

משפטנים בלחימה - מי צריך אותם בכלל?

זיו בורר

בשנים האחרונות הולכת וגוברת המעורבות של משפטנים בסוגיות הנוגעות ללחימה. מעורבות זאת מתבטאת הן בגידול במידת ההיעזרות ביעוץ משפטי בזמן אמת והן בגידול בהיקף פעילות האכיפה בדיעבד (קיום חקירות והעמדות לדין). באופן טבעי, תהליך זה אינו מתקבל בברכה על ידי הכל. מאמר זה נועד להשיב לחלק מתגובות הנגד לתהליך הגברת המעורבות של משפטנים בסוגיות הנוגעות ללחימה.

“תנו לצה”ל לנצח”

בשיח הציבורי בישראל מושמעת כיום, פעמים רבות, האמירה כי המעורבות הגוברת של משפטנים מונעת מצה”ל לנצח. מאמירה זו עולה במרומז הטענה, כי אם המשפטנים היו מעורבים בעבר במידה שהם מעורבים כיום, לא היינו מנצחים במלחמות בהן ניצחנו.¹ מבלי להתכחש לעובדה שמעורבות המשפטנים והמשפט בסוגיות הנוגעות ללחימה הולכת וגוברת, הרי שגם בעבר המעורבות המשפטית הייתה גדולה משנהוג לסבור, וזאת אף בהקשר שנחשב לפוגעני ביותר בעבור הלוחמים – העמדה לדין פלילי. עובדה זאת תומחש באמצעות בחינה של היקף ההעמדה לדין במהלך המלחמה הקשה ביותר שחוותה ישראל עד כה – מלחמת העצמאות.²

עוד לפני קום המדינה, ב־10 בפברואר 1948, כתב דוד בן־גוריון ליעקב ריפתין, שהיה חבר ב”ועד הביטחון”, את הדברים הבאים:³

”הגיעו אלי תלונות והאשמות קשות על היפרעות והפקרות בקרב כמה מאנשי הארגון והפלמ”ח: שוד ערבים, רצח פולנים⁴ וערבים בלי סיבה או בלי סיבה מספקת, ובכל אופן בלי משפט, מעשים לא הגונים גם ביחס ליהודים, מקרי גניבות, מעילה בכסף, עינויים של ערבים בשעת חקירה וכדומה. מעשים אלה, אם הם נכונים, מהווים סכנה פוליטית ומוסרית לארגון ולישוב ויש לאחוז באמצעים חריפים ביותר למען

זיו בורר הוא דוקטור למשפטים, חבר סגל בכקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן.

עקירתם מן השורש. יש קודם כל להעמיד את הדברים על אמיתותם ולהביא את האחראים לדין.⁵

- בעקבות מכתב זה פתח ריפתין בבדיקה שבסופה הגיש לבן-גוריון דו"ח, שבחלקו האחרון הציג מספר שאלות והשיב עליהן:⁵
1. איך למנוע התפשטות ההתפרעות? איך להתגבר עליה?
 - א. על ידי הגברת הפעולה החינוכית-ההסברתית בארגון.
 - ב. על ידי פרוצדורה משפטית בהירה ויעילה.
 2. במה מותנית בהירות ויעילות הפרוצדורה המשפטית?
 - א. במסירת וקבלת אינפורמציה מדויקת של פשע.
 - ב. מאפשרות בירור מהיר וכל צדדי של התלונה.
 - ג. בקיום מען אשר יטפל מיד בתלונה, ובהבאתה לדין באם יהיה צורך בכך.
 - ד. בקיום תקין של משפט.

דו"ח ריפתין היה מהגורמים המרכזיים שהשפיעו על הקמת הפרקליטות הצבאית (א) בשמה המקורי: "השירות המשפטי"), שהייתה פעילה מאד בזמן מלחמת העצמאות. גודלו של הכוח הצבאי הישראלי במלחמת העצמאות היה כ-70,000 איש, ועל פי דו"ח שמסר שר המשפטים פנחס רוזן לכנסת, ניתנו בתקופה שבין 1 ביולי 1948 ל-15 ביוני 1949 2,424 פסקי דין על ידי בתי הדין הצבאיים, מתוכם 79 נגד קצינים.⁶ כמו כן, לפי דו"ח המסכם את עבודתה של הפרקליטות הצבאית לשנת 1948, התנהלו בממוצע 400 משפטים כל חודש בבתי הדין הצבאיים.⁷ אם משערים שלא כל חקירה שנפתחה באותה תקופה הסתיימה בהעמדה לדין, מגיעים לסטטיסטיקות אף יותר מרשימות בנוגע להיקף השימוש באמצעי חקירה פליליים במהלך מלחמת העצמאות. נכון הדבר שחלק נכבד מההליכים המשפטיים האמורים לא עסקו בהפרות של דיני הלחימה; יתר על כן, מרבית פסקי הדין שעסקו בפשעי מלחמה (מלבד אלה שעסקו בעבירות ביזה) מצונזרים עד היום, ולכן אי אפשר לדעת במדויק מה היה היקף ההעמדה לדין. יחד עם זאת, קיימים סימנים שונים לכך שלא היה מדובר בתופעה שולית⁸ – ובכל זאת צה"ל ניצח!

