

סמכויות מלחמה בישראל – לקחים חוקתיים לאחר מלחמת לבנון השנייה

אייל נון*

מלחמת לבנון השנייה (2006) חשפה ליקויים קשים בכל הנוגע בתהליכי קבלת ההחלטות בישראל בעניינים בטחוניים בכלל ובעניינים של הפעלת הכוח הצבאי ברמה הלאומית בפרט.

מאז נחקק חוק-יסוד: הצבא (1976) חלו תמורות מרחיקות-לכת בעולם בכלל ובמזרח התיכון בפרט בכל הנוגע בסכסוכים מזוינים. סכסוכים בעצימות נמוכה והטרור הכלל-עולמי (הגלובלי) הם רק דוגמות לכך. ההסדר הקיים בישראל כיום בנושא סמכויות מלחמה מתייחס רק לפתיחה במלחמה, ואינו עוסק בפעולות צבאיות בהיקף נמוך יותר, שהן עיקר הפעילות הצבאית בימינו, וגם לא בפעולות צבאיות העשויות באורח סביר להוביל למלחמה. על-כן הוא כמעט בגדר אות מתה. המבנה החוקתי של סמכויות המלחמה במשפט החוקתי של ישראל הוא חסר, וטעון שיפור ועדכון בכל המשרעת הרחבה שבין הגנה על בטחון הציבור, דרך "מבצע" ועד למלחמה. זאת, הן במישור של אופן קבלת ההחלטות בעניינים אלה והן במישור פיקוחה של הרשות המחוקקת על הממשלה ועל הצבא.

תהליכי קבלת ההחלטות על-ידי הממשלה וגופי-המשנה הפועלים במסגרתה, אשר התבררו כחלשים ערב מלחמת לבנון השנייה ובמהלכה, טעונים שיפור. מאחר שקשה להניח שבזמן חירום ובמצב-אמת יוכלו הכנסת או בית-המשפט לקיים ביקורת חיצונית על תהליכי קבלת ההחלטות ותוצאותיהן, מן הראוי למסד ברמה החוקתית הסדרים אשר ייצרו, בדרך של הנדסה משפטית, חובת מעבר בשורה של שלבים שיגדילו את הסיכוי לקבלת החלטה איכותית (בדומה לתכנון הנדסי של מוצר שניתן להרכיבו רק

* עורך-דין; LL.B., LL.M., הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; סא"ל (מיל'), שופט בבית-המשפט הצבאי שומרון, בבית-המשפט הצבאי לעניינים מנהליים ביהודה ושומרון ובוועדות עררים ביהודה ושומרון.

אני מודה לפרופ' גיא זיידמן מבית-הספר למשפטים במרכז הבינתחומי ולעו"ד יובל רויטמן על הערותיהם המועילות. כן אבקש להודות לחברי המערכת של כתב-העת **משפט ועסקים** על הערותיהם המקיפות, אשר הניבו תוספות חיוביות וניכרות בנוסחו הסופי של המאמר.

בדרך אחת, כך שלא יהיה אפשר להרכיבו באורח שגוי – Assembly (Engineering).

על המבנה המשפטי הראוי לכלול גם הקוונה חוקתית נאותה בנוגע לצורך בקבלת החלטות בענייני מלחמה על יסוד מידע מלא, דהיינו, החלטות מודעות שיהיו "החלטות באיכות גבוהה". בעידן הטרור הכלל-עולמי יש להעניק למונח "מלחמה" ולנגזרותיו ("מבצע" וכיוצא באלה) פרשנות תכליתית, על-פי התוצאה המסתברת של המהלך, ולא על-פי היקפו. זאת, בניגוד למה שנדמה כמוסכמה החוקתית השלטת כיום.

יש לתקן את חוק-יסוד: הממשלה ואת חוק-יסוד: הצבא באופן שיסיר את הפגמים החוקתיים במבנה של סמכויות המלחמה במשפט החוקתי של מדינת-ישראל, ויתאים את המבנה החוקתי של סוגיה רגישה וחיונית זו להתפתחויות של המאה העשרים ואחת.

מבוא

- פרק א: היחסים בין הדרג המדיני לבין הצבא
 פרק ב: היחסים בין הכנסת לבין הממשלה והצבא
 פרק ג: סמכויות מלחמה (War Powers) בישראל
 פרק ד: המטה לביטחון לאומי
 פרק ה: עבודת המטה הבטחונית – הסכמה מודעת והחלטה מודעת
 פרק ו: הלבטים החוקתיים בארצות-הברית לאחר עיראק ואפגניסטן
 פרק ז: סמכויות מלחמה בעידן הטרור הכלל-עולמי (הגלובלי)
 פרק ח: הצעה לתיקון סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה
 סיכום

מבוא

בעקבות מלחמת לבנון השנייה מינתה הממשלה, ביום 17.9.2006, ועדת בדיקה ממשלתית לפי סעיף 8א לחוק הממשלה, התשס"א-2001¹ – הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד). הוועדה פרסמה שני מסמכים מרכזיים: דין-וחשבון חלקי, בחודש אפריל 2007;² ודין-וחשבון סופי, בחודש ינואר

1 ס' 8א לחוק הממשלה, התשס"א-2001, ס"ח 168.

2 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון חלקי (2007) (להלן: דוח וינוגרד החלקי).

2008; ³ בעקבות הדין-וחשבון החלקי מונה צוות היגוי ליישום המלצות הוועדה, ⁴ וזה הגיש את המלצותיו (ואף הוחל ביישומן) עוד בטרם הוגש הדין-וחשבון הסופי של הוועדה.

עבודת הוועדה הייתה יסודית, ונפרשה על-פני זמן לא-ארוך יחסית להיקף הנושאים והחומר שהקיפה. היא לוותה גם במחלוקת ציבורית ועתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק בעניינים שונים – תחילה באשר לעצם ההחלטה להקים ועדת בדיקה ממשלתית, ולא ועדת חקירה ממלכתית, ⁵ ולאחר-מכן בעניין פומביות דיוניה של הוועדה ופרסום הפרוטוקולים של הדיונים. ⁶ בעקבות הגשת הדין-וחשבון החלקי הוגשו כמה וכמה עתירות: עתירה בדרישה להורות לראש הממשלה להתפטר מתפקידו, ⁷ עתירה בדרישה להורות לוועדה להשלים את עבודתה בהקדם, ⁸ עתירות בעניין חובתה של הוועדה ליתן את זכות הטיעון לאלה העלולים להיפגע מממצאיה ומהמלצותיה, ⁹ ועתירה בעניין החלטתה של הוועדה לא לשלוח הודעות לנפגעים האפשריים מממצאיה ומהמלצותיה, וכנגזרת מכך – לא לכלול המלצות אישיות בדין-וחשבון שלה. ¹⁰ לאחר הגשת הדין-וחשבון הסופי הוגשה עתירה בדרישה לביטול הדין-וחשבון של הוועדה. ¹¹ בהיבט אחר, שאינו נוגע ישירות בעבודתה של הוועדה, הוגשה עתירה בדרישה למנוע את מינויו של ראש מטה כללי חדש תחת רא"ל דן חלוץ שהתפטר, וזאת עד לסיום עבודתה של ועדת וינוגרד. ¹²

עוד בטרם נפתחה מלחמת לבנון השנייה הועלתה שאלת הסמכות לפתוח במלחמה והחובה להכריז על מלחמה בהתאם לסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, ¹³ וזאת במסגרת עתירה שהוגשה על-ידי חבר-הכנסת והשר לשעבר ד"ר יוסי ביילין. ¹⁴ במסגרת העתירה טען העותר (ועימו עותרים נוספים – לעתירתו של ביילין צורפו שתי עתירות נוספות

-
- 3 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי (2008) (להלן: דוח וינוגרד הסופי).
 - 4 ועדת ליפקין-שחק המלצות צוות ההיגוי ליישום המלצות הדו"ח החלקי של ועדת וינוגרד (2007).
 - 5 בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 2797. פסק-הדין ניתן ברוב של ארבעה שופטים נגד שלושה.
 - 6 בג"ץ 258/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(1) 648 (2007); בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(2) 123, 138 (2007).
 - 7 בג"ץ 3791/07 פוקס נ' ראש הממשלה, תק-על 2007(2) 874.
 - 8 בג"ץ 8046/07 אליאס נ' הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(4) 175.
 - 9 בג"ץ 6666/07 הסנגוריה הצבאית נ' הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(3) 4198.
 - 10 בג"ץ 8793/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הבדיקה בעניין המלחמה בצפון על-פי סעיף 8א לחוק הממשלה, בראשות כב' השופט וינוגרד, תק-על 2007(4) 2846, 2854.
 - 11 בג"ץ 1501/08 בן יקיר נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(2) 4033, 4034.
 - 12 בג"ץ 659/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, תק-על 2007(1) 910.
 - 13 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
 - 14 בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(3) 1238.

