקיפה, נטילת בני ערובה, עינוי וכדומה. עקרון החוקיות, כפי שהוא מיושם בסעיף 2 לקודקס הפלילי הבלגי, אינו נוגד את החלטתם של הליכים פליליים בכל הנוגע למעשים הנחשבים לפשעים תחת המשפט הבינלאומי. ראו: *Order of 6 November 1998*, לעיל הערה 61. ראו גם: *Reydams*, לעיל הערה 41, בעמ' 113.

⁶⁴ ראו: *Reydams*, לעיל הערה 41, בעמ' 114-115. יושם אל לב, כי השופט הבלגי התייחס בדבריו לכלל המשפט הבינלאומי *aut dedere au taut judicare* ולמנהג הבינלאומי כאל בסיס משפטי להחלטתו בדבר כשירות השיפוט הבלגית. עם זאת, אין בכך כדי לבסס עקרון כללי של המשפט הבינלאומי או כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. *Reydams* מדגיש, כי בתקופה בה נדון עניין פינשושה בבלגיה, לא היתה בנמצא פרקטיקה עקבית וכללית של שימוש במנהג הבינלאומי כבסיס לסמכות שיפוט

בלגיה- פרשת קונגו

ביסוד הפרשה ניצב צו מאסר בינלאומי שהוציא שופט בית משפט בלגי ב- 11 באפריל 2000 כנגד מר ירודיה נדומבסי, אזרח קונגו, בגין חלקו בעידוד למעשי טבח⁶⁵. קונגו טענה שבהוצאת צו זה פגעה בלגיה בחסינות ראשי מדינה המוענקת לקונגו, שכן מר נדומבסי כיהן בעת שנאמרו הדברים כשר החוץ (ובעת הדיון המשפטי- כשר החינוך). בית הדין הבינלאומי בהאג קיבל, בסופו של דבר, את טענת קונגו וקבע כי מר נדומבסי, כחלק מממשל קונגו, נהנה מחסינות המסורה לראשי מדינה (ובכך הרחיב חסינות זו גם לשרי חוץ)⁶⁶. לענייננו, רלבנטית דעת היחיד של נשיא בית הדין, השופט גיום, אשר הגיע לאותה המסקנה, דהיינו שבלגיה מנועה מלהוציא את צו המעצר, גם על בסיס טיעון נוסף: הזיקה בין בלגיה ובין מר נדומבסי. השופט גיום קבע שבלגיה נעדרת סמכות פרסונאלית כלפי מר נדומבסי, שכן הלה לא היה על אדמת בלגיה באף שלב רלוונטי, וכן מכיוון שבלגיה נעדרת בסיסי סמכות אחרים, כגון אזרחות הנפגעים או הפוגעים, או מקום ביצוע העבירה. לשיטתו של השופט גיום, סמכות אוניברסלית, כחריג לעקרון הטריטוריאליות של המשפט הפלילי, מחייבת, לכל הפחות, את נוכחות הנאשם על אדמת מדינת הפורום בעת ביצוע המעשים או בעת הגשת התלונה (דהיינו, פתיחת ההליך השיפוטי). המקרה היחיד,

בינלאומית, בדומה למסקנה אליה הגיע השופט הבלגי, מבלי להידרש לדרך בה למד על עמדתו. שם, בעמ' 115.

⁶⁵ להחלטה בעניין קונגו ראו: International Court of Justice, case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of The Congo v. Belgium), 14 February 2002, http://212.153.43.18/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_jjudgment_20020214.PDF

לעיון בפרוטוקולים מן הדיון המשפטי הנוגעים בצו המעצר מיום 11 באפריל 2000, ראו באתר בית הדין הבינלאומי: <http://www.icj-cij.org>.

⁶⁶ פסק הדין בעניין קונגו נגד בלגיה, פסקאות 54-55 לפסק הדין, מצוי באתר www.icj-cij.org, הערה 65. בית המשפט קובע שהאמנות בנושא החסינות אינן ממצות לגבי שרי חוץ ועל כן הוא בוחן את העניין על בסיס משפט בינלאומי מנהגי. בכך, למעשה, שינה לכאורה בית הדין את הלכת פינושה לעניין הויתור על החסינות, אולם ניתן לאבחן בין המקרים: בעוד שבמקרה חסינותו של פינושה מדובר על חסינות לאחר סיום התפקיד, במקרה קונגו מדובר על חסינות בזמן מילוי התפקיד. זו האחרונה הינה רחבה יותר מכיוון שמהווה הגנה פונקציונלית שנועדה לאפשר לבעל התפקיד לפעול באופן שוטף בלא חשש למעצר. ראו פסקה 55 לפסק הדין בעניין קונגו, www.icj-cij.org, הערה 65. לביקורת על הדעה של ה- ICJ שמובעת באוביטר של פסק הדין בעניין Congo, על פיה שרי חוץ נהנים מחסינות לגבי פעולות שעשו במסגרת תפקידם גם לאחר סיום תפקידם ראו: S. Wirth "Immunity For Core Crimes? The ICJ's Judgment in The Congo v. Belgium Case", 13 EJIL (2002) no. 4, 877.

לפי גיום, בו מגבלה זו אינה קיימת, הוא עבירת הפיראטיות, בה הנאשם, מעצם ההגדרה, ביצע את הפשע בשטח חסר ריבונות, והעובדה שימשיך לשהות במים בינלאומיים לא תועיל לו⁶⁷.

דעת יחיד זו, למרות היותה משכנעת, נדחתה על ידי בית המשפט הבלגי בערכאה הראשונה בבואו לדון במקרה שרון. בדיון שתואר בראשית מאמר זה קבע בית המשפט כי אמנם שרון נהנה מחסינות ראש מדינה מכהן, כפי שקבעה דעת הרב של בית המשפט הבינלאומי בהאג, אך אין מגבלה על סמכותה של בלגיה להמשיך בהליכים כנגדו בהעדרו⁶⁸.

הולנד - פרשת בוטורס⁶⁹

בתאריך ה- 30.11.2000 הורה בית המשפט לערעורים באמסטרדם לתובע החוקר לפתוח בחקירה כנגד בוטורס - לשעבר ראש הצבא הסורינמי שתחת ידו ובהוראתו נאסרו, עונו והוצאו להורג חמישה עשר מתנגדים למשטר הצבאי, בחודש דצמבר 1982. יצוין כי כחודש קודם לכן, הוחלט, לאחר 13 שנים מתום המשטר הצבאי בסורינאם, לפתוח בהליכים כנגד בוטורס ואחרים בסורינאם. החלטה זו של בית

⁶⁷ דעת היחיד של השופט גיום: Congo v. Belgium באתר: http://www.paris2.fr/cij/icjwww/idoctet/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_2002021_K_S_Gallant_4_guillaume.PDF פסקה 5 לפסק דינו. להרחבה בעניין עבירת הפירטיות ראו: K. S. Gallant "Jurisdiction Tto Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts" 48 *Vill.L. Rev.* (2003) 763, 772-775.

כן ראו: Summers, לעיל הערה 19, בעמ' 92. עוד בפסק דינו טען השופט גיום, כי המשפט הבינלאומי אינו מתיר הפעלת סמכות אוניברסלית בהיעדרו של החשוד. לדעתו, מסקנה אחרת היתה "גורמת לתדהו ובוהו שיפוטי" ולשרירותיות. עוד טוען השופט גיום, כי המשפט הבינלאומי אינו מקבל הפעלת סמכות שיפוט בינלאומית, למעט במקרים החריגים שנמנו לעיל, וכי עוד יותר מכך, אין הוא מקבל החלטה in absentia פסקאות 13-16 לפסק דינו.

ראו גם: A. Cassese "When May Senior State Officials Be Tried For International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case" 13 *EJIL* (2002) No. 4 853, 857.

⁶⁸ The Complaint Against Ariel Sharon, Cour d'Appel de Bruxelles, Chambre de Nises en Accusation, Pen. 1632/01, Judgment of 26 June 2002.

⁶⁹ ראו: Pita J.C Schimmelpenninck van der Oije "A Surinam Crime Before a Dutch Court: Post-Colonial Injustice or Universal Jurisdiction?" 14 *Leiden J. Int'l L.* (2001) 455.

משפט הולנדי מהווה נקודת מפנה שכן זוהי אחת הפעמים היחידות שהולנד החליטה לעשות שימוש בסמכות השיפוט האוניברסלית שלה. מעניין לציין שגם כאן המדובר בשימוש בסמכות השיפוט האוניברסלית כלפי אזרחי מדינה שהיתה לשעבר קולוניה של מדינת הפורום.

ההליך ההולנדי עורר מספר קשיים. ראשית, המשפט בעניין ניהול החקירה התקיים ללא נוכחות בוטרס. אמנם לפחות אחד מהקורבנות היה בעל אזרחות הולנדית, אולם נראה כי נדרש, במקרה זה, ביסוס זיקה משמעותית יותר למדינת הפורום. כאמור, המשפט הבינלאומי המנהגי מכיר בזיקת סמכות פרוטקטיבית; בהולנד קהיליה סורינאמית משמעותית אשר גדלה בעקבות "רצח דצמבר". אך האם הולנד מגינה טוב יותר על הקהילה הסורינאמית מאשר סורינאם עצמה? דומה, אם כן, כי בסיס הסמכות המרכזי הקיים להולנד הוא בסיס הסמכות האוניברסלית, לאור האישום כי בוטרס עבר על האמנה כנגד עינויים. הולנד קלטה עבירה זו בשנת 1989, לאחר שחתמה על האמנה כנגד עינויים בשנת 1984. אם בפרשת פינשה קבע בית הלורדים כי ניתן להעמיד לדין את מר פינשה רק החל מחתימתה של צ'ילה על האמנה, משום עקרון החוקיות, הרי בית המשפט ההולנדי ראה את הדברים אחרת. בהתאם לפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, נקבע שהאיסור נגד העינויים היה מנהגי וניתן היה לצפות העמדה לדין בפורום כלשהו.⁷⁰ קושי נוסף שעמד בפני רשויות המשפט ההולנדי היה טענת הסיכון הכפול. כאמור לעיל, בעת מתן פסק הדין ההולנדי שהורה על פתיחה בחקירה כבר החלו הליכים באותו העניין בסורינאם. עם זאת, מכיוון שהחוק הסורינאמי דורש הפסקת הליכים כל אימת שמתנהל דיון בו תובעות רשויות התביעה ההולנדיות את אותו נאשם לגבי אותן עובדות, גם טענה זו בת-סתירה. לבסוף, עמדה לחשוד הטענה כי קיימת העדפה במשפט הבינלאומי להעמיד נאשם לדין במדינה בה אירע המקרה שכן שם קיימת גישה טובה יותר לחומר הראיות. לעניין זה נטען כי להולנד חשש סביר שסורינאם לא תרצה או לא תוכל לנהל משפט צדק בין היתר בשל העובדה שבוטרס עצמו הוא

⁷⁰ ראו לעניין זה: C.R. v. The United Kingdom, judgment, 22 November 1995, ECHR C (Ser. A.), at A335-C; S.W. v. The United Kingdom, judgment, 22 November 1995, ECHR (Ser. A.), at A-335-B.

בעל כח פוליטי רב בסורינאם גם בעת הדיון, לאור היותו חבר פרלמנט וראש מפלגת האופוזיציה.

בסופו של דבר, בית המשפט העליון בהולנד הכריע בתאריך ה- 30.7.2001 לזכות את בוטורס לגבי שישה משבעת סעיפי האישום. הוא הואשם בסעיף של הברחת סמים ונידון ל- 11 שנות מאסר. ערעור נוסף בעניינו נדחה.⁷¹

ארבעת המקרים הללו מצביעים על מציאות חדשה במשפט הבינלאומי, אשר בה מוצאים עצמם אזרחי מדינה מסויימת, כיחידים, כפופים לא רק לגרעין כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, אלא גם ליישומם בבתי משפט מדינתיים, ובכלל זה ליישומם האפשרי *in abstentia*, דהיינו, מבלי שיהיו נוכחים במדינת הפורום.⁷² כיצד ניתן ליישב מציאות זו עם עקרון הריבונות של כל מדינה ומדינה? זאת ועוד: האם אין להעדיף את סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, על פני סמכות שיפוט אוניברסלית פנימית? לשאלות אלו נפנה כעת.

סמכות שיפוט אוניברסלית: סיכויים וסיכונים

כאמור, קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית בידי מדינה מאתגר את רעיון הריבונות: בתי משפט של מדינת הפורום שופטים אזרחים של מדינה אחרת ללא כל זיקה למדינת הפורום. אך הטענות כנגד קיומה של סמכות השיפוט האוניברסלית אינן מתמצות רק במישור הפגיעה בעקרון הריבונות. כפי שמציין השופט גיום, מקום ביצוע העבירה הוא גם המקום בו בדרך כלל יותר ללקט את הראיות לביצוע,

⁷¹ תרגום ההכרעה באדיבות שגרירות הולנד בישראל.

⁷² לעניין זה דו"ח שחיבר The World Organization Against Torture USA לעניין שרון שהוגש לבית המשפט הבלגי בתאריך ה- 15.11.2001 אימץ את עקרונות פרינסטון (ראה לעיל, הערה 22) וקבע שנוכחות פיזית של הנתבע הינה חיונית לצורך המשפט. לדיון בנושא האפשרות של יצירת סמכות שיפוט בינלאומית ללא נוכחות הנאשמים במדינה ראו: M. C. Bassiouni "Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions" 3 *Duke J. Comp & Int'l L.* (1993) 235, 279-80. (להלן: "Bassiouni"). עוד לעניין נוכחות במדינת השיפוט ראו: D. J. Brown "The International Court and Trial in Absentia" *Brook J. Int'l L.* (1999) 763.

ובכך למנוע העמסת ההליך השיפוטי. מקום ביצוע העבירה הוא גם, בדרך כלל, המקום הנושא בתוצאותיה השליליות של העבירה, תוצאות להן ערה מערכת המשפט השוקלת את שיקולי האשם ואת שיקולי הגמול במהלך ההרשעה והענישה. ולבסוף, מקום ביצוע העבירה הוא גם המקום בו ענישת המבצע תשמש דוגמא מיטבית, ככל ששיקולי הרתעה הם חלק מההליך הפלילי.⁷³ מדוע יש מקום להסמך מדינות אחרות לדון באירוע, לא כל שכן מדינות שאינן מקימות כל זיקת סמכות ייחודית?

הניסיון האנושי מלמד, כי לא אחת מערכות משפט בעלות זיקה לאירוע אינן מעוניינות, משיקולים אידיאולוגיים, או אינן יכולות, בהיותן נעדרות כח משפטי או פוליטי, לאכוף את גרעין המשפט הבינלאומי, האוסר על ביצוע פשעים בינלאומיים חמורים. מצב דברים זה, עליו עמדו השופטים בפרשת פינשוה⁷⁴ ובוטורס מהווה למעשה כשל מערכתי: המדינה בעלת הזיקה הקרובה ביותר נכשלת בחובתה למשפט הבינלאומי לשפוט את מפרי הדינים שבבסיס קיום קהיליית בני האנוש, בין אם משום שאינה רוצה ובין אם אינה יכולה למלא תפקידה כחברה מלאה במשפחת העמים. או אז נדרשת הקהילייה להגן על ערכיה באמצעות הסמכת בתי משפט אחרים, פן ייווצר מצב בו המבצעים מצויים מחוץ להישג ידו של החוק. אמנם, קיימת אפשרות של שימוש בכח, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, כנגד המבצעים, ובכלל זה כנגד המדינה המעניקה להם מקלט, אך נראה כי שימוש זה מגלם איום לסדר ולשלום העולמיים, או לפחות עשוי להיות מידתי פחות מאשר האלטרנטיבה של הענקת סמכות לשפוט את המבצעים מחוץ למדינתם או מחוץ למקום ביצוע העבירה.

ביסוד רציונאל הכשל המערכתי עומדת, אם כן, תובנה ראליסטית. לא כל מערכות המשפט במדינות העולם נכונות, או מסוגלות, להגן על גרעין המשפט הבינלאומי. תובנה זו נסמכת על עמדה ערכית, אשר בבסיסה המחוייבות של כל

⁷³ ראו דעת היחיד של השופט גיום, לעיל הערה 67, פסקה 4 לפסק דינו.

⁷⁴ ראו פסק דינו של לורד הופ Hope באתר המצוי לעיל הערה 41. כן ראו, בעניין הכשל המערכתי: *Rex v. Gough* [1993] 1 K.B. 256, 259; *Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 Q.B. 646, 659G; *Regina v. Altrincham Justices, Ex parte Pennington* [1975] 1 Q.B. 646, 659G; *Deane J. in Webb v. The Queen* (1994) 181 C.L.R. 41, 74, 549, 552F. לעיל הערה 28, בעמ' 70.

אורגן שיפוטי להגן על גרעין זה, גם כנגד מערכות משפט בעלות גישה אידיאולוגית אחרת. ניתן, אם כן, לטעון, כי בכך תופשים עצמם בתי משפט מדינתיים כחלק מרשות שופטת גלובאלית, שתפקידה להגן על קהיליית המין האנושי מפני אירועים מסוכנים במיוחד, ובכלל זה מפני מערכות משפט הנותנות יד, למעשה, למבצעים פשעים כנגד האנושות ויתר עבירות חמורות כגון אלו⁷⁵. ומה בדבר עקרון הריבונות? לכאורה, מצויים אנו במצב בו רשות שופטת אחת שמה עצמה מעל רשות שופטת אחרת. כיצד ניתן ליישב את הפגיעה הלכאורית בעקרון הריבונות עם המחויבות הלכאורית של אותה רשות שופטת לעקרונות היסוד עליהן מושתתת קהיליית העמים? האין עקרון הריבונות חלק מעקרונות יסוד אלו?

מבחינה עיונית-מוסרית, עקרון הריבונות איננו עומד בפני עצמו⁷⁶. אמנם, מבחינה היסטורית, עקרון הריבונות נשען על תפישה אלוהית של המלך - המלך כנציג סדר אלוהי עלי אדמות - תפישה אשר הובילה להצבת המלך עצמו, בגופו, כמגלם את ריבונות המדינה. אך תפישה זו קשה להצדקה, הן בפני עצמה (שכן מה לי מדינות שונות, אם האל הוא אחד?) והן ביחס לתפישות פוליטיות מודרניות, על פיהן הריבון הינו העם, ולא המלך. לפי תפישות מודרניות אלו, הריבונות מהווה את הגשמתה של זכות העם להגדרה עצמית, דהיינו לשיטת משטר באמצעותה יכול העם להביא לידי ביטוי את מורשתו וערכיו, ולשלוט בעצמו⁷⁷. אם אמנם הריבונות נשענת על הזכות להגדרה עצמית, מתחייב כי נבחן באיזו מידה מתיישבת הריבונות עם זכויות אחרות. כך, למשל, אם הריבונות, בשם עקרון ההגדרה העצמית של עם אחד, מופעלת כך שעם אחר מושמד, מוצאים אנו עצמנו בפני סתירה פנימית: עקרון ההגדרה העצמית הוא גם חשוב - לכן מקים הוא ריבונות של מדינה אחת - וגם חסר משמעות, מפני שנשלל הוא מהעם המושמד. באותו האופן, לא ניתן להשתמש

⁷⁵ ראו: רייכמן, שם, בעמ' 71-72.

⁷⁶ לעקרון הריבונות ראו: S.S. Prakash *Territorial Acquisition Disputes and International Law* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).

⁷⁷ עקרון הריבונות עוגן, בין היתר, במגילת האו"ם, בסעיף 1 לפסקה 2. עקרון זה תפס מקום של כבוד בקרב קהיליית העמים ופגיעה בו נתפסת בחומרה רבה. כך, למשל, בפסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג (ICJ) בעניין קונגו נגד בלגיה נקבע, כי הוצאת צו המעצר על ידי בלגיה כנגד שר החוץ הקונגולי, ירודיה נדומבאסי, מהווה הפרה של הריבונות של קונגו, כמו גם של עקרונות חסינות דיפלומטית המבוטסים היטב במשפט העמים. ראו: Sammons, לעיל הערה 29. לדיון כללי בנושא הריבונות ראו: Akehurst, לעיל הערה 20, בעמ' 15.

בעקרון הריבונות לפגיעה בזכויות יסוד של פרטים וקבוצות המרכיבים את המדינה, שכן הזכות להגדרה עצמית, זכות קולקטיבית, איננה נהנית ממעמד א-פריורי עליון ביחס לזכויות אחרות, דוגמת הזכות לחיים או חופש הביטוי, זכויות שאף הן נגזרות של האוטונומיה האנושית.⁷⁸ מהלך טעון קאנטיאני זה מראה, אם כן, שמדינה א' אינה בהכרח יכולה להתגונן בטענת הריבונות כנגד פעולותיה של מדינה ב' כאשר מדינה ב', באמצעות מערכת המשפט שלה, מגינה על אותן זכויות אזרחי של מדינה א' אשר לשם הגנה עליהן זכתה מדינה א' בריבונות.⁷⁹ אם אמנם מדינה א' משתמשת בריבונותה באופן שפוגע בזכויות שלשם מימושן קיימת הזכות להגדרה עצמית, ניתן להרים את מסך הריבונות⁸⁰ ולסייע לעם אשר זכויותיו אינן מכובדות על ידי רשויות השלטון במדינתו.

מובן שמהלך זה אינו נקי מקשיים. מה נאמר לטענה כי העם חפץ בשלטון מסוים, ובכלל זה חפץ בכך שזכויותיו לא תשמרנה על ידי שלטון זה?⁸¹ דווקא לכך תשובה. רצונו של העם חשוב רק במערכת ערכית המכבדת רצון זה - אוטונומיה זו - מלכתחילה. לפיכך, שיטת שלטון שאינה מגינה על זכויות הנגזרות מאוטונומיה, ובכך מתכחשת לחשיבות האוטונומיה, מנועה מלהשען על רצון העם בבואה לטעון כנגד התערבות הבאה להגן על זכויות הנגזרות מהאוטונומיה האנושית. זאת ועוד: על-פי

⁷⁸ כבר בראשית המאה ה-20 הכירה משפחת העמים בצורך לסייג את עקרון הריבונות, במקרים בהם מתרחשת פגיעה בזכויות אדם מהותיות. כך, למשל, בדו"ח ועדת המשפטים הבינלאומית בעניין היבטים משפטיים של סוגיית איי אלנד (Aaland Islands) הכריזו חבר הלאומים, כי עקרון ההגדרה העצמית אינו יכול לאפשר פגיעה במיעוטים. בדו"ח נטען עוד, כי הענקת חירות למיעוטים מצטיירת כהכרחת על פי תפישה משפטית בינלאומית ועשויה להיות מוכתבת על ידי האינטרס לשלום. משמע, כי לא זו בלבד שאין לפגוע בזכויות אדם מסוימות- אף לא תחת אצטלת הריבונות וההגדרה העצמית- אלא שחלה חובה לשמר זכויות אלה, כתולדת השאיפה לשלום. ראו: Report of Internatioal Commission of Jurists on Legal Aspects of the Aaland Islands Question, League of Nations Official Journal, Spec.Supp.No.3, at 3 (1920), In: H. Steiner & P. Alston *International Human Rights in Context: Law, Politics, Text and Materials* (Oxford University Press, 2nd ed., 2000) 1257 ("Steiner & Alston").

⁷⁹ סעיף 55 למגילת האו"ם מכיר בזכות השווה להגדרה העצמית של עמים, כחלק מהשקפה המקדמת יצירת תנאי יציבות ורווחה הנחוצים לשלום וליחסי הידידות בין העמים. ראו: *Steiner & Alston*, *לעיל* הערה 78, בעמ' 1265. להרחבה בנושא הגדרה עצמית ראו: T. D. Musgrave *Self-determination and National Minorities* (Oxford Clarendon Press, 1997).

⁸⁰ ניתן לדמות את הדבר להרמת מסך של תאגיד בעילה של חוסר צדק כפי שהדבר בא לידי ביטוי בסעיף 6(ג)2 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189.

⁸¹ דוגמא תנכ"ית לכך מסוף תקופת השופטים כשעם ישראל רצה מלך ושמואל איים עליהם שהמלך יקח את נשותיהם וילדיהם לעבוד אצלו ויקח את היבול החקלאי שלהם וכו' ובכל זאת הם ביקשו מלך "ככל הגויים", ראו: שמואל א', ח'.

תפישה זו העם עצמו, ובכלל זה האזרחים המרכיבים את העם, אינם יכולים לוותר על זכויותיהם הנובעות מן האוטונומיה שלהם, שכן בבואם לדרוש שנכבד את בחירתם (לוותר על זכויותיהם) מוצאים הם עצמם שוב במצב של סתירה פנימית: אם לאוטונומיה שלהם יש חשיבות (ועל כן עלינו לכבד את בחירתם) כיצד זה במעשיהם מעידים הם שלאוטונומיה שלהם אין חשיבות (בוותרם על זכויותיהם, דהיינו על הביטוי המשפטי לאוטונומיה שלהם)?

דומה שקושי מרכזי יותר נובע ממגבלות כושר השיפוט האנושי. חשיבותה של השאלה "לאיזה בית משפט ישנה סמכות שיפוט" -דהיינו, לאיזו מדינה יש כח לשיפוט - עולה מכיוון שבני אדם מפעילים את כושר השיפוט שלהם באופן המביא בחשבון את ניסיון חייהם המגוון, וטוב שכך. במדינות שונות, בעלות תרבות, היסטוריה ומציאות חיים שונה, יכולים שופטים שונים לגבש הערכות שונות בדבר האופן שבו פסיקה כזו או אחרת תשפיע על היכולת לממש, באופן אפקטיבי, את זכויות האדם עליהן מצווה המשפט להגן. ודוק: איננו נשענים כאן על גרסא פשטנית של טענת הרלטיביזם, על פיה כל שיפוט ערכי-מוסרי הוא בהכרח יחסי, אלא טוענים אנו כי דווקא משום שהמשפט הבינלאומי מציב בגרעינו מספר עקרונות יסוד כלליים-אוניברסליים, יש חשיבות שעקרונות היסוד הללו אכן יבואו לכדי מימוש, ולא יסוקלו עקב הבנה חלקית של תנאי החיים במקום מסוים. זאת ועוד: בסופו של יום, ההצדקה המוסרית בדבר הענקת כח השיפוט לבתי משפט במדינה כלשהי נשענת גם על העובדה שהשופטים הינם אזרחים לכל דבר, והם עצמם כפופים להכרעות הנורמטיביות אותן עזרו לעצב באמצעות הפסיקה, דהיינו באמצעות פרשנות הדין ויישומו לעובדות המקרה. מצב בו שופטים ממדינה אחרת מפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית הינו מצב בו נעדרים השופטים תובנות בסיסיות הנדרשות להבנת השלכות הפסיקה. הם גם לא יהיו כפופים באופן ישיר לתוצאות טעותם, אם יטעו. מצב זה הוא בעייתי.

הדרך להתמודד עם הקושי המתואר לעיל, כך נראה, אינה בנטישת רעיון הסמכות האוניברסלית, משום שנטישה שכזו תותיר את הקהיליה האנושית ללא מנגנון הגנה אשר הניסיון האנושי והתשתית הרעיונית תומכים בנחיצותו. עם זאת, דומה כי נדרש מידרוג: רק אימת שהוכח כי מערכת המשפט, אשר לה קיימת זיקה

טובה לאירוע, אינה יכולה - או אינה מסוגלת - לשפוט את המבצעים, רק אז יש מקום להרמת מסך הריבונות⁸². רק אם הוכח כשל מערכתי, כי אז ראוי - ואף נדרש - לפנות לסמכות שיפוט אוניברסלית ולפתוח שעריה של מערכת משפט של מדינה אחרת, בה לא קיים כשל מערכתי שכזה. במילים אחרות, סמכות השיפוט האוניברסלית הינה סמכות משלימה, בהתאם לעקרון ה-⁸³Complementarity, המוכר במשפט הבינלאומי.

אם אמנם מקבלים אנו מדרוג זה, מצטייר מערך על-פיו רשות שיפוט אחת אינה משימה עצמה מעל רעותה, אלא דווקא עוזרת לה. כך, למשל, כאשר רשויות המשפט בצ'ילה מצאו עצמן מנועות מלבחון את מעשי הסנאטור פינושה - אם משום חוק החסינות ואם משום שהסנאטור נהנה מתמיכת הצבא באופן שבפועל מנע כל אפשרות לדיון שיפוטי עצמאי - באו רשויות המשפט הבריטיות וסייעו למערכת

⁸² בהקשר זה עולה מעמד הסכמי שלום, חנינה, או הסדרי "אמת והשלמה" (truth and reconciliation). האם הסכמים שכאלה כובלים את ידיהן של מדינות שליטות, או שמא נותרת בידן הסמכות האוניברסלית? ניתן לקבוע שלושה מבחנים עקריים: הראשון, הינו בדיקה האם הסכמי שביתת הנשק הללו נערכו תוך משא ומתן אמיתי עם הצד החלש והאם הם נובעים מתוך הסכמה אמיתית לויתור ופתיחה של דף חדש בין הצדדים לקונפליקט. רעיון זה מובא במאמר: E. Benvenisti "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards" 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (Summer 1999) 843. המבחן השני, הינו בחינת סוג החנינה. אם מדובר בחנינה מלאה ללא קשר לחומרת המעשים וללא צורך בהליך בקשת סליחה וברור האמת (בדומה לחוק החונן את פינושה בצ'ילה) הרי שבפועל יכבדו אותה פחות מאשר חנינה הניתנת בעקבות גילוי חרטה אמיתית, דוגמת המודל הדרום אפריקאי. לעניין זה ראו: D. Robinson "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court" 14 *EJIL* 481, 495 (2003). המבחן השלישי בודק את חומרת הפשעים ועד כמה הם מהווים פשעים חמורים נגד האנושות, פשעי רצח עם או פשעי מלחמה. ככל שמדובר בהפרה בוטה יותר של זכויות אדם, כך הנטייה תהיה שלא לאפשר התחמקות מעונש ולאפשר סמכות שיפוט אוניברסלית למדינות. לדעה כזו ראו: N. Roht-Arriaza "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law" 78 *Cal. L. Rev.* (1990) 451, 485. בסירה לאון חתם מוכ"ל האו"ם על החנינה תוך סיוגה כך שאינה תקפה במקרים של השמדת עם, עבירה על המשפט ההומניטרי, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. ניתן למצוא זאת ב: UN Daily Press Briefing 5-7, 7/99 "Globalization of Justice and the Special Court for Sierra Leone's War Crimes" *Emory Int'l L. Rev.* (Spring 2003) 55. דיון בנושא החנינות בהסכמי שלום ניתן למצוא במסמך שהוגש לבית משפט בעניין שרון על ידי The World Organization Against Torture USA, עמודים 14-19. ראו גם: H.J. Steiner "Three Cheers for Universal Jurisdiction- Or Is It Only Two?" 5 *Theoretical Inq. L.* (January 2004) 199, 220-222.

⁸³ להרחבה בעניין עקרון זה ראו: M. El Zeidy "Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law" 23 *Mich. J. Intl L.* (summer 2002) 869. ראו גם: בייקר ובן-ארי, לעיל הערה 37, בעמ' 288-289. עקרון זה מעוגן גם באמנת רומא המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי. סעיף 17(1) לאמנת רומא, לעיל הערה 29.

המשפט הציילאני, משל היו זרועה הארוכה⁸⁴. מצב עניינים זה אינו מעמיד רשות שופטת אחת כנגד רשות שופטת אחרת, אלא רשות לצד רשות, כחלק מאותה רשות שופטת גלובאלית, הניצבת כנגד מחוקקים או רשויות מבצעות שאינן מקיימות את הוראות המשפט הבינלאומי.

קושי נוסף, העולה מהסמכת מערכות משפט "זרות", נובע מהעובדה, שאין אנו מסמיכים מערכת שיפוט אחת בלבד לעזור למערכת הסובלת מכשל, אלא מדובר על מצב שבו כל המערכות מוסמכות. מכאן, בכל אירוע ישנו פוטנציאל להתערבות של מספר רב של מערכות משפט. במקרה פינושה, למשל, הוגשו מספר תלונות במספר מדינות שונות, כפי שמעידות בקשות ההסגרה השונות⁸⁵. גם כנגד שרון הוגשו, בגין אותה מסכת עובדתית, מספר תביעות שונות במספר מדינות שונות⁸⁶. אמנם, עד כה המדובר רק במדינות אירופאיות, אך אין מניעה תיאורטית מהגשת תביעות בכל מדינה שהיא⁸⁷. כיצד נמנע מניפולציות בבחירת מקום הגשת התביעה (forum shopping)? ודוק: בבחירת מקום התביעה אנו בוחרים גם את דיני הראיות והפרוצדורה, ואת לצד ניסיון חייהם והשקפות עולמם של השופטים⁸⁸. אנו ניצבים, אם כן, בפני האתגר של מניעת מרוץ סמכויות, ופסיקות סותרות. יתרה מכך: עלינו לפעול על מנת למנוע מאותן מדינות, אשר בעצמן אינן מגינות על המשפט

⁸⁴ טיעון זה בא לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בדיון שנערך בגילוי מצבו הרפואי של פינושה למדינות שביקשו את הסגרתו. בפני השופטים עמדו התחייבויות סותרות של הממשל הבריטי: התחייבות שנטל על עצמו שר הפנים בפני פינושה לשמור על חסיון תוצאות הבדיקה, והתחייבות של מדינת בריטניה בהתאם להסכם ההסגרה שסוג כזה של מידע יועבר למדינות המבקשות הסגרה. בסופו של דבר הנימוק ששכנע את בית המשפט נשען על הבנתם את תפקידם כורוע של הרשות השופטת הבינלאומית: בית המשפט טען שמכיוון שיש סיכוי סביר שפינושה לעולם לא יועמד לדין אם יחזור לצילה, יש חשיבות רבה שהמדינות המבקשות את הסגרתו אכן ייווכחו כי בפני שר הפנים הבריטי היה מידע אמין כי מצבו של פינושה אינו מאפשר העמדתו לדין ולפיכך הסגרתו. רייכמן, לעיל הערה 28, עמוד 98, הערת שוליים 142 וההפניות שם.

⁸⁵ ראו דיון בסוגיית החיסיון הרפואי של פינושה: רייכמן, לעיל הערה 28 בעמ' 97-98, הערות שוליים 141-142 וההפניות שם.