במילים אחרות, תמיד היה צורך במעורבות משפטית נרחבת יחסית (לרבות העמדה לדין) כדי למנוע פשעי מלחמה ולהעניש עליהם, בהיותם, כדברי דוד בן-גוריון, "מהווים סכנה פוליטית ומוסרית" לישראל. יתר על כן, מבלי להתכחש להתגברות המעורבות המשפטית בתחום הלחימה בשנים האחרונות, גם בעבר מעורבות זו הייתה רבה יותר משנהוג לסבור; הערכת החסר של היקף הפעילות בתקופות עבר נובעת, בין השאר, מכך שתוצרים רבים שלה צונזרו ובעקבות כך נשכחו.

”בסוף כל חייל יצטרך עורך דין צמוד”

האמירה, על פיה הגברת ה”משפטיזציה” תביא לכך שכל חייל יצטרך עורך דין צמוד הינה אמירה שגורה בפי אלה המתנגדים למעורבות המשפטית הגוברת בסוגיות הנוגעות ללחימה.⁹ הטענה המשתמעת כאן דומה באופייה לזו העומדת מאחורי האמירה ”תנו לצה”ל לנצח”, ולפיה המעורבות המשפטית הגוברת תפגע ביעילות הלחימה על ידי יצירת אפקט מצנן (יצירת פחד מצד חיילים ומפקדים לפעול וליזום) ונטייה ל”הקטנת ראש” (פחד לפעול וליזום בכלל, או למצער, ללא קבלת ייעוץ משפטי מראש, דבר שמשמעותו אובדן מנהיגות ופגיעה ביעילות ומהירות התגובה הצבאית).¹⁰ לטענה זו מספר מענים, וגם כאן, המענה הראשון הוא היסטורי. אלה העושים שימוש באמירה זו מניחים שכיום חיילים ומפקדים עדיין לא נדרשים לעורך דין צמוד, ורק האיום ההולך וגובר בהעמדה לדין (בין אם מצד הגורמים המשפטיים בתוך המדינה ובין אם מצד גורמים בקהילה הבינלאומית) הוא זה שעלול להוביל לכך. העוקץ של אמירה זו יתעמעם במידה רבה, אם ניווכח שהיא שבה ונטענת מזה שנים רבות; ואכן, כך הוא המצב לאשורו.

המקור המוקדם ביותר שאותר (על ידי כותב שורות אלה) לאמירה זו הינו משנת 1837. אז היא נאמרה על ידי הקצין הבריטי C. J. Napier בספרו הערות על הדין הצבאי ועל עונש המלקות.¹¹ Napier סבר שבמהלך פעילות מבצעית (לחימה ופיזור הפגנות) חלה על החייל חובת ציות מוחלטת לפקודות מפקדיו (משמע, עליו לציית אפילו לפקודות בלתי חוקיות מכל סוג שהוא), וטען שקבלת עמדה משפטית, על פיה קיימות פקודות בלתי חוקיות שחייל צריך לסרב לבצען, אינה ראויה, שכן:¹²

“If this is true, such a principle dissolves the army at once; [...] in such law there is neither sense nor justice [...] If such is the law, the army must become a deliberative body, and ought to be composed of attorneys, and the Lord Chancellor should be made the commander in chief.”

מיותר לציין כי עמדתו של Napier נדחתה זה מכבר, ולמרות שחלפו עשרות שנים מאז, הצבא הבריטי לא קרס.¹³

ככל הידוע לכותב שורות אלה, טענה זו נשמעה לראשונה בישראל במהלך משפט כפר קאסם.¹⁴ העובדה שלאמירה כי כל חייל יזדקק לעורך דין יש היסטוריה כה ארוכה, כמו גם העובדה שהיא נאמרה בעבר בהקשרם של מעשים ועמדות שנתפסים כיום כפסולים מיסודם (ציות לפקודות המורות על ביצוע מעשי זוועה), מעידות כי החשש לפיו קרב היום בו כל חייל יצטרך עורך דין צמוד אינו מוצדק וכי ההתרעה על כך הינה במידה רבה איום סרק.

