

# הסדרת ההחלטה על נקיטת פעולות צבאיות

עמיחי כהן | לירון א' ליבמן

מאי 2019



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

הצעה  
לסדר  
24



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

# הסדרת ההחלטה על נקיטת פעולות צבאיות

עמיחי כהן | לירון א' ליבמן

הצעה לסדר 24

מאי 2019

The Authority to Order Military Operations in Israel  
Amichai Cohen | Liron A. Libman

עריכת הטקסט: תמר שקד  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין  
ביצוע גרפי: רונית גלעד  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-258-2 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ט  
נדפס בישראל, 2019

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או  
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל  
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

#### **המכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)**

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

#### **להזמנת ספרים:**

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300867; פקס: 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

---

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הצעה לסדר זו רואה אור הודות לתרומתה הנדיבה של קרן פרנקל (The Frankel Foundation).  
This publication is published with the generous support of The Frankel Foundation.

הדברים המובאים במסמך זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

---

7	תקציר
9	מבוא
11	פרק ראשון: ההחלטה על נקיטת פעולות צבאיות עד התיקונים האחרונים בחוק ייסוד: הממשלה
19	פרק שני: התיקונים האחרונים לחוק ייסוד: הממשלה
22	פרק שלישי: סקירה השוואתית קביעת סטנדרטים מהותיים בנוגע לסמכות לעשות שימוש בכוח צבאי
23	הקצאת סמכות ההחלטה בנוגע לשימוש בכוח צבאי לגורמי הממשל השונים
25	הכפפת החלטות על הפעלת כוח צבאי לפיקוח או ביקורת סיכום
30	פרק רביעי: הזדמנות שהוחמצה: ביקורת על ההסדר הקיים
32	הצעה לתיקון
33	שינויים חיוביים בתיקונים
33	הליקויים בנוסח שהתקבל וכיצד לתקנם
35	עוד עניינים שראוי היה להסדיר במסגרת התיקונים והצעה לתיקון
50	הסדרה של הפעלת כוחות הצבא במשימות בינלאומיות
54	תפקידה של הכנסת: הפיקוח הפרלמנטרי על יציאה למלחמה
56	עיון חלקים נוספים מדוח ועדת עמידרור בחקיקה
59	כינוס הקבינט
60	נוסח התיקון המוצע
62	



## תקציר

קשה לחשוב על החלטה הרת גורל יותר למדינה מההחלטה על יציאה למלחמה. הפעלת כוח צבאי בהיקף גדול, וגם הימנעות מהפעלת כוח צבאי כאשר הדבר הכרחי, כרוכות בסיכון חיים של אזרחי המדינה וחייליה, וכן בסיכון אוכלוסייה אזרחית זרה בשטח שמתנהלת בו הלחימה. מלחמה כרוכה בפגיעה משמעותית ברכוש, בעלויות ניכרות ובשיבוש התנהלותה של הכלכלה הלאומית. לפיכך ראוי לבחון במבט מדוקדק למי נתונה הסמכות לקבל החלטה זו, מהם התהליכים העשויים להבטיח קבלת החלטות מיטבית, וכיצד על הדברים להיות מעוגנים בחוק.

ואולם שאלה זו מוסדרת בצורה לקונית למדי בחוק הישראלי. חוקי היסוד קובעים מסגרת כללית בלבד ליחסים בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בישראל בכלל, ובשאלות של קבלת החלטות בנוגע ליציאה לפעולות צבאיות בפרט.

ב־30 באפריל 2018 התקבל בכנסת ביוזמת הממשלה תיקון חוק־יסוד: הממשלה, הנוגע לסמכותה להחליט על פתיחה במלחמה. עיקרו של התיקון – מתן אפשרות לממשלה לאצול את סמכותה לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (המכונה "הקבינט"). נוסף על כך, הורחבה הסמכות לפתיחה במלחמה כך שתכלול גם נקיטת "פעולה צבאית משמעותית העלולה להביא, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה".

התיקון שיזמה הממשלה היה עשוי להיות הזדמנות לבחון את הדברים באופן יסודי ולהסדירם. למרבה הצער הזדמנות זו הוחמצה, ולמרות הניסיון לקיים דיון מעמיק בעניין בכנסת, אומץ תיקון נקודתי מאוד שמשאיר את העמימות בעינה. עדיין לא מאוחר לערוך את השינויים הנחוצים.

מסמך זה מציג הצעה להסדרה חוקית של העניינים הקשורים לנקיטת פעולות צבאיות, המתבססת על ההיסטוריה של תהליכי נקיטת פעולות צבאיות בישראל ועל סקירה השוואתית.

אנו ממליצים להיפרד מהמונח העמום "מלחמה" ולחייב החלטת ממשלה (או קבינט) בכל מקרה של נקיטת פעולה צבאית משמעותית. הסמכת הקבינט לקבל את ההחלטה היא אפשרות סבירה, בתנאי שמגבילים אותה למצב ביטחוני מסוים, להבדיל מאצילת הסמכות באופן כולל לקבינט, וכן בתנאי שמגבילים את היכולת לקבל החלטה בהרכב חלקי של הקבינט. כמו כן, על מנת שאצילת הסמכות לקבינט אכן תטייב את תהליכי קבלת ההחלטות, יש להשלים את החקיקה של ההוראות הנוגעות לאפשרות של חברי קבינט לקבל מידע וליזום דיונים. נוסף לכך, יש מקום להסדיר את הגורם המוסמך לקבל החלטה גם כשמדובר בשימוש בכוח צבאי שאינו מגיע לכדי פעולה צבאית משמעותית.



## מבוא

ב־30 באפריל 2018 התקבל בכנסת ביוזמת הממשלה תיקון חוק־יסוד: הממשלה, הנוגע לסמכותה להחליט על פתיחה במלחמה. עיקרו של התיקון, מתן אפשרות לממשלה לאצול את סמכותה לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (המכונה "הקבינט"). נוסף על כך, הורחבה הסמכות לפתיחה במלחמה כך שתכלול גם נקיטת "פעולה צבאית משמעותית העלולה להביא, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה". עיקר הדיון הציבורי־תקשורתי בתיקון נסב על מתן האפשרות, בנסיבות קיצוניות, לראש הממשלה ושר הביטחון בלבד לקבל החלטה לפתוח במלחמה. לנוכח הביקורת הציבורית הוראה זו בוטלה בתוך זמן קצר. כפי שנסביר להלן, ספק אם ביטול זה מנע את האפשרות לקבל החלטה לפתוח במלחמה בהרכב קטן מאוד.

קשה לחשוב על החלטה הרת גורל יותר למדינה מההחלטה לצאת למלחמה. הפעלת כוח צבאי בהיקף גדול, וגם הימנעות מהפעלת כוח צבאי כאשר הדבר הכרחי, כרוכה בסיכון חיים של אזרחי המדינה וחייליה, וכן בסיכון אוכלוסייה אזרחית זרה בשטח שמתנהלת בו הלחימה. מלחמה כרוכה בפגיעה משמעותית ברכוש, בעלויות ניכרות ובשיבוש התנהלותה של הכלכלה הלאומית. לפיכך ראוי לבחון במבט מדוקדק למי נתונה הסמכות לקבל החלטה זו, מהם התהליכים העשויים להבטיח קבלת החלטות מיטבית, וכיצד על הדברים להיות מעוגנים בחוק.

לפני התיקונים האחרונים סוגיה זו הוסדרה בחוק באופן לקוני למדי וחלקי מאוד ולא ניתן מענה לשאלות רבות.

התיקון שיזמה הממשלה היה עשוי להיות הזדמנות לבחון את הדברים באופן יסודי ולהסדירם. למרבה הצער, למרות הניסיון לקיים דיון מעמיק בכנסת בעניין, אומץ תיקון נקודתי מאוד שמשאיר את העמימות בעינה. לדעתנו, מדובר בהזדמנות פז שהוחמצה, אבל לא מאוחר לערוך את השינויים הנחוצים.

נעיר כי תפקידו של הקבינט אינו מוגבל לאישור יציאה למלחמה או לפעולה צבאית משמעותית, והוא עוסק בנושאי ביטחון לאומי רבים אחרים. יש מקום

לבחון כיצד לשפר את פעולתו גם בתחומים אלה,<sup>1</sup> שכן פעילות מוסדרת של הקבינט בעת רגיעה אינה מנותקת משאלת היציאה למלחמה. נקיטת פעולה צבאית צריכה להיות המוצא האחרון, ולשם כך על הקבינט לעסוק בבחינת הזדמנויות מדיניות ובגיבוש אסטרטגיה שתמנע או לכל הפחות תדחה עימותים צבאיים מתוך ראיית תמונת עולם רחבה. ואולם הצעתנו במסמך זה מתמקדת בסמכות להחליט על יציאה למלחמה או נקיטת פעולה צבאית אחרת.

במסמך זה נציג הצעה הסדרה חוקית של העניינים הטעונים הסדר בקשר לנקיטת פעולות צבאיות. נפתח בתיאור המצב המשפטי שהתקיים לפני התיקונים האחרונים לחוק יסוד: הממשלה, ואחר כך נציג במפורט את התיקון שנעשה. הפרק השלישי יציג סקירה השוואתית קצרה של הסדרים חוקתיים בעולם בסוגיה זו, ועל רקע זה נציג בפרק הרביעי את ביקורתנו על ההסדר שאומץ ונפרט את מה שחסר בו. בסיום נציע כיצד ראוי להסדיר את הסמכות לצאת למלחמה או לפעולה צבאית משמעותית.

1 להצעה קונקרטית, המבוססת גם על דוח ועדת וינוגרד ודוחות מבקר המדינה, ראו עופר שלח האומץ לנצח: מדיניות ביטחון לישראל 249–265 (2015).

## פרק ראשון

### ההחלטה על נקיטת פעולות צבאיות עד התיקונים האחרונים בחוק-יסוד: הממשלה

פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, שחוקקה עם קום המדינה, הסדירה את סמכותה של הממשלה להקים כוחות מזוינים, ביבשה, בים ובאוויר לשם הגנת המדינה. ואולם פקודה זו לא הסדירה את תהליך קבלת ההחלטות להפעלת הכוחות המזוינים לשם מימוש ייעודם.

נראה שהסמכות להחליט על יציאה למלחמה נכללה בסמכויותיה הכלליות של הממשלה, אך שהדבר לא נדון במפורש בפסיקה.<sup>2</sup> החל בחקיקת חוק-יסוד: הממשלה הראשון בשנת 1968 ברור כי לממשלה מוקנית הסמכות השיורית לעשות בשם המדינה כל פעולה שלא הוטלה בחוק על רשות אחרת,<sup>3</sup> ואולם עד חקיקת חוק-יסוד: הממשלה חדש בשנת 1992, שעיקרו הסדרת הבחירה הישירה של ראש הממשלה, לא הייתה בנמצא הוראה חוקתית או חוקית מפורשת שמסדירה את הסמכות להחליט על יציאה למלחמה.

הפרקטיקה שנוקטה במלחמות ישראל השתנתה מזמן לזמן. מלחמת העצמאות נוהלה באופן ריכוזי על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן-גוריון, והוא אך סיכל ניסיון להקים "קבינט מלחמה".<sup>4</sup> גם בשנים שאחרי המלחמה, בכלל זה בתקופת פעולות התגמול, התנגד בן-גוריון לעיגון פורמלי של הסמכויות לצאת למלחמה ולעשות שימוש בכוח צבאי.<sup>5</sup> היציאה למלחמת סיני ב-1956 הובאה

2 מרגייה כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 152-163 (2002).

3 ס' 29 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226.

4 עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל 45-52 (2014) (להלן: כהן וכהן).

5 שם, בעמ' 51-56.

לדיון בממשלה יום לפני פתיחת המלחמה, לאחר שהושלם הסכם מקדים עם צרפת וכוחות ימיים ואוויריים של צרפת כבר נכחו באזור.<sup>6</sup>

סגנונו של לוי אשכול כראש ממשלה היה שונה לחלוטין, ובשלושת השבועות של ההמתנה מכניסת הכוחות המצריים לסיני ועד פרוץ מלחמת ששת הימים הוא כינס את עשרת חברי ועדת השרים לענייני ביטחון שש פעמים ועוד חמש פעמים כונסה מליאת הממשלה (18 השרים).<sup>7</sup> למרות זאת, ביטוי קיצוני להיעדר ההסדרה של אופן קבלת ההחלטות היה החלטתו של שר הביטחון משה דיין ב־9 ביוני, על דעתו, בניגוד לעמדתו הקודמת ובלי שעדכן את ראש הממשלה או הרמטכ"ל, על מתקפה נגד הסורים ברמת הגולן. דיין הורה על מתקפה זו ישירות למפקד פיקוד הצפון.<sup>8</sup>

גולדה מאיר, כראש ממשלה, נהגה לקבל את ההחלטות המכריעות בענייני ביטחון ב"מטבח" המפורסם שלה, שהתכנס במעונה והיה מסגרת לא פורמלית ובהרכב משתנה. ישיבות ועדת השרים לענייני ביטחון ומליאת הממשלה היו לרוב בעלות אופי פורמלי בלבד לאחר שההחלטות כבר התקבלו ב"מטבח".<sup>9</sup>

נציין כי לאחר מלחמת יום הכיפורים ובעקבות המלצות ועדת אגרנט, חוקק בשנת 1976 חוקי־סוד: הצבא, שעיגן חוקתית את מרות הממשלה על הצבא. אלא שחוק קצר זה לא הבהיר את היקף הסמכות של הממשלה במליאתה מול שר הביטחון ולא קבע כללים הנוגעים לשאלות שבענייני צריכה הממשלה לקבל החלטה. למשל, אין בחוק כל התייחסות לשאלת הצורך לקבל החלטה בממשלה בעניין יציאה למלחמה או בעניין מהלכיה המרכזיים.

6 שם, בעמ' 56-57.

7 שם, בעמ' 84.

8 שם, בעמ' 88-89. שמעון גולן מלחמה בשלוש חזיתות: קבלת ההחלטות בפיקוד העליון של צה"ל במלחמה ששת הימים 292-311 (2007).

9 שם, בעמ' 90-92.

בכל הנוגע למלחמת לבנון הראשונה – עד היום יש מחלוקת בשאלה אם שר הביטחון אריאל שרון הרחיב את התוכנית שאושרה בממשלה מעבר לארבעים קילומטרים, ובכלל זה ההתנגשות עם הכוחות הסוריים בלבנון, אגב מניפולציה מכוונת של ראש הממשלה והממשלה.<sup>10</sup>

כמה שנים לאחר תום מלחמת לבנון הראשונה, בשנת 1992, חוקק חוק ייסוד: הממשלה (אשר החליף את הנוסח הקודם של חוק יסוד: הממשלה משנת 1968). בנוסח חוק זה נוספה הוראה ספציפית אשר הסדירה את סמכותה של הממשלה להורות על פתיחה במלחמה.

ההוראה שנקבעה בחוק יסוד: הממשלה בשנת 1992 קבעה:<sup>11</sup>

#### הכרזת מלחמה

- 51. (א) המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה.
- (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.
- (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.

הוראה זו הועתקה כלשונה לסעיף 40 של חוק ייסוד: הממשלה משנת 2001,<sup>12</sup> ונוסח זה עמד בתוקף ערב התיקונים האחרונים.

10 שם, בעמ' 121-123. ראו גם עוזי בנזימן "כיצד תומרנה ממשלה שלמה למלחמת שולל" הארץ, 17.5.2018.

11 חוק ייסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214.

12 ס' 40 לחוק ייסוד הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

כשנה לפני חקיקת חוק־יסוד: הממשלה ב־1992, הקמתה של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (או בשמה הלא רשמי "הקבינט") עוגנה במפורש בחוק־יסוד: הממשלה, בנוסח דאז.<sup>13</sup> דברי ההסבר ביססו את התיקון על המלצות מבקר המדינה להעמיד לרשות דרג מקבלי ההחלטות כלים לבחינה מקצועית ובלתי תלויה של תוכניות המוצגות לפניו להחלטה. כן נזכרו עבודות ועדת המשנה לתפיסת הביטחון בראשות ח"כ מרידור וספרו של יהודה בן מאיר.<sup>14</sup> עם זאת, מעבר לקביעת ההרכב של ועדת השרים לביטחון לאומי, אין התיקון מתייחס לסמכויותיה, בכלל או בהקשר ליציאה למלחמה בפרט. תיקון זה התגלגל במרוצת השנים מחוק־יסוד: הממשלה אחד לאחר, ובסופו של דבר, עם חקיקת חוק־יסוד: הממשלה ב־2001, עוגן בחוק "רגיל" – חוק הממשלה, התשס"א–2001. החוק קובע בסעיף 6:<sup>15</sup>

בממשלה תפעל ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי שהרכבה: ראש הממשלה – יושב ראש, ממלא מקום ראש הממשלה אם מונה, שר הביטחון, שר המשפטים, שר החוץ, השר לביטחון הפנים ושר האוצר; הממשלה רשאית, לפי הצעת ראש הממשלה, להוסיף חברים לוועדה, ובלבד שמספר חברי הוועדה לא יעלה על מחצית מספרם של חברי הממשלה.