⁸⁶ כך, למשל, הוגשה תביעה נוספת כנגד שרון בשבדיה. החלטת בית הדין הבלגי ניתנה ביום 23 באוקטובר 2002. התובע, Tomas Lindstrand, החליט שלא להמשיך בהליך נגד שרון, משום בעיית איסוף ראיות הנוגעות לפשעים שבוצעו, לכאורה, בגדה המערבית ובעזה. לקוח מתוך ראיון שערכנו עם עו"ד עירית קאהן, מנהלת המחלקה הבינלאומית בפרקליטות בתאריך ה-03.11.03.

⁸⁷ הבעייתיות לעניין זה הינה כפולה: אין מדובר רק על הגשת תביעות כנגד אותו נתבע במדינות שונות, כי אם 'פיוור' תביעות כנגד נתבעים שונים במדינות שונות, העוסקות בנושאים זהים. במקרים שכאלה אנו מסתכנים בפסיקות סותרות במדינות השונות, שהינן תלויות תרבות, השכלה, נקודת השקפה שיפוטית ופוליטיקה, ביחס לאותה מערכת עובדתית.

⁸⁸ לדיון כללי בנושא ראו: א' ברק שיקול דעת שיפוט (1987).

הבינלאומי ביחס לאזרחיהן שלהן - מדינות שלגביהן היינו אומרים כי מתקיים כשל מערכתי - מלקנות סמכות לדון פשעים המתבצעים במדינה אחרת. לו לא נמנע מצב עניינים זה, עלולים אנו לסכל את התכלית העומדת בבסיס הענקת סמכות השיפוט האוניברסלית, שכן השימוש בסמכות זו עלול להיות לצרכים החיצוניים לרציונאל הענקת הסמכות - צרכים המכוונים לעיתים "פוליטיים". שימוש שכזה מזכיר לנו את חשיבותה של הריבונות, דהיינו של הגנתה של מדינה אחת מהתערבותה הלא רצויה (והלא מוצדקת) של מדינה אחרת.

מבחינה רעיונית, אין בנמצא פתרון קסם לשאלות אלו. פתרון אפשרי אחד מצוי ביצירת אורגן בינלאומי יחיד ועליון נורמטיבית, אשר ירכז בידי את הדיון בהפרות גרעין המשפט הבינלאומי על-ידי יחידים, כל אימת שמדינה בעלת זיקה קרובה לאירוע אינה מסוגלת - או אינה רוצה - למלא חובתה. אורגן שכזה הוקם, כאמור, בדמותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. ואולם, האם בהקמתו התייתר הצורך בקיום סמכות שיפוט אוניברסלית בידי מדינות?⁸⁹ לדעתנו, כפי שיובהר להלן, התשובה שלילית.

ראשית, ככל שמדובר בבית הדין הפלילי הבינלאומי, הרי שהתשתית לפעילותו של בית הדין הינה בעיקרה הסכמית: על מנת שבית הדין יוכל להפעיל סמכותו כלפי מדינה מסוימת, צריכה המדינה, אשר בשטחה בוצע הפשע, או מדינת האזרחות של הנאשם, להסכים כי בית הדין יפעיל סמכותו.⁹⁰ הסכמה כזו יכול שתהיה על דרך חתימה על האמנה ואישרורה, פעולות שמשמען כי ההסכמה תקפה מרגע האישרור

⁸⁹ לדיון בעניין התחרות בין סמכות שיפוט אוניברסלית מדינתית לבין סמכות שיפוט אוניברסלית בינלאומית ראו: P. Sands "International Law Transformed? From Pinochet to Congo..." 16 *Leiden J. Int'l L.* (2003) 37. החושש מסמכות שיפוט מדינתית אוניברסלית, ומעדיף שלא לראות מעורבות בינלאומית פוליטית במסווה של משפט: H. Kissinger *Does America need a foreign policy?: Toward a diplomacy for the 21st century* (2001).

⁹⁰ סעיף 12 (1) לאמנת רומא. מעניין לראות, כי החוקה דורשת את הסכמת המדינה (שאינה חברה לאמנה) להליך מסירתו של אורח שלה ממדינה חברה לבית הדין, כאשר ההליך עלול לגרום להפרת הסכמים תקפים שבין המדינות. ואולם, כזכור, התיקון לחוק הבלגי משנת 1999 ביטל את דרישת נוכחות הנתבע על אדמת בלגיה (המדינה השופטת). תיקון זה מאפשר, תיאורטית, "לעקוף" את הדרישות המוצבות על ידי חוקת בית הדין הפלילי ולייתר את הצורך בהסגרה, כאשר ניתן לפתוח בהליכים פליליים אף מבלי שיובא הנאשם אל אדמת בלגיה. מטיאס ושרון, לעיל הערה 30 בעמ' 18. לדיון נוסף בבית הדין הפלילי ובסמכויותיו לגבי מדינות שאינן צד לאמנת רומא, ראו גם: Arnaut, לעיל הערה 15, בעמ' 541-544.

ואילריו. מדינות יכולות גם לקבל על עצמן את סמכות בית הדין כשמדובר באירוע נקודתי, דהיינו בבקשה ספציפית מטעם המדינה שבשטחה בוצע מעשה מסוים או אשר אזרח מאזרחיה נאשם בביצוע מעשה קונקרטי⁹¹. מדינת ישראל, כידוע, לא אישרה את האמנה⁹², ובמצב העניינים כיום לא נראה כי תפנה לבית הדין בבקשה כי יפעיל סמכותו לגבי אירוע מסוים. החריג היחידי לכלל הדורש את הסכמת המדינה לסמכות בית הדין מתייחס למצב בו בית הדין מקבל הפניה לדון בעבירה מסויימת ממועצת הביטחון של האו"ם בפועלה מכוח סמכותה לשמור על הסדר והשלום העולמיים כאמור בסעיף 7 למגילת האומות המאוחדות⁹³. מכאן, אנו רואים שמבנה הסמכת בית הדין הבינלאומי אינו מייתר, מבחינה פורמאלית, את הסמכות המצויה בידי בתי משפט מדינתיים, סמכות שאיננה נשענת בהכרח על הסכמה⁹⁴.

זאת ועוד: העבירות שלגביהן מוסמך בית הדין הבינלאומי לשפוט אינן בהכרח זהות לעבירות המצויות בגרעין המשפט הבינלאומי. כלומר, אין חפיפה נורמטיבית בין האמנה המקימה את בית הדין, אמנת רומא, לבין פעולות שיש לאסור עליהן מכיוון שהן מאיימות על המארג המשותף לכל משפחת העמים. מחד - חסרות עבירות מסוימות, ובראשן, עבירת הטרור. מאידך, קיימות עבירות מסוימות, אשר לא ברור כי הן ניצבות באותו גרעין קוגנטי של המשפט הבינלאומי. למשל, העברת אוכלוסיה לשטח כבוש - מה שמכונה גם "התנחלות" - האסורה על פי אמנת ג'נבה

⁹¹ אמנם קיימת אפשרות לסגת מן החתימה, אך נסיגה זו תופשת אף היא פרוספקטיבית בלבד, שנה לאחר מתן הודעה על הנסיגה. ראו סעיף 127 לאמנת רומא.

⁹² סעיף 12 לאמנת רומא. ראו גם: בייקר ובן-ארי, לעיל הערה 37, בעמ' 287-288.

⁹³ ראו באתר האינטרנט של אמנת רומא, לעיל בהערה 29.

⁹⁴ סעיף 13 לאמנת רומא. מועצת הביטחון יכולה להפנות מקרה לדיון בבית המשפט הפלילי לאחר הכרזתה על קיום איום לשלום, הפרת השלום או מעשה תוקפנות (סעיפים 39 ו-42 למגילת האו"ם). מטרת הסעיף היא לאפשר למועצת הביטחון להשתמש בענישה פלילית כאמצעי להשבת השלום והיציבות באזורים שבהם התנהלו סכסוכים מזויינים. ראו: מטיאס ושרון, לעיל בהערה 30 וגם: בייקר ובן-ארי, לעיל הערה 37, בעמ' 286.

⁹⁵ עם זאת, ראוי לציין, כי לתמיכה הנרחבת שהובעה על ידי משפחת האומות בהוקת רומא פוטנציאל להוביל להתגבשות סטנדרטים משפטיים מנהגיים, אשר יחייבו גם מדינות אשר לא הצטרפו לאמנה זו, זאת לאור העובדה כי המשפט הבינלאומי המנהגי נוצר כתוצאה מקיום פרקטיקה ממושכת ועקבית, המלווה בתחושת מחוייבות. פ"ד Lotus, לעיל בהערה 20. ראו גם: North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969,3,43, Opinio juris. באשר לנפקותן של נורמות קוגנטיות, ראו: M.N.Shaw International Law (Cambridge, 4th ed., 1997), 97. עם זאת, לא ברור כי ניתן יהיה להתגבר על דרישת ההסכמה לסמכות השיפוט.

הרביעית⁹⁶, אינה בהכרח פשע המערער את מבנה קהיליית בני האנוש בדומה לפשעים אחרים דוגמת השמדת עם או טיהור אתני, ולו גם לאור העובדה שהתנחלויות ניתן לפנות⁹⁷. פער זה בין הדין הפוזיטיבי המצוי באמנת רומא ובין הרציונאל לסמכות שיפוט על-מדינתית עלול להעמיד את בית המשפט הבינלאומי הפלילי במצב בו תחום עיסוקו מושפע מהפוליטיקה שעמדה בבסיס האמנה שכוננה אותו, במקום שיהא עסוק בהגנה על המארג הבסיסי של משפט העמים. מצב עניינים זה מחדד את הצורך לשמר סמכות שיפוט אוניברסלית בידי המדינות, הן על מנת לטפל באותם פשעים שאינם מכוסים על ידי אמנת רומא, והן על מנת לגבש סטנדרטים אותם נצפה שיפעיל בית המשפט הבינלאומי הפלילי ביחס לעבירות שכן מצויות באמנה המקימה אותו. לדיאלוג מצופה זה נפנה כעת.

ניתן לטעון כי היתרון המרכזי הגלום בהקמת בית הדין - יצירת אורגן אחד, עליון, שידון בפשעים מסוימים - טומן בחובו גם חסרון, בייחוד לאור היותו מבנה היררכי, המציב את בית הדין הבינלאומי בראש הפירמידה. אמנם, סמכותו שיווית: עליו להיענות לבקשת הסגרה אם זו התבקשה ממדינה שיש לה זיקה חזקה לאירוע⁹⁸. עם זאת, פטיקו - בכל הקשור למשמעות האמנה - נועדה להיות מחייבת כלפי כולי

⁹⁶ ישראל הפקידה את כתב האישור לאמנת ז'נבה ביום 6 ביולי 1951.

⁹⁷ נראה, כי האשמה האישית של כל אחד ואחד מן המעורבים בהתנחלות אינה שקולה מוסרית להעמדה לדין של כל אחד ואחד מהמעורבים בפשע כגון עינויים. התנחלות, כך נראה, הינה מעשה שיש לראות במדינה כאחריות במידה רבה לביצועו, ולפיכך הקמת אחריות אישית אינה כה ברורה. דומה כי מבנה העבירה, כפי שמנוסחת באמנת ז'נבה ובעקבותיה באמנת רומא, מתייחס בעיקרו למדינות, אשר מטבע הדברים קובעות מדיניות תכנון ובניה. הקביעה כי אדם הרוכש בית בשטח הנתון לתפישה לחמתית מבצע עבירה באותה משפחת עבירות אליה מתייחס אונס שנעשה במסגרת טהור אתני נראית כקביעה קשה. ואכן, לעמדה זו קיים ביסוס בכתבי המלומדים. דינשטיין, למשל, כותב בספרו "דיני מלחמה" כי מעבר אורחים באופן וולונטרי וחופשי אל השטח הכבוש אינו יכול להיחשב כהפרה של הסעיף ולכן יש לתת לסעיף 49(6) את אותה המשמעות שיש לסעיפים 49(1)-(5), תוך דרישת כפייה מצד המדינה, ראו: "דינשטיין דיני מלחמה" (1983) 226. המלומד פיקטה אינו מתייחס לסוגיה ישירות, אך לשיטתו לסעיף זה יש דווקא משמעות ייחודית: *J. Pictet Commentary - IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War* (1958) 283. המלומד טריפטר מתייחס למעורבות המדינה בהליך ההעברה וההתיישבות כתנאי הכרחי. למרות שלדעתו התנחלות וולנטרית אינה סותרת את סעיף 49, הוא אינו מכריע לעניין אחריותם האישית של המתישבים מקום בו קיימת מעורבות ממשלתית, ראו: *O. Triffterer A Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999) וכן ראו: *Von Glahn Law Among Nations* (7th ed, 1995) 675.

⁹⁸ כך, אם למשל הוסמך בית הדין לדון בנושא מסוים שהועבר עליו ממועצת הביטחון, או אם לבנון או סוריה ביקשו מבית הדין כי יפעיל סמכותו בקשר לאירועים שביצע צה"ל במדינות אלו, ואזרח מאזרחי מדינת ישראל יוצא למדינה זרה החתומה על האמנה המקימה את בית הדין, תוכל עדין ישראל לבקש את הסגרת אזרחיה הנאשמים מאותה מדינה, ובקשתה תגבר על בקשת ההסגרה של בית הדין. במקרה זה תהיה ישראל מחויבת לשפוט אותם בשטחה.

עלמא, ובכלל זה לעניין פרשנות סעיפיה. בכך, מכפיפות למעשה המדינות השונות את מערכות המשפט שלהן - לעניין פרשנות האמנה ובמשתמע גם לעניין פרשנות הדינים הפנימיים אשר קלטו אותה - לאורגן שיפוטי חיצוני, אשר המינויים אליו נשענים בעיקרם על מכלול שיקולים, ובכללם שיקולים גיאוגרפיים ושיקולים של מאזני כוחות יחסיים. כמוכן, אין להטיל דופי באיכות המשפטים שימלאו תפקידי שפיטה במוסד, ואין להטיל ספק בהגיונותם ובמקצועיותם של השופטים ושל התובע הכללי. אך אין זה ברור ומובן מאליו שהמערכת תהיה חפה משיקולים הקרויים "פוליטיים" יותר מאשר מערכות מדינתיות אחרות.⁹⁹

זאת ועוד: היה ומשפטי מדינה מסוימת - ובכלל זה שופטיה - חולקים באופן נחרץ על קביעתו של בית הדין הבינלאומי, כל שנותר להם לעשות הוא לפנות למדינה בבקשה שתיסוג מהאמנה. מעבר לכך, הם ימצאו עצמם כפופים להיררכיה שנוצרה. למרות שבית הדין חסר סמכות לשבת כערכאת ערעור ביחס לבתי משפט מדינתיים, הרי שפסקי הדין של בתי המשפט המדינתיים - היה ויתעלמו מהלכות שנקבעו בבית הדין הבינלאומי - עשויים למצוא עצמם חשופים, באם יועמדו לביקורת בהליכים שיפוטיים עתידיים. כך למשל, פסק דין מזכה שיינתן במדינה מסוימת, עלול, מכיוון שלא קיבל פרשנות של בית הדין הבינלאומי לעניין עבירה המוגדרת באמנה, שלא לזכות במעמד של *res judicata* ואפשר שאף לא יזכה במעמד של "דיון משפטי", לצורך הקמת הגנת הסיכון הכפול. העוצמה, אם כן, מרוכזת, בסופו של יום, בבית הדין הבינלאומי.¹⁰⁰

מערכת ההסמכה המדינתית מהווה מערכת דיפוזית, ולא ריכוזית. בנקודה זו נעוץ חסרונה. ואולם שם מצוי גם יתרונה, שכן על מנת שתפעל, נדרשים השופטים במדינות השונות להתייחס לפסקי הדין של עמיתיהם כפי שהיו רוצים שעמיתים אלו

⁹⁹ הגם ששאיפתן הראשונית של המדינות החברות ב-ICC היתה יצירת פעילות הרמונית ולשיתוף פעולה אפקטיבי, הרי שגם בית הדין הפלילי הבינלאומי חשוף, ככל גוף בינלאומי אחר, למאבקי כוח פוליטיים ולזרמי מערבולות פנימיים, העלולים לטרוד את שלוות השגרה המשפטית ולהפר אותה. יש לזכור, כי לסוגיית הפוליטיזציה שני פנים: זו הפנימית של בית הדין בהאג, וכן זו שבינו לבין בתי הדין המדינתיים. בעניין חקיקה ישראלית בויקה לפעילות בית הדין, ובכללה חקיקה שתכליתה להשתמש בעקרון הסמכות המשלימה לשם מניעת העמדה לדין של ישראלים, ראו: נייר עמדה לוועדת חוקה, חוק ומשפט בעניין ה-ICC, לעיל הערה 37, בעמ' 17. ראו גם M. Hans, לעיל הערה 19, בעמ' 397-402.

¹⁰⁰ סמכותו של בית הדין לשפוט היא רק כאשר מדינה לא מממשת את זכותה הריבונית לתבוע בתחומה, על פי הקריטריונים שמצויים בסעיף 17(1) לאמנת רומא.

יתייחסו לפסקי הדין שלהם עצמם: בכבוד. על מנת שיזכו לכבוד זה, פסקי הדין המדינתיים נדרשים לשכנע.

למעשה, מערכת דיפוזית זו מופקדת בידיהם של שופטי בתי המשפט המדינתיים, ואין בית משפט של מדינה אחת מצוי מעל בית משפט של מדינה אחרת. במצב עניינים זה, ניצבת מערכת המשפט הבינ-מדינתית בפני שתי חלופות: או שהמערכת תפעל בחוסר הרמוניה כללי, או שתתעצב תרבות משפטית, אשר במסגרתה ילקחו פסקי הדין של כל מדינה ומדינה במלוא הרצינות על-ידי הרשות השופטת של כל מדינה אחרת, אגב דיון מעמיק בהנמקת הפסיקה ובטיעונים שהעלו השופטים השונים. אם האפשרות השנייה היא זו שתתממש, נמצא עצמנו ניצבים בפני מערכת בה מתקיימים הליכי שקלא וטריא אמיתיים בין השופטים השונים במדינות השונות. נורמות יזכו, אט-אט, לפרשנות מוסכמת, ולא משום שגוף היררכי קבע שזו הפרשנות המוסכמת, כי אם משום שהשופטים השונים של המדינות השונות השתכנעו כי זוהי אכן הפרשנות המיטבית. ניתן, אם כן, לשרטט מהלך על-פיו גרעין המשפט הבינלאומי, העוסק בהגנה על עצם קיומה של הקהיליה האנושית, יזכה להאחדה בתהליך המושתת על דיאלוג בין בתי משפט מדינתיים, כאשר כל בית משפט מעניק, מצדו, מעמד לפסיקה של בית המשפט המקביל לו במדינה אחרת. תמונת עולם אוטופית-משהו זו מהווה אלטרנטיבה משלימה ומאזנת לפיתוח המשפט הבינלאומי ולאכיפתו באמצעות בית הדין הבינלאומי היררכי. כך, בסופו של יום, שופטי בית הדין הבינלאומי לא יוכלו להתעלם מפרשנות שפותחה גם בקרב עמיתיהם-מקביליהם, שופטי בתי המשפט המדינתיים, היה ותתעורר השאלה בבית הדין לאחר שפתרון התגבש לה בפסיקה הבינ-מדינתית¹⁰¹. על-פי תפישת עולם זו, הרשות השופטת הגלובאלית שהולכת ונוצרת היא רשות מעניינת מכיוון שהלגיטימציה לפעולתה איננה רק הסכמת המדינות השונות באמצעות חתימה על אמנות, אלא גם לגיטימציה הנשענת על יסוד התבונה - reason - במובן זה

¹⁰¹ להרחבת הדין בנושא זה, ראו: רייכמן, לעיל הערה 28, בע' 71.

שההצדקות השונות הטמונות בפסיקות של מרכיבי הרשות, דהיינו בתי המשפט המדינתיים, ניצבות לבחינה מתמדת על ידי השופטים והמשפטנים באשר הם¹⁰². כאמור לעיל, זוהי תמונת מצב אוטופית משהו. אין זה מופרך להניח, שבהעדר גורמים מאזנים עלולה מערכת זו להיכשל, אפילו בתי המשפט המדינתיים יאוישו במיטב השופטים המחוייבים לעקרונות התבונה ולדיאלוג הבינמדינתי המוצע מעלה. כבר נרמז קודם לכן על מנגנון מאזן אפשרי: ההדדיות. היה ובית משפט מדינתי אחד מתעלם מהאופן בו בתי משפט אחרים מפרשים נורמה ספציפית, עלולה גם פרשנותו שלו לזכות להתעלמות בתי משפט אחרים, אשר עשויים להידרש לנושא בהליכים המתנהלים בשטח סמכותם. אולם, אין עסקינן רק במצבים של זלזול או התעלמות, אלא גם בפיתוח הדין גופא. בית משפט שיפתח את סמכותו לשפוט זרים באופן מרחיב, יכול אך לצפות שגם אזרחי מדינתו שלו יחשפו לסמכות שיפוט מרחיבה של מדינות אחרות. כך גם, למשל, בנושא קליטת הגנות הקיימות בדין מקום ביצוע העבירה. שיטת משפט שלא תקלוט הגנות אלו אינה יכולה לצפות ששיטות משפט אחרות, בבואן להפעיל את סמכותם האוניברסלית כלפי אזרחי אותה שיטת משפט, יגלו לב פתוח ונפש חפצה לקלוט את ההגנות של אותה שיטת משפט. מנגנון ההדדיות, אם כן, הוא מנגנון איזון פנימי: נהג כלפי האחרים כפי שתסכים שינהגו כלפיך.

בנוסף למנגנון ההדדיות ניתן להצביע על שני מנגנונים אחרים, האחד קיים ברמה הדוקטרינארית והאחר מן הראוי לפתחו. המנגנון הדוקטרינארי מוכר במשפט הבינלאומי עוד מימיו של גרוטיוס¹⁰³: מדינה המפעילה סמכות אוניברסלית חייבת להסגיר את הנאשם למדינה בעלת זיקה טובה יותר, מסיבות שפורטו למעלה. מנגנון

¹⁰² בהקשר זה יש לציין את דעתו החולקת של A. Cassese בעניין ארדמוביץ'. לטענתו, סמכות השיפוט האוניברסלית צריכה להיות מונחת על ידי המשפט הבינלאומי ולא על ידי משפט מדינתי. Cassese מדמה את הדבר להשתלת איבר (חוק מדינתי) בגוף (משפט בינלאומי). הגוף ידחה את האיבר משום שהוא חיצוני לעקרונות המשפט הבינלאומי. לטענתו, המשפט הבינלאומי מורכב באופן היסטורי ממיזוג של שיטות משפט מדינתיות שונות אולם כיום הוא בעל יישות עצמאית, ייחודית ולא ניתן להחזיר אליו נורמות מדינתיות משיטת משפט זו או אחרת אלא יש לפנות לאמנות ולמנהגים בינלאומיים. ראו: *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22, Sentencing Judgment, 5 March 1998, Trial Chamber II, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese* פסקאות 1-6 לפסיקתו.

¹⁰³ H. Grotius *The Rights of War and Peace* (translated by A.C. Campbell, New York, 1901) 258-259

מאזן זה מאפשר למדינות שבשטחן בוצעה העבירה או שהנאשם הוא אזרח שלהן, לבקש הסגרה על מנת שישפטו את הנאשם בעצמם, בכפוף, כמובן לדרישה שיהיה זה משפט אמת ולא משפט דמה. דוקטרינה ראויה זו אומצה במפורש באמנת רומא, המקימה את בית המשפט בהאג¹⁰⁴.

דוקטרינה שנייה, אותה מציעה רשימה זו, מתמודדת עם הסכנה שיעשה שימוש "פוליטי" בסמכות שיפוט אוניברסלית על-ידי מדינות מסוימות, בהן דעת הקהל עוינת מדינה כזו או אחרת. סכנה זו חריפה במיוחד, כך נטען, במדינות בהן קיימת אפשרות להגשת תלונה פרטית, הנבדקת בתחילה על-ידי שופט-חוקר, אך עם אישורה מתנהלת כהליך פלילי לכל דבר. כך, לדוגמא, בבלגיה. לפי הטענה, אזרחים זרים העוינים מדינה מסוימת יחפשו להם מדינת פורום, בה דעת הקהל תואמת לעמדתם, יגישו תלונה בשטח השיפוט שלה, ובכך יגייסו את מערכת המשפט למאבקם כנגד המדינה אותה הם עוינים. הטענה היא, כי הסדר זה נעדר מגנוני איזון, המוכרים במקרים אחרים בהם מוגשת תביעה בעלת השלכות ליחסי החוץ של מדינת הפורום, דוגמת הדרישה כי היועץ המשפטי לממשלה - או גוף אחר הממונה על ידי הממשלה, דהיינו גוף שאינו אך שיפוטי - יוכל להפעיל שיקול דעת באיזו מידה קיום ההליך השיפוטי במדינת הפורום אכן הולם את האינטרסים של המדינה, מעבר ללחץ דעת הקהל בעת זו או אחרת¹⁰⁵. ברוח זו נשמעו הצעות, כי על בלגיה לתקן את החוק שלה באופן המעניק לנציג ממשלה כלשהו סמכות להפסיק הליך שהוגש בתלונה פרטית¹⁰⁶. עיון נוסף יראה כי דרך זו בעייתית. ראשית, אם אמנם דעת הקהל עוינת, מדוע עלינו לחשוב שנציג הממונה על ידי הממשלה, יהיה חשוף פחות ללחצי

¹⁰⁴ אמנת רומא, סעיף 17(1), מקנה עדיפות לשיפוט מבצע העבירה בתחומי מדינת הזיקה. וסעיף 20-העוסק בסיכון כפול מאמץ את הדוקטרינה, עקרון *ne bis in idem*. להרחבה בנושא עקרון זה ראו:

C. Van den Wyngaert & G. Stessen "The International non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions" 48 Int'l & Comp. L. Q. (1999) 779.; B. E. Berg "The 1994 I.L.C Draft Statute for an International Criminal Court: A Principled Appraisal of Jurisdictional Structure" 28 Case W. Res. J. Int'l L. (1996) 221, 242-43.

ראו גם Bassiouni, לעיל הערה 72, בעמ' 288-289.

¹⁰⁵ לדוגמא, בישראל נדרש היועץ המשפטי לממשלה לבחון את היבט האנטרס הציבורי בהעמדה לדין (מלבד עניין דיות הראיות) לעניין זה: ר' גביון שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק (תשנ"א) 153-163.

¹⁰⁶ מתוך הראיון שערכנו עם עו"ד עירית קהאן, מנהלת המחלקה הבינלאומית במשרד המשפטים בתאריך 03.11.03.

דעת הקהל, או "פוליטי" פחות? לכאורה, יהא הוא אף יותר פוליטי. שנית, הרעיון העומד מאחורי הענקת סמכות שיפוט אוניברסלית, בצירוף פתיחת דלתות המשפט לקובלנות פרטיות, הוא בדיוק להימנע משיקולים העשויים להיות למשטר זה או אחר ביחס לתקינות יחסיו עם המדינה, שאזרח מאזרחיה מואשם בפשעים נגד האנושות. מכיוון שלממשלה עשוי להיות אינטרס שלא להעמיד לדין דיקטטור מסוים - או דיקטטור לשעבר - משום שהעמדתו לדין עשויה, למשל, לסכל חוזים בעלי ערך רב עם מדינת אזרחותו ולפגוע במרקם עדין של יחסי דיפלומטיה, ניתנה אפשרות גם לקובלנה פרטית. דווקא הקובלנה הפרטית נועדה לוודא שהמשפט יילחם כנגד אותם פשעים חמורים, פשעים מהם פוליטיקאים בוחרים, לעיתים, להעלים עין, משיקולי כדאיות אלה או אחרים. הוספת מנגנון איוון פוליטי, אם כן, אינה בהכרח הדרך הטובה ביותר להתמודד עם הבעיה.

אנו מציעים, ששימוש פוליטי בהליכי תביעה יאוזן על ידי הצבת דרישה, לפיה עם אישור התלונה הפרטית על ידי השופט-החוקר, יוודא זה האחרון כי יוגש כתב אישום כנגד כל המעורבים באירוע מסוים¹⁰⁷, ולא רק כנגד אלה שהוזכרו בתלונה הפרטית. עקרון זה - עקרון אי-הסלקטיביות¹⁰⁸ - נועד למנוע מצב, בו תובעים מסוימים מחליטים להתמקד בצד אחד של פרשה מסוימת, מבלי שבפני בית המשפט ניצבת תשתית עובדתית מלאה, ומבלי שבפניו האפשרות לדון באחריותם - ובכלל זה באחריותם היחסית - של כל המעורבים בפרשה. מנגנון זה מהווה מנגנון איוון, משום שלא אחת צדדים רבים מעורבים בפשעים נגד האנושות ובמעשים בעלי דרגת חומרה דומה. כך למשל, הן הבוסנים והן הסרבים ביוגוסלביה, הן ההוטסים והן הטוטסים ברואנדה. במקרים אחרים, קיימת א-סימטריה בין חומרת הפשעים, אך

¹⁰⁷ לעניין הגדרת אירוע מסוים יש לקבוע את הגבולות על פי מבחנים של זמן מקום ואנשים מעורבים. לכאורה, במקרה שרון ניתן להרחיב את "האירוע" גם להחלטה על היציאה למלחמה. אולם, לדעתנו, גם אם המלחמה היתה חוקית וגם אם היתה לא חוקית הרי שיש להגביל ולתחום את מסכת האירועים של סברא ושתילא שהתרחשה בזמן קצר, במיקום ברור ועל ידי מספר מוגדר של אנשים.

¹⁰⁸ יש להבחין בין טענות לעניין הסלקטיביות: ראשית, הסלקטיביות בבחירת הפרשיות שמדינה תבחר להשתמש בסמכות השיפוט האוניברסלית שלה כלפיהן, בחירה המונעת גם משיקולים פוליטיים. ראו: Pita J Schimmelpenninck van der Oije "A Surinam Crime Before a Dutch Court: Post-Colonial Injustice or Universal Jurisdiction?" 14 *Leiden J. Int'l L.* (2001) 455, 458-461. לדעתנו אין מנוס מסלקטיביות שכזו. שנית, עקרון אי-הסלקטיביות המוצע לעיל, אשר מבקש לנטרל חד-צדדיות כשסמכות השיפוט האוניברסלית כבר עתידה להיות מופעלת לגבי פרשיה ספציפית. אי-סלקטיביות זו נועדה להבטיח שכתב האישום עצמו אינו נגוע בשיקולים "פוליטיים", ושבפני האורגן השיפוטי תצטייר התמונה כולה.

עדיין מדובר על פשעים שבוצעו על-ידי שני הצדדים. כך, נראה, המצב במאבק השחורים כנגד האפרטהייד שהונהג על-ידי הלבנים בדרום אפריקה. באמצעות עקרון אי-הסלקטיביות ניתן יהיה למנוע שימוש מוטא בהליכים שיפוטיים של מדינה כלשהי, אשר תתמקד בהאשמת צד אחד בלבד. דרישה זו תוודא, כי השליטה במיהות הנתבעים לא תהיה רק בידיהם של אנשים פרטיים. עם זאת, הדבר לא ייעשה על ידי מתן אפשרות בידי גורם פוליטי, או אפילו פוליטי-מקצועי, לחסום את התביעה, אלא על ידי הליכים מקצועיים המוודאים כי כל הנתבעים הרלבנטיים נמצאים בפני בית המשפט.

אמנם, ניתן לטעון כנגד עקרון זה שהטלת חובה על התובע או על המתלוננים לכלול את כל המערבים עלולה לסכל את מטרת העניין ולהביא לאי-שימוש בסמכות המדינתית האוניברסלית. כמו-כן ניתן לתהות מדוע יש להטיל את נטל החקירה על מדינת הפורום. ולבסוף, מתעוררת סוגיית הקווים האפורים: כיצד נדע שבפנינו כל הנתבעים הרלבנטיים - ונניח שאחד או שניים חסרים? אכן העיקרון המוצע אינו מקל על הפעלת הסמכות האוניברסלית. הוא דורש ממגישי התביעה, הטוענים בשם הצדק האוניברסלי, להראות כי הם אכן מאמינים בעקרון זה, בצרפם גם נאשמים מבני עמם הם, ככל שאלו נטלו חלק בביצוע העבירות. המדינה הפותחת שעריה בפני תביעות אוניברסליות נדרשת לוודא כי מחויבותה לעניין כנה ואמיתית, ואין היא משמשת כזירה להתכתשות פוליטית. ולראיה - מחויבת היא להקדיש מאמצים לחקירה נטולת משוא פנים. ולבסוף, וודאי שהפעלה דווקנית של עקרון זה עלולה להוביל לקיפאון, אם היעדרותו של נאשם אחד מכתב האישום בפרשה רבת משתתפים תשמוט את התביעה כולה. לפיכך יידרש שיקול דעת בכל מקרה לגופו; בעוד שנדרשת נוכחות הדמויות העיקריות, אי נוכחותה של דמות משנית אינו צריך להיות תנאי בל יעבור להשגת צדק. אכן, יש בעקרון אי-הסלקטיביות בכדי לצמצם את הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית, אולם צמצום זה אינו מבטל סמכות זו, כי אם הופך את הפעלתה לאובייקטיבית יותר ומאזן את כוחה הרב בצורה ראויה. מנגנון זה יתווסף, כמובן, למנגנונים קיימים, האמורים לוודא שאכן הפורום הנבחר הוא זה המיטבי בנסיבות העניין לדון בפרשה, וכי לא קיימת מניעה אחרת

לדיון, כגון מעשה בית דין¹⁰⁹. בהקשר זה יש לתת את הדעת - וגם זאת כדי למנוע שימוש בהליכי המשפט שלא למטרות שלשמן נועדו וכדי לקדם ניגוח מדינה זו או אחרת - באשר לשאלה האם יש מקום לפתח דוקטרינות של שיהוי, בכל הקשור להגשת תביעות פרטיות; היה והתובעים הפרטיים מגישים תביעה לאחר זמן רב, יש לבחון שמא אין בהשתהותם כדי לעורר חשש כי ניצלו מומנטום פוליטי מסוים להגשת התביעה¹¹⁰. מנגד, וודאי שאין להשתמש בשיהוי ככלי לדחייה המונית של תביעות על הסף, משום שבמקרים רבים חלוף הזמן הוא-הוא המאפשר לא אחת לקורבנות להתאושש דיים כדי להגיש תביעה. לא כל שכן כאשר הגשת התביעה דורשת איסוף ראיות רב, הנעשה בתלונה פרטית, לא אחת כנגד מנגנוני שלטון שעדיין אוחזים במוקדי הכוח, ולו באופן חלקי ובכלל זה הטלת צל תודעתי מאיים. לסיבות אלו אלה מתווספת התובנה כי במקרים רבים נוכל להיטיב ראות דווקא מפרספקטיבה של זמן ואגב בחינה רטרוספקטיבית של מהלך האירועים.