באותו נושא, שהוגשו מעט אחריה¹⁵) כי תקינותם של ההליכים החוקתיים בישראל נפגעה כאשר החליטה הממשלה על נקיטת מהלכים צבאיים שמשמעותם היא למעשה פתיחה במלחמה מבלי שפעלה בהתאם להוראת סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, דהיינו, מבלי להכריז על מלחמה ומבלי לדווח על כך לכנסת. גם משמעויותיהם והשלכותיהם הכלכליות של המהלכים הצבאיים – לרבות גיוס המילואים הנרחב, שכבר הוחל בו בעת הדיון בעתירה – הועלו במסגרת העתירה כעילה המצדיקה את חיוב הממשלה להכריז על מלחמה ולפעול בהתאם לסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה.¹⁶

במסגרת ההתדיינות בעתירה הוברר כי הממשלה החליטה לראות בפעילות המלחמתית בלבנון מהלך שאינו בגדר מלחמה, אלא פעולות לשמירת ההגנה על בטחון המדינה ובטחון הציבור בהתאם לסעיף 40(ב) לחוק-יסוד: הממשלה. בית-המשפט הגבוה לצדק דחה את טענתו של העותר כי התכלית החוקתית של סעיף סמכויות המלחמה בחוק-יסוד: הממשלה מחייבת את הממשלה להכריז על מלחמה בהתאם לסעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ודחה את העתירה. מפאת חשיבותם, מן הראוי להביא את עיקרי הדברים כלשונם:

"יצוין, כי גם בדין הישראלי אין זיקה מחייבת בין קיומו של מצב מלחמה על כל ההשלכות המשפטיות שלו לבין הכרזה רשמית של הממשלה על פתיחה במלחמה. הביטוי 'מלחמה' מופיע בחקיקים שונים והפרשנות הניתנת לו תלויה בתכלית החקיקה ובסביבה החקיקתית שבה מופיע הביטוי, ולא בהליך פורמאלי של הכרזה על פתיחה במלחמה... לתמיכה בטענותיו טען לפנינו בא-כוח העותר כי בימים האחרונים ננקטו צעדים לגיוס נרחב של חיילי מילואים. עוד טען, כי שר הביטחון התבטא בפומבי כי אנו נתונים במלחמה וכל אלה מלמדים כי אכן מדובר במלחמה כמשמעותה בסעיף 40(א). טיעון זה אינו משכנע, שכן אינו נסמך על בסיס משפטי. פעולות צבאיות מסיביות, ירי של כוחות אויב (וארגון טרור בכלל זה) כלפי אוכלוסייה אזרחית, תחושת החירום והאיום על אוכלוסייה אזרחית ופגיעה בקורבנות כתוצאה מפעולות הלחימה משני צדי הגבול; כל אלה מביאים לכך שהמצב הביטחוני בו נתונה המדינה נתפס על ידי הציבור כמצב של מלחמה. יודגש כי אף מבחינה משפטית, לצורך חוקים שונים, עשוי המצב הביטחוני הנוכחי להיחשב למצב של מלחמה. אולם, אין די בכך כדי להקים עילה להכרזה על פתיחה במלחמה לצורך הוראת סעיף 40(א) לחוק יסוד: הממשלה. הוראת סעיף 40(א) קובעת כי: 'המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת ממשלה'... בנסיבות שנוצרו רשאית הייתה הממשלה לקבוע כי

15 בג"ץ 6235/06 יורן נ' ראש הממשלה, תק-על 2006(3) 1238; בג"ץ 6274/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(3) 1238.

16 באותה עת הוסדר גיוס המילואים בשעת חירום ("צו 8") בס' 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 107 (להלן: חוק שירות ביטחון). כיום הסוגיה מוסדרת בחוק שירות המילואים, התשס"ח-2008, ס"ח 502.

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...

נוסיף עוד כי בכל הנוגע לחשש שהביע בא־כוח העותר מפני פגיעה בתכלית החוקתית של הוראות הסעיף, הרי חשש זה הינו נטול בסיס. אף על פי שהממשלה החליטה כי הפעילות הצבאית בלבנון נכללת בגדר הוראת סעיף 40(ב) לחוק היסוד היא נקטה, למעשה, בכל ההליכים הקבועים בחוק הרלוונטיים גם להחלטה לפי סעיף 40(א). ההחלטה על נקיטה בפעולות צבאיות נגד ארגון החזבאללה התקבלה על ידי מליאת הממשלה. לוועדת החוץ והביטחון נמסר דיווח אודות החלטה זו, וכן נמסרו דיווחים מספר לוועדה אודות ההתפתחויות שחלו. דיווחים אלה ממלאים אחר דרישת הפיקוח הפרלמנטרי על החלטת הממשלה. וכפי שצוין לעיל, ראש הממשלה אף מסר הודעה מפורטת למליאת הכנסת. בכך יצאה הממשלה, הלכה למעשה, ידי חובתה גם על פי הדרישות הקפדניות יותר של סעיף 40(א). נוסף עוד, כי ההימנעות מלעשות שימוש בסעיף 40(א) לחוק היסוד אין לה כל נפקות בכל הנוגע לפיזיו הכלכלי ולסיוע הנדרש לתושבי אזור הצפון. אשר על כן, האופן בו פעלה הממשלה בקבלת החלטותיה הנידונות עולה בקנה אחד עם סמכויותיה והיקף שיקול הדעת המסור לה ואינו מקים עילה להתערבותנו...¹⁷

בית-המשפט אומנם נימק את החלטתו לא להתערב בעמדת הממשלה בעניין זה בשיקולי שפיטות, אך גם לגופו של עניין העיר כי בנסיבות שנוצרו הייתה הממשלה רשאית לקבוע כי הפעילות הצבאית שעליה החליטה אינה בגדר פתיחה במלחמה (לא למותר לציין כי פסק-הדין ניתן ב-1.8.2006, עוד בטרם הסתיימה המלחמה). בדיקת תוצאותיה של המערכה בלבנון, אשר בסופו של דבר הוחלט כי היא אכן תיקרא "מלחמה" לכל דבר ועניין,¹⁸ העלתה, על-פי קביעתה של ועדת וינוגרד, כי עוד במועד קבלת ההחלטה היה נהיר כי הפעולות שעליהן הוחלט יובילו לפתיחה במלחמה, וכי הדבר היה ידוע לממשלה בעת קבלת ההחלטה או היה חייב להיות ידוע לה.¹⁹ עניין זה מעיב כמובן על הכרעתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, שניתנה בעיצומם של הקרבות. ניתן עדיין להצדיקה במישור השפיטות, אך קשה יותר להצדיקה לגופו של

17 עניין **ביילין**, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק-הדין (ההדגשה במקור).

18 ראו, למשל, תקנות העיטורים בצבא הגנה לישראל (אות מלחמת לבנון השנייה – קביעת זכאים), התשס"ח-2007, ק"ת 64. גם כותרת הדין-וחשבון של ועדת וינוגרד משקפת שינוי זה: בעוד שמה של הוועדה כולל את הביטוי "**המערכה בלבנון**", כותרת הרוח שהנפיקה הוועדה היא "**מלחמת לבנון השנייה**".

19 **דוח וינוגרד הסופי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 574.

עניין, שכן אכן היה על הממשלה להכריז על פתיחה במלחמה לנוכח הצפוי מן הפעולות הצבאיות שעליהן הוחלט.

פרק א: היחסים בין הדרג המדיני לבין הצבא

חוק-יסוד: הצבא²⁰ וחוק-יסוד: הממשלה קובעים את המסגרת ליחסים שבין הדרג המדיני לבין הדרג הצבאי. בעניין זה הכתיבה רבה ומפורטת,²¹ ועל-כן לא נרחיב בדברים. עיקרו של ההסדר הוא בהכפפת הצבא למרות הממשלה, באמצעות שר הביטחון, וקביעת יחס של פפיפות בין ראש המטה הכללי לבין שר הביטחון ויחס של מרות בין ראש המטה הכללי לבין הממשלה.

קיימות מחלוקות חוקתיות באשר לאופיים של יחסים אלה, והם כמובן גם תלויי-אישיות, קרי, מושפעים מזהות האישים המכהנים בתפקיד שר הביטחון ובתפקיד ראש המטה הכללי.²² ניסיון להגדיר בתוך צה"ל את היחסים בין הדרג המדיני לבין הדרג הצבאי במסגרת פרסום הוראת הפיקוד העליון בנושא המפקדה הכללית לא עלה יפה, ונתקל בהתנגדות חריפה של שר הביטחון.²³ הדבר אף הביא לידי תקלה חוקתית ממשית, כאשר אותה הוראת פיקוד עליון – שעסקה בנושא בעל חשיבות ומעמד שאין גבוהים מהם, ואשר לטענת שר הביטחון אושרה על-ידי מתוך טעות – המשיכה לעמוד בתוקף משום שראש המטה הכללי לא פעל בהתאם להנחיית שר הביטחון לגבש הוראה אחרת תחתיה.²⁴

20 חוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154.

