

המחלקה לתפקידים מיוחדים בין-לאומיים בפרקליטות המדינה הוקמה בשנת 2010, במסגרת החלטת ועדת השרים לענייני בטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטחוני) מספר ב' 17 מיום 20.10.2009. בעקבות שינוי ארגוני שנערך, היחידות המרכיבות את המחלקה הנ"ל הועברו תחת משרדו של המשנה ליועמ"ש (משפט בין-לאומי), כחלק מהמחלקה למשפט בין-לאומי ביעוץ וחקיקה. תחום ה"לוחמה המשפטית", אשר אומנם קיבל מענה גם בעבר, עמד במרכז פעילות המחלקה עם הקמתה בשנת 2010, מתוך רצון ליתן מענה סדור ויעיל לסוגיות השונות המתעוררות בתחום זה. מטרתו של נייר זה להצביע, בתום כעשר שנות פעילות של המחלקה בתחום ה"לוחמה המשפטית" על התובנות העיקריות להתמודדות עם האתגרים המורכבים בתחום זה בזירה המשפטית הבין-לאומית.

להלן תוצג סקירה קצרה של שתי-עשרה תובנות עיקריות, שניתן להצביע עליהן מניסיונו בתחום זה בעשור האחרון.

תובנה מס' 1 - החשיבות בקיומה של מחלקה ייעודית לריכוז תחום "הלוחמה המשפטית" הפועלת יחדיו עם צוותים בין משרדיים רלבנטיים

Commented [VS1]: פרק של מרלין וורד

א. הקמת מחלקה ייעודית

1. המושג "לוחמה משפטית" התפתח בסוף המאה הקודמת והשימוש בו המשיך להתפתח במיוחד בשני העשורים האחרונים ואף התעצם במהלך העשור האחרון.¹ אם בתחילת הדרך אמצעי זה נתפס בראייה מצומצמת יותר, הרי שהיום כבר ניתן להצביע על תופעה רחבת היקף, העולה כדי אסטרטגיה של ממש, העושה שימוש בעולם המשפט כחלק מהמערכה המנוהלת בעולם הלחימה וכחלק מקידום אג'נדה במישור המדיני והפוליטי. התפיסה הנוכחית של מושג "הלוחמה המשפטית" מצביעה על לפחות שני שימושים עיקריים הכרוכים במושג זה: ההגנתי – במסגרתו המדינה מספקת מענה הגנתי לשימוש שנעשה כלפיה באמצעות כלי זה; וההתקפי – לפיו המדינה יכולה אף היא לערוך שימוש יזום בכלי של "לוחמה משפטית" לקידום צרכיה הצבאיים.²

2. אכן, אנו עדים בשני העשורים האחרונים לניצול של תחומי המשפט הקלאסיים, לטובת קידום אג'נדה פוליטית. טקטיקה זו ננקטה פעמים רבות כלפי מדינת ישראל, כחלק מהנסיון לפעול כנגד המדינה ובכיריה במישור הבין-לאומי. כך למשל, ניתן להצביע על מגמה גוברת של ניסיונות לנקוט בהליכים משפטיים בחו"ל, פליליים ואזרחיים נגדה ונגד בכירים הפועלים מטעמה. מגמה זו, שהחלה בשנת 2001 עם תלונה שהוגשה בבלגיה כנגד ראש הממשלה ושר הביטחון לשעבר אריאל שרון ז"ל, הלכה והתגברה עם השנים, והיא מהווה חלק מאסטרטגיה פעולה של גורמים רבים, לרבות הרשות הפלסטינית, החמאס וארגונים פרו-פלסטינים, אשר מנסים, בין היתר, לקדם את האג'נדה הפוליטית שלהם, ולגרום לדה-לגיטימציה של מדינת ישראל והפועלים מטעמה. אותם גורמים עורכים, הלכה למעשה, שימוש אסטרטגי בכלים משפטיים לגיטימיים תוך ניצולם הציני לצורך קידום אג'נדה פוליטית, ו"צביעת" השיח הפוליטי במונחים משפטיים שליליים (כדוגמת טענה להפרות מצד מדינת ישראל ובכיריה של המשפט הבין-לאומי). בד בבד, מדינת ישראל מוצאת עצמה, לצד הצורך להדוף ולהתגונן בפני נסיונות

¹ אביחי מנדלבליט וגיל לימון, "במשפט תעשה לך מלחמה" – ועדת השופט יעקב טירקל לבדיקת אירוע המשט ו"לוחמת המשפט", ספר טירקל - פרקי הגות, עיון ומשפט 267, 271 (א' ברק, ק' כרמית יפת, א' רובינשטיין עורכים, 2020). (להלן: **מנדלבליט ולימון**).

² מנדלבליט ולימון, בעמ' 272-273. המחברים מייחסים את שני השימושים העיקריים של הלוחמה המשפטית – זה ההגנתי וזה ההתקפי – כבאים לידי ביטוי בשלושה מישורים עיקריים: המישור הטקטי – כגון ביחס להתמודדות אל מול ארגון לא מדינתי המשתמש בסביבה אזרחית; המישור האסטרטגי – למשל בהתמודדות עם ארגונים, מוסדות בין-לאומיים, רשויות תביעה וערכאות שיפוטיות; המישור של "המאבק על המשפט הנוהג" – ביחס לדיון בנוגע לכללים המסדירים את הנוגע ליכולת החוקית של מדינות להתמודד עם נסיונות של גופים לגיטימיים כמו עמותות וארגונים אחרים שאינם מדינתיים, לאמץ פרשנות מצמצמת לכלים העומדים בידי המדינה להיאבק בטורר.

כאמור המכוונים כלפיה, נדרשת לעצב ולגבש אסטרטגיה "התקפית" של ה"לוחמה המשפטית" ולפעולה במישור של עיצוב כללי המשחק במגרש המשפט הבין-לאומי, על מנת לקדם את האינטרסים שלה.

3. תופעת ה"לוחמה המשפטית" מיוחדת במובנים רבים. בין היתר, הייחוד נגזר מן העובדה שהלוחמה המשפטית חולשת כלפיי זירות שונות רלבנטיות של המשפט הבין-לאומי. כך למשל, אירוע לוחמה משפטית יכול להתרחש באמצעות פנייה לערכאות זרות מדינתיות – בין בהגשת תלונות פליליות ובין בהגשת תובענות אזרחיות - או לטריבונאליים בין-לאומיים כגון בית הדין הפלילי הבין-לאומי (להלן: "בית הדין" או "ICC"), כמו גם העלאת טיעונים המקדמים אג'נדה פוליטית בפני ארגונים בין-לאומיים ופורומים אחרים כגון מועצת זכויות האדם של האו"ם. לעיתים, אירוע לוחמה משפטית מסוים יכול להיות רלבנטי לזירות שונות של המשפט הבין-לאומי, דבר שידרוש תכלול ותיאום בין שחקנים שונים. כך למשל, תלונה פלילית או תביעה אזרחית בפני ערכאה מדינתית מסוימת בחו"ל, עלולה להיות דומה לפנייה מקבילה לטריבונאל בין-לאומי כגון ה-ICC ביחס לאותו אירוע, והעלאת טענות באותו נושא גם בפני ארגונים בין-לאומיים או פורומים רלבנטיים. במובן זה, ההתמודדות בזירה אחת, עלולה להיות בעלת השלכות רחב לזירות נוספות, מקומיות או בין-לאומיות.

ייחוד נוסף ניתן למצוא במישור של סוכנויות המדינה הרלבנטיות לאירועי הלוחמה המשפטית השונים. ניתן לומר, כי יש שוני בין זרועות שונות של המדינה כלפיהן האירועים השונים מכוונים, כמו גם עירוב של תחומי עיסוק שונים. בהקשר זה ניתן להצביע על מנעד של אירועים המערבים רשויות שונות ותחומים שונים, כגון אירוע בעל השלכות כלכליות או פיננסיות הנוגע לתחומי עיסוק של משרד הכלכלה, או אירוע אחר המכיל זוויות ביטחוניות הרלבנטיות למשרד הביטחון או הצבא.

4. הצורך המתעורר לניהול ההתמודדות המורכבת עם אסטרטגיה זו, בזירות המשפטיות הבין-לאומיות השונות, כלפי זרועות ממשלתיות שונות ובאירועים מתחומי עיסוק שונים – מוביל למסקנה שיש מקום לקיומו של **מוקד ידע אחד**, בתוך המדינה, המתמקצע בנושא ומסוגל לרכז את הטיפול בו. גוף זה יוכל לראות את התמונה השלמה הכרוכה בטיפול המערכתי בנושא זה, יוכל להמליץ על תיקונים מערכתיים נדרשים, ולבנות מומחיות כוללת – שאיננה נגזרת רק מההיבטים הספציפיים של טיפול בתיק זה או אחר. שימוש במיקור חוץ לעורכי דין במדינה מסוימת לטיפול בתיק קונקרטי לא יוכל לספק את נקודת המבט הרוחבית הנדרשת להתמודדות כוללת עם האיום האסטרטגי ולא יוכל לספק מענה הולם לאינטרסים של המדינה, אשר בהכרח חורגים מניצחון בתיק ספציפי, אל עבר השלכות רחב לתיקים אחרים, וניהול אסטרטגי כולל.

5. הצורך האמור בהקמת מחלקה ייעודית אף מתחדד באופן ספציפי ביחס למדינת ישראל. כאמור, מדינת ישראל מהווה מוקד משמעותי כלפיו מופנה תחום הלוחמה המשפטית. להבדיל מהתמודדות עם תיק בודד כזה או אחר, בעל השלכות מאוד מסוימות, במקרה של מדינת ישראל מדובר באירוע *אסטרטגי ומתוכנן מראש, המורכב מאירועי לוחמה משפטית פרטניים*, להבדיל מהצטרבות של מספר אירועי לוחמה משפטית העומדים בפני עצמם. לא זו אף זו, מדינת ישראל מצויה בעמדה ייחודית, נוכח *היקף* אירועי הלוחמה המשפטית עמם היא מתמודדת, לעומת מדינות אחרות אשר לרוב אינן חשופות לסוג כזה של מתקפה כוללת בסדר גודל זהה. מסיבה זו, מענה פרטני לאירוע כזה או אחר, במיוחד במקרה של מדינת ישראל, איננו מספק - אלא יש ליתן מענה לאסטרטגיה הכוללת העומדת מאחורי אירועי הלוחמה המשפטית הקונקרטיים. בהקשר זה, נדרשת חשיבה לטווח ארוך של ניהול האסטרטגיה הכוללת, להבדיל מאסטרטגיה פרטנית קצרת מועד.

עוד יצוין, כי מדובר בתחום מומחיות מיוחד וקונקרטי, אשר אינו בנמצא, ככלל, בשוק הפרטי, אלא שמור לניסיון של מדינות בלבד, והאחרונות אינן נוהגות לשתף את הפרקטיקה והמשאבים שלהן הנוגעים לתחום מיוחד ורגיש זה. נתון זה, בצירוף היעדרה של כתיבה אקדמאית משמעותית בתחום

- כולן הינן נסיבות הללו המצביעות אף הן על החשיבות בגיבוש עצמאי של המומחיות והנסיון בגוף ייעודי בתוך מדינת ישראל, אשר ישמש את המדינה בטיפול מקצועי בתחום בטווח הרחוק.
6. בהתאם לאמור, חלה בפועל עם השנים התפתחות משמעותית בהבנה של הממשלה לגבי הדרך הנכונה להתמודד עם תופעה זו. מדינת ישראל החלה בזווית ראייה צרה שכלל טיפול נקודתי בתיק ספציפי, עם משאבים המוגבלים לאותו תיק - כדוגמת הטיפול בתיק הנ"ל של שרון ז"ל בבליגה, תיק דורון אלמוג באנגליה ותיקים נקודתיים נוספים - אשר טופלו על-ידי עורכת דין בכירה בודדת בפרקליטות שריקה את הטיפול בתחום כולו לבדה. אולם עם הזמן חלה ההכרה בצורך בפתרון רחב יותר. השינוי המשמעותי בהכרה זו ארע במיוחד לאחר פרסומו של דו"ח גולדסטון שהמחיש את הצורך לתרגם את ההכרה במציאות התופחת של תחום "הלוחמה המשפטית", לפתרון ייעודי בדמות ייחוד המשאבים הנדרשים והמומחיות המקצועית הנדרשת להתמודדות יעילה עם הנושא.³ זאת, באמצעות **הגדרת מחלקה ייעודית** שהטיפול בלוחמה המשפטית הוא ליבת תפקידה, עם **תקינה מתאימה ותקציב** ייעודי לתחום. כפי שבזירת הקרב המסורתית, משאבים נדרשים לצורך ההתמודדות עם אתגרים חדשים שעולים, כך ההבנה לגבי האיום שמגלם שדה הקרב המשפטי לבטחונה הלאומי של המדינה היא דומה, ומדינת ישראל מצאה לנכון להיערך לנושא עם המשאבים הנדרשים.
7. אכן, ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטחוני), במסגרת החלטה מס' 17/הנ"ל, החליטה באוקטובר 2009 להקים במשרד המשפטים את המחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי), במטרה להתמודד עם האתגרים האמורים ככוח משימה ייעודי לטיפול בהליכים משפטיים במישור הבין-לאומי. בהתאם, הוקמה בשנת 2010 המחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי) בפרקליטות המדינה, אשר תפקידה המוגדרים בהחלטת הקבינט כדלקמן:
- טיפול בכל הכרוך בהליכים משפטיים בין-לאומיים נגד מדינת ישראל ומי שפעלו מטעמה, בטריבונאלים בין-לאומיים לסוגיהם ובבתי משפט מדינתיים, הנובעים מפעולות המדינה במאבקה בטרור;
 - ייעוץ לנושאי משרה בהווה ובעבר החשופים להליכים בחו"ל;
 - הקמת מערך התקשוריות במדינות יעד רלבנטיות בחו"ל עם משרדי עורכי דין מתמחים בתחום הבין-לאומי, לצרכי קבלת שירותי ייעוץ וייצוג לפי צורך בזמינות מיידית;
 - לשמש כמרכז ידע וכגורם מייצג בסוגיות הקשורות בנושא הנדון;
8. בהקשר זה, על מנת להוביל לתוצאות אפקטיביות על-ידי המחלקה, ברי כי ישנה חשיבות רבה ליצירת מומחיות בתחום בקרב אנשי המחלקה. כפי שהוגדר בהחלטת הקבינט הנ"ל, יש להכשיר את אנשי המחלקה באופן שיאפשר להם לשמש כמקד ידע וכגורם מייצג לכל גוף ממשלתי או נושא משרה המבקש מענה בתחום זה. במסגרת זו, הוצבה בפני אנשי המחלקה ציפייה לסטנדרטים גבוהים שעליהם לעמוד בהם ביחס **להעמקת הידע בתחום**, בין בלמידה עצמאית על-ידיהם ובין באמצעות הכשרות מקצועיות בתחום. כמו כן, אנשי המחלקה נדרשים לבצע **מעקב שוטף אחר התפתחויות בתחום**, בין אקדמאיות ובין פרקטיות, ולזהות באופן מהיר ויעיל התפתחויות רלבנטיות. ההתמקצעות והמומחיות הינה חלק אינהרנטי בטיפול אפקטיבי ומקצועי באירועי הלוחמה המשפטית השונים.
9. ניתן לומר, בחלוף כעשור מהקמת המחלקה, כי המחלקה ריכזה מידע רב הנוגע להליכים בין-לאומיים בחו"ל ומחזיקה תמונה שלמה למדי של מכלול הפעילות המנוהלת ב"לוחמה המשפטית" כנגד מדינת ישראל. בפרט, ניתן לומר כי המחלקה רכשה את הנסיון הנדרש לטיפול באירועי לוחמה משפטית:

³ ראו דו"ח ועדת גולדסטון: Human Rights Council, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. <http://unispal.un.org/pdf/AHRC1248.pdf> (להלן: דו"ח ועדת גולדסטון). (2009) A/HRC/12/48.

מהאופן הבירוקרטי של הליכי שכירת עורכי דין בחו"ל (שיתואר באחת התובנות בהמשך), ניהול ליטיגציה בחו"ל של עשרות רבות של אירועי לוחמה משפטית קונקרטיים, גיבוש מומחיות בנושאים רלבנטיים לניהול ההליכים, כדוגמת טענות משפטיות רלבנטיות החוזרות על עצמן מדי תיק (כגון טענות סמכות שיפוט, חסינויות, משלימות ועוד). כמו כן, נצבר ידע ונסיון רב ביחס להתנהלות משפטית-דיפלומטית מול גורמים משפטיים במדינות זרות, דבר המצריך מומחיות מיוחדת כשלעצמה. בפועל, משרדי הממשלה השונים נעזרים במחלקה ובנסיונה הרב בכל אתגר שמתעורר בזירה הבין לאומית מתוך הבנה שיש ערך מוסף רב לנסיון ולמיומנות הזו.

10. גם במבחן התוצאה, עד כה ניתן לומר שהמודל שנבחר להקמת מחלקה ייעודית הוכיח את עצמו במובן זה שהמחלקה הובילה לסגירה של עשרות תיקים – פליליים ואזרחיים – ברחבי העולם כנגד המדינה ובכיריה; כך, המחלקה הצליחה למנוע ולעכב במשך כעשור, פתיחה בחקירה ב-ICC נגד מדינת ישראל (וממשיכה להוביל את המאמצים בתחום זה ובאתגרים הנוכחיים שעולים ממנו); כך, מעניקה המחלקה מענה שוטף לנושאי משרה, בהווה ובעבר, הנדרשים להתמודד עם ניסיונות משפטיים המכוונים כנגדם באופן אישי, על רקע התפקידים החשובים שביצעו עבור המדינה – המחלקה טיפלה בהליכים אלה עבורם, כמו גם בהערכות סיכונים שוטפות בנסיעותיהם לחו"ל; ועוד.

11. אשר על כן, ובראייה של עשור לאחרונה, ניכר כי הקמת מחלקה ייעודית לנושא, תקנונה והקצאת המשאבים עבור פעילותה, אפשרה למדינת ישראל מתן מענה הולם לתחום, באמצעות גורמים מקצועיים, הבונים מומחיות בתחום, אשר יש להם נקודת מבט המשקפת את התמונה המלאה ביחס לכלל הנסיונות לפעול כנגד המדינה ובכיריה בערכאות שונות, במישורים השונים. בהקשר זה מעניין לציין המלצה אשר הועברה לקונגרס האמריקאי על-ידי מומחים בתחום הלוחמה המשפטית – בדבר החשיבות של הקמת מחלקה דומה לשלנו גם בארה"ב⁴ וכן כי המחלקה אף אוזכרה בספרות הבין-לאומית⁵.

12. נעיר, כי, מהנסיון שנצבר בעשור האחרון, ניתן גם להביט בראייה ביקורתית לאחור ביחס לגדרי הסמכות שהוגדרו למחלקה בעת הקמתה. כך למשל, ניתן לטעון כי הצמצום הכלול בהחלטת הממשלה ביחס להקמת המחלקה לצורך הליכים "הנובעים מפעולות המדינה במאבק בטרור" הוא מנדט מצומצם מדי. ייתכן, שנכון היה להגדיר מראש שכל פעילות משפטית בזירה הבין-לאומית הקשורה לקמפיין מולטי ולספירה הפוליטית נכללת בגדרי סמכויות המחלקה, לרבות נושאים הנוגעים להתיישבות היהודית ביהודה ושומרון.

עוד ניתן לציין, בראייה בקורתית, כי המנדט שניתן במסגרת החלטת הקבינט האמורה, לא כולל ליטיגציה בחו"ל עבור מדינת ישראל, אשר איננה קשורה לסכסוך או למאבק בטרור, אלא מהווה תוצר של פעילותה של מדינת ישראל במרחב הבין-לאומי בהבטים שונים, לרבות בהבטים מסחריים ופרטיים. מכיוון שהמומחיות בניהול ליטיגציה בחו"ל מצויה כמעט באופן בלעדי רק במחלקה זו, לאורך הזמן נתבקשו לסייע ולטפל בהליכים שאינם נופלים בגדר המנדט האמור. הדבר מעורר שאלה, שכן החלטה ב/17 נוסחה באופן מצומצם כמפורט לעיל. מחד, קיים בפועל צורך מקצועי של משרדי הממשלה להיעזר במומחיות שצברה המחלקה, ויש לכך ערך מוסף גבוה, ומאידך הגדרות התפקיד של

⁴ As Jonathan Schanzer claims at his Congressional Testimony *The Palestinian Authority's International Criminal Court Gambit – A True Partner for Peace?: Hearings Before the Subcomm. on the Middle East and North Africa of the H. Comm. on Foreign Affairs*, 114th Cong. 10 (2015): "As my FDD colleague Orde Kittrie notes, the U.S. government's approach to lawfare has thus far been piecemeal and insufficiently proactive. **Congress should strongly consider establishing a lawfare office similar to that established by Israel.** Such an office could enhance the efficacy of the U.S. government's lawfare-related activities in defense of both U.S. officials and those of our close allies".
⁵ ORDE F. KITTRIE, *LAWFARE: LAW AS A WEAPON OF WAR* 270-271 (2016).

המחלקה לא כללו נדבכים נוספים הנדרשים לצרכים של התמודדות עם ליטיגציה בחו"ל במישורים אחרים, שאינם קשורים למאבק בטרור (ולסכסוך).
על פניו, ניתן בהחלט להגיע למסקנה שבראיה מקצועית וניהולית כוללת, נכון שנושא הליטיגציה כולו ירוכז על ידי המחלקה הייעודית שהוקמה לצרכי החלטה ב/17 הנ"ל, שכן הנסיון שנצבר הוא רלבנטי ושימושי עבור כלל צרכי הליטיגציה של מדינת ישראל במישור הבין-לאומי.
יחד עם זאת, ככל שיוחלט להטיל משימה כזו באופן רשמי על המחלקה, יהיה כמובן צורך להיערך לכך ולתכנן זאת באופן ניהולי, כמו גם בהבטים תקציביים כדוגמת תגבור תקנים ומשאבים מתאימים.

הערות של רועי לעצמו [1. מיקום המחלקה בתוך משרד המשפטים 2. איחוד עם ייעוץ וחקיקה 3. שאלה של מנהל נפרד לתחום הלוחמה המשפטית בחו"ל במסגרת ב/17]

ב. הקמת צוותים בין-משרדיים ורתימת גופים ממשלתיים רלבנטיים
13. תובנה חשובהחשיבות נוספת העולה מן הפרקטיקה, בהקשר הניהולי-משאבי, היא בניצול הערך המוסף הכולל של משרדי הממשלה השונים, כמו גם הכלים המצויים בידיהם, לכדי שילוב כלים כולל המנוצל לטובת הטיפול בתחום ה"לוחמה המשפטית". בהקשר זה, אחת התובנות העיקריות הבולטות מן העשור החולף היא החשיבות **בהגדרת פונקציה בכל אחד ממשרדי הממשלה** הרלבנטיים האחרים (כגון: בטחון-לאומי, חוץ, בטחון, צבא וגופי המודיעין) - אשר תחת תחומי עיסוקה ייכלל הנושא של "לוחמה משפטית", כמו גם מיסוד עבודה משותפת במסגרת **צוותים בין-משרדיים ייעודיים**. בהקשר זה, ובהתאם להחלטת הקבינט ב/17 הנ"ל, הוקמו **צוותים בין-משרדיים** הכוללים נציג מכל משרד רלבנטי כאמור לעיל. הניסיון המקצועי אכן הוכיח, כי שיתוף פעולה מוצלח של כלל הגופים הינו בעל ערך גבוה. ערך זה נובע מכךתובנה זו נובעת במידה רבה מכך שהטיפול בתופעת הלוחמה המשפטית הינו טיפול **רב ממדי**, החורג מן הזווית המשפטית גרידא, ועל כן עבודה במסגרת צוות בין משרדי משרתת מספר מישורים רלבנטיים:

האחד – היות וזווית הראייה השונות לטיפול בתחום מצויות בידיה ובסמכות של סוכנויות שונות, נדרש טיפול המבטא שילוב ידיים הלוקח בחשבון זוויות ראייה שונות רלבנטיותומשקף תמונת מצב כוללת של ההיבטים הרלבנטיים. במובן זה, נציגו של כל אחד מן הגופים תורם את **זווית הראייה** הייחודית שלו לצורך טיפול באירועי "לוחמה משפטית" ובמקביל אף מעמיק את המומחיות שלו בתחום הלוחמה המשפטית.

אכן, הטיפול בתחום ה"לוחמה המשפטית" כולל, מעבר לזווית הראייה המשפטית, גם את הזווית המדינית, לצד זווית ראייה עובדתיתלדוגמא BDS – משמעות כלכלית, בהקשר של אירוע צבאי כזה או אחר בו נדרש אינפוט עובדתי של הצבא), ולצד זווית ראייה רלבנטיות נוספות לפי הענין (למשל בהקשרי BDS נדרשת התייחסות פעמים רבות למשמעות הכלכלית הנלווית) של משרד החוץ והמל"ל, אינפוט מבשגירות מה קורה בשטח ותזמונים מתאימים מהמישור המדיני לביצוע מהלכים כאלה ואחרים. האינפוט מצוי בידיה ובסמכות של סוכנויות שונות.מכאןחשיבות לפעול באמצעות צוות בין משרדי, כאשר נציגו של כל גוף מביא את היתרונות והמומחיות שלו לשולחן הדיונים - דבר המאפשר לקבל החלטות המשקפות תמונה כוללת. זאת שכן, באופן טבעי, בתוך ממשלה יכולים להיות אינטרסים שונים בין הסוכנויות השונות. קיומו של פורום משותף שבמסגרתו ניתן ללבן מחלוקות, ובהיותו פורום ארוך טווח, המאחד סביב מטרה משותפת – מגלם יתרון משמעותי בטיפול יעיל ומקצועי בתחום. לא זו אף זו, עצם המורכבות של ה"לוחמה המשפטית", ככזו המתאפיינת למשל בניהול הליכים בערכאות זרות, תוך עירוב של סוגיות רגישות מתחומים שונים, כדוגמת התחום המדיני, הבטחוני או הכלכלי – מצביעה על החשיבות, ויש אף לומר על הצורך ההכרחי, בזווית הראייה של משרדי ממשלה נוספים ומעורבותם בטיפול השוטף בנושא.

מעקב אחר התפתחויות רלבנטיות נעשה במידה רבה על ידי ה - הינו בעל ערך גבוה. השני – מעבר לסיוע ביחס לזוויות ראייה רלבנטיות, הרי שמתעוררים בפועל צרכים פרקטיים לטיפול באירועי ה"לוחמה המשפטית", בהבטים החורגים מהזווית המשפטית גרידאהדורשים גישה **לסט הכלים** המצוי בידיו של המשרדים הממשלתיים השונים החברים בצוות דוגמא המתעוררת באופן שוטף הינה ליווי מבצעי במקרה הצורך על ידי הנציגות המקומית ביחס לביקור בסיכון גבוה של בכיר ישראלי ומתן מעטפת תומכת לביקור זה. כך גם, פעמים רבות נדרש טיפול באירוע "לוחמה משפטית" במישור המדיני, ואף לעיתים נדרשת מעורבות ושיח מצדו של דרג מדיני בכיר. עוד יצוין, כי המעורבות של הנציגויות המקומיות וגורמים מדיניים מאפשרת הבנה של תמונת המצב בשטח וסיוע פרקטי, למשל באיתור תזמונים מתאימים במישור המדיני לביצוע מהלכים כאלה ואחרים. במובן זה טמונה החשיבות בעדכון ההדדי – הן עדכונים מצדנו ביחס להתפתחויות המשפטיות הרלבנטיות, המועברות באופן שוטף לעמיתנו במשרד החוץ והנציגויות, והן עדכונים מצדם ביחס להתפתחויות רלבנטיות שהם מזהים בשטח ומעקב המתבצע גם על-ידיהם במדינת היעד לנושאים בעלי השפעה על עבודתנו. הדבר יוצר שפה משותפת ובסיס ידע משותף, כמו גם עדכון כללי בדבר מצב הדברים בזמן אמת.

לא זו אף זו, העובדה שפעמים רבות הסיוע הפרקטי, על צורותיו השונות, נדרש בלוח זמנים קצר, גם היא מחזקת את החשיבות במעורבות השוטפת בשגרת העבודה של גורמים ממשרדים שונים, לרבות גורמים לבר-משפטיים, אשר מסייעת גם להם להפעיל את הכלים העומדים לרשותם בסד זמנים מהיר, בהיותם מגויסים לחשיבות הנושא ומכירים את רקע הדברים. נוסף על כך, העובדה שקיימת מערכת יחסים מקצועית בין הגורמים הרלבנטיים וההכרות האישית עם הפונקציות הרלבנטיות בגופים השונים חשובה ומסייעת גם במישור הפרקטי לאפשרות לטיפול מהיר באירועים מתפתחים ולפעולה מיטבית בזמן אמת.

כל אלה מלמדים על כך שיש צורך מקצועי הכרחי למעורבות של משרדי הממשלה השונים באופן שוטף בעשייה הנוגעת לתחום ה"לוחמה המשפטית" – דבר שמתאפשר באמצעות שילוב של נציגי המשרדים השונים בצוותים בין משרדיים ופעילות שוטפת באמצעות אותם צוותים.

14. הניסיון המקצועי אכן הוכיח, כי שיתוף פעולה מוצלח של כלל הגופים הינו בעל ערך גבוה לטיפול בתחום. בפרט, אפשר לציין שלושה צוותים בין-משרדיים חשובים במיוחד, הפועלים דרך קבע – הצוות הבין-משרדי לטיפול בהליכים משפטיים במדינות זרות; הצוות הבין-משרדי להתמודדות עם אתגר ה-ICC; והצוות הבין-משרדי לטיפול במערכה לדה-לגיטימציה של מדינת ישראל. צוותים אלה מלמדים על החשיבות בשיתוף הפעולה, והיכולת בזמן אמת להתמודד עם האתגרים שתחום ה"לוחמה המשפטית" מזמן.

15. במאמר מוסגר יוער, כי הסיבה שנדרשים מספר צוותים בין משרדיים נפרדים, טמונה בתחומי העיסוק הרלבנטיים לכל צוות. למעשה, הצוותים מחולקים על פי תחומי העיסוק שהלוחמה המשפטית, בהיותה רב-ממדית כאמור לעיל, מכוונת אליהם והאתגרים העיקריים העולים מתחומים שונים, כפי שיפורט להלן.

16. ככלל, יש צוותים קבועים, כאשר במקרה בו יש אירוע לוחמה משפטית ספציפי המערב גופים נוספים – הם ישתפו גם כן בטיפול באותו האירוע הספציפי.

17.

18. הצוות הבין-משרדי לטיפול בהליכים משפטיים במדינות זרות - הצוות מרוכז על-ידי מחלקתנו, בהובלת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (בין-לאומי) וראש אשכול הליכים במדינות זרות, וחברים בו נציגים ממשרד החוץ, משרד הביטחון, הפרקליטות הצבאית (דב"א) וגורמים נוספים לפי הצורך, כגון המל"ל, המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה, שב"כ וגופי מודיעין נוספים. הערך המוסף של זוויות הראייה השונות של הגופים השונים בא לידי ביטוי באופן תדיר בעבודת הצוות. לשם הדוגמא, בתיק במדינה אירופאית אשר שלחה בקשה לעזרה משפטית ביחס לתלונה לביצוע "פשעי מלחמה" מצד

בכירים במדינה - תרמו כל נציגי הצוות תרומה משמעותית שהובילה, בסופו של יום, לסגירת התיק. כך למשל, הצבא וגופי המודיעין דאגו לאיתור חומרים רלבנטיים ביחס לאירוע נשוא התלונה המדוברת, כמו גם השלמת בדיקות נדרשות, אשר סייעו להפריך את ההאשמות שעלו בתלונה במישור העובדתי, נציגי משרד החוץ סייעו בכל הנוגע להבטים המדיניים המשמעותיים שכללו גם מגעים מאחורי הקלעים מול הרשויות הרלבנטיות, ונציגי מחלקתנו ריכזו והובילו את הטיפול בהליך מטעם כל הצוות הבין-משרדי, ניתחו את החומרים ועיבדו אותם לכדי שימוש בלתי פורמאלי, ואף קיימו את השיחות הנדרשות מול רשויות האכיפה מהמדינה הזרה. שילוב הידיים האמור סייע לבניית האסטרטגיה הנכונה לטיפול בתיק מראשיתו, והוא שהוביל, בסופו של יום, לתוצאה המוצלחת של סגירתו של תיק משמעותי זה במדינה זרה חשובה. עבודתה המקצועית של הצוות זכתה להערכה מקצועית והובילה לתוצאות מוצלחות והשגים מרשימים בתיקים רבים ברחבי העולם.

