



המכון הישראלי לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

אלוף (מיל') אורנה ברביבאי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מזל מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

מר אליזבט אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אמלבלום, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיין פרס, אסטרטגיה

פרופ' מרדכי קרמיניצר, מחקר

פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמיתו אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' עמיתו כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

30 נובמבר 2017

י"ב כסלו תשע"ח

לכבוד

שרת המשפטים איילת שקד

חברי וועדת שרים לענייני חקיקה

תזכיר הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס'...) (סמכויות לעניין פתיחה במלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית)

הערות התכנית לביטחון ודמוקרטיה ע"ש אמנון לפקין שחק במכון הישראלי לדמוקרטיה

בהמשך לתזכיר הצעת החוק שבנדון להלן הערותינו.

ככלל, אנו מבקשים לברך על היוזמה לתקן ולהבהיר את סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה, אשר מזה זמן ברור כי הוא לחלוטין אינו עונה על הדרישה לבהירות חוקתית בנושא סמכות קבלת ההחלטות לגבי שימוש בכוח צבאי. חלק ניכר מההצעות העולות בתזכיר החוק ראויות לברכה. עם זאת, אנו מבקשים לייחד את הערותינו לכמה נושאים תחת שני ענפים. הענף האחד הוא נושאים בהם אנו סבורים כי יש לחשוב מחדש על התיקונים המוצעים. הענף השני הוא נושאים שבהם אנו סבורים כי משעה שהוחלט לעסוק בנושא, יש מקום לתקן את החוק הקיים בתחומים נוספים.

א. רקע

נוסח חוק יסוד: הממשלה סעיף 40 קובע כיום כך:

הכרזת מלחמה

40. (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

לועדת 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.

מטרתו של התיקון המוצע היא להפקיד בידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ("הקבינט המדיני בטחוני") סמכויות קבלת החלטות במקרים של פתיחה במלחמה, וכן להבהיר את חלוקת הסמכויות הנכונה.

מסמך הערות זה עוסק בכלל התיקונים המוצעים, ומציע הבהרות ותיקונים נוספים. נדגיש כבר כעת כי בחלק מהמקרים אנו סבורים כי חלק מההצעות אינן רצויות, לכל הפחות בצורה בה הן מוצעות. במקרים אחרים אנו סבורים כי אף אם תתקבל רוח התיקון, הרי שהצורה בה הוא מוצע ראויה לחשיבה מחדש שכן היא איננה תואמת את העקרונות השולטים בענייני הביטחון הלאומי.

ב. כותרת הסעיף

כותרת סעיף 40 כיום היא "הכרזת מלחמה".

ההצעה מבקשת לשנות את הכותרת ל "הכרזת מלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית"

כמצוין בדברי ההסבר לתזכיר החוק, הכרזת מלחמה אינה פרקטיקה מקובלת עוד בין מדינות.¹ למעשה, גם הסעיף עצמו, אפילו בנוסחו הנוכחי, מדבר על "פתיחה במלחמה" ולא על הכרזת מלחמה. ממילא אין כל הגיון בהמשך השימוש במושג שאין לו שום משמעות במשפט הבינלאומי. אנו מציעים להסיר את המונח "הכרזה" מכותרת הסעיף.

יתר על כן, וכפי שמפורט בדברי ההסבר, גם המונח מלחמה פחות רלוונטי כיום במשפט הבינלאומי. המונח המקובל הוא "סכסוך מזויין" "armed conflict" או התקפה חמושה "armed attack".²

לכן מוצע להסיר את המונח מלחמה מכותרת המסמך ולהסתפק במילים "פעולה צבאית משמעותית"

ג. פתיחה במלחמה או נקיטה בפעולה צבאית משמעותית

ס"ק (א) בנוסח הנוכחי קובע כי המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת

¹ מאז שנת 1990 הוכרזו בסך הכל 5 מלחמות בעולם, ארבע מהן באפריקה. ראו את הדיון אצל Tom Ginsburg, *Chaining the Dog of War: Comparative Data* 15 CHICAGO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 138 (2014).

² ראו למשל במגילת האו"ם סעיף 2 ו- 51 בהתאמה.

ממשלה.

תזכיר הצעת החוק מציע לתקן את הסעיף כך שיאמר כך :

”המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה אלא מכח החלטת ממשלה”.

ראשית נבקש להעיר לגבי החלק בסעיף שאותו לא מוצע לשנות – והוא פסקת הפתיחה במלחמה.

