משפט, משטר וביטחון הלאומי – אתחול מחדש לאור ה-7 לאוקטובר

written by ד"ר רפאל ביטון | 08.05.2024

פתיח

במסגרת פרויקט "ישראל 2.0", בהובלת פרופ' גבי סיבוני ופרופ' קובי מיכאלי, אנו מבקשים לבחון את הנחות היסוד של תפיסת הביטחון הלאומי הישראלית בצורה כוללת ולנוכח מאורעות ה-07.10. לפרויקט שלושה שלבים מרכזיים; כשלב ראשון, יופצו מסמכים ראשוניים הממפים את עיקרי האתגרים בנושאים השונים המטופלים בפרויקט. בשלב השני, יבוצע ניתוח המשמעויות, ויוצגו המלצות ומענים לאתגרים אלה, ובשלב השלישי יגובשו כלל המסמכים בפרויקט לכדי מסמך אינטגרטיבי.

מסמך זה הוא השלב הראשון בבחינת היחס שבין אירועי ה-07.10 ותפקוד המערכות המדינתיות מאז ובין בעיות וסוגיות עומק בתחומי המשפט והמשטר. הנושא מצוי תחת אשכול "המערכות המדינתיות בישראל", בתוך פרויקט ישראל 2.0, ובו נדון בהרחבה במנעד הסוגיות הקשורות למבנה השלטוני בישראל, מערכות המשפט והכלכלה, והקשר בינן לביטחון הלאומי הישראלי.

רקע

טלטלת אירועי ה-7/10 היא מסדר גודל היסטורי חריג. ברור שעוצמת הכשל מלמדת על בעיות עומק. ספקטרום הבעיות שצפו ב-7/10 רחב, ומכאן שגם ספקטרום הפתרונות חייב להיות רחב ועמוק. ישראל חייבת אתחול מחדש בשורה ארוכה של נושאים רלוונטיים. אחד מהם הוא בתחום המשפט, המשטר והביטחון הלאומי.

קשת הנושאים מתחומי המשפט, המשטר והביטחון הלאומי שיש להם רלוונטיות לאירועי ה-7/10 רחבה גם היא. מטרתו של נייר זה היא לסקור את הנושאים הרלוונטיים ולהעלות מחשבות ראשונות על הקשר שבין אירועי ה-7/10 ובין בעיות עומק בתחומי המשפט, המשטר והביטחון

הלאומי. הבעיות מתייחסות ליחסי צבא, מערכת הביטחון ומשפט, ביטחון פנים ומשפט, לפיקוח על שירותי הביטחון והמודיעין וליחסה של המדינה לסוגיות של משפט בינלאומי וביטחון לאומי. עם זאת, אפשר שקשת הבעיות יכולה להיות רחבה יותר, אלא שעיסוק בבעיות מסוימות בתחום המשפט, המשטר והביטחון הלאומי עלול לגלוש לתחומים שהיו עד ל-6/10 במרכזה של מחלוקת ציבורית קשה. בהחלטה מודעת בחרנו להימנע ככל האפשר מגלישה שכזו אל תחומי המחלוקת. הטעם לזה הוא שאנחנו מאמינים שאתחול אמיתי ואפקטיבי יכול להיעשות, בדיוק כמו המלחמה, רק ביחד. כלומר, מתוך הסכמה רחבה ככל האפשר. במילים אחרות, הבעיות שהנייר הזה מתייחס אליהן הן קודם כול בעיות שאנחנו סבורים שניתן לקיים סביבן דיון ענייני, ושניתן להסכים על פתרונות להן וליישם אותם בהסכמה רחבה. יש בכך כדי להגדיל את הסיכוי ששינויים חשובים אכן ייעשו ולא יתאדו בקיטור של מחלוקת, ויש בכך כדי להגדיל את הסיכוי שכל המשפיעים על השיח הציבורי יאמצו אחרי ה-7/10 יעד של דיון ענייני מתוך שאיפה להגיע, ככל האפשר, להסכמות רחבות בנושאים החשובים.

הבעיות

אירועי ה-7/10 עוד צריכים להיחקר לעומקם. ועדיין, על בעיות מסוימות ניתן להצביע כבר עתה. לנייר הזה, אם כן, יש מטרה אחת עיקרית: להציע מיפוי ראשוני של הבעיות שצפו ב-7/10 ולהראות את הקשר האפשרי שלהן לסוגיות של משפט, משטר וביטחון לאומי. בשלב הזה נתמקד רק בהארת הבעיות. אנחנו מאמינים שמדובר בשלב קריטי בדרך אל הפתרון. בהמשך, ועל בסיס מיקוד הבעיות שצפו ב-7/10, נעסוק גם בשאלת הפתרונות האפשריים.

בין הכשלים המובהקים שהתבהרו ב-7/10 בולטים הירידה ברמת ההרתעה מול חמאס ותוכנית ההגנה החלשה בגבול הדרומי. בייחוד, בולטת לרעה מדיניות ההגנה לאורך זמן בשטח ה"פרימטר", כלומר מרחב החיץ שמטרתו הייתה למנוע ממחבלים להגיע אל השטח הצמוד לגדר המערכת. ה"פרימטר" נשחק, ובפועל בוטל.