קיימת אמת חלקית בחשש שהמעורבות הגוברת של המשפט עשויה ליצור אפקט מצנן, אלא שאפקט כזה הינו בעיה כרונית הקיימת בכל מקרה בו נעשה שימוש בדין פלילי ובאכיפתו. כל חוק, מעצם היותו מבוסס על שפה, נדון לסבול (במידה זו או אחרת) מבעיה של כוללנות יתר וכוללנות חסר.¹⁵ משמע, לעיתים הוא יאסור פעולה במצב בו רובנו נסכים שעדיף שהפעולה תבוצע, ולעיתים הוא יתיר ביצוע פעולה במצב בו רובנו נסכים שעדיף שהפעולה לא תבוצע. יתר על כן, נאיבי לחשוב שניתן לנסח כללים משפטיים שיהיו ברורים באופן מוחלט, כפי שנאיבי לחשוב שהדין יכול לחזות מראש כל מצב אפשרי שיקרה בשטח.¹⁶ באותה מידה נאיבי לחשוב שאנשים (בייחוד אלה שאינם משפטנים) ידעו כל סעיף וסעיף בחוק.¹⁷ כתוצאה מכך, אנשים נמנעים לעיתים מביצוע מעשים שהינם חוקיים לחלוטין, מחשש שיועמדו לדין,¹⁸ ולעיתים קורה הדבר ההפוך והם מפירים את החוק מבלי להיות מודעים לכך שקיים איסור פלילי.¹⁹ בעיות אלו מובילות מערכות משפט לשאוף לנסח את חוקיהן באופן ברור ככל שניתן,²⁰ אך הן מעולם לא הובילו מערכות אלו לויתור על השימוש בכלי של המשפט הפלילי,²¹ וזאת משום שהמחיר לכך גבוה מדי. פעמים רבות, באין נורמה משפטית המלווה באיום בהעמדה לדין, גם אנשים טובים, חכמים ומוסריים עשויים להתפתות ולהפר אפילו נורמות בסיסיות של מותר ואסור; ומחקרים פסיכולוגיים אף מעידים שהפיתוי לכך גדול במיוחד בעיתות לחימה, כפי שמציינים Muñoz-Rojas ו-Frésard:²²

“[...] the perception that there are legal norms is more effective than the acknowledgement of moral requirements in keeping combatants out of the spiral of violence [...] While attempts at justification [...] can enable combatants to switch off guilt feelings in the face of inhuman acts and to stretch moral values by legitimizing such acts, they cannot confer legality on such behaviour. The norm draws an easily identifiable red line, whereas values represent a broader spectrum which is less focused and more relative.”

ההכרה שהשאיפה לניסוח חקיקה "מושלמת" לעולם לא תצלח²³ מובילה חברות אנושיות בעידן המודרני לעודד דווקא רכישת ידע משפטי והיעזרות ביועצים משפטיים. עידוד זה נעשה מתוך רצון להקטין את חוסר הוודאות שהמשפט עלול ליצור.²⁴ הדבר נעשה גם מתוך ההכרה שפעמים רבות, גם אנשים טובים, חכמים ומוסריים יתפתו להפר את החוק בהיעדר יועץ משפטי שיזכיר להם כי יש חובה לקיים את הדין.²⁵ בנוגע ל"הקטנת ראש", יש להבחין בין שני סוגים של חששות: הראשון הוא "הקטנת ראש" עקב פחד מפני העמדה לדין; השני הוא "הקטנת ראש" כתוצאה ממעורבות יתר של משפטנים לאורך תהליך קבלת ההחלטות. שני סוגי החשש מוגזמים: דווקא העמקת

החינוך המשפטי והגברת המעורבות של יועצים משפטיים בתהליך קבלת ההחלטות בזמן אמת מקטינות את החשש מ"הקטנת ראש" מהסוג הראשון. כך, למשל, יהודה מאיר-רוט, שהביע חשש שהרחבת השימוש באכיפה פלילית עלולה להוביל לתסמונת של "ראש קטן" בצה"ל, הסיק מכך את המסקנה הבאה:²⁶

"מאז האינתיפאדה הראשונה נלחם צה"ל בעיקר בקרב אוכלוסייה אזרחית צפופה, שבה האויב והאזרח הבלתי מעורב סמוכים מאד זה לזה. אלה הם מצבים שמועדים להסתבכות. יש צורך להכשיר את הלוחמים להתמודדות בשדה הקרב הזה. ההכשרה צריכה לכלול, בין היתר, לימוד של החוק הבינלאומי ושל החוק הפלילי וניתוח תקדימים משפטיים רלוונטיים. יש לצרף באופן קבוע פרקליט צבאי לכל מטה של חטיבה ושל אוגדה. נוכחותו במטות האלה חיונית במציאות שבה הרבה מהפעולות הצבאיות עלולות לגרום להסתבכות של נותני הפקודות ושל מבצעייהן, הן על פי החוק הפלילי והן על פי החוק הבינלאומי. במילים אחרות: יש להקדים תרופה למכה. תהיה זו טעות להכניס לתמונה פרקליט צבאי רק לאחר קרות אירוע. יש לאפשר למפקדים להתייעץ בזמן אמת עם פרקליט המשרת במטה החטיבה או במטה האוגדה."