(1) ”פתיחה במלחמה”

בין אם תשונה כותרת הסעיף, ובין אם לאו, הרי שהמונח **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.³ אומנם בחלק מחוקות מדינות העולם מופיע המונח הכרזת מלחמה (שאינו רלוונטי עוד), או פתיחה במלחמה, אך בעיקר כמונח המצוי בחוקה באופן מסורתי.⁴ נראה כי בשעה שמתקנים את חוק היסוד ראוי כי חוק כה חשוב של מדינת ישראל לא ינקוט במילים שניתן לפרשן כמתירות למדינה **לפתוח** במלחמה.

שתי אפשרויות קיימות בהקשר זה. הראשונה היא לקבוע את התנאים בהם קיימת הסמכות החוקתית לצאת למלחמה (הגנה עצמית, או אישור מועצת הביטחון של האו”ם), ואת התנאים לאישור היציאה למלחמה בהקשר זה.⁵

³ חוק היסוד הגרמני קובע 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

⁴ ראו את הדיון אצל Ginsburg לעיל בה”ש 1.

⁵ ראו סעיפים 200-201 לחוקת דרום אפריקה

200 Defense Force

(1) The defence force must be structured and managed as a disciplined military force.

(2) The primary object of the defence force is to defend and protect the Republic, its territorial integrity and its people in accordance with the Constitution and the principles of international law regulating the use of force.

201 Political responsibility

(1) A member of the Cabinet must be responsible for defence.

(2) Only the President, as head of the national executive, may authorise the employment of the defence force—

(a) in co-operation with the police service;

(b) in defence of the Republic; or

(c) in fulfilment of an international obligation.

(3) When the defence force is employed for any purpose mentioned in subsection, (2) the President must inform Parliament, promptly and in appropriate detail, of—

(a) the reasons for the employment of the defence force;

(b) any place where the force is being employed;

(c) the number of people involved; and

(d) the period for which the force is expected to be employed.

אפשרות שניה היא פשוט לקבוע כי סמכות הממשלה היא להביא לאישור של כל פעולה צבאית משמעותית, שתוגדר ככזו העלולה להביא לכדי פעילות לחימה משמעותית (ראו להלן לגבי ההגדרה).⁶

(2) "פתיחה במלחמה"

כפי שפירטנו לעיל, המונח מלחמה הוא מונח בעייתי. מלחמה מוגדרת במשפט הבינלאומי כסכסוך אלים בין שתי מדינות.⁷ אולם לאמיתו של דבר, רוב הסכסוכים בעולם כיום אינם בין שתי מדינות, ולשאלה אם יש מלחמה או לא אין משמעות. גם במשפט הישראלי אין הגדרה ברורה למונח. ולמעשה התברר, במקרה היחיד שבו עלה הנושא בבית המשפט העליון, בבג"צ ביילין, כי העובדה שהסעיף משתמש במונח מלחמה למעשה מונע את השימוש בו, שכן לדבר השפעה ניכרת על יחסי החוץ של ישראל.⁸ בית המשפט העליון הדגיש שם, לפיכך, שעצם השימוש בסעיף 40(א) מצוי בתחום סמכותה הרחבה של הממשלה בנושא יחסי החוץ והביטחון. אומנם במקרה ההוא התקבלה החלטת ממשלה כנדרש, והתקבלה החלטה לידע את הכנסת (על פי סעיף 40(ג)) וממילא ראה עצמו בית המשפט פטור מקבלת החלטה. אך התוצאה של מבנה זה הינה כי **גורם שאינו הממשלה, ואף אינו הקבינט** (ראו להלן הדיון בסעיף 40(ב)) יכול מבחינת לשונו של הסעיף להחליט על מבצע מקיף דוגמת מבצע עופרת יצוקה או צוק איתן, או אפילו על מלחמת לבנון השנייה (כפי שבסופו של דבר נקראה המלחמה) כיוון שמבצע יכול ליפול פורמלית בתחומי סעיף 40(ב) ולא בתחומי סעיף 40(א).