21 ראו, לדוגמה, מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור **פירוש לחוקי היסוד – חוק יסוד: הצבא** (יצחק זמיר עורך, 2000). לביקורת הספר ראו אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא – אגב מ' קרמניצר וא' בנדור **חוק-יסוד: הצבא**" **משפט וצבא** 16, 161 (2002) (להלן: נון "הצעה לניסוח מחדש של חוק-יסוד: הצבא"). כן ראו אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל" **משפט וצבא** 13, 79 (1999) (להלן: נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל").

22 כפי שהתברר, עכירותם של היחסים בין שני בעלי-תפקידים בכירים אלה יכולה להגיע לממדים מסוכנים. ראו מבקר המדינה **דוח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז"** (2013). דיון בדין-וחשבון זה חורג ממסגרתה של רשימה זו.

23 שם, בעמ' 200–208.

24 הפ"ע 2.0101 "המפקדה הכללית". בסופו של דבר, בחודש ספטמבר 2012, תוקנה הוראת הפיקוד העליון ונכללה בה פשרה, אשר נוסחה על-ידי היועץ המשפטי למערכת הביטחון והפרקליט הצבאי הראשי, שלפיה תפקידה של המפקדה הכללית של הצבא הוא, בין היתר, "לתרגם את החלטות הממשלה ואת החלטות שר הביטחון לתוכניות פעולה צבאיות" (ס' 7(א) להוראה). כטבען של פשרות, אין נוסח זה מוצלח במיוחד, ובנקודה אחת הוא אף מנוגד לחוק-יסוד: הצבא – כאשר הממשלה קיבלה החלטה בנושא מסוים, אין עוד מקום להחלטה אחרת של שר הביטחון באותו

מקרה זה מעלה את השאלה הכללית בדבר הפיפות של הדרג הצבאי, ובפרט של ראש המטה הכללי, אל הדרג המדיני – קרי, לשר הביטחון, כל עוד לא בחרה הממשלה להתערב בנושא מסוים – במקרים של מבוי סתום ובמקרים שבהם אין הסכמה בין שר הביטחון לבין ראש המטה הכללי בעניינים הדורשים את אישור שניהם. כך, למשל, מינוי לתפקידים צבאיים בתקן של אלוף-משנה ומעלה (כולל תנועות-רוחב, דהיינו, מינויים של נושאי דרגת אלוף-משנה ומעלה לתפקידים מקבילים באותה דרגה או באותו תקן (דרגה) מחייב את אישורו של שר הביטחון,²⁵ אך השר אינו יכול לאשר מועמד שראש המטה הכללי אינו מוכן להביא לפניו, בעוד לעניין סיום כהונתו של קצין בדרגות אלה ראש המטה הכללי רשאי לפעול על דעת עצמו.²⁶ כתוצאה מכך, במקרים שבהם אין הסכמה בין שר הביטחון לבין ראש המטה הכללי בדבר זהותו של מי שיתמנה לתפקיד מסוים, אין התפקיד מאויש כלל במשך תקופה ארוכה, תוך פגיעה בתפקודם של הצבא ומערכת הביטחון.²⁷ בעניינים אלה התוצאה המעשית היא שהדרג המדיני אינו יכול להשליט את מרותו על הצבא, כך שמרות זו מוגבלת.²⁸

הכרעה בשאלת התקינות החוקתית של מצב דברים זה נגזרת מן ההכרעה בשאלת סוג הפיפות של הדרג הצבאי לדרג המדיני – פפיפות מוחלטת, פפיפות יחסית או פפיפות אסטרטגית. סוגיה זו שנויה במחלוקת למן חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא, וטרם נמצא לה מזור. בתמצית, גישה אחת גורסת כי ראש המטה הכללי כפוף לשר הביטחון ללא סייג ובכל נושא, וכי שר הביטחון רשאי להתערב גם בעניינים שוטפים וטכניים של ניהול הצבא (פפיפות מוחלטת). גישה שנייה גורסת כי שר הביטחון רשאי לדרוש מראש המטה הכללי להביא לאישורו החלטות ומהלכים בנושאים מסוימים, ואף בכל נושא, וכי הוא רשאי לאשרם או לא לאשרם, אך אינו רשאי להורות לרמטכ"ל כיצד לפעול, אלא רק לאשר או לא לאשר את שהלה מביא לאישורו (פפיפות יחסית). גישה שלישית גורסת כי ראש המטה הכללי כפוף לשר הביטחון בנושאים מדיניים ובעלי השלכות אסטרטגיות, שבהם אין הוא רשאי לפעול בלא אישורו של שר הביטחון, אולם בנושאים טקטיים וניהוליים שוטפים הוא רשאי לפעול באורח עצמאי, ואין שר הביטחון רשאי להתערב בהחלטותיו (פפיפות אסטרטגית).²⁹

נושא, ואם ניתנה החלטה סותרת על-ידי שר הביטחון, על המפקדה הכללית לפעול בהתאם להחלטת הממשלה, ולא על-פי החלטתו של שר הביטחון.

25 הפ"ע 3.0228 "הקצונה בצה"ל – עקרונות קידום – שירות סדיר".

26 הפ"ע 3.0226 "הדחה, השעיה והעברה מתפקיד".

27 לדוגמה, תפקיד מתאם הפעולות בשטחים, שאליו מתמנה לרוב קצין בדרגת אלוף, ואשר אין עוררין על חיוניותו וחשיבותו, לא אויש במשך יותר משנה (!) בשל מחלוקת בין שר הביטחון לבין ראש המטה הכללי. ראו **רוח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז"**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 185–189.

28 שמואל אבן וצביה גרוס הציעו כי אישורו של שר הביטחון יידרש למינוי קצינים בדרגת תת-אלוף ומעלה, וכי לגבי קצינים בדרגת אלוף יינתן האישור רק לאחר בחינה ואישור של ועדה ציבורית. שמואל אבן וצביה גרוס **הצעה לחוק צה"ל – הסדרת האחראיות והסמכות בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בעקבות לקחי מלחמת לבנון השנייה** 30 (2008).

29 נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל", לעיל ה"ש 21, בעמ' 111–118.

במישור היחסים שבין הדרג המדיני לבין הדרג הצבאי בולטת היעדרותו של ראש הממשלה מהמסגרת החוקתית (Constitutional framework). על-אף מעמדו החיוני של ראש הממשלה בניהול בטחון המדינה,³⁰ אין לו מעמד על-פי חוק-יסוד: הצבא, ומעורבותו החוקתית העיקרית בענייני בטחון המדינה באה לידי ביטוי במסגרת חובתו להפעיל את המטה לביטחון לאומי ולהנחותו, בהתאם לחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008.³¹ מעמד חוקתי זה אינו תואם כמובן את מצב הדברים בפועל ואינו מניח את הדעת, ומן הראוי לתקן את חוק-יסוד: הצבא ואת חוק-יסוד: הממשלה על-מנת להעמיד דברים על מכונם במישור החוקתי בהקשר זה.

שאלת מעמדם של שר הביטחון ושל ראש הממשלה, ומערכת יחסיהם החוקתית עם ראש המטה הכללי, היא חלק מן הרקע החיוני בסוגיית סמכויות המלחמה, לנוכח מעמדם של שלושת הבכירים הללו בקבלת החלטות על פעולות צבאיות ויציאה למלחמה.

פרק ב: היחסים בין הכנסת לבין הממשלה והצבא

המצב החוקתי בישראל בכל הנוגע ביחסים שבין הריבון – הכנסת – לבין הממשלה והצבא רחוק מאוד מלהניח את הדעת. הלכה למעשה, פרט לקבלת דיווחים וקיום דיונים, בעיקר בוועדת החוץ והביטחון, אין לכנסת ישראל מעמד של ממש בכל הנוגע בתחום הרגיש של הפעלת הצבא ואפילו של הפתיחה במלחמה, שהיא אחת הסמכויות החשובות ביותר של הריבון במדינה דמוקרטית מודרנית. גם בהקשר של סמכויות המלחמה, סמכויות הכנסת מסתכמות בקבלת דיווחים על מהלך המלחמה, בהתאם לסעיף 40(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, ולא מעבר לכך.