במבצע חומת מגן (2002), שהיה המבצע הנרחב ביותר שצה"ל יצא אליו מאז מלחמת לבנון הראשונה, ההחלטה על היציאה למבצע התקבלה על ידי הממשלה. ראש הממשלה דאז אריאל שרון מסר על כך הודעה במליאת הכנסת, אף שהדרישה בחוק למסירת הודעה כזאת היא רק במקרה של "מלחמה", ולא

13 חוק־יסוד הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח התשנ"א 86.

14 הצעת חוק־יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8), ה"ח התשנ"א 125.

15 חוק־יסוד הממשלה (תיקון), ס"ח התשנ"ו 30; הצעת חוק־יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2) (מינוי ועדת שרים לביטחון לאומי), ה"ח התשנ"ה 289.

נערך דיון בשאלת סיווגו של המבצע כ"מלחמה" או כ"פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה".<sup>16</sup>

האירוע הצבאי הגדול ביותר שאליו יצאה ישראל מאז חקיקת סעיף "הכרזת המלחמה" בחוקי-יסוד: הממשלה הוא מלחמת לבנון השנייה בשנת 2006. במקרה זה, הסעיף גם עמד במרכז של עתירה שהגיש ד"ר יוסי ביילין עם פתיחת המלחמה.<sup>17</sup> כזכור, בעקבות תקיפה של חיזבאללה שנהרגו בה שמונה חיילי צה"ל ונחטפו שניים, החליטה ממשלת ישראל על נקיטת פעולה צבאית נרחבת בלבנון. בזמן הלחימה בלבנון ירה החיזבאללה אלפי טילים ורקטות שהרגו אזרחים ישראלים רבים, גרמו נזק לרכוש ופגעו בשגרת החיים בצפון. בעתירתו של ביילין נטען כי הממשלה הפרה את חובתה החוקתית לפי סעיף 40 לחוקי-יסוד: הממשלה בכך שלא הכריזה על מלחמה לפי סעיף 40(א). העותר דרש כי הממשלה תעשה שימוש בסמכות המוקנית לה בחוק ותכריז על מלחמה. מטעם המשיבים נטען כי הממשלה אינה רואה בעימות עם החיזבאללה "מלחמה" כמשמעה בסעיף 40(א), אלא "פעולות צבאיות" על פי סעיף 40(ב) ובהתאם לכך התקבלה החלטתה.

בית המשפט עמד על כך ש"לשם השמירה על עקרונות המשטר יש חשיבות רבה לכך כי לא תתקיימנה פעולות לחימה משמעותיות בלא החלטת ממשלה וללא ביקורת פרלמנטרית",<sup>18</sup> אולם באשר להגדרת "מלחמה" קבע:

סעיף 40(א) לחוק היסוד לא הגדיר מהי "פתיחה במלחמה" כמשמעותה בסעיף. שאלה זו שאלה סבוכה היא ולה היבטים רבים. הגדרת המושג "מלחמה", כאשר מדובר בסמכויות הממשלה ביחס לפעילות צבאית, כרוכה ושזורה ביחסי החוץ של המדינה ובתפקודה

16 פרוטוקול ישיבה מס' 296 של הכנסת ה-15, הודעה מדינית של ראש הממשלה (8.4.2002).

17 בג"ץ 6204/06 ד"ר יוסי ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 1.8.2006) (להלן: עניין ביילין).

18 שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה אז).

של הממשלה במישור היחסים הבינלאומיים. לפיכך, הפרשנות הנוגעת למושג "מלחמה" בהקשר זה, שיש לו השלכות במישור הבינלאומי, נשענת בעיקרה על כללי המשפט הבינלאומי. להחלטת ממשלה שעלולה להתפרש כהכרזת מלחמה עשויות להיות תוצאות מרחיקות לכת במישור היחסים הבינלאומיים, ואכן בזירה הבינלאומית הכרזות מלחמה פורמאליות אינן נהוגות בעשרות השנים האחרונות. לא למותר להוסיף כי עליפי המשפט הבינלאומי הכרזת מלחמה פורמלית איננה תנאי לקיומו של מצב מלחמה או סכסוך מזוין, ואף אינה נדרשת לצורך תחולת כללי המשפט הבינלאומי בדבר אופן ניהול הלחימה.<sup>19</sup>

עוד נקבע בפסק הדין כי הביטוי "מלחמה" עשוי לקבל משמעויות נבדלות בחוקים השונים שהוא מופיע בהם, וכי המציאות בהחלט עשויה להביא לכך שהמצב הביטחוני שהמדינה נתונה בו ייתפס על ידי הציבור כמצב של מלחמה. ואולם –

אין די בכך כדי להקים עילה להכרזה על פתיחה במלחמה לצורך הוראת סעיף 40(א) לחוק יסוד: הממשלה [...] בנסיבות שנוצרו רשאית הייתה הממשלה לקבוע כי הפעילות הצבאית עליה החליטה אינה בגדר "פתיחה במלחמה" אלא פעילות צבאית להגנה עצמית בתגובה לתוקפנות. הממשלה פעלה בעניין זה בגדר סמכויותיה המובהקות על פי שיקול הדעת הרחב המסור לה בכל הנוגע למדיניות חוץ וביטחון.<sup>20</sup>

עוד צוין כי אף שהממשלה לא סיווגה את המבצע כ"מלחמה", מבחינת התכלית החוקתית של ההוראה, היא קיימה את הנדרש כאילו היה מדובר במלחמה: ההחלטה התקבלה במליאת הממשלה, הודעה נמסרה לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, וראש הממשלה מסר הודעה במליאת הכנסת.

19 ש.ס, ש.ס.

20 ש.ס, ש.ס.



מעניין **ביילין** עולה כי סעיף 40(א), המחייב את הממשלה להחליט על פתיחה במלחמה, יחול רק במקרים של "מלחמה" לפי פרשנות מצומצמת ביותר. גם פעולות צבאיות מסיביות, ירי של כוחות אויב על אוכלוסייה אזרחית ונפגעים רבים, נסיבות שהתקיימו במלחמת לבנון השנייה והוזכרו בפסק הדין, לא הספיקו על מנת שבית המשפט יסבור שעל הממשלה לראות במצב "מלחמה" המחייבת את החלטתה. בית המשפט העליון הותיר בכך שיקול דעת רחב מאוד לממשלה.

ועדת וינוגרד (2007), שבחנה לאחר מעשה את מלחמת לבנון השנייה, מתחה ביקורת על תפקוד הדרג המדיני, התשתית לקבלת החלטותיו ומידת הפיקוח שלו על הצבא. הביקורת לא נסבה על הצד החוקי או הערכי של קבלת ההחלטה לצאת למלחמה על ידי הממשלה, אלא על התבונה והיעילות של הצעדים שנקטו.<sup>21</sup>

במבצע צוק איתן ברצועת עזה (2014) ההחלטה על היציאה למבצע התקבלה על ידי הקבינט. עם זאת, דוח מבקר המדינה שבחן את תהליכי קבלת ההחלטות בקבינט בקשר למבצע מצא כי סמכויות הקבינט, בכלל זה השאלה אילו נושאים נתונים להחלטתו, אינן מוסדרות ואינן מעוגנות בכתובים. אייהסדרה זו הביאה לכך שאפילו שרי הקבינט עצמם לא ידעו אם מדובר בגוף מחליט או בגוף מייעץ בלבד, אילו נושאים מחייבים קבלת החלטה בקבינט, ובאילו נסיבות מתקיימת חובה לכנס את הקבינט. נוסף על כך, הדוח מצא פגם בהיעדר החובה להעביר לקבינט מידע הנדרש לשם קבלת החלטות.<sup>22</sup>

בעקבות קבלת טיוטת דוח המבקר בנושא, ראש הממשלה בנימין נתניהו מינה ועדה בראשות האלוף (במיל') יעקב עמידרור לבחינה של עבודת הקבינט המדיני ביטחוני ולגיבוש המלצות בנושאים הקשורים בו. המלצות הוועדה הוגשו ביום 19

21 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) דין וחשבון חלקי 117-118 (אפריל 2007).

22 מבקר המדינה "תהליכי קבלת ההחלטות בקבינט בנוגע לרצועת עזה לפני מבצע 'צוק איתן' ובתחילתו" (2017) (להלן: דוח מבקר המדינה).

בדצמבר 2016.<sup>23</sup> הוועדה מצאה שעל פי הנוהג, בתחילת כל קדנציה מתקבלת החלטת ממשלה על הרכב הקבינט וסמכויותיו, ואלו מוגדרות באופן רחב.<sup>24</sup> בנושא זה הוועדה סברה כי לא נדרש שינוי. להערכתה, ראוי להותיר בידי הקבינט, בניווט של ראש הממשלה, את מרחב הגמישות הראוי כדי להוביל ולגבש את מדיניות החוץ והביטחון. בכל הנוגע להכרזת מלחמה סברה הוועדה כי אין סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה מחייב החלטת הממשלה כולה כאשר מדובר בפעולות צבאיות לשם הגנה על המדינה וביטחון הציבור, ועל כן הקבינט מוסמך להחליט על נקיטת פעולות אלו. ואולם למען הסר ספק מומלץ כי הממשלה תקבל החלטה שמסמיכה את הקבינט כאמור. הוועדה הוסיפה: "הסמכת הקבינט בנושא זה חשובה לצורך ייעול תהליכי קבלת ההחלטות, שימור סודיות טרם תחילת המערכה וקביעת מסגרת מוסמכת אך מצומצמת, ככל האפשר, של שותפי סוד".

אשר לתפקוד הקבינט בעת מלחמה המליצה הוועדה כי –

ככלל, על הקבינט לאצול מסמכויותיו בכל הנוגע לקבלת החלטות הנוגעות לניהולה השוטף של המערכה לראש הממשלה, לשר הביטחון ולשר החוץ. אין מדובר בהסמכה גורפת, אפריורית, אלא בהסמכה פרטנית, שאופייה והיקפה ייקבעו בהחלטה, בהתאם לתנאים שיוגדרו מראש. ועדת משנה זו תדווח על דיוניה ועל החלטותיה לקבינט במועדים שיקבע ראש הממשלה.

הודגש בדוח כי על הקבינט לעסוק בממד האסטרטגי והמדיני ולא בניהול האופרטיבי והטקטי של המערכה. עוד נקבע כי "שינוי מהותי בתוכנית הלחימה, מעבר בין השלבים השונים בתוכנית או שינויים משמעותיים הנגזרים

23 המלצות הוועדה לעניין עבודת הקבינט המדיני-ביטחוני (דצמבר 2016) (להלן: ועדת עמידרו).

24 הדוגמה הניתנת בדוח, מהממשלה ה־34: "ענייני הביטחון הלאומי של מדינת ישראל; מערכת הביטחון ומדיניותה; יחסי החוץ של מדינת ישראל ומדיניות החוץ שלה; אישור תוכניות פיתוח והצטיידות של מערכת הביטחון וגופי המודיעין; כל נושא אחר שראש הממשלה קבע, שנסיבותיו מצדיקות שיידון בוועדה שרים זו".

מההתפתחויות בזירה מחייבים את עדכון הקבינט, תוך הבהרת המשמעויות הנובעות מהשינוי".

הוועדה המליצה המלצות חשובות אחרות באשר לסוגי הדיונים בקבינט, לאופן הראוי של הכנתם, להכשרתם של חברי הקבינט ולהעברת מידע אליהם. התיקונים האחרונים לחוק ייסוד: הממשלה, שיפורטו מייד, הוצגו כחלק מיישום המלצותיה של ועדה זו.

## פרק שני

### התיקונים האחרונים לחוק ייסוד: הממשלה

בראשית 2018 פרסמה הממשלה הצעת חוק מטעמה לתיקון חוק ייסוד: הממשלה בכל הנוגע לסמכויות לפתיחה במלחמה וכן הצעת חוק משלימה לתיקון חוק הממשלה.<sup>25</sup> ההצעה ביקשה לשנות את כותרת סעיף 40 – "הכרזת מלחמה" – להכרזת מלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית. אשר לתוכן הסעיף, הוצע לשנותו לנוסח זה (התוספות מודגשות):

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

(א) על אף האמור בסעיף קטן (א) ובסעיף 33(א), רשאית הממשלה להחליט על אצילת סמכותה לפי סעיף קטן (א), דרך כלל או במקרה

25 הצעת חוק ייסוד: הממשלה (תיקון מס' 5) (סמכויות לעניין פתיחה במלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית), ה"ח התשע"ח 204; והצעת חוק הממשלה (תיקון מס' 12) (אצילת סמכות לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי), התשע"ח-2018, ה"ח 207. קדם להצעת החוק פרסום תזכיר על ידי משרד המשפטים בספטמבר 2017. ככלל, התזכיר זהה להצעת החוק. בעניין אחד, בנוגע להסמכת הקבינט, ההצעה סתה מן התזכיר, ועל כך נעמוד בהמשך.

מסוים, לוועדת שרים שנקבעה בחוק; החליטה הממשלה על אצילת סמכותה לוועדת השרים, תפעיל ועדת השרים את סמכותה רק אם מצא ראש הממשלה, כי הפעלת הסמכות בידי הוועדה נדרשת, בנסיבות העניין, בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם;

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

(ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או לנקוט בפעולה צבאית משמעותית לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי ואם התקבלה ההחלטה בידי ועדת השרים כאמור בסעיף קטן (א1), תימסר הודעה על כך, בהקדם האפשרי, לממשלה ולוועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות אחרות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.

התיקון המוצע לחוק הממשלה הבהיר שאצילת סמכות הממשלה לפתוח במלחמה או לנקוט פעולה צבאית משמעותית תהיה נתונה בידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי.<sup>26</sup>

לאחר דיונים מזורזים בכנסת אושרו הצעות החוק כלשונן, בתוספת אחת לחוק יסוד: הממשלה:<sup>27</sup>

(א2) אצלה הממשלה את סמכותה כאמור בסעיף קטן (א1), יהיה המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה; ואולם, בנסיבות קיצוניות ומנימוקים

26 הוסף סעיף קטן (ב) לס' 6 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, שכאמור לעיל, עד התיקון קבע רק את הרכבו של הקבינט.

27 חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6), ס"ח התשע"ח 636; חוק הממשלה (תיקון מס' 12), התשע"ח-2018, ס"ח 637, (להלן (יחד): "התיקונים").

שיירשמו, ואם הדבר הכרחי מטעמי דחיפות שאינם מאפשרים לכנס את המניין החוקי האמור, רשאים ראש הממשלה ושר הביטחון לקבל את ההחלטה במניין חוקי מצומצם יותר.

נציין כי נוסח דומה, אם כי לא זהה, נכלל בתזכיר ההצעה לתיקון חוק הממשלה:

אצלה הממשלה את סמכותה כאמור יהיה המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים, מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה, ואולם רשאים ראש הממשלה ושר הביטחון, להחליט לעניין מסוים, כי ניתן לקבל את ההחלטה במניין חוקי מצומצם יותר, אם הדבר הכרחי מטעמי דחיפות שיירשמו.

הנוסח הושמט בהצעת החוק וחזר כהוראה בחוק היסוד ולא בחוק "הרגיל".

ביקורת ציבורית נמתחה על התיקון האחרון. הטענה הייתה שהוא מאפשר לראש הממשלה ושר הביטחון, והם לבדם, להחליט על יציאה למלחמה, וכך סברו גם אחדים מחברי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.<sup>28</sup> בסופו של דבר חוק היסוד תוקן שוב, בתוך פחות משלושה חודשים, ונמחק ממנו סעיף קטן (א) האמור.<sup>29</sup>

28 יוהנתן ליס "הכנסת אישרה: ראש הממשלה יוכל להכריז מלחמה בהתייעצות עם שר הביטחון בלבד" *הארץ* 30.4.2018; טל שניידר "הכנסת אישרה: רה"מ ושר הביטחון יוכלו לפתוח במלחמה" *גלובס* 30.4.2018; לירון אי ליבמן "נתניהו, ליברמן – והסמכות להכריז מלחמה" *ynet* 1.5.2018; מזל מועלם "חוק היציאה למלחמה: פגיעה באופי המשטר הישראלי" *אל מוניטור* 2.5.2018; נחום ברנע "המלחמה שלפני המלחמה" *ידיעות אחרונות* – *המוסף לשבת* 3.5.2018.

29 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 7), ס"ח התשע"ח 900.