19. הצוות הבין-משרדי להתמודדות עם אתגר ה-ICC – בהובלת המשנה ליועמ"ש (משפט בין-לאומי) ויועמ"ש משרד החוץ, ובהשתתפות נציגי משרד המשפטים (אשכול הליכים בין-לאומיים), משרד החוץ (אגף משפט), המל"ל (יועמ"ש), הפרקליטות הצבאית (דבל"א), וגורמים נוספים לפי צורך. הצוות אמן על הטיפול בסוגיית ה-ICC בעיקר בהיבטים המשפטיים והמדיניים שלה. ההבטים המדיניים בטיפול בנושא זה הינם מרכזיים שכן מדובר נוכח הצורך בטיפול מדיני-משפטי משולב, הוחלט על הובלה משותפת של הנושא על-ידי הן מחלקתנו והן משרד החוץ. בהקשר זה, משרד החוץ מוביל את המאמצים המדיניים, ומשרד המשפטים משמש כמוקד הידע המשפטי, אולם הדברים נעשים בשיתוף פעולה מלא ואינטנסיבי. בנוסף, מכיוון שהנושא מטופל ברמת הקבינט וראש הממשלה – המל"ל מהווה חלק אינטגרלי ואף מונה לתכלול את אירוע הלוחמה המשפטית הזההנושא במסגרת החלטה ב/20 של הקבינט. מעבר לכך, יש שחקנים נוספים החברים בצוות אשר תרומתם נסובה סביב האינטרסים תחומי העיסוק ונקודת המבט של הסוכנות שלהם – כגון הצבא, המינהל האזרחי וגורמים במשרד הביטחון הנוגעים להתיישבות, המשולבים בטיפול בהתאם לזווית הראייה שלהם. הצוות, ואשכול הליכים בין-לאומיים בתוכו, מהווה מוקד ידע בנושא ה-ICC לכלל המערכת הממשלתית, ונחשב שם דבר גם בהשוואה למקביליו בעולם. הצוות מצטיין בשיתוף פעולה צמוד ופורו בין מרכיביו, אשר כל אחד תורם את חלקו. עבודת הצוות מגוונת ומשתנה לאורך השנים בהתאם להתפתחויות בזירת ה-ICC. חלק ניכר מעבודת הצוות כולל ניסוח מסרים ומענים בסוגיות רלוונטיות ל-ICC. בדרך כלל, אחד מחברי הצוות מקבל את האחריות לעבוד ולהעביר את המסרים/מענים בנושא מסוים, בהתאם למומחיות הנדרשת, כאשר שאר חברי הצוות מקבלים הזדמנות להגיב ולהעיר. תוצרי הצוות זוכים להערכה מקצועית רבה בקרב מי שנחשפו אליהם, ונזקפים לזכותם הישגים לא מבוטלים בכל הנוגע להתמודדות עם אתגר ה-ICC.

20. גם בהקשר של המערכה לדחל-לגיטימציה נגד מדינת ישראל, פועל צוות בין-משרדי קבוע המורכב מהמשרדים הרלבנטיים לנושא זה (משרד המשפטים, המשרד לנושאים אסטרטגיים והסברה, משרד החוץ, משרד הכלכלה ומשרד התפוצות). הצוות הוקם בהתאם להחלטה מס' ב/30 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטחוני) ועוסק בהיבטים המשפטיים של המערכה נגד תופעת הדחל-לגיטימציה והחרמות נגד מדינת ישראל. גם בעניינים אלה, ניכרת חשיבות רבה לזווית הראייה של כל המשרדים הרלבנטיים התורמת גם יחד לגיבוש אסטרטגיה מתאימה להתמודדות עם האירועים המשפטיים בתחום זה. כך למשל, במקרים רבים המדובר בנושאים המשיקים לתחום הכלכלי, כגון נסיונות להפעיל לחץ משפטי כנגד פעילות חברות זרות בהתיישבות היהודית ביהודה ושומרון. זאת, בין אם בהגשת הליכים משפטיים ספציפיים כנגד חברות מעין אלו, בין אם במערכה כללית כגון נסיונות לפנות לגופים בין-לאומיים, דוגמת מועצת זכויות האדם של האו"ם, במטרה לגבש "רשימה שחורה" של חברות הפועלות בהתיישבות, על מנת להפעיל לחץ כלכלי המשולב בלחץ פוליטי כלפי חברות אלו. ההתמודדות עם האתגרים האמורים דרשה את שילוב הידיים של משרדי הממשלה

השונים וגיבוש אסטרטגיה מתאימה לטיפול בנושאים רגישים אלה, באמצעות סל הכלים העומד למשרדים השונים.

21. ככלל, המחלקה משתמשת במודל של פעולה **בצוותים בין משרדיים בעלי נציגות קבועה** של סוכנויות המדינה הרלבנטיות לאותו תחום מסוים, תוך יישום **גמישות** באופן ההפעלה של הצוותים במסגרת ליווי של תיקים ספציפיים. כך למשל, במקרים שבהם העובדות של אירוע צבאי מסוים הינן מרכזיות לטיפול – הצבא יתפוס חלק משמעותי יותר במסגרת הצוות הבין משרדי, ויהיה במעגל המצומצם יותר שילווה את הטיפול באותו אירוע/תיק באופן הדוק. לעומת זאת, במקרים אחרים, בהם למשל סוגית הפיצויים או אינטרסים כלליים אחרים של משרד הביטחון מצויים בליבת האירוע – אזי משרד הביטחון יתפוס נפח משמעותי יותר לעומת שחקנים אחרים בצוות הכללי והוא שימנה על המעגל המצומצם לטיפול הנקודתי. קרי – העבודה הפרטנית באירוע מסוים היא תלוית תיק ועניין. באופן דומה, לעיתים אירוע לוחמה משפטית קונקרטי יערב גופים נוספים, אשר ככלל אינם נמנים על הצוות הבין-משרדי הקבוע, אולם נוכח התייחסות לאינטרסים הנוגעים לאותם גופים – הם ישתפו גם כן בטיפול באירוע הספציפי. גם בהקשרי ה-ICC, ניתן לראות את הגמישות שהופעלה ביחס לאופן הפעולה בקרב חברי הצוות הבין משרדי. מחד, יש רצון לשמור על צוות מצומצם שמהווה מעין מעגל ראשון לטיפול הכולל בנושא רגיש זה, המצריך שמירה על מידור וסודיות. אולם, מאידך יש תתי-נושאים במסגרת הטיפול, אשר מבחינה מקצועית מחייבים מעורבות של גורמים נוספים שאינם נמנים על הצוות הקבוע, כפי שיורחב להלן.

22. בהקשר אחרון זה, אכן חשוב לתת את הדעת לצורך **ברתימתם של גופים ממשלתיים** אשר אינם חברים באופן שוטף בצוות הבין-משרדי, אולם לעבודתם יש השקעה משמעותית שיכולה להשפיע על תחום ה"לוחמה המשפטית". כך למשל, כחלק מהתמודדות עם אתגרי ה-ICC בנושאים הקשורים לפעילות שלטונית בשטחי איר"ש, המחלקה יצרה ומתחזקת קשרי עבודה הדוקים עם גורמי מפתח, כמו יועמ"ש איר"ש והמנהל האזרחי, שיש להם ידע מיוחד ונגישות בלתי אמצעית לנושאים אלה. העבודה המשותפת עם גורמים אלה, מסייעת רבות לגיבוש מענה עובדתי ומשפטי לטענות נגד ישראל, לקידום צעדים בשטח שיש בהם לצמצם את הסיכונים המשפטיים, ולהטמעת סוגיית בית הדין בקרב העוסקים בדבר. במובן זה, על אף שעל פניו אין המדובר בגופים ממשלתיים "טבעיים" באופיים לתחום זה, הרי שמבחינה מקצועית לרתימתם יש חשיבות מן המעלה העליונה להתמודדות מקצועית ויעילה. **הערה של רועי לעצמו – לא בטוח שלא היה נכון לשלב את אנשי המינהל בשלבים מוקדמים יותר כחלק מהצוות. (רועי תרצה להתייחס לכך גם בגוף הטקסט? לא שילבתי התייחסות).**

23. לסיכום פרק זה, ניכר כי אחת התובנות המרכזיות שניתן להצביע עליהן, הנלמדת מהנסיון שנצבר בעשר השנים האחרונות, היא החשיבות הרבה בהקצאת הפן המשאבי-ניהולי להתמודדות עם נושא הלוחמה המשפטית. זאת, בדמות הקמת מחלקה ייעודית עם תקינה ותקציב ייעודי לטיפול בתחום, אשר גדל בהתאם לצרכים המתפתחים עם הזמן, כמו גם שילוב ידיים בין כלל גופי הממשלה הרלבנטיים לצורך מקסום היעילות והמקצועיות של הפעילות בתחום זה. אכן, מחלקה ייעודית כאמור, בצירוף צוותים בין-משרדיים קבועים הפועלים סביב המופעים העיקריים של תופעת הלוחמה המשפטית, כאשר ישנה גמישות והתאמה של הצוותים במקרי הלוחמה המשפטית הספציפית בקבוצות עבודה המתאימות לאירוע מבחינה תוכנית – זהו אכן לטעמנו המודל המיטבי לטיפול בסוגיה הזו.

תובנה מס' 2 - מתן ייעוץ משפטי בענפי המשפט הרלבנטיים וביצוע הערכת סיכונים משפטית

24. בתובנה מס' 2 נצלול מעט מתוך התמונה העוסקת בפן הניהולי-משאבי, אל מהות העיסוק של המחלקה למשפט בין-לאומי. חלק משמעותי מעבודת המחלקה הוא במתן **ייעוץ משפטי שוטף** בענפי המשפט הרלבנטיים לגורמי הממשלה והערכת סיכונים משפטית, הנעשית באופן שוטף, ללא קשר לתחום הלוחמה המשפטית באופן ספציפי. בהתאם, פועלת המחלקה להעמיק ולטייב את הייעוץ המשפטי שניתן בתחומים הרלוונטיים ובניית מערך מקצועי בעל מומחיות בענפי דין אלה. הייעוץ המשפטי המקצועי בענפי הדין השונים, מהווה את נקודת המוצא לצורך יישום תפקידי המוגדרים של המחלקה בהחלטת הקבינט – וזאת על ידי ביצוע הערכת סיכונים מבוססת, ועל כך נרחיב עוד בהמשך.

המחלקה אמונה על מתן ייעוץ משפטי בתחומי המשפט הבין-לאומי, בדגש על מענה לצרכי הדרג המדיני. המחלקה פועלת כל העת להעמקת והרחבת הידע המקצועי לשם טיוב תוצריה. בתוך כך, ובין היתר על רקע התפתחויות שונות, כגון בתחום הלוחמה המשפטית, נערכת המחלקה להרחבת העיסוק בתחומים רלבנטיים. ניתן לומר בפה מלא, כי מעבר לתרומה ה"רגילה" שיש לייעוץ משפטי מעין זה במהלך הרגיל של הדברים, כחלק מתפקוד תקין של ממשלה, ניתן למצוא גם ערך רב הנלווה לכך, בכל הנוגע להתמודדות מערכתית נכונה עם תחום הלוחמה המשפטית.

במובן זה, הייעוץ המשפטי שמעניקה המחלקה לדרג המדיני מגלמת ערך כפול: בליבת הדברים – הייעוץ מאפשר לדרג המדיני לקבל מלכתחילה החלטות הלוקחות בחשבון תמונת מצב משפטית, ומשכך מוביל בפועל להחלטות שהן כשלעצמן מבחינה מהותית שלמות יותר ויש יאמרו נכונות ומהוות החלטות "טובות" יותר מבחינה משפטית. בנוסף, גם מבחינה מוסדית – כאשר מדובר בהחלטה מדינית אשר נסמכת על ייעוץ משפטי במישור הבין-לאומי, הרי שיש לכך ערך נלווה עקיף של הגנה ברורה על ההחלטה, כמו גם על מקבליה, גם במסגרת פורומים בין-לאומיים שונים - כחלק ממתקפות לוחמה משפטית. זאת, מן הטעם שתהליך קבלת ההחלטות נסמך על ייעוץ משפטי (כמובן בהנחה שמדובר בייעוץ משפטי מבוסס) – נתון אשר יש לו משקל בפני פורומים זרים. זוהי סיטואציה שיהיה קל יותר להגן עליה בפורומים השונים, מאשר במצב דברים בו ההחלטה התקבלה ללא ייעוץ משפטי נלווה, או בהתעלם ממנו.

25. דוגמא מובהקת של ייעוץ משפטי המגלמת את הערך הכפול הנ"ל מצויה ביחס לתחום דיני המלחמה (LOAC) (Law of Armed Conflict: "LOAC") (International Humanitarian Law), המרכז באשכול דיני מלחמה במחלקתנו. אשכול זה הוקם בשנת 2017, ומרכז את הטיפול והייעוץ המשפטי האזרחי הניתן לדרג המדיני ולמשרדי הממשלה הן בשגרה והן בחירום בתחום דיני המלחמה במשפט הבין-לאומי, ובתוך כך ביחס לסוגיות העולות בדיני העימות המזוין, לרבות דיני התפיסה הלוחמתית, ודיני השימוש בכוח.⁶ במסגרת זו, האשכול משקף לממשלה הערכת סיכונים ביחס לצעדים מסוימים שהיא מעוניינת לנקוט, בפרט בקשר לעניינים הנוגעים לפעילות שלטונית באי"ש ולפעילות מבצעית של כוחות צה"ל בגזרות הלחימה השונות, או ביחס לסוגיות משפטיות המתעוררות במסגרת פעילות מבצעית זו. בנוסף, האשכול נותן ייעוץ משפטי שוטף לממשלה בכל הנוגע להיערכות כחלק ממוכנות למצב חירום ולחימה, ואף משקף את זוויות הראייה הנדרשות במהלך ישיבות קבינט הנוגעות לתחום זה. ייעוץ זה ניתן, מטבע הדברים, לפני שהוחלט על נקיטת הצעד (מבעוד מועד), ומאפשר להשיג את

⁶ תחום דיני העימות המזוין מלווה בצבא על ידי המחלקה לדין בין-לאומי בפרקליטות הצבאית המלווה את קבלת ההחלטות האופרטיביות על-ידי הדרג הצבאי. באשר לדרג המדיני, הנושא אמנם קיבל מענה גם בעבר, אם כי טופל באופן מבוזר בין גורמים שונים במשרד המשפטים. הצורך בריכוז וטיוב הייעוץ המשפטי האזרחי בתחום דיני הלחימה בא לידי ביטוי גם במסגרת עבודתה של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: **ועדת טירקל**). הוועדה בחנה בחלקה השני של עבודתה את אופן הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין על פי המשפט הבין-לאומי. בתוך כך דנה הוועדה בהיבטים הנוגעים לייעוץ המשפטי האזרחי הניתן בתחום זה והפעלת סמכויות הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לנושאים אלה. בין המלצותיה, המליצה ועדת טירקל להקים במשרד המשפטים יחידה שתמחה בתחום דיני המלחמה. זאת, על מנת לרכז את הטיפול והייעוץ המשפטי האזרחי הניתן בנושא, להעמיק את המומחיות הקיימת במשרד המשפטים ובכך לחזק את הפעלת סמכות הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה.

שני היתרונות שעמדנו עליהם קודם לכן: קבלת החלטה הלוקחת בחשבון את ההיבטים המשפטיים, ומשך מהווה החלטה "טובה" יותר כשלעצמה, כמו גם מישור תהליכי שיאפשר לאחר מכן לשקול את העובדה שהחלטה לוותה בייעוץ משפטי, כמענה לנסיגות לוחמה משפטית שיופעלו לגביה.

26. דוגמא למהלך משמעותי בהיבט זה הינו הקמת אשכול ייעודי המתמחה בדיני המלחמה. אשכול דיני מלחמה הוקם בשנת 2017, ומרכז כיום את הטיפול והייעוץ המשפטי האזרחי הניתן – הן בשגרה והן בחירום – בתחום דיני המלחמה במשפט הבין-לאומי. בנוסף, האשכול עוקב אחר התפתחות הנורמות בתחום דיני המלחמה, ופועל להבטיח כי עמדותיה של מדינת ישראל מוצגות בפורומים המקצועיים השונים הדנים בפיתוח דיני המלחמה ובפרשנותם.

תחום דיני המלחמה אמנם קיבל מענה גם בעבר, אם כי טופל באופן מבוזר בין גורמים שונים במשרד המשפטים. הצורך בריכוז וטיוב הייעוץ המשפטי האזרחי בתחום דיני הלחימה בא לידי ביטוי גם במסגרת עבודתה של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: ועדת טירקל). הוועדה בחנה בחלקה השני של עבודתה את אופן הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבין-לאומי. בתוך כך דנה הוועדה בהיבטים הנוגעים לייעוץ המשפטי האזרחי הניתן בתחום זה והפעלת סמכויות הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לנושאים אלה. בין המלצותיה, המליצה ועדת טירקל להקים במשרד המשפטים יחידה שתתמחה בתחום דיני המלחמה. זאת, על מנת לרכז את הטיפול והייעוץ המשפטי האזרחי הניתן בנושא, להעמיק את המומחיות הקיימת במשרד המשפטים ובכך לחזק את הפעלת סמכות הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה (דוח הצוות לבחינה וליישום דוח טירקל (צוות היישום), המליץ ליישמה כלשונה. במהלך דיוני צוות היישום הובהר כי המלצה זו מקובלת על משרד המשפטים. ביום 3 ביולי 2016 אימצה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) במסגרת החלטה מס' 125/ב את המלצות צוות היישום.

הקמת אשכול זה מדגימה את החשיבות הרבה של הצורך בייעוץ משפטי אפקטיבי, דינמי ומתפתח – לגורמי הממשלה, כמו גם את הצורך בהצגה נכונה ומדויקת של עמדות המדינה בפני גורמי חוץ, בתחומי המשפט השונים בהן עוסקת המחלקה.

27. בנוסף, חלק ניכר מתפקידיה של המחלקה כבועה המייעץ, הוא בביצוע של הערכת סיכונים נדרשת. למעשה, קיימים שני סוגים עיקריים של הערכות סיכונים המבוצעים על ידי המחלקה. הסוג הראשון, הערכת סיכונים ביחס לצעדים מסוימים שממשלת ישראל מעוניינת לנקוט, בפרט בקשר לעניינים הנוגעים לפעילות שלטונית בשטחי איר"ש ולפעילות מבצעית של כוחות צה"ל בגזרות הלחימה השונות, או ביחס לסוגיות משפטיות המתעוררות במסגרת פעילות מבצעית זו. הערכות סיכונים אלה ניתנות, מטבע הדברים, לפני שהוחלט על נקיטת הצעד (מבעוד מועד), וחלק משירותי הייעוץ המשפטי שמספקת המחלקה. יודגש, כי הייעוץ המשפטי ביחס למשפט הבין-לאומי אינו תמיד בגדר "שחור או לבן". לעיתים, הייעוץ המשפטי יזהה טווח של פעילות ומנעד של סיכונים. בסופו של דבר, הדרג המדיני הוא זה שיקבל את ההחלטה וינהל את רמת הסיכון שלו בהתאם. הערכות סיכונים אלה נוטות להתייחס למנעד רחב של סיכונים, בהתאם לעניין, החל מהליכים בבתי דין בין-לאומיים או מדינתיים, ועדו בדיקה בין-לאומיות, החלטות של גופים שונים בין-לאומיים, פעילויות בתחום הדה-לגיטימציה, ועוד. בהקשר זה, יצוין כי המחלקה נותנת ייעוץ משפטי שוטף לממשלה בכל הנוגע להיערכות כחלק ממוכנות למצב חירום ולחימה, ואף משקפת את זוויות הראייה הנדרשות במהלך ישיבות קבינט הנוגעות לתחום זה. הסוג השני, הערכות סיכונים ביחס לנסיעות בכירים בחו"ל, בהתייחס לאפשרות שיינקטו נגדם הליכים בפורום מדינתי או בין-לאומי. תפקידה של המחלקה ביחס להערכות סיכון לנסיעות בכירים יוזכר בקצרה כאן, אולם תוקדש לו תובנה פרטנית משל עצמו (ראה תובנה מס' 4 בהמשך).

28. הניסיון של מלאכת הערכת הסיכונים האניהרנטית לייעוץ משפטי מקדים לדרג המדיני, מלמד כי כך למשל, יכולים להיות מצבים מורכבים, בהם המסקנה המשפטית היא שאין מניעה, מבחינת המשפט הבין-לאומי, לבצע צעד מסוים, או שהכלל המשפטי עמום ומאפשר פרשנות לפיה אין מניעה לבצע את אותו צעד; ואף על פי כן, יכולות להיות השלכות וסיכונים במישור הבין-לאומי. מצבים אלה מצריכים איזון מורכב בין העניין בביצוע הצעד המדובר, ומידת הביטחון הקיימת בטיעון המשפטי מחד; לבין טיב ועוצמת הסיכונים הצפויים במישור הבין-לאומי. באופן דומה, ייתכנו מקרים בהם נדרש פיתוח של תזה משפטית חדשנית התומכת את הצעד המתבקש או הרחבה ופיתוח של תזה קיימת. במקרה כזה במסגרת הייעוץ המשפטי נשקל ונבחן חוזק הטיעון המשפטי ומידת חדשנותו ובהתאם האופן בו הוא צפוי להיתפס על ידי גורמים בזירה הבין-לאומית וההשלכות הנובעות מכך. כך למשל, כאשר מתבקש ייעוץ משפטי ביחס ליישום הדין על טכנולוגיות ויכולות חדשות מתפתחות, בחינת יעדים לתקיפה, בחינת שיטות פעולה, וכדומה (דוגמאות בהקשר זה כוללות פיתוח הכלי של סיכולים ממוקדים, הגדרת ארגוני הטרור כקבוצה חמושה מאורגנת – OAG – בהתאם לדיני המלחמה, בחינת אופן תחולת המשפט הבין-לאומי ביחס לפעולות צבאיות במרחבי הסייבר והחלל ועוד).
29. עוד יוער, כי בעולם של לוחמה משפטית, גם הדוגמא בולטת נוספת העוסקת בהיבטי הערכת סיכונים משפטית ושיקופם לדרג המדיני, כחלק מעבודת המחלקה, ניתן למצוא בעתירה שהגיש יקב פסגות בצרפת, אשר נפרט לגביה בהרחבה בהמשך. במקרה זה, המחלקה דאגה לשקף לדרגים הגבוהים ביותר במישור המדיני את ההשלכות ככל שתתקבל פסיקה, על ידי בית המשפט האירופי לצדק, ביחס לסימון מוצרים המיוצרים בהתייבשות היהודית ביהודה ושומרון כמוצרים שאינם מיוצרים בישראל וננקטו צעדים בהתאם להערכת הסיכונים.
30. בקרה השיפוטית כלפי ההחלטות של הדרג המדיני מגלמת יתרון חשוב נלווה לתחום, מעבר לערך החשוב של הבקרה כשלעצמה. אם בעבר היתה דעה חזקה לגבי אי שפיות של חלק מהסוגיות הרלבנטיות לתחום, הרי שככל שהעולם של הלוחמה המשפטית נהיה יותר דומיננטי, החשיבות של בקרה שיפוטית נהייתה משמעותית גם היא. עצם העובדה שנושא מסוים נדון על ידי בית המשפט העליון בישראל, אשר ניתח את הסוגיה ונתן דעתו עליה – מסייעת רבות בזירה המשפטית הבין-לאומית. כדוגמה לכך, ניתן לראות את פסק הדין שניתן על-ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 3003/18 בעקבות אירועי הפרות הסדר לאורך גדר הביטחון עם רצועת עזה בשנת 2018. על אף שהיה מדובר באירוע ביטחוני מתמשך, בית המשפט נדרש, תוך כדי המשך ההתרחשויות, לטענות המשפטיות העקרוניות של העותרים. בית המשפט קיבל את התשתית העובדתית שסיפקה המדינה ולא שלל את הבסיס המשפטי שעמד ביסוד עמדת המדינה. אמנם עדיין אין לדעת מה מידת ההשפעה בפועל שתהיה להחלטה זו של בית המשפט במסגרת אירועי לוחמה משפטית מסוימים, אולם עצם העובדה שהנושא הובא בפני בית המשפט, אשר נדרש לכך ולא הגיע לכדי מסקנה ששוללת את חוקיותה של הפעילות הצבאית – היא כשלעצמה וודאי בעלת ערך אשר יסייע גם במישורים אלה.
31. במישור אחר, כדוגמא ממחישה – שומרי הסף. לא ברור עד כמה זה יעזור אבל זה יעזור במידה כלשהי, שכן הנושא הובא בפני בית המשפט שקבע שבסוף במסגרת של הכללים ניתן לפעול, כולל הסוגיה של המסית המרכזי שמלצר נותן לה גיבוי. עצם זה שהיתה ביקורת שיפוטית והיא לא הגיעה למסקנה שאי אפשר לפעול – יש לה חשיבות. לצורך המחשה, הרי שחלק מההתמודדות עם אירועי הגדר הידועים בתור "שומרי הסף" – התפרצות האירועים האלימים בסמוך לגדר המערכת ברצועת עזה בשנת 2015 – היתה בין היתר, ביצוע הערכת סיכונים במישורים השונים. המדובר בדוגמה שמייצרת לא מעט אתגרים במישור המשפטי ולכן חשובה היתה ההבנה המעמיקה בתחומי הידע והייעוץ המשפטי שניתן. זוהי סיטואציה ייחודית עימה מתמודדת ישראל, כאשר מרביתם הגורפת של הגורמים המשפטיים בזירה הבינלאומית נוקטים עמדה שונה מזו של ישראל באשר למסגרת הדינים החלה על המקרה ובהתאם האופן שבו יש לבחון את הוראות הפתיחה באש. המחלקה פעלה בשיתוף ובתיאום עם

הפצ"ר לשם ביסוס המסגרת המשפטית הרלוונטית להוראות הפתיחה באש. זאת, בשים לב לביקורת הצפויה והסיכונים העולים ממנה והצורך לחזק ככל הניתן את הסוגיות שעשויות לעורר מחלוקת. לצורך כך נדרשה מומחיות הן בדיני מלחמה והן בדיני זכויות האדם וזאת על מנת לייצר מענה משפטי שיוכל להתמודד גם עם עמדת הרוב המבכרת את תחולת דיני זכויות האדם על הסיטואציה והיכולת להסביר את העמדה הישראלית בפני פורומים רלבנטיים בחו"ל (כדוגמת כנסים בין-לאומיים).

32. הערכת הסיכונים שבוצעה על-ידי המחלקה, כללה גם מלאכת מזעור נזקים אל מול הד"ח של ה UN Commission of Inquiry של מועצת זכויות האדם של האו"ם בנושא; היערכות לאפשרות של הגשת תביעות מדיניות כנגד המוזכרים בד"ח וביצוע שיחות הערכות סיכונים עם בכירים ביחס לנסיעות לחו"ל, בהתאם למסקנות.

33. סוגיית ה-ICC תפסה גם היא מקום מרכזי ביעוץ המשפטי שסיפקה המחלקה בעשור האחרון. זו דוגמה בולטת לכך שנוסף עוד נדבך להערכת הסיכונים שמבצעת המחלקה בכובעה הייעוצי. המחלקה יכולה לרשום לזכותה את העובדה, שסוגיית ה-ICC הוטמעה היטב אצל הדרג המדיני, ושוקללה בתוך תהליך קבלת ההחלטות. אחד האתגרים הכרוכים ביעוץ משפטי בנושא ה-ICC הינו העובדה שפוטנציאלית, הליכים ב-ICC עשויים להתייחס למגוון כה גדול של נושאים, על פני תקופת זמן כה ארוכה, באופן שעלול להקהות את תפיסת הסיכון כאשר באים לשקול אם לבצע צעד קונקרטי. אתגר נוסף, הקשור אליו, נובע מכך שהליכים ב-ICC מתייחסים בחלקם לנושאים אשר ישראל הרשמית חולקת על עצם הגדרתם כבלתי חוקיים, ורואה בהם כחלק מניהול חיי היומיום וסיפוק צרכי הבסיס של אזרחיה.

34. יש לתת את הדעת להשלכות עקיפות הנובעות מהתגברות תחום הלוחמה המשפטית, המספק רובד נוסף ליעוץ המשפטי הניתן לממשלה במישור הבין-לאומי. למעשה, מצד אחד יש רובד זה מוביל לאפשרות סכנה של מתן **משקל יתר** בעת קבלת החלטה על-ידי הדרג המדיני, ליעוץ המשפטי במישור של הערכת סיכונים בשני מובנים שונים. מחד, עולה חשש שמא מקבלי ההחלטות יתנו משקל יתר לסנקציות שעלולות להיגרם כתוצאה מהחלטותיהם, ויירתעו מקבלת החלטות מדיניות חשובות בשל נקיטה בזהירות יתר נוכח היעוץ המשפטי הנוגע להערכת הסיכונים. ואולם החשש אינו מתמצה בכך. מישור רלבנטי נוסף לחשש זה הינו בקצה השני של הסקאלה – שמא משקל היתר יתבטא בכך שהשיח הרלבנטי לקבלת ההחלטה ינוע משיח של ניתוח משפטי של כלל השיקולים הרלבנטיים, לכדי שיח המתמצה אך ורק בשאלת הסנקציות האפשריות לכל פעולה ("מה יקרה אם אפעל כך"). החשש הינו כי במקום בו הסיכון לסנקציה קטן – השיקול המשפטי עלול להיזנח כליל. למשל, בסוגית הפליטים – מרגע שהסנקציה האפשרית מתמצה בכדי גינוי באו"ם, וסנקציות משמעותיות יותר (כגון ICC) אינן עומדות על הפרק – ניתן משקל פחות ליתר השיקולים המשפטיים הרלבנטיים. ניתן לראות בכך סכנה מצד שני סכנה שלשל שמיטת הבסיס הערכי העומד ביסוד המשפט הבין-לאומי ואף זילות של השימוש בו והתמצותו כ, הציות למשפט הבינל הופך להיות יותר פופונקציה של חשש מהתוצאה במצב בו לא מציינים. מודלים ערכיים יותר של המשפט נזנחים. השיח אז משיח של מצב משפטי לשיח של מה יקרה לי אם – יש לכך השקפה שהדגש מוסט למצב השני. ואז בתחומים שאין סנקציה משמעותית – תהיה פחות נכונות לציית למשפט הבינל. למשל – המצב של הפליטים. ברגע שאין סנקציה, והסנקציה היחידה היא גינוי באום – זה נהיה משקל פחות אל מול אימים אחרים בתחומים אחרים כגון ICC. מצד שני עולה החשש יתר – מצב של חשש יתר, חשש להיות מעורבים בהוצאה לפועל של הפעילות המדיניות.

35. לסיכום, המסר – יעוץ משפטי בעולם של לומה משפטית, יש לכך ערך מוסף על פני היעוץ השוטף הרגיל – גם במישור של ההגנה בחול. ככל שיש יותר יעוץ משפטי – מצבנו בדיעבד בעולמות של הגנה משפטית יותר טוב.

36. אם אנחנו מסתכלים אז אנחנו כן רואים בשנים האחרונות ניתן לראות התעצמות של התפקיד של הייעוץ המשפטי בעולמות התוכן של מחלקתנו – מידת השיתוף בקבינט גדולה יותר, יש יותר עיסוק ומומחיות בתחום דיני המלחמה במשרד המשפטים, ניתן משקל משמעותי ליעוץ המשפטי בתחום המשפט הבין-לאומי. אומנם, תהליך זה הינו תהליך עצמאי בעל היקף רחב בהרבה מההקשר של לוחמה משפטית, אולם ניתן לראות בתחום זה כגורם נוסף שמוביל לא רק בגלל זה, אבל זה חלק מזהלחלך הרוח הנוכחי.

תחום הלוחמה המשפטית מזמן אתגרים מתפתחים לעולם הייעוץ המשפטי והערכת הסיכונים. מישור נוסף, אשר מהווה אחד הנדבכים המצויים בליבת עבודת המחלקה ביחס לביצוע הערכת סיכונים, הינו ייעוץ לבכירים ולנושאי משרה, ביחס לחשיפה משפטית אפשרית בחו"ל. על מלאכת הערכת הסיכונים הפרטנית נעמוד בהרחבה בתובנה מס' 4, אשר תוקדש למלאכה זו, אולם נציין כבר עתה כי אחד מיעדי העבודה החשובים של המחלקה הוא בביצוע מיפוי של מדינות לגביהן ניתן לזהות פעילות גוברת אשר עשויה להגביר את הסיכון לבכירים או למדינה, בתחום הלוחמה המשפטית, או היבטים אחרים המצביעים על סיכון כאמור. הליך הערכת הסיכונים אף נעשה, ככל שהדבר ניתן, באופן פרטני ביחס לנסיעות בכירים לחו"ל, כפי שיפורט בהרחבה בתובנה מס' 4 בהמשך.

קרי – אחת התובנות המשמעותיות של העבודה המהותית בתחום "הלוחמה המשפטית" התובנה הנלמדת מפרק זה היא שההקפדה על מתן ייעוץ משפטי שוטף וביצוע הערכות סיכונים שוטפות, מעבר לחשיבותה במצב הדברים הרגיל ביחס לתקינות התנהלות הממשלה, מספקת גם ערך נלווה בכל הנוגע לתחום ההולך וגובר של לוחמה משפטית. על מנת להגן בצורה אפקטיבית על האינטרסים של מדינת ישראל ועל בכירה. ככל שהחלטות נשענות יותר על ייעוץ משפטי, מעבר לחשיבות המהותית בכך שמתקבלות החלטות הלוקחות בחשבון את זוויות המשפט הבין-לאומי, כך גם האפשרות להתמודד עם נסיונות לוחמה משפטית כלפי אותן החלטות היא מבוססת יותר. יחד עם זאת, נדרשת מלאכת איזון עדינה בין השיקולים השונים הרלבנטיים לקבלת החלטות מדיניות, ובמיוחד נדרשת נקיטה בזהירות בשיח המשפטי מפני הפעלת משקל יתר מחד, או מיצוי השיח לכדי סיכויי סנקציות בלבד.

הערה של רועי לעצמו: אפשר לשקול להתייחס להשקפה שלממשלה יש זכות לעשות עלינו אובר רולינג, כשהיא מקבלת החלטות. ובמקביל עולה השאלה מה צריך להיות מתועד (כי אם נגיד לדרג המדיני שאסור והוא בוחר לעשות – זה אפילו יכול לסבך אותו במישור הסיכונים). נושא די רגיש ומורכב – רועי חושב שעדיף לא להיכנס אליו.

