

תמצית

ההסדר המשפטי לפעילותו של צה"ל בפעילות אזרחית דל מאוד. הוא אינו מגדיר את היקף הפעילות שבה ראוי שיעסוק צה"ל, וגם לא את סדרי הפיקוח על פעילות זו. אופי מערכות הפיקוח על צה"ל בפעילות ביטחונית גם מאפשר לצה"ל גמישות רבה בהפעלת כוחותיו. המאמר בוחן את ההסדרה החוקית לפעילות צה"ל גם על רקע השוואתי ונורמטיבי. מסקנתו היא כי בהינתן החסרים בהסדרה החוקית והארגונית הקיימת בישראל ביחס לפעילות צה"ל במתווים אזרחיים, ראוי כי צה"ל יגביל את פעילותו האזרחית, ובכל מקרה שזו תתקיים רק במקרים של אין ברירה, ובכפוף לפיקוח אזרחי הדוק.

מעורבות צה"ל במשבר הקורונה מעוררת שאלות רחבות בדבר המדיניות הראויה לגבי שילוב הצבא בהתמודדות הלאומית עם משברים אזרחיים. במאמר הבא המתפרסם בקובץ זה נדונה השאלה מזווית הניתוח של זכויות החיילים.¹ במאמר זה תיבחן השאלה מזווית הראיה של החברה הישראלית במדינה דמוקרטית: מהו ההסדר הדמוקרטי הראוי לשילובו של ארגון ביטחוני דוגמת צה"ל במשברים בתווך האזרחי?

על מנת להשיב על שאלה זו יעסוק המאמר בשלושה מישורים: המישור החוקתי הישראלי, מישור המשפט המשווה, והמישור הנורמטיבי.

המעמד החוקתי של פעילות אזרחית של צה"ל

צה"ל עסק בפעולות שאינן מלחמתיות מראשית ימיו. עם זאת, פקודת סדרי השלטון והמשפט, שהסמיכה את הממשלה להקים כוחות מזוינים, לא הגדירה פעולות כאלה כחלק מתפקידי הצבא, אלא קבעה באורח כללי כי תפקידו יהיה "הגנה על המדינה". כך, בסעיף 18 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948 נקבע כי: "הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה".

1 ליבמן ל. ושפרן-גיטלמן, ע. חיילי צה"ל במשבר הקורונה – היבטים משפטיים ואתיים (בכרך זה).

על יסוד סעיף זה חוקקה (31 במאי 1948) פקודת צה"ל (מס 4) שהיוותה למעשה את הבסיס הסטטוטורי להסדרת פעילות הצבא בישראל עד לחקיקת חוק יסוד: הצבא. בשנת 1976 חוקק חוק יסוד: הצבא, אשר נועד להחליף את פקודת צה"ל.² החוק הסדיר את שאלת הכפיפות של הצבא למרות הממשלה, ואת מעמדם של שר הביטחון והרמטכ"ל. החוק גם הסדיר את המונופול של צה"ל על השימוש בכוח צבאי. עם זאת, החוק לא קבע דבר לגבי היקף תפקידי הצבא מלבד הקביעה בסעיף 1 כי "צבא הגנה לישראל הוא צבאה של המדינה".

עקב כך, סמכותו של צה"ל לעסוק בנושאים אזרחיים לא הוסדרה כלל, לא בחוק היסוד ולא בחקיקה אחרת לאורך שנים רבות. להיפך, פרשנות פשוטה של הנאמר בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט מלמדת כי למעשה צה"ל עסק במשימות שאינן קשורות בקשר ישיר להגנת המדינה ללא סמכות בחוק. לאור אופיו הכופה של השירות הצבאי, נראה כי פרשנות כזו מתחייבת. לאור זאת, תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט בשנת 1995, כאשר סעיף 18 בה הורחב כדי להגדיר את ייעוד צה"ל גם לביצוע פעולות הדרושות להשגת מטרותיה הביטחוניות-לאומיות של המדינה. הסעיף שכותרתו "כוחות מזוינים" מנוסח כיום כך: "הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים-לאומיים".

חלק ניכר מהביקורת סביב התיקון של סעיף 18 נגע לשאלת שלילת הזכויות של החיילים המשרתים במשימות כשאינם מגינים על המדינה. שאלה זו לא תיבחן במאמר זה.³ אולם סוגיה חשובה אחרת – בה יידון מאמר זה – עוסקת בעירובו של הצבא בתחומים אזרחיים, מנקודת המבט של החברה האזרחית.

הביקורת המשמעותית ביותר כלפי ההרחבה של תפקידו של צה"ל למישור האזרחי מנקודת המבט של החברה האזרחית הוצגה על ידי מרדכי קרמיניצר ואריאל בנדור בפירושם לחוק יסוד: הצבא.⁴ בהקשר החוקתי טוענים קרמיניצר ובנדור כי חוק יסוד: הצבא קובע במפורש כי למרות שהחוק לא קבע את מטרות צה"ל, ראוי להתייחס ברצינות לשמו של הצבא, הקבוע בחוק היסוד כ"צבא הגנה לישראל" ולגזור ממנו את מטרותיו כהגנה על המדינה מפני אויבים מבחוץ. התפקיד המובהק של צה"ל, הנובע

2 כהן, ע, כהן, ס. (2014), יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל, ידיעות ספרים.