כמה אופציות קיימות בהקשר זה. הראשונה היא לציין בסעיף 40(א) כי המבחן להפעלת הסעיף הוא כאשר הפעולה תוביל ל"armed conflict" סכסוך מזוין או סכסוך אלים, שהוא המבחן המכריע כפי שהתקבל במשפט הבינלאומי. עיקרו של מבחן זה עוסק בעוצמת הפעלת הכוח.⁹ מצד שני, ייתכן כי מונח זה מקיף מדי, ועל כל פנים הוא שוב עלול לגרום לחיכוך בלתי רצוי עם המשפט הבינלאומי

(4) If Parliament does not sit during the first seven days after the defence force is employed as envisaged in subsection (2), the President must provide the information required in subsection (3) to the appropriate oversight committee.

⁶ בדמוקרטיות פרלמנטאריות רבות אין קביעה מדויקת של נושא היציאה למלחמה, אלא מסתפקים בקביעה של הפיקוד על הכוחות המזוינים וקביעת פעולות צבאיות. ראו Ginsburg לעיל בה"ש 1.

⁷ בג"צ 6204/06 ד"ר יוסי ביילין נ' ראש ממשלת ישראל " 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]"

⁸ בג"צ 6204/06 לעיל בה"ש 7 פסקה 4: "להחלטת ממשלה שעלולה להתפרש כהכרזת מלחמה עשויות להיות תוצאות מרחיקות לכת במישור היחסים הבינלאומיים"

⁹ דיון זה נעשה בעיקר בהקשר לתחולת דיני הלחימה (המשפט ההומניטארי הבינלאומי) ראו הילי מודריק-אבן חן, "דיני מלחמה" בתוך: רובי סיבל ויעל רונן משפט בינלאומי 353 (מהדורה שלישית, 2016).

מבחן אחר שהתקבל בכמה חוקות עוסק במבחן **האיום** – עד כמה מהווה המצב הצבאי שנוצר כתוצאה מפעילות של מדינה אחרת או של ארגון אחר איום על המדינה, על בטחונה ועל שלמותה הטריטוריאלית, ובמקרה כזה לקבוע כי על הקבינט לקבל את ההכרעה המתאימה.¹⁰

כאמור לעיל, איננו בטוחים שפתרון זה ראוי בישראל, על כל פנים לא בלי דיון מקיף בכל נושא היציאה למלחמה.

אפשרות שלישית היא אפשרות ביניים, על פיה תוסמך הממשלה לקבל החלטה בנוגע ליציאה למלחמה (מונח שכבר השתרש בדברי החקיקה בישראל, לרבות חוקים פליליים שונים, חוקים המעניקים הטבות מס וכו') אך במקביל לנקוט במונח "מעשי איבה בהיקף נרחב" – ניסוח אשר נמנע משימוש במונחים בעייתיים, אשר מותיר שיקול דעת רחב לממשלה לקבל החלטות, אך הכולל מבחן אובייקטיבי מסוים. כמובן שניתן לדון במשמעות המונח ובניסוח המדויק (ומן הסתם הדבר ייעשה במסגרת הדיונים בחוק בוועדות).

ההצעה שלנו היא לקבוע כי :

הממשלה מוסמכת לקבל החלטה בנוגע ליציאה למלחמה או לפעולה צבאית משמעותית העלולה [ברמת הסתברות...]. להוביל למעשי איבה בהיקף נרחב

"העלולה להוביל ברמת הסתברות קרובה לוודאי למלחמה" –

(1) ביקורת קונספטואלית

את סעיף 40(א) בנוסחו המתוקן יש לקרוא במקביל לס"ק (ב) הקובע כי :

"אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות [התיקון המוצע: אחרות] הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור".

המצב המשפטי הקיים [טרם הוספת המילים "אחרות"] בעייתי ביותר. קריאת שני הסעיפים הקטנים בנוסחם הקיים במצורף מביאה למסקנה הבאה: בכל מקרה שבו ננקטת פעולה העלולה להביא למלחמה בסבירות גבוהה (ראו להלן הניתוח לגבי הסבירות) יש צורך בהחלטת ממשלה (או קבינט כפי שיפורש להלן). לעומת זאת, על פי

¹⁰ 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.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

המצב המשפטי הקיים כל פעולה צבאית, הננקטת מתוך הגנה עצמית, יכולה להיעשות ללא החלטת הממשלה.

הבעיה העולה כתוצאה מדיון זה היא האם החלטה על פעולה צבאית שאיננה מהווה פתיחה במלחמה, אלא מתוך הגנה עצמית, פטורה מהחלטת ממשלה?