## פרק שלישי

### סקירה השוואתית

ראוי להעיר תחילה על מגבלות התועלת הטמונה בסקירה השוואתית של הדין במדינות שונות בהקשר הנדון. מעבר למגבלות הכלליות של המשפט המשווה, הצריך להביא בחשבון את ההבדלים בין שיטות המשפט למיניהן, נראה כי

עיצוב המנגנונים לאישור פעולות צבאיות של מדינה קשור בטבורו להיסטוריה הלאומית ולתפיסות באשר לזהות הלאומית. כך למשל, לא מפתיע שבמדינות כמו גרמניה ויפן, שההיסטוריה שלהן טומנת בחובה תוקפנות שהסתיימה באסון ובתבוסה ובעקבותיהם כינון משטרים דמוקרטיים כאנטייתזה למיליטריזם הטרוריסט-מלחמתי, נקבעו מגבלות כבדות, מסוגים שונים, על הפעלת כוח צבאי. לעומת זה, ארצות הברית היא מעצמת-על שהאינטרסים הלאומיים שלה חובקי עולם, ויש לה היסטוריה של הפעלת כוח צבאי בפינות שונות של העולם, שהיא חלק בלתי נפרד, כמעט שגרתי, ממדיניות החוץ שלה. כפועל יוצא, המגבלות על הפעלת כוח צבאי בארצות הברית מעטות יותר.<sup>30</sup>

אם כן, מטרת הסקירה הקצרה שתובא כאן אינה לתאר מודל אחד כולל המתאים למדינת ישראל, אלא להרחיב את החשיבה באמצעות הצגת תפריט רחב של טכניקות אפשריות להסדרת ההחלטה על שימוש בכוח צבאי.

ניתן לסווג את טכניקות ההסדרה בעולם לשלושה סוגים:<sup>31</sup>

- (1) קביעת סטנדרטים מהותיים באשר לנסיבות שבהן הממשלה רשאית לעשות שימוש בכוח צבאי;
- (2) הקצאת סמכות ההחלטה בנוגע לשימוש בכוח צבאי לגורמי הממשל השונים;
- (3) הכפפת החלטות בדבר הפעלת כוח צבאי לפיקוח או ביקורת.

30 Monica Hakimi, *Techniques for Regulating Military Force*, 622 PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES, 15-17 (September 2018) (להלן: Hakimi).

מובן שאין סוגי ההסדרה מוציאים זה את זה, וניתן לשלב בין סוגים שונים של הסדרה באותה מסגרת חוקתית של מדינה.

## קביעת סטנדרטים מהותיים בנוגע לסמכות לעשות שימוש בכוח צבאי

הסדרה באמצעות קביעת סטנדרטים מהותיים לשימוש בכוח היא טכניקה של הבטחת מחויבות למדיניות ארוכת טווח, מתוך הגבלת שיקול הדעת של הממשלה להפעיל את הצבא בלהט הרגע. מידת ההגבלה הכרוכה בטכניקה זו תלויה ברמת הפירוט של הסטנדרטים וכן באופן עיגונם בחקיקה – הוראות חוקתיות הן לרוב נוקשות יותר מהוראות בחוק רגיל.

כך למשל, ביפן שימוש בכוח צבאי צריך להיעשות בהתאם לדיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי (*jus ad bellum*), אך דינים אלו אינם מפורטים במפורש. זאת ועוד, על השימוש בכוח להלום את החוק היפני. חוקת יפן מבהירה כי העם היפני דוחה לעד את המלחמה כזכות ריבונית של אומה. החוקה קובעת גם כי לעולם לא יוחזקו כוחות יבשה, ים ואוויר, וכך גם פוטנציאל מלחמתי אחר.<sup>32</sup> הפרשנות לחוקה השתנתה במרוצת השנים: מלכתחילה היא פורשה כמאפשרת שימוש בכוח רק לצורך הגנה עצמית אינדיווידואלית,<sup>33</sup> לאחר שהתקפה חמושה אירעה על אדמת יפן ושרידותה של המדינה בסכנה. גם במקרה כזה נדרש שלא יהיו חלופות לשימוש בכוח, וכי ייעשה שימוש בכוח מינימלי על מנת להדוף את המתקפה. בימינו מקובל לפרשה כמתירה גם הגנה עצמית קולקטיבית, כלומר סיוע למדינה בעלת ברית שהותקפה. חוקים שחוקק הפרלמנט היפני מאפשרים גם סיוע, לוגיסטי ואחר, בכפוף למגבלות מסוימות, למשימות של שמירת שלום

THE CONSTITUTION OF JAPAN, art. 9 32

33 להבדיל מהגנה עצמית קולקטיבית – השתתפות בהגנה על בעלת ברית שהותקפה.

מטעם האו"ם, למשימות הומניטריות ומקרים דומים. עם זאת, גם הפרשנות הנוכחית משמרת את הנורמה החוקתית החזקה נגד שימוש בכוח.<sup>34</sup>

באופן דומה, בגרמניה חוק היסוד קובע כי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הם חלק מהחוק הפדרלי.<sup>35</sup> בית המשפט החוקתי פירש הוראה זו כמחייבת את גרמניה לציית לאיסור על שימוש בכוח הקבוע במשפט הבינלאומי. נוסף לכך, חוק היסוד קובע כי פעולות שנעשות בכוונה לפגוע ביחסי השלום בין אומות או כהכנה למלחמה תוקפנית יהיו בלתי חוקתיות וכן יהיו משום עבירה פלילית.<sup>36</sup> חוק היסוד מגביל את השימוש בכוח צבאי להגנה עצמית בלבד. גם במקרה של גרמניה הייתה מקובלת בעבר פרשנות מצומצמת המגבילה את השימוש בכוח להגנה עצמית אינדוידואלית, ואולם ב־1994 הבהיר בית המשפט החוקתי שגם הגנה עצמית קולקטיבית, במסגרת ברית נאט"ו למשל, נכללת בגדר המותר לפי החוקה.<sup>37</sup>

גם בצרפת נקבעו סטנדרטים מהותיים בכל הנוגע לשימוש בכוח צבאי, אולם להבדיל מיפן וגרמניה מדובר ברשימת קריטריונים להבניית שיקול הדעת ולא בהוראות נוקשות. כך למשל נקבע כי השימוש בכוח ייעשה רק בתגובה לאיום ביטחוני אמיתי; על יסוד הערכה של חלופות לשימוש בכוח ומטרות המשימה, היקפה ועלויותיה; בכפוף לשליטת הדרג המדיני ובהתאם למשפט הבינלאומי.<sup>38</sup>

בדרום אפריקה החוקה קובעת כי ייעודם העיקרי של כוחות הצבא הוא להגן על המדינה, על שלמותה הטריטוריאלית ועל תושביה, בהתאם לעקרונות החוקה וכללי המשפט הבינלאומי המסדירים את השימוש בכוח. הנשיא רשאי להורות על

34 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2-3.

35 BASIC LAW FOR THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, art. 25 (להלן: חוקת גרמניה).

36 שם, בס' 26(1).

37 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 3-4.

38 שם, בעמ' 4.



הפעלת כוחות ההגנה בשלוש נסיבות: בתיאום עם כוחות המשטרה, לצורך הגנה על המדינה או לשם מימוש התחייבות בינלאומית.<sup>39</sup>

במדינות שבהן החוק מפנה לכללי המשפט הבינלאומי בעניין השימוש בכוח, בלי לפרטם, עשויה להתעורר השאלה מהו הדין במקרה שחלה התפתחות בדין הבינלאומי. למשל, במקרה שהמנהג הרחיב את גבולותיה המקובלים של ההגנה העצמית – האם הדבר חל באופן אוטומטי באותה מדינה או שנדרש אימוץ מפורש של השינוי?<sup>40</sup>

בדמוקרטיות פרלמנטריות לרוב לא נקבעים סטנדרטים מהותיים בנוגע לפתיחה במלחמה.<sup>41</sup>

## הקצאת סמכות ההחלטה בנוגע לשימוש בכוח צבאי לגורמי הממשל השונים

במדינות רבות הסמכות להחליט על הפעלת כוח צבאי מחולקת, בצורות שונות, בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. לכאורה, הצורה החזקה ביותר של מעורבות הרשות המחוקקת היא החיוב בקבלת אישור מראש. עם זאת, כאשר מדובר בפעולות צבאיות מתמשכות, מתן האישור מראש לא בהכרח מצביע על מעורבות ופיקוח הדוקים של הפרלמנט. כך למשל, לאחר מתקפת הטרור של 11 בספטמבר, הקונגרס בארצות הברית קיבל החלטה המתירה לנשיא להשתמש בכוח נגד אומות, ארגונים או בני אדם שלפי קביעתו תכננו, אישרו, ביצעו או סייעו

39 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996, art. 200–201

40 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 4.

41 Tom Ginsburg, *Chaining the Dog of War: Comparative Data* 15 CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 138, 153–154 (2014). (להלן: Ginsburg).

למתקפת הטרור, או שנתנו מחסה לארגונים או בני אדם כאמור. ההרשאה הזאת פורשה באופן רחב מאוד. כך, ממשל אובמה טען כי הרשאת הקונגרס מאפשרת את המתקפה הרחבה על דאעש, רק משום שבעבר היה ארגון זה קשור לאל-קאעידה. ממשל טראמפ הרחיק לכת וטען שהרשאה זו מתירה גם שימוש בכוח נגד סוריה או איראן, ככל שהן מסכנות ארגונים לא מדינתיים המסייעים לארצות הברית במערכה נגד דאעש.<sup>42</sup>

החובה לקבל אישור מהרשות המחוקקת עשויה לתרום לשקיפות, לקיומו של דיון ציבורי פתוח ולקבלת החלטות שמעורבים בהן גורמים רבים יותר, ועל כן היא זהירה ומושכלת יותר. לעומת זאת, אם הפרלמנט נוטה לסמוך על הערכות הממשלה, מעורבותו עלולה דווקא לעודד אותה לעשות שימוש לא זהיר בכוח, שכן האישור מראש מפחית את הסיכונים של נשיאה באחריות במקרה של כישלון הפעולה.<sup>43</sup> מלבד זאת, אי-אפשר להתעלם מכך ששיקולים של שמירת סודיות ושל צורך בקבלת החלטות מהירה עלולים לשמש הנמקה נגד מעורבות מראש של הרשות המחוקקת.

במדינות אחדות מרכז הכובד של ההחלטה, על הרצף שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, נמצא בתהליך של שינוי. כך למשל, בבריטניה באופן היסטורי הכרזת מלחמה היא פררוגטיבה (זכות יתר) של הכתר, ולפיכך בסמכותה הבלעדית של הממשלה. ב-2013 שקלה הממשלה להגדיל את מעורבותו של הפרלמנט בקבלת החלטות על פעולות צבאיות, ואולם דוח של ועדת החוקה של בית הלורדים המליץ נגד השינוי. בדוח הובע חשש כי מעורבות גדולה יותר מראש של הפרלמנט תפגע באפקטיביות של פעולות הצבא ובשיקול הדעת של המפקדים; מעורבות כזאת גם תפגע במחויבויות הבינלאומיות של בריטניה, הדורשות לעיתים פעולה החלטית ומהירה, למשל כחלק מן המחויבות לביטחון קולקטיבי במסגרת ברית נאט"ו.<sup>44</sup> אך שהמצב החוקי הושאר על כנו, הממשלה

42 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 5-6.

43 שם, בעמ' 6.

44 HOUSE OF LORDS CONSTITUTION COMMITTEE, CONSTITUTIONAL ARRANGEMENTS FOR THE USE OF ARMED FORCE, para. 57-58 (2<sup>nd</sup> report, 2013-2014). (להלן: דוח בית הלורדים).

בחרה לעיתים להיוועץ בפרלמנט ולאפשר לו לקיים דיון בטרם ההחלטה, למשל בעניין המלחמה בעיראק ב־2003. באופן בולט יותר, ב־2013 הממשלה הביאה לדיון בפרלמנט השתתפות בפעולה צבאית נגד סוריה בשל השימוש בנשק כימי. ראש הממשלה דייוויד קמרון בחר לכבד את הצבעת הפרלמנט נגד פעולה כזאת ולהימנע מלפעול. לעומת זאת, ב־2018 השתתפה בריטניה בפעולה דומה נגד סוריה לאחר מתקפת נשק כימי על אזרחיה בלא פנייה מוקדמת לפרלמנט.<sup>45</sup>

### חלוקת הסמכות על בסיס טיבה של הפעולה הצבאית

רוב המדינות מאפשרות לרשות המבצעת לפעול על דעתה, לפחות במקרים מסוימים כמו מצבי חירום או הגנה עצמית. במקרים אחרים אפשר שיידרש אישור של הפרלמנט.

ביפן, למשל, ראש הממשלה מחויב לקבל אישור מראש מהפרלמנט להצבת כוחות מזוינים יפניים מחוץ למדינה, אבל אין הוא נדרש לאישור כזה במקרה של מצב חירום פנים־מדינתי. במקרה כזה על ראש הממשלה לפנות ולקבל אישור רטורואקטיבי של הפרלמנט בהקדם האפשרי או להפסיק את הפעולה הצבאית.<sup>46</sup>

בגרמניה נדרש אישור הפרלמנט (הבונדסטאג) לפרישה של כוחות צבא. עם זאת, במקרה של סכנה קרובה הממשלה רשאית להחליט על כך על דעתה, ובלבד שהביאה את העניין בהקדם האפשרי לפרלמנט או הפסיקה את הפעולה. מלבד זאת, מובהר כי ההגדרה של "פרישה" המחייבת אישור פרלמנטרי אינה כוללת פעולות של תכנון והכנה וכן סיוע הומניטרי שאינו כולל אפשרות קונקרטית של לחימה.<sup>47</sup>

45 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 12-13.

46 שם, בעמ' 7-8.

47 שם, בעמ' 8.

בארצות הברית נתפסת סמכות הנשיא כרחבה יותר. התפיסה המקובלת היא שהחוקה במקורה התכוונה לאפשר לנשיא להחליט על פעולה צבאית רק במקרים של הגנה עצמית. עם זאת, במרוצת השנים הלכה והורחבה התפיסה של סמכות הנשיא. כך, כשהממשל ניסח את ההצדקה להפעלת כוח צבאי בלוב ב־2011, נטען כי אישור הקונגרס מראש נדרש רק לפעילות צבאית שהיא משום "מלחמה", על פי טיבה, היקפה ומשכה המוערכים – רק פעילות צבאית ארוכה ומשמעותית תוגדר "מלחמה". יוצא אפוא שהממשל סבר כי סמכות הנשיא היא הכלל, ואילו הדרישה לאישור הקונגרס מראש היא חריג שנדרש רק במקרים קיצוניים.<sup>48</sup>

### חלוקת הסמכות על בסיס משך הפעולה הצבאית

דרך אחרת לחלק את הסמכות לנקוט פעולה צבאית בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת היא על יסוד משך הפעולה. לפי גישה זו, שיקול הדעת להפעיל כוח צבאי מסור לממשלה, ואולם במקרה שמדובר בהטלת עול של מערכה ממושכת על המדינה, נדרש אישור של הפרלמנט.

טכניקה זו של הסדרת הסמכות לעשות שימוש בכוח צבאי מעוררת קשיים אחדים. ראשית, קשה לצפות מראש את משך הזמן שיידרש לפעולה צבאית, ותמיד ייתכן שהדברים יסתבכו. ככל שהפעולה כבר התחילה, סיומה בטרם הושגו מטרותיה עלול לגבות מהמדינה מחיר כבד, ויש בכך כדי להרתיע את הפרלמנט מלהימנע מלאשר את המשכה, גם אם מלכתחילה לא היה מאשרה. שנית, אויב המודע למגבלות החוקיות של הצד שכנגד, עלול לנצל את פרק הזמן המוגדר ולשלב בתוכניותיו.<sup>49</sup>

משך הזמן הנתון לפעולה צבאית על פי שיקול דעתה של הממשלה משתנה ממדינה למדינה. בצ'כיה מדובר ב־60 ימים. בצרפת – ארבעה חודשים. בארצות הברית החלטת הקונגרס מ־1973 (War Powers Resolution) בדבר סמכויות

48 שם, בעמ' 8-9.

49 שם, בעמ' 9.

מלחמה קובעת כי במקרה שמתקיימות פעולות איבה, יש להסיג את הכוחות הצבאיים בתוך 60 ימים, אלא אם כן הקונגרס אישר את הפעולה או אישר הארכה של תקופה זו, או אם הוא אינו יכול להתכנס בשל התקפה על אדמת ארצות הברית. זאת ועוד, הנשיא רשאי מטעמי צורך צבאי וביטחונם של כוחות הצבא להאריך תקופה זו ב־30 ימים. בפועל, גם חיוב זה של אישור הקונגרס בתוך 60 יום היה נתון לפרשנות מצמצמת של הממשל. כך, למשל, ממשל אובמה טען בעניין הפעולה הצבאית בלוב כי טיב הפעולה, מידת חשיפתם של כוחות הצבא, הסיכון הנמוך להתדרדרות והאמצעים הצבאיים שנעשה בהם שימוש מצביעים על כך שאין המדובר ב"מעשי איבה" (hostilities) שהחלטה חלה עליהם.<sup>50</sup> באופן כללי יותר, גישתם העקבית של נשיאי ארצות הברית הייתה להטיל ספק בחוקתיות של החלטת הקונגרס בדבר סמכויות מלחמה, ובמקרים רבים לא לנהוג על פיה.<sup>51</sup>

### מעורבות פרלמנטרית במנגנונים אחרים

תיתכן מעורבות של הפרלמנט בהחלטות על נקיטת פעולה צבאית שאינה נעשית מתוקף חיוב חוקי לקבל את אישורו, מראש או בדיעבד, אלא מתוקף סמכויות אחרות שלו הנוגעות לפעולות הרשות המבצעת. הדוגמה המובהקת לכך היא סמכותו של הקונגרס בארצות הברית בנושא תקציב – הממשל אינו יכול לממן החזקת צבא או הוצאות של פעולה צבאית ללא אישור הקונגרס, ואישור זה יכול להינתן לזמן מוגבל בלבד. בשל צורך זה באישור מתחדש של הקונגרס, הנשיא עשוי לנסות ולהבטיח את אישורו מראש לפעולה, גם אם הדבר אינו נדרש פורמלית. נוסף על כך, בעבר היו מקרים שהקונגרס עשה בהם שימוש בסמכותו זו על מנת לקבוע תנאים לפעולה צבאית או מועד לסיומה.<sup>52</sup>

50 שם, בעמ' 9-10.