3 ליבמן וגייטלמן-שפרן, שם, (ה"ש 1). וכן, אייל נון (2002), "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא" משפט וצבא 16, 161, 166: "ניתן לומר בפה מלא... התיקון לחוק שירות ביטחון, אשר שילב בו את הסדר השירות המוכר, הוא בלתי חוקי בפגוע בזכויותיהם של המשרתים שירות סדיר במידה העולה על הנדרש

4 קרמיניצר, מ, בנדור, א. (2000), פירוש לחוקי היסוד – חוק יסוד: הצבא (מכון הארי סאקר, האוניברסיטה העברית) 39-42. חלק מהביקורת של המחברים רלוונטית לסוגיות זכויות היסוד של החיילים

משמו, הוא שמירה על ביטחון המדינה במובן הצר, וכל חריגה מתפקיד זה זקוקה לפירוט מיוחד בחוק היסוד.

אל מול ביקורת זו, הובעה בספרות המקצועית עמדה התומכת במעורבות של הצבא בתפקידים במישור האזרחי. התמיכה המובהקת ביותר בעמדה המרחיבה הובעה על ידי השופט מלצר, שהביע דעתו במאמר אקדמי⁵ ולאחר מכן (בשנת 2018) בפסק דין ביחס לעתירה שהוגשה לפניו למתן צו על תנאי למניעת מכירת אימונים לכוחות ביטחון זרים.⁶

לשיטתו של השופט מלצר, סעיף 1 לחוק יסוד: הצבא כולל במונח "צבאה של המדינה" גם מחויבות להרחבת תפקידיו של צה"ל לסוגיות שאינן כרוכות באופן ישיר בהגנה על המדינה מפני אויבים. לטענתו, במסגרת הרחבה זו ניתן להכניס גם יעדים לאומיים חשובים.⁷ למשל, מלצר מצדיק את פעילות הגיוור בצה"ל בכך שצה"ל הוא צבאה של המדינה היהודית.⁸ בהתבסס על פרשנות זו סבור מלצר כי ההרחבה של תפקידי הצבא שנעשתה במסגרת פקודת סדרי השלטון והמשפט נועדה לכלול במטרות הצבא גם השגת "יעדים ביטחוניים לאומיים".

פרשנותו של השופט מלצר לחוק יסוד: הצבא נראית מעט מאולצת. הסדר החוקתי הראוי מחייב שהרחבת סמכויות הצבא לטיפול בנושאים אזרחיים יהיה קבוע במסמך בעל אופי חוקתי. זאת, במיוחד כיוון שישראל היא כמעט המדינה האחרונה מבין הדמוקרטיות המערביות המקיימת הסדר של גיוס חובה. יתר על כן, השופט מלצר אינו מתמודד עם השאלה הבסיסית שהעלו קרמניצר ובנדור. הסיכונים שהם מעלים למעורבות הצבא בתווך האזרחי משקפים חששות אמתיים. לכן התשובה שלפיה ניתן לפרש את חוק היסוד בהקשר לתמיכה בקיומה של מדינה יהודית אינה מספקת מתווה מספיק להפעלת הכוחות הצבאיים במערכת האזרחית.

אף אם נקבל את עמדתו של השופט מלצר, עדיין נותרת השאלה מהו ההיקף והתכולה הראויים של היעדים הביטחוניים-לאומיים לעניין זה. ובהקשר לנושאו של מאמר זה, האם התמודדות עם משבר אזרחי דוגמת מגפת הקורונה נכללת במסגרת היעדים הלגיטימיים של מעורבות אזרחית? בהתייחס לכך יוצגו כאן שלושה מקורות מהם ניתן ללמוד על ההיקף הראוי של מעורבות צבאית במשברים אזרחיים: המשפט הישראלי;

5 מלצר, ח, "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית", משפט ועסקים יד (תשע"ב) 347.

6 בג"ץ 1785/17 הרמתי נ' הרמטכ"ל (25.7.2018).

7 מלצר, שם (ה"ש 5).

8 שם. אם כי, בעתירה שנדונה נגד החובה שהוטלה על חיילים להשתתף בכנס שבו הוצג מערך הגיוור נתן בג"ץ תוקף של פסק דין לעמדת המדינה על פיה לא יחויבו חיילים להשתתף בכנסים כאלו. ראו בג"ץ 4476/17 יורובסקי נ' ראש אכ"א (4 ביוני 2017).

המשפט המשווה; והביקורת הנורמטיבית על השימוש ב-צה"ל לפתרון משברים אזרחיים.

עמדת המשפט הישראלי בסוגית הגדרת היעדים הביטחוניים-הלאומיים

אין במשפט הישראלי הגדרה מוסכמת בדבר היעדים הביטחוניים-הלאומיים ש-צה"ל אמור לעסוק בהם. דיון ציבורי ומשפטי באלה יכול להסתמך על שני מקורות: האחד הוא האנלוגיה להסדר הקבוע בסעיף 26א' לחוק שירות הביטחון, על פיו מוצבים חיילים המשרתים בשירות חובה במקומות שירות אזרחיים (משרד הביטחון, מערכת החינוך, המשרד לביטחון פנים ועוד); והשני הוא הפרשנות שניתנה למונח מקביל המצוי בחוק שירות הביטחון הכללי, בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט העליון.