במקביל למנגנוני האיזון הפנימיים שנדונו לעיל, קיימים גם מנגנונים החיצוניים למשפט הבינלאומי; המשפט הבינלאומי איננו מתקיים בחלל א-פוליטי. מכיוון שמשפט - מעצם הגדרתו כמשפט - כולל שימוש בכח מדינתי, כחלק מהסנקציה המוטלת על המפרים את הנורמה המשפטית על פי פסיקת האורגן השיפוטי, אין אפשרות להתעלם מגבולות האפקטיביות של המשפט הבינלאומי, המוגדרים, בכל רגע נתון, גם על-ידי העוצמה היחסית של המדינות השונות הפועלות בהתאם לכלליו, וליתר דיוק - הפועלות לאכיפתו. הן סמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי והן סמכות השיפוט המדינתית נשענות גם, אך לא רק¹¹¹ על מערכות אכיפה של המדינות השונות, אם בפועלן כיחידות עצמאיות ואם במסגרת היענותן לדרישות מועצת הביטחון של ארגון האומות המאוחדות. זאת ועוד: המשפט הבינלאומי אינו - ואין הוא מתיימר להיות - מערכת נורמטיבית מלאה, המאכלסת תחת כנפיה פיתרון ממצה, מלא ושלם לכל סוגיה. המשפט הבינלאומי מקים מסגרת

¹⁰⁹ שאלה מעניינת היא אם דו"ח ועדת כהן מהווה מעשה בית דין לעניין שרון. ישראל טענה שכן, אך מכיוון שהיועץ המשפטי לא פתח בהליכים ולא ניתן פסק דין בעניין, אין טענה זו נקייה מספקות.

¹¹⁰ במקרה שרון, הוגשה תביעה בשנת 2001, זאת אף שלבית המשפט הבלגי היתה סמכות להעמידו לדין, בהתאם לחוק משנת 1993. מתוך הראיון עם עירית קאהן שנערך ב-03.11.03.

¹¹¹ לעניין זה חשוב לציין שגם במקרים בהם האכיפה היא בעייתית הרי שלפסק דין עצמו ישנן השלכות נורמטיביות, מוסריות וציבוריות חשובות.

מסויימת, אשר בתוכה רשאויות המדינות השונות לפעול בהתאם לאינטרסים שלהן. כך, יכולה מדינה מסוימת להגיב לפסק דין של מדינה אחרת במסגרת האמצעים הדיפלומטיים המקובלים העומדים לרשותה, היה וסבורה היא שהמדינה השופטת נהגה כלפיה באופן שאינו ראוי. כמובן, שבכך נחשפת המדינה לצעדים דיפלומטיים, הן מצד המדינה השופטת והן מצד מדינות אחרות, במסגרת כללי המשחק החולשים על התן-וקח בשוק הבינ-מדינתי.

דוגמה מצוינת למנגנון מאזן זה מצויה בפרשת שרון עצמה. כאמור במבוא, קבע בית המשפט הבלגי כי ניתן להמשיך ולדון בתלונה שהוגשה כנגד בכירים ישראלים, אף אם אינם מצויים בבלגיה. ישראל, כאמור, השיבה בתגובה את שגרירה¹¹². ארצות הברית, אשר הגיעה למסקנה כי בכירה שלה - שאף נגדם הוגשו תלונות - עשויים להיות חשופים להליך דומה, הודיעה, על פי דיווחי התקשורת¹¹³, כי תתנגד לכך שמטה הברית הצפון אטלנטית - נאט"ו - המחודש יבנה בבריסל, מקום מושבו של המטה כיום. דומה שלחץ זה הצטרף לטיעונים המהותיים שהועלו כנגד החוק הבלגי מ-1993, כפי שתוקן מספר פעמים באופן המרחיב את הסמכות האוניברסלית¹¹⁴. בסופו של דבר שינה המחוקק הבלגי את החוק¹¹⁵, דבר שהוביל לבסוף למחיקת התלונה כנגד שרון וכנגד אזרחים אחרים של מדינות דמוקרטיות¹¹⁶. תיקון זה, מן

¹¹² לפירוט ראו לעיל, הערה 5. ראו גם: א' שחר, 'י לוי וס' הנדלר "פרובוקציה שערורייתית של הבלגים. משבר חסר תקדים ביחסי ישראל בלגיה בעקבות הפסיקה נגד שרון" מעריב 13.2.2003.

¹¹³ בעניין איום ארצות הברית בהטלת סנקציות על בלגיה באמצעות הקפאת הכספים למפקדת נאט"ו בבריסל:

National Post (Canada), June 13 2003 (Friday National Edition), U.S Threatens Belgium Over War Crime Law: NATO Meeting: Washington angered By Lawsuits Against Powel, Franks, ;Pauline Jelinek, A.P with files from CanWest News Service .

¹¹⁴ לתיקון לחוק משנת 1999, ראו גרסה באנגלית:

Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law, 1993 (as amended in 1999) (Belgium), 38 I.L.M (1999), 918

¹¹⁵ ראו: ש' שדה "בלגיה תשנה החוק; משפט רק על פשעים הקשורים למדינה" הארץ 23.6.2003. Haaretz Online, מיום 30.07.03 "בלגיה: הפרלמנט שינה חוק פשעי המלחמה" טוכנויות הידיעות. באתר: <http://www.haaretz.co.il/hsite/pages/323807.html>. עוד ראו באתר ה-International Herald Tribune מיום 31 ביולי 2003: "Belgian Law Covering War Crimes is Criticized" (the Associated Press)

¹¹⁶ ביום 26 ביוני 2002 החליט בית המשפט הבלגי לערעורים שלא להעמיד לדין את ראש הממשלה אריאל שרון. החלטת בית המשפט בעניין שרון, שהוגשה למעלה משנה קודם לכן התבססה על נימוק של

הסתם, מעלה בעיות חדשות - למשל: יחס שונה לאזרחי מדינות דמוקרטיות ולא דמוקרטיות, יחס העלול להיתפס כאימפריאליזם משפטי בשם הדמוקרטיה. אך מעבר לשאלת הצדקת תוכן התיקון הספציפי לחוק הבלגי, התבוננות ריאלית על הסמכות האוניברסלית מראה ששיניה אינן כה חדות ורחבות כפי שנדמה ממבט ראשון. במצב עניינים זה, דווקא יתרונותיה של סמכות זו מקבלים חיזוק.

עדיין, אין זה אומר שהשיטה המוצעת כאן - הותרת הסמכות המדינתית האוניברסלית על כנה, כמנגנון המאזן את סמכותו של בית הדין הבינלאומי בהגג - חסינה מביקורת; אין להתעלם מהמתח שבין הטענה כי קיים, מבחינה פוזיטיבית, גרעין של נורמות, הוראות או עקרונות במשפט הבינלאומי, עליו מושתתת קהיליית העמים, ובין קיומם של משטרים, אולי אף משטרים רבים, החולקים באופן עמוק, לכל הפחות על יישומו של גרעין זה במקרים קונקרטיים. לפיכך, שאלת ההסמכה - היכן יתפרש הדין הבינלאומי - הינה בעלת חשיבות רבה. ודוק: כפי שצויין לעיל, סמכות השיפוט האוניברסלית המדינתית אינה הסכמית¹¹⁸. איש לא שאל את ישראל אם בלגיה תוסמך לשפוט את אזרחי ישראל על הפרת הגרעין הנורמטיבי עליו מושתתת, לפי הטענה, קהיליית העמים, אם לאו. חמור מכך: איש לא שאל את ישראל, לצורך העניין, אם בית המשפט באיראן ישפוט את שרון. אמנם, גישתו של בית הלורדים הבריטי מקהה במעט את עוקצו של קושי זה: בית הלורדים ביסס את סמכותו כנגד פינושה - שאחרת היה חסין מפני הליכים בבריטניה בהיותו ראש מדינה לשעבר - על חתימתה של צ'ילה על האמנה נגד עינויים, הנתפשת כחלק מאותו גרעין נורמטיבי¹¹⁸. לאור גישה זו, הרי לפחות כלפי כל המדינות שחתמו על

היעדר זיקה, בהתאם לסעיף 12 לחוק הפרוצדורה המשפטית הבלגית. לפי סעיף זה, לא ניתן להעמיד לדין אדם על עבירה פלילית, או לפתוח נגדו הליכים משפטיים, אם הלה אינו נמצא על אדמת בלגיה. יושם אל לב, כי קביעה זו ממקמת את החוק הפרוצדורלי המדינתי מעל לחוק המסמיך את בלגיה לשפוט אוניברסלית ולהעמיד לדין אזרח של כל מדינה בגין עבירות נגד האנושות, פשעי מלחמה ופגיעה בזכויות אדם. ראו: י' מלמן "ביהמ"ש בבלגיה: שרון לא יועמד לדין על סברה ושתילה" הארץ 27.6.2002.

117 אם הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית מתבצעת מכח מנהג בינלאומי הרי שניתן לטעון שהמשפט המנהגי מבטא את הסכמת המדינות. אולם, מדובר בהסכמה משתמעת כללית ולא הסכמה ברורה כפי שבאה לידי ביטוי בחתימה או באישור אמנה.

118 פרשת פינושה, פסיקתו של הלורד בראון-וילקנסון לעיל, הערה 41, פסקה 67.

האמנה נגד עינויים ואמנות דומות, ניתן לטעון כי קיבלו את עקרון הסמכות האוניברסלית המדינתית. עם זאת, יש לבחון כל אמנה לגופה¹¹⁹.

מבחינה מעשית, הפער האידיאולוגי וחילוקי הדעות בין המדינות השונות מציבים בסימן שאלה את פרויקט הרשות השופטת הגלובאלי¹²⁰, או לפחות מייחדים אותו למשפחת העמים הליבראל-דמוקרטית, הדוברת פחות או יותר אותה שפת זכויות. מיד מתעוררת השאלה: כיצד יש להתייחס לסמכות אוניברסלית המופעלת על-ידי מדינות שאינן דמוקרטיות? מדינות תיאוקרטיות, פשיסטיות או קומוניסטיות? אין להתעלם מכך שקיימת סכנה, אם כן, שהסמכת בתי משפט מדינתיים להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית עלולה להביא להחרפת המתח העולמי, הגם שמטרת הסמכה זו הינה לספק הגנה לקהיליה האנושית מפני מעשים שחותרים תחת קיומה. לקושי זה, כך נראה, אין פתרון, זולת התקדמות איטית וזהירה בהפעלת הסמכות הבינלאומית המדינתית, באופן שאכן ישכנע את השופטים במדינות השונות - בלא יוצא מן הכלל - שעסקינן בנורמות המשותפות לקהיליה האנושית באשר היא.

¹¹⁹ עם זאת, יש לתת את הדעת שאמנת ג'נבה הרביעית, למשל, לא כוללת הסמכה אוניברסלית, ולפיכך קשה לטעון שישראל קיבלה על עצמה סמכות שיפוט שכזו. אמנם, אם האמנה מנהגית - עניין לגביו בית המשפט הישראלי חווה דעה שלילית, אך עמדה זו אינה נקייה מספקות - כלליה נקלטו בשיטות המשפט המדינתיות השונות, אך עדיין אין זה אומר בהכרח כי מתקיימת סמכות שיפוט אוניברסלית המעניקה לבית המשפט של המדינות השונות סמכות שיפוט.

¹²⁰ לדעתו של A. Cassese בית המשפט בבלגיה צדק כשקבע שלשרון יש חסינות. לפי פרשנותו, מדינה החתומה על אמנת רומא מתירה להסיר את החסינות של ראש המדינה שלה כשהתביעה מגיעה ל-ICC. אולם, לאור העובדה שישראל אינה חתומה על האמנה הרי שחסינותו של שרון אינה מוסרת מכח סעיף 27(2) לאמנה. על כן, ייתכן שלבלגיה ישנה סמכות שיפוט אוניברסלית אולם אין לה יכולת להפעילה בשל החסינות שמדינת ישראל לא ויתרה עליה. לדעתו, עדיף להשתמש בסמכות השיפוט של ה-ICC וה-ICJ מאשר בסמכות שיפוט אוניברסלית מדינתית כל עוד הדבר אפשרי. ראו: A. Cassese "The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: the Sharon and Others case" *ICJ* 1.2 (August 2003) 437. לדעתנו, יש להבחין בין רעיון החסינות לסמכות השיפוט האוניברסלית של מדינה. ייתכן בהחלט מצב בו יש סמכות שיפוט אוניברסלית אולם כשהמקרה יגיע לבית המשפט יקבע שישנה חסינות במקרה הספציפי. סמכות השיפוט האוניברסלית אינה נסוגה מפני החסינות אלא מהווה נושא נפרד לדיון.

במקום סיכום

בסופו של דבר, כאמור, בית המשפט העליון בבלגיה ביטל את התלוונות כנגד שרון ובכירים ישראלים אחרים, בעקבות התיקון לחוק הבלגי¹²¹. עם זאת, תלוונות דומות אפשריות במדינות אחרות, בהן מתיר החוק, אם לא מחייב, קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית גם כנגד מדינות דמוקרטיות¹²². ברשימה זו ניסינו לטעון, כי באופן עקרוני, קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית, הבאה להגן על ערכי יסוד המצויים בבסיס המשפט הבינלאומי, איננה רעיון כה רע כפי שעשוי היה להשתמע מתוך חלק מן התגובות להליך שהתנהל כנגד שרון. הסמכת בתי משפט מדינתיים ליטול חלק באכיפת המשפט הבינלאומי ובפיתוח הדין הבינלאומי משתלבת עם מגמות העולות מלקחי ההיסטוריה ומהתשתית הרעיונית שביסוד המשפט הבינלאומי, ומעודדת את מדינות העולם להטות כתף למאמץ קולקטיבי גלובאלי ראוי. יש לקוות כי הסמכה שכוו תחזק, תשלים ותאזן את המוסדות בינלאומיים ובראשם בית הדין הפלילי הבינלאומי¹²³. עם זאת, אין לראות בהסמכה זו כנעדרת גבולות, או כ"הסמכה פתוחה"; לפיכך, ניסינו להציג ברשימה זו מספר עקרונות מסייגים.

לאור עקרונות אלו נראה, כי אמנם התביעה בבלגיה נגד שרון, כפי שהתנהלה, הייתה בעייתית, אולם בעייתיות זו לא נבעה בהכרח מן הנימוקים הפורמאליים שהעלתה מדינת ישראל. ראשית, מדינת ישראל חתומה על האמנות המקימות את

¹²¹ ראו: ש' שדה "בית המשפט העליון בבלגיה: שרון כראש הממשלה נהנה כרגע מחסינות" הארץ 13.2.2003.

¹²² למשל ספרד, איטליה ובריטניה. לקוח מתוך ראיון שערכנו עם עו"ד עירית קהאן ב-03.11.03.

¹²³ זאת ועוד: ראוי לשים אל לב, כי יימצאו מצבים בהם קצרה ידו של ה-ICC מלרכוש לעצמו סמכות שיפוט על פי אמנת בית הדין. במקרים כגון אלה, טוב וראוי הוא כי יידעו מפרי החוק הבינלאומי ההומניטארי ופורעיו, כי יש מי שביכולתו למצות עימם את הדין. כפי שמובהר במאמרו של Arnaut, לעיל הערה 15. קיימים מצבים בהם ימצא עצמו ה-ICC 'קצוץ כנפיים' ונטול כל יכולת למצות את הפוטנציאל האדיר הטמון בו, לאור היעדר סמכות שיפוט. כך, למשל, אין בית המשפט יכול להפעיל סמכות שיפוט על מעשה שבוצע על ידי מדינה שאינה חברה, על אדמתה היא (בלא הסכמתה לשיפוט אד-הוק) ובלא הפנייה על ידי מועצת הביטחון (המעניקה, כזכור, סמכות שיפוט ל-ICC במקרים מיוחדים).

מספר דוגמאות מן התקופה האחרונה ממחישות את הבעייתיות הפוטנציאלית: אחת מהן היא דוגמת הפעילות העיראקית כנגד הכורדים, אחרת הינה זו של המקרה הסרבי. לאור זאת, אף שאפשר שתהיינה השגות באשר ליתור הבלגי על דרישת הנוכחות בתיקון לחוק משנת 1999, הרי שסמכות השיפוט שבידיו עשויה לשמש כזרועותיו הארוכות של בית המשפט, כשהוא נטול יכולת לפעול.

הפשעים שבגינם הואשמו הבכירים הישראלים. בכך מוקמת, לפחות באופן חלקי, תשתית המכפיפה את ישראל לעקרונות היסוד של הדין הבינלאומי, ובכלל זה לעקרון האומר "שפוט, הסגר או קבל עולה של סמכות אוניברסלית ביחס לאזרחיך", עקרון שאפשר לקוות שיתגבש במשפט הבינלאומי. אמנם, נראה כי התובעים נקטו בשיהוי רב; אמנם, ישראל טענה למעשה בית דין מסוים, בדמות החלטת ועדת כהן¹²⁴. אכן, נימוקים ישראלים אלו תקפים, אך כוחם המשכנע אינו חד משמעי. לעניין השיהוי - ובהתחשב בכך שהחוק הבלגי הורחב רק ב-1998 - דומה שהגשת התביעה אינה עד כדי כך מרוחקת בזמן, ודאי לא ביחס לבקשת ההסגרה שהוגשה לבריטניה בגין מעשיו של פינושה, שהתרחשו בחלקם בשנות השבעים. מעמדה של החלטת ועדת כהן לעניין מעשה בית דין אינו נקי מספקות, וטענת הסיכון הכפול, בה לכאורה עמדו שרון ובכירים אחרים, אינה נקייה מספקות אף היא¹²⁵.

נימוק אחר התומך בעמדה הישראלית הינו בעל כח שכנוע רב יותר, אם כי לא בהכרח קונקלוסיבי: כפי שנטען ברשימה זו, ראוי לדרוש כי תנאי להפעלת סמכות שיפוט מדינתית אוניברסלית הוא הוכחת כשל מערכתי. נדרש להראות העדר יכולת משפטית או פוליטית, או העדר רצון של מערכת המשפט המקומית להתמודד ללא משוא פנים עם תביעות פליליות (ואולי גם אזרחיות), העולות מאירוע, אשר לכאורה כרוך בביצוע עבירות על גרעין הדין הבינלאומי. אין מחלוקת - ואף יהיה זה לא רציני לטעון - כי בישראל קיים כשל מערכתי הדומה לזה שהיה קיים בצ'ילה תחת פינושה או ברואנדה בעת מלחמת האזרחים. בהקשר זה, דווקא לוועדת כהן נודעת משמעות, שהרי הנה הקימה מדינת ישראל ועדת חקירה עצמאית, שאינה מהססת לקבוע מסקנות אישיות, אם כי לא דנה באחריות פלילית. וודאי שבית המשפט העליון, בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק, פותח דלתותיו ומבטיח משפט צדק, כפי שמעידים מספר פסקי דין בהם ביקר בית המשפט את שיקול דעתו של היועץ המשפטי שלא להגיש כתבי אישום¹²⁶, ואף הרשיע במקרים מסוימים בהם הוגשו כתבי אישום.

¹²⁴ דין וחשבון ועדת-החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות (התשמ"ג), בתוך: ספר יצחק בהן (בעריכת מ.אלון, מ.בן-זאב, א.ברק, נ.ליפשיץ, מ.לנדוי, 1989) 119.

¹²⁵ השוו לעניין זה את טענת הסיכון הכפול בפרשת רואנדה, באתר: <http://www.ictj.org/ENGLISH/cases/Muhimana/decisions/060700.html>

¹²⁶ ראו לדוגמא: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מד(2) 485; בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מג(4) 356.

עם זאת, באופן כללי טרם ניתן להסיר כליל את החשש כי תביעה כנגד ראש הממשלה שרון במדינת ישראל על מעשיו בלבנון תהיה מחוץ להישג ידה הפוליטי של מערכת המשפט בישראל. לא ברור אם מנקודת משפט בינלאומית מדינת ישראל יצאה ידי חובתה להראות כי ניתן לתבוע בבתי המשפט המדינתיים שלה, באמצעות קובלנה פרטית או תביעה פרטית, את ראשי המדינה - לא רק באופן תיאורטי, אלא גם באופן מעשי. אולם, לפי האמור ברשימה זו, נטל ההוכחה הינו על התובעים, ונראה כי יתקשו לעמוד בו, לא כל שכן כאשר כלל לא ניסו להעמיד את תביעותיהם לבירור משפטי בישראל. מוטב היה לו ביקש בית המשפט בבלגיה מן התובעים להראות כי כשלו בניסיונם לאכוף את גרעין המשפט הבינלאומי בישראל, טרם שיקבע כי יש לו סמכות לדון בעניין.

דומה, שהנימוק החזק ביותר כנגד אופן התנהלות ההליך בבלגיה נעוץ בסלקטיביות שבו לקה. המבצעים העיקריים של המעשים - אנשי הפלנגות הנוצרים - לא צורפו לכתב התלונה; גורמים פלשתינים, אשר לגביהם נטען כי התעללו באופן עקבי ובמשך שנים בתושביהם הנוצריים של אזור הדרום (התעללות אשר הובילה לאיבה בין הנוצרים לפלשתינים המוסלמים), אף הם לא הופיעו כנאשמים. גורמים סוריים, אשר נטען כי עמדו מאחורי הפיצוץ אשר גרם להרג רבים, ובהם באשיר ג'ומייל, ראש ממשלת לבנון הנוצרי¹²⁷ - הרג אשר עמד בבסיס הנקמה האכזרית שביצעו הנוצרים במוסלמים במחנות הפליטים - אף הם לא נזכרו בקובלנה. כך, הגורמים היחידים שהוזכרו היו קציני צבא ההגנה לישראל ושר הביטחון דאז. מצב עניינים זה לוקה בסלקטיביות גלויה ומונע מבית משפט הבא להפעיל את סמכות השיפוט האוניברסלית את האפשרות לראות את האירוע במלוא מורכבותו. במצב דברים שכזה, על פי המומלץ כאן, היה על מערכת המשפט הבלגית להסמיך את השופט החוקר ליישם אחת משתי אפשרויות: האחת, לבקש מהתובעים לתקן את כתב התביעה (ובכלל זה, אם ברצונם, לחזור בהם מתביעתם הסלקטיבית), והשנייה - להוסיף בעצמו נאשמים אחרים. מכיוון ששתי אפשרויות אלו לא בוצעו, אכן לא היה מקום להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית כנגד שרון וקציני צה"ל לשעבר לפיכך

¹²⁷ ראו: דין וחשבון ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות (התשמ"ג), לעיל הערה 124.

ניתן להצדיק את ההחלטה הבלגית, אשר אמנם נבעה ככל הנראה ממניעים אחרים¹²⁸, למחוק את התביעה.

¹²⁸ אמנם, במידה רבה, מסכת הלחצים שהופעלו על בלגיה- בעיקר מצידן של ישראל וארצות הברית- הם שדחקה אל קרן זווית והמחישו לה כי החוק, במתכונתו הרחבה, עלול להפוך את מדינתם לזירת התגוששות ולפלטפורמה ל"סגירת חשבונות" בין כוחות פוליטיים, שאין להם דרך חלופית ללחום את מלחמתם או לגמול למי שלדעתם ראויים לכך. עם זאת, נראה כי מודעותה של בלגיה לאפשרות פגיעה במעמדה הדיפלומטי, לצד אפשרות ביצוע תהליך דה-לגיטימציה מצדן של מדינות הקהילייה הבינלאומית, הובילה את בלגיה לחידוד יכולת הבקרה העצמית ולראיית הסכנה העלולה להתממש אם תתמיד בנתיב הפעולה בו צעדה. במקרה זה הופעל על בלגיה לחץ פוליטי אפקטיבי אף שניתן לשער, כי גם אם את מקומו של לחץ זה היה תופס החשש כי כלפי בלגיה תופעל סמכות שיפוט אוניברסלית מתחרה - גם אז היתה בלגיה עושה צעדיה מדודים ומרוסנים יותר, ומקפידה על עקרון אי-הסלקטיביות. ראה לדוגמא: ט' צימוקי, א' עמית ובי' ביסמוט "בלגיה תבטל ההליך המשפטי נגד עמוס ירון. הסיבה: לחץ מצד ארה"ב החוששת מתביעות נגד לוחמיה בעיראק" ידיעות אחרונות 15.6.2003.

המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה

יאיר תירוש*

מבוא

ההצדקות לקיומו של צבא במדינה דמוקרטית
ההסדרים המשפטיים במדינות זרות
ההסדרים המשפטיים הקובעים את פעילות צה"ל
סיכום ומסקנות
סוף דבר

מבוא

צבא ההגנה לישראל הוא אחד הגופים המרכזיים במדינת ישראל, ולמעשה, הוא הארגון הגדול ביותר במדינה. גודלו של הצבא והעוצמה הפיזית שלו מקנים לו כוח רב העולה על כוחה של כל אחת מהזרועות האחרות של הרשות המבצעת. כיום מדינת ישראל נמצאת במתח ביטחוני מתמיד, חלקן של רשויות הביטחון הוא

* שופט בית המשפט הצבאי ביהודה. ברצוני להודות לעו"ד מתן גולדבלט שערך את המאמר לפרסום. המאמר מהווה חלק מספר בנושא "דיני צבא", המצוי בהליכי כתיבה, אשר הח"מ לקח חלק בכתיבתו בעת שירותו כמפקד המגמה האזרחית בבית הספר למשפט צבאי. כמו כן, ברצוני להודות לעו"ד אלכס אברבוך, לעו"ד גלעד לין ולעו"ד אייל נון על הערותיהם המועילות לגרסאות קודמות של המאמר.

1 ראו בהקשר זה ס' א' פיירר האיש שעל גב הסוס (ב' קורות מתרגם, 1982) 38. לדעתו של פיירר, לצבא יש שלושה יתרונות מרכזיים על פני ארגונים אזרחיים וציבוריים מקבילים הגורמים לריכוזו של כוח רב בידיו של הצבא: עדיפות בולטת כארגון, מעמד סמלי הכרוך ברגשות עזים וזכות בלעדית להחזקה בנשק. לעניין המרכזיות הכלכלית של הצבא בישראל ראו מ' ליסק וב' קימרלינג צבא וביטחון - מקראה (תשמ"ה) א; פ' זוסמן "מדוע כה קשה עול הביטחון בישראל" בתוך מחיר העוצמה (א' קובר רצ' עופר עורכים, 1984) 17; צ' לניר ביטחון וכלכלת ישראל בשנות השמונים (1985). ראו אף י' זמיר "ביטחון המדינה ושלטון החוק" משפטים יט 17 (1990).

י' תירוש "המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה" משפט וצבא 17 (התשס"ד) 289

כשליש מכלל המשאבים הלאומיים וחלק ניכר מהאוכלוסייה ניתן לגיוס בשעת חירום. אין ספק שבמציאות הקיימת עולה ומתחזק מעמדו של הצבא, והוא זוכה למעמד מיוחד ומרכזי יותר מאשר במדינות דמוקרטיות אחרות.

היקף הפעילות הרחב של הצבא כארגון שפועל כמעט בכל תחומי החיים, ומעמדו המיוחד בישראל מציבים קושי רב בקביעת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לפעילותו ובמציאת מנגנוני פיקוח יעילים של הרשויות האחרות על התנהלותו. קושי זה בא לידי ביטוי בין היתר בהסדרים המשפטיים הבסיסיים הקובעים את מעמדו המשפטי של הצבא, את סמכויותיו, את תפקידיו ואת דרכי הפיקוח של הרשויות האזרחיות עליו בחוק. חיבור זה יבחן את המסגרת המשפטית הכללית לפעילות הצבא בישראל תוך השוואה להסדרים המשפטיים הנהוגים במספר שיטות משפט זרות.² ההתמקדות תהיה בשתי שאלות עיקריות: האחת, כפיפות הדרג הצבאי לדרג האזרחי ופיקוח הדרג האזרחי על הדרג הצבאי, והשנייה, סמכויות הצבא ותפקידיו. אולם תחילה ייסקרו בקצרה ההצדקות המוסריות לקיומו של הצבא במדינה דמוקרטית.

² ראו ג' ברזילי דמוקרטיה במלחמות: מחלוקת וקונסנזוס בישראל (1992); מ' הופנונג בטחון המדינה מול שלטון החוק (1991) 259; ב' נבו וי' שור החוזה בין צה"ל לחברה הישראלית - שירות החובה (2002) 14-12. ראו גם י' פרי "דפוסי הזיקה של צה"ל למערכת הפוליטית הישראלית" בתוך מלחמת ברירה (וי' אלפר עורך, 1985) 31 (שבו נדון בין היתר התפקיד המרכזי שממלאים קציני צבא בדימוס במערכת הפוליטית בישראל).

³ מטרת המחקר היא בחינת ההסדר המשפטי בדבר מעמדו המשפטי של הצבא בישראל בהשוואה להסדרים המשפטיים בשיטות משפט זרות על ידי שימוש בדיסציפלינת המשפט המשווה. ניתוח משפטי חוקתי השוואתי זה ייעשה בהתייחס להקשרים הרחבים החברתיים וההיסטוריים שהובילו להתעצבות ההסדרים המשפטיים. ליתרונות השימוש בשיטת מחקר זו לבחינת התפתחויות חוקתיות ראו א' בסוק "עשור ל"מהפכה החוקתית" - בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית השוואתית" משפט וממשל ו' (תשס"ג) 451, 481-485; ע' זלצברגר ופ' עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259, 281-283; ל' מ' פרידמן "ההיסטוריה המשפטית האמריקנית: עבר והווה" בתוך משפט והיסטוריה (ד' גוטוין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ט) 13; Robert W. Gordon, *Foreward: The Arrival of Critical Historicism*, 49 STAN. L. REV. (1997); John G. Wofford, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, 31 CHI. U. L. REV. 502 (1964).

ההצדקות לקיומו של צבא במדינה דמוקרטית

את שאלת ההצדקה המוסרית לקיומו של צבא כחלק מהזרוע המבצעת במדינה סיכם תומס הובס באומרו כי "Convenants without swords are but words".⁴ נראה כי משפט זה רלוונטי היום לא פחות מבעבר. קיומה של החברה והגנתם של תושביה מחייבים אף היום כי יהיה כוח צבאי הנתון למרותה של הממשלה. פיתוח מודרני של הרעיון הבסיסי של הובס מובא על ידי פרופ' אסא כשר:

בראש ובראשונה חייבת המדינה הדמוקרטית לאזרחיה הגנה של ממש על חייהם מפני סכנות הנשקפות להם מן הכוחות האלימים של מדינות עוינות, בעיקר מן הכוחות הצבאיים שלהן. ראוי להזכיר שהחובה הזאת של המדינה הדמוקרטית, לתת לאזרחיה הגנה של ממש על חייהם מפני סכנות חיצוניות, היא חובה מוסרית, שהרי היא נובעת מן העקרונות המוסריים העומדים ביסודה של המדינה הדמוקרטית. לפיכך חובתה המוסרית של המדינה הדמוקרטית היא לקיים צבא, מערכת מעשית להגנה על חיי האזרחים מפני סכנות הנשקפות להם מכוחות חיצוניים אלימים... חובתה המוסרית של המדינה הדמוקרטית היא, לכן, להלחם, להפעיל כוח, להגיע להכרעה של האויב, כל עוד לא ניתן להגן כראוי על חיי האזרחים בדרך אחרת, ללא הפעלת כוח.⁵

גישה זו מאפיינת את מרבית הוגי הדעות העוסקים בנושא זה. הנטינגטון, שכתב את אחד המחקרים המקיפים בנושא אתיקה צבאית מתייחס אף הוא בכתביו לסוגיה זו ומסקנתו דומה למדי.⁶ לדעתו, אירוע המפתח בהקשר זה הוא הקמתו של הצבא

⁴ האמרה לקוחה מתוך John W. Hackett, *The Military in the Service of the State, in WAR, MORALITY, AND THE MILITARY PROFESSION* 105 (Malham M. Wakin ed., 1986).

⁵ א' כשר אתיקה צבאית (תשנ"ו) 39-40. ראו בהקשר זה אף את דבריהם של קרמניצר ובנדור: "קיום כוח מזוין להגנת המדינה מפני אויבים חיצוניים הוא כורח המציאות": מ' קרמניצר וא' בנדור פירוש לחוק יסוד: הצבא (2000) 13; ואת ערך היסוד הגנת המדינה, אזרחיה ותושביה ב"רוח צה"ל" (פרויקט צבא-חברה כבוד האדם בצה"ל (הספריה לדמוקרטיה, 2001) 35, 35).

⁶ SAMUEL P. HUNTINGTON, *THE SOLDIER AND THE STATE: THE THEORY AND POLITICS OF MILITARY CIVILIAN RELATIONS* (1955). לניתוח גישתו של הנטינגטון ראו גם ש' פישר "מקצועיות, אתיקה והארגון הצבאי - היבטים סוציולוגיים של אתיקה צבאית" בתוך צבא ואתיקה (א) רונן עורך, 1996) וכן נבו ושור, לעיל, הערה 2, בע' 24. לדעתם של נבו ושור, "אין מחלוקת בדבר ייעודו העיקרי של הצבא: קיום כוח לוחם, הפעלתו בשעת לחימה, הפעלתו לצורכי ביטחון שוטף ולצורך כל אלה - גיוס הכוח הלוחם והכנתו הראויה".

המודרני במאה ה-19 כתוצר של מדינות הלאום. מדינת הלאום המודרנית אפשרה, לדעתו, בפעם הראשונה חשיבה מופשטת וכללית על צרכיו של האדם ועל זכויותיו הפוליטיות. על פי תפיסה זו, המדינה המודרנית היא קולקטיב שכל אדם יכול להצטרף אליו אם הוא תורם לטוב המשותף ומקבל את מרות המדינה. בתמורה לכך הוא זכאי לזכויות אזרחיות ופוליטיות. הצבא הוא מכשיר של המדינה שנועד לאפשר לאזרחים הגנה מפני איומים מבחוץ ולאפשר ביטחון שיתופי, שהוא חלק מזכויות היסוד של האזרחים במדינה המודרנית. תפיסה זו הגדירה את בעיית הביטחון כעניין מוסרי המשרת את המדינה בכך שהוא מבטיח את שלום האזרחים כחלק מההסכם החברתי המאפיין את המדינה המודרנית.⁸

גישה דומה ניתן למצוא במשפט העברי, אשר קובע כי יש לצאת למלחמת מצווה כנגד מי שמנסה לתקוף את היושבים בארץ ישראל, ולהכריעו. מצווה זו, כמו המצווה להסיר את הסכנה הנשקפת לעם ישראל כל אימת שקיימת "ואפילו יחיד הנרדף", מתאפיינת אף היא בגישה הרואה בקיומו של צבא חלק מהצורך של המדינה להגן על תושביה. בהתבסס על תפיסה זו מצווה על הכול לצאת למלחמה כללית של "עזרת ישראל מידי צר" לפי צורך ללא הגבלת גיל ואף אם מדובר בהוצאת חתן מחופתו.⁹ יש לצאת למלחמת מצווה במספר מצבים המתבססים כולם על העיקרון של הגנת האזרחים מפני סכנות אלימות:¹⁰

(1) האויב עדיין לא תקף, אך ידוע שבכוונתו לתקוף בעתיד, וההקדמה לתוקפו תחסוך בנפגעים.