37. בעת הקמת המחלקה וגיבוש תחומי ואופן פעילותה, אחד הצעדים שהוחלט עליהם, כפי שמעוגן גם בהחלטת הקבינט ב/17, הוא הצורך ב"הקמת מערך התקשוריות במדינות יעד רלבנטיות בח"ל עם משרדי עורכי-דין מתמחים בתחום הבין-לאומי לצרכי קבלת שירותי ייעוץ וייצוג לפי צורך, בזמניות מיידית". הרעיון העומד מאחוריי אופן פעולה זה, נובע, בראש ובראשונה, בעיקר מכך שהליכים משפטיים במדינות זרות דורשים, מטבע הדברים, מומחיות בדיון הזר המקומי, כמו גם רישיון להופיע בפני בית משפט מקומי. לכן, מדובר בהכרח מקצועי בשכירת עורכי דין מקומיים הינו הכרח מקצועי לצורך קבלת שירותי ייעוץ וייצוג במדינות זרות. נוסף על כך, הצורך להיערך להליכים משפטיים במדינות זרות מראש נובע מכך הוא ההכרה בכך שהליכים משפטיים כדוגמת בקשות להוצאה של צווי מעצר, התפתחויות משפטיות בעת ביקור של בכיר במדינה מסוימת וכו' – נעשים בדרך כלל במסגרת סד זמנים צפוף, ללא התראה מוקדמת, ודורשים מענה דחוף. מנגד, הליך איתור מומחים רלבנטיים לצורך המקצועי, כמו גם הליכי ההתקשרות הבירוקרטיים עמם, כפי שיפורט בהמשך, הינם הליכים מורכבים הדורשים זמן המבוסס על הכרות מקצועית עם משפט מדינתי זר ופעולה במדינה הזרה. לצורך כך, בהסתכלות פרקטית, נדרש לזהות מבעוד מועד את המדינות בהן הסיכון המשפטי מוגבר ולאתר בהן משרדי עורכי-דין ומומחים מתאימים אשר יוכלו לסייע מיידית בקורות אירוע משפטי באותה המדינה, ואף יוכלו לסייע, קודם לכן, במיפוי הסיכונים באותה מדינה ובדרכי ההתמודדות המשפטיות האפשריות. המחלקה זיהתה את החשיבות האסטרטגית הטמונה בהרחבתה של רשת מקצועית של משרדים מומחים הזמינים למתן שירותים בעת הצורך.

38. בהתאם, המחלקה פועלת לזהות, יחד עם הצוות הבין-משרדי, מדינות בעלות פוטנציאל סיכון גבוה לקיומם של הליכים משפטיים במסגרתן. מדינות אלו, ככלל, יוגדרו כ"מדינות יעד" שהסיכון בהן מצדיק התקשרות מראש עם משרד עורכי דין מקומי, כמוגדר בהחלטת הקבינט. לצורך כך, המחלקה פועלת באופן הבא:

בחינת הידע הקיים ברשות המחלקה בתחומים הרלבנטיים - כך למשל, המחלקה תשקול לכלול מדינה שבה מערכת המשפט הפגינה נכונות לחקור ולהעמיד לדין אזרחים זרים בגין טענות להפרות של כללי המשפט הבין-לאומי, במסגרת עקרון "הסמכות האוניברסאלית". הדבר יישקל, למשל על בסיס נסיון העבר הספציפי של הליכים משפטיים במדינה מסוימת כנגד מדינת ישראל או בכיריה, ולעיתים גם על-פי פעילות מוגברת של המדינה המסוימת בתחום, גם אם אינה מערבת בשלב זה את מדינת ישראל ומתמקדת במדינות אחרות. זאת שכן, מתלוננים פוטנציאליים או ארגונים פרו-פלסטיניים הפעילים בתחום עשויים אף הם לזהות את ה"פוטנציאל" בהגשת הליכים במדינה זו גם כנגד מדינת ישראל, נוכח נכונותה של המדינה המסוימת לפעול בתחום זה; בנוסף, ככל שיש מידע ביחס לסוגיות משפטיות חשובות לתחום – הדבר נשקל גם כן. למשל, מדינה בה שיטת המשפט לא תעניק חסינות (על סוגיה השונים) – תזוהה כבעייתית יותר מבחינה משפטית, וזהו שיקול שעשוי להצביע על צורך בהתקשרות באותה מדינה, בשקלול של יתר השקולים כמובן. כמו כן מתייחסת המחלקה בשיקוליה **למידע מודיעיני**, ככל שקיים בנושא.

בנוסף, המחלקה לוקחת בחשבון את **זווית הראייה של משרדי הממשלה הרלבנטיים** החברים בצוות הבין משרדי. למשל, משרד החוץ עשוי להצביע על מדינה שהמחלקה שוקלת אם להגדירה כ"מדינת יעד" - כמדינה שביחס אליה היחסים במישור המדיני אינם מספקים. משכך, עשויה להיות חשיבות רבה יותר לשכירת עורכי דין על מנת להתמודד עם סיטואציות בעייתיות בתחום, שכן סביר כי המישור המדיני יהיה פחות רלבנטי לצורך מתן סיוע במסגרת ההליך המשפטי. כך, גם הנציגות המקומית עשויה להצביע על אירועים או מגמות בשטח אשר מעוררים סיכון ביחס להגשת הליכים משפטיים. לעיתים, גם נציגי הצבא מביאים לתשומת לב המחלקה בעיות "מן השטח" שהם נתקלים בהן ועשויות להוות

שיקול נוסף לצורך מקצועי בהתקשרות במדינה מסוימת. לשם הדוגמא – נציגי הצבא הצביעו על פניות רבות מחיילים הנושאים באזרחות כפולה, מחשש להעמדה לדין במדינת מוצאם על גיוס לצבא זר. בהקשר זה, הצבא ערך מיפוי והצביע על המדינות לגביהן מתעורר החשש האמור מקרב החיילים.

39. עם הקמת המחלקה בוצעה הערכת סיכונים ראשונית, אך מאז, בבואנו מדי שנה לשקול "מדינות יעד" חדשות או את הצורך ביציאה להליך מעין מכרזי חדש במדינה שההתקשרות בה תפוג בקרוב – המחלקה פועלת לפי העקרונות שתוארו מעלה.

40. בטרם נתאר בקצרה את הליך איתור עורכי הדין שמבצעת המחלקה, נבקש להציף הערה חשובה שיש לתת עליה את הדעת בבואנו לאתר עורכי דין זרים, ובכלל בקיומו של מערך ההתקשרויות של המחלקה: איתור משרדים **מתאימים** אשר בנוסף **מוכנים** להעניק שירותים משפטיים עבור מדינת ישראל – אינו דבר של מה בכך. מלכתחילה, התחומים הרלבנטיים לשירות המבוקש הינם, בחלקם, די ספציפיים ואף נישתיים (לדוגמא – איתור של משרד עורכי דין בתחום דיני הלחימה או משפט בין-לאומי פלילי). אשר על כן, איתור של משרד מתמחה בתחום באופן ספציפי איננו דבר קל. לעיתים, ייבחר משרד בעל מומחיות כללית בתחומים הנדרשים, אשר עם השנים, מעצם ההתקשרות עם מדינת ישראל, למד את התחום ומעמיק בו ובכך ירכוש את המומחיות הנדרשת.

41. לא זו אף זו, שלאורך השנים נתקלנו בסירוב של משרדים או מומחים שפנינו אליהם, לספק שירותים משפטיים עבור מדינת ישראל. כך למשל, לפני כארבע שנים, במסגרת הליך איתור משרד עורכי דין בהולנד בתיק שעניינו תביעה אזרחית שהוגשה נגד הרמטכ"ל לשעבר רא"ל (מיל') בנימין (בני) גנץ, ומפקד חיל האוויר לשעבר, האלוף (מיל') אמיר אשל, בגין תקיפה של חיל האוויר שארעה במהלך מבצע "צוק איתן" – מתוך שמונה משרדים מובילים שפנינו אליהם, רק שניים היו מעוניינים לייצג לנו בתיק. יתר המשרדים סירבו, כאשר חלקם מסרו כי משיקולי "חסי ציבור", הם אינם מעוניינים לספק את השירות המבוקש על-ידי מדינת ישראל.

42. נימוקים אלה, הם בין הנימוקים שמובילים אותנו לעמוד איתנה נגד בקשות לפרסם את שמות המשרדים עמם יש למחלקתנו התקשרויות ברחבי העולם ולשמור בסודיות על זהות המשרד עמו אנו מתקשרים.

א. הליך בחירת עורכי-דין במדינת יעד

43. לאחר קבלת החלטה ביחס למדינה שלגביה עולה צורך מקצועי להתקשר עם עורכי דין מקומיים, נעשה הליך – לא קצר – של בחירת המשרד המתאים. שלב הראשון בתהליך זה הינו איתור מועמדים רלבנטיים. לצורך כך, המחלקה מבצעת הליך משולב הכולל, בין היתר, חיפוש עצמאי באינטרנט, כגון בדרוגים רשתיים של משרדי עורכי הדין או בפרסומים פומביים אודות עורכי-דין שייצגו בתיקים מסוימים הדומים במהותם לשירות הנדרש על-ידינו; קבלת המלצות (כגון ממשרדי עורכי דין במדינות אחרות, המלצות של קולגות בתחום כגון נציגי רשויות מדינה מקבילות אשר אנו בקשרי עבודה קרובים ועוד).

44. בהתאם לאמור לעיל, ולאחר בחינת כישורי המומחיות של עורכי הדין לתחומי המשפט הנדרשים, מגבשת המחלקה רשימת מועמדים פוטנציאליים למתן שירותים משפטיים במדינת היעד המסוימת – אליהם פונה המחלקה במטרה לתאם ראיונות מקצועיים. הליך הראיונות מתבצע, ככלל, על-ידי נציג המחלקה העוסק בתחום ובעל נסיון קודם בהליכים מעין אלה (בדרך כלל מדובר בראש האשכול הרלבנטי או סגנו), יחד עם נציג משרד החוץ. לאחר מכן, נציג המחלקה שביצע את הראיונות מגבש מזכר כתוב, על דעת נציג משרד החוץ אשר השתתף בראיונות ובחתימתו של ראש האשכול. במזכר זה, נערכת סקירה של כלל המשרדים אשר רואיינו, תוך פירוט הקריטריונים שנשקלו לצורך המלצת המחלקה להתקשרות עם משרד נבחר בהליך. המזכר מועבר לוועדת המכרזים המשרדית, אשר היא שמקבלת את ההחלטה הסופית אודות משרד עורכי-דין עמו משרד המשפטים יתקשר לצורך המוגדר.

45. ההליך המתואר מעלה הינו ההליך ה"קלאסי" המתקיים לצורך התקשרות עם משרד מקומי במדינת יעד מסוימת. מסמך זה איננו מפרט את כלל ההליך הבירוקרטי שהמחלקה נדרשת לעמוד בו מבחינת ועדות המכרזים והפטור המשרדיות. נציין רק כי מדובר בהליך הכולל דרישות בירוקרטיות לא מבוטלות. בהקשר זה יצוין, כי על אף שניתן לפרש את הדין הישראלי ככזה שאינו חל על התקשרויות בחו"ל, ומשכך לכאורה לא מחייב את החלת החובות מתחום דיני המכרזים – הרי שבעת הקמת המחלקה הוחלט להחיל את רוח החוק והתקנות הרלבנטיות על התקשרויות המחלקה, למען הסדר הטוב של הדברים. זאת, אף שכאמור, לא בטוח שהדבר אכן נדרש. אם בתחילת הדרך היה נדמה שניתנת גמישות רבה יחסית, הרי שלאורך השנים, ומהתקשרות להתקשרות, הוספו דרישות בירוקרטיות לתהליך ההתקשרויות. אומנם, חשוב לציין, כי הגורמים הרלבנטיים במשרד המשפטים – כגון הלשכה המשפטית והחשבונות – מבינים את החשיבות הגלומה בהתקשרויות הללו ומשתדלים לתת מענה מקצועי הולם לסוגיות השונות שמתעוררות. יחד עם זאת, חשוב לתת את הדעת לכך שהשירות המסופק למשרד המשפטים בהקשרים שלנו, איננו שירות "צרכני" קלאסי. ההתקשרויות של המחלקה שונות באופיין ובטיבן מרכישה קלאסית של מוצר מוחשי טובת המשרד. אשר על כן, נדמה כי נדרשות התאמות וגמישות במערכת הכוללת של ההליך המעין מכרזי, כדי לאפשר למחלקה לספק את השירותים המשפטיים הנדרשים ממנה בצורה יעילה ואפקטיבית. נעיר, כי לאורך השנים נמצאו פתרונות נקודתיים לצרכים שעלו (כדמות של התקשרות דחופה עם עורך דין לצורך קבלת ייעוץ משפטי לנסיעה דחופה של בכיר מסוים). אולם, בסופו של יום, ניתן לומר בלב גלוי, כי התהליך הבירוקרטי המעין מכרזי מטיל נטל רב, אשר פעמים רבות מגיע על חשבון יעילות ביצוע העבודה וגזילת משאבים רבים. לטעמנו, נכון לבצע חשיבה מחודשת על החובות שייתכן ומוטלות למעלה מן הצורך בהקשר הזה, או על מנגנונים נוספים להקלה בפרן הבירוקרטי.

46. בסופו של יום, מדובר בהתקשרויות ייחודיות באופיין ובטיבן. במובן זה, ההפעלה של המנגנונים הקיימים של חוק חובת מכרזים, אשר ככלל נועדו לייעודים הקלאסיים של רכישת שירותים ומוצרים, אינם בהכרח מתאימים למקרה מיוחד זה. המדובר ברכישה של שירותים משפטיים בחו"ל בתחום רגיש המערב רבות את נושא הסכסוך. ספק בעינינו, אם הערכים ה"רגילים" של דיני המכרזים הם העומדים בהכרח במרכזו של הליך בעל אופי שכזה שספק שחובת השוויון היא הערך המגולם הרב בהליך, (יוער, כי ממילא חובת הפרסום איננה רלבנטית להליכים מעין אלה שכן מדובר במהלכים הנעשים מאחורי הקלעים ומשכך ממילא ההליכים אינם מפורסמים). מכלול נסיבות זה מעורר את השאלה אם לא נכון היה לייצר הסדר חוקי ייחודי לסוג התקשרויות זה.

ב. הפעלת עורכי הדין במדינות השונות

47. עם תום הליך ההתקשרות הבירוקרטי, מתחילה מלאכת העבודה וקבלת המידע הדרוש מעורכי הדין במדינות היעד. ככלל, בעת התקשרות במדינת יעד חדשה, מחברת המחלקה, בשיתוף הצוות הבין-משרדי, שאלון עבור משרד עורכי הדין. המדובר בשאלון גנרי בבסיסו, המותאם לאחר מכן לכל מדינה ספציפית. השאלון עוסק בתחומי העשייה המרכזיים של המחלקה (הקשורים להחלטת הקבינט ב/17), ומבקש את המידע הדרוש בתחומים אלו ביחס למדינת היעד, כגון: תחום החסינויות ויישומן במדינת היעד; סמכות שיפוט אוניברסאלית; דוקטרינות נוספות רלבנטיות מתחום סמכות השיפוט; הפרות של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי והטמעתן בחוק הפנימי (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, עינויים וכו'); שאלות בתחום דיני הפרוצדורה המקומיים, לרבות בתחום תשאלו עדים וחקירות פליליות; שאלות בתחום צווי מעצר וחירוף (בין-לאומיים, ארופאיים וכו'); הסגרה למדינות אחרות או טריבונאלים בין-לאומיים; הטמעת אמנת רומא בחוק הפנימי – וכיוצא בזה. כמו כן, עורכי הדין מסייעים בהכנת מסמכים או חוות דעת נדרשות, העוסקות בשאלות ספציפיות, כמו גם מעקב אחר התפתחויות משמעותיות בתחומי העיסוק הרלבנטיים במדינה הזרה.

48. הרעיון העומד מאחורי שאלונים אלו הוא בקבלת חוות דעת מסודרת, מבעוד מועד, הממפה את הנושאים העיקריים שיש להכיר מראש ולהיערך אליהם, ככל הניתן. כך למשל, שאלות בדבר חסינויות במדינת יעד מסוימת, עשויות להשפיע על הערכות סיכונים שוטפות לבכירים הנוסעים לאותה מדינה. הכרת הדין המקומי בתחומי העשייה הרלבנטיים, עשויה לסייע בקרות אירוע משפטי, אשר כאמור, על-פי רוב מתרחש בקבועי זמן צפופים. הכרת הדין הקיים מראש, עוזרת לטיפול בנושא הקונקרטי ולבחירה באסטרטגיה המתאימה בדחיפות, בהתאם לכלים העומדים לרשותנו, תוך התאמה לנסיבות הקונקרטיות של הדין המקומי וכן תורמת לגיבוש המומחיות והתמקצעותם של עורכי הדין המקומיים בתחומי העיסוק הנדרשים לצורך השרות המבוקש, אשר כאמור הינם נישתיים למדי.
49. מעבר לשימושים הראשוניים האמורים, הנעשים בסמוך לאחר ההתקשרות הראשונה במדינה היעד, הרי שישנם שימושים שוטפים במהלך ההתקשרות עם המשרדים במדינות השונות. השימוש הנפוץ ביותר הינו כמובן טיפול בהליכים משפטיים – אזרחיים או פליליים – ככל שהוגשו כאלו במהלך השנים. שימוש עיקרי נוסף, קשור למשימה שהוגדרה בהחלטת הקבינט ב/17 ביחס ל"ייעוץ לנושאי משרה בהווה ובעבר החשופים להליכים משפטיים בחו"ל". פעמים רבות, הבכירים (המכהנים ולשעבר) נועצים בנו לצורך הערכת סיכונים משפטית בטרם נסיעותיהם לחו"ל. במסגרת זו, חלק מהמקרים, על-פי שיקול דעת המחלקה בהתאם לנסיבות המקרה, מובא בפני עורכי הדין המקומיים לצורך קבלת חוות דעת ביחס להיקף הסיכון המשפטי שעשוי לנבוע מנסיעה מסוימת. להרחבה ביחס לשימוש זה, ומעריך הערכת הסיכונים לבכירים, ראו להלן פירוט בתובנה הבאה.
50. שימוש נפוץ נוסף הנעשה על-ידי המחלקה, הוא היעזרות במשרדים לצורך סיוע להתמודדות עם הליך משפטי, דווקא במדינה אחרת. פעמים רבות, חלק ממלאכת השכנוע והסיוע הנעשית אגב תיק מסוים במדינה מסוימת, מתייחסת לפרקטיקות הנהוגות במדינות אחרות. במובן זה, יש ערך מוסף רב לטעון בפני מדינה מסוימת, שצדדים משפטיים שהיא עשויה לנקוט אינם עולים בקנה אחד עם פרקטיקות ודינים של מדינות אחרות וכיצד הן היו נוהגות בסיטואציה דומה. כך למשל, בענין תיק זיאדה ה"ל בהולנד, כנגד גנץ ואשל, במסגרת בקשת הדחייה על הסף שהוגשה לבית המשפט בהולנד, כללנו פרק מקיף שמתאר את הפרקטיקה של מדינות אחרות באחד הנושאים המשפטיים שנכללו בבקשה (על-מנת להדגים לבית המשפט שהפרקטיקה המשפטית הנהוגה בישראל מקובלת גם במדינות רבות נוספות). לשם כך פנינו למשרדים במספר מדינות נוספות על-מנת שייסיעו בבדיקת איכות המחקר המשפטי שנערך במחלקתנו ביחס לדין בארה"ב, בקנדה, באנגליה ובאוסטרליה. הדבר נכון גם להכללת ישויות טרור מסוימות ברשימות של ישויות טרור במדינות שונות בעולם. לצרכי העלאת טיעונים רלבנטיים בנושא, נעזרה המחלקה בעורכי דין מקומיים במדינות רלבנטיות שאספו וניתחו פסיקה המלמדת על התייחסות של בתי המשפט לארגון ספציפי כארגון טרור במהותו, הגם שאותה פסיקה עסקה בהקשרים אחרים והתייחסה לנושא אך בצורה עקיפה (כגון פסיקה בנושאי הגירה). דוגמא נוספת היא חיזבאללה דזיגנציה....
51. בנוסף, עורכי הדין המקומיים מסייעים למחלקה ולצוות הבין-משרדי גם בגיבוש אסטרטגיה, הן ביחס לתיקים קונקרטיים, אולם הן באופן כללי כלפי זיהוי וניתוח התפתחויות משפטיות באותה מדינה והשלכותיהן כלפי האינטרסים של מדינת ישראל. במובן זה, שירותי ייעוץ וייצוג במדינה מסוימת מגלמים ערך מוסף, כגון הבנה טובה יותר של מערכות השלטון ואופן פעולתן, הבנה של תהליכי עבודה רוחביים שמתרחשים במדינה בזמן אמת (כדוגמת הליכי חקיקה ספציפיים בתחומים הרלבנטיים) ומעקב שוטף אחר התפתחויות משפטיות רלבנטיות לאינטרסים של מדינת ישראל והפרקטיקות המתרחשות באותה מדינה. אומנם זו איננה הסיבה שלשמה נשכרים עורכי הדין במדינת יעד, אולם בהחלט ניתן לראות במעקב אחר ההתפתחויות המתבצע על-ידיהם כערך מוסף נלווה בר חשיבות. זה ערך מוסף, זה לא הסיבה שבגללה אנחנו שוכרים אותם. אבל זה ערך מוסף שהם נותנים.

52. (להוסיף למעלה שעוזרים לנו לעקוב אחרי הפרקטיקה שמתרחשת, לייעץ לגבי המשמעויות של תהליכי חקיקה ספציפיים בתחום ועוד)
53. אלה הן רק חלק מהדוגמאות הכלליות לסוגי הנושאים שעשויים להעסיק את משרדי עורכי הדין במדינות היעד באופן שוטף. כמובן, שאופן ההפעלה והיקפו משתנה ממדינה למדינה, בהתאם לצרכים המקצועיים הנדרשים, כגון טיפול בתיקים פעילים במדינה המסוימת.
54. עוד יוער, מן הפן הבירוקרטי, כי ההתקשרות עם עורכי הדין איננה נעשית על בסיס "ריטיינר" חודשי קבוע, אלא התשלום נעשה פר ביצוע עבודה משפטית נדרשת. קרי – ככל שמשרד עורכי דין במדינת יעד לא הופעל באופן שוטף למשל, מעבר לעלויות הראשוניות של ביסוס תשתית משפטית ראשונית, הרי שכלל, עצם ההתקשרות עמו איננה כרוכה בתשלום נוסף. יחד עם זאת, המשרד עדיין זמין לשירות מייד, במידת הצורך, כפי שמורה החלטת הקבינט בנושא.
55. מניסיונו המצטבר בעשור האחרון מאז החלטת הממשלה על הקמת מערך התקשרויות ייעודי, אנו למדים שהקמת מערך כאמור הינה חיונית לעבודה בתחום, מספקת תוצאות בשטח והוכיחה את עצמה כיעילה, בעיקר מן הטעמים הבאים: ראשית, מדובר בהכרח מקצועי הנובע מעצם העובדה שמדובר בקבלת שירותי ייעוץ וייצוג במדינות זרות, דבר הדורש רשיון מקומי ומומחיות בדין המקומי הזר. שנית, מערך ההתקשרויות מגביר את מוכנות המדינה לאירועים מיידים המתרחשים בסד זמנים צפוף. שלישית, המערך מסייע גם בטווח ארוך למקצועיות ומומחיות של אנשי המחלקה במתן שירות מקצועי על-ידה ביחס לדין הזר. רביעית, קיומה של רשת שלמה של עורכי דין מאפשרת תמונה רוחבית כוללת. בין היתר, הרשת מספקת כלי השוואתי המחזק את הטיעונים המקצועיים בתיקים ספציפיים. יחד עם זאת, ניכר כי נדרשת חשיבה מחודשת באשר להתאמות הבירוקרטיות הנלוות לשירות זה.

56. בחלק מהתובנות הקודמות עד כה, הזכרנו את תפקידה של המחלקה בביצוע הערכת סיכונים כחלק מכובעה ה"ייעוצי". חלק בלתי נפרד ממלאכת הערכת הסיכונים, כרוך בביצוע הערכת סיכונים ספציפית לבכירים ונושאי משרה של מדינת ישראל, בין בהווה בין בעבר, בין בכירים ובין זוטרים. ניסיון העבר מלמד, כי חלק משמעותי מקמפיין הלוחמה המשפטית המנוהל כנגד מדינת ישראל, מופנה פעמים רבות באופן פרטני כלפי ראשי המדינה, שרים, חברי כנסת, מפקדים בצבא וכיוצא ב' (יורע, כי לא תמיד יהיה מדובר בנושאי משרה בכירים, כפי שיודגם בהמשך). זאת, על מנת להשיג יתרון בזירה המדינית-צבאית באמצעות פגיעה במוניטין שלהם (למשל כמפקד מנוסה או כמומחה בתחום הטרור) והשחרת שמותיהם (למשל מיתוגם כ"פושעי מלחמה"). כמו כן, הדבר נעשה בניסיון להרתיע, כמו גם להרתיע אחרים המצויים בתפקידים דומים, מביצוע פעולות לגיטימיות במסגרת תפקידם באופן שאף עשוי להשפיע על קידומם במישור המקצועי בעתיד. בנוסף, פרקטיקה זו משמשת כניסיון לעקוף חסמים משפטיים קיימים, כדוגמת חסינות ריבון זר – מגבלה המקשה על ניהול הליכים משפטיים כנגד המדינה עצמה בערכאות זרות ובין-לאומיות.

בשורה התחתונה, מיקוד הלוחמה המשפטית כלפי נושאי משרה ובכירים ישראלים, מהווה, הלכה למעשה, ניסיון ליצור הרתעה כלפיהם ושכמותם, להוביל לדה-מורליזציה עבורם, ולהטות דעת קהל באמצעות תהודה תקשורתית והשגים תודעתיים לתפוס כותרות – בגלל זה מאוד חשוב המערך.

57. בראייתנו, כניצי המחלקה המלווים את אותם נושאי משרה ובכירים, קיים ענין ערכי מן המעלה הראשונה במתן שירות משפטי עבורם. מעבר לחשיבות הרבה במניעת הרתעה כלפי משרתי ציבור ואישי צבא מביצוע תפקידיהם, קיים ערך מוסרי רב לסיפוק השירות האמור. זאת שכן, המדובר באנשים שפעלו למען המדינה וכעת מתמודדים עם נסיונות לרדוף אותם או לפגוע בהם בשל פעולות שביצעו ברשות ובסמכות לטובת המדינה. מסיבה זו, קיימת לטעמנו מחויבות ערכית של המדינה לגבות אותם ולספק להם מענה מקצועי והולם בהתמודדותם זו. אכן, בראייתנו, מערך הסיכונים והייעוץ לבכירים שמנהלת המחלקה נועד, מעבר לטיפול באירוע ספציפי כזה או אחר, לספק תחושת בטחון לבכירים ומשרתי הציבור של המדינה ולעמוד במחויבות המוסרית של המדינה כלפיהם – זאת בנוסף לחשיבות הגלומה במניעת הרתעה כלפי הפועלים עבור המדינה והתמודדות עם השפעות רוחב תודעתיות נלוות. גם בזירה הציבורית היעדר מענה לאנשים אלה לא יתקבל – יש להיות רגישים להבטים ציבוריים. חשובה תשומת לב גדולה לנושא הזה וטיפול מקצועי הולם.

58. פסקת בהתחלה: למה זה חשוב. המערכה היא בעלת מימד תודעתי (בהתחלה להוסיף) ושהרבה פעמים יש ניסיון של הצד השני להשיג כותרות והשגים תודעתיים ומעצר של בכיר ישראלי זה הישג מבחינתם. הדבר השני, יש לנו חובה כלפי האנשים – לדאוג להם, ואנחנו גם לא רוצים לייצר אפקט הרתעתי כלפי כל הבכירים ואנשי הצבא שלנו. בבצלחה של הצד השני היא לאו דוקא באירוע הספציפי אלא בכלי הרתעתי כלפי הבכירים? לכן חשוב לייצר אצל הבכירים הרגשת בטחון, גב שלנו, מענה מקצועי טוב. לבנות מחדש את הפסקה הראשונה כך שתסביר למה זה חשוב להקים מערך סיכונים: מחויבות מוסרית, הסכנה בקמפיין כזה כלפי האנשים עצמם והמדינה והשפעות רוחב תודעתיות. אולי לחלק לשתי פסקאות.

59. מרלין: לחזק על זה שחל גם על לשעברים, וגם חיילים זוטרים.

60.

61. בהקשר זה, קיימת חשיבות רבה ביצירת מנגנון הערכת סיכונים וייעוץ לבכירים, המבצע אינטגרציה בין הגורמים הרלבנטיים השונים במשרדי הממשלה, באופן דיסקרטי. נכון להיום, המנגנון פועל, בעיקר, באופן הבא:

62. ראשית, יש לזהות מראש את הבכירים בממשל המהווים מוקד אפשרי ללוחמה משפטית. כך למשל, ראשי המדינה והצבא שעמדו בראש מבצעים צבאיים אחרונים, פעמים רבות מהווים יעד לוחמה

משפטית פוטנציאלי. בנוסף, מעקב אחר פרסומים במרשתת באתרים חדשניים ומעקב אחר פרסומן של כתבות בקורתיות בעלות פרופיל גבוה בעלות פוטנציאל להוביל לנסיגות נקיטה בהליכים משפטיים – עשויות להצביע על יעדי לוחמה משפטית פרטניים כאמור. כך למשל, בשנת 2012 אתר פרו-פלסטיני פרסם במרשתת רשימה של כמאה שמות של טייסים לכאורה, עם מספרי זהות תאריכי לידה, ולגבי חלקם אף תמונות – בטענה כי ביצעו פשעי מלחמה⁷. זאת, במטרה מוצהרת שפרסום הנתונים יסייע לתשואל, חקירה ואף מעצרים של האנשים הנ"ל בעת נסיעותיהם בחו"ל. רשימה שמית דומה התפרסמה בעקבות אירועי המשט לגבי חיילים שנטען שהשתתפו באירועים וביצעו במסגרתם פשעי מלחמה⁸. יוער, כי לעיתים ייתכנו כמובן גם פניות זיומות של הבכירים/החיילים. בפרקטיקה בדרך כלל מדובר בחיילים או מפקדים החוששים לקראת נסיעותיהם לחו"ל ומבקשים לבדוק את הערכת הסיכונים הנוגעת לכך.

לצד הצורך בזיהוי הבכירים המצויים ב"קבוצת סיכון", ישנו הנדבך של הצורך למפות גם את המדינות בעלות סיכון גבוה להתקיימות שלהליכים משפטיים מעין אלה במסגרתן, כפי שפורט בתבונה מס' 3 לעיל. בהקשר זה, יש לשאוף להגדיר את המדינות שזוהו בהליך המיפוי כ"מדינות יעד" לצורך התקשרות עם משרדי עורכי דין מקומיים בהן, מראש, כפי שהוגדר בהחלטה 17/ב, כחלק מהיערכות לליווי נסיעות של בכירים ולהתמודדות יעילה עם הליכים משפטיים באותה מדינה, בסד זמנים מהיר.

חשוב לתת את הדעת על כך שהערכת הסיכונים נעשית על בסיס מידע שקיים בידנו, אשר איננו בהכרח מספק ומקיף דיו. כך למשל, פעמים רבות עשויות להיות תלונות במדינות זרות, אשר לא קיבלו כל פרסום פומבי ולא הגיעו כלל לידיעתנו. כך שהערכת הסיכונים מתבצעת, מטבע הדברים, תוך שיקוף המגבלות הקיימות. הדבר אף מחדד עוד יותר את הצורך במיפוי של מדינות יעד מלכתחילה והשימוש בעורכי דין מקומיים בסד זמנים צפוף, ככל שהדבר יידרש.

63. **שנית**, ככל הניתן, יש לתדרך מראש את הבכירים שהערכת הסיכונים מצביעה על אפשרות שהם סומנו כיעדים ללוחמה משפטית ובהקשר זה לספק להם תדריך כללי הנוגע לאופן התנהלות לקראת ובעת נסיעות לחו"ל. בהקשר זה, הצוות הבין משרדי מבצע חלוקת אחריות בין משרדי הממשלה חברי הצוות, לפי תחומי העיסוק של בכירים. כך למשל, דב"א אחראים לקשר השוטף מול חיילי ומפקדי צה"ל בהווה ובעבר, משרדי הממשלה אחראים לקשר עם שרים מכהנים או שרי עבר באותם משרדים, ומשרד המשפטים מרכז את הקשר אל מול יתר הבכירים⁹.

64. **שלישית**, יש לבצע הערכת סיכונים קונקרטית ביחס לנסיעות ספציפיות העומדות על הפרק. יודגש, כי, ככלל, נקודת המוצא היא שחשוב **לאפשר** נסיעות לחו"ל, להבדיל ממניעת נסיעות מחשש לאירועים משפטיים. זאת, שכן אם באופן שוטף נימנע מכך שהבכירים שלנו ייסעו בחופשיות בחו"ל – הרי שזה כשלעצמו יהווה הישג לצד השני במסגרת הלוחמה המשפטית שהוא מנהל כנגד מדינת ישראל. אשר על כן, ובמישור העקרוני, הצוות מונחה לבדוק את הסיכונים הכרוכים בנסיעה מסוימת, אך זאת מתוך הפעלת מחשבה על האמצעים הדרושים לנקיטה על מנת לאפשר בסופו של יום את הנסיעה המבוקשת.

65. הערכת הסיכונים נעשית באמצעות שילוב מוקדי הידע השונים המצויים במשרדי הממשלה. למשל, ככל שמדובר במפקד בצבא, דב"א יהיו אחראים לסיפוק המידע העובדתי ביחס לשירותו הצבאי,

⁷ ראה: <https://www.timesofisrael.com/pro-palestinian-site-publishes-what-it-says-are-100-israeli-pilots-names-and-id-details/>

⁸ ראה: *Turkish government releases identities of IDF soldiers who attacked the Mavi Marmara*

Americans United for Palestinian Human Rights (AUPHR) 26 September 2011. Available at: <http://www.auphr.org/index.php/news/5009-turkish-government-releases-identities-of-idf-soldiers-who-attacked-the-mavi-marmara>

יוער בהקשר זה, כי לעיתים הארגונים עשויים לערוך שימוש במידע פומבי שפורסם למשל ברשתות חברתיות על-ידי חיילים עצמם, ביחס למעורבותם במבצע כזה או אחר.