כיוון שאנו מניחים שמדינת ישראל לא תפתח כמעט לעולם במלחמה, אלא רק תפעל מתוך הגנה עצמית, ולכל הפחות לא תודה בכך שפתחה במלחמה, הרי שפרשנות מצמצמת של הסעיף עלולה להביא לכדי מסקנה שסעיף (א) כמעט לעולם לא יתקיים. כל פעולה (או כמעט כל פעולה, למעט "מלחמת יש ברירה") כלולה לכאורה בס"ק (ב). **התיקון בס"ק (ב) הוא אם כן תיקון נדרש.** לכאורה, הוספת המילים "פעולות צבאיות אחרות" מביא לכך שכל פעולה שיכולה להביא למלחמה, [או לפי הצעתנו לפעילות לחימה בהיקף נרחב] ואפילו היא ננקטת במסגרת הגנה עצמית, צריכה להיות כלולה במסגרת ס"ק (א). אנו סבורים כי תיקון זה ראוי, אך דרך אלגנטית וברורה יותר היא להדגיש את נושא ההגנה העצמית כבר בס"ק (א):

יש לקבוע גם בס"ק (א) כי כל פעולה צבאית העלולה להביא למלחמה [ולפי הצעתנו לעיל - אף למעשי איבה בהיקף נרחב] ואפילו נקטה מתוך הגנה עצמית דורשת החלטת ממשלה.

(2) ביקורת מבחן ההסתברות – עוצמת ההסתברות

מבחן ההסתברות שנקבע בהצעת החוק הוא פעולה:

העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה

השימוש במבחן הקרבה לוודאי בהקשר זה מתמיה. מבחן זה אומץ בפסיקת בית המשפט העליון כמבחן המגביל את סמכויות הרשות המבצעת במקרים של פגיעה בזכויות אדם. המבחן כפי שהוא מוצע כאן למעשה מגיע לתוצאה הפוכה: מלחמה, כמעט בהגדרה פוגעת פגיעה משמעותית ביותר בזכויות אדם. המבחן המוצע בחוק מעניק גמישות לרשות המבצעת 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 אף פעם לא נכונה. שימוש במונח כזה נראה לנו בלתי ראוי, ומאפשר התחמקות מיישום הסעיף.

בהקשר היציאה למלחמה, על השלכות הניכרות הכרוכות בכך, אנו סבורים כי יש לקבוע מבחן מחמיר יותר כלפי הרשות המבצעת, והוא כאשר **תוצאה סבירה של**

הפעילות הצבאית היא יציאה למלחמה. לחלופין אם ייקבע כי יש צורך ברמת הסתברות גבוהה יותר, להשתמש במונח **אפשרות ממשית**.

(3) **ביקורת מבחן ההסתברות -** מי מקבל את ההחלטה

מבחן ההסתברות שנקבע "קרוב לוודאי" הוא מבחן בעייתי, אשר עלול (קרוב לוודאי) להביא למחלוקות בלתי מסתיימות לגבי רמת הסיכוי שפעולה מסוימת תביא למלחמה.

בעניין זה יש שתי אפשרויות לפתרון. האפשרות הראשונה היא קביעה מפורשת של המוסד שיש בידו הסמכות הבלעדית לקבוע את הסיכוי שאכן תקרה מלחמה. דיון במוסד, או באישיות זו, חורג מגדר הערות קצרות אלו. ייתכן כי המוסד הראוי הוא החלטה משותפת של ראש הממשלה, שר הביטחון ושר החוץ או הרכב דומה.¹¹

חלופה אחרת היא להטיל חובה על הממשלה לקבוע בתקנונה במפורש את המקרים שבהם היא סבורה שיש צורך בהחלטת ממשלה מפורשת. בהצעה זו נעסוק בהרחבה בהמשך.

ד. הסמכת הקבינט

את עיקר תשומת הלב המקצועית והתקשורתית בהקשר תזכיר הצעת החוק תפסה ההצעה להוסיף את ס"ק (א1)

"(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";

ראשית יש לומר כי, כמצוין בדברי ההסבר, הצעת החוק מסדירה באופן מפורש את סוגיית הפעולה של הקבינט, והיא בחרה לעשות כך על דרך מתן הסמכות "לאצול" את הסמכות לפי סעיף 40(א).¹² כמובהר בהצעת התיקון לחוק הממשלה, ההאצלה תתבצע לוועדת השרים לענייני בטחון לאומי (הקבינט המדיני בטחוני). פתרון זה אכן מבהיר מבחינה "טכנית" את סמכות הקבינט.