נושא החיילים המשרתים במסגרות אזרחיות לא יידון כאן. העניין נדון בהרחבה במאמר אחר בקובץ זה.⁹ יצוין כאן כי ההגדרה בחוק שירות הביטחון מגבילה את היכולת של חיילים לשרת לתחומים מסוימים, שבהם שירות החיילים נחוץ במיוחד. בכל מקרה, גם באותם מקרים מעטים שבהם בית המשפט העליון דן בשירות החיילים במסגרות אזרחיות או מחוץ לצבא, בית המשפט נמנע מלהביע עמדה לגבי היכולת לחייב חיילים לשרת במסגרות כאלו.¹⁰

על כל פנים, לי נראה שלא ניתן ללמוד משירות של חיילים כפרטים במסגרות אזרחיות, או בסיוע בחו"ל, לגבי שימוש בצבא כארגון במסגרות אלו. שירות של חייל בודד במסגרת אזרחית יכול להיות מוצדק ברצון להביא לשירות נרחב כמה שיותר, או בהצדקות נקודתיות התלויות בכישוריו של החייל. כפי שאראה להלן, השימוש בצבא כארגון בתווך האזרחי מעורר חששות מסוג שונה לחלוטין.

חוק שירות הביטחון הכללי

סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי (להלן שב"כ) "ייעוד השירות ותפקידיו" קובע את הנושאים בהם יכול לעסוק שירות הביטחון הכללי. סעיף 7(א) לחוק קובע כי: השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין (ההדגשה אינה במקור).

⁹ ליבמן ושפרן-גיטלמן, שם (ה"ש 1).

¹⁰ כך בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מ"ח (5) 647 (1995) בו הותר משלוח סיוע להאיטי (אם כי שם מדובר היה במשרתי קבע שהסכימו לכך, ובסוגיה שיש לה השלכות מדיניות); וכך במיוחד ב-בג"צ הרמתי לעיל ב-ה"ש 6, שם דובר במכירה של שירותי אימון לצבאות ב-חו"ל, אם כי גם שם מדובר היה באינטרסים צבאיים ומדיניים.

סוגית הפרשנות של המונחים "אינטרסים ממלכתיים לביטחון הלאומי" הועלתה בפני בית המשפט בהקשר למשבר הקורונה, כאשר הממשלה ביקשה להטיל על שב"כ את תפקיד המעקב אחרי חולי הקורונה. העותרים בתיק זה טענו כנגד ההרחבה של מושג הביטחון הלאומי גם לסוגיות אחרות הנחוצות לצורכי ביטחון. המדינה, לעומת זאת, טענה כי המושג "ביטחון לאומי" כולל מגוון רחב של משברים, לרבות משברים כלכליים, מגפות, אסונות טבע ועוד.

בפסק דינו של בית המשפט העליון נדונה בהרחבה סוגית הגדרת ה"ביטחון הלאומי".¹¹ הנשיאה חיות דחתה את הפרשנות הרחבה שניסתה המדינה להציע, על פיה כל איום על חוסנה של המדינה כלול בתחום הביטחון הלאומי כהגדרתו בחוק ה-שב"כ. לדעתה:

"המבחן שיש לאמץ ביחס לביטוי 'ביטחון לאומי' בהקשר זה הוא מבחן הסכנה החמורה והמידית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר שלה. במילים אחרות, ככל שמתרחקים מליבת העיסוק הביטחוני, על הממשלה מוטל הנטל להראות כי אכן מדובר בסוגיה המציבה סכנה חמורה ומידית לאזרחי מדינת ישראל או לסדרי המשטר במדינה, באופן המחייב את התגייסותם של כלל הגופים, ובהם שירותי הביטחון שלה, לצורך התמודדות עם האתגר".¹²

הנשיאה מנמקת את ההחלטה בשלושה נימוקים. הראשון הוא הפרשנות הלשונית של הסעיף, השני הוא ההיסטוריה החקיקתית שלו, והשלישי "מניעת הרחבה בלתי מבוקרת של סמכויות גופי ביטחון מסכל". הנשיאה חיות אינה מרחיבה בדבר הסכנות שבהרחבת הסמכויות, סכנות שהעותרים עמדו עליהן בהרחבה. דומה שעיקר הטענות של העותרים, כמו גם עיקר החשש של הנשיאה חיות, מיוחס לשימוש בסמכויות העיקוב המיוחד שניתנו בידי ה-שב"כ.