51 JOHN YOO, THE POWERS OF WAR AND PEACE: THE CONSTITUTION AND FOREIGN AFFAIRS 51 AFTER 9/11, 12, n. 29 (2005). (להלן: Yoo).

52 HAKIMI, לעיל ה"ש 30, בעמ' 10-11.

## הכפפת החלטות על הפעלת כוח צבאי לפיקוח או

### ביקורת

מלבד חלוקת הסמכות לקבל החלטה על שימוש בכוח צבאי, נקבעו במדינות אחדות מנגנונים שמטרתם להכפיף את ההחלטה לפיקוח או ביקורת. תהליכי הפיקוח טומנים בחובם שיתוף במידע, בדיקת עובדות רלוונטיות, הערכת חלופות לפעולה הצבאית, מטרותיה המוגדרות של הפעולה, סיכוייה הצלחתה, התמשכותה ועניינים אחרים. מודעות לקיומם של הפיקוח או הביקורת, גם אם בדיעבד, עשויה לתרום לפעולה מושכלת ובמסגרת הסמכות של מקבלי ההחלטות. שני מנגנוני פיקוח או ביקורת עיקריים יידונו להלן הם פיקוח פרלמנטרי וביקורת שיפוטית.

### פיקוח פרלמנטרי

הפרלמנט עשוי לעשות שימוש בכלים שונים על מנת לפקח על החלטות הרשות המבצעת בעניין פעולות צבאיות. הוא יכול לזמן בעלי תפקידים מן הרשות המבצעת לדיונים, פתוחים או סגורים, לדרוש המצאת מסמכים רלוונטיים, לקיים חקירה או להורות על ביקורת או חקירה באמצעות רשויות אחרות.

הפיקוח הפרלמנטרי הוא הליך נפרד מן המעורבות של הפרלמנט בהליך קבלת ההחלטה על השימוש בכוח צבאי. כך למשל, אחרי פרוץ מלחמת האזרחים בלוב ב-2011 הורתה קנצלרית גרמניה על פעולת חילוץ של 132 אזרחים ממתקן תעשייתי בלוב. הפעולה לא הייתה כרוכה בלחימה. לאחר מעשה פנו כמה חברי פרלמנט לבית המשפט החוקתי בטענה שהפעולה חייבה אישור רטוראקטיבי של הבונדסטאג. בית המשפט החוקתי דחה את הטענה בקובעו כי מדובר במצב חירום, שבו הסמכות הבלעדית מסורה לרשות המבצעת. עם זאת, בית המשפט קבע כי הקנצלרית הייתה מחויבת ליידע את הבונדסטאג על פרטי הפעולה על מנת לאפשר לו למלא כראוי את סמכות הפיקוח שלו.<sup>53</sup>

בכמה מדינות החוק מחייב את הרשות המבצעת להודיע לפרלמנט על פעולה צבאית. בצרפת יש להודיע לפרלמנט בתוך שלושה ימים מתחילתה של פעולה צבאית משמעותית במדינה אחרת על הפעולה ומטרותיה. הפרלמנט יכול לבחור אם לקיים דיון בנושא, בלי לקיים הצבעה על הפעולה. בארצות הברית החלטת סמכויות המלחמה של הקונגרס, שכבר הוזכרה, מחייבת את הנשיא להודיע לקונגרס בתוך יומיים מתחילת הפרישה הצבאית. נשיא ארצות הברית מילאו הוראה זו באופן עקבי, אך שגילו התנגדות להוראות אחרות של ההחלטה.<sup>54</sup>

### ביקורת שיפוטית

גם במדינות דמוקרטיות יש רתיעה מביקורת שיפוטית על החלטות בדבר שימוש בכוח צבאי. בבריטניה דוח ועדת החוקה של בית הלורדים שכבר הוזכר לעיל, התנגד לעיגון בחוק של סמכות הפרלמנט גם מתוך חשש שהדבר יפתח פתח לביקורת שיפוטית. הוועדה קבעה כי החלטות מסוג זה מתאימות יותר לפיקוח פרלמנטרי מלביקורת שיפוטית.<sup>55</sup>

בצרפת בתי המשפט עושים שימוש באופן עקבי בדוקטרינה של "מעשה ממשלה" על מנת לקבוע שאין להם סמכות להכריע בטענות נגד הממשלה על שימוש בכוח צבאי.<sup>56</sup> גם בארצות הברית בתי המשפט השתמשו בנימוק של היעדר שפיטות על מנת להימנע מלדון במקרים אלה. להבדיל, בתי משפט בגרמניה קיימו ביקורת על פעולות צבאיות מסוימות והערכה של חוקיותן.<sup>57</sup>

מצד אחד, מבחינה מוסדית ייתכן שבתי משפט אינם מתאימים לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות לצאת למלחמה. אפשר שאין להם את המומחיות הדרושה להעריך טיעונים הנוגעים למדיניות של ביטחון לאומי; הם עלולים להתקשות

54 שם, בעמ' 12.

55 דוח בית הלורדים, לעיל ה"ש 44, בפס' 54-56.

56 הדוקטרינה של "מעשה ממשלה" מגבילה את סמכות בית המשפט להתערב בנושאים שבסמכותה הבלעדית של הרשות המבצעת.

57 Hakimi, לעיל ה"ש 30, בעמ' 13.

בבירור של נכונות העובדות שמציגה הממשלה; ביקורת שיפוטית עלולה לחייבם לעיין במידע סודי, שלא יוכלו להשתמש בו לנימוק החלטתם; ולבסוף, הם עשויים להתקשות לאתר ולהחיל סטנדרטים חוקיים ברורים הקשורים לחוקיות הפתיחה במלחמה. מן הצד האחר, ביקורת שיפוטית עשויה להביא תועלת, כיוון שהיא תרתיע את מקבלי ההחלטות מלחרוג מסמכותם, ובכך תתרום לשמירה על חלוקת סמכות ההחלטה החוקתית. כמו כן, יציקת תוכן לסטנדרטים חוקתיים וחוקיים עמומים עשויה לסייע בקבלת החלטות עתידיות. לבסוף, ההכרח של מקבלי ההחלטות לנמק את החלטותיהם באופן משפטי ובפומבי עשוי לתרום לשמירה על העיקרון של שלטון החוק.<sup>58</sup>

ייתכן שיש מקום להבחין בין ביקורת שיפוטית על תהליכי קבלת ההחלטות ועל התאמתם לפרוצדורה החוקתית, שבה מצטמצמים הקשיים בביקורת השיפוטית, כפי שפורטו לעיל, לבין ביקורת שיפוטית על תוכן ההחלטה המהותית לצאת למלחמה, שחסרונותיה עולים על יתרונותיה.<sup>59</sup>

## סיכום

הבדיקה ההשוואתית מלמדת על קיומם של מגוון הסדרים בנוגע ליציאה למלחמה ונקיטת פעולות צבאיות במדינות השונות. במדינות אחדות נקבעו בחוקה סטנדרטים מהותיים בכל הנוגע לסמכות להשתמש בכוח צבאי, בין שבאופן כללי ("בהתאם למשפט הבינלאומי") ובין שבאופן קונקרטי יותר ("להגנת המדינה"). כך נוהג ביפן, גרמניה, דרום אפריקה וצרפת. לעומת זאת, בדמוקרטיה פרלמנטריות לרוב אין סטנדרטים כאלה. מרכז הכובד של הסמכות להורות על פעולה צבאית משתנה גם הוא ונע בין הממשלה לפרלמנט – מחובת

58 שם, בעמ' 13-14.

59 לירון ליבמן "אין עשן בלי אש: חוקיות השימוש בחמושת המכילה זרחן והגבולות הראויים לביקורת שיפוטית על אופן ניהול לחימה" משפטים על אתר יא 57, 66-68 (התשע"ח).



אישור מראש של הפרלמנט ועד מתן הודעה בדיעבד על החלטה שבסמכות הממשלה. לרוב הסמכות נחלקת גם בהתאם לקריטריונים נוספים: טיבה של הפעולה הצבאית (במקרה של פעולה הגנתית ודחופה הנטייה תהיה לתת סמכות לממשלה) ומשך הפעולה (ככל שהיא מתמשכת יותר הנטייה תהיה לחייב אישור פרלמנטרי). במקרים שהסמכות בהם מוקנית לממשלה, ברוב המדינות הנטייה היא לקיים עליה פיקוח באמצעות הפרלמנט יותר מבאמצעות הרשות השופטת.

## פרק רביעי

### הזדמנות שהוחמצה: ביקורת על ההסדר הקיים והצעה לתיקונו

זה זמן ברור כי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה אינו עונה על הדרישה לבהירות חוקתית בכל הקשור לסמכות קבלת ההחלטות לשימוש בכוח צבאי, אף שיש גם שינויים חשובים ומבורכים בתיקונים שנעשו. נתייחס תחילה לשינויים חיוביים אלה ואחר כך לכמה

נושאים, בחלוקה לשתי קטגוריה: האחת תעסוק בנושאים שלדעתנו יש לשקול שוב את התיקונים שנעשו בעניינם; והשנייה בנושאים שלדעתנו משעה שהוחלט לעסוק בהם, יש מקום לתקן את החוק הקיים גם בעניינם.

## שינויים חיוביים בתיקונים

### הוספת "פעולה צבאית משמעותית" כמקרה המחייב החלטה ממשלה

כפי שיפורט להלן, המונח "מלחמה" כמעט שאינו רלוונטי במשפט הבינלאומי, והמונח המקובל הוא "סכסוך מזוין" (armed conflict) או

התקפה חמושה (armed attack).<sup>60</sup> כך גם קבע בית המשפט העליון בעניין **ביילין**:<sup>61</sup>

בזירה הבינלאומית הכרזות מלחמה פורמאליות אינן נהוגות בעשרות השנים האחרונות. לא למוותר להוסיף כי על־פי המשפט הבינלאומי הכרזת מלחמה פורמאלית איננה תנאי לקיומו של מצב מלחמה או סכסוך מזוין, ואף אינה נדרשת לצורך תחולת כללי המשפט הבינלאומי בדבר אופן ניהול הלחימה.

השימוש במונח "מלחמה" בסעיף המקורי העלה את החשש כי ניתן יהיה להימנע מלהביא לממשלה החלטה בעניין פעולה צבאית רחבת היקף ובעלת השלכות קריטיות על אזרחי המדינה, בטענה שאין המדובר ב"מלחמה" במובנה הפורמלי. הוספת המונח "פעולה צבאית משמעותית" עשוי למלא את הפער ולתת מענה לחשש, מאחר שהוא שם את הדגש על המצב העובדתי, לא הפורמלי.

### **פעולות צבאיות "אחרות": צמצום ההחרגה של פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור מהצורך בהחלטת ממשלה**

כאמור, נוסח סעיף 40, לפני התיקונים, קבע:

- (א) המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה.  
 (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

קריאת שני הסעיפים הקטנים במצורף עלולה הייתה להביא למסקנה הבעייתית הזאת: כל פעולה צבאית שנוקטת מתוך הגנה עצמית יכולה להיעשות ללא

<sup>60</sup> ראו למשל סעיף 2 ו־51 בהחלטה במגילת האומות המאוחדות וחוקת בית הדין הבינלאומי, כ"א 19, 203 (נפתחה לחתימה ב־1945) (ישראל נחקבלה כחברה ב־1949) (להלן: מגילת האו"ם).

<sup>61</sup> עניין **ביילין**, לעיל ה"ש 17, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש.

החלטת הממשלה, לפי סעיף קטן (ב); רק מלחמה שאינה נדרשת לשם הגנה על המדינה וביטחון הציבור מחייבת החלטת ממשלה לפי סעיף קטן (א).

לפי המשפט הבינלאומי, נאסר על מדינה להפעיל כוח כלפי מדינה אחרת, אלא לשם הגנה עצמית מפני התקפה חמושה.<sup>62</sup> אנו מניחים שמדינת ישראל כמעט לעולם לא תפתח במלחמה, אלא רק תפעל מתוך הגנה עצמית, ולכל הפחות לא תודה בכך שפתחה במלחמה שלא לשם הגנה עצמית. לפיכך פרשנות מצמצמת של הסעיף עלולה להביא למסקנה שסעיף (א) כמעט לעולם לא יתקיים; כל פעולה תיכלל לכאורה בסעיף קטן (ב). הוספת המילה "אחרות", על פי התיקון, אחרי "פעולות צבאיות" בסעיף קטן (ב) מבהירה שכל פתיחה במלחמה, או נקיטת פעולה צבאית משמעותית שעלולה להביא למלחמה ואפילו היא ננקטת במסגרת הגנה עצמית, צריכה להיות כלולה במסגרת סעיף קטן (א) ומחייבת החלטת ממשלה.

## הליקויים בנוסח שהתקבל וכיצד לתקנם

### כותרת הסעיף: הכרזת מלחמה?

כאמור, בתיקונים שונתה כותרת הסעיף מ"הכרזת מלחמה" ל"הכרזת מלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית". כמצוין בדברי ההסבר להצעת החוק,<sup>63</sup> הכרזת מלחמה אינה פרקטיקה מקובלת עוד בין מדינות.<sup>64</sup> למעשה, גם הסעיף

62 סעיף 4(2) ו-51 למגילת האו"ם.

63 דברי הסבר לס"ק (1) ו-(2) בהצעת חוק-יסוד: הממשלה, לעיל ה"ש 25. הצעת החוק מפנה גם לדברים בנושא זה בעניין ביילין, לעיל ה"ש 17.

64 מאז שנת 1990 הוכרזו בסך הכך חמש מלחמות בעולם, ארבע מהן באפריקה. ראו את הדיון אצל Ginsburg, לעיל ה"ש 41. בארצות הברית, משר למעלה ממאתיים שנה של היסטוריה חוקתית, הקונגרס הכריז על מלחמה חמש פעמים בלבד, שהאחרונה שבהן במלחמת העולם השנייה. לעומת זאת, כוחות צבא נשלחו ללחימה מחוץ למדינה לפחות 125 פעמים. ראו Yoo, לעיל ה"ש 51, בעמ' 12.

עצמו, אפילו בנוסחו שלפני התיקונים, דיבר על "פתיחה במלחמה" ולא על הכרזת מלחמה. ממילא אין כל היגיון בהמשך השימוש במונח שאין לו שום משמעות מעשית.

אנו מציעים להסיר את המונח "הכרזה" מכותרת הסעיף ולהסתפק במילים "נקיטת פעולה צבאית משמעותית".

### המונח "מלחמה"

כפי שפירוטנו לעיל, המונח מלחמה הוא עמום ובעייתי. במשפט הבינלאומי מלחמה מוגדרת כסכסוך אלים בין שתי מדינות.<sup>65</sup> אולם לאמיתו של דבר, רוב הסכסוכים המזוינים בעולם כיום אינם מתקיימים בין שתי מדינות, ולשאלה אם יש מלחמה או לא אין משמעות. גם במשפט הישראלי אין הגדרה ברורה למונח. למעשה, מהמקרה היחיד שהנושא עלה בו בבית המשפט העליון, בעניין **ביילין**, התברר כי נקיטת הסעיף במונח "מלחמה" מונע את השימוש בו, שכן לדבר השפעה ניכרת על יחסי החוץ של ישראל.<sup>66</sup> לפיכך בית המשפט העליון הדגיש שעצם השימוש בסעיף 40(א) נמצא בתחום סמכותה הרחבה של הממשלה בכל הנוגע ליחסי החוץ והביטחון של המדינה. אומנם במקרה זה התקבלה החלטת ממשלה כנדרש, והוחלט ליידע את הכנסת (על פי סעיף 40(ג)), וממילא ראה עצמו בית המשפט פטור מקבלת החלטה.

כפי שנאמר לעיל, האפשרות לפרש "מלחמה" בצמצום מעלה חשש שהחלטה על מבצע מקיף דוגמת מבצע עופרת יצוקה או צוק איתן, או אפילו על מלחמת לבנון השנייה (כפי שבסופו של דבר נקראה המלחמה), תתקבל על ידי גורם שאינו

65 עניין **ביילין**, לעיל ה"ש 17, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש ("הגדרת המושג 'מלחמה', כאשר מדובר בסמכויות הממשלה ביחס לפעילות צבאית, כרוכה ושזורה ביחסי החוץ של המדינה ובתפקודה של הממשלה במישור היחסים הבינלאומיים. לפיכך, הפרשנות הנוגעת למושג 'מלחמה' בהקשר זה, שיש לו השלכות במישור הבינלאומי, נשענת בעיקרה על כללי המשפט הבינלאומי" [ההדגשה שלנו]).