אין מחלוקת שקהילת המודיעין נכשלה באיסוף, ובעיקר בהערכת המודיעין בנוגע לרמת האיום ולכוונות האויב. היא כשלה לחלוטין במתן התרעה מפני פלישה רחבת היקף מרצועת עזה. חלק מן הכשל מקורו בהתעלמות שיטתית מאזהרות חיילים במערך האיסוף ובקו המגע, וכן מתלונות תושבי העוטף. להתעלמות זכו גם אינדיקציות מודיעיניות רבות אחרות ובכללן תוכנית המבצע המלאה, שנראה שהגיעה לידי המודיעין הישראלי, וכן התעלמה קהיליית המודיעין משלל אינדיקציות ממקורות מודיעין אחרים.

בנוסף, נדמה שתהליכי המינויים בצה"ל ובקהיליית המודיעין הפיקו קבוצת פיקוד עליון הומוגנית מדי. במשך תקופה ארוכה הפיקו הפיקוד המודיעיני והצבאי עמדות אחידות בהערכת הסיכון. גם בנוגע למוכנות ולתוכנית ההגנה, נדמה שחסרו קולות שונים ומאתגרים. אפשר שראשי הצבא נסחפו אל התבוננות מדינית במצב תוך עיסוק פוחת בהיבטים הצבאיים ובהכנה להגנה ולהתקפה. דיווחים על הערכות הפיקוד הצבאי לפני ה-7/10 סבבו סביב הערכת "האינטרסים של

חמאס" ופחות סביב תוכנית ההגנה הצבאית להדיפתו ולהבסתו, בלי קשר לתמונה המדינית. מדיווחים על הדיונים בליל ה-6/10 עולה תמונה מטרידה של אחידות דעה ותמיכה גורפת בהערכה השגויה.

כבר בשלב הזה, ברור שתוכנית ההגנה על גבול עזה הייתה שגויה ברבדים שונים. הכשלים ניכרים בהיקף כוח האדם, רמת הכוננות, תפיסת הפעולה של הכוח הלוחם, תפיסת ההגנה על בסיס התראה, ואמון מלא בטכנולוגיית איסוף והתראה. נראה שהלך רוח שאנן השפיע גם על היעדר תוכנית הגנה ברורה המבוססת על יסודות תורת ההגנה של צה"ל. במהלך הפלישה התברר גם כשל עמוק של פיקוד ושליטה שבא לידי ביטוי בין היתר בקריסה של מערך השליטה האוגדתי, ובאי-מיצוי פוטנציאל ההדיפה האווירי. נדמה שחלק מהאירועים שדווחו בתקשורת כוללים גם ביטוי של בעיות משמעת, ומנגד בעיות של התנהגות "מסתגרת". לדוגמה, תופעה של קצינים וחיילים ששהו בבתיהם ללא נשק ולכן התקשו לתגבר את קו המגע במהירות. המלחמה חשפה גם את רצף תהליכי הקטנת צבא היבשה וגופי הכוננות המקומיים, ואת מה שנדמה כבניין כוח שגוי ולא מותאם לאתגרים בגבולותינו.

נראה שיש קשר אפשרי בין חלק מהבעיות ומכאן שגם לחלק מהפתרונות ובין היבטים משפטיים של יחסי ממשל-צבא ושל משפט וביטחון לאומי. כעת, נעבור לסקור מחשבות ראשוניות על הקשר הזה.

קשרים אפשריים בין כשלי ה-7 לאוקטובר ובין בעיות של משפט ומשטר בישראל

1. הפרדיגמה המשפטית במרחב הגדר

ברור שמתקפת ה-7/10 התאפשרה בין היתר כתוצאה מדרדור מתמיד של היחס הביטחוני הישראלי למרחב הגדר עם רצועת עזה. המתקפה חייבה את חמאס לבצע איסוף מודיעין קפדני על מוצבים ישראליים, נקודות פריצה ואמצעי איסוף ולחימה שהם כולם צמודי-גדר. המתקפה חייבה גם ביצוע פעולות הכנה במרחב הגדר, כמו על פי פרסומים הטמנת מטענים ותדריכים לפני תקיפה. מקור החופש לפעול במרחב צמוד הגדר הוא במידה רבה גם משפטי.