⁷ השוו לעמדה המובאת בכתבי אפלטון בהקשר זה כי מי שבחר להיות אזרח לאחר שראה כיצד מתנהלים ענייני המדינה, חייב לציית לחוק ולשאת בחובות של כל אזרח של המדינה. כתבי אפלטון (תשל"ה, כרך א) 252. אפלטון אף מתייחס בהרחבה לסכנות הטמונות בהקמת צבא, לצורך שלא יפגע בשלטון האזרחי ובקושי במציאתם של "כלבים אצילים" שיהיו "נוחים לגבי אחיהם וקשים רק לגבי האויבים". לסקירת גישתו של אפלטון בנושא ראו א' א' כהן הפיקוד העליון (2002) 203. להשוואה ראו גם דיון בסוגיה זו בג' י' זיידמן הזכות לשרת בצה"ל (1996) 27-29.

⁸ עמדה זו מזכירה במידה רבה את תפיסתו של ז'אן ז'אק רוסו בחיבורו על האמנה החברתית (י' אור מתרגם, תש"ז) בע' 46. לפי תפיסה זו, מכוח העמדה שהמדינה שומרת על אזרחיה בכל עת, הם מחויבים להילחם עבורה כשהמולדת זקוקה לכך.

⁹ רמב"ם (הלכות שבת פרק ב' כ"ג וכ"ד); י' קופמן הצבא כהלכה - הלכות מלחמה וצבא (תשנ"ד) א.

¹⁰ ראו קופמן, לעיל, הערה 9, בע' יט וכן "חזון איש" (עירובין, ליקוטים קי"ב (ד)).

¹¹ ראו קופמן, לעיל, הערה 9, בע' ה-ו. ראו גם רמב"ם, הלכות מלכים פרק ט הלכה י"ד, רמב"ן (בראשית ל"ד, י"ג).

- (2) האויב מתקיף את יושבי הספר אפילו לצורך שוד רכוש ישוב אחד, או ידוע שבכוונתו לתקוף שם בעתיד.
- (3) שמירה על הביטחון מפני התקפת אויב בגבולות הארץ או בתוכה.
- (4) אויב מתוך אוכלוסייה זרה שבארצנו מנסה לפגוע בביטחון האוכלוסייה האזרחית.
- (5) האויב מתעתד לתקוף אם לא יקבל שטח מארצנו.
- (6) האויב מנסה להשיג את מטרותיו על ידי שליחת מחבלים למטרות הרס והרג.

הצדקות אלה לקיומו של צבא מאפיינות אף את תפיסתו של דוד בן גוריון, שהניח את היסודות להקמתו של הצבא בישראל. על פי תפיסתו של בן גוריון, לצה"ל משמעות ערכית בגלל ייעודו הגדול: הבטחת קיומו של העם ושלומו. הייעוד הזה "אינו נכס אלא ערך, ערך הערכים, כי בלעדיו אין נכסים ואין ערכים ואין עם..."¹². גישה זו ממשיכה את התפיסה שאפיינה את הפעילות הביטחונית בישראל לפני הקמת המדינה כחלק בלתי נפרד מהמכלול של "חלוציות" ובניית הארץ. כפי שההתיישבות היהודית בארץ דרשה "גאולת קרקע" וכיבוש העבודה, כן דרשה היא הקמת מנגנונים שיבטיחו את הביטחון הפיזי של היהודים בארץ ישראל. הפעילות הביטחונית היא פרי הנסיבות של עוינות הערבים והאלימות שננקטה נגד ההתיישבות הציונית בארץ ישראל כמעט מראשיתה¹³.

¹² י' נבון "עקרונות הביטחון של דוד בן גוריון" בתוך צה"ל בחילו (י' ארז וא' כפיר עורכים, 1983, כרך א - צבא וביטחון) 14. הציטוט מובא על ידי יצחק נבון (ששימש בין השנים 1952-1963 כמנהל לשכתו של בן גוריון) מתוך נאום של בן גוריון בטקס סיום של הפנימייה הצבאית בחיפה בשנת 1961. מעניין להשוות את גישתו של בן גוריון לדברים שאמר בתחילת פעילותו של צה"ל ב-5 לספטמבר 1949 בישיבה 76- של הכנסת הראשונה, שדנה בחוק שירות ביטחון: "... ודאי שיש קשר בין צבא ובין בטחון, וכל זמן שיש סכנת מלחמה בעולם, מצריך הבטחון קיומו של צבא, אך צבא אינו ממצה צרכי הבטחון ובעיית הבטחון מיפה ומעמיקה יותר מבעיית הצבא". נראה כי תפיסתו המורכבת של בן גוריון ביחס להקמת הצבא בישראל מתבטאת בבהירות בנאומו מה-19 ביוני 1948, שבו הוא קובע כי "עצם קיומו של צבא עלול להיות דבר לא דמוקרטי, לא אנושי, לא ציוני ולא סוציאליסטי, כי צבא קיים לשם הרג והרס. אך אין מפלט, צוררינו רוצים להשמיד אותנו ורק בכוח צבא נשבור רצון האויב ויכולתו להזיק לנו". ד' בן גוריון "מה'הגנה במחתרת לצבא סדיר" בתוך בהלחם ישראל (1952) 151.

¹³ לניתוח תפיסת הביטחון לפני קום המדינה בהקשר זה ראו פישר, לעיל, הערה 6, בע' 129-130 ודבריו של בן גוריון בהוראתו למפקדת ההגנה ב-18.6.1947. כפי שהובאו בספרו יחוד ועוד - דברים על בטחון ישראל (1971) בע' 11:

כשהוקם בפעם הראשונה, לפני ארבעים שנה, הכוח המזוין היהודי בישוב על ידי "השומר" היה תפקידו: שמירת הרכוש והנפש במושבות היהודיות מפני גנבים ושוודים ערבים... לאחר מלחמת העולם פורק השומר וקם

לסיכום, חובתה של המדינה להגן על חיי אזרחיה היא הבסיס המוסרי לקיומו של הצבא במדינה. מכאן נובעים סמכויות הצבא, תפקידיו ואופי הפיקוח האזרחי על פעילותו. בפרק הבא יסקרו ההסדרים המשפטיים הנוגעים לפעילות של צבאות זרים ותידון השאלה אם הסדרים משפטיים אלה עולים בקנה אחד עם הבסיס המוסרי לקיומו של הצבא.

ההסדרים המשפטיים במדינות זרות

בריטניה

החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

הנחת היסוד אשר טבועה עמוק במסורת השלטונית הבריטית ומהווה בסיס להסדרים המשפטיים המסדירים את פעילות הצבא בבריטניה, היא עליונות הדרג האזרחי על הדרג הצבאי.¹⁴ מקורה של הנחה זו נובע מהמושכלות הבסיסיים של יסודות המשטר בבריטניה המושרשים בחברה הבריטית. לדעתם של De Smith ו-Brazier, מסורת שלטונית זו היא הערובה לעליונות הדרג האזרחי. כדי לבסס טענה זו הם מסתמכים בין היתר על כך שבמשך יותר מ-400 שנה לא היה ניסיון של הצבא לתפוס בכוח את השלטון בבריטניה, ועל העובדה שלמעט מקרה אחד במחצית הראשונה של המאה ה-19, לא התמנה לראש ממשלה בבריטניה קצין בכיר לשעבר בצבא הבריטי.¹⁵

ארגון ה"הגנה" תפקידו היה הגנה על הישובים היהודיים מהתקפות והתנקשויות ערביות, לא של גנבים ושוודיים, אלא של כנופיות פורעים מוסתים ומודרכים על ידי מרכז ערבי פוליטי.

בע' 42 מובא נאומו של בן גוריון בעת הקמת הנח"ל, ואף בו הוא מתייחס לנושא זה:

בארגון ה"שומר"... היה גלום כבר הגרעין הראשון של צה"ל. מארגני ה"שומר" ככל בני העליה השנייה, ראו בעבודה את המכשיר העיקרי להקמת המולדת, ויחד עם זאת הכירו שכוח מזוין יהודי הוא תנאי הכרחי לבטחון העבודה ולמילוי יעוד העובדים והמתושבים.

S. DE SMITH & R. BRAZIER, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 223 (7th ed., 1994).¹⁴

דה סמית' וברייזר, לעיל, הערה 14, בע' 223. הקצין הבריטי הבכיר היחיד שכהן בתפקיד ראש הממשלה היה הדוכס מוולינגטון במחצית הראשונה של המאה התשע עשרה. הוא מונה שנים רבות¹⁵

עיקריו של ההסדר המשפטי המסדיר את פעילותו של צבא בריטניה כיום נקבעו כבר במחצית השנייה של המאה השבע עשרה¹⁶. הוא התגבש בשני מסמכים משפטיים עיקריים שנוצרו בעקבות התהפוכות השלטוניות במדינה בתקופה זו. המסמך המשפטי הראשון המתייחס למעמדו המשפטי של הצבא בבריטניה ניתן לאחר מלחמת האזרחים הבריטית והחזרתה של המלוכה ועל רקע תוצאותיהן. התקופה שבין פרוץ מלחמת האזרחים להחזרת המלוכה התאפיינה בחוסר יציבות שלטונית, ובמהלכה הוכרו בבריטניה משטר צבאי והוקם צבא קבוע. המדינה חולקה ל- 11 מחוזות, ובראש כל אחד מהם עמד גנרל בעל סמכויות שלטוניות נרחבות. השלטון הצבאי גרם לסבל רב לאוכלוסייה האזרחית ולהוצאה תקציבית שהובילה לנטל מסים גבוה על האזרחים ולשנאה לשלטון המהפכני ולצבא הבריטי¹⁷. לאחר נפילת השלטון הצבאי וחזרתו של המלך צ'ארלס השני היה ברור שיש צורך לבצע רפורמות שלטוניות בנוגע לתפקידו של הצבא. במסגרת רפורמות אלה החליט צ'ארלס השני עם עלייתו לשלטון לפרק את הצבא הקבוע ולהותיר כוח צבאי קטן ביותר. כמו כן, כדי לבצר את שלטונו הוא קבע במסמך רשמי את מעמדו המשפטי של הצבא בבריטניה. במסמך זה, ה- Militia Act 1661, עוגן לראשונה בחוק עקרון עליונות הדרג האזרחי (המלך) על הדרג הצבאי¹⁸:

The sole supreme government, command and disposition
of the militia and all forces by sea and land is, and by the

לאחר שפרש משירות צבאי. דה סמית' וברייזר מציינים כי מאז המאה השבע עשרה היה מקרה בולט אחד בלבד שבו סירבו קצינים בכירים בצבא לציית להוראות הדרג האזרחי: בשנת 1914 חמישים ושמונה קצינים באירלנד, ובכללם גנרל, ביכרו להתפטר מתפקידיהם מאשר למלא את הוראות הממשלה בדבר מדיניותה בעניין צפון אירלנד. ראו שם, בע' 226.

¹⁶ לסקירה היסטורית של התפתחות ההסדרים המשפטיים בדבר הצבא בבריטניה מהמאה השביעית ועד המאה השבע עשרה ראו W.S. Field & D.T. Hardy, *The Militia and the Constitution: A Legal History*, 136 MIL. L. REV. 1-9 (1992).

¹⁷ ראו פילד והארדי, לעיל, הערה 16, בע' 12-15. המחברים מביאים ציטוט המשקף את הלך הרוח בחברה האזרחית בבריטניה בתקופה זו ומבטא את היחס החשדני של האזרחים לצבא ואת השנאה שלהם אליו באותה תקופה: "The Soldier is no longer an injured citizen, he is a danger to the state."

¹⁸ להרחבה ראו A.W. BRADLEY & K.D. EWING, *CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW* 328 (13th ed, 2003); 2(2) _ ANSON, *LAW AND COSTUM OF THE CONSTITUTION*, ch. 10 ().

laws of England ever was, the undoubted right of the crown.

חוק זה הקנה למלך כוח רב ולמעשה, אפשר לו לפקח באופן בלעדי על הקמתו של צבא ולשלוט בו לבדו מבלי פיקוח של הפרלמנט על גודלו של הצבא ועל תפקידיו. יורשו של צ'ארלס השני, ג'יימס השני, השתמש בסמכות זאת, הגדיל את היקפו של הצבא הסדיר באופן ניכר והפנה אותו נגד מתנגדיו הפוליטיים. צעדים אלה היו בין הגורמים להדחתו מהשלטון¹⁹. הדחה זו התבצעה על ידי הפרלמנט הבריטי ללא שפיכות דמים (ומכאן שמה, "המהפכה המהוללת") והובילה להגדלת כוחו הפוליטי של הפרלמנט ביחס למלך.

על רקע זה נוצר המסמך המשפטי הבסיסי השני המתייחס, בין היתר, למעמדו המשפטי של הצבא בבריטניה, הכרות ה- Bill of Rights (1688). מגילת הזכויות הוצאה על ידי הפרלמנט והתקבלה כמחייבת על ידי מלכיה החדשים של בריטניה, ויליאם השלישי ומרי השנייה. היא מגבילה את סמכותו של המלך לקיים צבא בתקופת שלום וקובעת לראשונה את סמכויות פיקוח של הפרלמנט על הצבא. בסעיף הראשון של ההכרזה נקבע בהקשר זה כי

The raising or keeping of a standing army within the Kingdom in time of peace, unless it is with consent of parliament, is against law.

מאז הוצאת מגילת הזכויות אישר הפרלמנט בחוקים המכונים Mutiny Laws למלך לתקופה קצובה של שנה אחת לכוון צבא בבריטניה בתקופות שלום. ללא קיומו של חוק מסוג זה לא ניתן לקיים צבא בבריטניה²⁰. כך יכול הפרלמנט לפקח בצורה יעילה על סמכויות הצבא בדרך של שימוש בסמכות האישור כדי ליצור שינויים בנושאים רבים הקשורים להתנהלות הצבא, כגון מספר החיילים והקצינים בצבא, כללי המשמעת בצבא, דרכי הגיוס לצבא, תנאי השכר של משרתים בצבא ונושאים חשובים נוספים. לצורך כך הוקמה בפרלמנט ועדה מיוחדת שבוחנת

¹⁹ ראו פילד והארדי, לעיל, הערה 16, בע' 12-15. להרחבה ראו גם G. TREVELYAN, THE ENGLISH REVOLUTION (1979).

²⁰ ראו ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 328-329; דה סמית' וברייר, לעיל, הערה 14, בע' 223-224.

בקפדנות את הוראות החוק ונוהגת להתערב בעיקר בנושאים הקשורים לכללי המשמעת בצבא²¹. מתכונת זו של אישור פרלמנטרי לקיומו של הצבא בבריטניה לא השתנתה משמעותית במהלך השנים. עיקר השינויים החקיקתיים היו טכניים במהותם: שינוי ראשון היה איגודם של ה-Mutiny Laws השונים בנוסח משולב ל-Army Act 1881. שינוי שני בוצע בשנת 1917 בעיגון קיומו של חיל האוויר הבריטי בחוק שאינו דורש אישור תקופתי של הפרלמנט, אך הפעלתו של חיל האוויר וכללי המשמעת שבו עוגנו בחוק אחר אשר דורש חידוש תקופתי בדומה להסדר הקיים ביחס לצבא²². שינוי נוסף בהסדר המשפטי היה הארכת תקופת האישור הקצובה בחוק לחמש שנים בשנת 1955²³. עם זאת, אף חוקים אלה חייבו הצבעה בפרלמנט לאישור החוק אחת לשנה, אך כעת אין צורך בחקיקת חוק חדש אחת לשנה, אלא רק בקבלת החלטה להארכת החוק.

בשונה מזרועות הצבא האחרות, הצי המלכותי הבריטי זוכה למעמד מיוחד ונתפס כחלק מהפרוגרטיבה המלכותית. לדעת דה סמית' וברייר, הסיבה לכך היא שהצי אינו נתפס על ידי הציבור הבריטי כחיל שיופעל כמנגנון לדיכוי על ידי המלך, להבדיל מכוחות היבשה²⁴. על כן מעמדו המשפטי אינו מוסדר בחוק מפורש, ולכאורה, אין הוא כפוף לאישור הפרלמנט. עם זאת, כללי המשמעת, המשכורות והתקציב של הצי הבריטי מוסדרים בחוק אשר, בדומה למקביליו בצבא ובחיל

²¹ ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 329..

²² ראו סעיף 1 ל-Air Force (Constitution) Act 1917 וכן 8(2) HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND 510-511 (4th ed., 1996).

הסדר דומה שאינו נדרש נקבע בחוק מיוחד ביחס לכוחות המילואים בסעיפים 1-2 ל-Reserve Forces Act 1980. בדומה לחוק המתייחס לחיל האוויר, חוק זה אינו זקוק לאישור תקופתי של הפרלמנט, אולם כללים רבים המתייחסים לתנאי השירות, לכללי המשמעת ולהסדרים חשובים נוספים בעניין כוחות המילואים מצויים בחוקים המתייחסים למעמד הצבא הסדיר (ה-Army Act 1955 וה-Air Force Act 1955) ודרושים אישור תקופתי של הפרלמנט.

²³ החוקים הבריטים הראשונים שבהם נקבעו אישור שנתי וחוקיהם חדשה אחת לחמש שנים, הם ה-Army Act 1955 וה-Air Force Act 1955. מעמדו המשפטי של חיל הנחתים המלכותי (Royal Marines), שלכאורה, אמור להשתייך לצי הבריטי, הוסדר אף הוא במסגרת ה-Army Act 1955.

²⁴ דה סמית' וברייר, לעיל, הערה 14, בע' 224. דעה דומה מובעת אף אצל O. HOOD PHILLIPS, PAUL JACKSON & PATRICIA LEOLOLD, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 386 (8th ed., 2001).

האוויר, חייב לקבל אישור תקופתי של הפרלמנט הבריטי בהליך דומה לחוקים האחרים.²⁵

הפיקוח האזרחי על פעילות הצבא

כפי שהוסבר לעיל, הפיקוח האזרחי על הצבא בבריטניה מתבצע על ידי שני גופים עיקריים: הרשות המבצעת (בעבר המלך וכיום ממשלת בריטניה) והרשות המחוקקת. פיקוח זה הוא הדוק למדי ומאפשר לרשויות האזרחיות להתערב בנושאים רבים הקשורים לדרך ניהולו של הצבא ולסדרי עבודתו. הפיקוח היעיל על הצבא על ידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת מיתר במידה רבה את הצורך בהקמת מנגנוני פיקוח אזרחיים נוספים בדמות הרשות השופטת ונציב קבילות או מבקר אזרחי של מערכת הביטחון. כך ניתן להסביר את העובדה שאין כיום בבריטניה מוסד מקביל למבקר מערכת הביטחון או לנציב קבילות החיילים, והצעות להקים מוסד כזה לא זכו לתמיכה ציבורית רחבה.²⁶ בצורה דומה ניתן להסביר את העובדה שבתי המשפט אינם נוטים להתערב בנושאי ניהול הצבא מתוך הנחה בסיסית שנושאים אלה מוקנים בהתאם למסורת השלטונית לממשלה (מכוח הפררוגטיבה של המלך) או לרשות המחוקקת.²⁷

הרשות האזרחית העיקרית הקובעת את פעולות צבא בבריטניה ומפקחת על ביצוען היא הרשות המבצעת. סמכויות הביצוע שהוקנו בעבר למלך, נמצאות היום בידי הממשלה.²⁸ סמכותה של הממשלה לעניין הצבא וקביעת המדיניות הכללית לניהולו מסורות לקבינט לעניני מדיניות חוץ ובטחון. בראש הקבינט עומד ראש הממשלה, ובשנת 2001 היו חברים בו גם סגן ראש הממשלה ושרי ההגנה, החוץ,

²⁵ דה סמית' וברייזור, לעיל, הערה 14, בע' 224-225. אישור כללי המשמעת של הצי הבריטי החל רק בשנת 1971 וה- Naval Discipline Act 1957 חייב באישור תקופתי מאותה שנה, בדומה לחוקים המתנייחים לזרועות האחרות של הכוחות המזוינים. ראו ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 329. חיבור זה לא יעסוק במעמדם המשפטי של מספר ארגונים צבאיים נוספים הקיימים בבריטניה, כגון ה-Ulster Defense Regiment וה- Home Guard.

²⁶ ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 332.

²⁷ ראו האלסברי, לעיל, הערה 22, בע' 509 ופסקי הדין המנחים בסוגיה זו: *China Navigation Co. v A-G* [1932] 2 KB 197, *Chandler v DPP* [1964] AC 763, [1962] 3 All ER 142, *Nissan v A-G* [1968] 1 QB 286, [1967] 2 All ER 200.

²⁸ הוד פיליפס, ג'קסון וליאופלד, לעיל, הערה 24, בע' 387.

האוצר והמסחר והתעשייה והשר לענייני שיתוף פעולה בינלאומיים.²⁹ הגוף המרכזי האחראי ליישום המדיניות ולהכרעה בנושאים הקושרים לניהולו השוטף של הצבא הוא משרד ההגנה. בידי משרד ההגנה מרוכזות היום הסמכויות החוקיות ביחס לכל זרועות הצבא. הגוף הביצועי העיקרי במשרד זה הוא מועצה בראשות השר, פקידים אזרחיים המפקחים על פעילות כל אחת מזרועות הצבא וראשי זרועות הצבא.³⁰ סמכויות הרשות המבצעת כוללות בין היתר את הסמכות לפקד על הצבא, לקבוע את תפקידי היחידות השונות בצבא, הרכבן ותחומי אחריותן, למנות קצינים בצבא ולהחליט בדבר אופן פרישת הכוחות.³¹ יצוין כי סמכות ההתערבות של הרשות המבצעת בבריטניה היא רחבה ביותר, לרבות בנושאים ברמה טכנית. דוגמה לכך היא החלטתו של ראש ממשלת בריטניה בזמן מלחמת העולם השנייה, וינסטון צ'רציל, לבטל את הוראת הדרג הצבאי האוסרת על ענידת תגי שרוול יחידתיים בכל יחידות הצבא הבריטי, להוציא יחידות משמר המלכה ופרשי משמר הארמון.³²

סמכות הפיקוח של הפרלמנט מוגבלת, לכאורה, לאישור כינונו של הצבא בתקופת שלום ומתבצעת באמצעות החוקים המיוחדים המתייחסים לצבא הנדרשים לאישור שנתי. עם זאת, הפיקוח של הרשות המחוקקת אינו מתמצה באישור שנתי, ובידיה סמכויות רבות נוספות המאפשרות לה לפקח בצורה יעילה על פעילות הצבא. כך, למשל, בניגוד לנוסח הקבוע במגילת הזכויות, סמכותו של הפרלמנט משתרעת אף על תחומים רבים החיוניים לפעילות הצבא בשעת לחימה. חובת גיוס, למשל, חייבת אישורו של הפרלמנט, ואישור זה ניתן בשתי מלחמות העולם ועד שנת 1960 במספר חוקים.³³ סמכותו של שר ההגנה לגייס כוחות מילואים במקרה של סכנה

²⁹ ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 330-331.

³⁰ במשרד ההגנה ישנם, למעשה, שלושה תפקידים בכירים של גורמים אזרחיים הכפופים לשר ההגנה: שר לענייני הכוחות המזוינים, שר לענייני ציוד ורכש וסגן שר האחראי על מספר נושאים מיוחדים. במועצת המשרד חברים שר ההגנה, השרים הכפופים לו, הרמטכ"ל, שלושת ראשי הזרועות וסגניהם. לכל חיל קיימת ועדה נפרדת שבה יושבים נציגים של משרד ההגנה. לפירוט והרחבה בנושא ראו ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 330; האלסברי, לעיל, הערה 22, בע' 509-510.

³¹ דה סמית' ובריזור, לעיל, הערה 14, בע' 224; עניין *Chandler*, לעיל, הערה 27; האלסברי, לעיל, הערה 22, בע' 509.

³² החלטה מפורסמת זו של צ'רציל מלמדת על מידת הפיקוח של הדרג האזרחי על פעילות הצבא בתקופת מלחמת העולם השנייה בבריטניה. לדיון היסטורי הכולל התייחסות לשיטת הפיקוח הייחודית של צ'רציל על פעילות צבאו ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 114-126.

³³ ה-National Service Act 1948, למשל, אפשר גיוס עד שבוטל בשנת 1960. ראו ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 329.

לאומית או של מצב חירום אחר חייבת אף היא אישור של הפרלמנט תוך חמישה ימים³⁴. החשיבות הרבה של הסמכויות הפרלמנטריות הללו וחוסר היכולת באופן מעשי לצאת למלחמה מבלי שמובטח לממשלה אישור הפרלמנט להפעלתן, מביאים את Ewing ו-Bradley למסקנה הבאה³⁵:

In constitutional theory no consent of parliament is required to send the British armed forces abroad to take part in an armed conflict, or to take part in a United Nations force or for humanitarian purposes. But in constitutional practice, no government could contemplate such action without the support - if not the prior approval - of parliament.

מנגנון פיקוח נוסף שקיים בפרלמנט, הוא ועדת הבטחון ב- House of Commons. ועדה זו מקיימת ביקורת על פעילות הצבא באמצעות חקירות יסודיות של נושאים ספציפיים, כגון הטיפול בתקשורת על ידי הצבא במלחמת פוקלנד, מערך ההגנה הבריטי על איי פוקלנד, התייחסות למיעוטים אתניים בצבא, והתייחסות הצבא לחיילים שחלו בסינדרום "מלחמת המפרץ". ועדה זו מאפשרת קיומו של מנגנון פיקוח נוסף, יעיל ובלתי תלוי על דרכי הפעולה של הצבא ועל המדיניות הנהוגה בו³⁶.

תפקידי הצבא וסמכויותיו

המשפט המקובל הבריטי קובע כי חל איסור על הצבא הבריטי לבצע משימות חיוניות שאינן קשורות באופן ישיר לביטחון המדינה³⁷. כך, למשל, אסור להשתמש בצבא לסיוע בהעברת אספקה או במתן שירותים במהלך סכסוך מסחרי, אלא אם הדבר נדרש לצרכים צבאיים (כגון הסעת רכבת אזורית שבה כוחות צבאיים, או

³⁴ Reserve Forces Act 1996, ss. 52-54.

³⁵ ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 329. השוו לעניין *Nisan*, לעיל, הערה 27, שבו החליט הלורד דינג כי הסמכות לשלוח כוחות לארץ זרה היא באופן עקרוני של הרשות המבצעת וניתן לבצע ללא אישור הפרלמנט.

³⁶ ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 331.

³⁷ ראו 41 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND 27 (4th ed., 1983).

העברת אספקה לשימוש כוחות הצבא). שאלת חוקיות הפעלתו של הצבא לצרכים שאינם צבאיים עלתה לא אחת לסדר היום הציבורי בבריטניה. אחד המקרים המפורסמים ביותר בהקשר זה היה בשנת 1920 על רקע הסכסוך המזוין באירלנד לפני חקיקת ה-Emergency Powers Act 1920. באותו מקרה עלתה שאלת חוקיות הפעלת הצבא לצרכים צבאיים ונקבע בחוות דעת של הפצ"ר בהסתמך על כללי המשפט המקובל כי באופן עקרוני לא ניתן להשתמש בצבא למטרות אזרחיות³⁸.

המשפט המקובל מכיר בארבעה חריגים עיקריים לכלל³⁹. החריג הראשון שהוכר הוא מצב חירום שבו נשקפת סכנה של ממש למדינה או לממשלה. במקרה כזה ניתן להפעיל את הצבא כדי לקיים שירותים שלטוניים חיוניים בעזרתו של הצבא. חוות הדעת האמורה של הפצ"ר קובעת כי במקרה כזה ראוי שהרשות המבצעת תתן הודעה מסודרת שבה תפרט את השירותים שהצבא יבצע.

חריג שני הוא בקשה ממפקד צבאי על ידי גורם ציבורי או אזרחי לסייע בשמירת הסדר הציבורי במקום מסוים. במקרה כזה חייב המפקד הצבאי ליידע את מפקדו ולבקש את אישורו ואת אישור משרד ההגנה לפעולת הסיוע בטרם יתחיל לפעול. אם מדובר בנסיבות קיצוניות ביותר שבהן נדרשת, לדעתו של המפקד, התערבותו המיידית כדי למנוע סכנה לחיים או רכוש, יכול המפקד לפעול על פי שיקול דעתו וליידע בהקדם האפשרי את מפקדו בצבא ואת רשויות המשטרה באיזור.

להבדיל משני החריגים הראשונים, אשר מבוססים על הפעלת הסמכות הפררוגטיבית של הרשות, שני החריגים הנוספים מעוגנים בחוק וזכו לאישורו המוקדם של הפרלמנט. חריג אחד לכלל מעוגן בחוק המילואים, ה- Reserve Act 1980, ומקנה לשר ההגנה סמכות לגייס מילואים כשהדבר נדרש כדי לסייע לרשויות האזרחיות לשמור על שלום הציבור. סמכות זו מוקנית אף לשופט בית משפט שלום,

³⁸ האלסברי, לעיל, הערה 37, בע' 28-27. חוות דעתו של הפצ"ר הבריטי משנת 1920 אומצה על ידי Lord Officers Sir Gordon Hewart and Sir Ernest Pollock. כפי שנראה בהצגת החריגים לכלל, מאז כתיבתה של חוות הדעת עוגנו במספר חוקים סמכויות הצבא לסייע לרשויות האזרחיות. למרות הכלל המוזכר לעיל, בלא מעט מקרים הופעל הצבא למטרות אזרחיות, בניגוד לכללי המשפט המקובל. אחד המקרים הבולטים היה הפעלת כוחות הצבא לריקון פחי אשפה בעת שביתת עובדי הובל בגלאזגו בשנת 1975 לבקשת הרשויות האזרחיות. ביקורת קשה על הפעלת הצבא במקרה זה נמתחה בוועדת הביטחון של הפרלמנט, שאף כתבה דוח המתייחס לנסיבות המקרה. ראו ברדלי ויואינג, לעיל, הערה 18, בע' 331.

³⁹ האלסברי, לעיל, הערה 37, בע' 28-27.

שיכול בצו לאפשר לקצין לגייס אנשי מילואים למטרה זו. סמכות נוספת של הצבא לפעול למטרות אזרחיות מתייחסת למילוי תפקידי שיטור במסגרת המאבק במבריחים לשטח בריטניה. בהקשר זה מקנה ה- Customs and Excise Management Act 1979 לכל קצין סמכות המוקנית לשוטרי לחיפוש, למעצר ולתפיסת טובין וסמכויות נוספות בכל הקשור לעברות הברחה ולעברות נוספות על חוקי המכס. מטבע הדברים סמכות זו רלוונטית לצי הבריטי, אשר מקיים סיורים לאורך חופי המדינה.

סיכום

המשפט הבריטי מתמודד עם השאלות החוקתיות הקשורות למעמדו המשפטי של הצבא מאות שנים. ההסדר המשפטי הקיים נוצר לפני יותר מארבע מאות שנה ולא עבר שינויים משמעותיים עד היום. הוא מבוסס על פיקוח כפול והדוק של הרשויות האזרחיות על פעילות הצבא: הן של הרשות המבצעת והן של הרשות המחוקקת. פיקוח הדוק זה והתלות ההדדית של שתי הרשויות זו בזו בכל הנוגע להפעלת הצבא הן בעתות שלום והן במצבי חירום ובמלחמה מקטין את הסיכוי להפיכה צבאית או לשימוש בצבא למטרות שאינן ראויות. נראה ששיטה זו, שמתאימה למדי למסורת השלטונית הבריטית, מצמצמת במידה רבה את הסיכוי שהצבא יופעל שלא למטרות שלשמן הוקם, ואשר מיישמות את ההצדקה המוסרית לקיומו - הגנה על המדינה. על יסודות המודל של ההסדר המשפטי הבריטי הוקמו צבאות רבים בעולם, וביניהם הצבא האמריקאי, שיידון כעת.

ארצות הברית

החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

בארצות הברית, בדומה לבריטניה, מעמדו המשפטי של הצבא מוסדר בחוק באופן המאפשר פיקוח הדוק של הגורמים האזרחיים על פעילותו של הצבא. שורשיה של גישה זו הוא ביחס החשדני של המייסדים בארצות הברית כלפי הצבא הבריטי שישב מהמחצית השנייה של המאה השמונה עשרה באופן קבוע במושבות

האמריקאיות ללא הסכמת נציגיהן הרשמיים⁴⁰. נוכחותו של צבא קבע בריטי במושבות האמריקאיות עוררה ביקורת ציבורית קשה במושבות בעיקר בשל נטל המסים הכבד שהוטל על המתיישבים למימון שהיית הצבא, והייתה אחת הסיבות לפריצת מלחמת העצמאות האמריקאית. על רקע זה מפרטת הכרזת העצמאות האמריקאית משנת 1776 בצורה ברורה את יחסם של המייסדים האמריקאיים לקיומו של צבא קבע בתקופת שלום בצורה של תלונה כנגד השלטון הבריטי אשר⁴¹

...has kept among us, in times of peace, standing armies without the consent of our legislatures.

עם סיום מלחמת העצמאות הייתה ארצות הברית שרויה במצב ביטחוני קשה, ומרבית מנהיגיה סברו שלמרות התנגדותם המקורית לקיומו של צבא קבוע צורכי הביטחון של האומה החדשה חייבו את כינונו. כך, בוועידה החוקתית הראשונה משנת 1787 לא הייתה מחלוקת בנושא קיום הצבא, אלא ביחס לגודלו ולשליטה בו⁴². העיקרון המנחה בהקמת הצבא האמריקאי היה עליונות הדרג האזרחי על הדרג הצבאי. עיקרון זה נלמד מהמשפט הבריטי, והיה מוסכם על כל המשתתפים בכינון החוקה. תוצאות הוויכוחים היו בקביעה בחוקה של מנגנונים לביזור סמכויות הצבא בין רשויות השלטון השונות (הממשלה, הקונגרס ומושלי המדינות) כדי להבטיח בקרה הדדית ומניעת שימוש לרעה בכוחו של הצבא וכפשרה פוליטית בין גופי הממשל השונים.