66 שם, שם ("להחלטת ממשלה שעלולה להתפרש כהכרזת מלחמה עשויות להיות תוצאות מרחיקות לכת במישור היחסים הבינלאומיים").

הממשלה, ואף אינו הקבינט, בטענה שהוא נופל בתחומי סעיף 40(ב) ולא בתחומי סעיף 40(א). כפי שהראינו בסקירה ההשוואתית, הממשל בארצות הברית נהג באופן דומה בקשר לפעולה הצבאית בלוב, כשטען שאינה בגדר "מלחמה". לכאורה, הוספת "פעולה צבאית משמעותית" לסעיף 40(א) בצד "מלחמה", בד בבד עם הגבלת תחולתו של סעיף 40(ב) לפעולות צבאיות "אחרות", היו אמורות לתת מענה לחשש זה. הבעיה היא שהתוספת "פעולה צבאית משמעותית" חזרה וקשרה את עצמה למונח "מלחמה", משום שהנוסח שהוסף הוא "פעולה צבאית משמעותית העלולה להביא, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה".

משמעות הדבר היא שגם אם אין ספק שמדובר בפעולה צבאית משמעותית, כל עוד ניתן לומר שהיא לא תוביל ל"מלחמה" במובן המצומצם, ניתן להוסיף ולחמוק מהחלטת ממשלה בהתאם לסעיף 40(א).

**אנו מציעים להחליף את המילה "מלחמה" בהקשר זה במילים "פעולות איבה בהיקף נרחב".** מדובר בביטוי המתאר את עוצמת הלחימה בפועל, בלי שישתמע ממנו צורך בהכרזה או בהכרה פורמלית אחרת, ובלי שיתקשר לעימות בין מדינות דווקא. המונח "פעולות איבה" כבר משמש בחקיקה הישראלית.<sup>67</sup>

ניסוח זה עדיף על שימוש במילים "סכסוך מזוין" או "עימות מזוין", שהן התרגום ל-armed conflict, שקיומו מחיל את המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני הלחימה). מצד אחד, היתרון של "סכסוך מזוין" שפרשנותו החד-משמעית היא שאין הוא תלוי בהכרזה מלחמה ואין הוא תלוי בהיות הסכסוך בין מדינות.<sup>68</sup> מן הצד האחר, מדובר במונח שמגדיר את המינימום לתחולת הכללים המסדירים את אופן הלחימה, ולכן עלול לחול על חיכוך צבאי מצומצם שאינו מצדיק הבאת העניין להחלטת הממשלה.

67 חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970.

68 הילי מודריק-אבן חן "דיני מלחמה" משפט בינלאומי 353 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

אנו סבורים שהניסוח "פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל... לפעולות איבה בהיקף נרחב" עדיף גם על התייחסות שמתמקדת באיום העומד לפני המדינה, כפי שמקובל במדינות מסוימות.<sup>69</sup> הטעם לכך הוא שעוצמת האיום מתייחסת רק לאויב ולא לפעולה הצבאית הנדרשת לסיכול התקפתו או התקפתו הצפויה. מכיוון שתכלית הסעיף לחייב החלטת ממשלה במקרים שבהם לפעולה הצבאית עלולות להיות השלכות חמורות ורחבות היקף על תושבי המדינה, מוטב להתמקד בפעולה הצבאית ובתוצאותיה האפשריות.

דעתנו היא שעל הסעיף להסדיר החלטה על כל נקיטת "פעולה צבאית משמעותית", ללא התייחסות למלחמה או לפתיחה בה.

### **ביקורת על מבחן ההסתברות: פעולה צבאית משמעותית "העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה"**

לפי התיקונים, פעולה צבאית משמעותית תחייב החלטת ממשלה רק אם היא "עלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה". השימוש במבחן ה"קרבה לוודאי" בהקשר זה מתמיה. מבחן זה אומץ בפסיקת בית המשפט העליון כמגביל את סמכויות הרשות המבצעת במקרים של פגיעה בזכויות אדם. למעשה, המבחן כפי שהוא מוצע כאן מגיע לתוצאה ההפוכה: מלחמה, כמעט בהגדרה, פוגעת פגיעה משמעותית ביותר בזכויות אדם. המבחן המוצע בחוק מעניק לרשות המבצעת גמישות לחמוק מהגבלות המוטלות עליה אלא אם כן ברור ברמה של קרבה לוודאי שאכן הפעולה תוביל למלחמה (וממילא גם זכויות אדם ייפגעו). נושאים אסטרטגיים הם נושאים סבוכים ביותר, וההנחה שניתן לקבוע כי "קרוב לוודאי" שפעולה צבאית תוביל למלחמה היא כמעט לעולם לא

69 למשל בחוק היסוד הגרמני:

115a(1)

Any determination that the federal territory is under attack by armed force or imminently threatened with such an attack (state of defence) shall be made by the Bundestag with the consent of the Bundesrat.

נכונה. שימוש במונח כזה נראה לנו בלתי ראוי, והוא מאפשר התחמקות מיישום הסעיף.

שאלה נוספת שהתיקונים משאירים פתוחה היא מי יקבל את ההחלטה שיש הסתברות קרובה לוודאי למלחמה. אין בהוראה גם התוויה של תהליך קבלת ההחלטה – האם יש גורמים מקצועיים שיש לשמוע בעניין זה ולהתייעץ עמם?

### **תיקון מבחן ההסתברות: החלטת ממשלה תידרש כאשר תוצאה סבירה של הפעילות הצבאית היא פעולות איבה בהיקף נרחב**

אנו סבורים שבהקשר ליציאה למלחמה, על ההשלכות הניכרות הכרוכות בכך, יש לקבוע מבחן מחמיר יותר כלפי הרשות המבצעת.

אנו מציעים להחיל את הסעיף כאשר סביר להניח שהפעילות הצבאית תוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב. לחלופין, אם ייקבע כי יש צורך ברמת הסתברות גבוהה יותר, אנו מציעים להשתמש במונח "אפשרות ממשית".

### **מי יקבע שהתקיימה ההסתברות הנדרשת?**

יהא אשר יהא מבחן ההסתברות שייקבע בחוק, נשאלת השאלה מי יהיה מוסמך לקבוע שהתקיימה ההסתברות הנדרשת ויש צורך בהחלטת ממשלה.

השאלה אם פעולה צבאית משמעותית תוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב תלויה במידה רבה בתגובתו של האויב לפעולה. לפיכך ראוי שהערכת התגובה הצפויה של האויב תתבסס על היכרות עם מנגנוני קבלת ההחלטות בצד שכנגד, עם אישיות מקבלי ההחלטות, עם שיקוליהם האישיים והמוסדיים, עם תפיסת המציאות שלהם, יכולותיהם וכוונותיהם. במילים אחרות, מדובר בהערכה מקצועית-מודיעינית. שתי אפשרויות של בעלי תפקידים עומדות אפוא על הפרק בהקשר זה: האחת היא ראש המטה לביטחון לאומי, מאחר שאחד מתפקידי המטה הוא "להכין ולהגיש לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, אחת לשנה לפחות, הערכה שנתית ורבי-שנתית של המצב המדיני-ביטחוני, וכן להכין הערכות מצב לגבי עניינים המשיקים להן, לרבות חוות דעת וניתוח בתחומי

המודיעין השונים, לפי הצורך ובאישור ראש הממשלה.<sup>70</sup> האפשרות השנייה היא להטיל את התפקיד על הגורם המקצועי-מודיעיני המוביל את הערכת המודיעין הלאומית – ראש אגף המודיעין במטה הכללי של צה"ל.<sup>71</sup> בכל מקרה, בשל המשמעות הקריטית של ההערכה, מומלץ שבמקרה של מחלוקת בין ראשי ארגוני המודיעין, העמדות השונות יוצגו לפני ראש הממשלה, שר הביטחון ושר החוץ, והם שיכריעו אם אכן מתקיימת ההסתברות המחייבת החלטת ממשלה.<sup>72</sup>

ככל שהדחיפות בקבלת ההחלטות איננה מאפשרת עיון מדוקדק בשאלת ההסתברות שהפעולה הצבאית תביא לפעולות איבה בהיקף נרחב, ראש הממשלה יוכל להניח הנחה מחמירה שנדרשת החלטת ממשלה ויביא את ההחלטה לפנייה.

נכון לקבוע את ההוראה בעניין זה בחוק הממשלה, התשס"א-2001, ולא בחוק יסוד: הממשלה, שכן מדובר בהסדר משני ולא עיקרי, שמתאים פחות לחוק יסוד.

### הסמכת הקבינט

את עיקר תשומת הלב הציבורית בקשר לתיקונים תפסה ההצעה לאפשר לממשלה לאצול את סמכותה לפתוח במלחמה או בפעולה צבאית משמעותית העלולה להביאה למלחמה לקבינט ובמקרים מסוימים, להרכב מצומצם יותר שיקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון.

כאמור, בתיקון מס' 6 לחוק יסוד: הממשלה הוספו סעיפים קטנים (א) ו-(א2) לסעיף 40 בנוסח זה:

70 ס' 2(א)(6) לחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008.

71 שמואל אבן ודוד סימן טוב "הערכות המודיעין ברמה הלאומית בישראל" עדכון אסטרטגי 18, 73 (2015).

72 מדובר בשרים הממונים על ארגוני המודיעין וההערכה הרלוונטיים – ראש הממשלה על המוסד למודיעין ותפקידים מיוחדים ועל שירות הביטחון הכללי, שר הביטחון על אגף המודיעין בצה"ל ושר החוץ על המרכז למחקר מדיני במשרד החוץ.



(א1) על אף האמור בסעיף קטן (א) ובסעיף 33(א), רשאית הממשלה להחליט על אצילת סמכותה לפי סעיף קטן (א), דרך כלל או במקרה מסוים, לוועדת שרים שנקבעה בחוק; החליטה הממשלה על אצילת סמכותה לוועדת השרים, תפעיל וועדת השרים את סמכותה רק אם מצא ראש הממשלה, כי הפעלת הסמכות בידי הוועדה נדרשת, בנסיבות העניין, בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם;

(א2) אצלה הממשלה את סמכותה כאמור בסעיף קטן (א1), יהיה המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה; ואולם, בנסיבות קיצוניות ומנימוקים שיירשמו, ואם הדבר הכרחי מטעמי דחיפות שאינם מאפשרים לכנס את המניין החוקי האמור, רשאים ראש הממשלה ושר הביטחון לקבל את ההחלטה במניין חוקי מצומצם יותר.

בתיקון מס' 7 לחוק היסוד, בוטל סעיף קטן (א2). תיקון זה מצריך דיון בארבע השאלות האלה: ראשית, השאלה המהותית – האם ראוי שהחלטות הרוח גורל כמו יציאה למלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית העלולה להביא למלחמה יתקבלו על ידי הקבינט ולא על ידי הממשלה במליאתה? שנית, אם התשובה על שאלה זו היא חיובית האם הממשלה במליאתה צריכה לשמר סמכות מסוימת כלפי הקבינט? שלישית, השאלה הפרוצדורלית – מה צריך להיות ההרכב המינימלי לקבלת החלטות כאמור. רביעית, האם יש מקום להורות הוראות נוספות באשר לדרך קבלת ההחלטות? מכיוון שהעניין האחרון לא הוסדר כלל בתיקונים, נדון בו בפרק הבא, העוסק בעניינים אחרים שהיה ראוי להסדיר במסגרת התיקונים. להלן נעסוק בשלוש השאלות הראשונות.

### **האם ראוי שהחלטה על יציאה למלחמה או פעולה צבאית משמעותית תתקבל על ידי הקבינט?**

הטיעונים העקרוניים בעד הסמכת הקבינט לקבל החלטות על יציאה למלחמה מובאים בדברי ההסבר להצעת החוק, והם נוגעים לסוגיית הסודיות; לקושי בכינוס הממשלה; וליעילות עבודת הקבינט לעומת הממשלה.

אנו סבורים כי השיקולים הראשון והשני אינם בעלי חשיבות. בכל הנוגע להדלפות, יש להפעיל בהקשר זה מידה רבה יותר של פיקוח, ואי־אפשר להתעלם מכך שגם מהקבינט ישנן הדלפות.<sup>73</sup> לא ראוי שסוגיה חוקתית תיקבע על פי השאלה אם הממשלה מסוגלת לכפות על שריה סודיות.

בכל הנוגע לסוגיה השנייה, חוקות רבות עוסקות בשאלה של קבלת החלטות הנדרשת מיידית. הפתרון המקובל הוא אישור על ידי צוות מצומצם במקרי חירום, התקף עד שמתאפשר מעשית לכנס את מליאת הממשלה (או את הגוף המחליט). הסטת מלוא כובד המשקל של קבלת החלטות מגוף לגוף בגלל מקרה חירום היפותטי אינה ראויה.

**הטיעון המשמעותי בעד קבלת ההחלטות על ידי הקבינט הוא טיעון היעילות.** הטענה, המבוססת על דוח ועדת עמידרור, היא שיעול וטיוב של עבודתו יביאו לכך שהקבינט יהיה הגוף המתאים ביותר לקבל החלטה. הקבינט יקבל ליווי צמוד והדרכה של המטה לביטחון לאומי וייחשף באופן שוטף לחומרי גלם מודיעיניים, ולכן החלטתו במקרה כזה תהיה מושכלת ורציונלית יותר.<sup>74</sup>

לעומת זאת, הטיעון העיקרי **בעד קבלת החלטות בגוף רחב יותר הוא טיעון הלגיטימיות הציבורית.** הטענה היא שקבלת החלטות קרדינליות דורשת גוף רחב יותר. בחוקות שונות, בעיקר במדינות שהמשטר בהן הוא נשיאותי, נקבע כי הכרזה על מלחמה דורשת אישור של גוף רחב אך יותר מהממשלה – הפרלמנט.<sup>75</sup> כך גם הכרזה על מצב של איום על המדינה.<sup>76</sup> הטיעון הוא שבמדינה בעלת מסורת של דמוקרטיה פרלמנטרית ראוי שהממשלה כולה תקבל החלטות, לפחות בנוגע ליציאה למלחמה.<sup>77</sup>

73 ועדת עמידרור, לעיל ה"ש 23, בעמ' 17.

74 שם, בעמ' 9-12.

75 לניתוח החוקות בעולם בהקשר זה ראו Ginsburg, לעיל ה"ש 41.

76 ראו למשל החוקה הצרפתית (Constitution of the Fifth Republic) לגבי "state of siege" - מצב מצור.

77 מרדכי קרמניצר ואייל צור "פעולת מנע באיראן: המצוי והרצוי בתהליך קבלת ההחלטות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 6.3.2012. (להלן: קרמניצר וצור).

חוקרים חלוקים בדעתם בסוגיה זו. אנו סבורים שבעיקרון חקיקה שתתקבל בכנסת, מתוך מודעות ליתרונות ולחסרונות, שלפיה הממשלה רשאית לאצול את הסמכות לקבינט גם בנושא היציאה למלחמה, היא חקיקה לגיטימית.

### **האם הממשלה במליאתה צריכה לשמר סמכות מסוימת כלפי הקבינט בנוגע ליציאה למלחמה?**

נציין שלא ברור כלל שנדרש תיקון מפורש בחוק היסוד על מנת לאפשר לממשלה להפעיל את סמכותה לפתוח במלחמה באמצעות הקבינט. באופן כללי, חוק יסוד: הממשלה קובע כי הממשלה רשאית למנות ועדות שרים, ואם מונתה ועדה כזאת, הממשלה רשאית לפעול באמצעותה.<sup>78</sup> כלומר, פעולת ועדת השרים נחשבת לפעולת הממשלה.<sup>79</sup> על כן, פעולה באמצעות ועדת שרים שונה מאצילת סמכות הממשלה לשר. האפשרות לאצול את הסמכות לשר אינה חלה על סמכויות הממשלה לפי חוק יסוד: הממשלה,<sup>80</sup> אך מגבלה זו אינה חלה על פעולה באמצעות ועדת שרים. לכאורה, המסקנה היא שלא נדרשת הוראה מפורשת בחוק יסוד: הממשלה על מנת לאפשר לממשלה לפעול באמצעות הקבינט בכל הקשור לפתיחה במלחמה לפי סעיף 40 לחוק היסוד.<sup>81</sup> עם זאת, הפסיקה ציינה שייתכנו מקרים יוצאי דופן שסמכות הממשלה לפעול בהם באמצעות ועדותיה תהיה מוגבלת.<sup>82</sup> קביעת סמכות אצילה מפורשת בחוק היסוד מתמודדת אפוא עם קושי טכני זה ומסירה כל ספק פורמלי.

78 ס' 31(ה) לחוק יסוד: הממשלה.