⁹ רמת הקשר נעשית בהתאמה לבכיר המסוים. כך למשל, לעיתים רחוקות יהיה מדובר בקשר ישיר של ראש המחלקה עם הבכיר – למשל כאשר מדובר בתדריך ראשוני לאותו בכיר. אולם, מעבר לתדריך הראשוני ובאופן שוטף, בדרך כלל, נציגי המחלקה הם שמצויים בקשר עם עוזרו של הבכיר או מאבטחו או בקשר ישיר עמו, בהתאם לנסיבות ובהתאמה לבכיר המסוים.

תפקידיו, פעולותיו, בירור שאלות עובדתיות ביחס לקיומה של אזרחות כפולה וכיוצא. משרד החוץ ישלים את הערכת הסיכון מן הפן המדיני, כגון טיב היחסים עם רשויות מדינת יעד הנסיעה, במידה ויתפתח אירוע משפטי במהלך הביקור, או מידע אקטואלי מן הנציגות בשטח לגבי התפתחויות מדיניות שיכולות להשפיע על שאלת הסיכון. משרד המשפטים יבצע בדיקה אל מול מידע עבר הקיים ביחס לניסיונות לנקיטה בהליכים משפטיים באותה מדינה, קיומם של תיקים תלויים ועומדים באותה מדינה (ככל שיש מידע על כך), וככל הנדרש גם יסייע בהליך היוועצות אל מול עורכי הדין המקומיים. לאחר כל זאת, יגבש הצוות עמדה ביחס לשאלה האם מדובר בנסיעה הכרוכה בסיכון גבוה, אם לאו. ככל שידובר בנסיעה בסיכון גבוה, נציגי הצוות הבין-משרדי מעדכנים את הממונים עליהם בדבר הנסיעה והסיכון המוערך, ומנהלים חשיבה משותפת על קיומם של אמצעים שיאפשרו להוציא לפועל את הנסיעה. בהקשר זה, הצוות ביצע מחקר משפטי בשעתו וגיבש מספר פתרונות אפשריים. כך למשל, פתרון משפטי שהצוות השתמש בו בעבר עבור נסיעות מתאימות, היה בדמות עיגון חסיונות "משלחת מיוחדת" לביקור מסוים.¹⁰ חסיונות משלחת מיוחדת נועדה להגן על משלחות שהוזמנו על-ידי מדינת הפורום ובכך מעניקה להן את היכולת לבצע את משימתן בשטחה של מדינה אחרת.¹¹ יוער, כי ניתן להשתמש בפתרון זה רק כשהדבר מתאפשר בנסיבות הביקור הספציפי, בבחינת אופי הביקור ומהותו. דוגמא לפתרון נוסף שננקט בעבר בביקורים שהנסיבות אפשרו זאת, כגון ביקורים במדינה בלגיה למשל אשר מטות של ארגונים בין-לאומיים ממוקמים בה - הוא השימוש בחסיונות הנוגעת לארגונים בין-לאומיים. החוק בבלגיה מעניק חסיונות לאנשים שהוזמנו רשמית לבלגיה על-ידי ארגון בין-לאומי המוצב בבלגיה ואשר יש לה עמו "הסכם מושב".¹² אשר על כן, פגישות מקצועיות שנקבעות עבור בכיר מסוים עם נציגים מארגון נאט"ו למשל, אמורים להיכלל תחת הגדרה זו. יחד עם זאת, יובהר כי פתרונות מסוג זה אינם דרך המלך ואף אינם רצויים כעניין שבמדיניות. כמו כן, לחסיונות מעין אלו יש מגבלות משפטיות ברורות, והן לאו דווקא יספקו הגנה להיבטי נסיעה אשר אינם קשורים למהות החסיונות (כגון שהייה פרטית, פגישות שאינן מול הממשל אלא למשל עם הקהילה היהודית ועוד). הצוות מונחה להוביל למציאת פתרונות ארוכי טווח אל מול מדינות בהן מתעוררים קשיים בנסיעות בכירים אליהן. זאת, על מנת לאפשר נסיעות בבטחה של הבכירים שלנו, ולהימנע מהצורך להשתמש בפתרונות מאולצים באופן שוטף.

66. בתום הליך זה, ובטרם הנסיעה, ככל שמדובר בנסיעה בסיכון, הבכיר יקבל תדרוך כללי מאת הגורם הממשלתי האמון על הקשר עמו.

67. **רביעית,** במקרים המתאימים ידאג הצוות הבין משרדי לליווי הנסיעה עצמה, בהתאם לנסיבות. כך למשל, עבור בכירים בסיכון גבוה, או נסיעות מסובכות מן הרגיל, יצייד משרד החוץ את הבכיר בפרטי איש קשר מהנציגות הרלבנטית לכל מקרה חריג שעשוי להתרחש. בנוסף, ככל שהצוות סבור שנסיבות המקרה מצדיקות זאת, יבדוק משרד המשפטים מול עורכי הדין המקומיים את זמינותם במועדי הביקור, ויבקש מהם להיות זמינים למקרה הצורך. כמו כן, השגרירות המקומית תעקוב אחר פרסומים בתקשורת על מנת להיות מעודכנים בזמן אמת אודות התפתחויות.

¹⁰ ראה: האמנה בדבר משלחות מיוחדות שנחתמה ביום 8 בדצמבר 1969; Sanger, Andrew and Wood, Sir; Michael, *The Immunities of Members of Special Missions* (March 6, 2018). The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, Tom Ruys, Nicolas Angelet, and Luca Ferro, eds., Forthcoming; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 22/2018.

¹¹ UN General Assembly, *Convention on Special Missions*, 8 December 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1400, p.231, available at: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf [accessed 27 January 2020]

¹² Article 1bis, paragraph 2 of the Preliminary Title to the the Belgian Code of Criminal Procedure

68. **חמישית,** נסיעות של בכירים ברחבי העולם, נותנות למחלקה אינדיקציה כשלעצמן על היקף הסיכון במדינה מסוימת. אשר על כן, המחלקה נוהגת לתעד את הנסיעות עליהן היא למדה בתהליך הערכת הסיכונים בצורה דיסקרטית. הדבר מסייע לצוות בעת מתן הערכות ביחס לסיכונים אפשריים לבכירים אחרים. כך למשל, באם המחלקה קיבלה פנייה לגבי ביקור צפוי של מר אולמרט, אשר כהן כראש ממשלה בתקופת "עופרת יצוקה", במדינה אירופאית מסוימת, הרי שביקור קודם של מר ברק, שכיח כשר בטחון בתקופת "עופרת יצוקה" ועבר ללא ארועים מיוחדים – עשוי להשפיע על ניתוח הערכת הסיכונים ביחס לביקורו הקרב של מר אולמרט. בהתאם, גם כאשר בכיר מסוים עובר תדרוך נסיעות כללי ראשוני, הוא נשאל על-ידי נציגי הצוות מהן המדינות בהן ביקר לאחרונה. כך, ככל שביקר במדינות בעלות פוטנציאל סיכון גבוה ללא תקריות, הדבר עשוי להשפיע על הערכת הסיכון ביחס לנסיעות עתידיות ליעד זה.

69. **שישית,** בטרם סיום התייחסותנו לנושא מערך סיכון הבכירים, חשוב לעמוד על חשיבות הרבה בשמירה על **דיסקרטיות** בקיום מערך הסיכונים עבור הבכירים. הצוות הבין משרדי העוסק בתחום הערכות הסיכון של הבכירים מודע היטב לחשיבות הרבה הגלומה בכך שהייעוץ יישמר דיסקרטי ככל הניתן וזאת ממספר טעמים שיפורטו להלן. למעשה, מערך הייעוץ לבכירים נשען באופן די מרכזי על יחסי אמון אל מול הבכירים – אשר רבים מהם אינם עוד נושאים בתפקיד רשמי. ככל שהבכירים יתרשמו כי ענייניהם הפרטיים אינם נשמרים בסודיות (למשל רבות מהנסיעות עשויות להיות נסיעות עסקים פרטיות ליעדים מסוימים), הרי שלא ימשיכו בשיתוף הפעולה עם מערך הסיכונים. כאמור, מערך זה אוצר בחובו מידע מועיל וחשוב עבור המדינה בהערכת הסיכונים הכוללת שהיא מבצעת, החורגת מאשר התועלת לבכיר המסוים. לא זו אף זו, אי שמירה על דיסקרטיות, מצד כלל המעורבים במערך, לרבות הבכירים עצמם, עלולה להוביל גם לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה עם מדינות אחרות, עלולה לשחק לידי הצד השני העומד מאחורי יוזמות הלוחמה המשפטית וכן לפגוע בטיפול עתידי בנושא. כך למשל, המידע אודות אילו מדינות זוהו על-ידי המחלקה כמדינות "יעד" שמדינת ישראל חוששת מחשיפה משפטית גבוהה במסגרתן, כפי שפורט בהרחבה בתבונה מס' 2, הינו מידע רגיש, שאילו ייחשף – עשוי לדרבן את הארגונים המובילים את הלוחמה המשפטית נגד מדינת ישראל למקד מאמציהם דווקא שם. לא זו אף זו, עצם העובדה שמדינת ישראל מפעילה משרדי עורכי דין מאחוריי הקלעים ובהתאם לאינטרסים שלה, ועל מנת לפעול במדינת היעד באופן שאינו בהכרח שקוף לה – מעלה חשש לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל אל מול אותה מדינת יעד¹³.

70. בנוסף, פעמים רבות, באם תיחשף פומבית העובדה שהצוות פועל לא פורמאלית אל מול רשויות המדינה המקומיות על מנת להסדיר חשיפת סיכון בנסיעות מסוימות – היא עלולה להוביל לפגיעה ביחסים עם אותה מדינה, כמו גם לשיבוש היכולת הפרקטית של מדינת ישראל להיעזר באמצעים אלו בעתיד. לשם ההמחשה, בקיץ 2018, בעקבות הערכת סיכונים שנערכה על-ידי הצוות הבין משרדי, נמסרה למר אולמרט המלצת הצוות להימנע מביקור המתוכנן לשווייץ. לצערנו, המידע אודות השתלשלות עניינים זו פורסם בסמוך לאחר מכן בכלי התקשורת. כתוצאה מכך, נמתחה בקורת בתקשורת כלפי הרשויות השווייצריות, בה נרמז שהקשר שלהם עם רשויות בישראל טרם הנסיעה מהווה סוג של שיבוש הליכי משפט מצד¹⁴. ברי, כי פרסומים מעין אלו עלולים לסכל את האפשרות של מדינת ישראל לפעול בדיסקרטיות מאחוריי הקלעים.

¹³ חשש דומה לפגיעה ביחסי החוץ של מדינת ישראל אף אושר על-ידי בית המשפט העליון בעתירה מנהלית הנוגעת לבקשת חופש מידע בענין ע"מ 6863/18 סניף' נגד משרד המשפטים ואח', אשר עסקה במערך ההתקשרויות של מחלקתנו, וספציפית להתקשרויות הנוגעות למאבק המשפטי ב-BDS.

¹⁴ ראו: Press Release: Euro-Med Monitor, **Switzerland should not bow to Israeli pressure**, 6 September 2019 <https://www.scoop.co.nz/stories/WO1909/S00046/switzerland-should-not-bow-to-israeli-pressure.htm> כמו כן, נמסר לנו אודות שאילתא שהועלתה בפרלמנט השווייצרי מחבר הפרלמנט קרלו סמרוגה, "מדוע שיתף משרד התובע הכללי במידע שימנע תשאול של אהוד אולמרט?"

71. הפרקטיקה של המחלקה ביחס להערכת סיכונים בנסיעות בכירים בח"ל, אשר פותחה בהקשרים של חשיפה להליכים במדינות, מהווה דגם ובסיס לפרקטיקה המתהווה בימים אלה, ביחס ל-ICC, עם ההחלטה שהתקבלה לאחרונה על-ידי תובעת בית הדין לפתוח. זאת, כמובן, תוך ביצוע התאמות הנדרשות לאור אופיו הייחודי של האתגר שמזמן בית הדין. פוטנציאלית, צו מעצר של בית הדין מרחיב את הסיכון הנשקף לבכירים שונים במעגל רחב יותר של מדינות (על פניו, מדובר ה- 123 מדינות החברות באמנת רומא שנושאות בחובה משפטית לשתף פעולה עם בית הדין, כמו גם מספר מדינות לא חברות שעשויות משקוליהן הן לבחור לשתף פעולה). מאחר שמדובר בפרקטיקה בהתהוות, לא נרחיב עליה עוד בנייר זה.

72. בראי השנים שחלפו, במסגרתן נצבר נסיון רב במתן ייעוץ לבכירים, מפקדים ומשרתי ציבור, ניכר כי ניהולו של מנגנון הערכת הסיכונים - בכפוף לעקרונות המנחים שתוארו מעלה - מתבצע באופן משביע רצון. ניכר, כי מדובר במנגנון שאכן יש בו צורך, ואנו רואים היענות מצד ה"לקוחות" - אשר נעזרים, מתייעצים ומוצאים בו ערך. ניתן גם לומר, כי אותם בכירים מפגינים, ככלל, קשיבות רבה לעצות הניתנות להם, ופועלים לפיהן. בסופו של יום, גם אם ארעו מקרים בודדים שאנשים נאלצו לשנות תוכניות נסיעה בשל הלוחמה המשפטית - הרי שבראייה הכוללת, במכלול הכללי, למרות הנסיון "לטרנט" את בכירה של מדינת ישראל, הקמפיין הגדול, סך הכל מערך נסיעות הבכירים ממשיך להתקיים, הבכירים מוסיפים אנשים ממשיכים ללטוס ולבצע את תפקידיהם כנדרש, או להנות מחופשות פרטיות. למנגנון הנסיעות יש, כך לטעמנו, תרומה רבה לכך. - אפשר לבדל את מרבית המקרים שאין בעיה לנסוע וגם לתת לאנשים תחשבה שיש מאחוריה גב והמדינה עומדת מאחוריהם.

73.

תובנה מס' 5 - יצירת מודעות של בכירים בממשל לשימוש בהתבטאויות כחלק מלוחמה משפטית

74. אחת מן התובנות שהעשור האחרון בתחום הלוחמה המשפטית מצביע עליהן – הוא החשיבות שיש ליתן לנושא של שימוש בהתבטאויות של בכירים ככלי כנגד מדינת ישראל.
75. נסיון העבר מלמד, כי התבטאויות של בכירים בדרג המדיני והביטחוני בנוגע לפעילויות צבאיות יכולות לשמש את הצד שכנגד בלוחמה המשפטית המתנהלת נגד ישראל. כך למשל, לעיתים התבטאויות של בכירים, אף אם לא שיקפו נכונה את המדיניות הרשמית של מדינת ישראל – משמשות את הצד שכנגד לביסוס טענות במישור המשפטי כנגד מדינת ישראל עצמה. קל וחומר, כאשר דברי הבכיר לכאורה אינם עולים בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי. לא זו אף זו, הדבר אף עלול להעמיד בסיכון את הבכיר הספציפי שהתבטא, כגון בדמות הגשת תלונות פליליות כנגדו באופן אישי.
76. עוד יצוין, כי הניסיון אף מלמד, כי פעמים רבות ישנו פער בין התבטאויות פומביות, או הרושם שהן עלולות ליצור אצל השומע, לבין ההחלטות שמתקבלות בחדרי חדרים, והמדיניות והצעדים שנקטים בפועל בעקבות זאת. השיח הציבורי והפוליטי עשוי להיות לעיתים, מעצם טיבו, תקיף ונחרץ ותופעה זו מתעצמת, באופן טבעי, בעתות לחימה. כך למשל, פעמים רבות, ישנן התבטאויות אשר נועדו לשדר מסר מרתיע לצד שכנגד כדי שיחדול בו מהמתקפה, או על מנת לנסות תחושת ביטחון בציבור הישראלי (מטרות לגיטימיות בפני עצמן); אלא שהתבטאויות אלה עלולות לשמש כ"ראיה" למדיניות ישראלית בלתי חוקית, אף על פי שהן אינן משקפות את המדיניות כהווייתה.
77. בהקשר זה, הצד שכנגד עורך שימוש בהתבטאויות בכירים כחלק מהלוחמה משפטית שהוא מנהל כנגד מדינת ישראל, ומנסה לקדם את הכללתן במסגרת **ד"חות של גופים בין-לאומיים**, כמו גם כביסוס משפטי להגשת תלונות ספציפיות כנגד הבכיר עצמו או בכירים אחרים במדינות שונות, ואף שימוש שנעשה לצרכי הגשות לטריבונאלים בין-לאומיים.
78. דוגמא בולטת, אשר במסגרתה התבטאויות של בכירים שימשו לצורך עבודת גופים בין-לאומיים ועוגנו במסגרת דוחות רשמיים בענין זה – ניתן למצוא ביחס למבצע "עופרת יצוקה". ביום 29 בספטמבר 2009 הוגשו מסקנות ועדת גולדסטון לבדיקת "כל ההפרות של משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הבינלאומי ההומניטארי שייחכן והתבצעו בכל פרק זמן במסגרת פעולות הלחימה בעזה".¹⁵ הד"ח כלל קביעות קשות לפיהן ישראל הפרה את המשפט הבין-לאומי הפלילי, הדין ההומניטארי, וזכויות האדם.
79. ד"ח ועדת גולדסטון ציטט אמירות של גורמים ישראליים לצורך ביסוס קיומה של מדיניות המפרה את כללי המשפט הבין-לאומי. בד"ח הוזכרו ציטוטים רבים של מפקדים צבאיים ונושאי משרה בכירים, בפרט בנוגע למטרות המבצע, וזאת על מנת לחזק את הטענה כי הפגיעה באזרחים וברכוש

¹⁵ ראו דו"ח ועדת גולדסטון: Human Rights Council, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. <http://unispal.un.org/pdf/AHRC1248.pdf> A/HRC/12/48 (2009).

אזרחי היו חלק ממדיניות מכוונת.¹⁷¹⁶ ראו למשל את אזכור התבטאותה של השרה ציפי לבני במהלך המבצע אשר לכאורה תומכת בתגובה 'פראית': "We have proven to Hamas that we have changed"

¹⁶ שם, בפסקה 1202 (הדו"ח מפנה לכתבה באתר ה-Independent <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israeli-cabinet-divided-over-fresh-gaza-surge-1332024.html>). ראו גם בפסקה 1324 בה מתייחס הדו"ח לעניין הכוונה לכאורה להחיל תנאים קשים על אוכלוסיית עזה על מנת שתחדול מתמיכה בחמאס. לשם כך נעשה שימוש באמירת השרה לבני לכאורה כי על הפלסטינים להבין כי "העסקים אינם כרגיל" וכי לא יתכן שילדים ישראלים יחיו תחת מתקפת טילים וחיי היומיום ברצועת עזה יימשכו כרגיל. עוד ראו למשל את אזכור התבטאותה של השרה ציפי לבני במהלך המבצע אשר לכאורה תומכת בתגובה 'פראית': "We have proven to Hamas that we have changed the equation. Israel is not a country upon which you fire missiles and it does not respond. It is a country that when you fire on its citizens it responds by going wild – and this is a good thing". כמו כן, אוזכרו מספר התבטאויות של סגן ראש הממשלה במהלך המבצע, **חבר הכנסת אלי ישי**, בעניין הרס בתים והרס רצועת עזה, ראו לדוגמה: *Statements by Israeli leaders to the effect that the destruction of civilian objects would be justified as a response to rocket attacks ("destroy 100 homes for every rocket fired") indicate the possibility of resort to reprisals*. שם, ראו התבטאויות ששוויכו לחבר הכנסת אלי ישי בדו"ח בפסקאות 1201-1200, 1300. ראו גם התבטאויות נוספות של ח"כ אלי ישי, בהן נעשה שימוש על מנת לתמוך בטענה כי ייתכן שהרס הבתים ברצועה נעשה כ"פעולת תגמול". שם, בפסקה 64.

התבטאות נוספת בה נעשה שימוש בדו"ח היא התבטאותו של סגן הרמטכ"ל דאז, האלוף (במיל) דן הראל הנוגעת לתקיפת תשתיות חמאס במהלך המבצע: **After this operation there will not be one Hamas building left**. *standing in Gaza, and we plan to change the rules of the game*. ראו דו"ח וועדת גולדסטון בפסקה 1212.

התבטאויות בעייתיות נוספות ניתן למצוא בדו"ח ועדת הבדיקה לאחר מבצע צוק איתן. Report of the independent international commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1 A/HRC/29/CRP.4 Available at:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIGazaConflict/Pages/CommissionOfInquiry.aspx> התבטאות של מח"ט גבעתי דאז, עופר וינטר, בראיון לחדשות 10:

There is no house that is not harbouring evil. It is amazing – every house. All these houses are full of explosives. This house here is a bunker and a Hamas command centre. (...) You see, I lost my way; the last time I was here there were still buildings here.

האמירה צוטטה בהקשר של הריסת מבנים אזרחיים ברצועת עזה. שם, בפסקה 334.

כמו כן, ניתן למצוא התבטאות של רס"ן אמיתי קרניק, אז שירת במפקדת זרוע הבינה: *"We don't want to confuse the troops, and that's the story. When I teach people to fight in a war, the civilian population is not supposed to be there, and if it is, I persuade it to keep away. In peacetime security, soldiers stand facing a civilian population, but in wartime, there is no civilian population, just an enemy."*

התבטאות זו נאמרה בהקשר ההרס שנגרם בעקבות התמרון הקרקעי ברצועה במהלך מבצע "צוק איתן". שם, בפסקה 245.

התבטאות בעייתית נוספת של שר הביטחון דאז אביגדור ליברמן, צוטטה באתר Times of Israel במהלך ההפגנות על הגדר. כך צוטט: "It has to be understood that there are no innocent people in Gaza... Everyone is affiliated with Hamas, they are all paid by Hamas, and all the activists trying to challenge us and breach the border are operatives of its military wing". התבטאות זו פורסמה ב-8 לאפריל 2018, בקישור הבא:

<https://www.timesofisrael.com/liberman-trump-didnt-consult-with-israel-on-syria-withdrawal>

¹⁷ שם, בפסקה 1202 (הדו"ח מפנה לכתבה באתר ה-Independent <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israeli-cabinet-divided-over-fresh-gaza-surge-1332024.html>). ראו גם בפסקה 1324 בה מתייחס הדו"ח לעניין הכוונה לכאורה להחיל תנאים קשים על אוכלוסיית עזה על מנת שתחדול מתמיכה בחמאס. לשם כך נעשה שימוש באמירת השרה לבני לכאורה כי על הפלסטינים להבין כי "העסקים אינם כרגיל" וכי לא יתכן שילדים ישראלים יחיו תחת מתקפת טילים וחיי היומיום ברצועת עזה יימשכו כרגיל. עוד ראו למשל את אזכור התבטאותה של השרה ציפי לבני במהלך המבצע אשר לכאורה תומכת בתגובה 'פראית': "We have proven to Hamas that we have changed the equation. Israel is not a country upon which you fire missiles and it does not respond. It is a country that when you fire on its citizens it responds by going wild – and this is a good thing".

כמו כן, אוזכרו מספר התבטאויות של סגן ראש הממשלה במהלך המבצע, **חבר הכנסת אלי ישי**, בעניין הרס בתים והרס רצועת עזה, ראו לדוגמה: *Statements by Israeli leaders to the effect that the destruction of civilian objects would be justified as a response to rocket attacks ("destroy 100 homes for every rocket fired") indicate the possibility of resort to reprisals*.

שם, ראו התבטאויות ששוויכו לחבר הכנסת אלי ישי בדו"ח בפסקאות 1201-1200, 1300. ראו גם התבטאויות נוספות של ח"כ אלי ישי, בהן נעשה שימוש על מנת לתמוך בטענה כי ייתכן שהרס הבתים ברצועה נעשה כ"פעולת תגמול". שם, בפסקה 64.

התבטאות נוספת בה נעשה שימוש בדו"ח היא התבטאותו של סגן הרמטכ"ל דאז, האלוף (במיל) דן הראל הנוגעת לתקיפת תשתיות חמאס במהלך המבצע: **After this operation there will not be one Hamas building left**. *standing in Gaza, and we plan to change the rules of the game*. ראו דו"ח וועדת גולדסטון בפסקה 1212.

התבטאויות בעייתיות נוספות ניתן למצוא בדו"ח ועדת הבדיקה לאחר מבצע צוק איתן. Report of the independent international commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1 A/HRC/29/CRP.4 Available at:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIGazaConflict/Pages/CommissionOfInquiry.aspx>

the equation. Israel is not a country upon which you fire missiles and it does not respond. It is a country that when you fire on its citizens it responds by going wild – and this is a good thing.¹⁸

80. דוגמא נוספת, ניתן למצוא בדו"ח ועדת הבדיקה של האו"ם לגבי אירועי ההפגנות על גדר הביטחון בעזה, במאי 2018,¹⁹ במסגרתו צוטטה ההתבטאות להלן של שר הביטחון דאז, אביגדור ליברמן:

*"I don't know who he is, a photographer, not a photographer – whoever operates drones above IDF soldiers needs understand that he is endangering himself."*²⁰

אמירה זו צוטטה במסגרת הדו"ח הנ"ל בפרק המתאר את תופעת ההפצה של דיס-אינפורמציה באמצעי התקשורת על ידי שני הצדדים במהלך ההפגנות באשר לזהות המפגינים בכלל, ובפרט בנוגע לעיתונאי שנהרג לכאורה מאש צה"ל.²¹ הקורא את התבטאותו זו של שר הביטחון ליברמן עשוי לסבור כי שר הביטחון משקף תפיסה לפיה לא צריכה להיות הבחנה, ואולי אף לא נעשית בפועל הבחנה, בין עיתונאים לפעילים המשגרים רחפנים מעל כוחות צה"ל. כידוע, עקרון ההבחנה הוא בין העקרונות המרכזיים ביותר בדיני הלחימה, ולפיו יש להבחין בין לוחמים ואזרחים בשדה הקרב על מנת להימנע מפגיעה באזרחים. עקרון ההבחנה מהווה עיקרון מנהגי, אשר ישראל מיישמת בפעולותיה. אשר על כן, ברי כי אמירה שכזו מפי שר הביטחון, אשר נועדה בוודאי על מנת להרתיע את חמאס ואולי אף להימנע מפגיעה בחיי אזרחים, עלולה דווקא לשמש את ועדת הבדיקה של האו"ם בהפרכת טענותיה של מדינת ישראל כי היא אכן נשמעת לדיני המלחמה בכלל ולעקרון ההבחנה בפרט.²²

81. כאמור, שימוש בהתבטאויות של בכירים במסגרת "לוחמה משפטית נעשה גם במסגרת הגשת תלונות ספציפיות כנגד הבכיר עצמו או בכירים אחרים, במדינות שונות, כמו גם שימוש שנעשה לצורכי הגשות לטריבונאלים בין-לאומיים..

82. דוגמא בולטת להתבטאויות בכירים ששימשו את הצד שכנגד ניתן למצוא ב ההתבטאויות השונות של מנהיגי המדינה, במהלך מבצע "עופרת יצוקה", כאשר ארגונים השתמשו בהתבטאויות במסגרת תלונות פליליות שהגישו כנגד אותם בכירים במדינות ספציפיות. כך למשל, שרת החוץ דאז, גב' ציפי לבני, היתה מושא תלונות במדינות שונות. לפי המידע שיש בידינו, חלק מן התלונות שהוגשו נגדה

התבטאות של מח"ט גבעתי דאז, עופר וינטר, בראיון לחדשות 10 :
"There is no house that is not harbouring evil. It is amazing – every house. All these houses are full of explosives. This house here is a bunker and a Hamas command centre. (...) You see, I lost my way; the last time I was here there were still buildings here."

האמירה צוטטה בהקשר של הריסת מבנים אזרחיים ברצועת עזה. שם, בפסקה 334.
כמו כן, ניתן למצוא התבטאות של רס"ן אמיתי קרניק, אז שירת במפקדת זרוע היבשה :
"We don't want to confuse the troops, and that's the story. When I teach people to fight in a war, the civilian population is not supposed to be there, and if it is, I persuade it to keep away. In peacetime security, soldiers stand facing a civilian population, but in wartime, there is no civilian population, just an enemy."

התבטאות זו נאמרה בהקשר ההרס שנגרם בעקבות התמרון הקרקעי ברצועה במהלך מבצע "צוק איתן". שם, בפסקה 245.

התבטאות בעייתית נוספת של שר הביטחון דאז אביגדור ליברמן, צוטטה באתר Times of Israel במהלך ההפגנות על הגדר. כך צוטט : "It has to be understood that there are no innocent people in Gaza... Everyone is affiliated with Hamas, they are all paid by Hamas, and all the activists trying to challenge us and breach the border are operatives of its military wing".
התבטאות זו מורסמה ב-8 לאפריל 2018, בקישור הבא :
<https://www.timesofisrael.com/liberman-trump-didnt-consult-with-israel-on-syria-withdrawal/>

איתן – צריך לבדוק ולסדר את ה"ש" הזה בבקשה

התבססו, בין היתר, על התבטאויותיה בתקשורת בתקופת המבצע.²³ דוגמא נוספת ניתן למצוא בתלונה שהוגשה כנגד עשרה בכירים ישראלים בנורבגיה, גם כן ביחס למבצע "עופרת יצוקה". לטענת המתלוננים, המבצע הישראלי בעזה נועד להעניש בעונש קולקטיבי את כל תושבי עזה על מעשי החמאס. מטרתו אלו, לטענת המתלוננים, גובו בהצהרות של מנהיגים פוליטיים וצבאיים ישראלים. לטענת המתלוננים (שישה עורכי דין מקומיים), המבצע הישראלי בעזה נועד להעניש בעונש קולקטיבי את כל תושבי עזה על מעשי החמאס. מטרתו אלו, לטענת המתלוננים, גובו בהצהרות של מנהיגים פוליטיים וצבאיים ישראלים וביניהם גם הנשיא שמעון פרס, שהצהיר לדבריהם ביום 14 בינואר 2009 כי "מטרתנו היא להכות באנשי עזה כך שיאבדו את התיאבון להמשיך ולירות לעברנו".²⁴ מכך, לדבריהם, ניתן ללמוד כי הפשעים המתוארים בתלונה בוצעו בכוונה תחילה.²⁵ ציון, כי אף בהחלטת התביעה בנורבגיה לסגור את התיק ושלא לפתוח בחקירה פלילית, ביטאה התביעה ספקנות ביחס לנכונות ישראל לחקור את עצמה - זאת בין השאר, על בסיס התבטאויות של בכיריה.²⁶ מגמה זו של שימוש בהתבטאויות בכירים לביסוס תלונות פליליות במדינות זרות נמשכה גם בתלונות מאוחרות יותר, כגון כאלו שהוגשו בעקבות מבצע "צוק איתן".²⁷ גם זאת, ציון, כי בעוד אמירות של בכירים ישראליים עלולות לעורר דאגה בנוגע לרצונה של ישראל לחקור את עצמה, לא מן הנמנע כי ההתבטאויות כפי שהוצגו בתקשורת הוצאו מהקשרם מהקשרן.²⁸ יוער, כי הערה זו נעשתה, במידה רבה, בזכות עבודת מחלקתנו בשיחות לא פורמאליות בנושא.

Commented [VS6]: יש שיבוש כלשהו במספור של הערות השוליים בפרק זה – איתן אודה לסיועך

²³ ראו להלן ציטוט רלבנטי (ריגש) מתוך התלונה שהוגשה כנגד גבי לבני בשוויץ (ההדגשות אינן במקור):

"As Minister of the Israeli Government during the period covered by those facts, Mrs. LIVNI shares the responsibility for the crimes that were committed. For that matter, **she has recognized such a responsibility, openly, in statements she made to the press.** She hence has stated that during the conflict **"no mercy will be shown"**. On January 13, 2009, she has indicated **"We have proven to Hamas that we have changed the equation. Israel is not a country upon which you fire missiles and it does not respond. It is a country that when you fire on its citizens it responds by going wild – and this is a good thing"**. On January 19, 2009, during an interview on the Israeli Network Channel 10 News, Mrs. LIVNI has also claimed: **"Israel demonstrated real hooliganism during the course of the recent operation, which I demanded"**.

²⁴ בעניין זה ראו:

"Israel's aim was to provide a strong blow to the people of Gaza so that they would lose their appetite for shooting at Israel" Ben White, "Israel wanted a humanitarian crisis", *The Guardian*, 20 January 2009. available at: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2009/jan/20/gaza-israelandthepalestinians>

²⁵ "On 14 January 2009, for example, President Simon Peres told the American Israel Public Affairs Committee that **"Israel's aim was to provide a strong blow to the people of Gaza so that they would lose their appetite for shooting at Israel."** הובא מתוך תלונה שהוגשה בנורבגיה בעקבות מבצע "עופרת יצוקה" בנורבגיה בשנת 2009. ההתבטאות מצוטטת בעמוד 6 לתלונה.

²⁶ עם זאת, ציון, כי בעוד אמירות של בכירים ישראליים עלולות לעורר דאגה בנוגע לרצונה של ישראל לחקור את עצמה, לא מן הנמנע כי ההתבטאויות כפי שהוצגו בתקשורת הוצאו מהקשרן. יוער, כי הערה זו נעשתה, במידה רבה, בזכות עבודת מחלקתנו בשיחות לא פורמאליות בנושא.