במישור של יחסי האיזונים והבלמים החוקתיים, מצב דברים זה אינו מניח את הדעת, קל וחומר לנוכח הנטייה הממשלתית בישראל לצמצם, מטעמי חשאיות ומשילות, את מספר המעורבים בפועל בקבלת ההחלטות בעניינים בטחוניים, כפי שהיה גם במהלך מלחמת לבנון השנייה, כאשר הממשלה החליטה להסמיך את ראש הממשלה ועימו שבעה שרים לנהל בפועל את המלחמה.³²

ניתן להציע שינויים שונים בהסדר זה, והצעות כאלה אף הוצעו, דוגמת ההצעה האחרונה שהכרזת מלחמה תותנה באישור ועדת-משנה של ועדת החוץ והביטחון של

30 מעמד זה מתבטא, מעבר לעמידתו בראשות הממשלה, בהיותו יושב-ראש ועדת השרים לביטחון לאומי, ובמישור המעשי – בנהלו את ישיבות מבצעים וגיחות (מו"ג), המתקיימות אחת לשבוע לפחות.

31 חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008, ס"ח 833.

32 הדברים מובאים בפרוטרוט בפסק-הדין בעניין ביילין, לעיל ה"ש 14.

הכנסת,³³ אך דומה כי הסיכוי שהצעות חוק אלה יעברו אל ספר החוקים הוא נמוך. מצב דברים זה אינו חריג במדינות המערב – הן באלה בעלות המשטר הפרלמנטרי והן באלה שמשטרן מסוג אחר³⁴ – והוא משקף את ההבנה כי ניהול מהלכים צבאיים במסגרת הדיונית והחוקתית של הרשות המחוקקת, שהינה גוף מרובה חברים, אינה מעשית ואינה אפשרית.

בישראל התערבות במהלך המלחמה בניגוד לעמדת הממשלה תחייב את הכנסת להפיל את הממשלה באמצעות הצבעת אי-אמון בה. במשטר הפרלמנטרי הנוהג בישראל סיכויי של מהלך זה נמוכים, אך עדיין, כפי שאבקש לטעון להלן, יש להותירו כמהלך "סופני" שיהיה מונח על השולחן החוקתי.

פרק ג: סמכויות מלחמה (War Powers) בישראל

ההסדר הנוגע בסמכויות מלחמה בישראל שולב במשפט החוקתי הישראלי רק בשנת 1996, בסעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה דאז,³⁵ אשר הוחלף בחוק-היסוד הנוכחי בשנת 2003, עם השבעת הכנסת השש-עשרה. כיום ההסדר מעוגן בסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כדלקמן:

"(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

33 הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – הכרזה על מלחמה באישור הכנסת), התשע"ב-2012, 4414/18/פ www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/4414.rtf (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת זהבה גלאון).

34 לסקירה בסיסית ראו אדם קרן "הסדרים חוקתיים העוסקים במצב חירום ומצב מלחמה – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 8.12.2003) (8.12.2003) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00698.pdf. גם במדינות שבהן הסמכות להכריז על מלחמה או לצאת למלחמה מוקנית לבית-המחוקקים באורח בלעדי קיימים הסדרים המאפשרים לרשות המבצעת לפעול להגנת המדינה – אם באמצעות הכרזה על "מצב התגוננות" (דרום-אפריקה) או "מצב אזעקה" (ספרד) ואם באמצעות הסדרים דומים אחרים.

35 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214.

צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת
בהקדם האפשרי."

על הליקויים במתכונת ההסדרה הקיימת של סמכויות המלחמה בישראל כבר עמדת במקום אחר,³⁶ ועל-כן לא אדרש לדברים בהרחבה במסגרת זו. עד לכניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1996, אחד הליקויים החוקתיים החמורים במשפטנו היה העדרו של הסדר בנוגע להכרזת מלחמה או לפתיחה במלחמה. חוק משפטי זה בוקר קשות, ואף הוצעו הצעות שונות למילוי ולהשלמתו, לרבות חקיקת חוק מיוחד לעניין הפעלת הצבא.³⁷ עם כניסתו של חוק-יסוד: הממשלה לתוקפו בשנת 1996, נכנס לתוקפו גם סעיף 51 לחוק-היסוד, שקבע הסדר לעניין פתיחה במלחמה. סעיף זה הוחלף כאמור על-ידי סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה דהיום, אשר נכנס לתוקפו בשנת 2003.

אם עד לחקיקתו של סעיף זה נשלטה סוגיית סמכויות המלחמה, בהיבט המשפטי, על-ידי סמכויות השירות של הממשלה (סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה הקודם, וסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה הנוכחי) ועל-ידי מנהגים חוקתיים כאלה ואחרים,³⁸ ההסדר שקבע הסעיף החדש, שכותרתו "הכרזת מלחמה", אינו מאפשר עוד פתיחה במלחמה³⁹ בלא קבלת החלטת ממשלה (אם במליאתה ואם באמצעות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי). עם זאת, גם ההסדר שנקבע בסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה לוקה בפגמים חוקתיים חמורים, וזאת מעבר לפגם הבסיסי שבהעדר הגדרה ברורה למונח "מלחמה", להבדיל מסכסוכים מזוינים אחרים.⁴⁰ החוק עוסק רק בפתיחה

36 נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל", לעיל ה"ש 21.

37 ראו: Shimon Shetreet, *The Grey Area of War Powers: The Case of Israel*, 45 JERUSALEM Q. REV. 27, 43 (1988).

38 ראו דליה אבן "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי – בעקבות דו"ח ועדת אגרנט" משפטים ז 201 (1976).

39 ההסדר אינו מגדיר מהי מלחמה, ועיון בחקיקה מבהיר כי בית-המשפט יעמוד מול אתגר משפטי של ממש בכואו לדון בשאלה זו, שכן המונח "מלחמה" ומונחים דומים לו מוזכרים ביותר מחמישים דברי חקיקה ראשית וחקיקת-משנה. המתח הפרשני בין המונחים השונים המשמשים בהקשר זה – מלחמה, פעולות אויב, פיגועים חבלניים, פעולות איבה, התקפת אויב, התקפה מדומה (!) של האויב, מלחמה ממשית, מלחמה ממששת ובאה, ועוד – הינו רחב ביותר, ומשתרע ממלחמה כוללת בכל החזיתות ועד למבצע מוגבל נגד יעד אויב מסוים. כך או כך, נראה שפרשנותו הראויה של הסעיף היא כמתייחס לפתיחה במלחמה לא רק מבחינת הכוונה המעשית מאחורי יוזמתו של הצבא, אלא גם כפי שהאויב עשוי לראותה. דהיינו, פעולה שהאויב עשוי לראותה כפתיחה במלחמה מן הראוי שיחולו עליה הכללים הקבועים בס' 51(א) לחוק-יסוד: הממשלה לעניין פתיחה במלחמה. במובן זה, פרשנותו של הסעיף היא אובייקטיבית, דהיינו, לפי ראיית המהלך הצבאי על-ידי הצד האחר הסביר, ולא לפי כוונתו הסובייקטיבית של שר הביטחון. לעניין פרשנותו של המונח "מלחמה" כשלעצמו, נראה לי כי ראשית פתרון עשוי להימצא בהבחנה בין מלחמה, מערכה וקרב הקבועה בס' 7 לחוק העיטורים בצבא-הגנה לישראל, התש"ל-1970, ס"ח 18, והמעין יעין שם.

40 Shetreet, לעיל ה"ש 37, בעמ' 41.

במלחמה ביוזמת המדינה, ומטרתו למנוע מצב שבו תיפתח מלחמה יזומה⁴¹ בלי אישורה של הממשלה, כפי שהיה במבצע קדש, כאשר לחלק משרי הממשלה נודע על יוזמת המלחמה ועל פתיחתה רק יום אחד לפני פרוץ הקרבות.⁴² לעומת זאת, לאחר שנפתחה מלחמה על-ידי האויב, אין הסעיף מחייב לכאורה קבלת אישור מן הממשלה להמשך מהלכיה, ושר הביטחון רשאי להמשיך לפעול (כל עוד אין הממשלה מורה אחרת) להרחבת יעדיה והיקפיה או לצמצומם בלא אישור מיוחד ובלא פיקוח פרלמנטרי ממשי.⁴³ למעשה, ניתן אף לטעון כי אם אין שר הביטחון מגיב במתן הוראות לצבא בהתאם להתפתחותם של מהלכי המלחמה, הוא מועל באחריותו הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק-יסוד: הצבא. נוסף על כך, אין ההסדר מבחין בין מלחמה יזומה לבין מלחמת-מנע וכן בין מהלך מלחמתי התקפי לבין מהלך מלחמתי הגנתי. יודגש כי בחיי המעשה מעורבותה של הממשלה בניהול מהלכיהן של מלחמות ישראל היה רחב כמובן הרבה יותר, אך דומה שהעדרו של פיקוח פרלמנטרי בהיקף ראוי על פעולות מלחמה נהפך כמעט למנהג, אשר ההזדמנות לתקנו – עם חקיקתו של סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה – הוחמצה. יתר על כן, לנוכח המחלוקות הציבוריות שעוררה בהקשר זה מלחמת שלום-הגליל (מלחמת לבנון הראשונה), היה אפשר לצפות בסעיף 40 יגדיר ביתר פירוט את ההגבלות לגבי המהלכים ששר הביטחון יכול לנקוט בלא אישור הממשלה,⁴⁴ אך לא כך נעשה.⁴⁵