79 בג"ץ 5621/96 הרמן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 806-807 (1997) (להלן: עניין הרמן).

80 ס' 33(א) לחוק יסוד: הממשלה.

81 מעניין שבדוח ועדת עמידרור לא הומלץ לתקן את החוק, אלא נקבע שדי בהחלטת ממשלה על הסמכת הקבינט לפי סעיף 40(א) (ועדת עמידרור, לעיל ה"ש 23, בעמ' 9, המלצות 15 ו-17). מדברי ההסבר להצעת החוק משתמע אחרת (הצעת חוק יסוד: הממשלה, לעיל ה"ש 25, בדברי ההסבר לסי' 1).

82 עניין הרמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 808.

עם זאת, היות שפועלים על מנת להסיר ספק, נדרש תיקון מקביל בחוק יסוד נוסף – חוק יסוד: הצבא. חוק יסוד זה נחקק לפי המלצת ועדת אגרנט כלקח ממלחמת יום הכיפורים ועל מנת להסיר אי־בהירות בנוגע ליחס בין הדרג המדיני לדרג הצבאי. בסעיף 2 לחוק יסוד הצבא נקבע כי –

(א) הצבא נתון למרות הממשלה.

למען הסר ספק ראוי אפוא לקבוע גם בחוק יסוד: הצבא הוראה שהממשלה רשאית לאצול סמכויותיה על פי חוק זה לוועדת שרים שנקבעה בחוק (היא ועדת השרים לביטחון לאומי).

ואולם במקרה שנמצא לנכון להסמיך את הקבינט, נשאלת השאלה איזה מקום יש לסמכותו ביחס לסמכות הממשלה במליאתה? בתיקונים נבחר פתרון של אצילת סמכות הממשלה, שמשמעותו הובהרה גם בדברי ההסבר לתיקונים:<sup>83</sup>

לעניין זה יובהר, כי משמעות אצילת הסמכות היא כי הממשלה מעניקה לקבינט את הכוח להפעיל את הסמכות במקומה, אך היא אינה מתרוקנת בעצמה מן הסמכות ויכולה באופן עקרוני להמשיך ולהפעילה, כמו גם להחליט לבטל את האצילה בכל עת. בנוסף, הממשלה תהא רשאית, ולעתים אף חייבת, להנחות את הקבינט ולפקח על אופן הפעלת הסמכות על־ידי.

ביטוי נוסף להיררכיה זו בין הממשלה לקבינט מופיע גם בתיקון לסעיף 40(ג) לחוק היסוד, הקובע שאם התקבלה החלטה על פתיחה במלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית על ידי הקבינט, הוא מחויב להודיע על כך בהקדם האפשרי גם לממשלה.

83 הצעת חוק יסוד: הממשלה, לעיל ה"ש 25, בדברי ההסבר לפסקה (3).

פתרון זה מתיישב, להלכה לפחות, עם עקרון האחריות המשותפת של הממשלה כלפי הכנסת.<sup>84</sup>

ואולם למעשה, לנוכח הנמקת הצורך בהעברת ההחלטה לקבינט בשיקולים של סודיות וצמצום שותפי הסוד כשמדובר בפעולה צבאית, נשאלת השאלה אילו כלים יהיו לאותם שרים בממשלה שאינם חברי קבינט לפקח על פעולתו.

שאלה זו מתחדדת מאחר שהתיקונים אינם מאפשרים רק אצילה אד הוק של הסמכות להחליט על פעולה קונקרטיה בניסיונות ותונות, סמכות שאפשר ליצור לה מסגרת של שיקולים והנחיות בהחלטת הממשלה. לפי התיקונים, הממשלה רשאית לאצול את סמכותה לפתוח במלחמה לקבינט "דרך כלל", כפי שהובהרו הדברים בדברי ההסבר להצעת החוק.<sup>85</sup>

עוד מוצע לקבוע, כי אצילה כאמור תתאפשר הן דרך כלל והן במקרה מסוים. משמעות הדברים היא כי בהתאם לשיקול־דעתה ובכפוף לטעמים המנויים בסעיף, תוכל ממשלה מסוימת (למשל – בסמוך לאחר הקמתה ובמסגרת החלטתה בדבר הרכבו וסמכויותיו של הקבינט), לקבוע כי היא אוצלת את סמכותה לפי סעיף 40(א) לקבינט.

נשאלת השאלה איזו מידה מעשית של פיקוח אפשרית לנוכח אצילה כללית כזאת.<sup>86</sup> לדעתנו, אצילה כזאת קרובה מדי להתפרקות מעשית של הממשלה מאחריותה המשותפת כלפי הכנסת בעניינים קריטיים אלו של מלחמה או נקיטת פעולות צבאיות משמעותיות.

84 ס' 4 לחוק־יסוד: הממשלה.

85 הצעת חוק־יסוד: הממשלה, לעיל ה"ש 25, בדברי ההסבר לפסקה (3).

86 וראו דוגמה לרוחב העניינים שבהם הוסמך הקבינט, מהחלטת הממשלה ה-34, לעיל ה"ש 24.

עוד עמימות באשר לגבולות הסמכות של הקבינט נוצרה בעקבות הוספת גורם מתווך בין החלטת הממשלה על אצילת סמכותה לקבינט לבין הפעלת הסמכות על ידי הקבינט בפועל – ראש הממשלה. בנוסח המקורי של תזכיר החוק אין לכך זכר:

(א1) על אף האמור בסעיף קטן (א) ובסעיף 33(א), רשאית הממשלה להחליט על אצילת סמכותה לפי סעיף קטן (א), דרך כלל או במקרה מסוים, לוועדת שרים שנקבעה בחוק, אם מצאה כי הדבר נדרש מטעמי סודיות, ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה שפורטו בהחלטתה.

הנוסח של הצעת החוק ובעקבותיו הנוסח שהתקבל שינה את החלק השני של הסעיף:

החליטה הממשלה על אצילת סמכותה לוועדת השרים, תפעיל וועדת השרים את סמכותה רק אם מצא ראש הממשלה, כי הפעלת הסמכות בידי הוועדה נדרשת, בנסיבות העניין, בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם.

בכך נמסר למעשה לראש הממשלה שיקול הדעת להחליט אם עניינה של פעולה צבאית מסוימת יידון במליאת הממשלה או בקבינט. לדעתנו, מדובר בכוח רב מדי לבעל תפקיד אחד, גם אם הוא הבכיר ביותר. סמכות זו של ראש הממשלה עלולה להיות מנוצלת לרעה לתמרון בין מליאת הממשלה לבין הקבינט, בהתאם לאפשרות הפוליטית להשגת תמיכה בעמדותיו של ראש הממשלה. יש בכך כרסום נוסף בעקרון האחרייות המשותפת של הממשלה.

נציין כי לדעתנו השינוי הנוסף שנעשה בסעיף קטן זה: שינוי מעמדם של טעמי הסודיות, מעילה עצמאית לאצילת הסמכות לקבינט לעילה משנית החייבת להיגזר מטעמי ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה, הוא שינוי ראוי.

### **ההצעה: אצילת הסמכות לקבינט לא תתאפשר דרך כלל, והפעלתה לא תימסר לשיקול דעתו של ראש הממשלה**

נציע לתקן את סעיף 40 (א) בחוק היסוד כך שאצילה תתאפשר רק בכל הנוגע לאירוע ביטחוני קונקרטי ומרגע שנעשתה – הסמכות תהיה נתונה לקבינט ללא צורך בהחלטה נוספת של ראש הממשלה. כך למשל, במקרה של התגברות ירי הרקטות מעזה, יכולה הממשלה לאצול לקבינט את הסמכות להחליט על פעולה צבאית יזומה, והיא עשויה להגביל את הסמכות המואצלת בעוד אופנים: למשך זמן מסוים, לפעולות מסוימות (ללא כיבוש מלא של עזה, למשל), או להגדיר את תכלית הפעולה הנמסרת להחלטת הקבינט (הפסקת ירי הרקטות מעזה, למשל). כמובן, אין בכך כדי לשלול מן הממשלה את הסמכות לבטל את האצילה, ואין בכך כדי לשלול מן הממשלה את האפשרות לאצול לקבינט דרך כלל סמכויות אחרות בענייני הביטחון הלאומי, למשל בנוגע לבניין הכוח של צה"ל.

### **מה צריך להיות המניין החוקי (קוורום) בקבינט לצורך קבלת החלטה על יציאה למלחמה או פעולה צבאית משמעותית?**

במקרה שבו נשמרת סמכות הקבינט כקולקטיב, הפגיעה בלגיטימיות מאוזנת עם היעילות. הפחתת מספר מקבלי ההחלטות מתחת להרכב הקבינט היא למעשה שינוי המשטר החוקתי בישראל – ממשטר של דמוקרטיה פרלמנטרית שבו הממשלה כקולקטיב היא האחראית לפני הכנסת והציבור, למשטר שמעניק סמכות פרסונלית למקבלי החלטות מסוימים. לאור זאת, לדעתנו אין מקום להתיר קבלת החלטה כאמור בסעיף 40(א) לכל גוף הקטן מהקבינט.

כאמור, בסעיף קטן (2א) לתיקון המקורי נקבע:<sup>87</sup>

(2א) אצלה הממשלה את סמכותה כאמור בסעיף קטן (א1), יהיה המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה; ואולם, בנסיבות קיצוניות ומנימוקים שיירשמו, ואם הדבר הכרחי מטעמי דחיפות שאינם מאפשרים לכנס

את המניין החוקי האמור, רשאים ראש הממשלה ושר הביטחון לקבל את ההחלטה במניין חוקי מצומצם יותר.

כפי שכבר נכתב, הביקורת הציבורית על הסמכות החריגה הניתנת לראש הממשלה ושר הביטחון בחלק השני של הסעיף, הביאה לביטול סעיף קטן (א) כולו.<sup>88</sup>

ואולם – האם בכך הובטח מניין חוקי ראוי לפעולת הקבינט? אנו חוששים שלא. מבחינה מסוימת הבעיה אף הוחמרה, שכן בהיעדר הוראה מיוחדת לעניין מספר המשתתפים בישיבת הקבינט בחוק או בדבר חקיקה מיוחד אחר, הדבר נתון לקביעת הממשלה. בתקנון לעבודת הממשלה הנוכחית נקבע בסעיף 33 כי ישיבות ועדות שרים יתקיימו בכל מספר משתתפים, ובלבד שישתתף בישיבה יו"ר הוועדה או ממלא מקומו.<sup>89</sup> הדבר פותח פתח לאפשרות שראש הממשלה, כיושב ראש הקבינט,<sup>90</sup> יקבל את ההחלטות לבדו. מובן שהחלטה זו של ראש הממשלה כפופה לעקרון הסבירות, ואפשר שהיועץ המשפטי לממשלה יתריע מפני קבלת החלטות על ידי ראש הממשלה לבדו כשאינן נסיבות קיצוניות ביותר העשויות להצדיק זאת. עם זאת, בעת מלחמה אין מקום לסמוך על קיום תהליכים רגילים של קבלת החלטות, לא על מעורבות היועץ המשפטי לממשלה ולא על ביקורת שיפוטית בזמן אמת.

אנו סבורים כי בעניינים הרי הגורל שמדובר בהם בהצעת החוק אין בכך די. אפילו מניין חוקי של מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה, כמו בתיקון המקורי, אין בו די. אין אנו פוסלים עקרונית הגדרה מצומצמת של נסיבות חירום קיצוניות שבהן יוכל הקבינט לקבל החלטה במניין מופחת מהרגיל, ובלבד שההחלטה

88 חוק ייסוד: הממשלה (תיקון מס' 7), ס"ח התשע"ח 900.

89 תקנון לעבודת הממשלה ה-34 בראשות בנימין נתניהו, אושר בהחלטה 29 של הממשלה (26.5.2015). למרות קיומו של פרק מיוחד (פרק ד) בנוגע לעבודת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, הוראה זו חלה גם על ועדה זו, בהיעדר הוראה מיוחדת. ראו סעיף 46 לתקנון הממשלה.

90 ס' 6(א) לחוק הממשלה, התשס"א-2001.



תהיה תקפה רק עד להזדמנות הראשונה שיהיה ניתן לדון בה בקבינט בהרכבו המינימלי.<sup>91</sup> נציין כי אמצעים טכנולוגיים מתקדמים יאפשרו בדרך כלל ישיבה בהשתתפות חברי הקבינט הנחוצים, גם אם נוכחותם הפיזית בחדר אחד אינה אפשרית.

### **ההצעה: קביעת המניין החוקי של חברי הקבינט בחוק**

דעתנו היא שיש מקום לקבוע בחוק מניין חוקי, שהוא שישה או שבעה חברי הקבינט המנויים במפורש בחוק, ולא פחות ממחצית חברי הקבינט. דהיינו, ראש הממשלה – יושב הראש, ממלא מקום ראש הממשלה, אם מונה, שר הביטחון, שר המשפטים, שר החוץ, השר לביטחון הפנים ושר האוצר, ואליהם יצטרפו חברי הקבינט עד למספר שלא יפחת ממחצית. הרכב כזה ישמור על המהות הקולקטיבית של החלטת הקבינט, וראשי המשרדים הרלוונטיים ביותר משתתפים בהחלטה.<sup>92</sup>

איננו שוללים קביעת אפשרות של קבלת החלטה במניין מצומצם יותר בנסיבות קיצוניות, ואולם יש להגדירן באופן מצומצם יותר מבסעיף קטן (א2), שבוטל – אין די בטעמי "דחיפות" ובנוסח הכללי "נימוקים שיירשמו". ראשית, מניין מצומצם יותר יתאפשר רק בנסיבות חירום שבהן התקפת אויב אינה מאפשרת לכנס את המניין החוקי הנדרש. שנית, יש לקבוע כי במצב זה יהיה תוקף להחלטת הקבינט בהרכב הרחב ביותר שהנסיבות מאפשרות. שלישית, יש לקבוע כי החלטה שהתקבלה במניין חסר לפי הוראה זו תובא מייד, כשהנסיבות יאפשרו זאת, לאישור הקבינט.

91 בכל מקרה לא סביר כי יהיה גוף שיהיה מוכן לבקר החלטה על מניין מופחת. ראו כהן וכהן, לעיל ה"ש 4, בפרק 7.

92 על פי הניסיון ההיסטורי מבנה זה של הקבינט גם יביא לייצוג הולם של המפלגות השונות המרכיבות את הקואליציה, דבר שיביא ללגיטימיות ההחלטה. איננו עוסקים כאן בשאלת מספר חברי הקבינט, שגם לה השפעה על היעילות. במקומות שונים הוצע להקים "מיני קבינט" לניהול המבצעים עצמם. כך למשל, בוועדת וינוגרד לבדיקת מלחמת לבנון השנייה. לדיון ראו קרמניצר וצור, לעיל ה"ש 77; וכן אצל כהן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 265.

**נעיר שלוש הערות נוספות בעניין זה:** ראשית, עמדתנו בדבר המניין החוקי של הקבינט תקפה במקרה שמדובר בנקיטת פעולה צבאית משמעותית שיש אפשרות סבירה שתוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב. בדרך כלל סמכות הקבינט רחבה יותר וכוללת פעולות הכנה למלחמה, החלטות בדבר בניין הכוח הצבאי ועוד עניינים רבים אחרים, שבהם ניתן לנהוג בגמישות ולהשאיר את ההחלטה בדבר המניין החוקי לתקנון הממשלה. ואולם כאשר מדובר בסמכות הקבינט לקבל החלטות על פעולות צבאיות בהיקף נרחב – לא ראוי לצמצמה.

שנית, אנו מבחינים בין המניין החוקי הנדרש להחלטה המהותית בדבר נקיטת הפעולה הצבאית לבין החלטות נגזרות. למשל, ייתכן בהחלט שהקבינט יסמך כמה מחבריו להחליט בנוגע למועד המדויק לביצוע הפעולה הצבאית ולשאלות טכניות דומות. אין דבר בלשון החוק, הקיים או המוצע, המונע זאת.

שלישית, איננו רואים הכרח לעגן את קביעת המניין החוקי בחוק יסוד: הממשלה. אפשר בהחלט לעגנו בחוק הממשלה, התשס"א-2001, שתוקן בתיקון משלים לתיקון בחוק היסוד, כפי שפורט לעיל, ובכך להקנות לסוגיית המניין החוקי מעט יותר גמישות מזו שתוקנה לה אם תעוגן בחוק יסוד. כאן המקום לציין כי בתזכיר החוק שהפיץ משרד המשפטים נכללה ההוראה בדבר המניין החוקי בתיקון שהוצע לחוק הממשלה, ולא בתיקון לחוק יסוד: הממשלה.