התפיסה המשפטית שעל פיה פעל צה"ל הייתה כי במרחב הגדר מתקיימים בו בזמן שני עולמות משפטיים. מי שחמוש או שעוסק בלחימה עליו תופעל דוקטרינת דיני המלחמה. על פיה, אפשר לפגוע בלוחם בעת עימות צבאי ללא אזהרה או חובת אסקלציה כשהדבר מתאפשר (כמו מעצר תחילה). לעומת זאת, מי שאינו חמוש ואינו עסוק בלחימה עליו חלה דוקטרינת אכיפת החוק.[1] לגביו הדין אינו מאפשר פגיעה, אלא במקומות שהסכנה ממנו ברורה, מוחשית ומיידית, וגם אז הפגיעה בו כפופה למגבלות. במילים אחרות, מי שאינו מזוהה כלוחם העוסק בלחימה, מבחינת צה"ל הדין שהופעל עליו דומה לדיני הפעלת הכוח החלים באיו"ש ביחס להפרת סדר, בשינויים המחויבים. במסגרת הגישה המשפטית הזו, ולאור עתירה ודיון בבג"צ, צה"ל צמצם את

חופש הפעולה עוד יותר והבהיר שנוכחות במרחב צמוד הגדר, כשלעצמה, אינה מהווה עילה לירי במי שמתקרב לגדר.[2]

ברור שהגישה המשפטית טרום ה-7/10 מתבססת על הנחות מוצא לא-מציאותיות שהופרכו ב-7/10. לדוגמה, אחת ההנחות העולות מהגישה היא שנוכחות במתחם הגדר של אזרחים לא חמושים כשלעצמה אינה מסוכנת בהגדרה. אלא שה-7/10 הוכיח שנוכחות בקרבת הגדר מסוכנת לא רק בגלל העובדה שהיא מאפשרת איסוף, פעילות הכנה ולימוד לקראת מתקפה, אלא היא מסוכנת גם משום שהיא מאפשרת קרש קפיצה להתנפלות נחילית של המון אזרחי אויב על יישובי הגדר הקרובים. ונזכור שב-7/10, חלק מן הזוועות הוא תוצאה של התנפלות המונים במקביל למתקפה הצבאית-טרוריסטית של חמאס. נזכיר גם שבמקרים רבים הוסלקו אמצעי לחימה על ידי מי שהגיעו למרחב הגדר ונראו תמימים. נוסף על כך, אמצעי הנדסה (צמ"ה) הוכנסו למרחב במסווה של פעילות חקלאית. אמצעים אלה הינם לכאורה אזרחיים ותמימים למראה, אולם בפועל נעשה בהם שימוש לפריצת הגדר.

שחיקת האכיפה באזור החיץ היא בעלת משמעויות מיידיות גם כיום. בימים אלו צה"ל מקים מרחב חיץ מוגדל בשטח הרצועה. מרחב זה כבר מאותגר על ידי "אזרחים" עזתים המופעלים ככל הנראה על ידי גורמי חמאס. המנגנונים ששחקו משפטית ומעשית את האכיפה במרחב החיץ הקודם עלולים לשחוק גם את מרחב החיץ החדש.

2. התפיסה הישראלית של דיני המלחמה והמשפט הבינ"ל

חלק מהמסקנות בדבר קשרים שבין ה-7/10 ובין בעיות משטר ומשפט ניתן ללמוד דווקא מה-8/10 ואילך, כלומר מהרגע שהתחיל שלב המתקפה מצד ישראל. אין צורך במחקר מעמיק כדי להיווכח שישנו פער עצום בין הדרך שבה נלחם צה"ל באוויר וביבשה במלחמות קודמות (דוגמת מבצע "צוק איתן") ובין אופי הלחימה במלחמת עזה הנוכחית. ניכר שצה"ל נלחם במלחמת "חרבות ברזל" באופן נחוש ונחרץ בהרבה. תופעות אזהרה כמו "הקש בגג", או מגבלות שמותירות משגרים או מחבלים בחסינות בגלל מיקומם, כמעט נעלמו; הפעלת האש לריכוך אגב כניסת כוחות קרקע ולליווי כוחות מתמרנים בחגורת אש היא חזקה ונרחבת מזו שנראתה במבצע "עופרת יצוקה".

אחת ההשערות שעולות מזה היא כי צה"ל כבל עצמו (בשנים שלפני ה-7/10) במגבלות משפטיות קשות. אפשר שלמרבה הצער הדבר הוביל למחיר דמים מיותר, וקרוב לוודאי שלמעשה פעלה ישראל באירועי המלחמה בתקופה שלפני ה-7/10 בתנאים שכפתה על עצמה שעל פיהם לא ניתן היה לנצח. אפשר שיש לזה השלכות עמוקות. מפקדים בכירים שפועלים שנים תחת כללים שאינם מאפשרים ניצחון עלולים להימנע בכל מחיר מן המלחמה, וההימנעות הזו, שהופכת לטבע, עלולה אפילו ליצור הטיות תודעתיות בנוגע להערכה המודיעינית.