- 41 עד כה יזמה ישראל את הפתיחה בארבע מתוך שבע מלחמותיה (ומלחמת ההתשה בכלל זה): מבצע קדש (1956); מלחמת ששת-הימים (1967); מלחמת שלום-הגליל – מלחמת לבנון הראשונה (1982); ומלחמת לבנון השנייה (2006).
- 42 ראו גבריאלה היכל **בעין פקוחה ובורוע נטויה – הפיקוח האזרחי על צה"ל 1945–1957** 181–183 (1998).
- 43 הצעת חוק פרטית של חבר-הכנסת משה שחל שביקשה לחייב דיווח מפורט יותר על פעילות צבאית נדחתה בשנת 1997. ראו הצעת חוק-יסוד: הצבא (תיקון – דיווח לוועדת החוץ והביטחון על פעולות צבאיות), התשנ"ז-1997, פ/1397.
- 44 כך, למשל, פגם חמור טמון בכך שאין במבנה הקיים של סמכויות המלחמה, כפי שהן מוגדרות בס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה, הסדר המגביל את סמכויותיו של שר הביטחון באופן שימנע את האפשרות שהוא יורה לצבא – ביודעו כי אין רוב בממשלה לפתיחה במלחמה – לבצע פעולות שאינן עולות כדי מלחמה בכוונה לדרדר את המצב לכלל מלחמה. אומנם, המציאות כיום בכל הנוגע בהשקת פעולות מלחמתיות של הצבא שונה באורח קוטבי מתסריט זה, אולם אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהמצב ישתנה בעתיד לכיוון ההפוך, ומצב כזה יש למנוע מראש באמצעות הסדר חוקתי נאות. במשימה זו אין ס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה עומד. עם זאת, אני סבור כי יש ליתן לס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה פרשנות מרחיבה אשר תצמצם את סכנת השימוש לרעה של שר הביטחון בסמכויותיו, במובן זה שגם פעולה – אפילו טקטית ומיקרו-טקטית – אשר סביר כי צד שכנגד יראה בה פתיחה במלחמה (אם לנוכח הודעה מראש של אותו צד בדבר עילות הפתיחה במלחמה מבחינתו ואם לנוכח הערכה מסתברת של כוונותיו ומגמותיו של אותו צד) תחייב את אישור הממשלה, ולא תוכל להתבצע בהוראת שר הביטחון לבדו. פרשנות זו מתיישבת עם תכליתו של הסעיף, שלפיה פעולה צבאית המעמידה את ישראל בסכנת מלחמה לא תיעשה בלא אישור הממשלה.
- 45 למנגנוני הבקרה המורכבים המיושמים בשיטת המשפט האמריקאית על הפעלתן של סמכויות

כאמור, סעיף 40(ב) לחוק-יסוד: הממשלה – העוסק ב"פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" אשר אינן, כך ניתן להבין, בגדר מלחמה – לא פתר את הקושי המשפטי בתחילת המטרות המותרות (הלגיטימיות) של הפעלת הצבא למשימות שאינן בטחוניות, כגון במשטרת ישראל, בשירות בתי-הסוהר או למטרות של קליטת עלייה, בריאות או חינוך.⁴⁶ זאת, במיוחד בכל הנוגע באלה הנמנים עם כוחות הביטחון לא מרצונם (קרי, אלה המשרתים שירות סדיר או שירות מילואים לפי חוק שירות ביטחון), שהרי גם אם מותר להפעיל את הצבא כארגון להשגת אותם יעדים, אין משמעות הדבר בהכרח, מבחינה משפטית, שמותר גם להפעיל את המשרתים בצבא לא בהסכמתם להשגת אותם יעדים.⁴⁷

פרק ד: המטה לביטחון לאומי

חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008,⁴⁸ נחקק כחלק מלקחיה של מלחמת לבנון השנייה. בניגוד לחקיקה שקדמה לו, שהייתה ענייה בהוראות מהותיות (ראו סעיף 7 לחוק הממשלה בנוסחו המקורי), חוק המטה לביטחון לאומי קובע שורה של הוראות מפורטות באשר לתפקידיו של המטה לביטחון לאומי (סעיף 2 לחוק), ביניהם ריכוז עבודת המטה של הממשלה בענייני חוץ וביטחון, הכנת חלופות למהלכים בטחוניים ומדיניים, הכנת הערכה שנתית ורב-שנתית של המצב המדיני והבטחוני, הכנת עבודת המטה בעניין תקציב הביטחון, הפעלת המרכז לניהול משברים לאומיים במשרד ראש הממשלה, וביצוע כל תפקיד מטה אחר שיקבע ראש הממשלה.

בחוק נקבעו כללים לעניין מינויים של ראש המטה לביטחון לאומי ומשנהו ולעניין הפסקת כהונתם (סעיפים 3–5 לחוק). כן נקבעו כללים באשר להעברת מידע לראש המטה לביטחון לאומי ובאשר לחובה לזמנו לשיבות העוסקות בנושאי ביטחון ויחסי חוץ, לרבות לשיבותיה של ועדת ראשי השירותים (סעיפים 6–7 לחוק), וזאת בעקבות

מלחמה, ועל מעמדו של הנשיא כמפקד העליון של הכוחות המזוינים (Commander in Chief), ראו: LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 231–238 (2nd ed. 1988).

46 ראו ס' 24–26 לחוק שירות ביטחון.

47 שאלות אלה הן שאלות חוקתיות נפרדות מסוגיית סמכויות המלחמה. זאת, הן במישור של היעדים המותרים להפעלת הצבא כארגון (עניין הנוגע בשאלת מעמדו החוקתי של הצבא ובשאלת האיזונים והבלמים בין הרשויות במשטר החוקתי בישראל) והן במישור של היעדים המותרים להפעלת חיילים המשרתים בצבא לא מרצונם – חיילים בשירות סדיר (חובה) וחיילים בשירות מילואים פעיל (עניין הנוגע בשאלת זכויות-היסוד ומידת הפגיעה החוקתית המותרת בהם בהתאם לעקרונותיהן של פסקות ההגבלה שבחוקי-היסוד). הדין בסוגיות אלה חורג ממסגרתה של רשימה זו. לעיון ראשוני ראו נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל", לעיל ה"ש 21, בעמ' 95–104.

48 חוק המטה לביטחון לאומי.

קשיים שהתגלו בעבר בהפעלת המטה לביטחון לאומי על רקע אי-העברת מידע מגורמי הביטחון השונים והעדר שיתוף-פעולה מצד ראשי השירותים החשאיים. ניתוח מפורט של הוראות החוק חורג ממסגרתה של רשימה זו, אולם ניתן לומר, בראייה חיובית, כי יש בו משום מסגרת בסיסית ראויה לקיומה של עבודת מטה בתחומי הביטחון והחוק ברמה הלאומית. עם זאת, נדרשים בו עדיין שיפורים שונים, כגון עיגון חקיקתי של יחסי העבודה של אנשי המטה לביטחון לאומי עם שר הביטחון ושר החוץ, וכן עיגון ברמה המנהלית של אמצעים להבטחת כהונתם של בעלי-תפקידים מקצועיים ובעלי יכולת גבוהה בתקופות כהונה (קדנציות) תחומות בזמן במטה לביטחון לאומי, כך שתובטח תנועת כוח-אדם מקצועי בין המטה לביטחון לאומי לבין משרד הביטחון, צה"ל, משרד החוץ וארגוני הביטחון החשאיים השונים בישראל.⁴⁹

פרק ה: עבודת המטה הבטחונית – הסכמה מודעת והחלטה מודעת⁵⁰

חלק ניכר מביקורתה של ועדת וינוגרד על תפקודו של הדרג המדיני בקבלת ההחלטות עובר לפתיחתה של מלחמת לבנון השנייה נגע ברדידותה של עבודת המטה ששימשה בסיס לקבלת ההחלטות, ובעובדה שהחלטה לפתוח בפעולות צבאיות התקבלה בממשלה מבלי שהשרים היו מודעים למשמעויותיה ולהשלכותיה.⁵¹ וכך קבעה ועדת וינוגרד בדוח החלקי שלה – קביעה שאותה חזרה ואימצה גם בדוח הסופי:

"הממשלה אמנם קיבלה את ההחלטה, אך היא עשתה זאת כגוף פוליטי שביטא תמיכה ונתן גיבוי לראש הממשלה, לשר הביטחון ולצה"ל. המסקנה המדהימה והחמורה היא כי ההחלטה המשמעותית היחידה שקיבלה ממשלת ישראל – בעלת הסמכות להחליט – אך גם להימנע מלהחליט – בתקופת היציאה למערכה היתה תמיכה בהחלטה על יציאה לפעולה צבאית, שסביר כי תביא לירי רקטות על העורף, שלא ברור היה איך תסתיים, בלי לדעת מה היה היקף הפעולה המתוכנן או יעדיו ותכליותיו הממשיים, וזאת לאחר חילופי דברים של שעתיים וחצי, ללא דיון של ממש, ומבלי שניתן מענה מספק לשאלות מהותיות שהועלו בו על ידי שרים בעלי ניסיון מדיני-ביטחוני רב.