אשר לחשש מפני "הקטנת ראש" מצד מפקדים עקב מעורבותם של יועצים משפטיים בזמן אמת, חשש זה נסמך על חוסר הבנה את אופיו של הייעוץ המשפטי ואף את אופיו של הליך קבלת ההחלטות בצבא. אחת מקפיצות הדרך בתהליך התפתחותם של צבאות מודרניים הייתה הקמת המטה לצד המפקד. הקמת המטה נבעה מההבנה שהמפקד אינו יכול להיות מומחה בכל אחד ואחד מתחומי הפעילות שהפעלתם נדרשת לשם הגשמת המשימה הצבאית. תפקידו של המפקד חייב להיות הנהגה והתוויית הדרך על סמך המידע שמסופק לו על ידי המומחים השונים החברים במטהו. קיומו של מטה אינו פוגע במעמדו המנהיגותי של המפקד; להיפך, הוא מספק למפקד מידע וכלים המאפשרים לו לקבל החלטות מנהיגותיות.²⁷

ניתן אמנם לטעון שאופי היחסים בין היועץ המשפטי לבין המפקד שונה מאופי היחסים בין המפקד לבין, נניח, קצין הארטילריה. זאת, משום שרק הראשון יכול להגיד למפקד שאסור לו לבצע פעולה מסוימת ושם הוא יבצע אותה הוא יועמד לדין. יחד עם זאת, השוני האמור אינו כה גדול, כפי שניתן היה לסבור במבט ראשון: ראשית, גם קצין הארטילריה יאמר למפקד, לעיתים, שלא ניתן לבצע פעולה שהמפקד מעוניין בביצועה, למשל, מכיוון שהתחמושת הנדרשת אינה בנמצא;²⁸ שנית, כפי שידוע כל אדם בעל היכרות, ולו בסיסית, עם עולם המשפט, לא בכל המקרים מציב הדין איסור מוחלט בנוגע לביצוע פעולה זו או אחרת. פעמים רבות קיים טווח משפטי אפור, בו לא ברור

אם הפעולה מותרת או אסורה מבחינה משפטית, ולכן בחירה בדרך אחת ולא בדרך שנייה רק יוצרת סיכון משפטי (בשונה מוודאות להפרת הדין). יתר על כן, במקרים רבים אחרים הדין אינו מונע או מפריע להשגת התוצאה בה מעוניין האדם (במקרה שלנו המפקד), אלא מתווה דרכים שונות בהן ניתן להשיג את התוצאה המבוקשת באופן חוקי. בשני סוגי המקרים הללו (ואלה הם רוב המקרים) אין כלל חשש שההיוועות בעורך הדין תוביל לפגיעה במעמדו של המפקד. אדרבא, היא מספקת למפקד תמונה מלאה בדבר הכלים העומדים לרשותו והסיכונים והמכשולים בפניהם הוא ניצב.²⁹

תדמית מול מציאות משפטית

"... יש מי שמהלכים עלינו אימים בעניין [מלחמת המשפט]. אולם המציאות של מדינת ישראל טובה יותר ממה שנדמה"³⁰

מאז שנות התשעים של המאה העשרים, נוצר שינוי תודעתי בזירה הבינלאומית בנוגע לצורך באכיפת דיני הלחימה, וכפועל יוצא מכך התעורר לחיים המשפט הפילי הבינלאומי, לאחר שנים של תרדמת.³¹ התעוררות זו באה לידי ביטוי בשתי דרכים מרכזיות, שיש להן השלכות על חיילי צה"ל. הדרך הראשונה היא הקמת בית הדין הפילי הבינלאומי הקבוע (ICC): אף שישראל לא חתמה על האמנה שמכוחה הוקם ה-ICC, עלול להיווצר מצב בו יועמדו גורמים ישראלים לדין בבית הדין האמור תחת תנאים מסוימים.³² הדרך השנייה מתבטאת בניסיונות הגוברים להביא להעמדתם לדין של גורמים ישראלים במדינות זרות מכוח "הסמכות האוניברסלית". על פי הדין הבינלאומי, לכל מדינה בעולם יש סמכות להעמיד לדין אנשים החשודים בפשעי מלחמה, וזאת אף כאשר אין למדינה המעמידה לדין כל קשר לאירוע בו קיים חשד שבוצע הפשע. "הסמכות האוניברסלית" האמורה נועדה למנוע מפושעי מלחמה לחמוק מאימת הדין, ומדינת ישראל תמכה בעבר רבות בשימוש בכלי משפטי זה, מתוך רצון להגביר את הסיכוי שפושעי מלחמה נאציים יבואו על עונשם.³³ מאז שנות התשעים של המאה הקודמת החלו מדינות רבות לעשות שימוש גובר ב"סמכות האוניברסלית" האמורה. כתוצאה מכך מצאו עצמם גורמים ישראלים שונים תחת איום של העמדה לדין במדינות אלו בגין חשד לביצוע פשעי מלחמה, וזאת עקב פעילותם של ארגונים פרו-פלסטטיניים שונים שהגישו תלונות נגדם באותן המדינות.³⁴