עם זאת, אנו סבורים כי גם ברמת התיקון הטכני ראוי לאמץ תיקון מקביל בחוק יסוד: הצבא. בחוק יסוד הצבא סעיף 2 נקבע כי :

¹¹ ראו דיון מקיף יותר אצל מרדכי קרמניצר ואייל צור "פעולת מנע באיראן – המצוי והרצוי בקבלת בתהליך קבלת ההחלטות" <https://www.idi.org.il/articles/8027>

¹² הממשלה יכולה לפעול באמצעות ועדותיה, ביניהן ועדת השרים לענייני בטחון לאומי. השופט חשין רמז בבג"צ 5621/96 הרמן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 808 (1997) כי ייתכן שסמכות הממשלה לפעול באמצעות ועדותיה מוגבלת. קביעת סמכות האצלה מפורשת בחוק היסוד מתמודדת עם קושי טכני זה.

למען הסר ספק ראוי לקבוע גם בחוק יסוד: הצבא הוראה כי **הממשלה רשאית לאצול סמכויותיה על פי חוק זה**.

אך השאלה האמיתית, כמובן, איננה השאלה הטכנית של סמכות ההאצלה, אלא השאלה המהותית: **האם ראוי כי החלטות קרדינליות המתוארות בסעיף 40(א) אכן יתקבלו על ידי הקבינט ולא על ידי הממשלה במליאתה?**

הטיעונים העקרוניים בעד האפשרות להסמכת הקבינט מובאים בדברי ההסבר, והם כוללים את סוגית הסודיות, סוגית הקושי בכינוס הממשלה, ושאלת יעילות עבודת הממשלה מול הקבינט.

אנו סבורים כי השיקולים הראשון והשני (סודיות והקושי בכינוס חברי הממשלה, בהתאמה) אינם משמעותיים. לגבי השאלה הראשונה – סוגיית ההדלפות, הרי שיש בהקשר זה להפעיל מידה רבה יותר של פיקוח. אין זה ראוי שסוגיה חוקתית תיקבע על פי השאלה האם הממשלה מסוגלת לכפות סודיות על שריה.

הסוגיה השנייה גם היא לא נראית בעינינו מכריעה. חוקות רבות עוסקות בשאלה של קבלת החלטות הנדרשת מיידית, והפתרון המקובל הוא שבמקרה חירום ייתכן אישור על ידי צוות מצומצם התקף עד שניתנת אפשרות מעשית לכינוס מליאת הממשלה (או הגוף המחליט). הסטת מלוא כובד המשקל של קבלת החלטות במישור החוקתי מגוף לגוף בגלל מקרה חירום היפותטי איננה ראויה.

הטיעון המשמעותי בעד קבלת החלטות על ידי הקבינט הוא טיעון היעילות וההתאמה. הטענה, המבוססת על דו"ח עמידרור, היא כי ייעול וטיוב עבודת הקבינט יביא לכך שהגוף המתאים יותר לקבל החלטה הוא הקבינט, ולא הממשלה. הקבינט יזכה לליווי צמוד של המטה לביטחון לאומי, להדרכה, וייחשף באופן שוטף לחומרי גלם מודיעיניים. החלטה של הקבינט במקרה כזה היא אם כן החלטה מושכלת ורציונלית יותר.¹³

אל מול טיעון זה עומד הטיעון המרכזי בעד **הרחבת קבלת החלטות** והוא טיעון **הלגיטימיות הציבורית**. הטענה היא כי קבלת החלטות קרדינליות דורשת החלטה של גוף רחב יותר. בחוקות שונות, בעיקר במדינות בהן יש משטר נשיאותי, נקבע כי הכרזה

¹³ המלצות הועדה לעניין עבודת הקבינט מדיני- בטחוני (דצמבר 2016) (להלן- **ועדת עמידרור**).

על מלחמה דורשת אישור של גוף רחב יותר מהממשלה – הפרלמנט.¹⁴ כך גם הכרזה על מצב של איום על המדינה.¹⁵ הטיעון הוא כי במדינה בעלת מסורת של דמוקרטיה פרלמנטרית ראוי כי הממשלה כולה תקבל החלטות, לפחות בנוגע ליציאה למלחמה.¹⁶

סוגיה זו שנויה במחלוקת בין החוקרים, ואנו סבורים כי בעיקרון, הכרעה שתתקבל על ידי הכנסת, מתוך מודעות ליתרונות ולחסרונות, על פיה הממשלה רשאית להאציל את הסמכות לקבינט אף בנושא הפתיחה במלחמה, היא החלטה לגיטימית.