²⁷ כך למשל, ביחס למבצע "צוק איתן", צוטט גיורא איילנד באמירתו במאי 2014 כי: [there are no innocent civilians in Gaza] "all of them are as responsible for the current violence as the Islamic movement Hamas" מתוך: תלונה שהוגשה בארגנטינה בבית המשפט המחוזי בקורדובה ב-2014, תרגום לא רשמי, בעמוד 18. לאחר בדיקה, נמצא כי האמירה עצמה צוטטה בכתבה באנגלית שפורסמה ע"י מר איילנד ב-8 למאי 2014. ראו קישור לכתבה: (<https://www.vnetnews.com/articles/0,7340,L-4554583,00.html>)

²⁸ Complaint filed against Israeli leaders for alleged war crimes, etc., in Gaza. Decision to drop the case without criminal investigation (6.11.09). תורגם מנורווגית – ראו עמ' 7 לתרגום התלונה: (להעתיק את הציטוט ולא כתמונה – החל מ-...there is hardly...context):

...white phosphor¹³, which is part of the present complaint. There is hardly any doubt that Israel possesses the ability, including the necessary institutions, to conduct the criminal investigations. However, past experience, among other things, gives rise to doubt as to whether there is a sufficient and unambiguous will to conduct a criminal review. Certain statements by Israeli political leaders may give cause for concern in this respect, although it cannot be ruled out that the statements, as presented in the media, have been taken out of context. The fact that

83. יודגש, כפי שהזכרנו בפתח דברינו, כי הסיכון האמור חורג מהמישור של ערכאות מדיניות, גם לעבר חשיפה לסיכון אפשרי, לאותו בכיר ולבכירים אחרים, **בטריבונאלים בין-לאומיים**, כדוגמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. משרד התובעת עוקב מקרוב אחר התפתחויות בישראל, והנחת המוצא הינה שכל התבטאות "בעייתית" של בכיר ישראלי בנושאים הרלוונטיים לבדיקה המקדמית של משרד התובעת, מתועדת ויכולה לבוא לידי ביטוי בהחלטות עתידיות על חקירה והעמדה לדין. על כך יש להוסיף, כי גם הפלסטינים ותומכיהם דואגים כל הזמן להזין את משרד התובעת במידע ודוחות הכוללים, בין השאר, התייחסויות להתבטאויות של בכירים ישראלים, במטרה לבסס את הצורך במיצוי הדין עם מי שאחראים, כביכול, ל"פשעים" שבוצעו לטענתם בשטחים.²⁹

84. מן האמור לעיל עולה כי מעבר לקושי שהתבטאויות מסוימות של בכירים מציבות בפני מדינת ישראל, ביחס למחויבויותיה לעקרונות המשפט הבין-לאומי בכלל, ולדיני הלחימה בפרט, הרי שלהתבטאויות כגון הדוגמאות שהובאו לעיל עלולה להיות השלכה מרחיקת לכת כלפי הבכיר עצמו ובכירים נוספים. המנעד עשוי להשתנות, בהתאם לאופי ההתבטאות, בין לקיחת אחריות מטעם הבכיר על פעולה צבאית מסוימת – ככל שההתבטאות מכירה בכך שהבכיר הוא שאישר את אותה פעולה צבאית – דרך התבטאויות שמטילות ספק באפשרות של מדינת ישראל לבדוק ולחקור את עצמה ובכך מקשות על התביעה המקומית לסגור את התיקים – ועד להתבטאויות שאינן הולמות את עקרונות דיני הלחימה, בין אם ביחס לאירועים ספציפיים, ובין ביצירת ביסוס למדיניות כאמור. משכך, התבטאויות אלו עלולות לשמש כ"נשק" כנגד אותו בכיר באופן פרטני, בתלונות שיכוונו אליו, בטענה לכך שביצע בעצמו פשעים בין-לאומיים, כמו גם כלפי בכירים אחרים רלבנטיים.

85. לא זו אף זו, שמעבר לחשיפה שיוצרת התבטאות בעייתית לבכיר עצמו, הרי שעצם השילוב של התבטאותו במסגרת דוחות של מוסדות בין-לאומיים, יוצר אף הוא סיכון מוגבר לבכיר ובכלל. כך למשל, התלונות ביחס למבצע "עופרת יצוקה" בשווייץ ובאנגליה, מתייחסות לדו"ח גולדסטון ה"ל, תוך ניסיון להצביע על מסקנותיו כעל ביסוס משפטי להוכחת התקיימותן של העבירות הנטענות בתלונה, כלפי הבכירים הנזכרים בה. בהקשר זה, כפי שצוין לעיל, האפשרות של המתלוננים להפנות לדו"ח של גוף בין לאומי כדוגמת מוסד של האו"ם, עלולה לחזק את התשתית המשפטית והביסוס העובדתי הנדרש, ולהעניק תדמית אובייקטיבית ומהימנה לנטען בתלונה.³⁰ אכן, יש לקחת בחשבון כי התבטאויות בכירים לעיתים יחשפו דווקא בכירים אחרים לסיכון להליכים משפטיים במדינות זרות או לנסיגה לביסוס מדיניות של המדינה בנושא – קרי, הסיכון לחשיפה חורג מהבכיר הספציפי שהתבטא בענין ואיננו מוגבל רק כלפיו. כך למשל, התבטאות של גיורא איילנד אשר צוטטה בתלונה שהוגשה בארגנטינה ביחס למבצע "צוק איתן", מתייחסת לאמירה לכאורה לפיה הפלסטינים ברצועת עזה אשמים באלימות המתרחשת כעת ברצועה כפי שאזרחי גרמניה היו אשמים

²⁹ לשם הדוגמא, דו"ח גולדסטון עצמו ממליץ למועצת זכויות האדם של האו"ם להגיש באופן רשמי את הדו"ח למשרד התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי. כמו כן, כדוגמא לשימושים שעורכים ארגונים שונים בדוחות האמורים, במסגרת הגשות לבית הדין ניתן לציין את פניית ארגון אל-חאק לבית הדין הפלילי הבין לאומי, במסגרת נייר עמדה שהגיש בשנת 2009, הנשען על דו"ח גולדסטון: Al-Haq Position Paper on Issues Arising from the Palestinian Authority's Submission of a Declaration to the Prosecutor of the International Criminal Court under Article 12(3) of the Rome Statute 14 December 2009 http://iccforum.com/media/background/gaza/2009-12-14_Kearney-Al_Haq_Position_Paper.pdf

בנייר עמדה זה מזכיר הארגון את המלצת דו"ח גולדסטון להפנות את הפשעים נשואי הבדיקה בדו"ח לבית הדין הפלילי הבין לאומי. עוד הזכיר הארגון את דו"ח גולדסטון על מנת לבסס תשתית משפטית לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות על ידי צה"ל ברצועת עזה. לאורך נייר העמדה, מבסס הארגון את בקשתו כי יש להביא לדין את מבצעי הפשעים הללו כפי שתוארו בדו"ח ממצאי וועדת גולדסטון. כך למשל, ביחס למבצע "צוק איתן", למשל, צוטט גיורא איילנד באמירתו במאי 2014 כי: [there are no innocent civilians in Gaza] "all of them are as responsible for the current violence as the Islamic movement Hamas" מתוך: תלונה שהוגשה בארגנטינה בבית המשפט המחוזי בקורדובה ב-2014, תרגום לא רשמי, בעמוד 18. לאחר בדיקה, נמצא כי האמירה עצמה צוטטה בכתבה באנגלית שפורסמה ע"י מר איילנד ב-8 למאי 2014. ראו קישור לכתבה: (<https://www.vnetnews.com/articles/0,7340,L-4554583,00.html>)

במעשיו של היטלר, וכי אזרחי גרמניה שילמו על כך מחיר כבד, ובצדק.³¹ יצוין, כי מר איילנד אינו אחד מהנילוונים בתלונה זו, והתבטאויותיו מובאות בנספחי התלונה, ככל הנראה, כניסיון לביסוס תשתית עובדתית למדיניות הישראלית של תקיפת אזרחים ברצועת עזה.³² עוד מצוטטת בנספחי התלונה התבטאות של ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, בכתבה בתקשורת במהלך מבצע "צוק איתן".³³ יודגש, כי הסיכון האמור חורג מהמישור של ערכאות מדיניות, גם לעבר חשיפה לסיכון אפשרי, לאותו בכיר ולבכירים אחרים, **בטריבונאלים בין-לאומיים**, כדוגמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. משרד התובעת עוקב מקרוב אחר התפתחויות בישראל, והנחת המוצא הינה שכל התבטאות "בעייתית" של בכיר ישראלי בנושאים הרלוונטיים לבדיקה המקדמית של משרד התובעת, מתועדת ויכולה לבוא לידי ביטוי בהחלטות עתידיות על חקירה והעמדה לדין. על כך יש להוסיף, כי גם הפלסטינים ותומכיהם דואגים כל הזמן להזין את משרד התובעת במידע ודוחות הכוללים, בין השאר, התייחסויות להתבטאויות של בכירים ישראלים, במטרה לבסס את הצורך במיצוי הדין עם מי שאחראים, כביכול, ל"פשעים" שבוצעו לטענתם בשטחים.³⁴

86. **אשר על כן, בכיר המתבטא באופן בעייתי, כמתואר לעיל, חושף את עצמו, כמו גם בכירים אחרים ואת מדינת ישראל עצמה - לסיכון מוגבר של מהלכים משפטיים בזירה הבין-לאומית.** הסיכון אף מקבל משנה תוקף, כאשר ההתבטאויות מצוטטות ומוזכרות בדוחות של גופים ומוסדות בין-לאומיים. במסגרת זו, אף אם לכאורה לתוצרי העבודה של אותם גופים אין מעמד משפטי מחייב, הרי שבפרקטיקה אנו רואים שימוש נרחב באותם דוחות, בטענה כי הינם אובייקטיביים ומהימנים – כדי לבסס מהלכים משפטיים בזירות אחרות, כדוגמת טריבונאלים בין-לאומיים וערכאות מדיניות זרות. אשר על כן, ההתבטאויות הבעייתיות, ודאי כאשר הן משולבות בדוחות של מוסדות בין-לאומיים – מהוות רוח גבית להגשת תלונות פרטניות, כמו גם לאפשרות לביסוס עובדתי לאותן טענות.

87. עד כאן הצגנו את התבונה בדבר הסיכון הכרוך בהתבטאויות של בכירים והשימוש שנעשה בכך במסגרת הלוחמה המשפטית המתנהלת כנגד מדינת ישראל והעבודה, **כי בכיר המתבטא באופן בעייתי, כמתואר לעיל, חושף את עצמו, כמו גם בכירים אחרים ואת מדינת ישראל עצמה - לסיכון מוגבר של מהלכים משפטיים בזירה הבין-לאומית.** אך האתגר אינו מסתכם בכך. ניתן לומר, בגילוי לב, כי הנושא של התבטאויות הבכירים מהווה איזושהי נקודת תורפה בעבודתנו, שכן, מטבע הדברים, קשה לשלוט על התבטאויות מעין אלו. במישור המדיני, בכירים רבים רואים חשיבות עצומה בהתבטאויות, לעיתים תקיפות ונחרצות, וזאת לצורכי העברת מסרים מדיניים, הרתעה, ושמידה על מוניטין ותדמית של מדינת ישראל, כמו גם מטרות חשובות נוספות. הסיכון של חשיפה להליכים בין-לאומיים הוא רק היבט אחד מבין רבים שהדרג המדיני והצבאי הבכיר צריך לקחת בחשבון, והוא לא בהכרח הראשון שבהם. מבחינה מעשית, הדבר מטיל נטל על המתבטא, בדמות הצורך להעביר את מסריו דרך מסננת

³¹ שם, בעמוד 18 לתלונה. ראו ציטוט במקור ממנו נלקחה ההתבטאות: "they [Palestinians] are to blame for this situation just like Germany's residents were to blame for electing Hitler as their leader and paid a heavy price for that, and rightfully so."

³² ראו עמוד 17-18 לתלונה.

³³ "Israel must be ready for a 'prolonged' military operation in the Gaza Strip and will 'act aggressively' until the mission is completed."

התבטאות זו מופיעה בעמוד 18 לתלונה. ראו מקור באתר CBS News מתאריך 28 יולי 2014:

<https://www.cbsnews.com/news/israels-netanyahu-there-is-no-war-more-just-than-this>

³⁴ לשם הדוגמה, דו"ח גולדסטון עצמו ממליץ למועצת זכויות האדם של האו"ם להגיש באופן רשמי את הדו"ח למשרדי התובע של בית הדין הפלילי הבין-לאומי. כמו כן, כדוגמה לשימושים שעורכים ארגונים שונים בדוחות האמורים, במסגרת הגשות לבית הדין ניתן לציין את פניית ארגון אל-חאק לבית הדין הפלילי הבין לאומי, במסגרת נייר עמדה שהגיש בשנת 2009, הנשען על דו"ח גולדסטון: Al-Haq Position Paper on Issues Arising from the Palestinian Authority's Submission of a Declaration to the Prosecutor of the International Criminal Court under Article 12(3) of the Rome Statute 14 December 2009

http://iccforum.com/media/background/gaza/2009-12-14_Kearney-Al_Haq_Position_Paper.pdf
בנייר עמדה זה מזכיר הארגון את המלצת דו"ח גולדסטון להפנות את הפשעים נושאי הבדיקה בדו"ח לבית הדין הפלילי הבין לאומי. עוד הזכיר הארגון את דו"ח גולדסטון על מנת לבסס תשתית משפטית לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות על ידי צה"ל ברצועת עזה. לאורך נייר העמדה, מבסס הארגון את בקשתו כי יש להביא לדין את מבצעי הפשעים הללו כפי שתוארו בדו"ח ממצאי וועדת גולדסטון.

נוספת, לפני שהם באים לעולם; ומחייב לעתים הבנה ורגישות לניואנסים של משפט בין-לאומי, שאינם בהכרח מובנים מאליהם לכולי עלמא. נוסף על כך, קיימת תמיד האפשרות שגורמים פרו-פלסטיניים יעוותו, יקצינו ויוציאו את ההתבטאות מהקשרה הנכון. אשר על כן, קיים **קושי אינהרנטי** באפשרות הפרקטית למנוע אמירות שעלולות לשמש כנגדנו בזירה המשפטית הבין-לאומית.

88. על אף האמור, מהנסיין שנצבר בעשור האחרון, קיימות אסטרטגיות המסייעות לרכז את הקושי המדובר. בראש ובראשונה, נראה כי יש חשיבות לפעול לצורך **הגברת מודעות** של בכירים בדרג המדיני והצבאי להשלכות מרחיקות הלכת שעשויות להיות להתבטאויות, כמפורט לעיל, קל וחומר במהלך אירוע צבאי. במסגרת זו, ניתן גם לשקול ליזום תדריך נקודתי על ידי גורמים משפטיים, של נושאי המשרה ומפקדי צה"ל שמופיעים בתקשורת באופן תדיר ויזום. במערכת סדורה כגון צה"ל, לענין כתבות יזומות מטעם הצבא, או ראיונות לכלי התקשורת – ניתן לשקול להציע מעורבות של משפטן בקיא בתחום, שיוכל להאיר זרקור אודות התבטאויות שעשויות לעורר קשיים. עוד ניתן לשקול העברת הרצאות בנושא לדרג הצבאי והפוליטי, לצורך הגברת המודעות וכן להשתמש בקצינים ומשפטנים בשירות הציבורי בעלי ידע מקצועי מתאים על מנת להשתתף בכנסים או להופיע בכלי התקשורת ולשפוך אור על זווית הראייה של מדינת ישראל, כפי שנעשה גם כיום³⁵. שנית, רבים מהבכירים הינם ממילא "לקוחות" של מערך הערכת הסיכון המשפטי בנסיעות לחו"ל. במסגרת זו, כדבר שבשגרה, כפי שנעשה כבר כיום, **בעת ביצוע הערכת סיכון קונקרטית לנסיעות**, יש לבדוק האם מטרת הביקור עשויה להיות פומבית. ככל שכן, בדרך כלל אחת ההמלצות שמועברת לבכיר בטרם נסיעתו, היא להימנע

³⁵ ישנן דוגמאות רבות. מספר דוגמאות בולטות שניתן להזכיר בהקשר זה: ראיון של ד"ר רועי שיינדורף בינואר 2020 לאחר פסיקת בית המשפט בהולנד שקבעה כי לבני גנץ, כרמטכ"ל, קיימת חסינות בתביעה שהוגשה כנגדו על פעולותיו במסגרת מבצע "צוק איתן";

<https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/war-crimes-charges-against-benny-gantz-at-dutch-court-rejected-615791>; כמו כן, ד"ר רועי שיינדורף העביר בדצמבר 2020 הרצאת keynote במסגרת כנס של ה-Naval War College בו הציג את העמדה הישראלית ביחס לאופן תחולת המשפט הבין-לאומי על פעולות צבאיות במרחב הסייבר: <https://digital-commons.usnwc.edu/ils/vol97/iss1/21/>

עו"ד מרלין מזל, ראש אשכול הליכים במדינת זרות, משתתפת מדי שנה בכנסיה של AIPAC ובין היתר מעבירה הרצאות על זווית הראייה של מדינת ישראל בתחום של לוחמה משפטית. בנוסף, בשנת 2019, הרצתה עו"ד מרלין מזל בפני עורכי דין של NATO כיצד להילחם בתופעת ה-Lawfare: <https://www.jpost.com/israel-news/israel-govt-lawyers-help-nato-fight-lawfare-receive-awards-600346>

כמו כן, באוגוסט 2017 השתתפה עו"ד מרלין מזל בפאנל מטעם ה-Washington Institute בנוגע לתופעת "זאב בודד" והתייחסה להתגברות התופעה בקרב נוער פלסטיני בישראל: <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/lone-wolf-passing-fad-or-terror-threat-of-the-future>

ד"ר טל בקר, היועץ המשפטי של משרד החוץ, משתתף אף הוא בכנסים רבים. כך למשל, השתתף ביוני 2018 בפורום 25 שנה להסכמי אוסלו, שנערך בחסות ארגון AJC, והציג את נקודת המבט הישראלית בנוגע לעתיד הסכסוך הישראלי-פלסטיני: <https://www.ajc.org/news/twenty-five-years-since-oslo-whats-next-for-the-peace-process>. עו"ד שרה מעודי וייס, לשעבר מנהלת המחלקה למשפט בין-לאומי באגף משפט במשרד החוץ, השתתפה בכנס ASIL והתייחסה בדבריה לאירועי המשפט: <https://mfa.gov.il/MFA/InternationalLaw/Pages/Summary-of-Remarks-at-the-March-2020-ASIL-Conference-Regarding-the-Legal-Framework-of-the-May-31st.aspx>

כנס הפצ"ר בנושא דיני לחימה, הנערך אחת לשנתיים בארגון המחלקה לדין בין-לאומי בפרקליטות הצבאית מהווה פלטפורמה חשובה נוספת לקידום העמדה הישראלית ולמשל, בכנס האחרון שהתקיים בשנת 2019 השתתפו ונשאו דברים המשנה ליועמ"ש (בין-לאומי) וראש אשכול דיני מלחמה. בכנס נשא דברים גם מפקד פיקוד הדרום, אלוף הרצ הלוי, שהציג למשתתפים את האתגרים המבצעיים של צה"ל בזירה הדרומית בשגרה ובלחימה, אל מול ארגוני טרור אשר מנצלים את האוכלוסייה האזרחית ונטמעים בקרבה.

<https://www.idf.il/%D7%90%D7%AA%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A6%D7%91%D7%90%D7%99%D7%AA/2019/%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A6%D7%91%D7%90%D7%99%D7%AA-%D7%90%D7%99%D7%A8%D7%97%D7%94-%D7%9B%D7%A0%D7%A1-%D7%91%D7%99%D7%9F-%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%9E%D7%99-%D7%91%D7%A0%D7%95%D7%A9%D7%90-%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99-%D7%9C%D7%97%D7%99%D7%9E%D7%94/>

מאמירות בעייתיות על פעולות שביצע במסגרת שירותו הצבאי, או מבצעים צבאיים שאושרו על-ידו, וכן לציין בפניו כי ככל שאירוע משפטי מתפתח, יש לתאם את התבטאויותיו בנושא. זאת, שכן הדבר עשוי לשמש כנגדו במסגרת הליכים שייתכן ויזמו במהלך ביקורו במדינה הזרה. נוסף על כך, ניתן לשקול, בעת **שיחות רענון כלליות** עם בכיר מסוים, שמתרחשות אחת לתקופה, לאו דווקא אגב נסיעה ספציפית, גם כן להעלות את נושא ההתבטאויות ולהסב את תשומת הלב לסיכונים הכרוכים בכך.

כיוונים

89. קיומה של מערכת אכיפת חוק מדינתית אמינה, כשירה ואפקטיבית חיוני על-מנת לשמר את שלטון החוק במדינה דמוקרטית, כמו גם את אמון הציבור במוסדות המדינה. כפועל יוצא, נדרשת מערכת משפט עצמאית ומתפקדת, לרבות מנגנוני ביקורת שיפוטיים ואחרים. מעבר לחשיבות של הדברים ברמה הלאומית, תפקודה של מערכת המשפט המדינתית עשוי להוות גורם משמעותי המשפיע על החלטתם של גורמי התביעה במדינות זרות או בטריבונלים בין-לאומיים האם לנקוט בהליכים פליליים נגד מי שפעל מטעמה של מדינת ישראל. מדינות זרות וה-ICC בוחנים את מערכת המשפט של מדינת ישראל כפועל יוצא מעקרון השוויון/או המשלימות, כך למשל מקום שמערכת המשפט המקומית הראתה כי היא מסוגלת ומוכנה (willing and able) לטפל בחשד ספציפי להפרת הדין, לא יהיה מקום להתערבות זרה באותו עניין.

90. לכן, מעבר לחשיבות הראשונה במעלה, במישור המדינתי הפנימי, בקיומם של מערכת משפט ומנגנוני אכיפת חוק עצמאיים ואפקטיביים, אלו מהווים נדבך מרכזי בהגנתה של מערכת ישראל מפני הליכים משפטיים בחו"ל. כפועל-יוצא, חולשות או כשלים במערכת המשפט הישראלית עלולים להקשות עליו להתגונן מפני הליכים בפני טריבונלים בין-לאומיים או בערכאות זרות. לא בכדי, מערכת המשפט הישראלית נתונה לבחינה מתמדת של גורמי תביעה בחו"ל, כמו גם של גופים בין-לאומיים שונים, ומהווה לא אחת מושא לדו"חות ביקורתיים של ארגונים שונים.

91. כבר מתחילת דרכה של המחלקה, זיהינו את החשיבות של נושא זה ואנו פועלים להעצים ולחזק את העצמאות, המקצועיות והאפקטיביות של מערכת אכיפת החוק המדינתית, כחלק מפעילות המחלקה להגשים את יעדיו של משרד המשפטים, ובנוסף לתת לדבר ביטוי באופן ישיר את המדינה גם בזירה המשפטית הבין-לאומית.

92. ישנם אלמנטים שונים, הייחודיים למערכת המשפט הישראלית, שממילא מחזקים את טענותינו בהקשר זה, ביניהם: זכות הגישה הרחבה לבית המשפט הגבוה לצדק וסמכותו לדון בחוקיות כל מעשה מנהלי ואף בחוקתיות של דברי חקיקה, וכן הפסיקה הנרחבת שלו בנוגע לזכויות אדם בכלל וזכויות הפלסטינים בפרט. תרגום לאנגלית של פסקי דין חשובים והנגשתם לציבור הזר (באתר בית המשפט העליון ובאתרי משרד המשפטים או משרד החוץ) מסייעים בחשיפת היבטים חיוביים של מערכת המשפט הישראלית בזירה המשפטית הבין-לאומית. אכן, הפניות לפסיקה ישראלית ו/או אזכורים חיוביים של מערכת המשפט הישראלית (ובתי המשפט בפרט) בהחלטות שיפוטיות של ערכאות זרות הינם בעל ערך ויכולים לסייע גם הם בביסוס מעמדה של מערכת המשפט הישראלית לצורך בחינת שוויון/או משלימות.

93. מעבר לכך, נעשו גם צעדים אקטיביים לייצר מהלכים פנימיים או תוצרים משפטיים שיוכלו לסייע לנו במיצוב מערכת המשפט הישראלית באופן שתואר לעיל, כך שהדבר יסייע כמגן משפטי מפני יוזמות בתחום במישור הבין-לאומי. כך, למשל, בעת גיבוש המנדט של ועדת טירקל לבחינת אירוע המשט (2010), הושם דגש על בחינת המנגנונים הקיימים בישראל לבדיקה ולחקירה של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה ועמידתם בסטנדרטים הבין-לאומיים. שילוב משקיפים זרים בעלי שם עולמי ופנייה למומחים זרים לתיאור המשפט המשווה, קיומם של דיונים ציבוריים, הקמת אתר אינטרנט ותחזוקה, פרסום פרוטוקולים ומסמכים נוספים שהוגשו לוועדה ומכתבים ששלחה וכמובן התוצר הסופי של עבודת הוועדה – כל אלו היו בעלי חשיבות והשתלבו בעבודה המקצועית של המחלקה.

94. תוצר הוועדה - הדו"ח השני המקיף בנושא מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל – מסייע לנו רבות בזירה המשפטית הבין-לאומית. הוא מהווה מקור חשוב בשיח בזירה הבין-לאומית ביחס לאופן שבו מדינות מחויבות לחקור הפרות של דיני הלחימה, כפי שמעיד למשל מסמך המומחים הבין-לאומיים שגובש

ופורסם לאחרונה בנושא, במסגרתו ישנן הפניות רבות לד"ח ועדת טירקל (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Guidelines on Investigating Violations of (International Humanitarian Law: Draft Law, Policy and Good Practice

95. כך, גם **דו"חות הרשמיים שפרסמה המדינה** לאחר מבצעים צבאיים ברצועת עזה וכן פרסומים שגובשו במשרד המשפטים או בפרקליטות הצבאית ופורסמו במרשתת מהווים מקורות חשובים שמאפשרים להפנות לעמדות המדינה בנושאים עובדתיים ומשפטיים. דוגמאות בולטות לכך הם: דו"חות המדינה בעקבות מבצע "עופרת יצוקה" ומבצע "צוק איתן", מסמך אודות אכיפת חוק נגד עבריינות על רקע לאומני ועבירות "תג מחיר", עדכוני הפצ"ר ביחס לבדיקות ולחקירות של אירועים שהתרחשו במהלך מבצעי "עופרת יצוקה" ו-"צוק איתן" ועוד.

96. הניסיון המצטבר מלמד כי מסמכי יסוד אלה הם בעלי ערך רב לעבודת המחלקה בזירה הבין-לאומית ומשרתים אותנו למשך שנים. הם מציגים את העמדות המשפטיות של מדינת ישראל בסוגיות הרלוונטיות לאחר שאלו נוסחו במדויק ואושרו על-ידי כל הגורמים הנוגעים בדבר. מסמכים אלה גם כוללים לרוב תיאור עובדתי מפורט של היבטים שונים של הלחימה, תוך שהם כוללים ראיות ויזואליות מהימנות ותיאור של המידע שהיה ברשות המדינה והיווה בסיס לתקיפות צבאיות, אמצעי הזהירות שננקטו על-מנת למזער נזק אגבי ועוד. באופן זה הם משיבים לטענות שמושמות בדרך כלל כנגד הפעילות המבצעית של צה"ל אגב לחימה. הם משקפים את המחשבה הרבה שמושקעת ואת היעיון המשפטי שמלווה פעילות זו וכן לרוב נותנים תמונה עובדתית רחבה יותר מאשר זו שמוצגת בכלי התקשורת, על-ידי ארגונים לא-מדינתיים וארגונים בין-לאומיים.

97. דו"חות אלה זמינים לציבור הרחב, אך גם משמשים אותנו במסגרת שיח פרטני עם קולגות בחו"ל, עם גורמי תביעה וכיו"ב. הם גם מהווים מקור מהימן עליו ניתן לבסס טענות משפטיות ועובדתיות שונות שנוגעות לפעילות צה"ל במסגרת הליכים משפטיים בחו"ל ועשויים לסייע בהצגת מידע לוועדות בדיקה אשר מדינת ישראל בחרה שלא לשתף איתן פעולה באופן פורמאלי⁵⁶. כפועל יוצא, דו"חות רשמיים אלו הם בעלי פוטנציאל רב להשפיע על השיח הציבורי המשפטי ביחס לפעילות הצבאית של צה"ל.

98. יצוין, כי כל מסמך כזה הוא תוצר של עבודה ממושכת ומאומצת ושיתוף פעולה בין-משרדי. הדבר נובע, בין היתר, מהצורך באיסוף מידע עובדתי מדויק ואיכותי מגורמים שונים וביסוסו/אימותו. כך, למשל, נדרש מידע עובדתי מצה"ל אודות תקיפת מטרות על-ידי כוחות הביטחון וכן אודות פעילות צבאית של ארגוני טרור, תוך שימת דגש על הפרות של הדין הבין-לאומי על-ידי האחרונים; היערכות ופגיעה בעורף מפיקוד העורף, מהרשויות המקומיות, מגורמי רווחה ועוד; ניסוח עמדות משפטיות

⁵⁶ **הצעת שוליים שהכין שחר שטיינר**
בדו"ח דיוויס, צוין הדו"ח הרשמי של ממשלת ישראל בדבר העימות עם רצועת עזה בשנה 2014: היבטים עובדתיים ומשפטיים, 32 פעמים.
דו"ח דיוויס:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ColGazaConflict/Pages/ReportColGaza.aspx#report>
Israel's Investigation of Alleged Violations of the Law of Armed –
Conflict <http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/IsraelGaza2014/Pages/2014-Gaza-Conflict-Factual-and-Legal-Aspects.aspx>

בנוסף, דו"ח דיוויס מתייחס לעדכונים רשמיים של הפצ"ר באשר לבדיקות ולפתיחות בחקירות בעקבות אירועים שונים במבצע עופרת יצוקה. הדו"ח מציין באשר לטענה כי צה"ל השתמש בנער במבצע עופרת יצוקה כמגן אנושי, שהפצ"ר החליט לפתוח בחקירה פלילית בעניין (עמ' 83 בדו"ח דיוויס). הדו"ח המצוין –
Military Advocate General. Operation Protective Edge: Update re Individual Incidents; 10 September 2014

<http://www.law.idf.il/163-6859-en/Patzar.aspx?pos=2&newsFromDate=01/09/2014&newsToDate=30/09/2014>

מדויקות ביחס לסוגיות משפטיות שנוגעות למבצע הצבאי מושא הד"ח ותיאומן עם שלל משרדי ממשלה; תיאור מהלכים מדיניים ודיפלומטיים רלוונטיים על-ידי משרד החוץ; וכי"ב. לשם כך נדרשים משאבים – הן בהיבט של כוח אדם והן בהיבט של מערכות מידע שיאפשרו איסוף נתונים רלוונטיים – ושיתוף פעולה של גופים ורשויות רבות, ביניהם: צה"ל, שב"כ, משרד הביטחון, משרד החוץ, מ"ל ועוד. כמו כן, לעיתים כתיבת הד"חות נעשית בליווי של משרד עו"ד בין-לאומי מנוסה בתחום, אשר מסייע בהתאמה מיטבית של הד"ח לקהל בין-לאומי ובגיבוש אסטרטגיית הכתיבה והניסוח.

99. מלאכת העבודה על ד"ח מסוג זה עשויה להימשך חודשים רבים. כאמור לעיל, היא דורשת הקצאת משאבים על-ידי מספר גורמים ועבודת צוות הדוקה. מלאכה זו אף מחייבת לחדד פנימית את העמדות המשפטיות של המדינה בנושאים שונים, באופן שיאפשר להציג בצורה סדורה כלפי חוץ. יש לקחת בחשבון שפרסום עמדות אלו כובל ומחייב את מדינת ישראל לעתיד ויש לשקול שיקול זה גם כן בבואנו להחליט על פרסום עמדה רשמית כאמור. דוגמא מובהקת לכך היא שאלת סיווג הסכסוך ברצועת עזה.

בשנים האחרונות רוכזה משימה זו על-ידי אשכול מדיניות ואסטרטגיה במחלקתנו, תוך שיתוף פעולה צמוד ומפרה עם יתר הגורמים השותפים לעשייה. אחד מהלקחים שהופקו הינו הצורך לקצר את משך ההכנה של הד"ח על-מנת שיפורסם מהר ככל שניתן לאחר סיומו של מבצע צבאי. טענות להפרות דין של צה"ל מועלות באופן תדיר תוך כדי לחימה ולא אחת, לאחר מבצעים צבאיים רחבי היקף, ממונים גופי בדיקה לבחון את התנהלות מדינת ישראל. למועד הפרסום של ד"ח מטעם המדינה עשויה להיות השפעה על האמור בד"חות אלה. כמו כן, ככל שחולף הזמן עד לפרסום עמדת המדינה, הולך ומתקבע נרטיב מסוים ביחס לפעילות הצבאית של צה"ל, ומידת הרלוונטיות וההשפעה של הד"ח הולכת ופוחתת.

100. כחלק מתהליך הפקת הלקחים המתמשך שלנו, זיהינו מספר צעדים שעשויים לתרום לקיצור זמן העבודה על ד"ח מסוג זה בעתיד, ככל שיידרש. ראשית, קיים כבר ניסיון מצטבר במחלקה בזכות הד"חות שנכתבו בעבר וקיימות דוגמאות לד"חות שונים. כמו כן, זיהינו מספר פרקים אשר לרוב נכללים בד"חות מסוג זה ושניתן לגבש את השלד לכתיבתם מבעוד מועד. בנוסף, ניתן מראש "לצייד" את גורמי האיסוף הרלוונטיים על-מנת שיאספו ו/או יפיקו מידע הנחוץ לכתיבת הד"ח בעתיד. כך, לדוגמא, ניתן להנחות את גורמי המודיעין לפעול לאיסוף ראיות ויזואליות של שימוש בתשתיות אזרחיות למטרות צבאיות; או את הגורמים העוסקים בהיבטים שונים של היערכות העורף לבנות מערך לאיסוף עדויות של נפגעים ישראלים ונזק שנגרם בישראל בעת לחימה. יצוין, כי מטבע הדברים, גיבוש או איסוף המידע הנדרש תלוי בהירתמות של גופים חיצוניים למשרד המשפטים ובהקצאת משאבים על-ידיהם לטובת העניין. לשם כך, נדרשות לא אחת פניות לדרגים בכירים בגופים אלה על-מנת לתאר את עבודת המחלקה, את מלאכת כתיבת הד"חות ולהסביר את ערכם הגבוה בזירה המשפטית (ואף התודעתית), כאשר בסופו של יום, מידת הנכונות שלהם להירתם לטובת העניין תשפיע ישירות על איכות ואפקטיביות הד"ח.