ראוי להבהיר נקודה נוספת הקשורה לפעילות צה"ל בקרב אזרחים, המציינת את ההבדל בין הנושא הנדון כאן – פעילות צה"ל בטיפול במשברים אזרחיים – לבין סוגיות ביטחוניות שצה"ל מעורב בהן, ואשר מביאות אותו במגע עם אזרחים. כך למשל: צה"ל פועל שנים רבות ביהודה ושומרון כריבון, וממילא אזרחים פלסטינים וישראלים נתקלים בחיילים מעשה של יום יום. לעיתים נעשה הדבר תוך עימות בין הצדדים. אך פעילות צה"ל

11 בג"צ 2109/20 עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה (פסק דין מיום 26.4.2020).
12 שם, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ביהודה ושומרון נובעת ממעמדם המיוחד של אזורים אלו כאזורים המצויים תחת שלטון צבאי, בהם הצבא הוא הריבון. עיקר פעילותו של הצבא באזורים אלו נעשית במישור הביטחוני, במניעת פעולות טרור, שמירה במחסומים ועוד. מול האזרחים הישראלים פועלת בישראל משטרת ישראל. לשם טיפול באזרחים פלסטיניים בסוגיות שאינן קשורות ישירות לתפקידו הצבאי אכן הקים צה"ל יחידות מיוחדות, דוגמת המנהל האזרחי, ומפקדת התאום והקישור, שהן בעלות הכשרה ייעודית לפעולה מול אזרחים.

כך גם לגבי פעילות פיקוד העורף במצב חירום בטחוני. אף כאן הקים צה"ל יחידה מיוחדת, שמטרתה היא טיפול בסוגיה שהיא ביטחונית במהותה – הפגיעה בעורף במהלך עימות בטחוני. שיש לכך הסכמה חוקית, וכן הכשרה וידע לעבוד מול אוכלוסייה אזרחית.¹³ במאמר זה עיקר הדיון הוא בפעילות צה"ל בסוגיות שהן אזרחיות לחלוטין, דוגמת משבר הקורונה.

ההיבט ההשוואתי: ישראל מול דמוקרטיה מערבית אחרת

השוואת המצב בישראל למדינות אחרות בהקשר למעורבות הצבא במשימות אזרחיות נתקלת בקושי מיוחד. במדינת ישראל, מאז הקמתה, תפס הצבא מקום מרכזי במישורים אזרחיים. המגמה של צמצום תפקודו של צה"ל במישור האזרחי היא התפתחות שהחלה בעיקר בשנות השמונים והתשעים של המאה ה־20.¹⁴ לעומת זאת, בשורה של דמוקרטיות מערביות נקודת המוצא היתה מלכתחילה התנגדות עקרונית למעורבות צבאית בטיפול בנושאים אזרחיים, וזאת מסיבות היסטוריות ואידאולוגיות.

כך למשל בארצות הברית, הלקח ההיסטורי של מלחמת העצמאות האמריקאית נגע להתנגדות עקרונית למעורבות צבאית בתווך האזרחי במדינות (states) השונות. לקח זה רק התחזק בעקבות מלחמת האזרחים האמריקאית. החשש המרכזי שהנחה את המחוקקים האמריקאים היה מפני חיזוק כוחה של הרשות המבצעת הפדרלית ומפני השימוש בצבא על מנת לעקוף את הוראות בית המחוקקים. בשל כך נקבע בפירוש בחוקה (סעיף 4, פסקה 4) כי "ארצות הברית תבטיח לכל מדינה בברית זו צורת ממשל רפובליקנית, ותגן על כל אחת מהן מפני פלישה, ועל פי בקשת בית המחוקקים או הרשות המבצעת (באין אפשרות לכנס את בית המחוקקים), גם מפני אלימות מבית".

13 חוק ההתנגדות האזרחית תשי"א 1951

14 Cohen, S. A. (2008), *Israel and its Army: From Cohesion to Confusion*, Routledge Press

במלים אחרות, כוחו של הנשיא כמפקד העליון של הצבא הוגבל בשימוש של הצבא במשימות של הגנה מפני "אלימות מבית" רק למקרים שבהם בית המחוקקים מאשר זאת.¹⁵ גם חוק ה־*posse comitatus* שנחקק כחלק מה"בנייה מחדש" לאחר מלחמת האזרחים, קבע שלא יעשה שימוש בצבא למטרות אזרחיות אלא על פי חוק של הקונגרס.¹⁶ קביעות אלה לא מנעו דיון ציבורי מחדש בסוגיה זו לאחרונה, על רקע המהומות וההפגנות בחודש יוני ברחבי ארה"ב.

סיבות היסטוריות הביאו גם את גרמניה, איטליה ויפן להגביל בחוקה את היכולת של גופים ביטחוניים לטפל במשברים בתוך המדינה, ובייחוד בנושאים אזרחיים.¹⁷ החוקה הגרמנית, למשל, כוללת הוראות מפורשות על פיהן הפעלת הצבא בתוך שטחה של גרמניה יכולה להיעשות רק במצב חירום המוכרז על ידי הגופים הפדרליים, ובכל מקרה רק בתמיכה לפעילות המשטרה הפדרלית.¹⁸ בדומה לכך, הניסיון היפני במלחמת העולם השנייה הביא לכך שחוקתה של יפן לאחר המלחמה כללה את סעיף 9, על פיו ליפן לא יהיו כוחות צבאיים כלל, וכי למדינה לא תהיה הסמכות להשתתף במלחמה.¹⁹