49 ועדת וינוגרד עמדה גם היא על הצורך בעיבוי ובהעמקת מערך כוח-האדם המקצועי בתחומי הביטחון. ראו דוח וינוגרד הסופי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 583.

50 אני מעדיף את המונח "הסכמה מודעת" על המונח "הסכמה מדעת", אשר נהוג לעשות בו שימוש לתרגום המונח המשפטי "informed consent".

51 דוח וינוגרד החלקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 124.

אנחנו מוצאים בעובדה זו כשל חמור. הממשלה כולה, וכל אחד מחבריה, קיבלו בחיפזון, וללא שהוצגו בפניהם נתונים והערכות שהבהירו את המשמעויות וההשלכות של החלטתם, החלטה על פעולה צבאית חריפה מיידית, בלי שבחנו את משמעותה ובלי שדרשו כי יתקיים לגביה ולגבי השלכותיה האפשריות דיון מסודר. ממשלת ישראל, וכל אחד מחבריה, לא פעלו מתוך שיקול דעת, זהירות ואחריות כנדרש.⁵²

קבלת החלטות מודעות מחייבת פרישת מידע מלא לפני מקבלי החלטות. אין אדם יכול לקבל החלטה או להסכים להחלטה אם הוא אינו מקבל את נתוני-הרקע הרלוונטיים להחלטה, ואם אין מעמידים אותו בעוד מועד על משמעויותיה ועל השלכותיה.

קבלת החלטות בעניינים מן הסוג שבו עסקינן חייבת להביא בחשבון כי יהיו מקרים שבהם לא תעמוד לרשותם של מקבלי החלטות מסגרת-זמן שתאפשר דיון ארוך ומפורט. על-כן יש צורך הכרחי במסד נרחב של נתונים ועבודת מטה, אשר יוכנו מראש וייתיחסו ככל האפשר לחלופות שונות שיעמדו לרשותם של מקבלי החלטות במקרה של התרחשות אירועים שונים.

ההיסטוריה של מדינת-ישראל אינה מעודדת במובן זה, שכן רק מלחמה אחת – מלחמת ששת-הימים – החלה לאחר בחינה יסודית ודיונים מפורטים וממצים (יחסית) בממשלה, ולאחר שמסגרת הממשלה אף הורחבה, מטעמים ציבוריים, לפני הפתיחה במלחמה. במבצע קדש, לעומת זאת, הוסתרה ההחלטה לפתוח במלחמה מחלק משרי הממשלה, ואילו במלחמת לבנון הראשונה נטען, לאחר המלחמה, כי החלטת הממשלה התקבלה לאחר שהוסתרו משרי הממשלה מהלכיה המלאים של המלחמה המתוכננת, ובכלל זה האפשרות שהיא תחייב התקדמות אל מעבר לקו ארבעים הקילומטרים מגבול ישראל וכן עימות צבאי עם הצבא הסורי. על האופן הבעייתי שבו התקבלה ההחלטה בדבר המבצע הצבאי אשר התפתח בסופו של דבר למלחמת לבנון השנייה כבר עמדה ועדת וינוגרד בהרחבה בדין-וחשבון שלה, ועל-כן אין צורך לפרטו.⁵³

קבלת החלטה על פתיחה במלחמה או על נקיטת מהלך צבאי העלול להידרדר למלחמה מחייבת הסכמה מודעת של מקבלי החלטה למהות ההחלטה ולהצדקתה, על יסוד נתוני-רקע מלאים ועל יסוד הבנה של השלכותיה ומשמעויותיה של ההחלטה.

כל הסכמה מחייבת את קיומם של שני יסודות: האחד, גמירות-דעת, כלומר, כוונה ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי; והאחר, יסוד המודעות, כלומר, הסכמה מודעת למשמעות ההחלטה ולהשלכותיה, והבנה למה בדיוק ניתנת ההסכמה. שני היסודות שלובים כמובן זה בזה.

יש תחומים או ענפים משפטיים המדגישים יסוד אחד מבין השניים. לדוגמה, דיני הרפואה והרשלנות הרפואית מדגישים את היסוד השני – של המודעות – במסגרת העיקרון (הדוקטרינה) של "ההסכמה המודעת" או "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי.

52 ש.ם.

53 ש.ם.

קבלת הסכמה של מטופל לטיפול מחייבת את הצוות הרפואי לפרוש לפניו מידע מקיף ומלא בנוגע לטיפול הרפואי, על השלכותיו ועל משמעויותיו. אם לא כן יהיה הטיפול הרפואי שיינתן למטופל בגדר טיפול שהוא לא הסכים לו, ובהעדר הסכמה יהיה בטיפול משום ביצוע של עוולת תקיפה כלפי המטופל, והוא עלול להקים עילת תביעה גם בדיני הרשלנות הכלליים.⁵⁴

בדיני הראיות במשפט הפלילי, לעומת זאת, מודגש יותר, במסגרת דיני ההודאות, ההיבט של גמירות-הדעת. הודאה קבילה חייבת להיות "חופשית ומרצון", ומבחינת עזר ופסיקה ענפה עוסקים בבחינת השאלה אם הודאה של נאשם אכן ניתנה על-ידי מרצונו החופשי.⁵⁵

בדיני החוזים, להבדיל משני התחומים שלעיל, ניתן מעמד מאוזן לשני היסודות בבחינת תקפותה של הסכמה חוזית. דרישת גמירות-הדעת ודרישת המסוימות⁵⁶ חייבות שתיהן להתקיים, הן בשלב ההצעה והן בשלב הקיבול, על-מנת ליצור חוזה תקף. בתחום הגישור הוצע המונח "הסכמה באיכות גבוהה" (High Quality Consent):⁵⁷

"Condition in which a [party] has exercised his or her responsibility for making decisions in a dispute by considering the situation sufficiently and without excessive pressure."⁵⁸

על-מנת לאפשר קבלת הסכמה באיכות גבוהה בהקשרנו, יש ליצור את התנאים שיאפשרו מתן הסכמה כזו גם בדוחק הזמן ובמעורבות הממשלית המאפיינים מצב חירום. תנאים אלה כוללים איסוף ועיבוד מפורט של התשתית העובדתית;⁵⁹ זיהוי מפורט של היעדים העיקריים של ההסכמה או ההחלטה העומדות על הפרק; ניתוח של החלופות השונות שיאפשרו הגעה לאותם יעדים; הערכה מפורטת של כל אחת מהחלופות – הן כאמצעי להגעה אל היעד והן באופן עצמאי – מבחינת ההשלכות החיוביות והשליליות שיהיו לנקיטת אותה חלופה (לרבות, אגב, "חלופת אפס", שמשמעה אי-נקיטת פעולה כלל – עניין שקיימת נטייה להתעלם ממנו בעבודת המטה המנהלית⁶⁰); שקילה של החלופות השונות; ולבסוף – קבלת ההחלטה.

54 ראו, למשל, ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, תק-על 2012 (1) 4625, 4630–4634.
55 ראו, למשל, את פסק-דינה של השופטת דליה דורנר בעניין דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עבד, פ"ד נא(1) 848, 736 (1998).
56 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 172 ואילך (מהדורה שנייה, 2008).
57 John Lande, *How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?*, 24 FLA. ST. U. L. REV. 839 (1997).
58 שם, בעמ' 868.
59 בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).
60 לדיון במקרים שבהם עשויה להידרש בחינת "חלופת אפס" ראו ע"מ 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד סב(4) 132 (2008).

לגישתי, עקרונות אלה יפים גם למשפט המנהלי ולמשפט החוקתי. למעשה, אי-אפשר לתאר הסכמה תקפה או החלטה תקפה של בעל סמכות – אם של שר מסוים ואם של הממשלה כולה, כגוף המקבל החלטות קולגיאיות ברוב דעות – אלא לאחר קבלת מידע מפורט ומעובד היטב באשר לרקע להחלטה העומדת להתקבל ובאשר למשמעויותיה ולהשלכותיה. אם בענייני גישור אזרחי מותר לצפות ואף לדרוש קבלת החלטה בהסכמה באיכות גבוהה, אני סבור, מקל וחומר, שגם בעניינים רגישים ובעלי השלכות על בטחון המדינה ושלומו הציבור כולו, כענייני סמכויות המלחמה, יש לצפות ואף לדרוש הסכמה באיכות גבוהה, או כפי שאני מציע לכנות דרישה משפטית זו בתחום סמכויות המלחמה – "החלטה באיכות גבוהה".