בחוקה האמריקאית ניתן למצוא הד לאותם ויכוחים וחלוקת סמכויות בעניין הצבא בין רשויות השלטון⁴³. הסעיף הראשון לחוקה קובע סמכויות נרחבות של הקונגרס ביחס לצבא, כמו הקמת צבא וצי, תקצוב הצבא לתקופה שלא תעלה על שנתיים, קביעת כללים לפיקוד על הצבא ולניהולו והכרזת מלחמה. בכך מוקנה לקונגרס, לכאורה, כוח מרכזי בקביעת אופן פעילותו של הצבא⁴⁴. סעיף 2 לחוקה

⁴⁰ פילד והארדי, לעיל, הערה 16, בע' 18-26.

⁴¹ פילד והארדי, לעיל, הערה 16, בע' 20.

⁴² א' גוטפלד תחילתה של אומה: יישום הרעיון החוקתי בארצות הברית 1776-1800 (ת"א, 1983) 21.

⁴³ פילד והארדי, לעיל, הערה 16, בע' 32-36.

⁴⁴ כאמור בסעיף 1, פסקה 8 לחוקה האמריקאית נקבע כי

קובע בין היתר כי הנשיא הוא המפקד העליון של זרועות הצבא השונות⁴⁵, ובכך ניתנה לנשיא הסמכות לפקד על הצבא ולקבוע את דרכי פעילותו. החוקה האמריקאית מעניקה סמכויות לניהול הצבא גם למושלי המדינות, כגון שליטה משותפת עם הנשיא על כוחות המשמר הלאומי של המדינות השונות וזכות למנוע את הפעלתו מחוץ לגבולות ארצות הברית. אף לרשות השופטת מוקנית סמכות פיקוח על הצבא: סעיף 3 לחוקה קובע כי בתי המשפט הפדרליים מוסמכים לדון בעניינים שביחסי חוץ ומלחמה⁴⁶.

עם זאת, על אף ביזור הסמכויות ביחס לצבא שעולה מהוראת החוקה, קיימת בפועל דומיננטיות ניכרת לנשיא בקביעת פעילותו של הצבא. דומיננטיות זו נובעת ממספר גורמים עיקריים הנוגעים למהות היחסים בין הרשויות השונות בממשל האמריקאי⁴⁷:

(1) הביקורת השיפוטית בסוגיות שביחסי חוץ ומלחמה היא מצומצמת. בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית, לרבות בית המשפט העליון, אינם נוהגים להתערב בסוגיות אלה. הדוקטרינה השלטת היא דוקטרינת השאלה הפוליטית, אשר מורה כי בתי המשפט לא ידונו בשאלות הקשורות לעניינים

הקונגרס יהיה מוסמך:

...

(12) לגייס ולכלכל צבאות, אבל לצורך זה לא יוקצב כסף לתקופה העולה על שנתיים;

(13) לייסד צי מלחמה ולקיימו;

(14) לקבוע כללים לפיקוד על כוחות היבשה והים ולניהולם;

(15) להניח יסוד לגיוסה של המיליציה שתדאג לביצועם של חוקי הברית, שתדכא התקוממויות ושתהדוף פלישות;

(16) להניח יסוד לארגונה, לחימושה ולאמונה של המיליציה, ולפיקוד על אותו חלק של המיליציה שיופעל בשירות ארצות הברית כאשר לכל מדינה ומדינה תשמר הזכות למנות את הקצינים והסמכות לאמן את המיליציה בהתאם לכללים שיקבע הקונגרס;

התרגום מתוך גוטפלד, לעיל, הערה 42, בע' 234.

⁴⁵ בסעיף 2, פסקה 2 לחוקה האמריקאית נקבע כי "הנשיא יהא המפקד העליון של צבא היבשה ושל הצי של ארה"ב, ושל המיליציה של המדינות השונות, לכשתגויס לשירות פעיל למען ארצות הברית" (התרגום מתוך גוטפלד, לעיל, הערה 42, בע' 244).

⁴⁶ גוטפלד, לעיל, הערה 42, בע' 246.

⁴⁷ ראו צ' ה' פריצ'ט החוקה האמריקאית (אריה חשביה מתרגם, 1982) 65-69; קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 17-20; GERALD GUNTHER & KATHLEEN M. SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 371-375 (13th ed., 1997).

פוליטיים כל עוד לא חרגו הרשויות מסמכויותיהן החוקיות. ברוח זו סירבו לא אחת בתי המשפט הפדרליים לדון בשאלת חוקיות יציאת כוחות ארצות הברית למלחמה או חוקיות החלטות הנשיא באשר לדרכי התנהלותו או פעילותו של הצבא⁴⁸.

(2) בפועל נשיאים שונים השתמשו בסמכותם לנהל את הצבא באופן שרוקן מתוכן מעשי את סמכויות הקונגרס בנושאי חוץ וביטחון⁴⁹. הנשיאים הפעילו במקרים רבים את הצבא ללא הסכמה מוקדמת של הקונגרס והעמידו את חברי הקונגרס לא אחת ללא יכולת השפעה ממשית על התנהלות הצבא. בהקשר זה היו לא מעט ויכוחים בין הקונגרס לרשות המבצעת, ושיאם בשנת 1973 בדיון הציבורי הנוקב בעניין מלחמת ויטנאם. מלחמה זו, בדומה למרבית הפעילויות הצבאיות שבהן הייתה מעורבת ארצות הברית, לא אושרה על ידי הקונגרס, ועתירות שהוגשו נגדה נדחו על ידי בית המשפט העליון על פי דוקטרינת "השאלה הפוליטית". על רקע זה התקבלה בקונגרס ה-War Powers Resolution, שתידון בהמשך.

(3) שני שינויים עיקריים במאה העשרים החלישו באופן ניכר את סמכות המושלים לעומת השלטון הפדרלי ביחס לצבא⁵⁰. למעשה, שינויים אלה מאיינים את מידת השליטה של המושלים על המשמרים המדינתיים ועל פעילותם. השינוי הראשון היה בשנת 1933 כאשר הוחל נוהג כי כל האזרחים שגויסו למשמר המדינה, גויסו גם לצבא ארצות הברית. חייל מיליציה שנקרא לפעילות מבצעית פדרלית, שוחרר באופן זמני משירות

⁴⁸ להרחבה בעניין זה ראו L.H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 365-386 (3th ed., 2000); L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, 85 YALE L.J. 597 (1976).

⁴⁹ פרופ' יו מציין כי מאז היווסדה הכריזה ארצות הברית מלחמה בחמישה מקרים בלבד (שתי מלחמות העולם, המלחמה מול ספרד ב-1898 ושתי מלחמות נוספות ב-1812 וב-1848), בשעה שצבא ארצות הברית היה מעורב ביותר מ-125 מבצעים צבאיים מחוץ לגבולות המדינה עד לשנת 1996: John C. Yoo, *The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers*, 84 CAL. L. REV. 167 (1996). להרחבה ראו גם: JOHN H. ELY, WAR AND RESPONSIBILITY (1993); Jane E. Stromset, *Rethinking War Powers: Congress, the President, and the United Nations*, 81 GEO. L.J. 597 (1993).

⁵⁰ קרמניצר ובנדור, *לעיל* הערה 5, בעמ' 19 וכן: Kathleen M. Sullivan, *Who Controls the National Guard? Congress and governors stake their constitutional claims*, 67 DET. L. REV. (1990) 443.

במשמר מדינתו וממעמדו כחייל בו והוכפף לכללי הצבא הפדרלי, שנשלט באופן בלעדי על ידי הממשל הפדרלי. השינוי השני היה בשנת 1987 במסגרת "תיקון מונטגומרי" וכלל צמצום ניכר של סמכויות המושלים לסרב להפעיל את כוחות המיליציה עקב התנגדותם לפעילות המוצעת של הצבא מחוץ לגבולות ארצות הברית. עם זאת, עדיין קיימות סמכויות נרחבות למושלי המדינה ולמחוקקים המדינתיים ביחס למיליציה, למשל אופן הפעלתה, קביעת תקציביה, קביעת דרכי פעולתה ומינוי הקצינים בה. שינויים אלה הפכו, למעשה, את הרשות המבצעת הפדרלית ובעיקר את הנשיא לבעלי סמכות רחבה ביותר להפעלתו של הצבא. סמכות רחבה זו מנוגדת, לדעתם של משפטנים, לכוונת האבות המייסדים של האומה האמריקאית לביזור הסמכויות בין הרשות המבצעת הפדרלית, הקונגרס, בתי המשפט ומושלי המדינות.⁵¹ עם זאת, כוונת האבות המייסדים לקיים פיקוח אזרחי הדוק ושליטה אזרחית כמעט מוחלטת על פעילות הדרג הצבאי נותרה גורם מרכזי בהסדרים המשפטיים המתייחסים לצבא האמריקאי, כפי שנראה להלן.

הפיקוח האזרחי על פעילות הצבא

הגוף האזרחי העיקרי המופקד על פעילות הצבא על זרועותיו השונות (כוחות היבשה, חיל האוויר, הצי וכוחות הנחתים) בארצות הברית הוא משרד ההגנה.⁵² סמכויותיו של משרד ההגנה נובעות מכוחו של הנשיא, אשר משמש בהתאם לחוקה כמפקד העליון של הצבא. הן רחבות ביותר ולמעשה, מאפשרות לו לנהל באופן מעשי את כל ענייני הצבא. לצורך כך מוקנית למשרד ההגנה סמכות לקבוע הוראות

⁵¹ גונתר וסאליבן, לעיל, הערה 47, בע' 371-375; אילי, לעיל, הערה 49.

⁵² 113 USCS §10 וכן 53 AM. JUR. 2d (Military and Civil Defense, 1986) p. 626.

לשינויים שנערכו בחוק הפדרלי במבנה הארגוני של משרד הביטחון והצבא ראו: DoD Reorganization Act 1986

חריג לשליטה המוחלטת של משרד הביטחון האמריקאי הוא משמר החופים. זרוע זו של הצבא האמריקאי נמצאת תחת אחריותו של משרד התחבורה, למעט כאשר הצי נדרש לסיוע של משמר החופים. במקרים אלה היא מוכפפת לפיקוד הצי, אשר נמצא, כאמור, תחת פיקוחו של משרד ההגנה. גם המשמר הלאומי הוא כוח צבאי הנמצא תחת שליטה משותפת של הממשל הפדרלי ושל המדינות. חיבור זה לא יעסוק במעמדו המשפטי המיוחד של גוף זה בשל קוצר היריעה ובשל הרצון להתמקד בדיון בצבא. לעניין זה ראה: 14 USCS §1.

וכללים לניהול הכוחות הסדירים (סמכות מקבילה מצויה בידי הקונגרס). משרד ההגנה קובע את פעילות הצבא אף באמצעות מספר מחלקות שבהן מפקחים פקידיים אזוריים הכפופים לשר ההגנה על פעילותו של הצבא בנושאים שונים: מזכיר המפקח על כוחות היבשה, מזכיר המפקח על פעילות הצי, מזכיר המפקח על חיל האוויר, סגן שר ושורה ארוכה של פקידי ממשל בכירים נוספים המפקחים על פעילות גופים צבאיים שונים. לפקידים אלה סמכויות רחבות ביותר המאפשרות לדרג האזרחי שליטה כמעט מוחלטת על כל הפעילות של הצבא, לדוגמה גיוס, ארגון הצבא, הספקת ציוד לצבא, מחקר ופיתוח למטרות צבאיות, בניית מבנים לצבא, החזקת המבנים הצבאיים, סגירת בסיסים, העברת סמכויות מיחידה צבאית אחת לאחרת, ביטול יחידות צבאיות והעברת בסיסים. הדרג הצבאי האמריקאי כפוף לחלוטין לדרג האזרחי. יושב ראש ועדת ראשי המטות המשולבים (הרמטכ"ל) הוא היועץ הצבאי הראשי של הנשיא האמריקאי.⁵³

לאור הסמכויות הרחבות, לכאורה, של הקונגרס בניהול ענייני הצבא והסמכויות הרחבות המופעלות למעשה על ידי הרשות המבצעת עלתה בספרות המשפטית לא אחת השאלה מי מוסמך לקבוע כללים המחייבים את הצבא כאשר קיימת סמכות מקבילה בחוק לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת.⁵⁴ הדעות חלוקות בשאלה זו. רבים סוברים כי הסמכות היא של הרשות המבצעת כל עוד לא מתקבלת החלטה משותפת של שני בתי הקונגרס ההופכת החלטה זו.⁵⁵ אף אם נקבל את הגישה המכירה בקיומה של סמכות כזו לרשות המחוקקת, מצב עניינים זה מאפשר לרשות המבצעת לנהל כמעט ללא מפריע את הצבא, למעט במקרים נדירים יחסית שבהם קיימת החלטה משותפת של שני בתי הקונגרס. עם זאת, לקונגרס קיים כוח

⁵³ ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 173-174. ברמה העקרונית הוא הגורם הצבאי היחיד המוסמך לייעץ לנשיא האמריקאי.

⁵⁴ ראו JOHN N. MOORE, FREDERICK S. TIPSON, ROBERT F. TURNER, NATIONAL SECURITY LAW 371-375, 817-844 (1990).

⁵⁵ דוגמא להחלטה מסוג זה היא החלטה בדבר סמכויות המלחמה (War Powers), שתידון בהמשך הדיון. ראו גונתר וסאליבן, לעיל, הערה 47, בע' 371-375; אילי, לעיל, הערה 49; יו, לעיל, הערה 49. לדעות אחרות הסוברת שהחלטות מסוג זה אינן בעלי מעמד משפטי מחייב ראו מור, טיפסון וטרנר, לעיל, הערה 54, בע' 857-863.

לא מבוטל במספר נושאים שבהם הוא יכול לפקח ביעילות על פעילות הרשות המבצעת⁵⁶:

(1) התקציב דרוש אישור של הקונגרס. סמכות זו מאפשרת בפועל התערבות ניכרת של הקונגרס בדרכי פעילותו של הצבא ואופן התנהלותו⁵⁷.

(2) הרשות המבצעת רשאית למנות קצין ולקדמו אך ורק באישור הסנאט ובהסכמתו⁵⁸. כשהסנאט בפגרה, אין ביכולתה אלא לבצע מינוי זמני של קצין אשר מתבטל עם כינוס הסנאט אם לא ניתן אישור למינוי. הקונגרס העביר חלק מסמכויותיו בנושא זה לרשות המבצעת בכל הקשור למינוי קצינים בדרגות נמוכות.

(3) סמכות הגיוס לצבא⁵⁹ מוקנית באופן בלעדי לקונגרס, לפי החוקה. למעשה, מרבית הסמכויות בנושא זה הועברו על ידי הקונגרס לרשות המבצעת בחוקים, אך בסמכותו להשיב לעצמו את סמכויותיו המקוריות בכל מקרה שברצונו לעשות כן.

הסמכויות הרחבות של הרשות המבצעת עומדות ביחס הפוך לביקורת השיפוטית המצומצמת של הרשות השופטת על פעילות הצבא. בנוסף לדוקטרינת השאלה הפוליטית ומשמעויותיה שנזכרו לעיל, המדיניות של בתי המשפט היא שלא להתערב בשיקול דעתם של פקידי הרשות המבצעת בכל הקשור להתנהלות הצבא או בשיקול דעתו של הקונגרס בעניינים הנוגעים לגיוס כוח אדם ולקביעת מבנה הצבא⁶⁰.

⁵⁶ רבות מהסמכויות האמורות מופקדות בידי הוועדה המופקדת בבתי הנבחרים האמריקאיים על ענייני הצבא, ה-Armed Service Comitee.

⁵⁷ כאמור בסעיף 1, פסקה 8 לחוקה האמריקאית נקבע כי

הקונגרס יהיה מוסמך:

(12) לגייס ולכלכל צבאות, אבל לצורך זה לא יוקצב כסף לתקופה העולה על שנתיים;

התרגום מתוך גוטפלד, לעיל, הערה 42, בע' 234.

⁵⁸ AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 654. לחשיבות הרבה שראה הנשיא לינקולן בשימוש בסמכות מינוי המפקדים בצבא במהלך מלחמת האזרחים האמריקאית ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 53-57.

⁵⁹ הכוונה היא לגיוס בעת מלחמה או חירום, כדוגמת הגיוס שנערך במלחמת וייטנאם ובמלחמות העולם, להבדיל מהתנדבות לשירות בצבא הקבע או בצבא המילואים. AM. JUR., לעיל 52, בע' 672-676.

⁶⁰ חנקין, לעיל, הערה 48.

כפי שניתן לראות, חלוקת הסמכויות בין הרשויות השונות אינה ברורה וחדה בכל המקרים, וקיימים לא מעט מאבקי כוח בין הרשויות השונות. אחת הדוגמאות הבולטות לעניין זה היא סמכות היציאה למלחמה - war powers. סמכות זאת מוקנית, לכאורה, לקונגרס. בפועל, מאז הקמתה יצאה ארצות הברית ליותר מ-125 מבצעים צבאיים מחוץ לגבולותיה, אולם רק בחמישה מהם הכריזה ממשלת ארצות הברית מלחמה. מאז מלחמת העולם השנייה לא נדרש הקונגרס לאשר יציאה למלחמה באף אחד מהמבצעים הצבאיים של ארצות הברית, למשל מלחמת קוריאה, מלחמת ויטנאם, מבצע "סופה במדבר" והמבצעים הצבאיים בקוסובו, בגרנאדה ובפנמה. הרשות המבצעת משתמשת בסמכותה הכללית לפקד על הצבא בטענה שאין מדובר במלחמה, אלא במבצעים צבאיים מוגבלי היקף והגנתיים באופיים, שאינם דורשים את אישור בתי הנבחרים. העניין עלה לדיון ציבורי במבצעים צבאיים רבים ובתי המשפט דחו את מרבית העתירות בנושאים האמורים בטענה שמדובר בשאלה פוליטית.⁶¹

בסיומה של מלחמת ויטנאם ובעקבות הוויכוח הציבורי בדבר נחיצותה קיבלו שני בתי הקונגרס את ה-War Powers Resolution, אשר מחייבת את הנשיא לקבל אישור של שני בתי הנבחרים להפעלת כוחות צבאיים אמריקאיים מחוץ לגבולות המדינה תוך 60 ימים מתחילת המבצע הצבאי.⁶² אם לא מתקבל אישור כזה, חייב הנשיא לפנות את הכוחות ולהחזירם לארצות הברית בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-30 יום מתום שישים הימים. מעמדה המשפטי של החלטה זו מוטל בספק לאור הוראות החוקה המקנות את הסמכות לפקד על הצבא לנשיא. היא לא הוכרה כמחייבת על ידי הנשיאים השונים של ארצות הברית מאז קבלתה, ואיש מהם לא חתם עליה על מנת להפוך אותה לחוק. למרות זאת וכדי למנוע עימות בין הקונגרס לרשות המבצעת מקפידים הנשיאים האמריקאיים לקבל את אישור בתי הנבחרים לפני פעולות צבאיות מחוץ לארצות הברית. נראה כי נוהג זה לא נובע רק מהרצון

⁶¹ יו, לעיל, הערה 49.

⁶² גונתר וסאליבן, לעיל, הערה 47, בע' 371-375; יו, לעיל, הערה 49; וכן קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 17-19. יצוין כי מחקרים היסטוריים עדכניים מצביעים על כך שבניגוד לתפיסה המקובלת בתקופת מלחמת ויטנאם, לא הכשילה מעורבות רבה של הדרג האזרחי את פעילות הצבא האמריקאי. למעשה, הייתה מעורבות מצומצמת למדי של הדרג האזרחי באופן ניהול המלחמה על ידי הדרג הצבאי. ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 160-168.

למנוע ויכוח פוליטי, אלא גם מצרכים מעשיים, שעיקרם הצורך באישור הקונגרס להקצאת תקציב מתאים ולגיוס כוחות נוספים מעבר לצבא הקבוע. ביטוי נוסף של מדיניות זו הוא ששת עקרונות השימוש בכוח שנקבעו על ידי שר ההגנה של ארצות הברית לעניין הפעלת כוחות אמריקאיים בלחימה מחוץ לגבולותיה. עקרונות אלה, שאין להם מעמד משפטי מחייב, נקבעו בשנת 1984 לאור לקחי מלחמת וייטנאם, ובמידה רבה עד היום הם אמת המידה הראויה שבעזרתה בוחנים קצינים ומדינאים בארצות הברית אם קיימת הצדקה לפעילות הצבא האמריקאי במקרה מסוים.⁶³

תפקידי הצבא וסמכויותיו

החוקה האמריקאית מקנה לקונגרס את הסמכות להשתמש בצבא למספר מוגדר של מטרות שאינן צבאיות. מטרות אלה מוגדרות בסעיף 1 לחוקה באופן הבא:

Provide forth the militia to execute the laws of the Union,
Supress insurrections, and repeal invasions.

החוקים הפדרליים ששואבים את כוחם מסעיף זה, הסמיכו את שר הביטחון לבצע ארבעה סוגים של פעולות כדי לסייע לרשויות אכיפת חוק אזרחיות⁶⁴:

- (1) לספק לרשויות אלה מידע שנאסף במהלך מבצעים צבאיים.
- (2) להשתמש בציוד צבאי ובמתקנים צבאיים.
- (3) להכשיר גופי אכיפת חוק אזרחיים רשמיים ולייעץ להם.
- (4) לתחזק ציוד של גורמי אכיפת חוק אזרחיים ולהפעילו.

ברוח הוראות החוקה אוסר החוק הפדרלי⁶⁵ על השתתפות של הצבא באכיפת חוק אזרחי ומונע מהצבא לסייע לגורמי אכיפת חוק אזרחיים כאשר הדבר עלול לפגע בכשירות של כוחות הצבא.

⁶³ העקרונות הם: האם שליחת כוחות ללחימה בחוץ לארץ חיונית לאינטרס הלאומי האמריקאי; שליחת כוחות חייבת להיעשות בלב שלם מתוך כוונה ברורה לנצח ולהשקיע את המשאבים הדרושים להשגת המטרות; שליחת הכוחות תיעשה רק אם קיימים יעדים פוליטיים וצבאיים שיוגדרו בבירור לפני תחילת המלחמה; בכל שלבי המבצע חובה לבדוק האם קיימת התאמה בין היקף הכוחות, הרכב ופריסתם לבין התנאים והממשל המבצע, ובכל עת יש לשאול האם המבצע מתחייב מהאינטרס הלאומי האמריקאי; חייבת להיות ערובה סבירה לכך ששליחת הכוחות תהנה מתמיכת העם האמריקני ומתמיכת הקונגרס; הפעלת כוחות צבאיים תיעשה אך ורק כמוצא אחרון. ראו בהן, לעיל, הערה 7, בע' 170-172.

⁶⁴ 10 USCS §371-381.

מטרות הצבא מוגדרות בחוק הפדרלי⁶⁵ כך:

It is intended that the Army be capable of preserving the peace and security and providing for the defense of the United States and its territories, as well as occupied areas, supporting national policy, implementing national objectives, and overcoming any nations responsible for aggressive acts that may imperil the peace and security of the United States.

למרות כללים ברורים אלה נעשה לא אחת שימוש בצבא לצרכים אזרחיים שאינם נכללים בהגדרות הנוכרות של מטרות הצבא⁶⁷. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא ביצוע משימות רבות של אכיפת חוק אזרחית במדינות הדרום על ידי הצבא לאחר מלחמת האזרחים. שיאה של התערבות זו היה שימוש בצבא ככוח שיטור במהלך הבחירות לנשיאות ארצות הברית במדינות הדרום. נוצר אז חשש שכוחו של הצבא ינוצל כדי להשפיע על תוצאות הבחירות. הביקורת הציבורית הרבה על פעילותו של הצבא באותה תקופה הביאה את הקונגרס לחוקק חוק פדרלי על מנת למנוע שימוש עתידי בצבא למטרות אזרחיות. ה-Posse Comitatus Act קבע כי למעט במקרים אשר מותרים באופן מפורש על ידי החוקה, אין להשתמש בצבא או בחיל האוויר לצורך השלטת הסדר הציבורי או לשם הבטחת ביצועם של חוקים. החוק קובע כי שימוש בצבא למטרות אלה הוא עברה פלילית, וקובע עונשים על הפרתו⁶⁸:

⁶⁵ 18 USCS §1385.

⁶⁶ ראו AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 629-634 (מקרים שבהם השתמשו בצבא למטרות אזרחיות). להרחבה ראו Matthew C. Hammond, *The Posse Comitatus Act: A Principal in Need of Renewal* 75 WASH. U. L. Q. 953 (1997); Gary Felicetti & John Luce, *The Posse Comitatus Act: Setting the Record Straight on 124 Years of Mischief and Misunderstanding Before any More Damage is Done*, 175 MIL. L. REV. 86 (2003).

⁶⁷ משמר החופים כפוף, כאמור לעיל בהערה 52, למשרד התחבורה ורק בנסיבות מסוימות - לצי. הוא חריג בעניין יכולתו לבצע משימות אזרחיות במהותן. החוקים הפדרליים מגדירים במסגרת מטרותיו ותפקידו גם אכיפת חוק, סיוע לרשויות האזרחיות ואכיפת החוקים הפדרליים בנושאים הקשורים לפעילותו. אחד מתפקידיו העיקריים של משמר החופים האמריקאי הוא סיוע באכיפת החוק לרשויות האזרחיות.

⁶⁸ 18 USCS §1385.

... except in cases and under circumstances expressly authorized by the Constitution or Act of Congress, willfully use of any part of the Army or the Air Force as a posse comitatus or otherwise to execute the laws shall be fined under this title or imprisoned not more than two years...

החוק אינו מגביל את השימוש בצי⁶⁹ ובמשמר החופים⁷⁰, שלא נתפסו בעת קביעתו כאיום ממשי על הערכים המוגנים בחוק.

עם זאת, העדר האפשרות לתביעה אזרחית בגין הפרת ה- Posse Comitatus Act וגישה ליברלית בפירושו על ידי הקונגרס ועל ידי בתי המשפט הפדרליים הובילו להפיכתו לאות מתה במידה רבה והעניקו חופש פעולה נרחב בתחום זה לרשות המבצעת. כך, למשל, בתי המשפט פסקו - בניגוד ללשונו של החוק - כי בזמן שביתת רכבות ארצית או הפרעה אחרת לתחבורה כתוצאה משביתה ניתן להשתמש בצבא כדי לאפשר חלוקת דואר לאזרחים וכדי לתפעל את קווי הרכבות האזרחיים⁷¹. בנוסף לכך נקבע בפסיקה כי פעילות פסיבית או חד פעמית של רשויות הצבא לסיוע לרשויות אכיפת החוק אינה נוגדת את החוק⁷². בהתאם לחריג זה דנו בתי המשפט במקרים רבים בחוקיות מעצרים וחיפושים למטרת אכיפת הסדר הציבורי שבוצעו על ידי כוחות צבאיים באופן חד פעמי או כסיוע לגורמים אזרחיים בביצוע המעצרים או החיפושים⁷³.

הקונגרס הכיר בכמה חוקים במספר חריגים נוספים לכלל האוסר את הפעלתו של הצבא למטרות אזרחיות⁷⁴. אחד החוקים הבולטים בהקשר זה הוא ה- Disaster

⁶⁹ ביחס לצי הוחלו בהקשר זה הוראות משרד ההגנה האמריקאי. AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 630.

⁷⁰ למעמדו המשפטי המיוחד ראו AM. JUR., לעיל, הערה 52, שם; 14 USCS.

⁷¹ AM. JUR., לעיל, הערה 52, עמ' 630-631. למרות האמור לעיל קבעו בתי המשפט שממצאי חיפוש שנערך על ידי כוח צבאי במסגרת פעילות לאכיפת חוק אזרחי, לא יהיו קבילים בבית משפט. נראה כי הלכה זו מוגבלת לתחום הפלילי ונשענת בעיקר על הכלל המנחה בתחום דיני הראיות בארצות הברית, כלל פירות העץ המורעל. בכל מקרה אין, כאמור, עילה לתביעה אזרחית בגין חיפוש מסוג זה אף שלכאורה, מדובר בפגיעה בזכות חוקתית ובהפרת החוק הפדרלי.

⁷² כך, לדוגמה, באחרית פרשת *Brown v. Bd. of Education*: הנשיא אייזנהאור עשה שימוש בכוחות הצבא בליטל רוק, ארקנסו, לצורך אכיפת החלטת בית המשפט העליון לביטול ההפרדה הגזעית בבתי ספר.

⁷³ AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 631-632.

⁷⁴ AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 632-633.

Relief Act 1974. חוק זה מאפשר לרשות המבצעת, לענייננו הנשיא או משרד הביטחון, לחייב את הצבא לבצע עבודות המיועדות לסייע לאוכלוסיה אזרחית במקרה של אסון טבע או מצב חירום אחר. כך, למשל, מקנה החוק לנשיא סמכות מוגבלת לתקופה של 10 ימים להשתמש בצבא למטרות של הצלת חיים ורכוש אף בטרם הוכרו מצב חירום. בהקשר זה מקנה החוק לנשיא שורה ארוכות של סמכויות ובהן פתיחת קווי תקשורת, אספקת שירותים חיוניים וסיוע בהקמתם מחדש של שירותים חיוניים. סמכות זו אינה דורשת אישור של הקונגרס או של גורם שלטון מקומי. החוק מקנה לנשיא סמכויות רחבות יותר אם מוכרזים על ידי איזור אסון או מצב חירום לבקשתו של מושל מדינה. הכרזות אלה מותנות, בין היתר, בהתחייבות של המושל כי המדינה תשתתף בעלות הכספית של השימוש בצבא למטרות אזרחיות. במקביל, מתיר החוק לכל מפקד צבאי בשירות סדיר ביחידתו הצבאית בנסיבות חירום כאשר הדבר דרוש להצלת חיים, למניעת סבל או להקטנת נזק לרכוש המצוי בסכנה מיידית. סמכות זאת אינה דורשת אישור דרגים גבוהים יותר כאשר המפקד סבור שאין בידיו שהות מספקת לקבלת האישורים המתאימים ממשרד ההגנה.⁷⁵

חריג שנקבע בחוק אחר מתיר למשרד ההגנה לאשר לכוחות צבאיים לסייע סיוע הומנטירי ואזרחי לאוכלוסיה אזרחית במהלך מבצעים של הצבא מחוץ לגבולות ארצות הברית. החוק מגדיר בצורה רחבה ביותר את המונח "סיוע" וכולל בו סיוע רפואי, בנייה של תשתיות, בנייה של מתקני תשתית ותיקונם, הכשרת אנשי אכיפת חוק במדינות זרות בשמירה על הסדר הציבורי וסיוע לכוחות אלה בהספקת ציוד ובתגבור בפעילות שיטור.⁷⁶

לסיכום, הכלל החוקתי שנועד לצמצם את השימוש בצבא למטרות אזרחיות נשחק במשך השנים, וכיום הרשות המבצעת יכולה להשתמש בכוחות הצבא למגוון רחב של מטרות אזרחיות. לאחרונה מתחו מספר מלומדים ביקורת קשה על משרד

⁷⁵ AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 633.

⁷⁶ 10 USCS §401 וכן AM. JUR., לעיל, הערה 52, בע' 633-634.

ההגנה ועל הנשיא בשל שימוש גובר והולך, לטענתם, בצבא למטרות אזוריות⁷⁷. עם זאת, נראה כי אם הרשות השופטת והרשות המחוקקת ימשיכו במדיניות של העדר פיקוח יעיל על פעילות הרשות המבצעת בתחום זה, יוסיף הכלל החוקתי להיות אות מתה בחוקה ובספר החוקים.

סיכום

להבדיל מהמשפט הבריטי, ההסדר המשפטי האמריקאי עבר מספר שינויים משמעותיים מכינונו ועד היום. הסדר זה מבוסס אף הוא על פיקוח הדוק של הרשויות האזוריות על פעילות הצבא. עיקר הפיקוח מתבצע על ידי הרשות המבצעת, ומקצתו על ידי הרשות המחוקקת. פיקוח הדוק זה מאפשר לדרג האזרחי שליטה מוחלטת בצבא ומונע כמעט לחלוטין את הסיכוי להפיכה צבאית, ואכן, לא התרחשה מעולם הפיכה צבאית בארצות הברית. עם זאת, שיטה זו מאפשרת חופש פעולה נרחב לרשות המבצעת, וזו עשויה, כמודגם לעיל, לעשות בצבא לא אחת שימוש למטרות שונות מייעודו המקורי כדי לקדם אינטרסים שונים שלה בלא שיתקיים פיקוח ממשי על פעולותיה. נראה כי האיזון בין הרשויות בארצות הברית ביחס לפיקוח על הצבא לוקה בחסר לאור הסיכוי כי במקרים רבים יופעל הצבא שלא למטרות שלשמן הוקם, ושמשקפות את ההצדקה המוסרית לקיומו. ביקורת קשה הובעה על פעילות הממשל האמריקאי בסוגיה זו בספרות המשפטית אך נראה כי למרות ניסיונות חקיקה שונים מצב זה אינו עתיד להשתנות בקרוב.

גרמניה

החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

עם כינונה של גרמניה המערבית לאחר מלחמת העולם השנייה החליטו בעלות הברית שלא יוקם צבא גרמני בעקבות התוצאות המרות של ההסכמים להקמת צבא גרמני לאחר מלחמת העולם הראשונה. עיקרון זה בא לידי ביטוי בחוקה הגרמנית, שלא התייחסה כלל לשאלת הקמתו של צבא וקבעה מספר הוראות שלא אפשרו,

⁷⁷ להרחבה ראו: Hammond, לעיל, הערה 66; Charles J. Dunlap, Jr., *Welcome to the Junta: The Erosion of Civilian Control of the U.S. Military*, 29 WAKE FOREST L. REV. 341 (1994).

לכאורה, הקמת צבא בגרמניה, כגון הוראה כי כל פעילות המיועדת להפריע לשלום היחסים הבינלאומיים וכל הכנות לתוקפנות צבאית הן הפרות של החוקה⁷⁸. הסלמתה של המלחמה הקרה והצורך בהצבת כוחות צבאיים גדולים על גבול גרמניה המערבית חוללו שינוי בדעת הקהל העולמית בדבר הצורך בהקמת צבא גרמני שמטרתו העיקרית היא הגנה על גבולות גרמניה המערבית מפני פלישה אפשרית של כוחות ברית ורשה. במקביל, התקיים ויכוח נרחב וסוער בציבור הגרמני בשאלת נחיצות הקמתו של צבא. לבסוף התקבלה עמדתו של אדנואר, שדגל בהקמתו של צבא בגרמניה. לאחר החלטה זו נחתמו מספר אמנות בינלאומיות הידועות בשם האמנות הפריסאיות משנת 1954, שהסדירו את השתתפות גרמניה כחלק מברית נאט"ו וסללו את הדרך לכינונו של הצבא הגרמני. בעקבותיהן נחקק חוק גרמני המאמץ את תוכןן של האמנות⁷⁹.