אולם, ובהקשר זה הנקודה היא קריטית – **סמכות כזו של הקבינט כרוכה בקיומם של שני תנאים**: ראשית, יש להקפיד שלא לאפשר קבלת החלטות חשובות אלו **אלא בהרכב מלא או כמעט מלא של הקבינט**. ושנית, קביעת סמכויות הקבינט באופן שיוברר שאכן שיקולי היעילות וההתאמה לטובת קבלת ההחלטה על ידי הקבינט מכריעים.

צמצום מספר מקבלי ההחלטות: הפגיעה בלגיטימיות מאוזנת מול היעילות במקרה שבו אכן נשמרת סמכות הקבינט כקולקטיב. צמצום מקבלי ההחלטות עוד מתחת להרכב הקבינט הוא למעשה שינוי המשטר החוקתי בישראל, ממשטר של דמוקרטיה פרלמנטרית שבו הממשלה כקולקטיב היא האחראית בפני הכנסת והציבור, לכיוון משטר המעניק סמכות פרסונלית למקבלי החלטות מסויימים. פגיעה בסמכות זו נראית לנו כחורגת מהלגיטימיות ללא דיון ציבורי מקיף ורחב במשמעויות החלטה זו.

אשר על כן אנו מתנגדים לתיקון הנלווה בחוק הממשלה, המאפשר לראש הממשלה ולשר הביטחון להחליט על מניין מצומצם יותר לקבלת ההחלטה.¹⁷

הצעת החוק לתיקון סעיף 6 לחוק הממשלה קובעת כי

תיקון סעיף 6 .1. בחוק הממשלה, התשס"א-2001,¹⁸ בסעיף 6, האמור בו יסומן "א" ואחריו יבוא:

¹⁴ לניתוח החוקות בעולם בהקשר זה ראו Ginsburg לעיל. ראוי לזכור כי גם בדמוקרטיה פרלמנטאריות קיימים מקרים שבהם ההחלטה מתקבלת על ידי הפרלמנט. כך למשל בנושא המתקפה בסוריה ביקש בספטמבר 2013 ראש ממשלת בריטניה דיויד קמרון את אישור הפרלמנט הבריטי לפעולה נגד סוריה עקב השימוש בנשק כימי של סוריה. באותו מקרה בחר הפרלמנט שלא לאשר את הפעולה, בניגוד לעמדת הממשלה.

¹⁵ ראו למשל החוקה הצרפתית לגבי state of siege – מצב מצור.

¹⁶ קרמניצר וצור לעיל בה"ש 11.

¹⁷ 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 אצל קרמניצר וצור לעיל בה"ש 11, וכן אצל עמיחי כהן וסטיוארט כהן **יורים ושופטים - בטחון ומשפט בישראל** (2014), עמ' 265.

¹⁸ ס"ח התשס"א, עמ' 168; ס"ח התשע"ה, עמ' 252.

”(ב) אצילת סמכות הממשלה להחליט על פתיחה במלחמה או על נקיטת פעולה צבאית משמעותית, לפי סעיף 40(א1) לחוק היסוד, תהיה לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי; 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.”

חלקו הראשון של הסעיף המוצע מתבקש, והוא רק מכווין את ההאצלה בחוק היסוד אל המקום הראוי לה – אל הקבינט המדיני בטחוני. אולם חלקו השני של הסעיף, העוסק במניין של מחצית חברי הקבינט, ובמיוחד חלקו השלישי, העוסק בטעמי הדחיפות המאפשרים מניין חסר עוד יותר, בעייתי במיוחד.

נבחר את עמדתנו. ראשית, יש להבחין בין פתיחה במלחמה ממש, לבין פעולות המהוות הכנה למלחמה. ככל שסמכות הקבינט רחבה יותר, ייתכן שיהיה מקרים שבהם ניתן יהיה להסתפק בישיבה שבה לא משתתפים מלוא חברי הקבינט. **אולם, כאשר סמכות הקבינט מיועדת לקבל החלטות על פתיחה במלחמה, אין זה ראוי לצמצמה.**

בהערת אגב נאמר כי ייתכן בהחלט שהקבינט יכול להסמיך כמה מחבריו להחליט על המועד המדויק לביצוע הפעולה הצבאית, ושאלות טכניות דומות, ואין דבר בלשון החוק המונע זאת, אך לגבי עצם ביצוע הפעולה הצבאית כאמור בסעיף 40(א) אין זה סביר להפחית את מספר חברי הקבינט.