נראה כי להתגבשות התופעה הזו חברו גורמים מספר. הראשון הוא התגברות האיומים המשפטיים הבינלאומיים, דוגמת ועדות חקירה ובית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC); השני הוא

העמקת ההשפעה של אנשי המשפט על הפעילות הצבאית. על זה יש להוסיף כי באקדמיה בישראל רווחת תפיסה מסוימת והומוגנית למדי של המשפט הבינלאומי ושל דיני המלחמה. המונוליטיות הזו אינה מסגירה את העובדה שמדובר במערך דינים שיש לגביו הסכמות בעיקר בנוגע לעקרונות הכלליים, אבל פריטתם לכללים מעשיים מצויה במחלוקת גדולה. מן התפיסה הקיצונית יחסית שבחר בה צה"ל בעבר, קשה להיווכח באותה מחלוקת שמאפיינת את דיני המלחמה; קשה גם להיווכח בזה שדיני המלחמה מיועדים לשרת בעיקר את הצורך הצבאי ולא למנוע את היכולת לנצח.

נראה שישנו קשר בין שני הגורמים ובין הקצנת המגבלות המשפטיות בתקופה שטרום ה-7/10, כלומר בין האיום הפלילי הבינלאומי ובין אימוץ תפיסות משפט בי"ל שבמחלוקת משל היו כלל מובהק. האיום בחשיפה לטריבונלים בינלאומיים, כמו בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג, העלה מאוד את השפעתם של אנשי המשפט בצבא ואת המוכנות לקבל מגבלות משפטיות.

אלא שלמרבה הצער מדובר בקורבן שהוא במידה רבה קורבן שווא. ניתוח פסיקת בית הדין הבינלאומי לצדק וזו של בית הדין הבינלאומי הפלילי מראה שמדובר באשליה. הסיכוי שהגישה המגבילה שאימץ צה"ל (ושאפשר שעלתה במחיר דמים) תתקבל כמספקת בטריבונלים כאלה נמוך. בתי הדין האלה דוחים את העמדה הישראלית לא מכיוון שהיא אינה משכנעת. לדעתנו, כמו לדעת ארה"ב בתקופות מסוימות, בתי הדין האלו דוחים את העמדה הישראלית הצודקת מכיוון שבתי הדין האלו מוטים, והסיכוי לצדק בהם לישראל ולישראלים נמוך.

3. אובדן המשילות כזרז של אובדן הרתעה

אירועי ה-7/10 ממחישים את הצורך האקוטי של ישראל לשנות לחלוטין את תפיסתה בנוגע למלחמה בארגוני הפשיעה, בדגש על ארגוני הפשיעה הפעילים באזורים סמוכי-גבול. יש לזה שני טעמים. הטעם הראשון הוא שהרתעה אינה בהכרח מושג יחסי. קשה לראות את יריבינו מאמצים מסקנה שלפיה ישראל מגלה חולשה קשה במאבק בארגוני פשיעה שמערערים ומגחיכים את ריבונות המדינה בחלקי ארץ נרחבים (ובכללם בסיסים צבאיים!), ובו בזמן נתפסת כמרתיעה במאבק בטרור. הטעם השני הוא שאירועי ה-7/10 הראו עד כמה ישראל רגישה לפלישה, ועד כמה היא נדרשת בעת ההדיפה למזעור אתגרים ביטחוניים בו-זמניים. חלק מארגוני הפשיעה בישראל מאורגנים במבנה היררכי אפקטיבי של אלפי נושאי נשק; יש להם משאבים ואמצעים, ויש להם יכולת שליטה טריטוריאלית. לחלקם גם היכרות אופרטיבית עם פעילות באזורי הגבול. ישראל אינה יכולה להרשות לעצמה קיומם של כוחות כאלה, שלחלקם פוטנציאל עוין, במקביל לאתגרי פלישה ואירועים בסגנון מבצע "שומר חומות".

נדמה ששורש הבעיה טמון ביחס למאבק בארגוני הפשיעה הגדולים והחמושים. הוא נתפס כמאבק של אכיפת חוק, ואינו נתפס כחלק מתפיסת הביטחון של ישראל. מערכת האכיפה עושה שימוש במודל הקלאסי של אכיפה פלילית (פרסונלית) בדיעבד. היא נמנעת ממודל של מאבק מנהלי (קולקטיבי) לפירוק ומניעה מראש. היכולת לפרק את הארגונים על ידי איסוף ראיות אחרי ביצוע עבירות עד לכדי הרשעה, מוגבלת. היקף ההרשעות ביחס להיקף הפעילות הוא זניח, וכל

הרשעה תובעת משאבים וזמן ניכרים. בעיקר, מדיניות של מאבק באמצעות הרשעה היא מדיניות של טיפול בפשע אחרי ביצועו. היא אינה מדיניות לפירוק הארגונים כך שלא יוכלו לבצע את הפשע ולהוות סיכון טריטוריאלי נמשך לכתחילה.

כאמור, בישראל לא מתנהל מאבק בארגוני הפשיעה הגדולים במודל מנהלי. על פיו, אם תהיה חקיקה מתאימה, לדוגמה, יוכל השר לביטחון פנים, לאחר קבלת חוות דעת מודיעינית המצביעה על קיומו של ארגון פשע מסוכן וחמוש, להוציא צווים מגבילים לראשי הארגון ואנשיו. ניתן לחשוב על מצב שבו יוכל השר לאסור תנועה בקבוצה, לאסור מפגש בין הפעילים, לאסור עיסוק בעיסוקים מסוימים, תנועה ליד אזורי גבול, תנועה מאובטחת ותנועה בכלי רכב מסוימים או עם בעלי חיים מסוימים, לתחם מגורים ולדרוש דרישות רלוונטיות כמו איסור שימוש במזומן או באמצעי הצפנה, וכן לדרוש דרישות של דיווח ורישום. במצבים חריגים, מודל מנהלי יכול לאפשר גם מעצר מנהלי, אם ביטחון הציבור מחייב זאת.