כינונו של צבא בגרמני גרר שורה ארוכה של תיקונים בחוק היסוד הגרמני שהגדירו את סמכויות הצבא, את תפקידיו ואת דרכי הפיקוח עליו. שני עקרונות היסוד העומדים בבסיס ההסדרים האמורים הם הגדרה מפורשת בחקיקה של מטרות הצבא ושל דרכי פעילותו ופיקוח הדוק ביותר על ידי מספר רשויות על פעילות הצבא תוך יצירת עליונות מוחלטת של הדרג האזרחי על הדרג הצבאי. הרקע לעקרונות אלה הוא הרצון לעקור מן השורש את התפיסה הצבאית ה"יונקרית פרוסית", אשר הגדירה את האינטרס הצבאי במונחים צבאיים לאומניים. תפיסה זו יצרה מילטריזציה של החיים הציבוריים, וזו הייתה אחת הסיבות לתוקפנות הגרמנית במלחמת העולם השנייה.

הפיקוח האזרחי על הצבא

כמצוין לעיל, אחד מהעקרונות של ההסדרים המשפטיים בדבר צבא גרמניה הוא פיקוח ציבורי הדוק על פעילות הצבא. הפיקוח העיקרי על הצבא הוא הכפפת הצבא לרשות המבצעת. הסמכות לפקד על הצבא מוקנית בשגרה לשר ההגנה

⁷⁸ סעיף 26 לחוק היסוד הגרמני.

⁷⁹ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 20; DONALD P. KOMMERS, CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 148-164 (2ed ed., 1997).

ובמלחמה - לקנצלר. שר ההגנה והקנצלר אינם רשאים להאציל את סמכותם לפקד על הצבא, והם כפופים בהפעלת סמכויותיהם למדיניות הממשלה. בנוסף, לצורך הפעלת מספר סמכויות הם נדרשים לאישור גורמים נוספים המשתייכים לרשות המבצעת. כך, למשל, ייצור כלי נשק מסוימים או הכנסתם לשירות דרוש אישור של הממשלה כולה. נשיא המדינה, שמשתייך אף הוא לרשות המבצעת, רשאי למנות קצינים ומפקדים ולפטרם ולחון אנשי כוחות מזוינים שעברו עבירות⁸⁰.

לצד הפיקוח ההדוק של הרשות המבצעת מקנה חוק היסוד סמכויות פיקוח נרחבות לרשות המחוקקת. רשות זו היא היחידה המוסמכת על פי החוקה לכונן צבא בגרמניה. כמו כן, היקף התקציב וקביעת סדרי הכוחות שלו נתונים בידי הפרלמנט במסגרת חוק התקציב. ועדת ההגנה של הפרלמנט היא בעלת סמכויות המקבילות לוועדת חקירה, והיא מפקחת באופן הדוק על פעילות הצבא⁸¹.

נוסף על שתי רשויות אלה קיימים שני מוסדות נוספים שמפקחים על הצבא בגרמניה⁸². הראשון הוא מפקח אזרחי בלתי תלוי שממונה לפי חוק היסוד לפקח על פעילות הצבא, לסייע לעבודת ועדת ההגנה בפרלמנט ולשמור על זכויות המשרתים בצבא. בתי המשפט האזרחיים ובית הדין האירופי לזכויות אדם מפקחים אף הם באופן הדוק ובגישה אקטיביסטית על פעילות הצבא. תביעות משפטיות רבות הנוגעות לענייני הצבא נדונו בהם בשנים האחרונות. דוגמאות לכך יובאו להלן.

תפקידי הצבא וסמכויותיו

העיקרון השני המאפיין את הצבא הגרמני הוא הגדרה מפורשת של מטרות הצבא ושל דרכי פעילותו. בהתאם לעיקרון זה חוק היסוד קובע כי מטרת הצבא היא הגנה על הפדרציה הגרמנית מהתקפה או מאיום בהתקפה. סעיף 87A2 לחוק היסוד קובע באופן מפורש כי הצבא הגרמני לא יופעל למטרות שונות ממטרות הגנה, אלא

⁸⁰ נציין כי חלק מסמכויות הנשיא הן טקסיות במהותן, וההכרעות מתקבלות על ידי הרשות המבצעת. קומרס, לעיל, הערה 79, בע' 115-122.

⁸¹ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 21 עיקר הפיקוח הפרלמנטרי מתבצע באמצעות אותה ועדת חקירה שסמכויותיה נקבעו בסעיפים A44 ו-A45 לחוק היסוד.

⁸² קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 21.

אם הדבר יוסדר במפורש בחוק היסוד. חוק היסוד מכיר במספר תפקידים נוספים לצבא מעבר להגנה על גבולות המדינה:

(1) לצבא מוקנות סמכויות שיטור מסוימות למטרות הגנה על אובייקטים אזרחיים והסדרת התנועה לצורך הגנה על אזרחים, ועליו לפעול בהקשר זה בשיתוף פעולה עם רשויות המדינה המוסמכות.

(2) ניתן להפעיל את הצבא לצורך הדיפת סכנה שמאיימת על קיום הפרדציה, על אחת המדינות או על יסודות המשטר הדמוקרטי, באמצעות החלטה של הממשל על הפעלת הצבא ורק אם כוחות המשטרה ומשמר הגבול אינם יכולים להתמודד עם הסכנה.

(3) עזרה לאחר אסונות טבע או לאחר אסון חמור אחר תינתן לבקשתה של המדינה הנוגעת בדבר. כאשר מדובר ביותר ממדינה אחת, תינתן העזרה בהוראת הממשלה. מתן העזרה ייפסק אם הפרלמנט המקומי או הפרלמנט הפדרלי יבקשו לסיים את נוכחות הצבא במדינה.

מעבר לסמכויות אלה לא ניתן להפעיל את הצבא הגרמני לביצוע תפקידים נוספים. יצוין כי קביעת הסמכויות האמורות, ובמיוחד הסמכות להשתמש בצבא במצב חירום, שנוספה בשנת 1968, לוותה בוויכוח ציבורי סוער ובהתנגדות קשה של חלק ניכר מהציבור⁸⁵. ויכוח זה והוראות החוקה האמורות מנעו שילוב כוחות גרמניים במסגרת כוחות בינלאומיים במשימות הומניטריות או במשימות להשכנת שלום מחוץ לגבולות גרמניה והאיחוד האירופי על אף לחץ בינלאומי שהופעל על גרמניה לשתף את כוחותיה במשימות אלה.

במהלך שנות התשעים, לאחר האיחוד מחדש של גרמניה, ובמטרה להגדיל את השפעתה הפוליטית של המדינה פעל הקנצלר הלמוט קוהל לשילוב כוחות גרמניים במשימות בינלאומיות. רצונו של קוהל לשלב כוחות של הצבא הגרמני במשימות של כוחות בינלאומיים מטעם האו"ם או מטעם ברית נאט"ו מחוץ לגבולות גרמניה נתקל בהתנגדות עיקשת בקרב מספר מפלגות בפרלמנט. הוויכוח בין שני הגופים הגיע מספר פעמים לדיון בבתי המשפט הפדרליים הגרמניים. שלושת המקרים הבולטים

⁸⁵ לסקירה היסטורית של ההתפתחויות השונות בדין הגרמני בסוגיה ראו קומרס, לעיל, הערה 79, בע' 148-164. בסקירה זו נכלל תיאור מקיף של פסקי הדין של הערכאות המשפטיות בגרמניה, שנדרשו לא אחת לשאלת תפקידי הצבא הגרמני וסמכויותיו.

שנדונו בפני בית המשפט העליון, התייחסו לחוקיות של שילוב חיילים גרמנים בכוח של נאט"ו שפעל במשימת השכנת שלום בסרביה, של הטסת מטוסי קרב גרמניים בשמי בוסניה הרצגובינה כדי להבטיח מימוש החלטת האו"ם לאסור על טיסה של מטוסים סרביים באזור, ושל השתתפות כוחות גרמניים במשימה הומניטרית בסומליה תחת פיקוד של כוח בינלאומי. תביעות אלה נדחו על ידי בית המשפט בערכאה הראשונה בנימוק שמדובר בפעולות המוסדרות באמנות בינלאומיות שעניינן הגנה עצמית קולקטיבית⁸⁴. בית המשפט פסק כי פעולות כאלה מותרות על פי סעיפים 24(2) ו-59(2) לחוקה הגרמנית. בערכאת הערעור הוגבלה במידה רבה יכולתה של הרשות המבצעת לשלוח כוחות צבאיים ללא אישור בית הנבחרים. ההחלטה אישרה את השתתפות הכוחות הגרמניים במסגרת המבצע ההומניטרי בסומליה תחת פיקוד של כוח בינלאומי מטעמיה של הערכאה הראשונה. ביחס למוערבות הגרמנית בסרביה ובשמי בוסניה הרצגובינה נקבע כי מעורבות זו נכללת במסגרת הסכמי נאט"ו, ולכן היא חוקית. עם זאת, השופטים נחלקו בשאלה האם מעורבות מסוג זה תהיה מותרת מחוץ לשטח האיחוד האירופי. ארבעה שופטים סברו שמעורבות כזו מוסדרת באמנה הפריסאית מכוחה הצטרפה גרמניה לנאט"ו, וארבעה שופטים אחרים טענו שנדרש שינוי באמנה או בחוקה הגרמנית כדי לאפשר שליחה של כוחות צבאיים למשימה זו. לבסוף קבע בית המשפט כי להפעלת כוחות צבאיים גרמניים מחוץ לאזור המוגדר בהסכמי נאט"ו יידרש אישור של הפרלמנט הגרמני. בהחלטתו זו הסתמך בית המשפט במידה ניכרת על הוראה דומה בחוק וימאר שביטולה על ידי השלטון הנאצי אפשר את פתיחת מלחמת העולם השנייה.

סיכום

המשפט הגרמני מתייחס בחשדנות רבה לצבא לאור ההיסטוריה העגומה של יחסי הצבא והדרג האזרחי בגרמניה. ההסדר המשפטי הקיים, שנוצר במחצית השנייה של המאה העשרים, מבוסס על פיקוח הדוק ביותר של הרשויות האזרחיות על פעילות הצבא: הן הרשות המבצעת, הן הרשות המחוקקת והן גורמי פיקוח בלתי תלויים. הפיקוח ההדוק והתלות ההדדית של שתי הרשויות זו בזו בכל הנוגע

⁸⁴ קומרס, לעיל, הערה 79, בע' 160-164.

להפעלת הצבא מקטינים את הסיכוי להשתלטות צבאית על המדינה. החקיקה המפורשת בגרמניה וההגדרה הברורה של מטרות הצבא מונעות אף הן שימוש בצבא למטרות לא ראויות. יסוד חשוב נוסף הוא הפיקוח האקטיביסטי של בתי המשפט על מילוי קפדני של הוראות החוקה על ידי הרשות המבצעת, אשר מבטיח את מימוש ההוראות. בתי המשפט מושפעים מחוסר ההקפדה על קיומן של ההוראות המקבילות בחוקת וימאר שהיה אחד הגורמים לעליית הנאצים לשלטון ולפריצת מלחמת העולם השנייה.

הפיקוח האזרחי ההדוק וההגדרה הסטטורית הברורה של מטרות הצבא מבטיחים שהצבא לא יופעל בניגוד לבסיס המוסרי לקיומו - הגנה על המדינה. מעניין בהקשר זה להשוות את ההסדר המשפטי הקיים בגרמניה להסדר המשפטי ביפן, בת בריתה במלחמת העולם השנייה. הדין היפני כולל שורה ארוכה של איסורים והגבלות על הצבא היפני שהוכתבו על ידי ארצות הברית בעת הסכם הכניעה של יפן בשנת 1945, ומטרתם מניעת מילטריזציה מחודשת של החברה היפנית. הגבלות אלה מעוגנות בסעיף 9 לחוקה היפנית⁸⁵. בשנים האחרונות נמתחה ביפן ביקורת רבה על קיומו, ונעשו ניסונות לשנותו, בדומה מאוד לשינויים שהתרחשו בגרמניה. עם זאת, בניגוד למצב בגרמניה, עדיין מוטלות ביפן הגבלות רבות על פעילות הצבא, והוא עוסק בעיקר בסיוע באסונות שונים המתרחשים ביפן, ופחות במבצעים צבאיים. העובדה שההסדר המשפטי של הצבא הגרמני נקבע לאחר מלחמת העולם השנייה, גרמה לכך שניתן למצוא בו דימיון רב להסדרים הנהוגים במשפט המקובל. דוגמה טובה למודל הקונטיננטלי הקלאסי תימצא בדין הצרפתי, שייסקר להלן.

צרפת

החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

המעמד המשפטי של הצבא הצרפתי עבר מספר רפורמות גדולות מסוף שנות החמישים בעקבות אירועי המלחמה על אלג'יר. לפני רפורמות אלה נקבע בחוקה

⁸⁵ לסקירת המצב המשפטי בסוגיה זו ביפן לאחר מלחמת העולם השנייה ראו בין היתר זיימן, לעיל, הערה 7, בע' 137-133. להרחבה ראו Peter J. Herzog, *Rearment and the Interpretation of Article 9, in JAPAN PSEUDO-DEMOCRACY* 218 (1993); PERCY R. LUNNEY & KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 69 (1993).

הצרפתית משנת 1875 כי הנשיא יהיה מפקד הצבא, אך, למעשה, סמכות הניהול של הצבא הייתה מופקדת בידי המפקדים הצבאיים כתוצאה מכך שהחוקה הצרפתית לא הגדירה מנגנוני פיקוח אזרחיים יעילים על רשויות הצבא והותירה למפקדי הצבא שיקול דעת נרחב בניהולו השוטף⁸⁶. לכאורה, נדרשו על פי החוקה ראשי השלטון האזרחי לאשר את התוכניות של הדרג הצבאי, אך בהעדר מנגנוני פיקוח או ידע בתחום הייתה יכולת ההשפעה והפיקוח שלהם על פעילות הצבא זניחה. במהלך המלחמה על אלג'יר התגלו לא אחת מקרים שבהם חוסר פיקוח זה גרם לפעילותו של הצבא בניגוד לכוונות הדרג הפוליטי ולמדיניותו. עובדה זו הייתה אחת מן הגורמים המרכזיים בנפילת המשטר ובכינונה של הרפובליקה החמישית⁸⁷. הוראות החוקה של הרפובליקה החמישית הושפעו במידה רבה מהדומיננטיות של שארל דה גול, שהיה בעל ידע רחב וניסיון בתחומי הביטחון ועשה שימוש של ממש בסמכויות הדרג האזרחי לפקח על הצבא, בניגוד למנהיגי צרפת לפניו⁸⁸.

⁸⁶ ראו זיידמן, לעיל, הערה 7, בע' 129-133; קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 23-24.

⁸⁷ על הרקע להקמת הרפובליקה החמישית, לחוקה הצרפתית ולהשפעותיהם של המלחמה על אלג'יר ושל גורמים נוספים ראו JOHN A. ROHR, FOUNDING REPUBLICS IN FRANCE AND AMERICA AND AMERICA 12-16 (1997); DAVID POLLARD, SOURCEBOOK ON FRENCH LAW FRANCE 1-14 (1996).

⁸⁸ ניתן ללמוד על גישתו של שארל דה גול בסוגיה זו מדברים שכתב עוד בשנת 1932, שנים רבות לפני עלייתו לשלטון.

במקרים רבים, איש הצבא מתייחס לאנשי הפוליטיקה כאל אנשים שאין לתת בהם אמון, לא עקביים, המשתוקקים לעמוד במרכז ההתעניינות. המזג הצבאי, שצמח על ברכי ציוויים, עומד נדהם מול מספר היומרות שהפוליטיקאי נאלץ להתמכר להן... התפניות ושינוי הכיוון שטופי התלהבות היצרים, העיסוק המתמיד ברושם שיווצר, המראה של התייחסות לזולת לא במושגים של תכונותיו אלא במושגי ההשפעה שיש לו - כולם מאפיינים גלתי נמנעים אצל האזרח, שסמכותו נשענת על רצון העם - יכולים רק להדאיג את החייל המקצועי שעוצב בחיים של תפקידים קשים, של היחבאות אל הכלים ושל הפגנת כבוד לשירותים אותם הוא מגיש.

לעומת זאת, החיבה כלפי מערכת שיטתית, הבטחון העצמי והקשיחות הטבועים באיש הצבא, פרי אילוצים וריסונים ממושכים, נראים בעיני הפוליטיקאי כתכונות מטרידות ולא קוסמות. כל דבר בקוד ההתנהגות הצבאי שהנו מוחלט, החלטי ואינו ניתן לערעור, מעורר שאט נפש בעיני אלה חיים בעולם של פתרונות פרגמטיים, אינסוף תככים והחלטות הניתנות לשינוי ללא כל התראה.

ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 24.

בעקבות אירועי המלחמה על אלג'יר והקמת הרפובליקה החמישית נקבעו בחוקה משנת 1959 הוראות שמטרתן הידוק השליטה והפיקוח של הדרג האזרחי על פעילות הצבא, והן עומדות בתוקפן עד היום. הסדרים משפטיים אלה מבוססים על חלוקת הסמכויות בתחום בין שתי הרשויות המבצעות העיקריות: הנשיא וראש הממשלה⁸⁹. ראש הממשלה הופקד על ניהול הצבא וההגנה הלאומית⁹⁰. סמכות זו הוגדרה בצורה רחבה ביותר, לרבות ניהול עליון של מבצעים צבאיים, חלוקת כוחות בין הזירות המבצעיות השונות ותחומים נוספים שהוקנו בעבר למפקדים צבאיים. הנשיא⁹¹ הוגדר, כבעבר, כמפקד הצבא, והוקנתה לו סמכות לשבת בראש המועצות והוועדות בתחום הביטחון הלאומי. כן הוקנו לסמכויות בלעדיות לביצוע מינויים בצבא וסמכות בלעדית להפעלת כוח אסטרטגי אווירי וכוח גרעיני, להבדיל מהסמכות להפעלת כוח קונבנציונלי, שמתחלקת בין הנשיא וראש הממשלה. שר ההגנה הוא בעל מעמד חלש יחסית לאור מעמדו החזק של הנשיא ולאור השתתפותם של קצינים בקבינט הצבאי של ראש הממשלה ובמטה הצבאי של הנשיא⁹².

הפיקוח האזרחי על הצבא

כדי לאזן את הכוח הרב המוקנה לזרועות הרשות המבצעת ולמנוע פלישה של רשות מבצעת אחת לתחומה של אחרת הוקנו בחוקה הצרפתית סמכויות נרחבות ל- Conseil Constitutionnel⁹³. גוף זה - המועצה החוקתית הצרפתית - נוסד בעקבות חוסר האמון הצרפתי במערכת השיפוט הרגילה. מטרתו להכריע בשאלות חוקתיות עקרוניות ובחריגה מסמכות של רשויות השלטון השונות. למעשה, גוף זה ממלא רבות מהתפקידים שממלאים בית משפט או בית משפט חוקתי במדינות אחרות, אך

⁸⁹ POLLARD, לעיל, הערה 87, בע' 15-30; קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 23-24.

⁹⁰ סעיף 21 לחוקה הצרפתית. כן ראו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 23-24.

⁹¹ סמכויותיו של הנשיא ביחס לצבא מפורטות בסעיף 13 לחוקה הצרפתית, אשר קובע את סמכות הנשיא לבצע מינויים בצבא, ובסעיף 15, שקובע כי "The President of the Republic is the commander-in-chief of the armed forces. He presides over the higher national defense councils and committees".

⁹² קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 23-24.

⁹³ POLLARD, לעיל, הערה 87, בע' 30-53.

אין יושבים בו בהכרח משפטנים, והדיון בו אינו כבול בכללים הפורמליים הנהוגים בבתי משפט. המועצה החוקתית אינה מהססת לפסוק בסכסוכים בין רשויות השלטון השונות, והיא יצרה את המסורת השלטונית שלפיה, במקרה של חילוקי דעות בין הנשיא וראש הממשלה באשר לענייני חוץ וביטחון יגבור בדרך כלל הנשיא, שאחראי על הביטחון הלאומי, אך בסכסוכים הנוגעים לניהול הצבא, הסמכות מוקנית לראש הממשלה, שתפקידו כולל את הניהול היומיומי של הצבא ואת ניהול ענייני הפנים של המדינה.⁹⁴ בתי המשפט הרגילים בצרפת אינם דנים לרוב בשאלות החוקתיות האמורות, וסמכות הפיקוח שלהם על הצבא מוגבלת בהשוואה למועצה החוקתית.⁹⁵ סמכות פיקוח נוספת על הסמכויות הנרחבות של הרשויות המבצעות האזרחיות שנבחנו לעיל, מוקנות בחוקה הצרפתית לפרלמנט, למשל:⁹⁶

(1) קביעת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לפעילות הצבא ולמבנהו, כגון החוקה

משנת 1959 המסדירה את פעילות הצבא;

(2) ללא הסכמתו של הפרלמנט לא ניתן לשלוח חיילים למשימות מחוץ

לגבולות המדינה;

(3) הסמכות להכרזת מלחמה;

(4) אישור מסגרת התקציב של הצבא.

נראה כי סמכויות פיקוח רחבות של שני הגופים האמורים מבטיחות במידה רבה פיקוח אזרחי הדוק על הצבא הצרפתי ופיקוח יעיל על פעילותן של הרשויות המבצעות בצרפת.

סמכויות ותפקידי הצבא הצרפתי

החוקה הצרפתית אינה כוללת סעיף המתייחס במפורש לסמכויות הצבא הצרפתי ולתפקידי, אך יש בה התייחסות מקיפה לסמכויות של הרשויות השונות בשעת חירום. בסמכויות אלו נכללת היכולת להפעיל את הצבא לביצוע משימות

⁹⁴ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 23-24. לדוגמאות לוויכוחים כאלה בעבר ולתוצאותיהם ראו JOHN BELL, SOPIE BOYRON & SIMON WHITTAKER, PRINCIPLES OF FRENCH LAW 143-147 (1998).

⁹⁵ ראו ANDREW WEST, YVON DESDEVICES, ALAIN FENET, DOMINIQUE GAURIER, MARIE- CLET HEUSSAFF, THE FRENCH LEGAL SYSTEM 125-126 (1992).

⁹⁶ סעיפים 34-35 לחוקה הצרפתית.

אזרחיות בשעת חירום. ההוראה העיקרית בנושא זה מצויה בסעיף 16 לחוקה הצרפתית, אשר קובע כי הנשיא מוסמך במצבי חירום שבהם קיימת סכנה ממשית ומיידית לעצמאות הרפובליקה ולשלמותה, לאחר שנועץ ברשויות השלטון האחרות, לנקוט צעדי חירום, ובכללם בין היתר הפעלת כוחות צבא לביצוע משימות אזרחיות⁹⁷. סעיף זה הופעל עד כה פעם אחת בלבד בשנת 1961 לדיכוי מרידה של הגנרלים שהוצבו באלג'יר כנגד מדיניות הממשלה הצרפתית. הפעלת סמכות זו גררה ביקורת קשה למרות שכמתחייב מהחוקה, התייעץ הנשיא דאז, שארל דה גול, עם רשויות השלטון האחרות, ובכללן ה-Conseil Constitutionnel, וקיבל את אישורן להשתמש בסמכויותיו המיוחדות⁹⁸.

בנוסף לסמכות כללית זו ניתן להשתמש בצבא למטרות אזרחיות במספר מקרים נוספים המוסדרים בחוקים צרפתיים שונים, כגון⁹⁹:

על פי חוק משנת 1849, במצב של מצור מוסמכת הממשלה להורות לצבא לבצע משימות אזרחיות, חיפושים, מעצרים, עוצר, אכיפת איסור על פגישות ועוד. הכרזה זו תקפה למשך שנים עשר ימים, והארכתה מותנית באישור הפרלמנט. בהתאם לחוק משנת 1955 קיימת סמכות לממשלה להכריז על מצב חירום ולהפעיל את כוחות הצבא למטרות אזרחיות כאשר קיימת סכנה לסדר הציבורי בצרפת או באחת הקולוניות שלה. ההכרזה מאפשרת להשתמש בכוחות צבאיים למספר משימות אזרחיות, ובכללן מעצרים, חיפושים, סגירת שטחים והפעלת שירותים חיוניים נוספים. השימוש בסמכות זו התבצע בעיקר בקולוניות הצרפתיות השונות בשנות החמישים והשישים ופעם אחת בצרפת בשנת 1961. בפעם האחרונה הוכרז מצב חירום בשנת 1985 בקלדוניה החדשה. הכרזה על מצב חירום על פי חוק זה על ידי הממשלה תקפה לשנים עשר ימים, והארכתה מותנית באישור הפרלמנט. סמכות זו נתונה לביקורת של בתי המשפט, וניתן לעתור לביטולה בטענה שאין מתקיימות נסיבות המצדיקות הכרזה מצב חירום.

⁹⁷ סעיף 16 לחוקה הצרפתית. להרחבה ראו ROHR, לעיל, הערה 87, בע' 47-51.

⁹⁸ ROHR, לעיל, הערה 87, בע' 47-51.

⁹⁹ WEST ET AL., לעיל, הערה 95, בע' 152-155.

סיכום

מערכת המשפט הצרפתית מחלקת את סמכויות הפיקוח על הצבא בין שלוש רשויות עיקריות: ראש הממשלה, הנשיא והפרלמנט, וקובעת גוף ליישוב הסכסוכים ביניהם - המועצה החוקתית. למעשה, ללא אישורם של כל שלושת הגורמים לא ניתן לבצע פעולות משמעותיות הנוגעות להתנהלותו של הצבא ולפעילותו. חלוקת אחריות זו מבטיחה במידה רבה את היכולת למנוע שימוש בצבא למטרות לא ראויות שהוא לא נועד לשמן. הנחת יסוד זו והפרדת הסמכויות השונות הן, ככל הנראה, הסיבה לכך שבשונה מחוקות אחרות, החוקה אינה כוללת הוראות מיוחדות המתייחסות לתפקידי הצבא ולסמכויותיו. חריג אחד לאיזון בין הרשויות השונות ולפיקוח המלא על פעילות הצבא הוא סמכותו הנרחבת של הנשיא לפעול בשעת חירום, לפי סעיף 16 לחוקה הצרפתית. סעיף זה, שעליו נמתחה ביקורת רבה בספרות המשפטית, מקנה לנשיא כוח רב ופותח פתח אפשרי לשימוש בצבא במצבי חירום בניגוד לעקרונות הקבועים בחוקה הצרפתית ולא למטרות שלשמן הוא נועד, מבלי שיתקיים על כך פיקוח אזרחי על ידי רשות נוספת¹⁰⁰.

קנדההחקיקה המסדירה את פעילות הצבא

לאור העובדה שקנדה הייתה מושבה בריטית, אין פלא שההסדרים המשפטיים בדבר מעמדו המשפטי של הצבא בקנדה מושפעים במידה רבה מההסדרים המשפטיים בבריטניה. עד לשנת 1868 הכוח הצבאי המשמעותי היחיד שישב בקנדה, היה הצבא הבריטי, ורק בתקופה זו החל להיווצר הצבא הקנדי. ההסדר הראשוני להקמת הצבא הקנדי נקבע ב-1867 Constitution Act, שקבע כי לפרלמנט הקנדי נתונה הסמכות הבלעדית להסדרת מעמדו המשפטי של הצבא הקנדי ולחוקק חוקים המתייחסים לצבא, לצי ולביטחון בקנדה. בעקבות הסמכה זו בחוקה נחקק ה-Militia Act 1868, שהסדיר לראשונה את מעמדם של הכוחות הצבאיים בקנדה. חוק זה הושפע במידה רבה מההסדר הבריטי ומתוך ראייה של קנדה כמושבה בריטית

¹⁰⁰ Rohr, לעיל, הערה 87, בע' 47-51 לעניין זה ראה את ספרו המקיף של: Michele Voisset L'ARTICLE 16 DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 (1969)

והתבסס על התפיסה כי הצבא הקנדי ישמש ככוח מסייע לצבא הבריטי. בשל כך מרבית ההסדרים המשפטיים הנוגעים למעמדו של הצבא הקנדי ולדרכי פעילותו הסתמכו על הכללים שהיו נהוגים באותה עת בבריטניה¹⁰¹.

השינוי הגדול בהסדרת פעילותו של הצבא הקנדי היה בשנת 1950 עם חקיקתו של חוק הביטחון הלאומי הקנדי¹⁰², ה-National Defense Act. חוק זה כלל לראשונה את כל ההוראות הנוגעות לכוחות הצבא הקנדיים ומנתק כמעט לחלוטין את ההסתמכות על חוקים בריטיים שונים, כגון כללי המשמעת של הצבא הבריטי. למעשה, החוק מותיר זיקה סמלית בלבד בין הצבא הקנדי לבית המלוכה הבריטי בקובעו¹⁰³:

The Canadian Forces are the armed forces of Her Majesty raised by Canada and consist of one service called the Canadian Armed Forces.

סמכות סמלית נוספת המוקנית למלכה היא הסמכות למינוי קצינים¹⁰⁴. ה-National Defense Act קובע כי הצבא יורכב מכוח סדיר ומכוח מילואים, והיקפו ייקבע על ידי הקבינט. בשעת חירום או לצורך מבצע צבאי שבו משתתפת קנדה כחלק מכוח נאט"ו, מכוח של האו"ם או מכוח בינלאומי אחר, מוסמך ראש הממשלה להקים כוח מיוחד (Special Force) שיתווסף לכוחות הצבא בסדיר ובמילואים¹⁰⁵. הכוח יכול להיות מורכב מכוחות הצבא בסדיר ובמילואים ומאנשים נוספים שיגויסו לעניין זה, וגודלו ייקבע על ידי הקבינט. כוח כזה לא קיים בצבאות אחרים. הצורך בו נובע מהנחת היסוד שאין על קנדה איום צבאי ממשי ממדינות זרות, והצבא דרוש בעיקר על מנת לפעול במקרה של מלחמת אזרחים או נגד איומים דומים על שלמות המדינה.

¹⁰¹ זיידמן, לעיל, הערה 7, בע' 126-127. להרחבה ראו Jerry T. Pitzul & John C. Maguire, A Perspective on Canada's Code of Service Discipline, 52 AIR FORCE. L. REV. (2002) 1.

¹⁰² זיידמן, לעיל, הערה 7, בע' 126-127; National Defence Act, R.S., C. N-4. (להלן: החוק הקנדי).

¹⁰³ סעיף 14 לחוק הקנדי.

¹⁰⁴ סעיף 20 לחוק הקנדי.

¹⁰⁵ סעיפים 15-17 לחוק הקנדי.

נוסף למבנה הצבא קובע החוק את ההוראות העיקריות לעניין אופן אירגונו של הצבא ולעניין התנהלותו ואת הרשויות האזרחיות המופקדות על הפיקוח על פעולותיו.

הפיקוח האזרחי על הצבא

הגורם האזרחי המפקד על הצבא הקנדי ואחראי לנהל את ענייניו הוא השר לביטחון לאומי. לשר לביטחון לאומי מוקנות בחוק סמכויות רחבות ביחס לצבא, ולמעשה, הוא מוסמך להורות בכל עניין הקשור לביטחון בלאומי בקנדה¹⁰⁶, לרבות מחקר ופיתוח, קיום אימונים צבאיים וסגירת שטחים לצורך זה, העמדה לדין בעברות מסוימות על הדין הצבאי ואף ניהול הרשויות האזרחיות העוסקות בביטחון הלאומי ופיקוח עליהן. "ביטחון לאומי" מוגדר בחוק בהרחבה מתוך הנחה שלאור אופיה של המדינה האיומים הביטחוניים על קנדה אינם ממדינות עוינות, אלא דווקא קיומה של מלחמת אזרחים או התקוממות מקומית באחת המדינות המרכיבות את הפדרציה הקנדית. על כן תפקידו של הצבא וסמכותו של השר מתייחסים לא רק להיבטים הנוגעים לענייני החוץ של המדינה, אלא אף לשאלות של ביטחון פנים. בנוסף לשר לביטחון לאומי קובע החוק מספר בעלי תפקידים נוספים המסייעים לשר לפקח ביעילות על פעילות הצבא, כמו סגן שר ועוזרים מיוחדים לשר.

כדי לא לרכוז את כל הסמכויות הביצועיות הנוגעות לצבא בידי אדם אחד קובע החוק כי מספר סמכויות ביצועיות יוקנו לגורמים אחרים ברשות המבצעת, למשל¹⁰⁷:

- (1) הסמכות להתקין תקנות הנוגעות לצבא, לרבות מבנהו, ניהולו וכללי המשמעת בו, מוקנית לקבינט ולשר האוצר. השר לביטחון לאומי רשאי להתקין תקנות אך ורק בנושאים שלא הוסדרו על ידי הקבינט או שר האוצר.
- (2) הסמכות למינוי רמטכ"ל נתונה לראש הממשלה.
- (3) ציוד צבאי, כגון נשק וטכנולוגיות הקשורות ללחימה, לא יימכר למדינות או לארגונים, אלא לאחר קבלת אישורו המפורש של הקבינט.

¹⁰⁶ סעיפים 3-11 לחוק הקנדי.

¹⁰⁷ סעיפים 9-121-13 לחוק הקנדי.

- 4) ראש הממשלה הוא המוסמך להפקיע רכוש בשעת חירום לצרכים צבאיים, ובכלל זה קווי תקשורת ואמצעי תחבורה.
- 5) היקפו של הצבא ייקבע על ידי הקבינט.
- 6) סגן שר הביטחון והפרקליט הצבאי הראשי מתמנים על ידי הקבינט.

תפקידי הצבא וסמכויותיו

כמצוין לעיל, מטרתו של צבא קנדה שונה במידה רבה מאלו של צבאות אחרים, והיא נוגעת בעיקר לביטחון הפנים של המדינה. הדברים באים לידי ביטוי בכך שפרק שלם ב-National Defense Act מתייחס לשימוש בצבא לסיוע לרשויות האזרחיות בנסיבות שונות. הסעיף המרכזי באותו פרק קובע¹⁰⁸:

The Canadian Forces, any unit or other element thereof and any officer or man, with the materiel, are liable to be called out for service in aid of the civil power in any case in which a riot or disturbance of the peace, beyond the powers of the civil authorities to suppress, prevent or deal with and requiring that service, occurs or is, in the opinion of an attorney general, considered as likely to occur.