העיון המשפטי לעקרונות ה"החלטה באיכות גבוהה" יכול להימצא בדרישה לסבירותה של ההחלטה המנהלית או בעקרונות המידתיות המנהלית, שהרי הסבירות והמידתיות נבחנות תמיד באופן יחסי, קרי, בהשוואה לחלופות אחרות.⁶¹ בהעדר חלופות, אין סבירות ואין מידתיות. מידתיותה של החלטה נבחנת תמיד ביחס לאפשרויות אחרות להשגת התכלית,⁶² לרבות (בדרך-כלל) החלופה של אי-ביצוע המעשה המתוכנן – "חלופת אפס". קבלת החלטה ללא בחינת חלופות אינה מאפשרת לבחון את מידתיותה של הפגיעה הטמונה בה. המידתיות היא תמיד יחסית לחלופות אחרות. "תנו לי נקודת משען ואזיז את העולם", אמר ארכימדס; תנו לנו נקודת התייחסות ונוכל לקבוע את המידתיות. בהעדר נקודת התייחסות, אין גם מידתיות.⁶³ קבלת ההחלטות ביומה הראשון של מלחמת לבנון השנייה לא נעשתה על יסוד חלופות שונות שהועמדו על-ידי המטה הבטחוני של הממשלה ועל-ידי המטה לביטחון לאומי (שפעל אז במתכונת מצומצמת עוד יותר), תוך ניתוח החלופות. בפרט ברור שלא הועמדה באורח מעשי – לא על-ידי הדרג המדיני ולא על-ידי הגופים הבטחוניים שהופיעו לפניו – חלופת אפס, דהיינו האפשרות לא להגיב על חטיפת החיילים, ולא נותחו יתרונותיה, מגרעותיה וחסרונותיה.⁶⁴ מסקנותיה של ועדת וינוגרד בעניין זה היו חריפות ביותר, וזאת כבר בשלב הדוח החלקי:

"אלא שהדיון בממשלה ודרך קבלתה של ההחלטה, כמו גם מה שנאמר לנו בעדויות בפנינו, מעלה את החשש כי בפועל לא התקיימו במקרה זה – ולא מתקיימים בדרך כלל – התנאים המבטיחים כי החלטה מסוג זה אכן תתקבל על

61 זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507, 513 – 515 (1990). להלכה ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996).

62 דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ב 779–782 (2010).

63 ראו גם את מאמרו של שופט בית-המשפט העליון בדימוס יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225 (2012).

64 דוח וינוגרד החלקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 118.

ידי השרים מתוך הבנה מלאה של משמעות פעולתם. הרוח של דרישת החוק לגבי דיון והחלטה על ידי הממשלה – דווקא במקרה של פעולה צבאית – לא נשמרה, וכך התנאי הזה לא מילא את התפקיד החשוב שנועד לו: ליבון, דיון הנחיה ובקרה של הממשלה כולה, על מגוון גישותיה, על יציאה לפעולה צבאית בעלת השלכות מרחיקות-לכת. אף אם פורמאלית נתקיימו דרישות הסמכות, מהותית הן לא התקיימו.⁶⁵

יעדי המלחמה לא נידונו ולא נקבעו באורח שניתן לקבלו – לא בכלל ולא כאשר עוסקים בסוגיות בעלות השלכות כה רחבות – והתוצאה הייתה שהמערך היחיד שהיה מוכן עם מאגר (בנק) מטרות משלו ועם יכולות ביצוע שניתנו ליישום באורח מידי – מערך התקיפה של חיל-האוויר – הופעל והשיג בתוך פחות מעשרים וארבע שעות הישג שיש הטוענים כי היה בו די כתגובה על חטיפת החיילים.

על-מנת שהדברים לא ייראו כחוכמה שלאחר מעשה, אציין כי בחלוף השנים התברר כי לדעת רבים הייתה למלחמת לבנון השנייה גם השפעה הרתעתית משמעותית על גורמי האויב והטרור השונים במזרח התיכון בכלל ובלבנון בפרט – עניין שהוזכר סמוך לאחר פתיחת המלחמה (אך לאחר שהתקבלה ההחלטה בנושא) כאחד מיעדיה.⁶⁶ ייתכן, אם כן, שניתן להסיק כי למלחמת לבנון השנייה היו תוצאות חיוביות יותר, אולם בעת קבלת ההחלטה דומה שתוצאה זו לא הובאה בחשבון כיעד שיש לשאוף להשגתו, מעבר לרטוריקה כללית של גורמי ההסברה מטעם הממשלה. גם חלופה ממשית של דחיית התגובה הצבאית למועד כזה או אחר, על-מנת לאפשר פרק-זמן של עיבוד מודיעיני, לא זכתה בדיון של ממש.

קביעה סתמית של חובה לקבל החלטה על יסוד נתונים מלאים ועבודת מטה מפורטת ספק אם תועיל לעניין זה. דומה כי הדרך הנאותה לנסות לשפר את עבודת המטה המנהלית והממשלתית בסוגיה רגישה זו היא לחייב בחקיקת-היסוד קיומה של עבודת מטה מתאימה. יצירתה של "הסכמה באיכות גבוהה" – או בענייננו "החלטה באיכות גבוהה" – בתחום סמכויות המלחמה מחייבת בראש ובראשונה עבודת מטה מקדימה שתכין את החלופות. זאת, הן לנוכח האפשרות שתידרש קבלת החלטה בלוחות-זמנים שלא יאפשרו עריכת עבודת מטה מפורטת סמוך לפני קבלתה, והן לנוכח אופייה של קבלת החלטות מסוג זה בחיי המעשה.

מאחר שעסקינן ברמה החוקתית, אין כמובן צורך לקבוע את פרטי-הפרטים של עבודת המטה ובחינת החלופות בחוק-יסוד: הממשלה. אולם יצירת חיוב חוקתי לקבל מידע מלא לגבי עמדתם של בעלי-התפקידים המרכזיים במערכת הבטחונית – אשר תלויה ביישום מלא של חוק המטה לביטחון לאומי והרחבה משמעותית של המטה לביטחון לאומי מבחינת היקפו, כוח-האדם שלו ותקציבו – עשויה לשפר את הסיכוי שבעתיד אכן תושג תוצאה זו.

65 שם, בעמ' 122 (ההדגשה במקור).

66 שם, בעמ' 132–133.

פרק ו: הלבטים החוקתיים בארצות-הברית לאחר עיראק ואפגניסטן

ארצות-הברית היא אולי המדינה היחידה כיום בעולם המערבי המפעילה כוח צבאי פעמים רבות בכל עשור ובהיקפים ניכרים, החל במבצעים ממוקדים של הפצצה אווירית ועד מערכות לחימה בהיקף מלא, כפי שנעשה באפגניסטן ובעיראק. במובן זה ארצות-הברית דומה לישראל, והלבטים החוקתיים הנוגעים בסמכויות המלחמה בארצות-הברית יכולים לשמש רקע ומקור להפקת לקחים גם לישראל. זאת, כמובן, בשינויים המחויבים מכך שעסקינן במעצמה עולמית, הרואה לעצמה חופש מוחלט כמעט לפעול במרחב.⁶⁷ בשנת 2010 התקיים בקונגרס האמריקאי שימוע נרחב בסוגיית סמכויות המלחמה, וזאת כלקח מתקופות הלחימה הארוכות באפגניסטן (למן שנת 2001) ובעיראק (למן שנת 2003). השימוע התקיים על יסוד המצב החוקתי הקיים בארצות-הברית, שלפיו הקונגרס הוא המוסמך להורות על פתיחה במלחמה (פסקה 1(8) לחוקת ארצות-הברית),⁶⁸ ולנוכח העובדה שבפועל נקטו נשיאי ארצות-הברית לאורך השנים פעולות צבאיות רבות מאוד ללא אישור הקונגרס,⁶⁹ תוך הצבת הקונגרס בפני עובדה מוגמרת.