אלא שלאורך השנים, מאז מלחמת העולם השנייה, חל כרסום ניכר בכל המגבלות על הפעילות הצבאית בכל המדינות הללו. היו לכך שורה של גורמי עומק. המניע המרכזי שהביא לכרסום במגבלות על השימוש בצבאות בתוך המדינה הוא השינוי באופייה של הלחימה. בעוד שמלחמות מסורתיות התנהלו בעיקר מחוץ לגבולות המדינה וכנגד אויב חיצוני, הלחימה בטרור שהתעצמה מאז אירועי 11 בספטמבר 2001 הביאה שורה של מדינות להתיר לכוחות צבאיים לפעול גם בתוך המדינות במאבק מול גורמים שאיימו על המדינה, במסגרת הלחימה בטרור. מאבק זה הקל על ממשלות במדינות דמוקרטיות להשתמש בצבא גם להתמודדות עם אסונות מהטבע.²⁰

כך למשל בבריטניה. מאז המאבק הצבאי בין המלך לפרלמנט במאה ה־17, היתה ההפעלה של הצבא בתוך גבולותיה בחזקת טאבו. בשנות השבעים של המאה ה־20 פרסה הממשלה כוחות צבאיים על מנת להתמודד עם המרד האלים בצפון אירלנד. מאז

Jennifer K. Elsea, The Posse Comitatus Act and Related Matters: The Use of the Military to Execute Civilian Law 15 ((Congressional Research Service, Nov. 6, 2018

16 החשש ממעורבות צבאית היה קשור למעורבות צבאית בכפיית בחירות על מדינות הדרום, שניסו למנוע זכויות בחירה מהשחורים.

Head, M., Mann, S. (2009), Domestic Deployment of Armed Forces: Military Powers, Law and Human Rights, chapter 6 17
18 סעיף 87 לחוקת גרמניה

19 סעיף 9 לחוקת יפן קובע כי: מתוך שאיפה אמיתית לשלום בינלאומי... העם היפני דוחה לעולם ועד את המלחמה כזכות ריבונית של האומה, וזאת האיום או השימוש בכוח כאמצעי לפתרון סכסוכים בינלאומיים.

על מנת להגשים את המטרה... לעולם לא יוחזקו כוחות קרקעיים, ימיים או אוויריים, כמו גם כוחות אחרים היכולים לשמש למלחמה. לא תוכר זכותה של המדינה להשתמש בכוח". (התרגום של המחבר).

ההנחה מאחורי הסעיף היתה, כפי הנראה, כי ההגנה על יפן תעשה על ידי כוחות ארצות הברית. עם זאת, יפן הקימה צבא בטענה כי הגנה עצמית איננה כלולה בסעיף, ובשנים האחרונות הצבא היפני אף השתתף בקואליציות צבאיות בינלאומיות.

20 Head and Mann, ibid (ה"ש 17), עמ' 169

נעשה שימוש נרחב למדי בכוחות צבאיים למגוון משימות, החל מהתמודדות עם השביתות הגדולות של שנות השמונים²¹ וכלה בביצוע משימות שמירה באולימפיאדת לונדון בשנת 2012.

כך נראה כי בדומה לישראל גם במדינות דמוקרטיות אחרות נעשה שימוש בצבא כמסייע בהתמודדות עם משברים אזרחיים. סקירה שפורסמה לאחרונה לגבי מעורבות של צבאות זרים במשבר הקורונה מגלה כי אכן רוב המדינות הדמוקרטיות בעולם נעזרו במידה כזו או אחרת בצבא על מנת לסייע בהתמודדות גם עם משבר הקורונה.²²

אלא שקיים הבדל משמעותי בין המעורבות במדינות דמוקרטיות אחרות ובין המעורבות של צה"ל במקרה הישראלי: כיוון שברוב המדינות הדמוקרטיות נקודת המוצא היתה מגבלות על השימוש בכוחות צבאיים בתחום האזרחי, הרי שכל נגיסה בעיקרון הזה נעשתה בזירות, ותוך שמירה על מגבלות. כך למשל בגרמניה, השימוש בכוח צבאי מכפיף את הצבא למגבלות המוטלות על המשטרה. כך גם בארה"ב, שם יש צורך בחקיקה מיוחדת על מנת להפעיל כוחות צבאיים בהתמודדות עם משברים אזרחיים. בישראל, לעומת זאת, נקודת המוצא הינה הפוכה. המעורבות של צה"ל בסיוע אזרחי היתה מלכתחילה נרחבת. ממילא, כמעט ולא היו מגבלות על היכולת של הצבא להתערב בנושאים אזרחיים. למעשה, כפי שראינו לעיל, המגבלות הראשונות שהוטלו על מעורבות הצבא בנושאים אזרחיים הוטלו רק בשנת 1995. ממילא גם לא פותחו מנגנונים מיוחדים לפיקוח על המעורבות הצבאית בנסיבות אזרחיות.

האם ראוי לערב את צה"ל בטיפול במשברים אזרחיים – הממד הנורמטיבי

הטעמים שבגינם יש לחשוש ממעורבות יתר של צה"ל בפתרון משברים אזרחיים יוצגו כאן בשלוש קבוצות: קשיים הנובעים מהמאפיינים המיוחדים של הפעילות הצבאית; קשיים הנובעים מהיחסים בין הדרג המדיני לדרג הצבאי; וקשיים הנובעים מהתמודדות של המערכת האזרחית עם משברים, כאשר צה"ל מצוי בתווך.