הסמכות לבקש סיוע של הצבא לכוחות האזרחיים של אחת המדינות במשימות הקשורות בביטחון הפנים מוקנית לשר המשפטים של כל מדינה או לשופט באחת המדינות. הבקשה צריכה להיות מפורטת ולכלול הסבר נרחב אודות הנסיבות המצריכות את הפעלת הכוחות והתחייבות כספית לשלם לממשלה הפדרלית על כל ההוצאות הכרוכות בהפעלת הצבא. הבקשה תופנה לקצין צבא במדינה, לרמטכ"ל או לשר לביטחון הלאומי. אלה רשאים לאשר את הבקשה במלואה, לאשר את הבקשה בחלקה או לדחותה. כדי לאפשר לצבא לקיים את המשימות האזרחיות המוטלות עליו מקנה החוק לחיילים בעת ביצוע משימה מסוג זה את כל הסמכויות המוקנות לשוטר בנוסף לסמכויותיהם הרגילות¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ההסדרים מצויים בפרק 11 לחוק הקנדי, וההוראה העיקרית מצויה בסעיף 275 לחוק.

¹⁰⁹ סעיף 329 לחוק הקנדי.

מאז הקמת הצבא הקנדי עשו בו המדינות המרכיבות את הפדרציה הקנדית שימוש בהזדמנויות רבות למטרות אזרחיות מגוונות, כגון פיזור הפגנות אלימות, פיזור התפרעויות אלימות בבתי כלא ומניעת השבתת שירותים חיוניים¹¹⁰. על פי רישומי ממשרד ההגנה הקנדי בדוח רשמי שהוגש לממשלת קנדה בנושא, נעשה שימוש בצבא הקנדי יותר מ-50 פעם למטרות אזרחיות שונות. בעקבות כך נוצרו לא מעט שאלות, כגון מי ישא בעלות הכספית של הפעלת הצבא במקום הרשויות האזרחיות¹¹¹.

החוק הקנדי רואה בהפעלת הצבא בנסיבות אלה כמצב חריג ובלתי רצוי, ולכן נקבעו מספר סנקציות על מדינה המבקשת זאת: עליה לשלם את כל הוצאות הצבא; יש לפתוח תוך שבעה ימים בחקירה בדבר הנסיבות שהביאו להפעלת הצבא, וממצאיה יועברו לשר הפנים; הרמטכ"ל מוסמך בכל עת לצמצם את הכוחות המסייעים לגורמים האזרחיים או לבטל את ההתערבות הצבאית. עם זאת הסדר מיוחד זה מאפשר למדינה להשתמש בצבא למטרות אזרחיות בשעת חירום, ומטרתו היא מניעת מלחמת אזרחים או התקוממות עממית של חלק מהאוכלוסייה כנגד השלטון המרכזי.

בנוסף לסמכויות בחוק הקנדי האמור קיימת סמכות מקבילה לפרלמנט לחוקק חוקים מיוחדים המתייחסים למצבי חירום ומאפשרים לממשלה הפדרלית להשתמש בצבא למשימות רבות, לרבות משימות אזרחיות באופיין¹¹². סמכות זו קיימת בנוסף לסמכות המדינות שנסקרה לעיל. החוק הבולט בהקשר זה היה ה- War Measures Act שנקבע בשנת 1914, במלחמת העולם הראשונה, ובוטל בשנת 1988¹¹³. חוק זה הקנה לממשלת קנדה סמכויות נרחבות בשעת חירום, כגון הסמכות להשתמש בכוחות צבאיים למטרות אזרחיות. במהלך התקופה שבה עמד החוק בתוקף,

¹¹⁰ M. L. FRIEDLAND, NATIONAL SECURITY: THE LEGAL DIMENSIONS 106 (1981).

¹¹¹ FRIEDLAND, לעיל, הערה 110, בע' 109-112.

¹¹² FRIEDLAND, לעיל, הערה 110, בע' 107-106.

¹¹³ לסקירה של השימושים השונים שנעשו בחוק זה, ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 460-466 (1997). לביקורת על החוק ראו INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, STATES OF EMERGENCY - THEIR IMPACT ON HUMAN RIGHTS 33-41 (1983); FRIEDLAND, לעיל, הערה 110, בע' 109-115.

השתמשה הממשלה הפדרלית בכוחות צבא למטרות אזרחיות בשלושה מקרים עיקריים: במהלך שתי מלחמות העולם וכנגד התקוממות החזית לשחרור קויבק באוקטובר 1970, שבה נחטפו שר קנדי ודיפלומט בריטי. בעקבות האירועים בשנת 1970 נמתחה ביקורת ציבורית קשה על הפעלת סמכויות החירום ועל הסמכות הרחבה המוקנית לממשלה הקנדית במצבי חירום, ונכתב דוח רשמי לבדיקת סמכויות החירום בקנדה¹¹⁴. אירועים אלה הביאו בשנת 1988 לביטול ה-War Measures Act ולהחלפתו ב-Emergencies Act. ה-Emergencies Act מצמצם במידה ניכרת את סמכויות הממשלה הפדרלית בשעת חירום ביחס להסדר הקודם. במסגרת חוק זה מוקנית לראש הממשלה הקנדי סמכות להכריז על מצב חירום בארבעה מקרים¹¹⁵: סכנה לפגיעה קשה בשלום הציבור, כגון מחלות מסוכנות, זיהום מסוכן ואסון טבע; סכנה לפגיעה קשה בסדר הציבורי, כגון התקוממות פנימית ומרד בשלטון; אסונות בינלאומיים, כגון משבר אנרגיה עולמי; עימותים צבאיים ומלחמות. הפעלת סמכותו של ראש הממשלה מותנית בקבלת אישור הפרלמנט תוך שבעה ימים מיום הכרזת מצב החירום, והפרלמנט מוסמך לבטלו בכל עת¹¹⁶. מאז חקיקתו לא השתמשה הממשלה הפדרלית בסמכויות המוקנות לה בחוק זה, לרבות הסמכות להפעיל כוחות צבאיים למשימות אזרחיות¹¹⁷.

סיכום

ההסדר המשפטי בקנדה ממחיש את ההבדלים הרבים בין השיטות השונות שבסיסן במשפט המקובל. להבדיל מהמצב בבריטניה ובארצות הברית, התפתחה בקנדה מערכת שונה לחלוטין של כללים ביחס להפעלת הצבא למטרות אזרחיות. כללים אלה נקבעו לאור הצרכים הביטחוניים המצומצמים בקנדה, והם עומדים לעתים בסתירה מוחלטת לעקרונות להפעלת הצבא בשתי המדינות האחרות. אף

¹¹⁴ לסקירת האירועים האמורים ראו HOGG, לעיל, הערה 113, בע' 464-466. לביקורת על הפעלת החוק ראו INTERNATIONAL COMMISSION, לעיל, הערה 113, בע' 109-115. לדוח הרשמי ראו FRIEDLAND, לעיל, הערה 110.

¹¹⁵ ל-Emergencies Act 1988, R.S. C.22, ss. 5, 6, 16, 17, 27, 28, 37, 38.

¹¹⁶ סעיפים 58 ו-59 ל-Emergencies Act.

¹¹⁷ HOGG, לעיל, הערה 113, בע' 464-466.

ביחס לפיקוח של הרשויות האזרחיות על הדרג הצבאי קיימים הבדלים רבים בין שלוש המדינות אף שלכאורה, בשלושתן בסיס דומה. הדבר נובע מהאופי של כל מדינה ומצרכיה הביטחוניים השונים.

בפרק הבא יבחנו ההסדרים המשפטיים הקובעים את פעילות צה"ל בדומה למצב בקנדה ובארה"ב כתוצאה מתהליכים היסטוריים הסדרים אלה התרחקו במידה רבה מההסדר המשפטי של המשפט המקובל.

ההסדרים המשפטיים הקובעים את פעילות צה"ל

ההסדרים הראשוניים שהסדירו את פעילות הצבא בישראל

טרם הקמת המדינה היו המחטרות השונות כפופות בפועל למרות הדרג האזרחי ולפיקוחו¹¹⁸. כך למשל, "ההגנה" נשלטה על ידי סמכות אזרחית פוליטית שייצגה את המוסדות הנבחרים של הישוב. מטבע הדברים לא היו ב"מדינה שבדרך" הסדרים משפטיים ברורים בעניין מהות הפיקוח ובעניין סדרי העבודה בנושא זה. עם הקמת המדינה אומצו במידה רבה עקרונות דומים למצב שהיה לפני הקמתה. סעיף 18 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948¹¹⁹ הסמיך לראשונה את הממשלה הזמנית להקים צבא:

הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה.

מכוח סעיף זה חוקקה ב-31 במאי פקודת צה"ל (מס' 4), התש"ח-1948 שמטרתה הסדרה חקיקתית של הסוגיות העקרוניות המתייחסות למעמדו המשפטי של הצבא בישראל¹²⁰. הסעיף הראשון לפקודה קובע את המבנה הכללי של הצבא: חילות

¹¹⁸ הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 260; ג' היכל בעין פקודה חרוע נטויה: הפיקוח האזרחי על הצבא -1957-1945 (1998); YORAM PERI, BETWEEN BATTLES AND BALLOTS 32-36 (1981).

¹¹⁹ הפקודה חוקקה ב-21.5.1948, וניתן לה תוקף למפרע מתאריך 15.5.1948.

¹²⁰ לפקודה זה לא היה כל תוקף משפטי מאחר שהיא נקבעה על ידי הממשלה הזמנית, אך לזו לא היו סמכויות חקיקה בהתאם לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. עקב כך היה צורך באשרור בדיעבד של פקודת צה"ל בסעיף 4 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), התש"ח-1948.

יבשה, חיל ים וחיל אוויר. הפקודה קבעה בסעיף 2 חובת גיוס לצבא בשעת חירום¹²¹ לאור הצורך באותה עת בכוחות לוחמים נוספים בעיצומה של מלחמת העצמאות. הגיוס לצבא החל עוד לפני כן באמצעות המוסדות הלאומיים של הישוב, וניתן לכך תוקף משפטי מחייב למפרע בסעיף 5 לפקודה. הדי הויכוח בין המחותרות בישוב והמאבק ליצירתו של צבא אחד במדינת ישראל (ששיאיו היו פרשת אלטלנה, שהתרחשה בסמוך לכתיבת הפקודה¹²², ופירוק מטה הפלמ"ח) ניכרים בהוראות סעיפים 3 ו-4 לפקודה, אשר קובעים חובת שבועת אמונים של המשרתים בצה"ל לרשויות האזרחיות ואיסור על הקמת כוח מזוין בישראל מלבד צה"ל. סעיפים אלה אף קובעים את כפיפות הצבא לרשויות השלטון האזרחיות.

פקודת צה"ל נכתבה במהלך קרבות תש"ח ומסדירה באופן לקוני למדי את מעמדו המשפטי של הצבא. היא אינה מתייחסת כלל לשורה של סוגיות עקרוניות. כך, למשל, היא אינה מסדירה את מערכת היחסים בין הדרג הצבאי לדרג האזרחי, את פעילותם של שירותי המודיעין והביטחון הנוספים של מדינת ישראל, את תפקידיו של הרמטכ"ל ואת סמכויותיו השונות בניהול הצבא, את סמכויות הצבא ואת תפקידו, את מעמדן המשפטי של הפקודות בצבא ואת חלוקת הסמכויות ביחס לצבא בין ראש הממשלה ובין שר הביטחון. למרות מגבלותיה הרבות של הפקודה היא הייתה הבסיס הסטטוטרי להסדרת פעילותו של הצבא בישראל במשך כ-28 שנה עד לחקיקת חוק-יסוד: הצבא בשנת 1976¹²³. השינוי היחיד באותה תקופה בהסדרת מעמדו המשפטי של הצבא היה בשנת 1968 עם חקיקת חוק-יסוד: הממשלה, שבו נקבע בסיס סטטורי לסמכותה השיוויונית של הממשלה המקנה לה בין היתר את סמכות הפיקוח על זרועות הביטחון¹²⁴.

¹²¹ מכוח סעיף זה חוקק חוק שירות ביטחון.

¹²² רבים סבורים כי אף שמו של צה"ל, צבא ההגנה לישראל, היה תוצר של שיקולים פוליטיים ושל הרצון להבליט את מעמדה המיוחד של ההגנה כבסיס להקמתו של צה"ל. לדעה זו ראה ז' אוסטפלד צבא נולד (1987) 132.

¹²³ נוסף לפקודה חוקקו מספר דברי חקיקה שהסדירו סוגיות ספציפיות הנוגעות לפעילות הצבא. העיקריים שבהם הם חוק שירות בטחון, התש"ט-1949, שהסדיר את הגיוס לצבא, וחוק השיפוט הצבאי, התש"י-1955, שהסדיר את נושא המשמעת בצבא. אולם לא חוקק חוק שהתייחס למרבית השאלות שהוצגו לעיל, עד לשנת 1976.

¹²⁴ יש הטוענים שעד לחקיקת חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1968 וקביעת סמכותה השיוויונית של הממשלה (בסעיף 29 לחוק זה) פעילותם לא הייתה מוסדרת בחוק על כל המשתמע מקביעה זו. לדעה זו ראו הופנונג, לעיל 2, עמ' 260.

ההסדר החלקי של הסוגיות המשפטיות המרכזיות הנוגעות למעמדו המשפטי של הצבא עוצב על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון של המדינה, דוד בן גוריון. בן גוריון החל בעיצובו של הצבא מסוף מרס ועד סוף מאי 1947 במה שנודע כ"סמינר" של ה"הגנה"¹²⁵. במהלך חודשיים אלה השעה את תפקידיו הרגילים וראיין בשיטתיות את סגל הפיקוד של ה"הגנה" ורבים מהקצינים הזוטרים בה. לאחר סיומו של ה"סמינר" קיבל בן גוריון החלטות רבות לעניין אופן התנהלות הצבא ולעניין דרך הפיקוח האזרחי הראויה על פעילותו¹²⁶. לדעתו של ד"ר יורם פריד¹²⁷, בן גוריון בחר בהסדרה חלקית זאת תוך הסתמכות על אופיו הכריזמטי ועל מעמדו המיוחד ומתוך רצונו שלא להגדיר בחוק את סמכויותיו כדי לאפשר לעצמו חופש פעולה ביחס להתנהלות השוטפת של הצבא. סיבה נוספת לכך היא העדפתו הכללית של בן גוריון את הפיקוח האישי¹²⁸ הלא פורמלי על פני פיקוח בירוקרטי ממוסד המעוגן בחוק¹²⁹ ביחס לפיקוח על השלטון. ההסדר החלקי הבטיח לבן גוריון כוח רב בניהול הצבא וסמכות כמעט בלתי מוגבלת להתערב בענייני הצבא השונים: ממינוי קצינים לתפקידים רגישים וכלה בקביעת תקציב הצבא ואופן ניהולו. בהעדר הסדר סטטורי שימש בן גוריון בפועל כמפקד העליון של הצבא, ורמטכ"ל שלא קיבל את הוראותיו בדבר אופן ניהולו של הצבא, אולץ על ידיו להתפטר¹³⁰. אך ההסדר המשפטי שנתפר

¹²⁵ כהן, לעיל, הערה 7, בע' 134-139. לדעה שונה ביחס להתנהלות אותו סמינר ראו דבריו של צבי אילון ב"ארגון זה היה סודי ביותר" (1990) 150-155.

¹²⁶ בין ההחלטות שקיבל, ניתן לציין את החלפתו של זאב פיינשטיין, ששימש כאחראי מטעם מוסדות היישוב על פעילות ההגנה (רמ"א), בישראל גלילי. לדעתו של בן גוריון, הפיקוח האזרחי של הרמ"א היה "ללא ספק פיקטיבי" ולא אפשר שליטה ממשית של הדרג האזרחי בפעילותו של הדרג הצבאי. כן החליט בן גוריון על גיוס מוגבר של בוגרי הצבא הבריטי ל"הגנה" ועל ביצוע שינויים מבניים נוספים רבים ב"הגנה" לצורך הפיכתה ממחותרת לצבא סדיר. להרחבה ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 139-143.

¹²⁷ Peri, לעיל, הערה 2, בע' 44-45.

¹²⁸ Peri, לעיל, הערה 2, בע' 45. פרי מונה שני סוגים של פיקוח לא רשמי כזה: הפעלה סלקטיבית של שיקולים פוליטיים במינוי קצינים לתפקידי מפתח בצבא והקמת "מחלקת המגויסים" במרכז מפא"י, שהילתה חוליית קשר מפלגתית לפיקוד הצבאי. מחלקה זו גייסה קציני צבא למפלגה, קיימה מפגשי הסברה עם ראשי המפלגות וסייעה לקצינים בסידורים אזרחיים שונים במהלך שירותם הצבאי ולאחר פרישתם.

¹²⁹ הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 261.

¹³⁰ הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 262. בשנת 1952 אולץ להתפטר הרמטכ"ל יגאל ידין בעקבות התנגדותו לסעיפי הקיצוץ בתקציב הביטחון שביקש בן גוריון. לא היה זה הוויכוח הראשון ביניהם על חלוקת הסמכויות בין הדרג הצבאי לדרג האזרחי. כך, למשל, כבר בשלביה הראשונים של מלחמת העצמאות, לפני הקמת המדינה, התעקש בן גוריון שההגנה על ירושלים תהיה בעדיפות ראשונה, אף על חשבון הצרכים הדוחקים של היישובים היהודים בצפון ובדרום. בלהט הוויכוח בין בן גוריון וידין, ששימש אז כראש אגף המבצעים של צה"ל, חבט ידין באגרופו על השולחן של בן גוריון עד שהזוכית שהרכיבה

למידותיו הגדולות של בן גוריון בעת הקמת המדינה, לא התאים לכל ראשי הממשלות הבאים של מדינת ישראל ואף לא לבן גוריון עצמו בכהונתו השנייה כראש ממשלה.

הבעייתיות בהסדר המשפטי החלקי של מעמדו המשפטי של הצבא התעוררה במספר מקרים מראשית שנות החמישים ועד תחילת שנות השבעים. זמן קצר לאחר פרישתו הראשונה של בן גוריון נבחנה שאלת חלוקת האחריות בין הדרג הצבאי והדרג האזרחי בפרשת "עסק הביש" בשנת 1954¹³¹. אי ההסדרה של הנושא עלתה אף בשאלות מבצעיות שונות במערכת קדש, במלחמת ששת הימים ובמלחמת ההתשה¹³². בניסיון לקבוע את תחומי האחריות בתחום המבצעי בין הצבא לבין הדרג האזרחי נוסח לאחר מלחמת ששת הימים נייר עבודה המכונה "הקונסטיטוציה"¹³³, שמעמדו המשפטי אינו ברור. מסמך זה דן אך ורק בתחום המבצעי ומפרט איזו פעולה חייבת באישור ראש הממשלה, איזו חייבת באישור שר הביטחון, ואיזו נתונה להחלטת הרמטכ"ל ללא צורך באישור מוקדם. למרות כל אלה לא עלה נושא זה לדיון ציבורי נרחב אלא לאחר מלחמת יום כיפור במסגרת דיוני ועדת אגרנט.

ועדת אגרנט וקביעותיה בנושא מעמדו המשפטי של הצבא בישראל

דוח ועדת אגרנט¹³⁴, אשר הוקמה לאחר סיום מלחמת יום הכיפורים לחקירת מחדלי גיוס המילואאים ותנועת הכוחות אל החזיתות, הוא מסמך מפתח בקביעת היחסים המשפטיים בין הדרג האזרחי והדרג הצבאי במדינת ישראל. כבר בתחילת

את השולחן, נשברה. ויכוח נוסף ביניהם ביוני 1948 בזמן הפוגה הראשונה נגע למבנהו של המטכ"ל, לאיזו תפקידי הפיקוד הבכיר בצבא ולתוכניות המלחמה, ובמהלכו הגישו רבים מקציני המטכ"ל מכתבי התפטרות לבן גוריון. בעקבות מכתבים אלה הוקמה ועדת שרים מיוחדת שקבעה בניגוד לעמדת בן גוריון והסתיימה בהגשת מכתב התפטרות של בן גוריון לממשלה. התפטרות זו לא התקבלה על ידי הממשלה, שהכריעה בסופו של דבר במרבית העניינים לפי דרישתו של בן גוריון. ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 149, 154-155 וכן ארגמן, לעיל, הערה 125, שם.

¹³¹ י' אולשן, דין ודברים (1978) 262-299.

¹³² לעניין זה ראו בין היתר מ' מיזל המערכה על הגולן (1993); Y. BEN MEIR, CIVIL MILITARY RELATIONS IN ISRAEL (1995).

¹³³ הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 264; Peri, לעיל, הערה 2, בע' 42-43.

¹³⁴ דין וחשבון ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (תשל"ה) (להלן: דוח ועדת אגרנט).

הדוח¹³⁵ התייחסה הוועדה בביקורתיות רבה למצב המשפטי שהיה קיים בשעת כינונה בסוגיית מעמדו המשפטי של הצבא:

... חסרות הגדרות ברורות לחלוקת הסמכויות, החובות והאחריות בענייני ביטחון שלוש הרשויות העוסקות בעניינים אלה, דהיינו הממשלה וראש הממשלה, שר הביטחון, וראש המטה הכללי העומד בראש צה"ל ולקביעת יחסי הגומלין בין ההנהגה המדינית והפיקוד העליון של צה"ל... חוסר ההגדרה של הסמכויות, השורר במצב הקיים בתחום הביטחון, תחום שאין למעלה ממנו לחיוניות, מכביד על אפקטיביות הפעולות, גורע מביטחון האחריות ואף גורם לאי בהירות ומבוכה בקרב הציבור.

לאור מסקנה זאת אחת ההמלצות המרכזיות של הוועדה הייתה להסדיר בחקיקה את מעמדו המשפטי של הצבא ואת תחומי חלוקת האחריות השונים בענייניו¹³⁶.

בהתייחסה לשאלת תחומי האחריות בין הדרג האזרחי לדרג הצבאי הסתמכה הוועדה על הוראות החוק שהיו קיימות בנושא ונמנעה מלהתייחס לנוהגים החוקתיים שהתפתחו בין הדרג האזרחי לצבאי (וביניהם מסמך "הקונסטיטוציה"). לאור עקרונות אלה קבעה הוועדה כי האחריות האישית למחדלים הייתה של הדרג הצבאי: הרמטכ"ל, שני אלופים וקצינים בכירים נוספים. בהעדר הוראות חוק הקובעות את תחומי אחריותו של הדרג האזרחי קבעה הוועדה כי אחריותו האישית היא "שאלה פוליטית" שאינה מוסדרת בחקיקה, ולכן לא נקבעו המלצות אופרטיביות בעניין. עם זאת למרות העדרה של חקיקה בנושא הכירה הוועדה בעיקרון כי ראש הממשלה ושרים נושאים באחריות אישית על פעילותם ביחס לצבא בהתאם לעיקרון האחריות המניסטריאלית של נבחר ציבור למעשים של המנגנון הכפוף להם ולמחדליו¹³⁷. זמן קצר לאחר הגשת הדוח אימצו ראש הממשלה ושר הביטחון את המסקנות המתבקשות מאחריותם המניסטריאלית והתפטרו מתפקידם.

¹³⁵ דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 134, בע' 25-26.

¹³⁶ דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 134, בע' 96-99.

¹³⁷ הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 265. להרחבה ראו ש' שטרית "ועדת חקירה - מלחמת יום הכיפורים: המאזן הכולל לכף זכות" משפטים ח (1977) 74. מאז דוח ועדת אגרנט הוטלה אחריות על הדרג המדיני מכוח דוקטרינה זו במספר ועדות חקירה, כגון ועדת כהן וועדת אור.

הוראות חוק-יסוד: הצבא

הצעת חוק-יסוד: הצבא הוגשה לקריאה ראשונה בכנסת כשישה חודשים לאחר הגשת החלק השלישי והאחרון של דוח ועדת אגרנט¹³⁸. בהצגת חוק היסוד בעת הקריאה הראשונה של ההצעה הדגיש שר המשפטים, חיים צדוק, את הקשר בין הדוח לבין הצעת החוק וקבע כי בעקבות המלצות הוועדה החוק כולל הסדרה של היחסים בין הדרג הצבאי והדרג האזרחי וקביעה חד משמעית של עיקרון המרות האזרחית על צה"ל ושל כפיפותו של צה"ל למרות הממשלה¹³⁹. הצעת החוק התקבלה על ידי הכנסת מבלי שיתבצעו בה שינויים עקרוניים, והפכה בשנת 1976 לחוק-יסוד: הצבא. השפעת דוח ועדת אגרנט על חוק-יסוד: הצבא ניכרת בכך שמרבית הסעיפים בו מתייחסים לחלוקת הסמכויות והאחריות בין הזרועות השונות של הרשות המבצעת (הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל), שהייתה אחת משאלות היסוד שאליהן נדרשה הוועדה.

בניגוד להתייחסות המקיפה לשאלת חלוקת האחריות בין הגופים השונים של הרשות המבצעת חוק היסוד אינו מתייחס כלל לשורה ארוכה של נושאים עקרוניים, כגון סמכויות הצבא, תפקידיו הפיקוח של הרשות המחוקקת על פעילותו ושאלת הסמכות לצאת למלחמה (War Powers). החוק מאמץ, למעשה, במספר שינויים קטנים את הנוסח שנקבע בפקודת צה"ל ונמנע מלהתייחס לנושאים נוספים¹⁴⁰. כך, למשל, סעיף 1 לחוק היסוד קובע הסדר הדומה במהותו להסדר הקבוע לסעיף 1 לפקודת צה"ל לעניין מהותו של הצבא כצבאה של המדינה, למעט שני שינויים מינוריים: האחד, חוק היסוד לא קובע את הקמת צה"ל, אלא מתייחס אליו כעובדה קיימת וקובע כי הוא צבאה של המדינה¹⁴¹, והשני, אין בחוק היסוד, להבדיל מפקודת צה"ל, התייחסות לחלוקת צה"ל לחילות יבשה, לחיל ים ולחיל אוויר. דוגמה נוספת היא הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הצבא המתייחסת לחובה לשרת בצבא ולגיוס אליו ואינה משנה את ההסדרים שנקבעו בסעיף 2 לפקודת צה"ל. המגמה של אימוץ

¹³⁸ א' נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל" משפט וצבא 13 (1999) 94.

¹³⁹ ד"כ 74 (תשל"ה) 4003.

¹⁴⁰ לדעת קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 28, מבטל חוק-יסוד: הצבא במשתמע את הסעיפים המקבילים להוראותיו בפקודת צה"ל.

¹⁴¹ ראו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 37.

ההסדר הקיים בפקודת צה"ל מבלי לבצע בו שינויים משמעותיים ונדרשים באה לידי ביטוי בחקיקת סעיף 6 לחוק היסוד. סעיף זה קובע כי אין להקים כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל, אלא על פי חוק, והוא זהה במהותו לאיסור שנקבע בסעיף 4 לפקודת צה"ל¹⁴². כמצוין לעיל, הרקע לקביעת האיסור בשנת 1948 היה הרצון למנוע עימות בין המחתרות ולהקים צבא אחיד. ספק רב אם איסור זה היה רלוונטי בעת חקיקת חוק-יסוד: הצבא בשנת 1976, אך למרות זאת הסעיף עבר לחוק-יסוד: הצבא כשריד היסטורי. סעיף 6 לחוק היסוד יצר מספר בעיות משפטיות ביחס למעמדם של שירותי הביטחון האחריים במדינת ישראל שהוקמו לאחר 1948, ומעמדם לא הוסדר באותה עת בחוק, כגון השב"כ¹⁴³ והמוסד.

החידוש היחיד בחוק-יסוד: הצבא שאינו מתייחס לחלוקת האחריות בתוך הרשות המבצעת נקבע בסעיף 5, שהסדיר לראשונה את מעמדה המשפטי של פקודות הצבא בחקיקה. קרמניצר ובנדור סבורים כי, למעשה, סעיף זה אינו מוסיף על הנובע ממילא מעיקרון החוקיות¹⁴⁴. הסעיף משתמש בלשון עתיד ("הסמכות ... תיקבע ..."), אך בדומה למרבית ההוראות האחרות של חוק-יסוד: הצבא, הוא בא לעגן מציאות קיימת ונורמות שהיו בתוקף בשעת קבלתו¹⁴⁵. בעקבות קביעת הסעיף שונה חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הוספו לו סעיפים 2א, 2ב ותוקן סעיף 3. סעיפים אלה קבעו את סוגי הפקודות השונים בצבא ואת מעמדה המשפטי¹⁴⁶.

מה נקבע בחוק-יסוד: הצבא ביחס לשתי שאלות המחקר המרכזיות של חיבור

זה?

¹⁴² ההבדל היחיד בין שני הסעיפים הוא שבחוק-יסוד: הצבא נדרש שהקמת הכוח המזוין תיעשה על פי חוק, בעוד שבפקודת צה"ל אסורה כליל הקמת כוח מזוין. נראה שהבדל זה מאפשר הקמת כוחות מזוינים נוספים על פי הסמכויות השירותיות של הממשלה לפי חוק-יסוד: הממשלה. להרחבה ראו נון, לעיל, הערה 138, בע' 125-126.

¹⁴³ עד לחקיקת חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ג-2003 מעמדו המשפטי לא עוגן בחוק, אלא בסמכויות השירותיות של הממשלה לפי חוק-יסוד: הממשלה. לפתרונות אפשריים לבעיות אלה ראו נון, לעיל, הערה 138, בע' 125-126.

¹⁴⁴ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 74.

¹⁴⁵ א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996) 376.

¹⁴⁶ חיבור זה לא יבחן את מעמדה המשפטי של פקודות הצבא כדינים בכלל, ולעניין סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט, לאור הוראת סעיף 3 לחוק השיפוט הצבאי. דיון בשאלה זו ניתן למצוא אצל קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 75-79.

הכפיפות לדרג האזרחי ומנגנוני הפיקוח על פעילות הצבא

חוק-יסוד: הצבא קובע לראשונה את עיקרון כפיפות הדרג האזרחי לדרג הצבאי, ומטרתו המוצהרת היא לקבוע את חלוקת האחריות ביניהם. סעיפים 2 ו-3 לחוק היסוד מחלקים את הסמכות לשליטה על הצבא בין שתי רשויות עיקריות של הרשות המבצעת: הממשלה ושר הביטחון. החוק קובע עליונות מוחלטת של הרשויות הללו על הצבא והרמטכ"ל תוך שימוש במונחים "מרות" ביחס לסמכות הממשלה ו"כפיפות" ביחס לסמכות של שר הביטחון. ראש הממשלה, שנהנה בעבר בפועל מסמכויות רבות לעניין הצבא, אינו מוזכר כלל בחוק היסוד, ואין לו סמכות רשמית כלשהי ביחס לצה"ל או לרמטכ"ל¹⁴⁷. סמכויותיו היחידות ביחס לצבא הן הסמכויות המוקנות לו מכוח חוק-יסוד: הממשלה, ובהן הסמכות לפטר את שר הביטחון וליטול את סמכויותיו והסמכות לכנס את הממשלה או את ועדת השרים לעניין ביטחון ולקבוע את סדר היום שלהן.

חלוקת האחריות בין שר הביטחון והממשלה ביחס לצבא ופירושה של המושגים "מרות" ו"כפיפות" נדונה כבר בשנת 1979 על ידי בית המשפט העליון¹⁴⁸. כשנדרש להכריע האם הפקעת אדמות פרטיות בשומרון על ידי צה"ל לצורך הקמת היישוב אלון מורה היא צורך ביטחוני, הובאו בפני בג"ץ שתי דעות סותרות בשאלה זו: שר הביטחון סבר שהקמת היישוב אינה מחויבת מצורכי הביטחון במקום, והממשלה קבעה כי הקמת היישוב נעשית מטעמים ביטחוניים. מ"מ הנשיא משה לנדוי קבע כי

שר הביטחון הוא הממונה על הצבא מטעם הממשלה לפי סעיף 2(ב) לחוק יסוד: הממשלה [צה"ל הצבא], אבל הצבא נתון למרות הממשלה בתור גוף, לפי סעיף 2(ב) של אותו חוק יסוד וכן נתון הרמטכ"ל למרות הממשלה לפי סעיף 3(ב), אם כי כפיפותו הישירה היא לשר הביטחון, כאמור באותו סעיף. מכאן שכל עוד לא אמרה הממשלה את דבריה בנושא פלוני, חייב הרמטכ"ל למלא את הוראותיו של שר הביטחון. אבל משהובא הנושא לפני הממשלה, החלטתה של הממשלה היא המחייבת את הרמטכ"ל,

¹⁴⁷ להרחבה ראו נון, לעיל, הערה 138, בע' 108-110 (לרבות עמדה כי הרמטכ"ל כפוף לראש הממשלה מכוחו של מנהג חוקתי אף בהעדר אוכור לכך בחוק-יסוד: הצבא). ייתכן כי העדר סמכות פיקוח ישירה של ראש הממשלה על פעילות הצבא מהווה את אחת הסיבות לכך שבמדינת ישראל שמרו לעצמם לא אחת ראשי ממשלות את תיק הביטחון, בניגוד לנהוג במדינות אחרות.

¹⁴⁸ בג"ץ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1.

ושר הביטחון אינו אלא אחד מחברי הממשלה, וכל עוד הוא מוסיף להיות חבר בממשלה הוא נושא באחריות משותפת להחלטותיה, ואף להחלטות שנתקבלו ברוב דעות נגד דעתו החולקת.¹⁴⁹

מכאן שלממשלה יש סמכות מלאה ביחס לצבא, והחלטותיה מחייבות את שר הביטחון. שר הביטחון הוא השר המופקד מטעם הממשלה על הצבא, הוא אחראי להעביר את הוראותיה לצבא, והוא בעל סמכויות רחבות נוספות ביחס לניהול ולקביעת סדרי פעילותו, אך בשום מקרה אין הוא מוסמך לקבל החלטה שונה מהחלטת הממשלה. במקרה של סתירה בין ההוראות שמקבל הרמטכ"ל מהממשלה או משר הביטחון, עליו לפעול על פי הוראת הממשלה, ויש הסבורים כי אם ניתנת לו הוראה שדרושה אישור ממשלה ואינה טעונה ביצוע מייד, עליו לברר האם ניתן אישור כזה.¹⁵⁰

סעיף 3 מתייחס לתפקידו של הרמטכ"ל ולחלוקת האחריות בינו כדרג הפיקודי העליון בצבא לבין הדרג האזרחי הממונה עליו. הסעיף קובע כי הרמטכ"ל, בהיותו הדרג הפיקודי העליון בצבא, נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון. קשה לקבוע מנוסח הסעיף את מהות היחסים המדויקת בין שלושת הגופים ואת חלוקת האחריות ביניהם. המחלוקת העיקרית מתמקדת בשאלת היקף שיקול דעתו העצמאי של הרמטכ"ל ביחס לצבא. בהעדר פסיקה המפרשת את הסעיף קיימות שלוש גישות עיקריות לפרשנות הסעיף.¹⁵¹ הגישה הראשונה, גישת הכפיפות המוחלטת, קובעת כי בכל תחום כפופים הצבא והרמטכ"ל להחלטות הממשלה. גישה זו מסתמכת על עיקרון עליונות שלטון החוק ועל העובדה שהממשלה נושאת באחריות מיניסטרילית לפעילותו של הצבא. גישה שנייה מכונה גישת הכפיפות האסטרטגית. על פי גישה זו, הצבא נתון למרות הממשלה רק במישור האסטרטגי, כלומר בנושאים של קביעת מדיניות כללית, אך בנושאים טקטיים, כלומר דרך הפעלת המדיניות,

¹⁴⁹ עניין דויקאט, לעיל, הערה 148, בע' 10.