אנו סבורים כי חברי הקבינט הנחוצים לקבל החלטה כאמור בסעיף 40(א) (המתוקן) הם לכל הפחות אלו המנויים במפורש בחוק, ולא פחות ממחצית חברי הקבינט. דהיינו: ראש הממשלה – יושב ראש, ממלא מקום ראש הממשלה אם מונה, שר הביטחון, שר המשפטים, שר החוץ, השר לביטחון הפנים ושר האוצר, ומצורפים אליהם חברי הקבינט עד למספר שלא יפחת ממחצית. הרכב כזה ישמור על המהות הקולקטיבית של החלטת הקבינט, כאשר ראשי המשרדים הרלוונטיים ביותר נוטלים חלק בהחלטה.¹⁹

כמו כן, אנו סבורים כי הפחתה של מספר כזה תהיה אפשרית רק מטעמים של חירום, אשר צריכים להיות מוגדרים בצורה מצומצמת ככל שניתן. ההגדרה בהצעה הקובעת אפשרות להפחתה ”מטעמים של דחיפות שירשמו” עמומה מדי, ובכל מקרה לא סביר כי

¹⁹ על פי הניסיון ההיסטורי מבנה זה של הקבינט גם יביא לייצוג הולם של המפלגות השונות המרכיבות את הקואליציה, דבר שיביא ללגיטימיות ההחלטה.

יהיה גוף שיהיה מוכן לבקר אותה.²⁰ גם אם מטעמי חירום תתקבל החלטה ללא שותפות כלל החברים בקבינט, הרי ראוי שההחלטה תהיה תקפה רק עד להזדמנות הראשונה שבה ניתן לדון בה בקבינט בהרכבו המינימלי. אנו סבורים כי חריגה כלפי מטה מהסדר כזה, תפגע אנושות בלגיטימיות קבלת החלטה.

כאמור לעיל, התנאי השני להאצלת הסמכות לקבינט הוא כי אכן שיקולי יעילות הם העומדים מאחורי קבלת ההחלטות. שיקולי היעילות מבוססים על אימוץ ההמלצות השונות של דו"ח עמידרור לעניין עבודת הקבינט. מובן כי לא ניתן לאמץ את דו"ח עמידרור כולו אל תוך החוק היסוד, אך מוצע כי לשם וידוא כי אכן החלטת הקבינט מבוססת על שיקולי יעילות בקבלת החלטות יקבע כי החלטת הקבינט תתקבל רק לאחר שניתנה ליועץ לביטחון לאומי ההזדמנות להביע דעתו בפני הקבינט בשאלה העומדת להחלטה, (אלא אם כן מדובר במצב חירום שאינו מאפשר הבעת עמדה כזו).

²⁰ לגבי ההימנעות העקרונית של בתי משפט לבקר סוג החלטות זה ראו כהן וכהן יורים ושופטים לעיל בה"ש 17 פרק 7.

ה. פעולות שאינן כוללות פתיחה במלחמה – סעיף 40(ב)

כאמור לעיל, סעיף 40(ב) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי

“אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות [התיקון המוצע: אחרות] הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור”.

הקביעה שלפיה פעולות צבאיות אחרות אינן דורשות החלטת ממשלה היא בעייתית
בהעדר קביעה מי כן יכול לקבל את ההחלטה:

אין זה ברור כלל מי הוא בעל הסמכות לקבל את ההחלטה בדבר פעולות צבאיות “אחרות” אשר ננקטות מתוך הגנה עצמית. החוק בנוסח המוצע שותק בהקשר זה. נדגיש: למעשה עלול להיווצר מצב שלפיו פרשנות דווקנית לחוק המוצע **תגרע מסמכות הקבינט**. נסביר: אם הסמכות לאצול לקבינט מוסדרת לגבי סעיף 40(א) **בלבד** כמוצע בהצעת התיקון, ייתכן כי תעלה פרשנות כי בכך נשללת סמכות ההאצלה לגבי פעולות שאינן כוללות בסעיף 40(א).