## **עוד עניינים שראוי היה להסדיר במסגרת התיקונים והצעה לתיקון**

### **פתיחה במלחמה**

הנוסח "המדינה לא תפתח במלחמה..." הופיע עוד לפני התיקונים ולא הוכנס בו שינוי. המונח פתיחה במלחמה בעייתי ביותר. ראשית, חל איסור מוחלט במשפט הבינלאומי לפתוח במלחמה, אלא על פי אישור מפורש של מועצת הביטחון של

האו"ם. בחוקות מסוימות אף מופיע במפורש איסור לפתוח במלחמה.<sup>93</sup> אומנם בחלק מהחוקות של מדינות העולם מופיע המונח "הכרזת" מלחמה (שאינו רלוונטי עוד), או "פתיחה" במלחמה, אך בעיקר כמונח שמופיע בחוקה באופן היסטורי.<sup>94</sup> נראה שאם מתקנים את חוק היסוד, ראוי שחוק חשוב כל כך של מדינת ישראל לא ינקוט מילים שניתן לפרשן כמתירות למדינה לפתוח במלחמה.

לפיכך נציע למחוק את המילים "תפתח במלחמה" בסעיף 40(א).

### הסמכות לנקוט פעולות צבאיות "אחרות" - סעיף 40(ב)

כאמור לעיל, סעיף 40(ב) לחוק יסוד: הממשלה, לאחר התיקונים, קובע כי: "אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות אחרות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור".

כפי שציינו לעיל, התיקון הבהיר כי גם אם הפעולות הצבאיות נדרשות לצורך הגנת המדינה, אין הדבר שולל את החובה להביאן להחלטת ממשלה (או הקבינט, אם אצלה לו הממשלה את סמכותה) אם מדובר במלחמה או בפעולה צבאית משמעותית שעלולה להביא למלחמה. זהו תיקון ראוי וחשוב. עם זאת, הקביעה שפעולות צבאיות אחרות אינן דורשות החלטת ממשלה היא בעייתית, בהיעדר הקביעה מי הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה.

לא ברור כלל מי בעל הסמכות לקבל את ההחלטה בדבר פעולות צבאיות "אחרות" שננקטות מתוך הגנה עצמית. החוק, לפני התיקונים ואחריהם, שותק בעניין זה. למעשה, פרשנות דווקנית לחוק הקיים עלולה לגרוע מסמכות הקבינט. נסביר: כיוון שאצילת הסמכות לקבינט מוסדרת בעניין סעיף 40(א) בלבד, ניתן לפרש כי בכך נשללת אצילת הסמכות בעניין פעולות שאינן כוללות בסעיף 40(א). כלומר,

93 חוקת גרמניה, לעיל ה"ש 35, קובעת כי: "26(1) Acts tending to and undertaken with intent to disturb the peaceful relations between nations, especially to prepare for a war of aggression, shall be unconstitutional"

94 ראו את הדיון אצל Ginsburg, לעיל ה"ש 41.

פעולות צבאיות אחרות לפי סעיף 40(ב) מחייבות החלטת הממשלה במליאתה, משום שמדובר בסמכות שיורית לעשות בשם המדינה דבר שאין גורם אחר המוסמך בחוק לעשותו,<sup>95</sup> וכן לאור מרות הממשלה על הצבא.<sup>96</sup>

גם אם נאמר שפרשנות דווקנית זו אינה מתיישבת עם תכלית התיקונים, שמטרתם לאפשר הרחבת סמכות הקבינט ולא לצמצמה, ונניח שהקבינט מוסמך לקבל החלטה על פעולות צבאיות אחרות, אם הוסמך על ידי הממשלה הסמכה כללית לפי סעיף 40(א), אין בכך כדי לספק תשובה על השאלה אם נדרשת החלטת קבינט או שהחלטות אלה יכולות להתקבל בדרגים אחרים – למשל על ידי שר הביטחון – מי מוסמך לקבל החלטות על פי סעיף 40(ב), ואיך מתיישבת פרשנות כזאת עם ההוראה של סעיף 2(א) לחוק ייסוד: הצבא הקובע כי הצבא נתון למרות הממשלה?<sup>97</sup>

גם תוצאה פרשנית שלפיה הסמכות לנקוט פעולות צבאיות, גם פעולות צבאיות משמעותיות, כל עוד אין ודאות קרובה שיביאו למלחמה, אינה מוסדרת בחוק כלל, היא בלתי סבירה.

ראוי כי החוק יסדיר את הסמכות לנקוט פעולות צבאיות לפי סעיף 40 (ב) במפורש.

**אנו מציעים כי ייכתב במפורש בחוק ייסוד: הממשלה, שתחול חובה על הממשלה לקבוע בתקנונה את הגורם המוסמך לנקוט פעולות צבאיות "אחרות". נראה לנו נכון שהסמכות תישמר בידי הקבינט במקרה שמדובר בפעולה צבאית**

95 ס' 32 לחוק ייסוד: הממשלה.

96 ס' 2 לחוק ייסוד: הצבא. ונזכיר שכבר הערנו לעיל כי, למען הסר ספק, ראוי לחקן גם את חוק ייסוד: הצבא, כך שהממשלה תוכל לאצול את מרותה כלפי הצבא לקבינט.

97 ראו קרמניצר וצור, לעיל ה"ש 77. ייתכן כי עמדתו של החוק בעניין זה היא שהחלטות על פי סעיף 40(ב) יכולות להתקבל על ידי שר הביטחון, לפחות כל עוד אין הממשלה או הרמטכ"ל מערערים על החלטות אלו. ראו גם את הצעתו של השופט לנדוי בפסק הדין בעניין דויקאח (בג"ץ 390/79 דויקאח נ' נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(1) 1 (1979)). באופן כללי לבעייתיות בניסוח של הסעיפים ראו כהן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 99-104.

משמעותית, גם אם אין סבירות שתוביל למעשה איבה בהיקף נרחב. לשם הגדרה מהי "פעולה צבאית משמעותית" שתובא לאישור הקבינט, התקנון עשוי להשתמש בקריטריונים שהוצגו בסקירה ההשוואתית, כגון משך הפעולה הצבאית; היקף הכוחות המעורבים; האמצעים המשמשים לפעולה (למשל, הבחנה בין פעולה הכרוכה בכניסת כוחות יבשה לשטח האויב לבין פעולה באמצעות כלי טיס בלתי מאוישים); מידת הסיכון לכוחותינו; השטח שהפעולה אמורה להתרחש בו (למשל, דרישה לאישור כשהפעולה מחייבת מעבר בשטח האווירי של מדינה שאינה לוחמת בישראל); ועוד.

נראה שהדבר תואם את הפרקטיקה שנהוגה כבר כיום.<sup>98</sup> בכל הנוגע לסמכות קבלת ההחלטה על נקיטת פעולות צבאיות שאינן משמעותיות, תקנון הממשלה יכול לקבוע כי היא תעוגן בהוראות הפיקוד העליון, הדורשות הסכמה בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל.

להסדר זה כמה יתרונות:

**(א)** באופן זה הקבינט יממש את תכליתו להפוך לדרג מדיני שמתווה את יעדי הפעילות הצבאית. העובדה שהקבינט הוא שיקבל החלטות צבאיות משמעותיות על פי סעיף 40(ב) תאפשר לקבינט שליטה משמעותית בפעילות הצבא, ואף תביא לידי כך שחברי הקבינט יהיו בעלי הידע הנדרש בעניין הפעילות הצבאית באופן שיקנה להם את הכשירות ואת הלגיטימיות לקבל גם החלטות קרדינליות על פי סעיף 40(א). כך גם יתאמת הטיעון, שהוזכר לעיל, ששיקולי יעילות הם שעומדים מאחורי הפקדת קבלת ההחלטות בידי הקבינט.

**(ב)** הסדר זה תואם את הפרקטיקה ואת המלצות ועדת עמידרור.

**(ג)** ההסדר תואם גם את הוראות חוק יסוד: הצבא. חוק זה קובע כי מרות הממשלה על הצבא היא כללית ואינה מוגבלת לסוג פעילות מסוים.<sup>99</sup>

98 ראו ועדת עמידרור, לעיל ה"ש 23, בעמ' 8-10.

99 ס' 2 לחוק יסוד: הצבא, שכותרתו "כפיפות למרות האזרחית", קובע: "(א) הצבא נתון למרות הממשלה; (ב) השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון".

המבנה המוצע, שבו הממשלה תממש את סמכותה וחובתה ותפעיל את מרותה על הצבא באמצעות הקבינט **בהחלטות מהותיות**, מממש את הכוונה ואת התכלית של חוק־יסוד: הצבא.

**(ד)** ההסדר תואם את ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. עם מינויו של משה דיין לשר הביטחון נקבע הסכם בינו לבין ראש הממשלה לוי אשכול, שבו הובהר באילו נושאים יכול שר הביטחון לקבל החלטות ובאילו נושאים נחוץ אישור של ראש הממשלה או של הממשלה.<sup>100</sup>

**(ה)** במסגרת קבלת ההחלטות לפי סעיף 40(ב) הגיוני בהחלט במקרה של צורך בקבלת החלטה דחופה, וכאשר יש קושי לכנס את כל חברי הקבינט, להפחית את מספר מקבלי ההחלטה; ייתכן גם שניתן להסתפק בהוראה הכללית בעניין המניין החוקי של שרים בישיבת ועדת השרים לפי תקנון הממשלה, כפי שהובאה לעיל.

**(ו)** ההסדר המוצע תואם את המסורת החוקתית הישראלית ומאפשר לממשלה את מרחב הגמישות הראוי להחליט על חלוקת הסמכויות בנושא הפעלת הכוח.

בהקשר זה, ולמען הסר ספק, אנו מציעים להכניס תיקון גם לחוק־יסוד: הצבא, שיבהיר גם הוא כי הממשלה רשאית לאצול מסמכותה־מרותה על הצבא לקבינט.

## הסדרה של הפעלת כוחות הצבא במשימות

### בינלאומיות

על פי הצעתנו כאן, סעיפים 40(א) ו־40(ב) מסדירים את הסמכות לנקוט פעולות צבאיות משמעותיות העלולות להוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב וכן את

100 כהן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 268.

הסמכות לנקוט פעולות צבאיות אחרות, שנדרשות לשם הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

ואולם עניין שלא קיבל את תשומת הלב הראויה הוא ההחלטה על הפעלת כוחות הצבא, בכלל זה הפעלת כוח צבאי, שנעשית במסגרת משימה בינלאומית, למשל במסגרת משימה של שמירה על השלום של האו"ם, סיוע הומניטרי במקרה של אסון טבע או הגנה עצמית קולקטיבית (כלומר, סיוע למדינה אחרת שהותקפה וביקשה את עזרתה של ישראל). פעולות אלה נעשות לעיתים בנסיבות שאין סכנה שזיבילו למעשי איבה בהיקף נרחב ואף לא בנסיבות של הגנה עצמית על ישראל.<sup>101</sup>

באופן היסטורי מעורבותה של מדינת ישראל בפעולות אלה הייתה מוגבלת ביותר. עם זאת, בעידן הגלובליזציה חלק ניכר מהמאבק בטרור הבינלאומי נעשה במסגרת קואליציות בינלאומיות (לדוגמה ISAF באפגניסטן), ויש אינדיקציות לכך שישראל מרחיבה את שיתוף הפעולה הצבאי הבינלאומי שלה. ראוי אפוא שהמסגרת החוקית תתייחס גם לסוגיה זו.<sup>102</sup>

סוגיה דומה לזו הנדונה כאן כבר עמדה לדין בבית המשפט הגבוה לצדק. בעניין **פדרמן**, טען העותר כי אין לשר המשטרה סמכות לשלוח משלחת של שוטרים לסייע בפיקוח והדרכה למשטרה המקומית בהאיטי כחלק מכוח פיקוח רב-לאומי שמועצת הביטחון החליטה עליו וארצות הברית ארגנה. בג"ץ דחה את העתירה בקובעו כי לממשלה מוקנית הסמכות לשגר יועצים או מפקחים מן הסוג

101 מגילת האו"ם, האוסרת על שימוש בכוח כלפי מדינה אחרת, כוללת חריג המתייחס לשימוש בכוח לפי הרשאה של מועצת הביטחון, לשם שמירה על הביטחון והשלום הבינלאומיים. כמו כן, גם הגנה עצמית קולקטיבית נכללת בגדר חריג לאיסור. ראו סעיף 51 למגילת האו"ם.

102 עפר שלח ואמיר בוחבוט "כוח צה"ל מצטרף לראשונה לפעילות נאט"ו" *nxg* 13.10.2009; לירון ליבמן "בניית החשתי המשפטית לשיתוף פעולה צבאי" *המכון הישראלי לדמוקרטיה: בלוג סיווג ביטחוני* 17.12.2017.

שהתבקש למדינות חוץ, כחלק מן הסמכות הכללית לקיים קשרים וסיוע הדדי במישור הבינלאומי, וכחלק מסמכותה השירותית.<sup>103</sup>

ייתכן שניתן להסתפק בפסיקה זו ובסמכות השירותית של הממשלה.<sup>104</sup> עם זאת, בשל הרגישות המיוחדת של משלוח כוחות צבא מחוץ לגבולות המדינה, כוחות העשויים לכלול גם חיילים בשירות חובה,<sup>105</sup> ועל מנת לאפשר משלוח כוח שהמנדט שלו יאפשר גם הפעלת כוח צבאי, אנו סבורים שרצוי שחוק היסוד יכול את התשתית גם לפעולה זו. לשם כך אנו מציעים להוסיף סעיף 40(ב2), שיכלול גם החלטה על הפעלת כוחות צבא במשימות בינלאומיות.

## תפקידה של הכנסת: הפיקוח הפרלמנטרי על יציאה למלחמה

התיקונים הכניסו שינוי טכני בלבד בתפקיד שיועד לכנסת בתהליך קבלת ההחלטות בדבר יציאה למלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית. התיקון לסעיף 40(ג) לחוק היסוד קובע כי חובת ההודעה לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת ולמליאת הכנסת החלה במקרה של מלחמה תחול גם על פעולה צבאית משמעותית העלולה להביא למלחמה. נקבע גם כי באותם מקרים שההחלטה מתקבלת בקבינט, על הקבינט להודיע לוועדת משנה של ועדת חוץ וביטחון של הכנסת. דברי ההסבר מבהירים כי הדבר נועד לשמר מסגרת מצומצמת של שותפי סוד.<sup>106</sup>

103 בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 654-655 (1995).

104 ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

105 בעניין פדרמן היה מדובר בשוטרים מחנדבים, לעיל ה"ש 103, בעמ' 649, 655.

106 הצעת חוק-יסוד: הממשלה, לעיל ה"ש 25, בדברי ההסבר לפסקה (5) וראו ס' 5 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994.



ואולם נדון בשאלה מהותית יותר בכל הנוגע לתפקיד הראוי של הכנסת בתהליך קבלת ההחלטות בעניין. המנגנונים האפשריים למעורבות כזאת הם חיוב באישור מראש (של מליאת הכנסת, ועדת החוץ והביטחון או ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון), חיוב באישור בדיעבד או יידוע בדיעבד. מתוך המנגנונים הללו נבחר המנגנון החלש ביותר – חיוב ביידוע בדיעבד.

נציין כי גם פיקוח פרלמנטרי בדיעבד עשוי להיות יעיל. המודעות לצורך לנמק בדיעבד את ההחלטה והידיעה שהחלטה זו תעמוד לביקורת, עשויות לרסן את הממשלה בהחלטותיה בתחום רגיש זה גם בזמן אמת. השאלה היא אם פיקוח פרלמנטרי כזה מתקיים בישראל. לאחר מבצע צוק איתן ברצועת עזה בשנת 2014 קיימה ועדת החוץ והביטחון של הכנסת חקירה של היבטים שונים של המבצע. חקירה זו זכתה לשבחים ונחשבה ליסודית. בסופו של דבר, בשל הבחירות שהתקיימו בסמוך, הדוח נגנז ומעולם לא פורסם.<sup>107</sup> ואולם דוח שפרסם מבקר המדינה בעניין, שבדק בין היתר את תהליכי קבלת ההחלטות בקבינט בקשר למבצע, נדון בארבע ישיבות של ועדת ביקורת המדינה של הכנסת.<sup>108</sup> בסופו של דבר, כפי שכבר צוין, פעולת הביקורת הביאה את ראש הממשלה למנות את ועדת עמידור, שבעקבותיה בוצעו התיקונים לחוק שאנו דנים בהן כאן.

לדעתנו, חיוב של יידוע בדיעבד הוא בחירה סבירה מתוך האפשרויות המקובלות, כפי שעולה מהסקירה ההשוואתית, בעיקר לאור העובדה שישראל היא מדינה קטנה ופגיעה באזור בלתי יציב, דבר שמחייב לעיתים החלטות מהירות.

עם זאת, ליידוע זה לא הוגדר פרק זמן מחייב, מעבר לדרישה שיעשה "בהקדם האפשרי". אומנם נראה שבעבר הממשלה אכן לרוב יידעה בתוך זמן קצר יחסית את ועדת החוץ והביטחון ואף הודיעה על פעולות צבאיות שאינן בהכרח

107 יוחאי עופר "חשש: חקירת 'צוק איתן' תסתיים ללא מסקנות" מקור ראשון 18.12.2014; מתן צורי ומורן אזולאי "הורי נופלים בצוק איתן: 'דורשים ועדת חקירה'" [ynet](http://ynet.com) 24.7.2016.