¹⁵⁰ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 47.

¹⁵¹ הגישות השונות מובאות אצל קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 49-62 ואצל נון, לעיל, הערה 138, בע' 111-118. מקורן של גישות אלה בחוות דעת מנחה שנכתבה על ידי עו"ד חנן מלצר בשנת 1977 ופורסמה בקובץ חוות דעת מנחות של ענף יעוץ וחקיקה במפקדת פרקליט צבאי ראשי (חוות דעת מנחה 10.0101 מיום 4.11.1977). הדיון בנושא זה מתבסס בעיקר על שלושת המקורות האמורים.

שאינן להם משמעות ציבורית או מדינית, שיקול הדעת מוקנה לדרג הצבאי. גישה זו נתמכת על ידי נימוקים רבים, והעיקרי שבהם הוא חוסר ההבנה של הממשלה בנושאים טקטיים הדורשים ידע מקצועי רב, אשר קיים אצל הדרג המקצועי הצבאי. הגישה השלישית, גישת הכפיפות היחסית, היא גישת ביניים, והיא קובעת כי לדרג האזרחי סמכות מלאה ביחס להחלטות האסטרטגיות, ויש לו זכות להתערב במקרים חריגים בקבלת החלטות בתחום הטקטי על יסוד שיקולים מדיניים החורגים מן התחום הצבאי הטקטי.

במסגרת שלוש הגישות האמורות קיימת הבחנה בין סמכויות שר הבטחון וסמכויות הממשלה בהסתמך על ההבחנה בין המושגים "כפיפות" ו"מרות" המופיעים בחוק. על פי הבחנה זו ששורשיה בעניין דויקאט, סמכויות הממשלה רחבות יותר ביחס לדרג הצבאי בהשוואה לשר הבטחון. פרשנות זו מסתמכת בין היתר על המשך הסעיף הקובע כי הרמטכ"ל ימונה על ידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון. מכאן ניתן ללמוד כי המחוקק ביקש להבחין בין חלוקת האחריות והסמכויות בין שני הדרגים ברשות המבצעת בכך שהממשלה היא שמחליטה על המינוי, אבל היא נדרשת להמלצה של שר הביטחון. כך לממשלה מרות מוחלטת כלפי הצבא, בעוד שסמכותו של שר הביטחון מתמצית בכפיפות חלקית בנושאים אסטרטגיים. הוויכוח באשר להבחנה בין סמכות שר הביטחון לסמכות הממשלה ביחס לדרג הצבאי מתבטא אף בשאלה אם קיימת לשר הבטחון סמכות ליטול מהרמטכ"ל את סמכותו בהתאם להוראות חוק-יסוד: הממשלה. מי שדוגלים במתן שיקול דעת אוטונומי רחב לרמטכ"ל כדרג הפיקודי העליון בצבא, סבורים כי אין לשר הביטחון סמכות כזו, אולם המפרשים בהרחבה את סמכויות שר הביטחון קובעים כי הוא רשאי ליטול את סמכויות הרמטכ"ל¹⁵².

סמכות הרשות המבצעת בישראל רחבה ביותר וכוללת אפשרות להורות לצבא לבצע שורה ארוכה של פעילויות ותפקידים ולהתערב בפעילותו¹⁵³. הוראות משרד הביטחון ותקנות שונות אשר מחייבות את הצבא, נקבעות על ידי שר הביטחון,

¹⁵² לדעות השונות בנושא זה ראו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 61-62 לעומת א' נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא" משפט וצבא 16 (2002) 161, 170 ונון, לעיל, הערה 138, בע' 115-121.

¹⁵³ ראו הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 264-268; נון, לעיל, הערה 138, בע' 115-121.

ולרשות המבצעת סמכות רחבה בנושאים נוספים, כגון אישור מינויים של קצינים בכירים בצבא, גיוס לצבא וסמכויות לפי חוקים שונים המתייחסים לפעילותו השוטפת של הצבא. ברשות המבצעת מספר גופים האחראים על ביקורת שוטפת של צה"ל בנושאים שונים, ובהם נציב קבילות החיילים, מבקר מערכת הביטחון ומבקר המדינה, אשר מבקר באופן שוטף את פעילות הצבא ונדרש מעת לעת לבדוק פרשיות בעלות אופי ציבורי הקשורות להתנהלות הצבא, כגון "צאלים ב"¹⁵⁴.

לרשות המחוקקת במדינת ישראל אין סמכויות פיקוח נרחבות על פעילות הצבא. הדוגמה הבולטת לכך היא הסמכות לצאת למלחמה, שאינה דורשת את אישור הכנסת על פי חוק-יסוד: הממשלה, אלא אך ורק את ידועה¹⁵⁵. הסמכויות העיקריות של הרשות המחוקקת ביחס לצבא מתייחסות לקביעת תקציב צה"ל במסגרת חוק התקציב, סמכויות המוקנות לוועדת החוץ והביטחון לאישור הוצאת צווי חירום (המכונים "צווי 8") תוך 14 יום מיום הוצאתם על ידי שר הביטחון, סמכות בחוק שירות ביטחון לאישור המקצועות המותרים לשירות מוכר וסמכות החקיקה הכללית. מעבר לכך אין פיקוח הדוק וממשי של הרשות המחוקקת בישראל על צה"ל, לפחות לא באופן אינטנסיבי כמו בבריטניה, בארצות הברית ובמדינות הקונטיננטליות השונות.

הסמכויות הצרות של הרשות המחוקקת עומדת ביחס הפוך לביקורת השיפוטית הרחבה של הרשות השופטת על פעילות הצבא. אם בעבר נמנע בית המשפט מלדון בנושאים הקשורים להתנהלותו השוטפת של הצבא והתמקד בעיקר בפעילות של הצבא שעניינה קשר עם אזרחים, כגון גיוס והפקעת רכוש, הרי שכיום מתערבים בתי המשפט השונים, ובראשם בג"ץ, בעניינים רבים הנוגעים לניהולו השוטף של הצבא: מינויים בצבא, אמצעי לחימה הננקטים על ידי צה"ל, שיטות לחימה של הצבא ודרך

¹⁵⁴ כך, למשל, דוח מבקר המדינה על מערכת הביטחון גדל במשך השנים מעמודים ספורים לעשרות רבות של עמודים. לסקירה של מנגנוני פיקוח אלה והשפעתם ראו הופנונג, לעיל, הערה 2, בע' 267-268. הופנונג מדגיש אף את מקומן החשוב של ועדות החקירה הממלכתיות לסוגיהן שחוקרות נושאים הקשורים להתנהלות הצבא, כמוסדות המאפשרים פיקוח של הרשות המבצעת על רשויות הצבא.

¹⁵⁵ סמכות זו מעוגנת קיום בסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה. להרחבה ולביקורת בנושא זה ראו נון, לעיל, הערה 138, בע' 124-121; S. Shetreet, *The Grey Area of War Powers: The Case of Israel*, 45 JERUSALEM Q. REV. 27 (1988).

הפעלת הכוח במצבים שונים¹⁵⁶. ניתן להסביר מגמה זו של התערבות שיפוטית בין היתר בחולשה היחסית של הרשות המחוקקת בפיקוח על הצבא. נראה כי בתי המשפט ממלאים, למעשה, תפקידים המסורים בשיטות משפט אחרות לבתי הנבחרים בניסיון ליצור איזון מתאים לכוח הרב הנתון בישראל לרשות המבצעת ביחס לצבא.

ניתן להבחין בלא מעט חסרונות במודל הישראלי של ביקורת על פעילות הצבא בישראל ביחס לשיטות המשפט הזרות שנבחנו לעיל. אחד החסרונות הוא בכך שהעדר ביקורת מעמיקה מתוך ראייה כוללת על פעילות הרשות המבצעת. מעצם הגדרתם בתי המשפט דנים במקרים ספציפיים ולרוב לא נשמעות בדיון האדוורסרי שבהם עמדות של כל הצדדים המעורבים, להבדיל מדיון שנערך בוועדה רלוונטית של בית הנבחרים. כמו כן, בהעדר פיקוח יעיל של בית המחוקקים על הצבא, ניצב לא אחת בית המשפט בפני הכרעה בשאלות בעלות משמעויות פוליטיות רחבות הקשורות לפעילות הצבא ונדרש להכריע בהן בהעדר גורם פיקוח אחר. מאחר שנושאים אלה מיועדים מלכתחילה להיות מוסדרים בחוק או במסגרת פיקוח של ועדה מוועדות בית הנבחרים, הכרעה בהם עלולה לפגוע באמון הציבור בבתי המשפט ולתייג אותם כדוגלים בדעות פוליטיות אלה או אחרות. מנגד, קיומה של ביקורת שיפוטית כזו מאפשר הכרעה אובייקטיבית בשאלות משפטיות קשות הנוגעות לתפקידי הצבא ולסמכויותיו, כפי שיובא להלן.

תפקידי הצבא וסמכויותיו

ההסדר המשפטי המתייחס לתפקידי הצבא בישראל ולסמכויותיו מצוי בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. למרות חשיבותו של נושא זה במדינת ישראל כיום ההסדר אינו זוכה למעמד חוקתי ואינו מוסדר כלל בחוק-יסוד: הצבא¹⁵⁷. סעיף

¹⁵⁶ למגמת ההתערבות המוגברת של בית המשפט בנושאים הקשורים בפעילותו של הצבא ראו, למשל, א' רובינשטיין "הביטחון והמשפט - מגמות" הפרקליט מד (תש"ס) 409 (להלן: "רובינשטיין"); א' שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה - בין פרשת שדיאל ובג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16 (התשס"ב-ס"ג) 203; ע' ארבל "התמודדות הפרקליטות בעתות משבר" משפט וצבא 16 (התשס"ב-ס"ג) 37; Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 37 HAR. L. REV. 16, 148-162 (2002).

¹⁵⁷ השוו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 37, שטוענים כי שמו של הצבא המופיע בחוק היסוד, "צבא ההגנה לישראל", מלמד על הגבלת תפקידו לתחום הביטחון במונח הצר. ככל הנראה, מקור השם אינו

18 האמור מגדיר בצורה רחבה וכללית את תפקידי הצבא בישראל ומאפשר לכוחות המזוינים "לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה". סעיף זה תוקן בשנת 1995, וסמכות הצבא הורחבה לבצע בנוסף לתפקידו האמור את כל הפעולות הדרושות והחוקיות להשגת יעדיה הביטחוניים-לאומיים של מדינת ישראל. פרשנות רחבה של סמכויות הצבא ותפקידיו מאפשרת לצה"ל לבצע כיום תפקידים רבים המוטלים במדינות אחרות על רשויות אחרות. כך, למשל, חיילים רבים בצבא עוסקים בחינוך, בקליטת עלייה ובמשימות חברתיות נוספות שאינן מתבצעות על ידי מרבית הצבאות האחרים בעולם¹⁵⁸. ספק אם גישה זו עולה בקנה אחד עם ההצדקות המוסריות לקיומו של הצבא שנבחנו לעיל. על פי הצדקות אלה, שלילת החירות הרחבה המאפיינת את השירות הצבאי תהא מוצדקת רק למטרת שמירה על ביטחון המדינה, ולא לצורך הגשמת מטרות חברתיות אחרות, חשובות ככל שיהיו¹⁵⁹.

תפיסה רחבה וייחודית זו של תפקידי הצבא בישראל ושל סמכויותיו אינה חדשה, ושורשיה נעוצים בתקופה שלפני הקמת המדינה. כפי שצוין לעיל, צה"ל נתפס על ידי האבות המייסדים של המדינה, במיוחד בן גוריון, כהמשך של "השומר" ושל "ההגנה", שתפקידיהם היו לא רק צבאיים, אלא בעיקר תפקידי התיישבות ובניית הארץ¹⁶⁰. הארגון הצבאי אמור להיות הרבה יותר מכוח לוחם, מעין שירות למען הקהילה שתפקידיו כוללים בין היתר אף תפקידים צבאיים. ניתן להבחין בהמשכה של גישה זו בכתביהם של בן גוריון ושל ראשי המדינה ובחוקים המרכזיים המתייחסים לשירות הצבאי שנחקקו עם הקמתה¹⁶¹. כך למשל, חוק שירות ביטחון

בכוונה לייעד את הצבא למטרת הגנה, אלא ברצון להדגיש את תפקידה הבולט של "ההגנה" כבסיס להקמת צה"ל.

¹⁵⁸ לסקירת התפקידים השונים שמבצע צה"ל כיום בהקשר זה ראו נבו ושור, לעיל, הערה 2, בע' 27-24; נון, לעיל, הערה 138, בע' 95-104.

¹⁵⁹ השוו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 37-43; נבו ושור, לעיל, הערה 2, בע' 27-28; נון, לעיל, הערה 138, בע' 95-104; נון, לעיל, הערה 152, בע' 166-168. לדעתו של פרופ' יצחק זמיר, ההסדר הקיים בעייתית מאוד מאחר שהוא מקנה סמכות רחבה לצבא. סמכות זו עלולה, לדעתו, לגרום להיווצרות פתח לביצועם של מעשים בלתי ראויים ולפגוע בעקרונות שלטון החוק במובנו המהותי. י' זמיר הסמכות המנהלית (1996, כרך א) 235-236 (להלן: "זמיר").

¹⁶⁰ נבו ושור, לעיל, הערה 2, בע' 24-28; בן גוריון, לעיל, הערה 12, בע' 27-39 (מה"הגנה" במחלתר לצבא סדיר).

¹⁶¹ בן גוריון, לעיל, הערה 12, בע' 173-185 (דברים בכנסת בקריאה ראשונה של חוק שירות בטחון (מס' 2), תשי"ב), 64-80 (דברים על חוק שירות בטחון, התש"ט-1949).

קבע כבר בשנת 1949 כי השירות הצבאי יכלול תקופה של הכשרה חקלאית. בדברי ההסבר לחוק זה מבהיר בן גוריון את ייחודו של צה"ל ואת תפקידיו השונים, וביניהם חינוך, קליטת עלייה ותחומים חברתיים נוספים. הסדר זה מאפיין את אופי המשימות שהוטלו על צה"ל ואת תפיסתו במהלך השנים כצבא שתפקידו אינו מתמצה אך ורק בהגנה על גבולות המדינה ועל ביטחונה. נראה כי זו הסיבה להגדרה הרחבה של תפקידי הצבא בחקיקה הישראלית ביחס לחוקים מקבילים בעולם¹⁶².

שנות התשעים התאפיינו בתהליכים חברתיים ומשפטיים שהעלו לדיון ציבורי את שאלת סמכויות הצבא ותפקידיו. בשנת 1994 דן בית המשפט העליון בשאלה האם המדינה מוסמכת לשלוח כוחות שיטור להאיטי לפעול במסגרת כוח בינלאומי בהתאם לסמכותה השיורית¹⁶³. למרות שפסק דין זה אינו עוסק ישירות בשאלת סמכויות הצבא ותפקידיו, הוא בעל משמעות בלתי מבוטלת לעניין זה. הוא קבע כי המדינה מוסמכת לשלוח כוחות מחוץ לגבולותיה כדי לסייע בביצוע משימות סיוע והצלה משיקולים של יחסי החוץ של המדינה מכיוון שסמכות זו אינה מוטלת בחוק על רשות אחרת. עיקר החידוש בפסק הדין הוא בבחינה מהותית של היכולת של המדינה לשלוח כוחות לפעולות מחוץ לגבולותיה. גון סבור כי מפסק דין זה ניתן ללמוד כי לא ניתן לשלוח את הצבא לבצע משימות לא צבאיות שהסמכות לביצוען מוטלות על רשויות אחרות של המדינה¹⁶⁴.

בעקבות הפסיקה ועל מנת לאפשר לצה"ל להמשיך לבצע את המשימות הנוספות שאינן נוגעות באופן ישיר להגנת המדינה, היה צורך בעיגון סמכויות אלה בחוק¹⁶⁵. על כן הורחבו סמכויות הצבא בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כאמור לעיל, ותוקן חוק שירות ביטחון לצורך הכרה בשירות במשטרה או במשרד ממשלתי אחר כסוג של שירות צבאי. התיקון נעשה בהוראת שעה שמוארכת שוב ושוב מדי שלוש שנים. הוא קובע כי שר הביטחון באישור הממשלה וועדת החוץ

¹⁶² זמיר, לעיל, הערה 160, בע' 236. לדעתו, "אפשר להבין את המחוקק שכך קבע את סמכות הצבא בעיצומה של מלחמת העצמאות, אולם שאלה היא, מדוע נשארה סמכות זאת כפי שהיא מאז ועד עתה".

¹⁶³ בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647.

¹⁶⁴ וכן גון, לעיל, הערה 138, בע' 97-96.

¹⁶⁵ על הרקע לתיקונים האמורים ראו א' רובינשטיין "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא (1997) 21, 40-47.

והבטחון של הכנסת רשאי להורות כי אדם ישרת את שירותו הצבאי כולו או חלקו במשרד ראש הממשלה או במשרד הביטחון לפעילות שתכליתה ביטחון המדינה ותושביה, או במסגרת יחידה צבאית שתפעל במסגרת משרד ממשלתי או גוף ציבורי שייעודו דרוש להשגת יעד ביטחוני לאומי באחד התחומים הבאים: עליה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף או התנדבות למען חיילי צה"ל. הסדר זה נועד לאפשר שימוש בצבא ובחיילים למטרות שאינן בהכרח קשורות להגנת המדינה¹⁶⁶.

על שני תיקוני חקיקה אלה, שנועדו, כאמור, לאפשר שימוש בצבא למטרות שאינן קשורות להגנת ביטחון המדינה, נמתחה ביקורת רבה. הטיעון העיקרי בביקורת זו מתמקד בחוקתיות התיקון לאור הוראות חוק-יסוד: הצבא וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶⁷: ספק אם ניתן להצדיק את ההגבלות הנרחבות על זכויותיהם של חיילים במסגרת צבאית שלא למטרת הגנת המדינה. נראה כי בחינה של הסדרים אלה לאור הבסיס המוסרי להקמתו של צבא אינה מספקת צידוק מוסרי להגבלת החירות של החיילים המשרתים במסגרות אורחיות שנועדו לקידום מטרות חברתיות, ולא למטרה של הגנה על המדינה¹⁶⁸. דומה כי אף בחינת המשפט הזור בהקשר זה תביא למסקנה ששימוש בצבא למטרות האמורות אינו דבר מובן מאליו. גם במדינות אשר מתירות שימוש בצבא למטרות אלה בנסיבות חריגות, הדבר מותנה בבקרה של מנגנוני פיקוח על ידי זרועות השלטון השונות ומוסדר בחוק כדי למנוע שימוש בצבא למטרות לא ראויות. החוקים בנושא זה באותן מדינות כוללים אף הסדרה מדויקת של אופן הפעלת הצבא למשימות אורחיות, לרבות קביעה ביחס לאחריות לעלות הכספית לשימוש שכזה בצבא¹⁶⁹. ניתן להבחין, אם כן, בחסר משמעותי במודל המשפטי הישראלי: מחד, הפעלה של הצבא למשימות אורחיות היא כמעט מובנת

¹⁶⁶ רובינשטיין, לעיל, הערה 156, מציין בהקשר זה כי הבסיס לתיקוני החקיקה הוא הרצון לעגן את ההסדרים המשפטיים הקיימים.

¹⁶⁷ קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 43-37; נון, לעיל, הערה 138, בע' 104-95; נון, לעיל, הערה 152, בע' 166.

¹⁶⁸ לטיעונים נוספים בהקשר זה ראו קרמניצר ובנדור, לעיל, הערה 5, בע' 43-37; נבו ושור, לעיל, הערה 2, בע' 28-27; נון, לעיל, הערה 138, בע' 104-95; נון, לעיל, הערה 152, בע' 166. לשאלת הפעלתו של הצבא בסכסוכי עבודה ראו י' אליאסוף "שאלות משפטיות הקשורות במעורבותו של צה"ל בסכסוכי עבודה אורחיים" משפט וצבא 9 (1985) 43. על פי גישה זו, בשונה מדעתו של נון במאמריו המאוחרים לעיל, אין מקום להבחין בהקשר זה בין שירות חובה ושירות מילואים לבין שירות קבע לעניין ההצדקה להפעלתו של הצבא שכן אם הפעלת הצבא אינה מוצדקת מבחינה מוסרית, אין זה משנה מיהו האדם המבצע את הפעילות - חייל בקבע או בשירות סדיר או מילואים.

¹⁶⁹ כדוגמת החוק הקנדי. ראו לעיל, בע' 328.

מאליה, ומנגד, אין הסדר סטטוטורי כולל באשר למשמעויות הרבות הנובעות מכך. הסדרי הפיקוח החלקיים הקיימים כיום בחוק שירות בטחון ומתייחסים ל"שירות המוכר" מותירים שאלות רבות ללא הסדר, למשל הגבולות המותרים להפעלת הצבא למשימות אזרחיות, זהות מנגנוני הפיקוח על הפעלת חיילים בגופים אזרחיים והמשמעויות התקציביות הנובעות מהפעלת חיילים למטרות אזרחיות. על המסקנות הנובעות מקיומו של הסדר משפטי חלקי זה נעמוד בפרק הבא.

סיכום ומסקנות

להלן יוצגו עקרונות מנחים להסדר המשפטי הראוי של מעמד הצבא במדינה דמוקרטית בהתאם למסקנות העולות ממהצדקות המוסריות לקיומו של הצבא ומהמשפט המשווה. לא ייסקרו כל העקרונות המנחים בנושא זה, אלא רק העיקריים שבהם, במיוחד אלה שאי יישומם יצר בעבר בעיות במדינות שונות.

יחסי הדרג האזרחי והדרג הצבאי

הבסיס המוסרי לקיומו של הצבא במדינה הוא הגנה על חיי אזרחיה. מכאן נגזרים אופי הפיקוח האזרחי על פעילותו של הצבא וכפיפותו של הצבא לדרג האזרחי. כדי להבטיח שהצבא לא יפעל למטרות הנוגדות את הבסיס המוסרי להפעלתו, נקבע עיקרון כפיפות הדרג הצבאי לדרג האזרחי, ונדרש פיקוח אזרחי הדוק על פעילותו של הצבא¹⁷⁰. כפי שהודגם לעיל, פיקוח אזרחי יעיל על רשויות

¹⁷⁰ שאלה מעניינת שקצרה היריעה מלדון בה בהרחבה כאן, היא היקף ההתערבות הראוי של הדרג האזרחי בהחלטות הדרג הצבאי. הגישות העיקריות בסוגיה הן אלה:

א. גישת אי ההתערבות של הדרג האזרחי. דוגמה לגישה זו היא דבריו של הקונסול לוקיוס אמיליוס בשנת 168 לפנה"ס בסנאט של רומא בדיון בהצעה לחידוש המלחמה נגד מקדוניה:

אחי האזרחים אינני אדם הסבור שאין לתת שום עצה למפקדים; אדרבא, אינני רואה בו חכם, אלא רברבן המנהל כל דבר רק על פי דעתו. מהי אפוא מסקנתו? גנרלים צריכים לקבל יעוץ, קודם כל ממומחים המיומנים במיוחד בעניינים צבאיים ולמדו מהניסיון, ואחר כך ממי שנמצא במקום ההתרחשות שרואה את השטח, את האויב, את מידת ההתאמה של ההודמנות והוא שותף לסכנה, כאילו היו על סיפון אותה האנייה. לפיכך כל מי שמשוכנע כי ביכולתו ליעץ לי בדרך שתצמיח תועלת מרבית למדינה מהמערכה הזאת, שאני עומד לנהל, אל ישלול את שירותיו

הצבא מושג במרבית שיטות המשפט הזרות על ידי קביעה של מספר רשויות שלטוניות שאינן תלויות זו בזו ומפקחות במקביל על פעילותו של הצבא. פיקוח כפול זה מבטיח ביקורת יעילה על פעילות הצבא על ידי יצירת איזון בין רשויות השלטון השונות. כפי שהוצג לעיל, קיימים מספר מודלים אפשריים לביקורת הדרג האזרחי על פעילות הצבא: למשל פיקוח של גופים שונים בתוך הרשות המבצעת (כמו בצרפת) או פיקוח של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת (כגון ארצות הברית ובריטניה).

ניסיון העבר מלמד כי קיימת סכנה לא מבוטלת למשברים פוליטיים ולאי יציבות המשטר בהכפפתו של הצבא לרשות שלטונית אחת ללא פיקוח משמעותי של רשות שלטונית נוספת בלתי תלויה. כך היה, למשל, במשברים הפוליטיים בארצות הברית בתקופת מלחמת וייטנאם, שהביאו להחלטה בדבר הגבלת סמכויות המלחמה של הנשיא, באירועים שאירעו בבריטניה בתקופת המלך ג'יימס השני, שהביאו ל"מהפכה המהוללת", ובתוצאות הפיקוח הרופף בצרפת של הדרג האזרחי על הצבא לפני כינון הרפובליקה החמישית. מכאן נראה כי המסקנה המתבקשת שהפיקוח האזרחי על הצבא צריך להתבצע על ידי מספר רשויות שלטוניות, ויש להימנע מהכפפתו המוחלטת של הצבא לגוף שלטוני יחיד או למספר גופים התלויים זה בזה. כפי שצוין לעיל, ההסדר בדין הישראלי הוא כפיפות כמעט מוחלטת של הצבא לממשלה ולשר הביטחון, אשר תלויים זה בזה. ההסדר המתואר אינו עומד בקנה אחד

מהמדינה, אלא יבוא נא אתי למקדוניה. אני אדאג לו לתחבורה ימית, אתן לו סוס, אוהל ואפילו את הוצאות הנסיעה. אם מישהו נרתע מכך, ומעדיף את נוחותה של העיר על פני קשיי ניהול המערכה, יואיל נא בטוב לא לנווט את הספינה מן החוף והלאה. העיר עצמה מספקת נושאים רבה לשיחה; יואיל נא לצמצם את הלהג שלו לנושאים אלה, וידע נא שאסתפק בעצות שיינתנו לי במחנה שלי.

נציגה הבולט של גישה זו כיום הוא סמואל הנטינגטון, שדוגל בהענקת יד חופשית לדרג הצבאי בעניינים צבאיים. ראו (SAMUEL P. HUNTINGTON, THE SOLDIER AND THE STATE (1957)).
 ב. גישת ההתערבות המוגברת של הדרג האזרחי באופן התנהלות הצבא, שרואה בפעילות הצבא כלי מדיני אמיתי הנתון למרות מוחלטת של הדרג האזרחי. מייצגה הבולט של גישה זו הוא תיאורטיקן המלחמה, קרל פון קלאווביץ, שגורס כי אין תחום של פעילות צבאית שלא ניתן להכפיפו לשיקולים מדיניים. אף החלטות כגון מיקומו של פטרול ויעד שיגורו הן, לדעתו, החלטות שיש מקום בנסיבות מסוימות להכפיף לשיקולים מדיניים. מייצג נוסף של גישה זו הוא ראש ממשלת צרפת בתקופת מלחמת העולם הראשונה, שאמר כי "מלחמה היא דבר חשוב מכדי להפקיד אותו בידי גנרלים".

ראו כהן, לעיל, הערה 7, בע' 16-26, שדן בהרחבה בסוגייה כולה ובשתי הגישות המוזכרות.

עם העיקרון המנחה. אמנם הביקורת של בתי המשפט מאפשרת ביקורת מסוימת על פעילות הרשות המבצעת, אך כאמור לעיל, יש לה מגבלות רבות. מצב משפטי זה טומן בחובו חוסר יציבות טבוע שעלול למנוע לאורך זמן בקרה ופיקוח משמעותיים של הדרג האזרחי על פעילות הצבא. מוצע, אם כן, לשנות את הדין הקיים בנושא לאיזון ראוי יותר ולמערכת בקרה שונה בהתאם לעיקרון המנחה המתואר.

סמכויות הצבא ותפקידיו

ההצדקה המוסרית לפעילות הצבא במדינה דמוקרטית היא, כאמור, הגנה על קדושת החיים של אזרחי המדינה ותושביה. הצדקה זו היא שמאפשרת למדינה להגביל בצורה ניכרת את זכויותיהם של אזרחיה ושל תושביה ולחייבם לשרת בשירות סדיר ובשירות מילואים. נראה כי הצדקה מוסרית זו אינה מתיישבת עם הפעלת הצבא כעניין שבשגרה לביצוע משימות שאינן קשורות למטרות האמורות, וביצוען אינו מחייב הגבלה של חירויות יסוד המתחייבות מאופיו של השירות הצבאי וממהותו. בנוסף, כפי שהוצג לעיל, אם אין הגדרה ברורה של תפקידי הצבא, בעייתי מאוד להפעיל אותו למטרות אזרחיות, ונוצר ערבוב סמכויות בין הרשויות האזרחיות לרשויות הצבאיות. בעייתיות זו הודגמה, בין היתר, בדרום ארצות הברית לאחר מלחמת האזרחים, שבעקבותיה באה חקיקה פדרלית בתחום זה, בתפקודו של הצבא הצרפתי באלג'יר ובפעילותו של הצבא הגרמני בתקופת מלחמת העולם השנייה. העיקרון המנחה בעניין הוא שנדרשת הגדרה ברורה בחוק של תפקידי הצבא ושל סמכויותיו שתפרט מקרים חריגים שבהם ניתן להשתמש בצבא למטרות לאומיות נוספות, את התנאים להפעלת הצבא במקרים אלה ואת דרכי הפעולה בהם.

כמוסבר לעיל, ההסדר הישראלי, שבא לידי ביטוי בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אינו עולה בקנה אחד עם עיקרון מנחה זה. אי התאמה זו נגרמה, כאמור, מתפיסת תפקידו של הצבא בתקופת המחתרות ועם הקמת המדינה כגוף שתפקידו אינו מתמצה בלחימה, אלא הוא בראש ובראשונה בעל תפקיד מרכזי בחיזוק ההתיישבות בישראל ובבניית החברה הישראלית. ראוי שלאור השינויים הרבים במצב המדינה בשנים הרבות שעברו מאז גיבוש תפיסה זו, היא תיבחן מחדש. בכל מקרה, אף אם יוחלט שאין מקום לשינוי תפיסה זו, נראה כי ההסדרים

המשפטיים הקיימים כיום בדין הישראלי בסוגיה, כמוצג לעיל, אינם פותרים שאלות רבות העולות ממנה. מוצע, אם כן, לשנות את הדין הישראלי בהתאם לעיקרון המנחה האמור על ידי קביעה של הגדרה ברורה בחוק של תפקידי הצבא ושל סמכויותיו תוך פירוט המקרים שבהם ניתן להשתמש בצבא למטרות לאומיות נוספות, התנאים להפעלת הצבא במקרים אלה ודרכי הפעולה בהם.

סוף דבר

במחקר זה נבחנה המסגרת המשפטית הכללית לפעילותו של הצבא בישראל בראי המשפט המשווה בניסיון ללמוד מניסיוןן של שיטות משפט זרות ולצורך הקניית נקודת מבט רחבה יותר לבחינת הסוגיה בדין הישראלי. הבחירה לדון בהסדרים המשפטיים בבריטניה, בארצות הברית, בקנדה, בצרפת ובגרמניה אינה מקרית. מדובר בחמש שיטות אשר מייצגות חמש תפיסות עולם שונות ביחס לתפקידו של הצבא בחברה ומתמודדות באופן שונה עם הקשיים הרבים שבקביעת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לפעילות הצבא ובמציאת מנגנוני פיקוח יעילים של הרשויות האזרחיות על התנהלותו. כמעט כל ההסדרים המשפטיים שנבחנו, לרבות ההסדר המשפטי הישראלי, נולדו מתוך משבר פוליטי חיצוני או פנימי או מתוך חשש ממשי לקיומו של משבר שכזה.

הדין הישראלי נוצר בעקבות המשבר הפוליטי והחברתי שלאחר מלחמת יום כיפור ומתאפיין בהתייחסות חלקית למספר רב של שאלות משפטיות יסודיות הנוגעות למעמדו המשפטי של הצבא בישראל. כפי שראינו, העדר הסדרה של סוגיות יסוד היה בעבר קרקע פורייה לצמיחת משברים פוליטיים וחוקתיים על רקע מעמדו המשפטי של הצבא כגון: המשבר החוקתי והפוליטי בבריטניה שהוביל ל"מהפכה המהוללת", משבר האמון בצבא האמריקאי לאחר פעילותו בדרום ארצות הברית, הממשל הצבאי לאחר סיום מלחמת האזרחים האמריקאית ומלחמת וייטנאם, המשבר הפוליטי בעקבות פעילות הצבא הצרפתי באלג'יר והמשבר בישראל בשאלת אחריות הדרג האזרחי והדרג הצבאי במלחמת יום הכיפורים. ניסיון עגום זה מעיד על החשיבות בפתרון הבעיות החוקתיות לפני המשבר הפוליטי במגמה לקבוע כללי פעולה ברורים ולמנוע משברים מסוג זה.

הצעד הראשון בקביעת כללי הפעולה ובהסדרתם בחקיקה הוא העלאת הנושא לדיון ענייני והתמודדות אמיתית עם השאלות המוסריות והמשפטיות הקשות שעולות בסוגיה ונותרו ללא פתרון של ממש כשלושים שנה לאחר קו השבר של מלחמת יום הכיפורים וועדת אגרנט. חיבור זה נכתב על מנת לסייע בתהליך החשוב של הסדרת הנושא בחקיקה ובמציאת ההסדר הראוי של הסוגיה במשפט הישראלי.