אחד ההסברים המרכזיים שנותנים גורמי משפט ישראלים לצורך בהגברת מעורבותם בתחומים הנוגעים לחימה מתייחס לשינויים האמורים שהתרחשו בזירה הבינלאומית. במסגרת זו, שופטי בית המשפט העליון מסבירים שעליהם להגביר את היקף הביקורת השיפוטית בסוגיות הנוגעות לחימה, כדי להקטין את הסיכוי שקציני צה"ל (ושרים בממשלת ישראל) ימצאו עצמם מועמדים לדין בחו"ל.³⁵ גורמי

הפרקליטות טוענים בתורם שעליהם להיות יותר מעורבים בנושא זה, הן מהסיבה עליה נסמך בית המשפט העליון והן בטענה שמעורבותם מקטינה את הסיכוי שגופי הביטחון "יפסידו בבג"ץ".³⁶

כשני עשורים חלפו מאז החלה פריחתו המחודשת של המשפט הפלילי הבינלאומי, ועד כה אף ישראלי לא מצא עצמו מועמד לדין בחו"ל. לכן, הגיעה העת לשאול את השאלה האם "כצעקתה"? האם הטעו המשפטנים את גורמי הצבא וממשלת ישראל?³⁷ האם יתכן שהגורמים הללו התירו את הגברת המעורבות של המשפטנים בתחום הלחימה על סמך פחד מוגזם ולא מבוסס?³⁸ כאן ניצבים גורמי המשפט בפני בעיה פסיכולוגית ידועה, והיא שאנשים נוטים לא לייחס חשיבות מספקת לאירועים שלא התרחשו (non-events).³⁹ לתופעה זו ישנן השלכות נפוצות גם בזירה הפוליטית; למשל, הניסיון מוכיח שפוליטיקאי שכשל במניעת מלחמה אך הנהיג את מדינתו לניצחון בה יזכה לרוב אשראי רב יותר בתודעה הציבורית מפוליטיקאי, שבסיטואציה אנלוגית הצליח למנוע מלחמה במחיר ויתורים מסוימים במישור הדיפלומטי. זאת, אף אם מחיר הניצחון במלחמה (במקרה הראשון) כבד ממחיר הפשרה הדיפלומטית (במקרה השני). אחת הסיבות לכך הינה שבעוד שבשני המקרים המחירים של השגת התוצאה הינם מוחשיים, רק במקרה הראשון התוצאה עצמה מוחשית בתודעה הציבורית. אמר על כך Melson:⁴⁰

"A catastrophe averted is likely not to be seen as a catastrophe. A predicted event that fails to materialize is a non-event, something that did not happen, and politicians who have expended wealth and lives on something that failed to happen cannot be expected to reap the rewards of their decisions. On the contrary, politicians who risk lives and wealth to avert catastrophes [...] run the risk of being vilified and punished for their efforts: To the extent that their actions succeed in averting a catastrophe, there will be no evidence of their success – only of the costs of their efforts."

לאשורם של דברים, המצב בו עד כה לא הועמד לדין אף גורם ישראלי מחוץ לישראל אינו עדות ל"היסטריה משפטית". הסיבה לכך היא, במידה רבה, הגברת המעורבות של המשפטנים הישראליים בתחומים הנוגעים ללחימה. דוגמה מובהקת להצלחתה של פעילות משפטית זו ניתן לראות בהקשרן של התביעות שהוגשו בספרד, מכוח הסמכות האוניברסלית, כנגד בכירים ישראליים בנוגע לפרשת הסיכול הממוקד של ראש הזרוע הצבאית של חמאס סלאח שחאדה. באותו מקרה הסתיימו ההליכים בכך שבתי המשפט הספרדיים קבעו, שמכיוון שמערכת המשפט הישראלית טיפלה באופן אמין בפרשה האמורה, הרי שמערכת המשפט הספרדית אינה צריכה להתערב.⁴¹