108 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 22; פרוטוקול ישיבות מס' 227, 235, 236 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-20 (19.3.2017, 22.3.2017, 19.4.2017, 3.7.2017).

"מלחמה" גם למליאת הכנסת,<sup>109</sup> למרות זאת, מוטב לדעתנו לקבוע בחוק היסוד מסגרת זמן קצרה וברורה יותר להודעות. נציין כי יש להביא צו של שר הביטחון לגיוס חירום של כוחות המילואים "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-48 שעות מעת שניתן" לאישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.<sup>110</sup> גם הכרזה של הממשלה על מצב מיוחד בעורף, לנוכח סבירות גבוהה שתתרחש התקפה על האוכלוסייה האזרחית, מחייבת הודעה מיידית לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת. הוועדה רשאית לזמן את ראש הממשלה, שר הביטחון או הרמטכ"ל להופיע לפניו בתוך 48 שעות מההכרזה, ואם לא הופיעו – ההכרזה פוקעת.<sup>111</sup> נשאלת השאלה מדוע לא לקבוע מסגרת דומה גם להודעה לוועדת החוץ והביטחון לפי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה. פרק זמן זה גם מתיישב עם הסקירה ההשוואתית (שלושה ימים בצרפת, יומיים בארצות הברית). להודעת ראש הממשלה במליאת הכנסת, סביר לדעתנו לקבוע מסגרת זמן גמישה יותר.

אנו מציעים לחייב מסירת הודעה לוועדת החוץ והביטחון או ועדת המשנה שלה, במקרה של החלטת קבינט, בהקדם האפשרי ובתוך 48 שעות למן ההחלטה. באשר למסירת הודעה על ידי ראש הממשלה במליאת הכנסת, הכנסת היא גוף רחב יותר שכינסו, בשעת חירום בפרט, עלול להצריך זמן ארוך יותר. לפיכך נציע לאפשר את מסירת ההודעה בהקדם האפשרי ובתוך שבוע ימים לכל היותר.

109 במלחמת לבנון השנייה הופיע שר הביטחון לפני מליאת ועדת החוץ והביטחון של הכנסת יום לאחר תחילת הפעולה וראש הממשלה מסר הודעה במליאת הכנסת חמישה ימים לאחר תחילת הפעולה (עניין ביילין, לעיל ה"ש 17, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ביניש); במבצע "חומת מגן" מסר ראש הממשלה הודעה לפני מליאת הכנסת עשרה ימים אחרי תחילת הפעולה (פרוטוקול ישיבה מס' 296 של הכנסת ה-15, לעיל ה"ש 16).

110 ס' 8(ג) לחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008.

111 ס' 9 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951.

## עיגון חלקים נוספים מדוח ועדת עמידרור בחקיקה

כאמור לעיל, הטיעון העיקרי לטובת אצילת הסמכות לקבינט הוא שיקולי יעילות בקבלת ההחלטות, כלומר שיפור טיבה של ההחלטה המתקבלת. טיעון היעילות מבוסס על ההמלצות של דוח עמידרור לעניין עבודת הקבינט. מובן כי לא ניתן להטמיע את הדוח כולו אל תוך חוק היסוד, אך יש מקום לעגן בו, או בחוק הממשלה, המלצות נוספות של הוועדה, כפי שיפורט להלן.

**מוצע כי על מנת לוודא שהחלטת הקבינט שתתקבל בעניינים החשובים של פעילות צבאית תהיה אכן יעילה ואיכותית כנדרש, ייקבע כי החלטתו תתקבל רק לאחר שניתנה ליועץ לביטחון לאומי ההזדמנות להביע את דעתו לפני הקבינט בשאלה העומדת להחלטה, אלא אם כן, מדובר במצב חירום שאינו מאפשר הבעת עמדה כזאת.**

החלטה על נקיטת פעולה צבאית משמעותית ראוי שתתקבל רק כמוצא אחרון, לאחר שנשקלו חלופות מדיניות לטיפול במשבר. בחינה זו צריכה להיעשות, בראש ובראשונה, באופן שגרתי ומוסדר בעת רגיעה, על מנת למנוע מצבים של הסלמה ביטחונית. ואולם גם במצבי משבר ראוי שהחלטת הקבינט תתבסס על תשתית רחבה ככל האפשר של חלופות. ככל שתאומץ חקיקה המחזקת את המטה לביטחון לאומי<sup>112</sup> ומדגישה את תפקידו לבחון הזדמנויות מדיניות, עשוי הדבר להשתלב בהצעה המנוסחת כאן לאפשר ליועץ לביטחון לאומי להביע את דעתו לפני הקבינט בטרם קבלת ההחלטה על פעולה צבאית.<sup>113</sup>

112 למצב החוקי הקיים ראו חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008; לפירוט הרקע לחקיקתו ראו הצעת חוק הממשלה (תיקון מס' 5) (המועצה לביטחון לאומי), התשס"ח-2007, ס"ח 230; לביקורת על ליקויים בחפקוד המטה לביטחון לאומי והצורך לחזקו ראו דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 7, 14-16; מבקר המדינה "דוח ביקורת על יישום חוק המל"ל וההתמודדות עם המשט הטורקי" (2012).

113 "מה היא הצעת החוק חלופות מדיניות תחילה?" נשים עושות שלום 24.10.2018.

נוסף על כך, ראוי לעגן בחוק הממשלה, התשס"א-2001, את המלצת ועדת עמידורר בעניין העברת מידע לשרים החברים בקבינט לפי שאילתות יזומות על ידם. לדעתנו, נכון לאפשר לחברי הקבינט לנקוט יוזמה במילוי תפקידם ולא להגבילם רק לבחינה של מה שהונח לפנייהם. ואולם לשם כך נדרש לקבוע הליך מסודר שלא יהיה כרוך ביצירת קשר ישיר ובלתי מבוקר בין חברי הקבינט לאנשי הצבא, מתוך עקיפת תפקידו של שר הביטחון כממונה על הצבא מטעם הממשלה ותפקידו של הרמטכ"ל כדרג הפיקודי העליון בצבא.<sup>114</sup>

## כינוס הקבינט

לאחרונה עלתה לסדר היום הציבורי שאלת זכותו של חבר קבינט לדרוש את כינוס הקבינט. בסוף חודש מרץ 2019, ימים מעטים לפני הבחירות הכלליות לכנסת, דרש חבר הקבינט השר נפתלי בנט את כינוס הקבינט לשם דיון בפעולות הצבאיות שיינקטו בתגובה על ירי רקטות על ישראל מרצועת עזה ומאמצי ההסדרה מול ארגון החמאס. משראש הממשלה לא נענה לבקשתו, פנה השר בנט במכתב ליועץ המשפטי לממשלה וביקשו לחייב את ראש הממשלה לכנס את הקבינט.<sup>115</sup> בתשובה כתב היועץ המשפטי לממשלה כי אין כל בסיס לחיוב ראש הממשלה לכנס את הקבינט לדיון כזה. עוד ציין היועץ כי על פי סעיף 48 לתקנון עבודת הממשלה הנוכחית, ראש הממשלה הוא הקובע את הנושאים העולים לדיון בקבינט. כמו כן, על פי אותו סעיף הקבינט יתכנס אחת לשבועיים, וראש הממשלה רשאי לדחות את מועד הדיון.

נראה לנו כי היועץ המשפטי לממשלה צודק שאין כל הוראה בחוק בדבר יכולתו של שר לדרוש את כינוס הקבינט, וכי כינוסו תלוי ברצונו של ראש הממשלה. אך

114 ועדת עמידורר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 12, פס' 30(ג).

115 מכתבו של שר החינוך נפתלי בנט ליועץ המשפטי לממשלה אביחי מנדנבליט, "דרישה לכינוס ועדת השרים לביטחון לאומי (הקבינט)" לדיון בהמשך המדיניות מול רצועת עזה", 31.3.2019.

האם נימוק זה אכן מוביל למסקנה שאין כל אפשרות להתערב בהחלטותיו של ראש הממשלה בשאלת כינוס הקבינט, והאם מצב זה הוא ראוי?

ראשית, ייתכן שבמקרה הקונקרטי צדק היועץ המשפטי לממשלה ולא היה מקום להורות על כינוס הקבינט. אך כאשר נשאלת השאלה העקרונית, ייתכן שהתשובה שונה: נניח שראש הממשלה מחליט לא לכנס את הקבינט כלל, במשך חודשים ארוכים, האם אין מקום לקבוע כי קיימת חובה כזו? או למשל כאשר מבצע צבאי מוגבל אושר בקבינט, ובמהלך הדברים מתברר כי המבצע הופך לגדול ומשמעותי הרבה יותר ממה שתוכנן, האם אין מקום לכינוס הקבינט לדון בדברים?

נציין כי ככל שתתקבל הצעתנו שיש צורך באישור קבינט לפני כל פעולה צבאית משמעותית (ולא רק מלחמה או פעולה שעלולה להביא למלחמה), כי אז ברור שיהיה מקום לחייב את ראש הממשלה לכנס את הקבינט לשם קבלת החלטה על יציאה לפעולה צבאית משמעותית. אך גם בלא הוראה כזו, נראה לנו כי במקרים קיצוניים, כדוגמת המקרים שתוארו לעיל, יש מקום שהיועץ המשפטי לממשלה יקבע שאי-כינוס הקבינט הוא "בלתי סביר".

אנו מודעים כמובן לכך שדרישה שהקבינט יכנס משום שכך "סביר" לעשות תעורר התנגדות וטענות שהיועץ המשפטי מתערב בעניינים שבסמכותה הבלעדית של הרשות המבצעת. לכן אנו מציעים לתקן את החוק כך שיקבע ששליש מחברי הקבינט רשאים לדרוש מראש הממשלה את כינוס הקבינט לדון בנושא מסוים.<sup>116</sup> כך יאוזן כוחו הפוליטי של ראש הממשלה עם הדרישה של שרי הקבינט במקרה שבו אי-כינוס הקבינט בעייתי במיוחד.

116 לשם השוואה, שליש מחברי הכנסת (40 ח"כים) רשאים לדרוש שראש הממשלה ישתתף בדיון בנושא שנקבע (ס' 42(ב) לחוק-יסוד: הממשלה); מעט יותר מחמישית מחברי הכנסת (25 ח"כים) רשאים לדרוש כינוס מיוחד של הכנסת בזמן פגרה (ס' 9(ב) לחוק הכנסת, החשנ"ד-1994); די בדירקטור אחד בחברה פרטית ובשני דירקטורים או ברבע מן הדירקטורים המכהנים בחברה ציבורית על מנת לדרוש אספה מיוחדת של בעלי המניות (ס' 63 לחוק החברות, החשנ"ט-1999).

## נוסח התיקון המוצע

הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) (סמכויות לעניין נקיטת פעולה צבאית משמעותית)

1. תיקון סעיף 40. בחוק יסוד: הממשלה, בסעיף 40 –

(1) בכותרת השוליים תימחקנה המילים "הכרזת מלחמה או";

(2) בסעיף קטן (א) תימחקנה המילים "תפתח במלחמה ולא"; במקום המילים "העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה" תבואנה המילים [נוסח א] "שסביר להניח שתוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב" [נוסח ב] "שקיימת אפשרות ממשית שתוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב";

(3) במקום סעיף קטן (א) יבוא:

"(א) הממשלה רשאית להחליט על אצילת סמכותה לפי סעיף קטן (א) במקרה מסוים לוועדת שרים שנקבעה בחוק אם מצאה שהדבר נדרש, בנסיבות העניין, בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה, לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם, שפורטו בהחלטתה"

(4) אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ב) הממשלה תקבע בתקנונה הוראות לעניין הרשות המוסמכת לנקוט פעולות צבאיות לפי סעיף קטן (ב), והיא רשאית לקבוע רשויות מוסמכות שונות לפי מאפייני הפעולה הצבאית, לרבות משכה הצפוי, היקף הכוחות המעורבים, האמצעים הנדרשים לה, מידת הסיכון הכרוכה בה והשטח שבו היא אמורה להיערך, ובלבד שפעולות צבאיות

משמעותיות יחייבו אישור של ועדת שרים שנקבעה בחוק;

(2ב) לא ישוגרו כוחות צבא הגנה לישראל למשימות העלולות לחייב הפעלת כוח צבאי מחוץ לישראל, שאינן נדרשות למטרת הגנה על המדינה או ביטחון הציבור ובכלל זה, למשימות לפי החלטת מועצת הביטחון של האומות המאוחדות, אלא מכוח החלטת הממשלה ותחול עליה הוראת סעיף זה כאילו הייתה החלטה לפי סעיף קטן (א);

(5) במקום סעיף קטן (ג) יבוא:

"הודעה על החלטת הממשלה לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ־48 שעות ממתן ההחלטה, ואם התקבלה ההחלטה על ידי ועדת השרים כאמור בסעיף קטן (א1), תימסר הודעה על כך, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ־48 שעות ממתן ההחלטה, לממשלה ולוועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי ולא יאוחר משבוע ימים ממתן ההחלטה גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות אחרות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ־48 שעות מתחילתן."

הצעת חוק הממשלה (תיקון מס'...), התשע"ט-2018

תיקון סעיף 6 בחוק הממשלה, התשס"א-2001, בסעיף 6, אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ג) אצלה הממשלה את סמכותה לפי סעיף קטן (ב) יהיה המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה, ובלבד שייכללו בו כל חברי הוועדה המנויים בסעיף קטן (א), ואולם החלטה שהתקבלה במניין חסר בשל התקפת

אויב שמנעה כינוס מניין חוקי של חברי הוועדה תהיה תקפה ובלבד שהתקבלה במניין המרבי של חברי הוועדה שהתאפשר בנסיבות; החלטה שהתקבלה במניין חסר בנסיבות האמורות תובא בהקדם האפשרי לאישור ועדת השרים במניינה החוקי.

(ד) כל חבר בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי רשאי לבקש מידע בתחומי פעולתה; הבקשה תועבר לעובד המטה לביטחון לאומי שייקבע לכך ותיענה בהקדם האפשרי ובתוך חמישה ימים, לכל היותר; העתק מהבקשה ומהמענה לה יועבר על ידי המטה לביטחון לאומי לחברי הוועדה.

(ה) שלישי מחברי הקבינט רשאים לדרוש מראש הממשלה את כינוס הקבינט לשם דיון בעניין מסוים. התקבלה דרישה כזו, יכנס ראש הממשלה דיון בקבינט בהקדם, ולכל היותר בתוך שלושה ימים. מנעה התקפת אויב כאמור בסעיף (ג) לעיל את כינוס הקבינט, יכונס הקבינט בהקדם האפשרי."

בחוק הממשלה, התשס"א-2001, לאחר סעיף 6, יבוא:  
"נקיטת פעולה צבאית משמעותית

הוספת סעיף 6א

6א. (א) טרם קבלת החלטה בדבר נקיטת פעולה צבאית משמעותית לפי סעיף 40 לחוק היסוד, יציג [נוסח א – ראש המטה לביטחון לאומי] [נוסח ב – ראש אגף מודיעין במטה הכללי של צבא הגנה לישראל], לפני ראש הממשלה, הערכה מודיעינית מתואמת עם ראשי ארגוני המודיעין [נוסח ב – האחרים] בשאלה אם יש יסוד סביר להניח שהפעולה תוביל לפעולות איבה בהיקף נרחב; השיבה ההערכה על השאלה בחיוב, תובא הפעולה לאישור לפי סעיף 40(א) לחוק היסוד; חלקו ראשי ארגוני המודיעין על התשובה לשאלה, יובא העניין להכרעה לפני ועדת שרים שחבריה ראש הממשלה, שר הביטחון ושר החוץ.

(ב) טרם קבלת החלטה לפי סעיף 40(א) לחוק היסוד יביע היועץ לביטחון לאומי את דעתו לפני הממשלה או



ועדת השרים בנוגע לפעולה העומדת על הפרק, לרבות חלופות לנקיטתה, אלא אם נסיבות חירום מיוחדות אינן מאפשרות זאת.

(ג) בסעיף זה: "ארגוני המודיעין" – אגף המודיעין בצבא הגנה לישראל, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, שירות הביטחון הכללי, המרכז למחקר מדיני במשרד החוץ.

הצעת חוק ייסוד: הצבא (תיקון מס' 1) (אצילת סמכות הממשלה)  
תיקון סעיף 2 בחוק ייסוד: הצבא, בסעיף 2, אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:  
" (ג) הממשלה רשאית להחליט על אצילת סמכותה לפי סעיף זה במקרה מסוים לוועדת שרים שנקבעה בחוק."

**פרופ' עמיחי כהן** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש התוכנית לביטחון ודמוקרטיה ע"ש אמנון ליפקין שחק. חבר סגל בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו. תחומי המומחיות שלו הם משפט חוקתי ומשפט בינלאומי.

**אל"ם (מיל') עו"ד לירון א' ליבמן** שירת כתובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין-לאומי בצה"ל. כיום הוא חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, בצד עיסוקיו הנוספים כמרצה, מגשר ועורך דין פרטי.



[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

מסת"ב:

978-965-519-258-2