101. כאמור לעיל, איתנותה של מערכת המשפט המדינתית, ובפרט קיומם של מנגנוני בדיקה וחקירה ראויים, הינם רכיב חיוני לשלטון החוק במדינת ישראל, ובנוסף מהווים שכבת הגנה עבור המדינה ומי שפעלו מטעמה מפני הפעלת סמכות על-ידי טריבונאלים בין-לאומיים וערכאות זרות.

102. גורמי תביעה במדינות זרות בוחנים פעמים רבות את מנגנוני אכיפת החוק בישראל על כל שלביהם, ביניהם: נגישות של תחנות משטרה למתלוננים והיכולת להגיש תלונה בגין עבירה שבוצעה לכאורה בידי כוחות הביטחון; המנגנון לבחינת תלונות כאמור (מבנה, מנדט, הכשרה, סמכויות וכיו"ב); אופן ביצוען של חקירות, האפקטיביות שלהן ומשך המשכן; החלטות שהתקבלו בדבר הגשת כתבי אישום; אופן ניהול ההליך המשפטי ותוצאותיו; זכויות של נפגעי עבירה; שקיפות שלבי החקירה השונים לקורבנות ושיתופם, ועוד.

103. אפקטיביות מנגנוני הבדיקה והחקירה תלויה במידה רבה בקיומו של מסד עובדתי רחב ככל הניתן, שיאפשר להעריך האם מתעורר חשד לביצוע עבירה פלילית המצדיק פתיחה בחקירה פלילית. לכן, קיימת חשיבות לתיעוד, לאיסוף ולשימור מידע עובדתי (כגון: תיעוד חזותי ממצלמות, יומני מבצעים, רשתות קשר, סרטוני חיל אוויר וכיו"ב), לצד הפקדת עבודת הבדיקה והחקירה בידיהם של גורמי מקצוע מתאימים ומוכשרים למשימה.

104. לאורך שנות פעילות המחלקה שב ועלה הצורך בשיפור התיעוד המבצעי של צה"ל ויכולת האיתור של חומרים קיימים, שהם בעלי חשיבות רבה בעת קבלת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית או הגשת כתב אישום. לאלו עשויה להיות לעתים השפעה מכרעת על ההחלטה האם גורם תביעה במדינה זרה (או בטריבונאלים בין-לאומיים) יחליט לפתוח בהליכים משפטיים ביחס לאירוע לחימה שבו היה מעורב צה"ל. לשם ההמחשה, במהלך מבצע צוק איתן, הותקף מהאוויר בניין "אל-סלאם" בעזה, בו שהתה מטרה צבאית, מפקד בכיר בארגון הטרור הג'יהאד האיסלאמי הפלסטיני. במסגרת תקיפה זו נהרגו, בנוסף ליעד לתקיפה, גם 11 אזרחים בלתי מעורבים, ביניהם 7 בני משפחת אל-כילאני (הורים וחמשת ילדיהם בגילאים 3-11) המחזיקים באזרחות גרמנית. האירוע הועבר לבדיקת מנגנון הבריור המטכ"לי, ובעקבות עבודת המנגנון (שכללה איתור ושימור מידע עובדתי רלבנטי), ולאחר בחינת ממצאיו, הפצ"ר לא מצא חשד סביר לקיומה של עבירה פלילית ועל כן החליט שלא לפתוח בחקירה פלילית או לנקוט בצעדים כלפי המעורבים. באוגוסט 2015 נתקבלה פנייה מהתובע הפדראלי הכללי הגרמני בה ציין כי הוגשו בגרמניה מספר תלונות על אירוע זה, לרבות על-ידי בן משפחת אל-כילאני המתגורר בגרמניה. במכתב זה, נתבקש סיוע וולנטרי של ישראל בקבלת תשתית ראייתית לשם קבלת החלטה בשאלה האם יש יסוד סביר לטענה שבוצעה עבירה תחת החוק הגרמני והאם ישנה סמכות שיפוט לגרמניה במקרה זה. במסגרת דיאלוג שהתקיים עם גורמי התביעה הגרמנים בתחילת שנת 2017, **הצגנו בפניהם את התשתית העובדתית הרלבנטית, במגבלות המידע שניתן לחשוף.** אומנם, טרם פורסמה החלטה פורמאלית מטעמם. אולם, להתרשמותנו, הבדיקה העובדתית של המנגנון במקרה זה, והיכולת להציג בפני הרשויות הזרות את המידע שעמד בפני הפצ"ר ושהוביל להחלטתו, כמו היכולת לפרוס בפניהם הצגה של מערכת בדיקה רצינית ומקצועית – הם גורם משמעותי שיסייע בידיהם לקבל החלטה בנושא.

105. לכן, קיימת חשיבות בהמשך שיפור התיעוד והאיסוף העובדתי במהלך אירועים מבצעיים והנגשתו לגורמים החוקרים והמשפטיים סמוך ככל הניתן למועד ההתרחשות, מן הטעמים שפורטו לעיל (זאת, כמובן, נוסף על אינטרסים של מערכת המשפט הפנימית בנוגע לבירור האמת והפקת לקחים).

106. לצד זאת, אירועי לחימה מעצם טבעם לעולם יאופיינו בקושי מוגבר לברר את נסיבותיהם המלאות. הסיבות לכך הינן, בין היתר, העובדה שאירועים אלו מתרחשים מחוץ לשטח המדינה, בשטח שנמצא בשליטה עוינת; מעורבותם של כוחות צבא רבים והבלבול שמאפין זירות לחימה; הקושי בשימור

ראיות פורנזיות "בזמן אמת" בזירה שאינה סטרילית ונוכחותם של גורמים עוינים בעלי אינטרס לחבל בזירה; העדר נגישות לעדי ראייה וחוסר שיתוף פעולה מצדם; ועוד. מצד אחד, קיימת חשיבות בשיקוף קשיים אלו בזירה המשפטית הבין-לאומית על-מנת להסביר את האתגרים עמם מתמודדת המערכת המדינתית. מצד שני, קשיים אלו עלולים לשרת את מי שסבורים שיש צורך בחקירת אירועי לחימה כאמור על-ידי גורם חיצוני ולא מדינתי על-מנת להתגבר על חלק מאותם קשיים. לכן, נדרשת מלאכת איזון עדינה בהקשר זה.

107. על מנת לבסס טענת משלימות חזקה, על ישראל להיות מסוגלת להצביע מצד אחד על קיומן של חקירות פליליות ועל הגשת כתבי אישום במקרים המתאימים, ומצד שני לנמק מדוע במרבית המקרים בהם מועלות טענות להפרות של דיני הלחימה לא מתקיימים הליכים משפטיים ואף לא חקירות פליליות. יצוין, כי ההתמודדות עם נתונים סטטיסטיים בתחום האכיפה מהווה אתגר משפטי, כפי שהתחוויר לאורך שנות הטיפול בנושא במחלקה.

108. בראש ובראשונה, קיים קושי מבני וארגוני באיסוף נתונים אודות פתיחה בחקירות פליליות והגשת כתבי אישום, אשר נובע ממספר סיבות, והן: (1) קיומן של גופים שונים אשר אמונים על הטיפול בנושא, אשר מחייב קבלת מידע ממוקדם שונים, כאשר כל גוף מסווג ושומר מידע באופן שונה; (2) העדר משאבים ותשתיות לזיהוי ו/או לאיסוף שיטתי של מידע.

109. אולם מעבר לקושי ארגוני או לוגיסטי, ההישענות על נתונים סטטיסטיים על-מנת "להוכיח" שמערכת המשפט הישראלית מתפקדת מאתגרת בהיבט המהותי מכיוון שמעצם טבעם, אירועי לחימה עלולים להוביל למותם של אזרחים, גם מקום שמדובר בפעילות חוקית שאינה כרוכה בביצוע עבירה פלילית. לכן, אף אם היו ברשותנו נתונים סטטיסטיים זמינים ומהימנים, סביר להניח שאלו היו מלמדים על מיעוטם של הליכים פליליים (לרבות חקירות פליליות) ביחס לטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה. על-אף שהדבר אינו בהכרח מעיד על חוסר-תפקוד של מערכת המשפט, במישור "ההסברתי" עמדה זו עלולה להיות "קשה לעיכול".

110. לכן, בשיח מול גורמי תביעה זרים ולעיתים אף מול קהלים בין-לאומיים אחרים, יש צורך להיכנס לעומקם של דברים, ככל שהנסיבות מאפשרות זאת, ולעמוד על הייחודיות של סיטואציות לחימה, על עקרונות דיני הלחימה ועל האופן שבו הם מעצבים, בין היתר, את דרכי הפעולה של מנגנוני חקירה מדינתיים וכיו"ב. שיח מסוג זה מתאפשר בצורה טובה יותר מול גורמי מקצוע משפטיים או צבאיים, אשר מכירים בקושי שמעוררת לחימה א-סימטרית, אך עלול להיות קשה יותר בפורומים לא-משפטיים או מקום שלא מתקיים שיח משפטי מעמיק.

111. חשוב להדגיש כי בסופו של יום, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית ו/או העמדה לדין תהיה מונעת משיקולים משפטיים בלבד, ולא משיקולי נראות או כדאיות בזירה המשפטית הבין-לאומית. אולם ככל שהמנגנונים הפנימיים יהיו מקצועיים ויעילים יותר (למשל, יתקיימו בדיקות יסודיות הכוללות ראיונות עם עדי ראיה פלסטיניים; תתקבלנה החלטות בדבר טיפול בתלונות תוך פרקי זמן סבירים באופן שלא יסכל את היכולת המעשית להשיג עליהן), כך הדבר ישרת בצורה טובה יותר את מאמצי ההגנה בזירה המשפטית הבין-לאומית, גם מקום שהנתונים הסטטיסטיים אינם מלמדים על היקף רחב של נקיטה בצעדים פליליים.

112. דוגמא טובה לשינויים שבוצעו בשנים האחרונות על-מנת לשפר את מנגנוני הבדיקה והחקירה הישראלים, אשר עשויה להיות בעלת אפקט גם בזירה המשפטית הבין-לאומית, הינה הקמת מנגנון הברור המטכ"לי בעקבות המלצה מס' 5 של ועדת טירקל, אשר המליצה על הקמת מנגנון ייעודי שיאסוף מידע עובדתי שיאפשר לפצ"ר לגבש החלטה האם יש בסיס לפתוח בחקירה פלילית. יישום ההמלצה מלמד בראש ובראשונה על המחויבות של המדינה לשפר ולחזק את המנגנונים הקיימים

ולהתאימם לדרישות המשפט הבין-לאומי. לצד זאת, המשך פעילותו של המנגנון בהתאם לנהלים שנקבעו, תוך שמירה על סטנדרט מקצועי גבוה ופעילות בתוך לוחות זמנים סבירים, כפי שנקבע על-ידי צוות היישום של המלצות ועדת טירקל ("צוות צ'נובר"), חשובים על-מנת לשמר את מקצועיותו, ככל שאנו מבקשים להסתייע בו גם בזירה המשפטית הבין-לאומית.

113. בנוסף לכל האמור לעיל, במקרים יוצאי-דופן, יש מקום לשקול גם הקמת ועדת בדיקה עצמאית או חיצונית, בנוסף למנגנוני הבדיקה והחקירה הקיימים. דוגמא לכך הינה ועדת טירקל. החלטה כזו תהיה מושפעת לא אחת משיקולים משפטיים ולבר-משפטיים. בכל הנוגע לזירה המשפטית הבין-לאומית, ניתן לומר שהקמת ועדת טירקל הייתה צעד חשוב וחיובי עבור מדינת ישראל, אשר שיקף את הנכונות של המערכות לחשוף עצמן לביקורת, את נכונות המדינה לקיים הליך פומבי ושקוף ואף לשלב גורמים זרים בעבודת הוועדה. למותר לציין שיש חשיבות רבה לאופן ולקצב שבו המדינה מיישמת המלצות של ועדות כאלה.

114. כאמור, ד"ח ועדת טירקל מסייע רבות לקידום עמדותיה המשפטיות של ישראל בזירה המשפטית הבין-לאומית ואף "משווק" באופן אקטיבי על-ידינו. לפיכך, יש לקחת בחשבון כי סטייה מהותית מהאמור בד"ח ומההמלצות כפי שאושרו בסופו של יום על-ידי הקבינט עלולה לפגוע במהימנות של מערכת המשפט הישראלית ולחשוף אותה לביקורת מצד גורמים שונים. במקרים מסוימים, הדבר אף עלול לעלות לכדי כרסום בטענת המשלימות של המדינה.

115. נדבך מרכזי חשוב נוסף במערכת משפט מדינתית מתפקדת הינו קיומם של מנגנוני ביקורת על מנגנוני החקירה. בהקשר הישראלי, נוסף על בית המשפט העליון שהוזכר לעיל, גם למשרד המשפטים עצמו תפקיד חשוב בפיקוח על מערכת המשפט הצבאית. מאז פרסום ד"ח ועדת טירקל, המחלקה פעלה על-מנת לקדם את הטמעתן של המלצות הוועדה הנוגעות למשרד. בהקשר זה, ראוי לציין בפרט את הליך ההשגה על החלטות הפצ"ר בפני היועץ המשפטי לממשלה, שהוסדר באכסניה פורמלית באמצעות הנחייה מקצועית של היועץ המשפטי לממשלה באפריל 2015 (אשר תוקנה והורחבה בשנת 2019).

116. הליך ההשגה סבל בשנותיו הראשונות מחבלי לידה שונים, אשר מצאו את ביטויים בראש ובראשונה בזמני טיפול ארוכים מאד ובקשיים בהעברת מידע ותקשורת בין משרד המשפטים לבין הפרקליטות הצבאית. אנו מקיימים שיח נמשך עם הגורמים המקצועיים הרלוונטיים על-מנת להביא לשיפור ולייעול הליך ההשגה באופן שיעמוד באמות המידה הראויות. בהקשר זה ראוי לציין כי המחלקה הינה גורם מלווה ומייעץ, אך אינה בעלת סמכויות טיפול בשלבי ההשגה השונים (להבדיל מגורמי פרקליטות המדינה האמונים על הטיפול בבקשה), ולכן אין בכוחנו להתוות מדיניות בנושא זה, אלא לקיים שיח ולהציע המלצות בלבד. הטיפול בהשגות מצריך, בין היתר, תעדוף גבוה והקצאת משאבים (בעיקר כוח אדם נדרש) לטובת העניין.

117. כפי שעולה משתי התובנות הקודמות לזו, לא ניתן להכביר במילים אודות החשיבות הרבה המגולמת באיסוף ושימור מידע בזמן אמת. זאת, בראש ובראשונה, על מנת לקדם את פעילותה של מדינת ישראל וצבאה במסגרת החוק, על מנת להעמיק את היכולת להגיע לחקר האמת, להפיק לקחים ולהטמיע שינויים נדרשים במערכת שלנו. ערך נוסף הנלווה לכך, הוא היתרון האסטרטגי שעשוי להיות לחשיפת מידע, בהתאם לאינטרסים של מדינת ישראל, כמו גם בהקשרו של אירוע לוחמה משפטית ספציפי.

118. אחד הכלים המנוצלים כנגד מדינת ישראל בלוחמה המשפטית הינו שימוש במידע (פעמים רבות מידע מעוות ושקרי) על מנת לקדם דעת קהל עוינת כנגד מדינת ישראל והמבצע הספציפי שמתרחש בשדה הקרב. למעשה, הצד שכנגד מבצע שימוש במידע שפורסם על-ידי מדינת ישראל, חייליה או בכיריה כחלק מהלוחמה המשפטית שהוא מנהל כנגדנו. זו הסיבה שיש ליתן תשומת לב מרבית למידעים שונים המתפרסמים – אשר ייתכן ויגלמו סיכונים במישור הבין-לאומי. כך למשל, יש להימנע מפרסום שמות חיילים (במרשתת, ברשתות חברתיות וכיוצב) המשתתפים בארועים צבאיים כאלו או אחרים, מן החשש שמא הדבר יהפוך את אותם חיילים למושאי לוחמה משפטית כנגדם באופן אישי, כגון בדמות הגשת תלונות לערכאות מדינתיות. באופן דומה, יש לקחת בחשבון את ההשלכות של פרסום של מידע בלתי מבוקר, אשר לא עבר "הכשר" של משפטים בתחום המשפט הבין-לאומי, והצד שכנגד יוכל לערוך בו שימוש כחלק מהלוחמה המשפטית שהוא מנהל כנגד מדינת ישראל – כך למשל, באשר למידע פומבי אודות מבצעים צבאיים, הודעות דוברות וכיוצב. יוער, כי גם אם בסופו של יום התלונות שיוגשו ייפתרו ולא יבשילו לכדי הליך משפטי, הרי שהנזק שייגרם לאותם חיילים או למדינת ישראל, מעצם הגשת התלונה – עלול להיות משמעותי ובר השלכות בלתי מבטלות.

אשר על כן, קיימת חשיבות רבה בהכרת השימוש שנערך על-ידי הצד שכנגד במידע שמתפרסם על-ידינו במסגרת הלוחמה המשפטית שהוא מנהל. כמו כן, קיימת חשיבות רבה בהימנעות מפרסום מידע בלתי מבוקר שעלול לשרת את הצד שכנגד באסטרטגיה זו. אכן, זהו מישור אחד וחשוב של שימוש במידע – אשר יש לתת את הדעת להשלכותיו.

119. מישור נוסף הנוגע לשחרור מידע, ובו מתרכזת תובנה זו, הוא באפשרות של עריכת שימוש יעיל ונכון ומבוקר מצדה של מדינת ישראל בשחרור מידע אשר עשוי לשרת אותה בהגנה על לגיטימיות מבצע צבאי בזמן אמת, כמו גם בזירה של לוחמה משפטית. כאשר התמונה העובדתית והראייתית מלאה, ניתן אגב אירוע קונקרטי לבצע מיפוי וניתוח של המידע המצוי ברשות המדינה. במסגרת זו, ניתן להצביע על מידע שלו היה משוחרר, היה מקדם את האינטרסים של מדינת ישראל בהתמודדות עם אירוע לוחמה משפטית, בין במישור ההגנתי בין במישור ההתקפי. כמו כן, יש לבחון מידע פומבי שעשוי לסייע לצורך התמודדות עם אירוע הלוחמה המשפטית הקונקרטי.

120. לאחר השלמת התמונה הכוללת של המידע, וליבון הנושא יחדיו עם הצוות הבין-משרדי הרלבנטי – ניתן להצביע על החומרים והמידע שיש לשקול לערוך בהם שימוש. במסגרת שקילת הדברים, יש לעמוד על היתרונות והחסרונות של עריכת שימוש במידע כאמור. כך למשל, לעיתים, על אף הפיתוי הרב לעשות שימוש במידע שהצגתו עשויה להועיל לנו בטווח הקצר, בטווח הארוך המשמעות עלולה להתפתח לכדי כיוונים שונים הנוגדים את האינטרסים של המדינה. במצב דברים זה, לעתים נמצא עצמנו נמנעים מהתבטאויות או שחרור מידע אשר על פניו הינו רלבנטי ומועיל, נוכח הערכת סיכונים לטווח הארוך כאמור.

121. לאחר ליבון זה, והיות ומטבע הדברים חלק מהחומרים מסווגים - תצטרך להיערך בחינה פנימית בצבא או בגופי המודיעין הרלבנטיים לגבי האפשרות ל"בלם" ולהעבירו לגורמים זרים או לערוך בו שימוש תקשורתי פומבית. כמו כן יש לערוך בחינה האם שחרור מידע עשוי לשבש חקירה ספציפית.

122. בתום הליך זה, יש להתאים את האמצעים האפשריים לשחרור המידע, בהתאם לנסיבות הספציפיות ולמטרות שרוצים להשיג. האמצעים רבים ומגוונים, ונעים במנעד הכולל, בין היתר: שיתוף דיסקרטי לא פורמאלי של בני שיח שלנו בקרב רשויות תביעה זרות או בגופים רלבנטיים אחרים ועד להפיכתו למידע פומבי לגמרי בדמות של פרסומים יזומים של בדיקות עובדתיות שנערכו, הרצאות, כנסים, רשתות חברתיות וכיוצב'.

123. כך למשל, אנו מוצאים חשיבות רבה בעובדה שצה"ל מפרסם באופן יזום תמצית של החלטות הפצ"ר, למשל כפי שנעשה באשר לאירועים חריגים במערכת "צוק איתן".³⁷ כפי שהנסיון הוכיח, פעמים רבות התלונות שמוגשות למדינות זרות בחו"ל, או טריבונלים בין-לאומיים, עוסקות ביחס לאירועים שהתרחשו במהלך מבצעים צבאיים כאלה ואחרים. היכולת שלנו להצביע באופן מיידי, בסמוך לאחר הגשת תלונה כאמור, על כך שאירוע מסוים נבדק, תוך הפניה למקור פומבי שמפרט כיצד מערכת המשפט הצבאית בדקה את האירוע, והנסיבות שהובילו להחלטתה – הם חשובים לאין ערוך. כמובן שהדבר בעל ערך לכשעצמו, בראש ובראשונה, לעובדה שמערכת המשפט הצבאית מנהלת בחינה ובקרה על האירועים השונים ולמעשה – בודקת את התנהלות הצבא. זהו אכן הערך המרכזי המגולם בביצוע בקרה. אולם גם מעבר לאמור, אנו יכולים בפועל להצביע על ערך גבוה נלווה שיש לפרקטיקה זו בבואה של המדינה להתמודד עם נסיונות לאתגר את המדינה בערכאות שונות בחו"ל. ממצאי הבדיקה של הפצ"ר שימשו אותנו ביחס לתיקים ספציפיים כגון התביעה האזרחית שהוזכרה לעיל בהולנד כנגד רב אלוף במיל' בנימין גנץ וראש מח"א לשעבר אמיר אשל, שעסקה בתקיפה שהתרחשה במהלך מבצע צוק איתן. כך גם באשר לתלונה פלילית שהוגשה בגרמניה ביחס למבצע צוק איתן³⁸, ובדוגמאות רבות נוספות.

124. גם ביחס ל-ICC, פרסומי הפצ"ר הוכחו כבעלי חשיבות רבה להתמודדות עם הבדיקה המקדמית של משרד התובעת. ביחס לאירועי "צוק איתן". מבחינת משרד התובעת, המידע שנכלל בפרסומי הפצ"ר יכול להיות רלוונטי במיוחד לצורך בחינת שני תנאים מרכזיים לפתיחה בחקירה: ניתוח שאלת ביצועם של פשעים, וניתוח המשלמות. לא פחות חשוב, פרסומי הפצ"ר מספקים למשרד התובעת אסמכתא פומבית שהוא יכול להפנות אליה, במקרה שהוא מעוניין להגיע למסקנה, המתיישבת עם העמדה הישראלית. לפרסומי הפצ"ר ככל הנראה היתה תרומה מכרעת למסקנה של משרד התובעת, לפיה כל התקריות הרלוונטיות לבדיקה המקדמית, נחקרו על ידי מערכת החקירות הצבאית; ולעובדה שמשרד התובעת החליט, ככל הנראה, להימנע מקביעה שאין משלמות ביחס למספר מסוים של תקריות (תוך הותרת שאלת המשלמות פתוחה ביחס לאותן תקריות).

³⁷ IDF Website, *Operation Protective Edge Legal Updates*, Available at: <https://www.idf.il/en/minisites/military-advocate-general-corps/releases-idf-military-advocate-general/operation-protective-edge-legal-updates/>

ראו למשל: IDF Website, *Decisions of the IDF Military Advocate General regarding Exceptional Incidents that occurred during Operation 'Protective Edge'* – Update No. 5, August 24th 2016. Available at:

<https://www.idf.il/en/minisites/military-advocate-general-corps/releases-idf-military-advocate-general/mag-corps-press-release-update-5-august-2016/>
עדכון זה מתייחס לתקיפת בניין המגורים נשואת התביעה האזרחית נגד הרמטכ"ל דאז בני גנץ ומפקד חיל האוויר דאז אמיר אשל, אשר כעת נמצאת בשלבי ערעור בבית המשפט המחוזי בהולנד.
³⁸ ראו בתובנה מספר 7 פירוט ביחס לתלונה שהוגשה בגרמניה בנוגע לתקיפה שהובילה למותם של בני משפחת אל-כילאני, במהלך מבצע "צוק איתן".

125. מעבר לאמור, הרי ששקילת שחרור מידע נוסף, אגב חשיבה קונקרטית והתמודדות ספציפית – הוכחה עצמה ככלי יעיל. כך, בהתמודדות עם תלונות שהוגשו במדינות ארופאיות שונות, נעשה שימוש במידע שנאסף ביחס לתקיפות הספציפיות שנכללו באותן תלונות, מעבר למידע שפורסם בעדכוני הפצ"ר. זאת, על מנת לאפשר שיח פתוח, עובדתי ומקצועי מול גורמי התביעה הרלבנטיים ביחס לבחינה שנערכה לגבי אותן תקיפות. האפשרות להתייחס למידע קונקרטי (כמובן לאחר ליבון הדברים מול הגורמים הרלבנטיים בצבא ובגופי המודיעין) היתה בעלת ערך מוסף גבוה בשיח ואף תרמה משמעותית לתוצאות ההליכים האמורים.

126. דוגמא לפרסום יזום שסייע ביחס להליך משפטי במדינה זרה, הינו נייר שעסק בהליכי בג"ץ בנושא תוואי הגדר, שנעשה בו שימוש ביחס לתיק ריוואל בהולנד. נייר זה סקר עשרות הליכים שנוהלו מול בג"ץ בעניין גדר הביטחון. נייר זה פורסם באתר של משרד החוץ³⁹ והקישור אליו נמסר לרשויות ההולנדיות במהלך שיחה בארבע עיניים. אולם, יוער כי תוכנו לא שוקף בהחלטת הסופית של בית המשפט בעניין זה.

127. יוער, כי פרסומים יזומים של מדינת ישראל אף מצאו את דרכם לכדי אזכורים ושימושים שונים בעולם. כך למשל, דו"ח ממשלתי של וועדת חקירה בראשות השופט טירקל שחקרה את אירוע המשט הימי לרצועת עזה בשנת 2010,⁴⁰ אוזכר במדריך הצבאי של מחלקת ההגנה של ארצות הברית (United States Department of Defense שפורסם ב-2016, בפרק העוסק בדיני המצור הימי.⁴¹ ספציפית, צוטט דו"ח טירקל בהקשר צורניות הודעה שיש לפרסם בנוגע להיקף המצור הימי.⁴² גם הדוחות הפומביים שפרסמה ישראל לאחר הפעולות הצבאיות האחרונות ברצועת עזה, בפרט לאחר מבצע עופרת יצוקה ומבצע צוק איתן, זכו להתייחסות בין-לאומית, למשל במסגרת דו"ח שהוציא תאגיד RAND.⁴³ כך, המסמך מפנה לדו"ח של מדינת ישראל בעניין צוק איתן כדי לתאר את ההפרות החוזרות ונשנות של ארגון חמאס את הפסקות האש, בין היתר, באמצעות ירי רקטות,⁴⁴ וכן כדי לפרט את המטרות של ארגון חמאס שחיל האוויר תקף במסגרת המבצע.⁴⁵ כמו כן, הנייר מפנה לפרסום של משרד החוץ בעניין

³⁹ Israel's High Court of Justice and the Security Fence, ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS (November 12, 2012)

https://mfa.gov.il/MFA_Graphics/MFA%20Gallery/2012/11/HCI_and_Security_Fence.pdf.

⁴⁰ The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, et. al (The Turkel Commission), Report: Part one (Jan. 2010) (להלן: **דו"ח טירקל**).

⁴¹ ראו המשפט המפנה אל דו"ח טירקל במדריך הצבאי של ארה"ב:

"The form of the notification is not material so long as it is effective, and a variety of methods may be used" Law of War Manual - Department of Defense Dec 13, 2016, pg. 946 Available at: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>

דו"ח טירקל עצמו מאוזכר בה"ש 156 בעמוד זה. ראו:

"In the case at hand, the State of Israel took the following steps in order to give notice of the naval blockade: from the testimony of the Military Advocate-General, Major General Avichai Mendelblit, it can be seen that the Military Advocate-General's Office asked the Ministry of Transport to transmit information regarding the imposition of the naval blockade by all methods at its disposal, in order to ensure that the notice would reach all vessels in the Mediterranean Sea. This was also done. The notice was also published on the Internet sites of the IDF, the Shipping Authority, the Military Advocate-General, and the Ministry of Transport, and, as noted above, via several international channels. The announcement was also transmitted twice a day via the emergency channel for maritime communication to all ships within a distance of up to 300 kilometers from the Israeli coast. In addition, notices were also sent to the flag States and the States that Israel knew intended to send ships to the area. These steps clearly satisfy the requirement of 'notice.'"

הציטוט לקוח מתוך דו"ח טירקל (ראו ה"ש 40) בעמודים 162-163.

⁴² שם.

⁴³ Rand Corporation **From Cast Lead to Protective Edge: Lessons from Israel's Wars in Gaza** https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1800/RR1888/RAND_RR1888.pdf

המתייחס בין היתר לתיאור של המטרות הצבאיות של חמאס שהותקפו על-ידי חיל האוויר הישראלי (עמ' 91).

⁴⁴ שם, בעמ' XIV.

⁴⁵ שם, בעמ' 91.

ההפרות השונות של ארגון חמאס את הסדר הפסקת האש לאחר מבצע עופרת יצוקה, שכללו בין היתר ירי של כ-200 רקטות לשטח ישראל.⁴⁶

128. **שיתוף פעולה עם גופי חקירה בין-לאומיים** – בהקשר של שאלת שחרור מידע ואסטרטגיה – חשוב לתת את הדעת גם לנושא נוסף המתחדד בהקשר זה. בשנים האחרונות היינו עדים להקמת מספר ועדות בדיקה בין-לאומיות שעסקו בישראל ובפעילותה הצבאית. מרביתן של ועדות אלו הוקמו על-ידי מועצת זכויות האדם (HRC) (למשל: ועדות הבדיקה בעקבות "עופרת יצוקה", "צוק איתן", אירועי "שומרי הסף" בגבול עזה, המשט וההתנחלויות), גוף בעל הטיה מובנית נגד מדינת ישראל; חלק נוסף מטעם מזכ"ל האו"ם (BOI's) לבחינת נזק שנגרם למבני או"ם ברצועת עזה, ועדת פאלמר שעסקה גם היא באירוע המשט).

129. ככלל, לא קיים כלל גורף באשר לשיתוף פעולה או העדרו עם גופים בין-לאומיים. תחת זאת, ביחס לכל גוף בדיקה בין-לאומי שמוקם, ראוי לבחון האם שיתוף פעולה משרת את האינטרסים של מדינת ישראל, כאשר החלטה כזו מערבת שיקולים משפטיים, מדיניים ואחרים ולרוב תיבחן ותוכרע על-ידי הדרג המדיני לאחר גיבוש המלצות בנושא על-ידי הגורמים המקצועיים, בדגש על צה"ל, משרד המשפטים ומשרד החוץ.

130. ניסיון העבר מלמד כי מקום שמדובר היה בגופי בדיקה מטעמה של מועצת זכויות האדם, מדינת ישראל מצאה לנכון לא לשתף פעולה עם גופים אלו בשל פגמים שנפלו בהליך הקמתם והאג'נדה המובהקת של הגוף הממנה או בשל חברי הוועדה שנבחרו, אשר לא עמדו באמות המידה של העדר פניות. חשוב לזכור שהעובדה שישראל מחרימה את כל ההליך לא מאפשרת לה להשפיע על זהותם של חברי הוועדות, שעשויה להיות לה משמעות. עוד חשוב לציין שגם אם על פניו קל לפסול את מסקנות הוועדות בשל המנדט המוטל, עמדות אנטי ישראליות קודמות של חברי הוועדה, המתודולוגיה הלקויה, העדר מומחים חשובים וכיו"ב, בסופו של דבר דור"חות הללו ממשיכים להיות מובאים כתמיכה ראיתית נגד ישראל בהליכים בחו"ל ואסור לזלזל בהם. כך, לדוגמא, דו"ח ועדת הבדיקה של מועצת זכויות האדם בנושא מבצע "צוק איתן" שימש כבסיס נרחב לטענות שהועלו נגד בכירים ישראלים במסגרת הליכים במדינות זרות (למשל, במסגרת תביעה אזרחית בהולנד ותלונה פלילית שהוגשה בארגנטינה).

131. לעומת זאת, במקרים אחרים, כאשר הערכת גורמי המקצוע הייתה שמדובר בגוף שניתן לקיים עמו שיח מקצועי והוגן, אף בשלב הקמת מנגנון הבדיקה, בחרה המדינה לשתף פעולה, אשר הניב לא אחת תוצאות טובות. דוגמא בולטת לכך היא השתתפותה של מדינת ישראל בבירור שערך פאלמר בנוגע לאירוע המשט.⁴⁷ דו"ח הוועדה אימץ את מרבית עמדותיה של ישראל בנוגע לזכותה להטיל סגר ימי על רצועת עזה ולהגן על עצמה מפני ירי לעבר שטח ישראל, ואף כלל קביעות חשובות בנוגע לכך שמדינות נדרשות לנסות ולמנוע יציאת משטחים משטחיהן לעבור רצועת עזה. אין מדובר ביד המקרה, אלא בתוצאה של תהליך חשיבה מעמיק אסטרטגי ובהמשך, ליווי ותמיכה מקצועיים וצמודים של חבר הוועדה הישראלי, ד"ר יוסף צ'חנובר, על-ידי מחלקתנו.