התוצאה של עמדה זו עמומה ביותר. מי מקבל החלטות על פי סעיף 40(ב)? ואיך עומדת פרשנות כזו אל מול ההוראה של סעיף 2(א) לחוק יסוד: הצבא, הקובע כי הצבא נתון למרות הממשלה?²¹ תוצאה פרשנית בלתי סבירה היא כי דווקא בנושאים אלו המנויים בסעיף 40(ב) נדרשת החלטת ממשלה. תוצאה פרשנית בלתי ראויה היא שלילת החיוב בהחלטות קבינט לגבי פעולות צבאיות משמעותיות אם אינן מובילות למלחמה. כך או כך – הפרשנות של החוק והתאמתו לחוק יסוד: הצבא איננה ברורה.

ראוי כי החוק יבהיר את הדברים במפורש.

בהקשר זה אנו מציעים כי סמכות הממשלה, אשר יכולה לפעול באמצעות הקבינט, **תורחב במפורש לכל פעולה צבאית משמעותית**. כלומר: ייכתב במפורש בסעיף 40(ב) כי פעולה צבאית משמעותית דורשת את אישורו של הקבינט. נראה כי הדבר תואם את הפרקטיקה כבר כיום.²² עוד אנו מציעים כי ייכתב במפורש בחוק יסוד: הממשלה כי בהקשר לסעיף 40(ב) תהיה חובה על הממשלה לקבוע בתקנונה את סוגי הפעילות

²¹ ראו קרמניצר וצור לעיל ה"ש 11. ייתכן כי עמדתו של החוק בעניין זה היא כי החלטות 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 בענין דויקאת [בג"צ 390/79 דויקאת נ' נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(1) 1 (1979)]. באופן כללי לבעייתיות בניסוח של הסעיפים ראו כהן וכהן **יורים ושופטים** לעיל בה"ש 17, עמ' 99-104.

²² ראו דו"ח עמידרור לעיל בה"ש 13, עמודים 8-10.

הצבאית שיוגדרו "פעילות צבאית משמעותית" הדורשים את אישור הקבינט. סמכות קבלת ההחלטה בנושאים שאינם דורשים אישור הקבינט יכולה להיקבע בהוראות הפיקוד העליון הדורשות הסכמה בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל.

להסדר המוצע כמה יתרונות:

(א) באופן זה מממש הקבינט את תכליתו להפוך לדרג מדיני המתווה את יעדי הפעילות הצבאית. מבנה שליטה בהחלטות צבאיות משמעותיות על פי סעיף 40(ב) יאפשר לקבינט שליטה משמעותית בפעילות צבאית, ואף יגרום לכך שחברי הקבינט יהיה לאמיתו של דבר בעלי ידע לגבי הפעילות הצבאית, באופן שייתן להם את הלגיטימיות לקבל גם את ההחלטות הקרדינליות בסעיף 40(א).
באופן זה ניווכח בקיומו של התנאי השני שצוין לעיל על פיו שיקולי יעילות הם השיקולים העומדים מאחורי הפקדת הקבינט על קבלת ההחלטות.

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

(ג) הסדר זה תואם את הוראות חוק יסוד: הצבא. חוק יסוד: צבא קובע כי מרות הממשלה על הצבא היא כללית, ואינה מוגבלת לסוג פעילות מסוים.

חוק יסוד: הצבא סעיף 2 קובע כך:

כפיפות למרות האזרחית

2.

(א) הצבא נתון למרות הממשלה

(ב) השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון.

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

(ד) מבנה זה 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 נחוץ אישור ראש הממשלה או הממשלה.²³

(ה) במסגרת קבלת החלטות לפי סעיף 40(ב) הגיוני בהחלט לצמצם את מספר חברי

²³ כהן וכחן יורים ושופטים לעיל בה"ש 17 עמ' 268.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הקבינט לאור דחיפות קבלת ההחלטה, ולאור אפשרות כינוסם, כמוצע בתזכיר החוק לגבי תיקון חוק הממשלה שנדון לעיל.

(ו) ההסדר המוצע שומר על סמכותה הגמישה של הממשלה בענייני ביטחון, באופן התואם את המסורת החוקתית הישראלית, ומאפשר לה את הגמישות הראויה להחליט, במסגרת רחבה יחסית, על חלוקת הסמכויות בנושא הפעלת הכוח.

הערות אלו מסכמות בקצרה את עמדתנו בתגובה לתזכיר הצעת החוק. נשמח לעמוד לרשותכם ולספק מידע נוסף בכתב ובעל פה ככל שנידרש.

פרופ' עמיחי כהן אל"ם (מיל') עו"ד לירון ליבמן

התכנית לביטחון ודמוקרטיה ע"ש אמנון ליפקין שחק

המכון הישראלי לדמוקרטיה