קשיים הנובעים מהמאפיינים המיוחדים של הפעילות הצבאית

הצבא במדינות דמוקרטיות מצוי במעמד פרדוקסלי. מצד אחד מדינות חייבות להחזיק בצבא מכוח מחויבותן להגן על אזרחיהן. מצד שני, הצבא הוא במהותו ארגון לו מוקנות

²¹ הפעלת צבא בתוך בריטניה נשענת על מגוון של אמצעים חקיקתיים, החל מ"סמכות הכתר" במשפט המקובל להפעיל את הכוחות הצבאיים, וכלה בחוקים ספציפיים המגדירים את היכולת להסתייע בכוחות צבאיים.

Walker, C. and Broderick, J. (2006), The Civil Contingencies Act: Risk, Resilience and the Law in the United Kingdom, Oxford UP

²² כהן, ס. ואלרן, מ., "דפוסים של פעילות צבאית במלחמה נגד הקורונה: לקחים לישראל מניסיונם של אחרים" המכון למחקרי ביטחון לאומי, מבט על גיליון 1300 (16.4.2020).

יכולות פעולה שאינן מתאימות לדפוסים דמוקרטיים. כך מעניקה הדמוקרטיה לצבא את הסמכויות לפעול ולהחזיק ב יכולות אלימות על מנת להגן עליה מפניה אויביה החיצוניים. ספק אם האזרחים במדינות דמוקרטיות היו מוכנים להפקיד כוח אדיר כזה בידי ארגון שבסמכותו לכפות כללים בתוך המדינה פנימה.²³ במשבר הקורונה התפתח מצב שבו סמכויות ואמצעים שפיתח גוף ביטחוני, השב"כ, לשם מאבק נגד אויבי המדינה ופעילי טרור, שימשו בסופו של דבר למעקב נגד אזרחים ישראלים. בהתאמה, יכולות מודיעיניות המצויות בידי צה"ל יכולות גם הן לשמש למאבק בקורונה, או לשימושים אזרחיים אחרים. נניח למשל כי באזורים שונים בישראל תגיע הפשיעה לרמה של סכנה ממשית לחיים ולרכוש של אזרחים. האם גם במקרה כזה ראוי יהיה להפעיל את צה"ל לשם הגנה על חייהם של אזרחים מפני פשיעה? מהו קו הגבול העובר בין השימוש הלגיטימי ביכולת צבאית, לבין איסור או הטלת מגבלות על שימוש כזה?

חשש מרכזי בהקשר זה עולה ביחס לשימוש בכוח קטלני. חיילים מאומנים להשתמש בנשק ובכוח כאשר הם נאבקים באויב. אמנם, חיילים כפופים להוראות פתיחה באש ולהוראות מפקדיהם. גם מקצוענות צבאית מחייבת הפעלה מדודה של כוח.²⁴ כך למשל: הוראות הפתיחה באש שעל פיהן פועלים חיילי צה"ל בעת קרב, שונות מאלו שחלות למשל בעת ההפגנות של פלסטינים על הגדר ברצועת עזה.²⁵ לצד מנגנונים כלליים אלו קיימים גם מנגנונים צבאיים פרטניים הבולמים את החשש מפני שימוש לא ראוי בכוח. כך למשל קיים לחייל פטור ממילוי פקודה בלתי חוקית, אלא אם כן החוקיות היא מובהקת. עם זאת, הכלל הוא שחיילים מחונכים ומעודדים למלא את המשימה, גם במחיר של סיכון עצמי על מנת לנצח בקרב. מנגד, כאשר צבא מתבקש לאכוף את החוק על אזרחי מדינתו אין מדובר באפשרות "לנצח". המנגנון הצבאי בנוי בכוונה באופן שמכשירו להפעיל כוח רב במגבלות מסוימות. כלפי אזרחי המדינה נדרשים מהצבא באופן נורמטיבי ריסון והפעלה מדודה של כוח.

מיוחסת לצבאות יכולת גבוהה בניהול אירועים ובשליטה בהם. המפקד הצבאי ברמות השונות הוא אשר מקבל את ההכרעות. גם לאחר שהתייעץ בבעלי המקצוע, האחריות הסופית היא עליו. אך אירועים בעלי אופי אזרחי, כמו משבר הקורונה, שבהם נדרש ידע שאינו מצוי בידי הצבא, עלול לעורר מחלוקת בין המומחים האזרחיים, הפועלים על פי שיקולים מקצועיים, לבין מפקדים צבאיים הפועלים על פי מנגנון ההפעלה הצבאי הדורש קבלת החלטות על ידי המפקד.

23 Feaver, P. (2003), *Armed Servants: Agency, Oversight and Civil-Military Relations*, Harvard University Press.

24 Beer, Y. (2018), *Military Professionalism and Humanitarian Law: The Struggle to Reduce the Hazards of War*, Oxford University Press.