132. בכל מקרה, גם מקום שלא מתקיים שיתוף פעולה או שיח פורמאלי עם גוף בדיקה בין-לאומי, אנו נוהגים לבחון ערוצי תקשורת עקיפים שבאמצעותם ניתן להביא בפני גופים אלה מידע רלוונטי. אלו עשויים להיות: פרסום מידע יזום במקורות גלויים, קיום ראיונות לתקשורת, פרסומים אקדמיים,

⁴⁶ שם, בעמ' XI-XII, ובעמ' 36.

<https://mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/terrorism/pages/palestinian%20ceasefire%20violations%20since%20end%20oper%20ation%20cast%20lead.aspx>

⁴⁷ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, July 2011, available at <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/world/Palmer-Committee-Final-report.pdf> (Palmer Report).

שיחות רקע בלתי פורמליות, העברת מסרים ו/או חומרים באמצעות צדדים שלישיים וכיו"ב. יצוין, כי שיתופי פעולה עם צדדים שלישיים עשויים להיות מורכבים, ומטבעם מאפשרים שליטה מוגבלת על אופן העברת המידע. כמו כן, לעיתים אין זהות אינטרסים מוחלט בין המדינה לבין צד ג' אשר מנהל שיח הם גופים בין-לאומיים. לכן, שימוש באמצעי זה אינו חף מקשיים.

133. לסיכום תובנה זו, נסיון העבר מלמד כי השליטה של מדינת ישראל בשחרור מידע, בין באופן פומבי, בין באמצעות שיתופי פעולה או שיח מסוים, ובין בדרכים אחרות – הינו צעד אסטרטגי חשוב וכלי יעיל ומועיל במערכה של לוחמה משפטית.

תובנה מס' 9 - זיהוי מגמות ואינטרסים בשיח הציבורי-משפטי או בזירה המשפטית, למידתם וניסיון להשפיע

במסגרתם

Commented [VS10]: ראשי הפרקים נכתבו בהתאם ל-9. ע עם גיל-עד. מתן הכין פרק זה והוא לאחר הטמעת הערותיה של קוגלר וכן של צוות בית הדין.

134. תובנה נוספת חשובה העולה מעבודת המחלקה בעשור האחרון, היא החשיבות להשפעה בפועל על השיח הציבורי-משפטי ביחס לפרשנות המשפט הבין-לאומי הנוהג, בפרט בכל הנוגע להתפתחותם של דיני הלחימה הבין-לאומיים ושל המשפט הבין-לאומי הפלילי. התפתחות זו נובעת בין היתר מהרצון להתאים את הוראות הדין, שחלקן נוסחו ואומצו בתחילת המאה הקודמת, כך שיתכתבו עם המציאות המשתנה והמתעצבת בעשורים האחרונים, שכוללת בין היתר לחימה פעילה בארגוני טרור, בין אם בשטח המדינה ובין אם בסכסוכים חוצי-גבולות, וכנגזרת מאופי הפעולה של ארגונים אלו, התמודדות גוברת עם אוכלוסייה אזרחית במסגרת לחימה זו.

135. היטיבו לתאר את מישור זה היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט ועוזרו הבכיר ד"ר גיל לימון במאמרם (ראו בעמ' 273):

"הכוונה היא לדיון המקיף המתנהל בשנים האחרונות במספר רב של זירות, באשר לכללים המסדירים את פעולתן של מדינות במסגרת המאבק בטרור. גם בהקשר זה, ההבנה כי מדינות דמוקרטיות-ליברליות הנאבקות בטרור רואות עצמן מחויבות לפעול בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, הפך את שאלת הדין החל על עימותים אלו לסוגיה שהשפעותיה ארוכות הטווח על היכולת של מדינות אלו להתמודד באופן אפקטיבי עם ארגוני לא-מדינתיים הן דרמטיות. שחקנים שונים בזירה הבינלאומית מבקשים להגביל את דרכי הפעולה העומדות לרשותן של מדינות הנאבקות בארגוני לא-מדינתיים באמצעות אימוץ פרשנות מצמצמת למשפט הבינלאומי שחל במצבים אלו (חשוב לציין כי חלק מהשחקנים הפועלי בהקשר זה מונעים מרצון כן להגביר את ההגנה על אזרחים בעת עימות מזוין, בעוד שחלק פועלים ממניעים אחרים כאמור). העובדה שדיני העימות המזון אומצו על רקע של מלחמות מסורתיות, המתנהלות בין מדינות, כך שהכללים החלים על עימותי מודרניים הם עמומים באופיים, מהווה כר פורה למאמצים אלו.⁴⁸

136. כפי שעולה מהאמור לעיל, עבור ישראל, לפרשנות הבין-לאומית המקובלת של הדין השלכות מהותיות, הן ביחס ליכולתה לנהל את זירות הלחימה השונות נגד ארגוני הטרור; הן ביחס לחובותיה המשפטיות שנובעות משליטתה הצבאית באזור יהודה ושומרון; והן ביחס לכלים שעומדים לרשותה בהתמודדותה עם הליכים משפטיים המתנהלים בטריבונאלים בין-לאומיים ובמדינות זרות.

137. בשל כך, המחלקה השתלבה במהלך עשור האחרון באופן שוטף בהליכי פיתוח ועיצוב שונים של הדין הבין-לאומי הרלוונטי. יצוין שמישור זה מאופיין בהליכים ארוכים יחסית, שאת פירותיהם לא תמיד ניתן לראות באופן מידי אלא רק לאחר מספר שנים. במסגרת הליכים אלו, מבצעת המחלקה שלושה צעדים מרכזיים:

138. ראשית, נעשה ניסיון לצפות מגמות בשיח המשפטי שעשויות להיות בעלות חשיבות אסטרטגית. ניסיון זה כולל מעקב שוטף אחר השיח המתפתח בפורומים בין-לאומיים רלוונטיים וכן באקדמיה, פרסומים משמעותיים ודיונים שמתבצעים בעקבותיהם. כמו כן, מתבצעת בחינה של השיח המשפטי שמתעורר בעקבות אירועים בין-לאומיים משמעותיים וכן התייחסות בין-לאומית לפעולות שמבצעת ישראל או שמשויכות לה בזירות השונות.

139. שנית, ככל שמזוהה תחום משפטי מסוים שהשיח בו מעורר חשיבות אסטרטגית כאמור, מתבצע לימוד מעמיק של הטענות המרכזיות שעולות בו מצד הגורמים המעורבים, ובהתאם, גיבוש טיעונים רלוונטיים המשקפים את האינטרס הישראלי בעניין. לימוד זה כולל בין היתר עבודת מחקר משפטי

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 1, בעמ' 273.

מקיפה שסוקרת את מקורות הדין הרלוונטיים, דברי פרשנות שפורסמו בעניינם, עמדות רשמיות ופרקטיקה של מדינות רלוונטיות, וכן כתיבה אקדמית נוגעת בדבר. כמו כן, מתבצע ניתוח של הפרשנויות השונות של דינים אלו, בין אם הפרשנויות התקבלו על ידי אותן מדינות, ובין אם מדובר בפרשנויות "חדשניות" שמקודמות על-ידי גורמים באקדמיה או שחקנים לא מדינתיים. במסגרת הניתוח נבחנות ההשלכות האסטרטגיות האפשריות של אימוץ פרשנויות אלו, בפרט ביחס ליכולתה של ישראל להתנהל בזירות הלחימה השונות.

140. בהתאם לניתוח ולאור האינטרס הישראלי בעניין, מוצעת עמדה משפטית שיש לקדם בזירה הבין-לאומית ומגובשים טיעונים משפטיים מרכזיים שיתמכו בעמדה זו.

141. לצד זאת נבחנים האפיקים השונים לפעילות אפשרית – דוגמת זיהוי מוקדי שיח או כתיבה מובילה בתחום, פוטנציאל ההשפעה האפשרי בכל אפיק והדרכים המתאימות לקידומה.

142. לכל אורך הדרך מתבצעות הערכות וניתוח של ההתפתחויות, ואופן הפעילות הננקטת על ידינו משתנה בהתאם.

143. להלן נסקור מספר זירות משמעותיות שבהן המחלקה פעלה בשנים האחרונות במסגרת מישור זה ולאור הצעדים שפורטו:

א. זיהוי הליכים משפטיים בזירה הבין-לאומית אשר מעוררים אינטרסים הנוגעים למדינת ישראל

- מדובר בהליכים שאמנם אינם עוסקים בישראל ישירות אך כאלו שמעוררים דיון משפטי מהותי או שאלה משמעותית באשר לפרוצדורה המשפטית, אשר הכרעה בהם יכולה להשפיע ישירות או בעקיפין גם על ישראל. ברגע שהליך רלוונטי מזהה, המחלקה עוקבת באופן שוטף אחר התנהלותו ובמקרים מתאימים אף מנסה להשפיע או להתערב בו במידת האפשר, על מנת לקדם עמדה שתואמת את האינטרסים שזוהו. לדוגמה, במהלך השנים 2017-2019, התקיים בבית הדין הבין-לאומי לצדק (ICJ) הליך למתן חוות דעת מיעצת בשאלת הדה-קולוניזציה של איי צ'אגוס, בעקבות בקשה של העצרת הכללית של האו"ם. הליך זה עסק, במהותו, בסכסוך ארוך השנים בין בריטניה לבין מאוריציוס לגבי הריבונות על איי צ'אגוס (למרות שלא כך נוסחה השאלה של העצרת הכללית של האו"ם). מעבר לאינטרס המדיני בהתייבבות לצדה של בעלת ברית קרובה – בריטניה – סברנו כי זו הזדמנות להציג טענות משפטיות שיש למדינת ישראל אינטרס מובהק לקדם, בהקשר נפרד ומנותק מהסכסוך הישראלי-פלסטיני. בעיקרו של דבר, מדובר בטענות מדוע אין זה ראוי מצדו של בית דין בין-לאומי להכריע בסכסוך טריטוריאלי בין מדינות, בלא הסכמת שני הצדדים. באותה עת, הערכנו כי קיים סיכון לא מבוטל שהן ה-ICJ והן ה-ICC ידרשו להכרעה בסוגיות הנוגעות לסכסוך הטריטוריאלי בין ישראל לבין הפלסטינים (מה שאכן קרה זמן קצר לאחר מכן). על רקע זה, מדינת ישראל ניצלה את הזכות השמורה לכל מדינה חברה באו"ם, והשתתפה בהליך, הן באמצעות הגשת נייר עמדה כתוב, והן באמצעות הופעה בשלב הדיון בעל פה – (על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי) והיועץ המשפטי של משרד החוץ).⁴⁹

ב. נטילת חלק במאמצים אקדמיים לפיתוח הדין הבין-לאומי ביחס לזירות וטכנולוגיות לחימה חדשות – כאמור, זירת הלחימה עוברת בשנים האחרונות שינויים רבים, חלקם לאור התפתחויות טכנולוגיות משמעותיות, שבאות לידי ביטוי בין היתר בפיתוח מערכות נשק חדשות (למשל, מערכות שמשלבות רכיבי בינה מלאכותית) בשילובן בשדה הקרב, ובזליגה של זירת הלחימה למרחבים חדשים, ובראשם מרחב הסייבר והחלל החיצון. במידה רבה, ניתן לומר

⁴⁹ International Court of Justice Advisory opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (25 February 2019).

כי על כתפי המשפטנים נחה אחריות לוודא מחד, שהפעילות הצבאית במרחבים אלו והפיתוח של מערכות נשק מתקדמות הינם בהתאם לדין הבין-לאומי הרלוונטי והמגבלות השונות שמוטלות במסגרתו, ומאידך, להשפיע על השיח הבין-לאומי סביב דין זה בהתאם לאינטרסים של מדינת ישראל בעניין.

בשל הזמן הרב שחלף מאז גיבוש האמנות המסדירות פעילות צבאית במרחבי הלחימה המסורתיים ומאחר ואין צפי שבעתיד הנראה לעין מדינות יגיעו להסכמה על אופן הסדרת הפעילות הצבאית ביחס למרחבים החדשים או ביחס לאופן השימוש במערכות נשק מתקדמות, השיח המשפטי הרלוונטי מתקיים דווקא על-ידי גורמים באקדמיה. המאמץ המשמעותי ביותר שמתבצע על-ידי גורמים אלו בשנים האחרונות בא לידי ביטוי בגיבוש מדריכים שמנסים להצביע על הדינים הרלוונטיים בנוגע לסוגיות שטרם הוסדרו. על אף שלמדריכים אלו אין מעמד מחייב, הם משפיעים בסופו של דבר על האופן בו מדינות מתייחסות להיבטים אלו.

לכן, כל עוד השיח עודנו מתעצב, ישנה חשיבות משמעותית "להכות בברזל בעודו חם". בשל כך, המחלקה עוקבת באופן שוטף ומשתתפת ככל הניתן במסגרת העבודות על גיבוש מדריכים שונים. כך למשל, המחלקה השתתפה באופן עקיף במסגרת השיח סביב גיבוש מדריך טאלין (Tallinn) בנוגע ללוחמת סייבר ומדריך טאלין 2.0 ביחס לפעילות צבאית בחלל שפורסם בעקבותיו. לישראל מספר הסתייגויות מהמדריכים שפורסמו, בין היתר בשל המתודולוגיה עליה הם מסתמכים ומכיוון שמדובר בניסיון לייצר נורמות בין-לאומיות ללא פרקטיקה מדינית מספקת. בשל כך, לאחר פרסום המדריכים ננקטו על ידי המחלקה ועמיתנו בפרקליטות הצבאית ובמשרד החוץ מספר פעולות שכללו בין היתר, שיח בילטרלי מקצועי עם גורמי ממשל במדינות רלוונטיות במטרה לקדם עמדות או פעולה משותפת. זאת, למשל, במסגרת ביקור היועץ בארה"ב בשנת 2017, השתתפות בפורומים, השתתפות בכנסים ובפאנלים של הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום ובפורומים אקדמיים באשר לסוגיות פרטניות רלוונטיות.

כמו כן, החל משנת 2018 ראש אשכול דיני מלחמה, ד"ר נעם נוימן, משתתף כנציג המחלקה בכשרות אישית כמומחה ליבה בפרויקט כתיבת מדריך וומרה (Woomera) העוסק בהיבטי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לפעילות צבאית בחלל, מתוך ההנחה כי מעורבותו תוכל להביא לידי ביטוי ידע וניסיון ישראלי, בפרט בתחומים הנוגעים לפעילות הצבאית בהם יש לישראל אינטרס מובהק. העבודה על המדריך בעיצומה והוא צפוי להתפרסם במהלך שנת 2022 (בכפוף לשינויי ל"ז נוכח מגיפת הקורונה).

ג. דברי הפרשנות (קומנטארים) העדכניים של הצלב האדום לאמנות ג'נבה המסדירות את דיני הלחימה – מאמץ נוסף לפיתוח הדין מתבצע על-ידי הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום, שהחל לפני כמה שנים בפרויקט שאפתני לעדכון הקומנטארים ההיסטוריים לאמנות ג'נבה משנת 1949 ולפרוטוקולים הנוספים. הקומנטארים המקוריים נחשבים עד היום למקור המוסמך לפרשנות אמנות אלו, וכעת פועל הצלב האדום לעדכןם ולהתאים את פרשנות האמנות והפרוטוקולים לשינויים שחלו בזירת הלחימה בעשורים האחרונים. לישראל יש הסתייגויות שונות מדברי הפרשנות העדכניים שפורסמו עד כה, הן באשר למתודולוגיה לביסוס מסקנותיו והן באשר לעמדות המהותיות המובעות בו ביחס לנושאים שונים. יחד עם זאת, בשל המשקל הרב שיש לקומנטארים בשיח הבין-לאומי, ננקטו על ידי המחלקה ועמיתנו בפרקליטות הצבאית ובמשרד החוץ פעולות במספר אפיקים:

1. שיח בילטרלי מקצועי עם גורמי ממשל במדינות רלוונטיות במטרה לקדם עמדות או פעולה משותפת;

Commented [MG11]: ככל שלא רגיש מידי לציין

2. שיח ישיר עם נציגי הצלב האדום באשר להסתייגויותיה האמורות של ישראל וכן העברת לנציגי הצלב האדום התייחסות רשמית לקומנטאר המעודכן לאמנת ג'נבה הראשונה משנת 2016 לאחר פרסומו;
3. השתלבות נציגים בכשרותם האישית לצוות המומחים המייעצים לצלב האדום בגיבוש הקומנטאר המעודכן לאמנת ג'נבה השלישית והרביעית;
4. וכן, התבטאויות ונקיטת עמדות בפורומים בין-לאומיים, לרבות הוועידה הבין-לאומית של ארגון הצלב האדום, הוועידה השישית של העצרת הכללית של האו"ם ובפורומים אקדמיים באשר לסוגיות פרטניות רלוונטיות.
- ד. נטילת חלק פעיל בוועדות או בפורומים בין-לאומיים – דרך נוספת להשפיע על השיח הבין-לאומי הינה באמצעות השתתפות פעילה בפורומים בין-לאומיים שונים, המתכנסים הן במסגרת פעילותו השוטפת של גופי או"ם או ארגונים בין-מדינתיים שונים והן כיוזמה של ארגונים לא מדינתיים (כדוגמת הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום). לפרסומים שיוצאים מפורומים אלו, בין אם בצורת של החלטות, דוחות או ניירות עמדה, בדרך כלל יש מעמד של "דין רך" אך עשויות להיות להם השפעות מהותיות על אופן הפרשנות של הדין, במיוחד ככל שיותר מדינות משתתפות בגיבושן. בשל כך, המחלקה לקחה בשנים האחרונות חלק פעיל בפורומים רבים, וזאת כדי להשפיע גם על השיח שמתקיים במסגרתם וגם על נוסח הפרסומים שייצאו. כך למשל, נציגי המחלקה, הפצ"ר ומשרד החוץ משתתפים בוועידה הבין-לאומית של הצלב האדום שמתכנסת אחת לארבע שנים. במסגרת המפגש האחרון שהתקיים בשנת 2019, נדונו החלטות שלמדינת ישראל יש בהן אינטרס (כגון שמירה על קשרי משפחה לרבות מסירת מידע והשבת גופות, הגנה על פרטיות, חובות הומניטריות, קידום ציות לדיני הלחימה דוגמה נוספת הינה השתתפות נציגי המחלקה בשיח סביב עבודתה של ועדת זכויות האדם של האו"ם בניסוח הערות פרשניות עדכניות לזכויות האדם המנויות באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). ניירות אלו פתוחים להערות של מדינות החברות באמנה ולאור זאת, לישראל יש הזדמנות להביע בהן עמדתה המשפטית ביחס לזכות הקונקרטיה הנידונה, באופן שמשקף את האינטרסים שלה - למשל, כאשר הפרשנות המוצעת משפיעה על מסגרות דין אחרות, כגון דיני הלחימה. בהקשר זה המחלקה השתתפה בפברואר 2020 בגיבוש ובהגשת נייר הערות פומבי להערה פרשנית 37 בדבר הזכות להפגין.⁵⁰
- ה. מעבר לכך, נציגי המחלקה משתתפים מפעם לפעם בכנסים אקדמיים, וכן מפרסמים (בשם או באמצעות גורמים שלישיים) מאמרים בכתבי עת ובלוגים משפטיים מובילים. כך למשל, בדצמבר 2020 השתתף ד"ר רועי שיינדורף בכנס השנתי של ה-Naval War College ונשא בו נאום שהתמקד בעמדה הישראלית ביחס לאופן תחולת המשפט הבין-לאומי ביחס לפעולות צבאיות במרחב הסייבר.⁵¹ ראש אשכול דיני מלחמה, נעם נוימן, השתתף גם הוא בדצמבר 2020 בכשרותו האישית בכנס של כתב העת EJIL והעביר הרצאה שהתמקדה בתחולת דיני הניטרליות במרחב הסייבר. מאמר תחת אותו נושא פורסם בכתב העת [International Law Studies](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GcArticle21.aspx) באפריל 2021.⁵² כמו כן, בדצמבר 2020 ד"ר רועי שיינדורף פרסם יחד עם ד"ר ערן שמיר-בורר, ראש מחלקת דין בין-לאומי בפרקליטות הצבאית, שניהם בכשרותם האישית, מאמר בנושא היעדר התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה, שהתייחס בין היתר

⁵⁰ חנייר שהוגש זמין באתר וועדת זכויות האדם:

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GcArticle21.aspx>

⁵¹ תמלול של נאום זה פורסם ביוזמתנו בבלוג המשפטי EJIL: Talk! ובכתב העת היוקרתי International Law Studies. הנאום עורר שיח משמעותי בקהילה האקדמית (ראו בהקשר זה, לדוגמה, הרשומות שפרסם בנושא פרופסור מייק שמיט בעניין) וקיבלנו ביחס אליו תגובות חיוביות רבות. ככזה, אנו מעריכים כי הוא בחלט צפוי להשפיע על עיצוב הנורמות של המשפט הבין-לאומי במרחב.

⁵² לאתר כתב העת: <https://digital-commons.usnwc.edu/ils/vol97/iss1/33>.

לטענות שעלו על-ידי תובעת ה-ICC בהקשר זה.⁵³ בשנת 2019 השתתף ראש אשכול הליכים בין-לאומיים, ד"ר גיל-עד נועם, בכנס הודו אשר עסק בבקרת איכות על חקירות פליליות בין-לאומיות, ואף נשא את דברי הסיכום. בכנס השתתפו מומחים מובילים בתחום, ביניהם בעלי תפקידים במשרד התובעת ובערכאת קדם המשפט של ה-ICC. מבחינת המחלקה, הכנס היווה הזדמנות לקידום שיח בונה וביקורתי על ה-ICC, על בסיס הרשמים שצברנו תוך כדי העבודה מול גוף זה. בשנת 2020, פורסם אוגדן מאמרים של משתתפי הכנס, ביניהם מאמר של גיל-עד, אשר מאיר זרקור חיובי על מערכת החקירות הישראלית, ומשתף מספר תובנות הנוגעות לאופן שבו ה-ICC צריך להתייחס לעבודתן של מערכות חקירה מדינתיות. נוסף על כך, המחלקה לוקחת חלק פעיל בכנס הדו-שנתי בנושא דיני לחימה שמארגנת מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית, ובכנס האחרון שהתקיים בשנת 2019 השתתפו ונשאו דברים המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (בין-לאומי) וראש אשכול דיני מלחמה.

144. לסיכום תובנה זו, נוכח התפתחותו המתמשכת של המשפט הבין-לאומי, המחלקה פועלת במספר זירות לזיהוי המגמות להן השלכות אסטרטגיות על ישראל ובהתאם להשפיע ולעצב את הדינים הרלוונטיים ופרשנותם. פעילות זו באה לידי ביטוי במספר זירות וכוללת בין היתר מעורבות בהליכים משפטיים בין-לאומיים, נטילת חלק במאמצים אקדמיים ונקיטת צעדים מורכבים יותר ביחס למאמצים שלהם חשיבות רבה בזירה הבין-לאומית (כגון הקומנטארים החדשים של אמנות ג'נבה והפרוטוקולים הנוספים), וכן, השתתפות בפורומים בין-לאומיים ובכנסים אקדמיים רלוונטיים וקידום של האינטרס הישראלי במסגרתם.

⁵³ מאמר זה פורסם בשפה העברית בכתב העת "עיוני משפט" של אוניברסיטת תל אביב ועתיד להתפרסם בהמשך השנה גם בשפה האנגלית.

145. התחומים של משפט בין-לאומי הפלילי ודיני הלחימה הינם תחומים דינמיים ומתפתחים במיוחד בשני העשורים האחרונים וקיימת קהילה מצומצמת יחסית בממשלות, בארגוני חברה אזרחית ובאקדמיה – בעלת מומחיות בתחומים אלה. אחת מדרכי הפעולה המועילות והחשובות, המוכיחות את עצמן חוזר ונשנה, היא ביצירת קשר מקצועי, לרבות קשר בלתי פורמלי, עם גורמי מפתח בתחומי העיסוק הרלבנטיים.

כך למשל, קשר עם גורמי תביעה במדינות מסוימות, וגורמים מקצועיים במשרדי ממשלה שונים – הוכיח עצמו כמועיל ובעל חשיבות רבה. ככל שנבנה קשר מקצועי – במסגרתו גורמי התביעה או משרדי הממשלה השונים לומדים להכיר את נציגי המחלקה, ומתרשמים ממקצועיותם – הרי שניתן להיעזר בכך גם לצרכי טיפול מקצועיים בעתיד לבוא.

146. המנעד הנדרש לסיוע יכול להיות רחב מאוד וישתנה בהתאם לטיב הקשרים והצרכים הנדרשים. כך למשל, על גבי המנעד האמור, נציגי המחלקה מסתייעים בקשרים מקצועיים, כמו גם קשרים א-פורמאליים שיצרו עם גורמים מקבילים ברשויות המדינה, על מנת לקבל תובנות לא פורמאליות מנסיון שלהם בניהול תיקים במדינות זרות, המלצות על משרדי עורכי דין רלבנטיים או מומחים בתחום ספציפי, אשר אותן רשויות התנסו בעבודה עמם - ועוד.

147. יוער, כי הצד שכנגד עורך שימוש משל עצמו באמצעי של יצירת קשרים עם גורמי מפתח על מנת להשפיע על גורמים לקבל את הנרטיב העובדתי והמשפטי המקודם על-ידיהם. פעמים רבות אותם גורמים כלל אינם מכירים את הרקע העובדתי והמשפטי הרלבנטי. גם בשל כך יש חשיבות רבה למאמצים מהצד שלנו ביחס לשיח וקשרים עם גורמי מפתח כדי להתמודד עם המאמצים שעורך הצד השני במישור זה.

148. נסיון השנים הוכיח שיצירת קשר שמבסס יחסי אמון מסייעת באפשרות לקיום שיח פתוח עם רשויות התביעה המקומיות ועשויה להועיל אף לטיפול בהליכים קונקרטיים. כך נעשה, לשם הדוגמא, במסגרת טיפול בתלונה שהוגשה בענין "עופרת יצוקה" במדינה אירופאית חשובה. פגישה מקצועית של ע"ד מרלין מזל, שנערכה בעבר אגב כנס מקצועי במדינה שלישית בו השתתפו גם נציגים מאותה מדינה אירופאית מסוימת, ביססה יחסי אמון בין הצדדים, שהובילו בהמשך לשיח בלתי-פורמאלי מול רשויות האכיפה הרלבנטיות. בסופו של יום, ניתן לומר כי האמון שנרכש במהלך השיח והדיאלוגים המקצועיים, סייע בטיפול היעיל גם ביחס לתיק הקונקרטי. יוער, כי הכנס באותה מדינה שלישית אורגן מלכתחילה במטרה ליצור קשרי עבודה והפריה הדדית.

149. אחת הדרכים היעילות ליצירת קשרי עבודה וקשרים א-פורמאליים כאמור, היא באמצעות יצירת דיאלוגים אסטרטגיים עם מחלקות מקבילות במדינות שונות או מחלקות רלבנטיות בארגונים שונים. בהקשר זה, נציגי המחלקה, בעבודתם השוטפת, מזהים הזדמנויות מתאימות ליזום דיאלוגים מקצועיים עם מקבילים במדינות מסוימות. כלי זה מאפשר למידה הדדית בתחומי העיסוק המשותפים, הרחבת הידע המקצועי בתחום – ומכאן הערך הרב של פרקטיקה זו. בנוסף, בהזדמנות זו הדבר מהווה גם כלי ליצירת קשרי עבודה וסיוע הדדי מקצועי גם בעתיד.

150. עד כה, המחלקה קיימה דיאלוגים כגון דא במספר הזדמנויות אשר אכן הוכיחו את עצמם במבחן התוצאה. כך למשל, אשכול הליכים במדינות זרות במחלקה מקיים מזה כשלוש שנים דיאלוג שנתי עם משרד המשפטים האמריקאי, כאשר בכל שנה מגוונים את תחומי הדיאלוג, על מנת להרחיב את הלמידה ההדדית בתחומים כגון בטחון המדינה, לוחמה בטרור והגנה על בכירים, כמו גם האפשרות ליצירת זיקות וקשרי העבודה בין גורמים שונים במשרד המשפטים הישראלי לזה האמריקאי, על שלל

תחומי עיסוקם. דיאלוג שוטף זה פתח בפנינו אפשרויות רבות, בין היתר לערוץ לא-פורמאלי רב חשיבות. לשם הדוגמא, באמצע שנת 2020, המקבילים של אשכול הליכים במדינות זרות הודיעו להם על כוונת אחת המחלקות במשרד המשפטים האמריקאי להגיש עמדת ידית בית משפט בעתירה בפני בית המשפט העליון הישראלי. מחלקתנו עמדה בקשר עם כל הגורמים הממשלתיים הנוגעים בדבר והוחלט, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, ליצור קשר עם משרד המשפטים האמריקאי על מנת להביע את חששותינו ממהלך זה. המאמצים, בהובלת ראש אשכול הליכים במדינות זרות, נשאו פרי והובילו לכך שמשרד המשפטים האמריקאי נמנע מהגשת עמדה אשר היתה יכולה לעורר קשיים בלתי מבוססים עבור ממשלת ישראל.

151. בנוסף, אשכול הליכים במדינות זרות במחלקה, יחד עם נציגים מדב"א ומשרד החוץ, מקיים דיאלוג מתמשך עם ארגון נאט"ו בנושא של "לוחמה משפטית". זאת, בעקבות פנייתו של ארגון נאט"ו למחלקתנו, מתוך הבעת רצון ללמוד מהנסיון הרב של מדינת ישראל בתחום הלוחמה המשפטית. מעבר לפוטנציאל הגלום בפיתוח התחום באמצעות דיאלוגים מקצועיים מקיפים מעין אלו, הרי שהדבר אף הוביל להגברת המוניטין הגבוה של מדינת ישראל כמובילה מקצועית בתחום זה. לשיח עם נאט"ו יש גם ערך אסטרטגי רב חשיבות במובן זה שהארגון שותף לעמדתנו שמדינות אויב וארגוני טרור משתמשים בלוחמה משפטית על מנת לקדם אג'נדה פוליטית ונוכח זאת לעמדה לפיה יש מקום למדינות לנתח אסטרטגיה זו ולהתמודד עמה. לדברי נציגי ארגון נאט"ו שהשתתפו בדיאלוגים, הפגישות עם נציגי מדינת ישראל סייעו לנאט"ו להרחיב את החשיבה האסטרטגית שלהם בנושא של לוחמה משפטית וכחלק מעבודתם הם מפנימים את העקרונות שלובנו עמנו בשיטת העבודה של הארגון ומשקיעים משאבים ניכרים בלמידה ופיתוח התחום, כמו גם הגברת מודעות לתחום בקרב 30 המדינות החברות של הארגון. לא זו אף זו, בעקבות הדיאלוג המתמשך החליט אגף הייעוץ המשפטי במטה ארגון נאט"ו להעניק את פרס 'Serge Lazareff' לשנת 2019 לע"ד מרלין מזל (ראש אשכול הליכים במדינות זרות במחלקתנו) ולרס"ן בן וולאהוס (דב"א) על תרומתם לפיתוח תחום הלוחמה המשפטית בנאט"ו.

152. באשר לדיאלוגים עם מדינות שונות, הרי שהדבר מגלם יתרון רב חשיבות בכך שאנו יוצרים הזדמנות ללמידה והפריה הדדית בין שתי הרשויות המקבילות. אך, מעבר לאמור, לדיאלוג שכזה עשויה להיות תועלת נלווית, ביחס לטיפול בתיקים ספציפיים הנוגעים למדינת ישראל. במובן זה, ההכרות עם שיטת המשפט שלנו, החשיפה לאופן בו מערכת המשפט הישראלית עובדת בצורה מקצועית ורצינית – כל אלו ועוד – עשויים לסייע גם בהקשרים של תיקים ספציפיים.

153. יצוין, כפי שהוזכר קודם לכן במסמך זה, לעיתים, נציגי המחלקה מקיימים דיאלוגים עם רשויות מדינה זרות, אשר מוכוונים לשיח ספציפי אגב תיקים קונקרטיים. כך למשל, כפי שהוזכר כבר לעיל, נציגי התביעה הרלבנטיים בגרמניה השתתפו, לבקשתם, בדיאלוג עם מחלקתנו, בשיתוף משרד החוץ ודב"א - ביחס לתלונה שהוגשה במדינתם הנוגעת לאירוע ספציפי אשר התרחש במהלך מבצע "צוק איתן" ונבדק על-ידי המנגנון המטכ"לי עוד בשעתו. בסופו של יום הוחלט, הן על-ידי הפצ"ר והן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (במסגרת השגה) שאין בפרשה זו עילה לפתיחה בחקירה פלילית. במהלך הדיאלוג, נציגי מדינת ישראל הציגו בפני נציגי התביעה הגרמנים סקירה מפורטת של האופן בו מדינת ישראל בודקת חשדות להפרות של דיני העימות המזוין הבין-לאומיים, תוך מתן הסברים מפורטים על מנגנון הברור המטכ"לי, המהווה כלי ייחודי במינו בהקשר זה. נציגי התביעה בגרמניה התרשמו מהנסיון, הידע המקצועי ואיכות הטיפול שהופגנו על-ידי נציגי מדינת ישראל במהלך הדיאלוג.

154. יצירת קשרים בעלת חשיבות נוספת היא בקיומו של שיח וקשרים אל מול גופים בין-לאומיים ומוסדות רלבנטיים אחרים. אף על פי שיחסייה של מדינת ישראל עם ה-ICC נמצאים במגמת התדרדרות, ואולי במיוחד בגלל זה, יכולה להיות חשיבות רבה ליכולת של נציגי המחלקה להחליף מסרים עם משרד

התובעת מאחורי הקלעים. יכולת זו אינה דבר של מה בכך; היא תוצר של העשור האחרון, שבו נציגי המחלקה שמרו על נוכחות מתמדת בהאג, זיהו את מוקדי הכוח במשרד התובעת ויצרו קשרים עם גורמי מפתח, וביססו לעצמם מוניטין אמין, הוגן ומקצועי. יחסים אלה תרמו מאוד לעובדה שמדינת ישראל הצליחה לעכב את ההחלטה של משרד התובעת על פתיחה בחקירה ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני במשך כעשור.