בניגוד לזה, המודל הפלילי הקלאסי והפרסונלי אינו מאפשר מניעה אפקטיבית. הוא איטי, יקר ובעל שיעור הצלחה נמוך מדי. הוא מאפשר שליטה של ארגונים בטריטוריות, תוך פגיעה בהרתעה מול אויבינו ותוך יצירת כוח מאורגן נוסף שעלול לפעול נגד צה"ל בזמנים קריטיים של פלישה. המומחיות וההיכרות שחלק מן הארגונים האלו מפתחים באזורי הגבול, באמצעי הביטחון בהם וביכולת לחדור אותם בהברחות נשק ובני אדם, מעצימה מאוד את הסיכון.

כאמור, למצב המשילות ולחוסר יכולתה של הממשלה לממש מדיניות במאבק בפוגעים בריבונותה יש קשר ישיר ליכולתה של ישראל להגיב לאירועי פלישה טרוריסטיים, ויש להם גם קשר ישיר לבעיות של משפט ומשטר. לדוגמה, החלטות שלא לשחרר חיילים לביתם עם נשק מחשש שייגנב משקפות כניעה של הצבא למצב ביטחון הפנים, במקום השתתפות של הצבא בריסון גורמים מסוכנים. נדמה שהצבא לוקה גם בהשלטת "משילות פנימית" בשמירת המשמעת המבצעית וזו, כידוע, נוגעת לרמת המשמעת הכוללת בצבא. למרבה הצער, אפשר שהירידה במשמעת הצה"לית הכללית והמבצעית כרוכה בצמצום המשפטי של הכוח הפיקודי. דוגמה אחת היא הגברת הנטייה של בג"צ להתערב בהחלטות משמעתיות פנים-צה"ליות. כך, לדוגמה, החליט בג"צ להתערב ולבטל פסק דין משמעתי בנושא חייל שסירב פקודה בזמן ההתנתקות,[3] וכך גם בהחלטה מן התקופה האחרונה שבה התערב בית המשפט המנהלי בהחלטת הדחה שהדיח הרמטכ"ל מפקד בסיס בגין האווירה הקלוקלת ביחידתו.[4] לקידום יתר של זכויות החיילים להליך הוגן ולחירות אישית עלול להיות מחיר, והמחיר הוא שלילה מן המפקדים את הכלי הפיקודי של שיפוט משמעתי כמכשיר מיידי ואפקטיבי להשלטת משמעת ביחידתם.

4. מדיניות ההגירה של ישראל

בעשרים השנים האחרונות חוותה ישראל שתי תנועות הגירה בעלות רלוונטיות לאירועי ה-7/10 ולחשש מאירועי פלישה עתידיים. הראשונה היא תנועה של הגירה מאפריקה דרך סיני לישראל, בעיקר מסודן ומאריתריאה. זוהי בעיית המסתננים המוכרת. השנייה היא תנועה של הגירה תוך

ניצול חקיקת ההתאזרחות הישראלית לפני שתוקנה.

אנחנו מבקשים לעסוק כאן רק בתנועה האחרונה, כלומר בתנועת מתאזרחים משטחי הרשות הפלסטינית באמצעות קשרי נישואין עם ערביי ישראל ובאמצעות איחודי משפחות על בסיסם.[5] על פי ההנחה הרווחת, מדובר בעשרות אלפי מתאזרחים. התופעה הופסקה בתיקון בהוראת שעה לחוק האזרחות שאינו מאפשר התאזרחות על בסיס נישואין לישראלי למי שמתגורר בשטחי הרש"פ.[6] כנגד חקיקת השעה הזו הוגשה עתירה לבג"ץ. רוב דחוק של 6 שופטים מול 5 (ובין שופטי המיעוט גם הנשיא לשעבר ברק) מנע בקושי את פסילת התיקון.