25 בג"צ 3003/18 י"ש דין - מתנדבים לזכויות אדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (24.5.2018)

סוגיה נוספת קשורה לסודיות המידע. מנגנונים צבאיים ומודיעיניים פועלים על בסיס של סודיות ומידור. מערכות אזרחיות, במיוחד אלו העוסקות באיסוף מידע על אזרחים, צריכות לפעול בשקיפות מלאה. דוגמה לבעייתיות של עירוב גורמים צבאיים התגלה במסגרת הקמת "מרכז המידע והידע הלאומי למאבק בקורונה",²⁶ גוף צבאי למעשה, שהוקם במסגרת משרד הבריאות, אך אויש בחיילי אגף המודיעין. ביקורת חריפה כלפי כמה מהערכות המרכז הושמעה דווקא בשל העובדה שלא ברור מה מומחיותם של אלה העובדים בו ומה סמכותם בעניינים אזרחיים.²⁷

היחסים בין הדרג המדיני לדרג הצבאי

בעיה ידועה ביחסים בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בישראל היא דלות הדין החוקתי בפיקוח על צה"ל. חוק יסוד: הצבא קובע כי הצבא נתון למרות הממשלה, וכפוף לשר הביטחון.²⁸ בחוק יסוד: הממשלה יש תיאור מפורט רק מעט יותר – המעניק סמכויות ספציפיות גם לקבינט ביחס ליציאה למלחמה, ומטיל חובת דיווח על פעולות צבאיות משמעותיות לוועדת החוץ והביטחון. מעבר לאמירות חלקיות וכלליות אלו, אין קביעות ברורות ופרטניות בחוק ביחס לתפקידי הקבינט, לסמכויותיו של ראש הממשלה, לתפקיד המטה לביטחון לאומי בפיקוח על צה"ל ועוד.²⁹

דלות הדין החוקתי בנושא זה מובנת אולי באופן חלקי על רקע ההנחה שעיקר עיסוקו של הצבא הוא במשברים ביטחוניים חיצוניים. ההכרעה החוקתית הישראלית היא כי הרשות המבצעת היא המורה לצה"ל כיצד לפעול במשברים מהסוג הזה. אפשר לחלוק על ההנחה שהרשות המבצעת היא הדרך הנכונה לפקח על פעילות צבאית ביטחונית, אך זו בוודאי הכרעה לגיטימית.³⁰

²⁶ <https://www.gov.il/he/departments/corona-national-information-and-knowledge-center>

²⁷ בתגובה להערכת המרכז שפורסמה ב-20 ביוני 2020, על פיה ישראל עומדת בפני "גל שני" של קורונה, קבע כפוף חגי לוין, יו"ר איגוד רופאי הציבור בישראל כי "זה לא מקצועי ולא רציני שיוצאים דו"חות שאף בן אדם לא חתום עליהם. חוסר השקיפות הזו בלתי נסבל". שני אשכנזי "דוח מרכז המידע למאבק בקורונה מזכיר: ישראל נכנסת לגל השני" גלובס 20.6.2020.

²⁸ חוק יסוד: הממשלה סעיף 40 קובע כי:

40. (א) המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה, אלא מכוח החלטת הממשלה.

(א1) על אף האמור... הממשלה רשאית להחליט על אצילת סמכותה... לוועדת שרים שנקבעה בחוק; החליטה הממשלה על אצילת סמכותה לוועדת השרים...

(ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות אחרות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

(ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או לנקוט פעולה צבאית משמעותית... תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי... ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות אחרות... תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.

²⁹ כהן וכהן, שם (הערה 2) וכן ליבמן, ל. וכהן, ע. (2019), הסדרת החלטה על נקיטת פעולות צבאיות, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

³⁰ תירוש, י. (2014), "המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה" משפט וצבא 17 289.

הפעילות המבצעית של הצבא כאשר הוא פועל במשברים ביטחוניים נתונה לביקורת שיפוטית מועטה במיוחד. למעט חריגים מסוימים, נמנע בית המשפט מלהתערב בהכרעות מבצעיות של צה"ל.³¹ גם הרשות השופטת מניחה לרשות המבצעת לנהל את המשברים הביטחוניים ללא פיקוח משמעותי. אפשר להתווכח על מידת הלגיטימיות של הסדרים אלו ביחס למשברים ביטחוניים חיצוניים, אך נראה שהסדרי פיקוח אלו אינם מתאימים למעורבות של הצבא בטיפול במשברים אזרחיים פנימיים זאת משורה של טעמים:

■ הכפיפות לרשות המבצעת בלבד מוצדקת בצורך בשמירה על גמישות מקסימלית לכוחות הפועלים מול אויב. פיקוח על ידי רשות מחוקקת או רשות שופטת נתפס כבעייתי מבחינת הצורך לשמור על סודיות ועל גמישות מקסימלית לממשלה להנחות את הכוחות הפועלים בשטח מגד כוחות זרים עוינים. טעמים אלו אינם רלוונטיים כאשר מדובר במשבר אזרחי פנימי מסוג מגפת הקורונה. להיפך, דווקא המאבק במגפה מחייב שקיפות מקסימלית, ופעולה סדורה ומתוכננת. נגיפי הקורונה אינם "אויב" המתכנן את פעולותיו, וממילא אין משמעות לסודיות או לשמירת יתרון ההפתעה כלפיו.