155. בהקשר זה, יצוין, כי נציגי המחלקה לוקחים חלק, לצד עמיתיהם מהפרקליטות הצבאית ומשרד החוץ, בדיאלוגים אסטרטגיים עם נציגי משלחת הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום בישראל. משלחת הצלב האדום מקיימת באופן שוטף שיח עם מגוון רשויות ישראליות במסגרת הטיפול בנושאים שבתחום המנדט שלה, כך למשל סוגיות הנוגעות לתנאיהם של פלסטינים המוחזקים במאסר או מעצר על-ידי ישראל ותיאום סיוע הומניטארי לפלסטינים וכן סוגיות הנוגעות לשיטות ואמצעי לחימה. במסגרת זאת, מקיים הצלב האדום גם שיח משפטי עקרוני דיסקרטי מול ישראל, במגוון סוגיות שהארגון מזהה בהם פערים או מחלוקות (בשנים האחרונות, למשל, ניסה הצלב האדום לקדם נייר ביקורתי מאד, שיועד להפוך לבסוף לנייר פומבי, בנושא ההתנחלויות הישראליות). נציגי המחלקה והגורמים הישראליים הנוטלים חלק בדיאלוגים מעין אלה עושים מאמצים רבים על-מנת לתת מענה פרקטי לסוגיות שעולות, להסביר את העמדה המשפטית הישראלית ולא פעם הדבר הוביל למניעת ביקורת פומבית או לנסיגה/שינוי של הצלב האדום מעמדה משפטית שלו היה מקדם באופן פומבי, היתה פוגעת באינטרסים המשפטיים של מדינת ישראל.

156. המחלקה רואה חשיבות בהמשך קידום שיח זה, וזאת ממספר סיבות. ראשית, מדינת ישראל היא מדינה שומרת חוק, וקיום דיאלוג כן, מכבד ומעמיק עם הצלב האדום הנו חלק מכך, לאור תפקידו הייחודי של הצלב האדום במערכת המשפטית הבין-לאומית, כ"מגן אמנות ג'נבה". שנית, לאור המעמד המיוחד שמקבל הצלב האדום כפרשן מוסמך של דיני העימות המזין הבין-לאומיים, קיימת חשיבות ראשונה במעלה להבין את המגמות המשפטיות שהארגון מבקש לקדם, ולספק לארגון את עמדת המדינה בשלל סוגיות, במטרה להציג את ההשלכות הפרקטיות של עמדות משפטיות כאלה ואחרות בעולם המעשה, ובפרט כמדינה הנאבקת מול ארגונים חמושים לא-מדינתיים אשר אינם מקיימים, בלשון המעטה, את דיני העימות המזין. הבטים אלה הינם משמעותיים ובעלי ערך רב, גם בהקשר של פיתוח הדין, עליו עמדנו בתובנה הקודמת.

157. השיח השוטף והמפנה של נציגי המחלקה עם הצלב האדום מתנהל גם במישור הפומבי, במסגרת השתתפות בועידות הבינלאומיות של הצלב האדום בו מתקבלות החלטות המביאות לידי ביטוי את מדיניות הארגון, וכן כנסים ובשולחנות עגולים אקדמיים עם נציגים מהצלב האדום. בתוך כך, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), אף הוזמן על-ידי הארגון להיות אחד מהדוברים המרכזיים בכנס שארגנה משלחת הצלב האדום לרגל 70 שנים לאמנות ג'נבה משנת 1949.

158. מהאמור לעיל ניתן לראות בבירור, כי אחד הכלים המשמעותיים העומדים בפני מדינת ישראל, ובפרט בשימוש מחלקתנו, הינו הכלי החשוב של יצירת קשרים עם גורמים מפתח. מעבר ליתרון הרב הטמון בעצם קיומו של שיח שוטף ומעמיק עם גורמים מקצועיים שונים בזירה הבין-לאומית ובמדינות השונות, הרי שיש לכך ערך מוסף נלווה רב חשיבות, אשר מסייע רבות בזירת הלוחמה המשפטית גם כן. לצורך כך יש, כפי שתואר לעיל, לזהות הזדמנויות מתאימות להגברת המוניטין המקצועי של המחלקה ונציגיה (לרבות בדמות יוזמות לקיומם של דיאלוגים מקצועיים) ובהשקעת המשאבים הנדרשים במטרה זו – דבר שהוכיח עצמו ככלי יעיל ורב חשיבות בטיפול בתחום הלוחמה המשפטית. אכן, נסיון העבר מלמד כי השקעה במישור של יצירת קשרים, לרבות ההשקעה התקציבית הכרוכה בכך, הינה השקעה לטווח ארוך המוכיחה את עצמה.

Commented [VS14]: הפסקאות הבאות נכתבו על-ידי יעל נגן והן לאחר הטמעת הערותיה של הילה קוגלר.

תובנה מס' 11 - "Offensive Lawfare": שימוש מושכל וזהיר בלוחמה משפטית התקפית

159. בפתח הדברים יצוין כי לא קיימת הגדרה ברורה ואחידה למונח "לוחמה משפטית התקפית". ככלל, ניתן לומר כי הכוונה הינה למהלכים משפטיים יזומים, שמשרתים את האינטרסים של מדינת ישראל במסגרת לחימה מזוינת.⁵⁴ אלו יכולים להיות בעלי השלכות מעשיות, כמו פגיעה כלכלית; תודעתיות, למשל באמצעות השחרה/פגיעה במוניטין; או שילוב של השתיים. דוגמאות בולטות הן: הטלת מגבלות תנועה וסנקציות כלכליות על פעילי טרור באמצעות הכללתם ברשימות של ישויות טרור בעולם; הגשת תביעות אזרחיות בגין פעולות טרור ו/או נגד גורמים אשר מספקים תמיכה כלכלית לפעילות עוינת לישראל; הגשת תלונות פליליות במדינות זרות ולטריבונאלים בין-לאומיים נגד בכירים בארגוני טרור בגין פעילותם; הפצת מידע מהימן אודות הפרות דיני הלחימה של ארגונים לא-מדינתיים עמם נמצאת ישראל בעימות ופגיעתם בזכויות אדם של האוכלוסייה המקומית; ועוד. למעשה, מדובר בטקטיקות אשר באופן תדיר נעשה בהן שימוש נגד מדינת ישראל. עוד יצוין, כי צעדים משפטיים התקפיים עשויים להינקט ביוזמת צד ג', כגון: ארגונים לא-מדינתיים ישראלים, זרים או בין-לאומיים.

160. במשך שנות פעילותה צברה המחלקה ניסיון מסוים בתחום זה, וניתן להצביע על יתרונות וחסרונות שונים שבו. אין ספק כי רתימת כלים משפטיים על-מנת להכביד על גורמים עוינים לישראל ו/או לאזן את "תמונת המצב" המשפטית והתודעתית ביחס למדינת ישראל עשויה להיות בעלת תוצאות חיוביות, ביניהן: הטלת מגבלות פיננסיות ואחרות על גופים שתומכים בפעילות טרור; ביסוס הלגיטימציה לפעולה צבאית של מדינת ישראל נגד גורמי טרור על-ידי העלאת המודעות לפעילותם העוינת; הגברת השיח והעיסוק בהפרות דין של ארגוני טרור ואיזון השיח ביניה הבין-לאומית, אשר לרוב מתמקד בישראל.

161. לצד זאת, קיימים משתנים רבים אשר עשויים להשפיע על הכדאיות של מהלך משפטי יזום של המדינה. בראש ובראשונה, ישנה חשיבות לגורם היוזם, לגורמים המעורבים במהלך ולשאלה האם מדינת ישראל מזוהה באופן פורמלי או שפועלת "מאחורי הקלעים". לא אחת פונים גורמים שלישיים למדינה בבקשה לשתף פעולה בזירה המשפטית. שיתוף פעולה עם גורם שלישי מצמצם את מידת השליטה של המדינה על האירוע המשפטי ואף עלול להוביל בנסיבות מסוימות למצב של ניהול אינטרסים בין הגורמים השונים המעורבים או לפגיעה באינטרסים או מהלכים אחרים של המדינה. כמו כן, שיתוף פעולה עם גורם מסוים עשוי להוות תקדים או לייצור ציפייה/דרישה לשיתוף פעולה דומה מצד גורמים שלישיים נוספים. לכשאירוע לוחמה משפטית התקפי מתרחש שלא ביוזמת המדינה, על המדינה לשקול היטב את צעדיה: מה סיכויי ההצלחה של ההליך? מה הסיכונים בהשתתפות או באי-השתתפות בהליך? האם ההליך זה עלולה להיות השלכה תקדימית מסוכנת? מה הנזק שעלול להיגרם? האם נכון עבורה להתערב פורמאלי/פומבית בנושא? האם נכון למדינה לפעול מאחורי הקלעים דווקא על מנת למזער סיכונים בהליך שננקט על ידי צד ג'?

162. בהקשר זה חשוב לתת את הדעת על כך שהליכים משפטיים יזומים, ובפרט הליכי ליטיגציה, מעצם טבעם, הינם בלתי-צפויים. הפסד בליטיגציה, למשל, עלול לגרום נזק ולהוות תקדים שלילי בעל השלכות ארוכות טווח, ולכן יש לבצע הערכה מפורטת ומעמיקה ככל הניתן של סיכויי ההצלחה של הליך בפני ערכאות. לא זו אף זו, שהמדובר בהליך הערכת סיכונים בעל פן גלובלי. זאת שכן, תוצאה של הליך במדינה מסוימת עלולה להשפיע על הליכים אחרים, בנושאים שונים לגמרי, המנוהלים במדינות אחרות בעולם, ויש לקחת זאת בחשבון.

⁵⁴ צ'ארלס דאנלס מהפרקליטות הצבאית של חיל האוויר האמריקאי, אשר הכניס את מונח ה"לוחמה משפטית" לשיח, הגדיר את המונח נכון לשנת 2011 כ"אסטרטגיה של שימוש במשפט, או השגת תכלית הלחימה." לוחמה משפטית התקפית מתייחסת לשימוש בלוחמת משפט על-ידי המדינה, ככלי למימוש מטרותיה הצבאיות.

163. דוגמא מובהקת ליוזמת לוחמה משפטית התקפית על-ידי גורם לא ממשלתי בהליכי ליטיגציה זרה ניתן לראות בעניין יקב פסגות וההליך שניהל בצרפת ובהמשך לכך בבית הדין האירופאי לצדק (CJEU). הרקע לכך טמון בהערה פרשנית של הנציבות האירופאית אשר פורסמה בנובמבר 2015 ולפיה סימון מוצרים המגיעים מ"השטחים הכבושים" כגון, 'West Bank' או 'Golan Heights' כמוצרים אשר יוצרו בישראל אינו סימון נכון, כיוון שבהתאם למשפט הבין-לאומי, שטחים אלו אינם נחשבים כשטחים המצויים תחת ריבונותה של מדינת ישראל, וכי סימון זה עלול להוביל להטעיית הצרכנים ולהפרה של המשפט האירופי. יוער, כי הפרשנות הנוהגת של הנחיה זו היתה כי מדובר בהנחיה לא מחייבת וכי לרוב הנחיה זו לא יושמה בפועל על-ידי מדינות חברות האיחוד האירופאי.

בנובמבר 2016, שר הכלכלה הצרפתי פרסם הודעה לסוחרים ובה ציין כי על מוצרים אשר מגיעים מרמת הגולן או מהגדה המערבית להיות מתייגים כ"התנחלויות ישראליות". לאחר פרסום ההודעה זו, פסגות, בתמיכת 'Lawfare Project', ובנפרד ארגון יהודי אירופאי בשם OJE (Organisation Juive Europeenne), הגישו עתירות לבית המשפט הגבוה לעניינים מנהליים (Conseil d'Etat) על כך שההנחיה, בין היתר, לוקה ב"סטנדרט כפול" ומתייחסת רק לחברות ישראליות אך לא לחברות הפועלות בשטחים אחרים, שגם גבולותיהם שנויים במחלוקת, ולכן מהווה אפליה על פי החוק הצרפתי. בית המשפט בצרפת פנה לבית הדין האירופי לצדק (CJEU) על מנת שיתן דעתו בנושא.

אומנם מדינת ישראל לא היתה צד ישיר לתיק זה או מעורבת בהגשתו, אולם היה ברור כי תוצאות עלולה להשפיע על האינטרסים שלה. לאחר התייעצות בין-משרדית של הצוות הבין משרדי למאבק המשפטי ב-BDS בסוגיה, הוחלט כי הסיכונים והנזקים אשר עלולים להיגרם כתוצאה מקבלת פסיקה של בית הדין האירופי לצדק עולים על התועלת של מהלך יזום זה וכן כי הסיכון המשפטי לקבלת פסיקה בעייתית הינו גבוה בנסיבות הענין. זאת, שכן עלולה להתקבל החלטה שתחייב את כלל מדינות האיחוד, לעומת המצב כיום בו יש הנחיה לא מחייבת אשר כמעט ואיננה נאכפת בפועל במדינות האיחוד.

בהקשר זה שוקפו הסיכונים לדרג המדיני ונעשו פעולות מאומצות מאחורי הקלעים להביא למשיכת העתירות, בתחנות רבות לאורך הדרך, על מנת להימנע מפסיקה בעייתית ותקדימית כאמור. אולם, העותרים סרבו לקבל את עמדות המדינה שהוצגו בפניהם.

אכן, בנובמבר 2019 בית המשפט האירופי לצדק קבע בפסק דינו כי קיימת חובה אקטיבית למדינות החברות באיחוד האירופי לסמן מוצרי אוכל המיוצרים ב"שטחים הכבושים", וזאת על מנת למנוע הטעייה של צרכנים אירופאיים. בהתאם, גם בית הדין העליון האדמיניסטרטיבי בצרפת דחה על הסף את העתירות שהוגשו וקבע כי ההודעה שפורסמה על-ידי משרד הכלכלה הצרפתי הינה חוקית.

ברי, כי החלטה כאמור של בית המשפט האירופי מחריפה בראייתנו את המצב המשפטי בהקשר זה ועלולה להוביל דווקא לאסקלציה בתחום סימון המוצרים באירופה, בדיוק הפוך מהכוונה לה יועדו העתירות מלכתחילה.

אירוע זה מדגים את הזהירות הרבה שיש לנקוט בה בעת ששוקלים שימוש בלוחמה משפטית התקפית, ודאי מצדו של צד שלישי עם אינטרסים נפרדים משלו, אשר למדינה אין שליטה על החלטותיו וצעדיו, ואת החשיבות בביצוע מלאכת הערכת סיכונים מתאימה, על מנת ששימוש התקפי כאמור לא יהפוך לחרב פיפיות.

164. לוחמה משפטית התקפית עשויה לבוא לידי ביטוי גם בעולם החקיקה. במישור זה ניתן הן לערוך שימוש בחקיקה קיימת ולמעשה ליישמה באופנים שהיוו לוחמה משפטית התקפית, הן ליצור חקיקה חדשה. גם זירה זו מגלמת יתרונות לצד חסרונות. כך למשל, ביחס לחקיקה חדשה - המדובר בתהליכים ארוכים יותר המתקדמים בקצב איטי על פי רוב. כמו כן, מתעורר החשש שמא נסיונות להשפיע על

חקיקה במדינה אחרת עלולים להיות בעלי השלכות ליחסים בין המדינות ועל כן יש לנהוג בנושא זה בזהירות יתרה. ביחס ליישום החקיקה, מעבר לכך, קיים חשש מפני פסיקה המאתגרת את החקיקה לאחר מכן, העשויה לעורר השלכות שליליות כשלעצמה ולהוביל לנזק חמור יותר מאשר לו המצב היה נותר כפי שהיה בטרם החקיקה. מאידך, המדובר בכלי יעיל ואפקטיבי, בעל פן קבוע ויכולת הרתעה גבוהה וכלי הצהרתי אפקטיבי במישור המדיניות.

165. דוגמאות בולטות בתחום החקיקתי, ניתן למצוא בחקיקות רבות בארה"ב בתחום ה-Anti BDS. עד היום נחקקו חוקים מדינתיים או צווים מנהליים בכ-35 מדינות בארה"ב, שמטרתם לתמרץ כנגד החרמה של מדינת ישראל. זאת כגון, חקיקה האוסרת על רשויות המדינה לערוך התקשרויות עם עסקים שמחרימים את ישראל. על-פי רוב, חקיקה כזו חלה על התקשרויות בשווי של יותר מ-\$100,000 עם עסקים שיש להם למעלה מ-10 עובדים, וקובעת כי עסק שרוצה להתקשר עם המדינה נדרש להצהיר שלא ישתתף בחרם על ישראל.⁵⁵ למשל יצוין, כי על חוקים אלה נמתחה בקורת, וחלקם היו נתונים לביקורת שיפוטית, כאשר בחלק מהמקרים הוצאו צווי מניעה כנגד אכיפת החוק, בשל הפגיעה שנוצרת בחופש הביטוי.⁵⁶

166. דוגמא נוספת, ניתן למצוא בחקיקה הנוגעת לנושא של "מגנים אנושיים" - אשר מהווה אתגר מורכב ביותר למדינות בימינו. בהקשר זה, ניתן לציין חקיקה אמריקאית שהתקבלה בנוגע להטלת סנקציות אודות פרטים או ארגונים, אשר נקבע לגביהם, כי הם אחראים לשימוש בפרקטיקה של שימוש ב"מגנים אנושיים".⁵⁷ יוער, כי עד היום יישום החקיקה בפועל על-ידי הטלת סנקציות על ארגוני טרור כגון חיזבאללה או חמאס - טרם בוצע.⁵⁸ מעניין לציין, שבמסגרת הדאילוג שקיימה מחלקתנו עם נאט"ו, הארגון היה שותף לדעתנו שמדובר בפרקטיקה חמורה ושנכון לערוך שימוש בלוחמה משפטית התקפית להרתעה כנגד פרקטיקה זו. עוד יוער, כי בנושא של "מגנים אנושיים", ניתן לקדם לוחמה משפטית התקפית גם בזירות אחרות מלבד זו החקיקתית. במובן זה, המחלקה רואה חשיבות ברתומת הגופים הרלבנטיים, הן לצורך גיבוש מידע שיאפשר יישום של החקיקה בנושא, כמו גם לצורך בהעלאת מודעות שוטפת ותמיידית בקהילה הבין-לאומית ביחס לשימוש שארגוני הטרור מבצעים בפרקטיקה של "מגנים אנושיים" ובהפרות הנובעות מכך של המשפט הבין-לאומי.

הערה של רועי: מתלבט אם להכניס או לא את הדוגמאות שיופיעו מעכשיו למטה. מחד זה לא ממש לוחמה התקפית שכן החקיקה לא היתה קשורה אלינו. מאידך, זה מידע חשוב ורלבנטי לנושא. סוכם שנשאיר תוך מיקוד שורד תעשה – ורועי יעבור על זה שוב בעצמו ויחליט מה להוריד.

167. דוגמא לחקיקה מדינתית, שהובילה להשלכות משמעותיות בפועל, ניתן למצוא ב-Anti-ATA (the Terrorism Act) ו-TVPA (the Torture Victim Protection Act). זוהי כמובן חקיקה שאשר כשלעצמה איננה מהווה כלי לוחמה משפטית של מדינת ישראל, אשר לא היתה מעורבת בהקשרי חקיקה. אולם מעניין לציין, כי על בסיסם של חוקים אלה נוהלו בבתי המשפט בארה"ב לאורך העשור האחרון תביעות רבות כנגד מוסדות פיננסיים בגין מעורבותם במימון טרור בשל העברות כספיים

⁵⁵ ראו למשל את חקיקות ה-anti-BDS של מדינות איידהו, יוטה ומערב וירג'יניה משנת 2021.
⁵⁶ למשל במסגרת תיק Koontz v Watson 17-4099 cv - תביעה בביהמ"ש המחוזי של קונס הדורשת לבטל חוק מדינתי המונע מהמדינה להתקשר עם פרטים או חברות המבצעים חרם על ישראל. בית המשפט קיבל את בקשת התובעת והורה על הטלת צו מניעה המונע את אכיפת החוק. בתגובה, המחוקק תיקן את החוק באופן שלא יחול על התובעת.
⁵⁷ ראו: "Sanctioning the Use of Civilians as Defenseless Shields", Public Law No: 115-348 (12/21/2018).
⁵⁸ ראו מאמרו של Orde Kittrie מיום 15.10.2020: <https://www.fdd.org/2020/10/15/time-to-act-on-human-shields/>

במסווה של פעילות משפטית לגיטימית. לעומת זאת, מקום שגם מדינת ישראל בוחרת לעשות שימוש פומבי בכלים משפטיים על-מנת להשיג את מטרותיה במסגרת מאבקה בארגוני טרור, עוצמתו של טיעון זה נחלשת. אשר על כן, מדינות מהססות להגיש תביעות אזרחיות בבתי משפט מדינתיים זרים ואף נוטות שלא לעשות כן.

170. יתרה מכך, מקום שהמדינה עצמה יוזמת הליכים משפטיים, למשל בפני טריבונל בין-לאומי, הדבר עלול לשוות דימוי מאוזן וניטרלי לאותו גוף ואף לעודד אותו להפעיל סמכות שיפוט ולנהל את ההליך כאשר "שני הצדדים" רואים בו כזירה לגיטימית לניהול מאבק. לעומת זאת, במצב שבו גוף בדיקה או טריבונל בין-לאומי פועל לאחר ששמע רק עמדות אחד הצדדים לסכסוך, הדבר מאפשר למדינת ישראל להשמיע טענות אודות הטייתו, שיטת העבודה שלו וכי"ב. כמו כן, מקום שהמדינה עושה שימוש גם היא במנגנונים כאלה ואחרים לצורך לוחמת משפט, היא עשויה לאבד את היכולת להשמיע ביקורת נגד הממצאים של מנגנונים אלו, ככל שהם שליליים ביחס אליה. במילים אחרות, הפעלת לוחמת משפט התקפית עשויה להכשיר את השימוש באמצעי זה נגד המדינה עצמה.

171. לבסוף, חשוב גם לבחון את התועלת המעשית שמהלך יוזם עשוי להביא אל מול הסיכונים שהוזכרו לעיל. הניסיון שנצבר עד כה מלמד כי חלקם של האמצעים הקיימים אינו אפקטיבי ביחס לפעילי טרור. כך, למשל, איסורי כניסה למדינות או הוצאת צווי מעצר עשויים להיות בלתי-רלוונטיים מקום שמדובר בגורמי טרור אשר ממילא אינם נוסעים בעולם. ארגונים ופעילי טרור רלוונטיים שונים עשויים להיות בלתי-רלוונטיים. גם שיקולים של מוניטין בזירה הבין-לאומית עשויים להיות משמעותיים יותר עבור המדינה מאשר עבור גורמים לא-מדינתיים. לכן, בסופו של יום, יש לבחון היטב את הכדאיות של ניהול הליכים יוזמים, בפרט נוכח המשאבים הדרושים לשם כך (למשל, במקרה של הליך ליטיגציה או גיבוש מסמך משפטי מקיף).

172. מכל מקום, במרבית המקרים של פעילות משפטית יוזמה, ישנה חשיבות מכרעת ליכולת לבסס את הטענות המשפטיות השונות על מידע עובדתי מהימן שניתן לפרסום ו/או הגשה. כך למשל, מקום שהמדינה טוענת לשימוש בפרקטיקה של מגנים אנושיים על-ידי ארגוני טרור או לשימוש בתשתיות אזרחיות למטרות צבאיות. לפיכך, גם בהקשר זה יש להמשיך ולשפר את התיעוד המבצעי, כך שיאפשר איתור מידע וראיות רלוונטיים התומכים בטענות משפטיות לגבי ביצוע פשעים על-ידי ארגוני טרור על-מנת שניתן יהיה לעשות בו שימוש בעת הצורך.

173. יצוין, כי מעבר לאמור לעיל, למחלקה ניסיון חיובי ברתימת מומחים משפטיים לכתיבה בנושאים אשר משרתים את האינטרסים המשפטיים הישראליים. הדבר נובע, בין היתר, מהעובדה שעובדי המחלקה רכשו מוניטין כאנשי מקצוע, השומרים על "כשירות מקצועית" בתחומם. חלקם בעלי תארים מתקדמים ממוסדות משפטיים יוקרתיים, אשר מפרסמים כתיבה אקדמית ו/או מלמדים במוסדות אקדמיים שונים בישראל. ככאלו, הם נתפסים כבני שיח ומשמרים רשת מקצועית רחבה בעולם. הדבר מסייע לפיתוח שיח מקצועי פורה ולרתימת מומחים בעלי שם להשמעת עמדות שמשרתות את האינטרסים המשפטיים של המדינה. ניתן לסווג פעולות מסוג זה כחלק מקידום העמדות המשפטיות של מדינת ישראל ולא כלוחמה משפטית, אולם הערך הנלווה לכך בתחום של לוחמה משפטית ברור גם כן.

174. סיכומו של דבר, השימוש בלוחמה משפטית התקפית הינו נושא מורכב. מחד, ישנם יתרונות רבים הגלומים באפשרות זו, כמו גם האפשרות להוביל להשגים המתורגמים למציאות בפועל. יחד עם זאת, כל צעד התקפי הנשקל, צריך להיעשות תוך נקיטה במשנה זהירות ולאחר ליבון הנושא באמצעות שילוב זוויות הראייה השונות של גורמי הממשלה השונים, כמו גם תוך פיתוח מומחיות ולמידה של

הגופים השונים בעולם הלוחמה המשפטית בכלל, וביחס לצעד הנשקל הקונקרטי בפרט. בהקשר זה, ניתן לשקול להתניע ישיבות חשיבה של הגופים הממשלתיים הרלבנטיים, על מנת להבין את הצרכים המקצועיים של כל גוף ומטרותיהם בטווח הקרוב והרחוק, למפות צעדי לוחמה משפטית התקפית אפשריים, ולהתניע הליך חשיבה של שקילת מערך הסיכונים הרלבנטי לכל צעד כאמור, תוך שימוש בשיח הדדי מפרה בין גורמים משפטיים, מדיניים וצבאיים בהקשרים אלה.

כחולות

Commented [GR17]: כהערה כללית, אני לא בטוחה שהנושא הזה בהכרח צריך להיכלל כאחת מהתובנות. בעיני הוא קצת בוסרי לעומת יתר הנושאים ולא נושא את אותו משקל.

1. פיצויים ex-gratia או לפני משורת הדין (למ"ד) הינם פיצויים המשולמים מבלי להודות באשמה או באחריות משפטית. בהקשרים הנוגעים לתחומי העיסוק של המחלקה, פרקטיקה זו נפוצה ביחס לנזק שנגרם אגב לחימה, כאשר המדינה משלמת סכומי כסף למי שנפגעו ו/או שנגרם להם נזק, גם כאשר לא מדובר בהפרת דין; אלא ששיקולים אחרים, לרבות שיקולי צדק, הכרה בכך שנגרמו עוול או פגיעה קשה, רצון למחווה פיוס או לצעדים בוני אמון, מצדיקים מתן תשלום. בשונה מתשלום פיצויים לפי דין, אשר מקורם בחובת תשלום, הפיצויים לפני משורת הדין הם וולונטאריים, ולרוב לא יתבססו על חישוב ראשי נזק כפי שנהוג במסגרת דיני הנזיקין. כמו כן, התשלום כרוך בויתור של המקבל על כל טענה ו/או תביעה משפטית נגד המדינה. פרקטיקה זו משמשת מדינות ברחבי העולם, ומנגנון לתשלום פיצויי למ"ד קיים גם בישראל (במשרד הביטחון), אם כי השימוש בערוץ זה מצומצם מאד.
2. לאורך שנות פעילותה של המחלקה עלתה סוגיית פיצויי הלמ"ד בהקשרים שונים והתעוררה, בין היתר, השאלה האם שינוי מדיניות ישראל בנושא תשלום פיצויי למ"ד עשויה להשפיע על מעמדה בזירה המשפטית הבין-לאומית ולסייע בהדיפת טענות נגדה בתחום הלוחמה המשפטית. הדין הישראלי כיום מונע מתושבי רצועת עזה לנהל הליכים אזרחיים בישראל נגד המדינה, וככלל, המדינה נהנית מפטור מחבות הנזיקין בגין נזק שאירע כתוצאה מפעולה מלחמתית. לאור זאת, לא אחת מועלית בפני פורומים זרים הטענה שלא קיימת גישה לערכאות בישראל או יכולת אפקטיבית לקבל סעד בגין פגיעה שנגרמה אגב עימות מזוין (בין אם הייתה הפרת דין ובין אם לאו). על רקע זה, יש הסבורים ששימוש במנגנון לפיצוי למ"ד עשוי לסייע למדינה להצביע על כך שקיים סעד אפקטיבי בישראל עבור קורבנות עימות מזוין.
3. לצד שיקולי מדיניות ואחרים מרכזיים, מן ההיבט של לוחמת משפט, השימוש במנגנון של תשלום למ"ד עשוי לעיתים להוות פתרון אפשרי לאתגרים נקודתיים בתחום. תשלומים מסוג זה יכולים למנוע התפתחות של אירוע דגל משפטי. כך, למשל, בשנת 2017 הוגשה תביעה בהולנד נגד ספק כלבים ליחידת "עוקץ" בצה"ל בשם נער פלסטיני שנשך על-ידי כלב במהלך פעילות צבאית באי"ש. הסעדים המבוקשים בהולנד היו תשלום פיצויים והוצאת צו שיאסור על החברה להמשיך ולקיים קשרים עסקיים עם מערכת הביטחון הישראלית. עוד קודם לכן הגיש התובע תביעה אזרחית גם בישראל, אשר הייתה באותה העת תלויה ועומדת. לצד הערכת הגורמים המקצועיים כי התביעה האזרחית בישראל תידחה על הסף, ביחס להליך המשפטי בחו"ל הערכתנו הייתה כי ככל הנראה נצטרך לנהל את ההליך במלואו כאשר לא ניתן לצפות ברמת ודאות גבוהה כיצד יפסוק בית משפט זר בתיק. כמו כן, לניהול ההליך היו צפויות להיות עלויות גבוהות וכן השלכות שליליות על הנכונות של צדדים שלישיים לקיים קשרי מסחר עם מערכת הביטחון בעתיד, אם ייווכחו לדעת שהדבר עלול להוביל לליטיגציה.
4. לאור זאת, הייתה הסכמה בקרב כלל הגורמים הרלוונטיים (לרבות משרד הביטחון ופרקליטות מחוז תל אביב, האמונים על טיפול בתביעות מסוג זה בישראל), כי יש לנסות ולהגיע להסדר פשרה בתיק בחו"ל, ואכן בסופו של יום, גובש הסדר בין הצדדים (כאשר המדינה אינה צד להסכם או להליך המשפטי בחו"ל), ושולמו לתובע פיצויים לפני משורת הדין על-ידי הנתבעת בתמורה למשיכת התביעה ולהתחייבות להימנע מהליכים משפטיים בעתיד. זאת, כאשר היה ברור שעל-פי הקריטריונים לתשלום פיצויי למ"ד בישראל, התובע לא היה זכאי לקבל תשלום. בפועל, התביעה שהוגשה על-ידי התובע בישראל נמשכה וכאשר הוגשה בשנית מספר שנים מאוחר יותר, אכן נדחתה על הסף על-ידי בית המשפט.
5. מקרה זה אינו מהווה דוגמה קלאסית של תשלום פיצויי למ"ד, אלא, כאמור, הסדר פשרה בין צדדים להליך אזרחי (כאשר במקרה הייחודי הנ"ל המדינה כלל לא הייתה צד פורמלי להליך). לכן, הגם שבאותו

מקרה תשלום פיצויים נתן מענה נקודתי יעיל, המדינה אינה יכולה להישען על מקרה זה כאינדיקציה לקיומם של מנגנוני סעד מדינתיים אפקטיביים. לכן, הוא אינו מהווה תחליף למנגנון מדינתי כמתואר לעיל.

6. כמובן ששימוש בפרקטיקה של תשלומי פיצויים לפני משורת הדין עלול גם להוות תמריץ לתובעים לנקיטה בהליכים משפטיים נגד ישראל. יתרה מכך, הגברת השימוש באמצעי יוצא-דופן זה עשוי להתפרש כהכרה של מדינת ישראל בקיומה של חובה משפטית לפעול כך, אף-על-פי שלשיטתנו לא התגבשה נכון להיום במשפט הבין-לאומי חובה משפטית לעשות זאת. השימוש במנגנון של פיצוי למ"ד גם עלול לעורר אנטגוניזם בקרב קהל היעד ולהיתפס כתשלום מעין דמי שתיקה; או כשיתוף פעולה פסול של פלסטינים עם מדינת ישראל (דוגמת קבלת דמי שימוש בגין תפיסה צבאית של שטחי אי"ש לטובת הקמת גדר הביטחון). על-כן, גיבוש מדיניות משפטית ראויה בנושא זה מחייבת בחינת קשת רחבה של שיקולים, ביניהם ההשלכות בתחום לוחמת המשפט.

7. בימים אלה נערכת במחלקה (באשכול מדיניות ואסטרטגיה) עבודת מטה מקיפה בנושא של תשלום פיצויי למ"ד, שמטרתה סקירת מקורות המשפט הבין-לאומי בנושא והפרקטיקה הקיימת בעולם, מיפוי היתרונות והחסרונות של שימוש במנגנון פיצויים למ"ד למי שנפגעו אגב עימות מזוין, ולבסוף, גיבוש עמדה מקצועית מוצעת בנושא לבחינה. עם השלמתה, ניתן יהיה להמשיך ולבחון הנושא ובמידת הנדרש, לפתוח בשיח עם משרדי הממשלה הרלוונטיים לבחינת מדיניות מגובשת.