סיכום

בעשורים האחרונים הולכת וגוברת מעורבותם של גורמים משפטיים בסוגיות הנוגעות לחימה. מאמר זה מהווה ניסיון להשיב בקצרה לחלק מהטענות שמועלות נגד התהליך האמור וכן להראות, כי הטענה על פיה מדינת ישראל הייתה מפסידה בעבר במלחמותיה לו המשפטנים היו מעורבים אז במידה שהם מעורבים כיום, הינה שגויה, שכן בפועל, משפטנים היו מעורבים במידה רבה גם בעבר בעיתות לחימה, והדבר לא פגע ביכולתה של ישראל לנצח. באופן דומה, ניתן לקבוע כי אין חשש שיגיע מצב שבו כל חייל יזדקק לעורך דין, כאשר העובדה שנעשה שימוש בטקטיקת ההפחדה האמורה מזה שנים רבות, מהווה כשלעצמה עדות לכך שמדובר בטענת סרק. לבסוף, המאמר מצביע על כך שהצורך בהיעזרות במשפטנים הוא אמיתי: הוא מסייע למפקדים בהליך קבלת ההחלטות, מונע התפתות להפר את החוק ומצליח, לפחות עד כה, להגן על חיילי ישראל (ושרי ממשלתה) מפני העמדה לדין פלילי בניכר.

הערות

- 1 ראו, לדוגמה, ישראל הראל "משפטנים נגד לוחמים" **הארץ** 29 באוקטובר 2010, <http://www.aaetz.co.il/misc/2.444/1.1227418>.
- 2 הנתונים המובאים כאן הם חלק ממחקר נרחב יותר הנמצא בשלבים ראשונים: Ziv Bohrer, *The Normative Implications of the Forgotten War Crimes Trials of 1948* (forthcoming).
- 3 צבי ענבר "הפרקליטות הצבאית – היבטים היסטוריים" **משפט וצבא** (15) 7, 11 (התשס"א).
- 4 ככל הנראה הכוונה למקרה בו נרצח סוחר נשק פולני.
- 5 ענבר, לעיל ה"ש 3, 13.
- 6 צבי ענבר **מאזניים וחרב** א 130 (התשס"ה).
- 7 שם, עמ' 243.
- 8 במחקרי המצוין בהערה 2, בכוונתי לדון בסימנים אלה. דוגמאות למקרים (שנחשפו בשנים האחרונות), בהם הועמדו לדין חיילים בגין ביצוע פשעי מלחמה במהלך מלחמת העצמאות, ראו: בני מוריס **1948: תולדות המלחמה הערבית-הישראלית הראשונה** 189 (2010) (העמדה לדין בגין אונס); ענבר **מאזניים וחרב** ב 662 (התשס"ה), (העמדה לדין בגין פגיעה של שבוי. ראו גם המקרה המורכב של סגן-ראשון להיס הנדון שם, עמ' 659-661. בנוגע לפשע הביזה, די ברפרוף בלבד בספרו של ענבר כדי לראות עד כמה העמדה לדין בגין פשע זה הייתה נרחבת); כן ראו: ע/50/147 **סמל ח' וסג"ם ר' נ' התצ"ר** (1951), בתוך: זיו בורר, **הגנת הציודק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקיות בעליל במשפט הישראלי** (עתיד להתפרסם ב-2014. מדובר בפסק דין שעסק במקרה של אונס ורצח שאירע מספר חודשים לאחר תום מלחמת העצמאות ונאסר לפרסום עד 2005). בפסק דין נוסף, שעסק באותה פרשה, נשפטו גם החיילים שנכחו במשלט אך לא היו שותפים למעשי האונס והרצח. חיילים אלה הועמדו לדין בגין כך שלא מנעו את המעשים האמורים, וזאת למרות שמפקדם היה שותף לביצועם: ע/50/49 **רב"ט ב' ו-17 אח' נ' התובע הצבאי הראשי** (נאסר לפרסום עד 2005).
- 9 לדוגמה, יהושע בריינר "בעקבות תחקיר הרג פלסטיני בקוסרה: קצין צה"ל הודח" **וואלה! חדשות** 24 באוקטובר 2011 (ציטוט עמדת ועד מתיישבי השומרון). ראו גם: עקיבא ביגמן "מעכבי לחימה" **News1** 11 בדצמבר 2011.
- 10 **ועדת החקירה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006** (ועדת וינוגרד), דו"ח סופי