להגירה הפלסטינית הנרחבת הזו יש השפעה ארוכת טווח מצד אחד, וגם השפעה מיידית מצד שני, על אירועי פלישה דוגמת אירועי ה-7/10. ברמת ההשפעה ארוכת הטווח, מדובר לכל דבר ועניין באוכלוסיית אויב ניכרת שהיא בעלת זהות פלסטינית מובהקת. היא משפיעה על התפיסה הרווחת ועל חינוך דור העתיד של ציבורים בחברה הערבית הישראלית. ואכן, עשרות מבין המשתייכים לקבוצה הזו היו מעורבים בטרור בכלל, ובטרור קטלני בפרט.[7] לתנועת ההגירה הזו יש גם השפעה מיידית. אלפי אזרחים ישראלים שיש להם זהות פלסטינית(איך להאחיד?) עכשווית ומובהקת, יכולים להוות בסיס לקבוצה שתאתגר את מצב ביטחון הפנים וביטחון הגבולות בזמן פלישת פתע.[8] הם יכולים להוות גם בסיס לאיסוף מודיעין וסיוע מבצעי.[9] העובדה שכרגע הסכר המונע הגירה המונית הוא חקיקת שעה, מייצרת סיכון מתמיד לשינוי המצב המשפטי וללחץ קבוע להגמשת התנאים לכדי קריטריונים "פרסונליים" של פסילת התאזרחות.

5. חולשת מרכיב ה-accountability (אחריותיות) של ראשי מערכת הביטחון

חלק מהכשלים שנחשפו באירועי ה-7/10 עשויים להצביע על ירידה ברמת האחריותיות של הדרג הביטחוני הממונה הבכיר. בין הכשלים האלו אפשר למנות התעלמות בהערכת המודיעין ובקביעת תוכניות ההגנה ורמת הכוננות מדיווחים עקביים של תושבי העוטף ושל דרג האיסוף בשטח. גם ההחלטה שלא לשתף את הדרג המדיני בדילמה שיש לה משמעויות אסטרטגיות ממדרגה ראשונה משקפת כשל באחד ממרכיבי האחריותיות. גם בניין כוח לא פרופורציונלי בתהליך זוחל נדמה כקשור באותה בעיה של כשל אחריותיות. על זה אפשר להוסיף מינויים בכירים בצמרת המערכת שנדמה שמשקפים רמה גבוהה מדי של הומוגניות תפיסתית, וזו, כידוע, היא האויבת הראשונה של הערכת מודיעין ושל חשיפה להפתעות אסטרטגיות.

ביטוי נוסף של נתק בין סמכות ואחריותיות עולה מירידה ביכולתם של נבחרי הציבור לנהל את המדיניות הביטחונית ואת מדיניות אכיפת החוק בישראל. הממשלה נושאת באחריות למדיניות ביטחון החוץ והפנים, אלא שלמערכת המשפט ישנה השפעה גדולה על קביעת המדיניות מבלי שהיא נושאת באחריות כלל. מדיניות הירי באזור הגבול עם עזה, כמו מדיניות אכיפת החוק וההעמדה לדין באזורי הגבול ובאזורים עם אתגרי משילות, כולם כפופים להסכמת מערכת המשפט ולמעורבותה. אפילו החלטה מדינית-ביטחונית ממעלה ראשונה כמו החזקת גופות

מחבלים לשם מיקוח נדרשה לעבור דרך סאגה משפטית אחרי פסילה ראשונה בבית המשפט.[10]

הקשר בין הכשלים האלו ובין רעיון האחריותיות אינו מובן מאליו. לאחריותיות מקובל לייחס שתי משמעויות. הראשונה, אחריותיות במובן האקטיבי. במסגרתה, הצד שמממש אקטיבית אחריותיות מדווח על פעולותיו לדרג אחר, בדרך כלל כזה שממונה עליו. המשמעות השנייה, פסיבית. במסגרתה, הדרג הגבוה יותר נוקט פעולה על סמך הדיווח שקיבל. נדמה שאירועי ה-7/10 חושפים כשל במימוש הממד האקטיבי של אחריותיות מצד ראשי הצבא ומערכת המודיעין. הם משקפים רמה נמוכה של עירוב הדרג המדיני בהחלטות חשובות של דילמות אסטרטגיות, הגנה, כוננות, בניין הכוח ומינויים בכירים. כתוצאה מזה, מידת הבקרה של הציבור באמצעות נבחריו על צה"ל ומערכת המודיעין נמוכה. אירועי ה-7/10 משקפים גם כשל של מנגנוני הבקרה האזרחיים, ברמה המיניסטריאלית, ברמת הפיקוח הפרלמנטרי, וגם ברמת מוסד הביקורת והתקשורת.

רמת האחריותיות הנמוכה אינה רק תוצאה של נוהלי עבודה פגומים; נדמה שהיא משקפת גם כשל תרבותי שלפיו נדמה שהדין והחשבון לציבור באמצעות נבחריו הפך למעין מטרד חסר ערך. וכך, עמדת נבחרי הציבור מתויגת כמטרד לא-מקצועי ובור, וזה גם כשמסתבר שיש לה היכולת למנוע תקלות יסודיות.[11]