■ בנושאים צבאיים נחשב הצבא כבעל הידע המרכזי, כמעט הבלעדי. לעיתים מוצג הצורך להסתייע גם במקורות ידע מקבילים בסוגיות נלוות למאבק הצבאי, כמו בתחומי המדיניות והכלכלה, אך בסופו של דבר הצבא תמיד יהיה מקור הידע המרכזי. בשל כך פיקוח מהותי ופרטני על הצבא אינו תמיד אפשרי. אך בנושאים של שמירת הסדר הציבורי במתאר אזרחי, כמו גם בנושאים של התמודדות עם סיכונים בריאותיים, הצבא אינו מקור הידע המוביל. אין כל סיבה להניח שגורמים אחרים לא יוכלו לתרום לידע המצוי בידי צה"ל בנושאים אלו. ההיפך הוא הנכון: דווקא חוסר המומחיות הצבאית בנושאי סדר ציבורי והדרך הנכונה לעסוק במקרים של סיכון בריאותי מחייב כי גופים נוספים יהיו מעורבים בקבלת ההחלטות הצבאית עד כמה שניתן.

■ הרחבה של מעורבות הצבא בתווך האזרחי עשויה לגלוש, בתנאים קיצוניים, לחיכוך ואף לאלימות בין הצבא לאזרחים. ברורה כאן האבחנה בין אזרחים הנתפסים כאויב חיצוני לבין אזרחי המדינה. תרחישים מעין אלה מחייבים בפועל הנחייה פרטנית ופיקוח קפדני על פעולות הצבא, בצד מגמה עקרונית להימנעות או לפחות לצמצום המעורבות בתווך האזרחי.

31 ליבמן, ל. (2018), "אין עשן בלי אש – חוקיות השימוש המכילה בתחמושת זרחן והגבולות הראויים לביקורת שיפוטית על אופן ניהול לחימה" משפטים על אתר יא 57.

קשיים הנובעים ממגבלות המערכת האזרחית

אין להתעלם מהחשש שלפיו שימוש בצה"ל למטרות של סיוע במאבק בקורונה יביא לתקדים שיגרום לשימוש בצבא גם על מנת לפתור בעיות אזרחיות אחרות, כמו מול המגזר הערבי, או החרדי. נחוצה הקפדה יתרה ומדויקת על התוויות הגבולות לפעולות הצבא על מנת שקברניטי המדינה לא יפנו אל הפתרון "הקל" כביכול של שימוש בצבא בכל מקרה שבו יתקלו בקושי ניהולי מערכתי או של אכיפת החוק על מגזר מסוים.

פניה למגנונים צבאיים עלולה להביא לטענה שממילא בעת חירום צה"ל ייקרא לספק גיבוי למערכת האזרחית. התוצאה של דרך מחשבה זו עלולה להיות הזנחה קבועה ומתמשכת של מערכות אזרחיות להתמודדות עם קשיים חריגים או בלתי צפויים כמו מצבי חירום שונים, והפקדת עיקר ההתמודדות בידי המערכת הצבאית. נטייה כזו יכולה גם להסתמך על האמון הרב והציב של הציבור האזרחי בצה"ל וביכולותיו.

סיכום

משבר הקורונה חשף כי ההסדרה של מעורבות צה"ל במשברים אזרחיים לוקה בחסר. אין הסדרה חוקתית ברורה של המקרים בהם ניתן לערב את צה"ל בפעילות במשבר אזרחי. מעורבות צבאית במשברים אזרחיים קיימת גם במדינות דמוקרטיות אחרות, אך שם המצב שונה, בעיקר משום שהמעורבות הצבאית בתווך האזרחי מוגבלת בגלל נקודת המוצא המגבילה מלכתחילה מעורבות כזו. בישראל, נקודת המוצא כמעט הפוכה. מעורבות צבאית במשברים אזרחיים בעייתית הן נוכח הקשיים הנובעים ממאפייני המערכת הצבאית, הן בשל הקשיים הנובעים מהיעדר פיקוח מספיק של הדרג האזרחי על הדרג הצבאית והן בגלל קשיים העלולים לצמוח מהסתמכות יתר על צה"ל, העלולים להביא להזנחת המגנונים האזרחים שנועדו לטפל במשברים.

קיימים מקרים קיצוניים שבהם על אף הקשיים האמורים אין למדינה ברירה אלא להסתמך על המערכות וכוח האדם המצוי בידי הצבא. כך נדמה שקרה גם בעניין הקורונה, כאשר המערכות האזרחיות הרגילות לא היו מסוגלות להתמודד לבדן עם המשבר.

במקרים אלו, חשוב מאוד להקפיד כי הפעילות הצבאית תעשה בכפיפות מובהקת

למנגנונים אזרחיים שינהלו את האירוע ואת הפעילות הפרטנית בשטח. חשוב גם כי יתקיים פיקוח צמוד ומתמיד על הפעילות הצבאית על ידי הדרג האזרחי, לרבות הכנסת והועדות היעודיות. ובכל מקרה, יש לטפח את מנגנוני הטיפול האזרחיים, אשר יוכלו להבטיח התמודדות עם משברים אזרחיים בלא צורך בסיוע צבאי.