- (יוני 2008) 488 ("אנו חוששים כי ההישענות המוגברת על ייעוץ משפטי במהלך פעולה צבאית עלולה לגרום להסטת האחריות מנבחרים וממפקדים אל יועצים, העלולה לשבש הן את הטיב המהותי של ההחלטות והן את הפעילות המבצעית."); יהודה מאיר-רוט "תופעת 'הראש הקטן' בצה"ל" **מערכות** 62 (441) (פברואר 2012).
- 11 MAJOR-GENERAL C. J. NAPIER, REMARKS ON MILITARY LAW AND THE PUNISHMENT OF FLOGGING, LONDON (1837).
שם, עמ' 22-23.
- 12 בנוגע לציות לפקודות במהלך פיזור הפגנות, אמירתו של Napier (שם) הייתה ככל הנראה שגויה עוד בתקופתה. בנוגע לציות לפקודות בלתי חוקיות הניתנות במהלך לחימה, אין כל ספק שלכל הפחות מאז מלחמת העולם השנייה נדחתה בבריטניה (כמו גם ברוב מדינות העולם) העמדה על פיה חיילים חייבים בציות "עיוור", וזאת אף לא בעת לחימה. ראו: Ziv Bohrer, *England and the Superior Orders Defence - Choosing the Middle Path*, 12 OXFORD UNIVERSITY COMMONWEALTH LAW JOURNAL 273 (2012-2013).
- 13 רוביק רוזנטל **מי הרג את פאטמה סרסור: הרקע, המניעים והשתלשלות האירועים בפרשת כפר קאסם, כפר קאסם: אירועים ומיתוס** 11, 45 (2000) (ציטוט כתבה מ"מעריב" מתאריך 27 בפברואר 1959, בה אמר קצין צה"ל שהגיע לבית הדין הצבאי לשמוע את הכרעת הדין בעניינו של אל"ם שדמי, כך: "באתי לשמוע אם במקרה של מלחמה בעתיד, יצטרכו המפקדים ללכת לקרב, כשלכל אחד מהם צמוד עורך דין").
- 14 FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES*, 15-37, 100-102 (1992)
- 15 Seaford Court Estates Ltd v. Asher [1949] 2 K.B. 481, 498-499 ("Whenever a statute comes up for consideration it must be remembered that it is not within human powers to foresee the manifold sets of facts which may arise, and, even if it were, it is not possible to provide for them in terms free from all ambiguity")
- 16 נורמות מסוימות של דיני הלחימה סובלות במיוחד מבעיות של היעדר פרשנות מוסכמת. יחד עם זאת, אין משמעות הדבר שנורמות אלו מסוגלות לסבול כל פירוש;
- Arthur D. Watts, *International Law and International Relations: United Kingdom Practice* 2 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 157, 164 (1991).
- כמו כן חשוב לציין כי קיים תהליך הדרגתי של התבהרות של דיני הלחימה (או לכל הפחות של חלק מהם). ראו:
- Antonio Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Preliminary Reflections* 10 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 144, 156 (1999).
- 17 Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication* 154 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 335, 361 (2005-2006).
- LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *THE RULE OF RULES* 31-32 (2001).
- 18 Heidi Hurd, *Justifiably Punishing the Justified* 90 MICHIGAN LAW REVIEW 2203, 2238-39 (1992).
- 19 בהקשר המדינתי, לעיתים אף יבוטל סעיף בחוק על ידי בתי המשפט, כאשר הוא סובל באופן חמור במיוחד מבעיות של עמימות או כוללנות יתר. ראו דיון בכך בבג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף **פיקוד העורף**, (12 בינואר 2006) (פס' 20 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה).
- 20 דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (פס' 30 לפס"ד של הנשיא ברק: "רמת [ה]ודאות [...] צריכה להיות גבוהה בתחום הפלילי, עם זאת אין לדרוש ודאות מוחלטת; יש לדרוש את מידת הודאות המרבית שניתן להשיג בהתחשב בסוג העניין המוסדר [...]". אין לצפות לוודאות גמורה").
- 21 DANIEL MUÑOZ-ROJAS & JEAN-JACQUES FRÉSARD, *THE ROOTS OF BEHAVIOR IN WAR: UNDERSTANDING AND PREVENTING IHL VIOLATIONS* 15 (2004).