חלק מבעיית האחריותיות הנמוכה קשור למאפיינים של תרבות משטרית, אבל גם לכשלים במבנה המשפטי-משטרי. הכנסת נעדרת חלק ממנגנוני הפיקוח הפרלמנטרי מעוררי האחריותיות שנראים בעולם המערבי. לדוגמה, הכנסת אינה יכולה לכפות חובת שימוע לראשי צה"ל ומערכת המודיעין בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, במתכונת המוכרת בקונגרס בארה"ב. כללי השימוע בישראל אינם מאפשרים חובת התייצבות ללא יכולת של השר הממונה למנוע את הגעת המעיד או להחליפו.[12] הדיון בישראל אינו מוגדר כעדות, על כל המשתמע. נבחרי הציבור בישראל אינם יכולים לעמת את ראשי הצבא ומערכת הביטחון עם בעיות וכשלים פוטנציאליים. לדוגמה, חבר כנסת שהיה מקבל תלונות חוזרות מתצפיתניות על זלזול במודיעין השדה לא יכול היה לפני ה-7/10 לעמת את ראשי הצבא עם הבעיות בדרך שתאפשר פיקוח פרלמנטרי אקטיבי ויעיל שהוא מעבר לבירור אסון בדיעבד.

6. פער בין אחריות וסמכות

אירועי ה-7/10 חושפים שהבעיה המשטרית של גבולות הסמכות והאחריות בין הדרג הביטחוני הנבחר ובין הדרג הממונה נותרה בלתי פתורה. ועדת אגרנט העלתה את הבעיה באופן מובהק. חוק יסוד: הצבא חוקק בתגובה כניסיון לתת לבעיה מענה. מלחמת לבנון השנייה הראתה כי הבעיה לא נפתרה. לטעמנו, נראה כי אירועי ה-7/10 מבהירים כי הבעיה נותרה בעינה גבולות הסמכות והאחריות שבמשולש ראש ממשלה-שר ביטחון-רמטכ"ל אינם ברורים.

השיח הציבורי סובב באופן אינטנסיבי סביב מידת האחריות של הדרג המדיני לכשלים הצבאיים

של ה-7/10. אלא, שאחריות הולכת אחרי הסמכות. הטעם לזה הוא התפיסה המודרנית במוסר ובמשפט של אחריות כביטוי לכשל בבחירה שעשה מי שנושא באחריות. מכאן, שתנאי להטלת אחריות הוא בדרך כלל שלמי שנושא באחריות הייתה אפשרות בחירה, כלומר היה לו הכוח לפעול אחרת. לשם זה, הוא צריך מידה של שליטה באירועים. מכאן גם הקשר האינטואיטיבי שבין אחריות לסמכות. קשה להטיל על אדם אחריות להחלטה שאין לו סמכות לקבל, מהטעם שלא הייתה לו בחירה בין אפיק פעולה אחד לשני.

כאמור, חוק יסוד: הצבא לכאורה בא להסדיר את הסוגיה. הוא קובע כי הצבא נתון למרות הממשלה,[13] וכן כי הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון.[14] למרבה ההפתעה, למרות תפקידו המעשי החשוב ביותר של ראש הממשלה בפיקוח המיניסטריאלי על הצבא ובאישור מבצעים ופעולות, ראש הממשלה אינו מוזכר כלל בחוק יסוד: הצבא. חוק היסוד קובע רק כפיפות של הצבא למרות הממשלה וכפיפות אישית של הרמטכ"ל לשר הביטחון. שר הביטחון, בתורו, מוגדר כזרועה של הממשלה במימוש מרות הממשלה על הצבא.[15] כדי להגביר את הסיבוך, חוק היסוד קובע כי "הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי".[16]

התוצאה מקריאת חוק היסוד, על פניו, היא שהצבא נתון למרות הממשלה, אבל לא נתון לפיקודה. הפיקוד שמור לרמטכ"ל באופן בלעדי. אבל מה נכלל בגדר "מרות" ואינו נכלל בגדר "פיקוד"? לכאורה, ברור שקביעת יעדים אסטרטגיים מצויה בסמכות הממשלה, אבל הפירוט שלהם לפקודות אופרטיביות של פקודת תנועה ליחידה עם הגדרת מקום, זמן, שיטה ומטרה, שמורה לרמטכ"ל. אלא שנקודת הגבול מטושטשת ממה שנראה, היא מזמינה מאבקי טריטוריות ואי-ודאות, ויש בה פוטנציאל לתפיסת אחריותיות שגויה של הדרג הפיקודי. בסופם של דברים, טשטוש חלוקת הסמכות גוזר מצידו טשטוש גם בחלוקת האחריות.

המודל הישראלי, בשונה מהמודל המקובל בכמה מדינות, אינו מודל שבו המנהיג הנבחר הוא המפקד העליון של הצבא.[17] במודל המנהיג כמפקד עליון של הצבא אין שאלה בנוגע לקו הגבול שבין סמכויות הדרג המדיני והדרג הצבאי. הסמכות העליונה ביחס לצבא בכל עניין מסורה לדרג הנבחר.

סיכום

הסקירה בנייר זה מצביעה על המשפט כזירה חיונית לשינויים שמטרתם מניעה של סיכוני עתיד מן הסוג של אירועי ה-7/10. שינויים משפטיים חיוניים כדי להשיב ריבונות ומשילות וכדי לאפשר לממשלה לממש מדיניות ביטחונית באופן החלטי. דוגמת הפרימטר מראה עד כמה המשפט בכלל, ובית המשפט בפרט, אינם מתאימים להכרעות ביטחוניות, ועד כמה צריך לבצע שינויים משפטיים שיצמצמו מעורבות משפטית בהכרעות מבצעיות. שינויים משפטיים חיוניים גם כדי לשפר את מערכת הביטחון ואת ביצועי ראשיה על ידי הגברת האחריותיות שלהם מול הציבור ונבחריו. ברור שלאירועי ה-7/10 חברו גורמים רבים. פתרון המניעה רחוק מלהיות תלוי רק בשינויי משפט ומשטר, אבל, לדעתנו, הוא אינו יכול להיות מלא ויעיל בלי שינויים כאלו.

* תודה מיוחדת לפרופ' גבי סיבוני, לפרופ' קובי מיכאל וליניב כץ על הערות מצוינות לאורך העבודה, ותודה ליניב כץ על הסיוע המצוין במחקר.

1 בג"ץ 3003/18 **יש דין מתנדבים לזכויות אדם נ' ראש המטה הכללי**, פס' 3 ו-11 לפסק דינה של הנשיאה חיות (2018) (להלן: עניין **יש דין**).

2 שם, סע' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

3 בג"ץ 266/05 **פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי**, נט(4) 707, פס' 09-10 לפסק דינו של השופט לוי ופס' 4 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2005) (להלן: עניין **פילנט**).

4 בג"ץ 6745/19 **לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פס' 49-50, 75, 80-81 לפסק דינה של הנשיאה חיות (2022) (להלן: עניין **לובטון**).

5 אפשר שגם לבעיית המסתננים יש השלכות על יכולת ההתמודדות של המדינה מול אירועי פלישה משמעותיים, אבל במאמר זה לא נעסוק בזה.

6 התיקון המקורי לחוק שנגדו הוגשה העתירה הראשונה בתחום זה: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, והתיקון העדכני: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשפ"ב-2022.

7 בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, סא(2) 202, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006) (להלן: עניין **עדאלה**).

8 פלד ארבלי "פיגוע בבית קמה: המחבל תושב רהט; ישראלי נפצע אנוש והצליח לנטרלו" **מעריב Online** (14.03.2024) https://www.maariv.co.il/news/military/Article-1083775 (להלן: **הפיגוע בבית קמה**); אילנה קוריאל "מטיל זהב ומאות אלפים במזומן בבית: תיעוד ממעצר אחותו של הנייה" **Ynet** https://www.ynet.co.il/news/article/h1zt7nd1r#autoplay (01.04.2024).

9 כבעלי תושבות ישראלית וחופש תנועה בישראל הם עלולים להפוך ליעד אטרקטיבי לגיוס או ניצול בידי ארגוני הטרור, ראו בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 7, בפס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

10 בשנת 2017 קבע בית המשפט בבג"ץ 4466/16 **מוחמד עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (2017) כי החלטת הקבינט שלפיה מדינת ישראל תחזיק בגופות מחבלים אשר ביצעו פיגועים "חריגים במיוחד" אינה חוקית לנוכח הפגיעה בזכויות המת ובני משפחתו, וכי נדרש לכך עיגון מפורש וספציפי בחוק. בשנת 2019 התקיים דיון נוסף בבג"ץ, במסגרת דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' מוחמד עליאן** (2019), ובו נקבע כי ההוראה הכללית

המופיעה עוד בתקנות ההגנה המנדטוריות מהווה הסמכה מפורשת דיה להחזקת גופות מחבלים כ"קלפי מיקוח", וכך נהפכה ההחלטה הקודמת.

11 עמית סגל "על היוהרה: כך התריעו הח"כים מפצצה סורית ונתקלו בזלזול" **עמית סגל** (2018)

https://amitsegal.co.il/%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%99%D7%95%D7%94%D7%A8%D7%94-%D7%9B%D7%9A-%D7%94%D7%AA%D7%A8%D7%99%D7%A2%D7%95-%D7%94%D7%97%D7%B4%D7%9B%D7%99%D7%9D-%D7%9E%D7%A4%D7%A6%D7%A6%D7%94-%D7%A1%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%AA/ (להלן: עניין הכור הסורי בוועדת החוץ והביטחון).

12 ס' 21(ב) לחוק יסוד: הכנסת.

13 "הצבא נתון למרות הממשלה", ס' 2(א) בחוק יסוד: הצבא.

14 "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון", ס' 3(ב) לחוק יסוד: הצבא.

15 "השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הבטחון", ס' 2(ב) לחוק יסוד: הצבא.

16 שם, ס' 3(א) לחוק יסוד: הצבא.

17 בין המדינות האלו ניתן למנות את ארגנטינה, ברזיל, צרפת, רוסיה וארצות הברית. בחלק מהדמוקרטיות שבהן מתקיים בית מלוכה הסמכות הפורמלית מצויה בידי הכתר, אבל בפועל מופעלת על ידי ראש הממשלה, כמו לדוגמה בספרד.