- Frederick Schauer, *Rules and the Rule of Law* 14 HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 23
645, 662-65 (1991).
- Re'em Segev, *Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It*
24 *Might Be a Justification!* 25 LAW & PHILOSOPHY 31, 56-61, 67-74 (2006).
מערכות המשפט לעשות אף יותר בכיוון האמור.
- David Luban, *That the Laws Be Faithfully Executed: The Perils of the Government Legal*
25 *Advisor* 38 OHIO NORTHERN UNIVERSITY LAW REVIEW 1043, 1044-45 (2011-2012).
מאיר-רוט, ה"ש 10 לעיל, 69.
- ENCYCLOPEDIA BRITANNICA (11th edn., 1911), <http://www.1911encyclopedia.org/Staff>
27 Department of the Army, *Staff*: לתפקידו של המטה ראו: *organization and Operations* 1-1 (1997, FM 101-5)
"מי צריך רמ"ט?" **מערכות** (435) 68, 68-70 (פברואר 2011).
- הדוגמה המובאת היא כמובן פשטנית. בפועל, בצבא מודרני היקף שיקול הדעת והאחריות של
28 קציני המטה הינו הרבה יותר גדול ממה שעלול להשתמע מהדוגמה. ראו: MORRIS JANOWITZ, *THE*
PROFESSIONAL SOLDIER 67 (1960). עובדה זו רק מקטינה את מידת השוני הקיים במציאות בין
המאפיינים של מערכת היחסים שבין המפקד לקצין הארטילריה שבמטהו ובין מאפייני מערכת
היחסים שבין המפקד ליועץ המשפטי.
- Luban, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 1044-1045.
29 יצוין שהחובות האתיות והחוקיות המוטלות על יועץ משפטי של מדינה הינן רחבות יותר מאלו
המוטלות על עורך דין המייעץ ללקוח פרטי. ראו בעניין זה: Watts, לעיל ה"ש 16, 164; אורי שהם
"הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה: בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" **משפט וצבא** 16(2)
203, 341, 361, 407-08 (התשס"ב).
- ג'ורא איילנד "יסודות המענה של מדינת ישראל" **צבא ואסטרטגיה** 12(1) 57, 62 (יוני 2010).
30 Antonio Cassese, *On the Current Trends toward Criminal Prosecution and Punishment of*
31 *Breaches of International Humanitarian Law* 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 2
(1998).
- יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים: השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת
32 ישראל", **המשפט** ט 51 (התשס"ד).
OTP Update on the Situation in Palestine, April 3, 2012, [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/
C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf);
John V. Whitbeck, *Palestine and the ICC*, THE PALESTINE CHRONICLE, April 6th, 2013,
http://palestinechronicle.com/palestine-and-the-icc/#.UX9nJl_fodU.
- ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" **המשפט**
33 ט 141, 144-45 (התשס"ד).
- לסקירה של חלק מהמקרים הללו ראו:
34 Diane Morrison & Justus Reid Weiner, *Curbing the Manipulation of Universal Jurisdiction*,
JERUSALEM CENTER FOR PUBLIC AFFAIRS (2010), <http://jcpa.org/text/universal-jurisdiction.pdf>.
- נעמי לוויצקי **העליונים: בתוך בית המשפט העליון** 176 (2006); עמיחי כהן "השפעתו של המשפט
35 הבין-לאומי על ישראל בעידן השיפוט הגלובלי" **פרלמנט** (65) (יוני, 2010). עותק מהמאמר מובא
באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה - <http://www.idi.org.il>.
- אליקים רובינשטיין "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור" **משפט וצבא** 16(4) 765-776,
36 78 (התשס"ג).
- אבי בקר "הדה-לגיטימציה של ישראל-דת חילונית חדשה" **כיוונים חדשים** (24) 35, 41 (יוני
37

- 2011); ראו גם דיון כללי יותר אצל: גד ברזילי "השפה הדו ערכית של עורכי דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" **המשפט** טו(1) 193, 212 (התש"ע).
- 38 כהן, ה"ש 35 לעיל; איילנד, ה"ש 30 לעיל, 62; אמיר אורן "דו"ח גולדסטון על מבצע עופרת יצוקה: הפחד הוא היועץ המשפטי הטוב ביותר" **הארץ** 16 בספטמבר 2009, <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1280927>.
- 39 JAMES PARKIN, JUDGING PLANS AND PROJECTS: ANALYSIS AND PUBLIC PARTICIPATION IN THE EVALUATION PROCESS 42 (1993).
- 40 Robert Melson, *Churchill in Munich: The Paradox of Genocide Prevention* 3 GENOCIDE STUDIES & PREVENTION 297, 298 (December 2008). לאהדה ציבורית גדולה יותר לפוליטיקאי שכשל במניעת מלחמה, מאשר לזה שמנע את המלחמה, ראו: Daniel Kahneman & Jonathan Renshon, *Why Hawks Win* 158 FOREIGN POLICY 34 (2007).
- 41 ראו דיון בפרשה זו ב:
- Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Update on Universal Jurisdiction: Spanish Supreme Court Affirms Decision to Close Inquiry into Targeted Killing of Salah Shehadeh*, 17 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (April 2010), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-17/update-on-universal-jurisdiction-spanish-supreme-court-affirms-decision-to-close-inquiry-into-targeted-killing-of-salah-shehadeh/>; Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Update on Universal Jurisdiction: Spanish Court of Appeals Decides to Close the Inquiry into the Targeted Killing of Salah Shehadeh*, 8 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (July 17 2009), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-8/update-on-universal-jurisdiction-spanish-court-of-appeals-decides-to-close-the-inquiry-into-the-targeted-killing-of-salah-shehadeh/>.
- לדיון במקרה נוסף בו הניסיון להביא להעמדתם לדין של ישראלים בחו"ל כשל, ראו:
- Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Universal Jurisdiction: Dutch Court Dismisses Appeal Petition on Torture Allegations against Ami Ayalon*, 11 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (November 2009), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-11/universal-jurisdiction-dutch-court-dismisses-appeal-petition-on-torture-allegations-against-ami-ayalon/>.