ההתלבטות החוקתית בארצות-הברית נוגעת פחות בטיבה של עבודת המטה הנעשית לפני קבלת החלטה של הנשיא על מהלך צבאי, שכן הנשיא הוא רשות מבצעת של איש אחד, ובנושאי ביטחון עומד לרשותו מטה גדול ומקצועי, שהיקף פעילותו, כוח-האדם שלו ותקציבו ניכרים, ומאפשרים לו להציג לנשיא עבודת מטה איכותית כמצע לקבלת

67 בארצות-הברית סוגיית סמכויות המלחמה היא אחת הסוגיות המרכזיות ביחסים שבין הצבא לבין הדרג המדיני. ראו: Janet Cooper Alexander, *John Yoo's War Powers: The Law Review and the World*, 100 CAL. L. REV. 331 (2012); Kelly L. Cowan, *Rethinking the War Powers Resolution: A Strengthened Check on Unfettered Presidential Decision Making Abroad*, 45 SANTA CLARA L. REV. 99 (2004); Judah A. Druck, *Droning On: The War Powers Resolution and the Numbing Effect of Technology-Driven Warfare*, 98 CORNELL L. REV. 209 (2012); Andrew K. Schiff, *The War Powers Resolution: From the Halls of Congress to the Hills of Bosnia, Inertia Should Give Way to Post-Cold War Reality*, 11 AM. U. INT'L L. REV. 877 (1996); Christopher A. Ford, *War Powers as We Live Them: Congressional-Executive Bargaining under the Shadow of the War Powers Resolution*, 11 J.L. & POL. 609 (1995); Abraham D. Sofaer, *The Power Over War*, 50 U. MIAMI L. REV. 33 (1995). להיסטוריה של היחסים בין הצבא לבין הדרג המדיני בארצות-הברית ראו: FRANCIS D. WORMUTH & EDWIN B. FIRMAGE, *TO CHAIN THE DOG OF WAR: THE WAR POWER OF CONGRESS IN HISTORY AND LAW* (Francis P. Butler ed., 1986).

68 תפיסת-היסוד החוקתית בארצות-הברית רואה בקונגרס גוף שאמור להשית מגבלות על הממשל, לרבות בתחום סמכויות המלחמה: LOUIS FISHER, *CONGRESSIONAL ABDICATION ON WAR & SPENDING* 3–4 (2000).

69 לסקירה חלקית ראו: WORMUTH & FIRMAGE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 135–151.

החלטות על-ידי. המחלוקת בארצות-הברית נוגעת בעיקר ביחסים שבין הנשיא והקונגרס – המקבילים בישראל ליחסים שבין הממשלה והכנסת – בכל הנוגע בסמכויות המלחמה ובהפעלתן.

בשנת 1973 קיבל הקונגרס את דבר החקיקה הידוע המכונה War Powers Resolution Act. חוק זה קובע, בין היתר, כי הנשיא חייב לדווח באופן מיידי על פעולות צבאיות, וכי בהעדר אישור של הקונגרס לאותן פעולות, עליו להפסיקן שישים יום לאחר תחילתן, עם אפשרות הארכה אחת של שלושים יום במקרה שהדבר חיוני לדעת הנשיא וניתן לכך אישורו בכתב. לאחר תקופה זו, המשך הפעילות הצבאית מותנה באישורו של הקונגרס, ובכלל זה, כמובן, באישורו התקציבי משנה לשנה.

באופן טבעי, שאינו מפתיע, קיימת מחלוקת בין הקונגרס לבין הנשיא באשר למידת כוחו של הקונגרס להגביל את הנשיא בנקיטת פעולות מלחמה,⁷⁰ וקיימת ביקורת רבה על האפשרות – אשר התממשה בעיראק ובאפגניסטן – שהנשיא יפתח במהלכי לחימה בטרור שיתפתחו לכלל לחימה ממושכת אשר עלותה גבוהה בכל המובנים, אפילו במונחיה של מעצמת-על כארצות-הברית, ללא אישור הקונגרס.

קיים מתח בעניינים שונים במארג הסמכויות שבין הנשיא לבין הקונגרס, ביניהן סמכות הקונגרס לקבוע כללים לניהול ולהסדרה של פעילות הצבא וסמכות הנשיא ליתן הוראות לצבא ולקציני הצבא ולהורות על פעולות צבאיות. עיון בהיסטוריה החוקתית של ארצות-הברית מראה כי היו בה מקרים שבהם אישור הקונגרס מראש נקיטת מהלכים צבאיים שאינם עולים כדי מלחמה של ממש, בעוד במקרים אחרים נקט הנשיא, ללא אישור הקונגרס, צעדים שנתפסו לאחר מעשה כפתיחה במלחמה.⁷¹

עצם קבלתו של דבר החקיקה בעניין סמכויות המלחמה (War Powers Resolution Act) ביטאה באותה עת מעין השלמה של הקונגרס, במישור המדיני, עם הצפי שנשיא ארצות-הברית ימשיכו להפעיל את כוחות הצבא לפי ראות עיניהם, ושהימנעות מאישור תקציבי תהיה למעשה אמצעי הבקרה היחיד שיאפשר לקונגרס למנוע או לצמצם פעולה צבאית שעליה הורה הנשיא ללא אישור הקונגרס.

ידועה בהקשר זה אמרתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית (אשר לא תרמה, כך דומה, להבהרת המחלוקת בעניין סמכויות המלחמה בארצות-הברית) כי הנשיא, כמפקד הכוחות המזוינים, יכול להפעיל את הצבא ואת הצי כרצונו, אך הוא לא יוכל לעשות זאת אלא אם כן הקונגרס, כמוסמך הבלעדי להקים ולהחזיק צבא וצי, אכן יפעל להקמתם ולפיתוחם.⁷²

אין גם ציפייה של הקונגרס להתערבות שיפוטית בהחלטות הנשיא בענייני מלחמה

70 Jennifer K. Elsea et al., *Congressional Authority to Limit Military Operations* 70 (Congressional Research Service, 19.2.2013) www.fas.org/sgp/crs/natsec/R41989.pdf.

71 שם, בעמ' 5. לעיתים, ככל הנראה כאשר הנשיא עצמו אינו מעוניין לפעול צבאית, פנייה שלו לקונגרס לשם קבלת אישור פעולה יכולה להוות מוצא פוליטי נוח מבחינתו, כפי שהיה בפרשת התגובה על השימוש בנשק כימי בסוריה בשנת 2013.

72 *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 641 (1952).

ופעולות צבאיות, שכן בדרך-כלל פניות לבתי-המשפט בעניינים אלה נדחות על הסף מטעמי שפיטות (דהיינו, בתי-המשפט רואים בנושאי העתירות עניינים מדיניים שאינם שפיטים⁷³) או מטעמי-סף אחרים. כך היה, למשל, ערב מלחמת המפרץ הראשונה, כאשר בהוראת הנשיא בוש האב הוחל בבניית כוח בהיקף ניכר באזור המפרץ הפרסי, ועתירה שהגישו חברי קונגרס נגד המהלך, בטענה שהוא מהווה הכנה לפתיחה במלחמה בלא אישור הקונגרס, נדחתה על הסף בנימוק שהיא מוקדמת, ושהעניין אינו בשל להכרעה שיפוטית.⁷⁴

היו מקרים אחדים שבהם הגביל בפועל הקונגרס את האפשרות לנקוט פעולות צבאיות באמצעות הטלת מגבלות בחקיקה על מקומות הצבתם של המגויסים לכוחות הצבאיים של ארצות-הברית לזרועותיהם,⁷⁵ אולם באותם מקרים דובר בדרך-כלל בחקיקה בשעת רגיעה, אשר תחולתה הייתה מוגבלת, ועל-כן בפועל היא לא הגבילה את יכולתו של הנשיא לנקוט פעולות צבאיות.

אם ניתן ללמוד דבר-מה מן הניסיון האמריקאי, הרי זה שמגבלות משפטיות בנוגע לסמכויות המלחמה אינן אכיפות בפועל בבית-המשפט, גם אם להלכה אין מניעה לעשות כן, וכי יכולת הבקרה של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת בעניין זה היא חלקית בלבד, גם כאשר קיימת חקיקה מפורשת הקובעת מנגנוני בקרה כאלה. כמו-כן ברור כי בעידן הטרור העולמי מגמה זו צפויה להתרחב.⁷⁶

כלקח למצב בישראל, אני סבור כי ניתן ללמוד שמנגנוני בקרה ומערכים של עבודת מטה הנקבעים בשעת רגיעה יוכלו להחזיק מעמד ולספק מסגרת לקבלת החלטות בשעת חירום אם ייקבעו במסגרת סמכויות הממשלה, ויחייבו את עבודת המטה בתוך מערכת הביטחון פנימה כתנאי לקבלת החלטות על הפעלת כוח צבאי באופן סדור, שיטתי ועקבי. מנגנונים כאלה יהיו יעילים יותר מאשר ביקורת או מצד הרשות המחוקקת או הרשות השופטת בעת מעשה, או מצד הרשות המבקרת לאחר מעשה.

פרק ז: סמכויות מלחמה בעידן הטרור הכלל-עולמי (הגלובלי)

ה"מלחמה" – כמונח המתאר שני צבאות עוינים הפרושים זה מול זה ויוצאים לקרב, כבעת העתיקה, או כסדרה של התנגשויות מזוינות עד לכיבוש כל שטחה של מדינת

73 Michael John Garcia, *War Powers Litigation Initiated by Members of Congress Since the Enactment of the War Powers Resolution* (Congressional Research Service, 17.2.2012)

.www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL30352.pdf

74 *Dellums v. Bush*, 752 F. Supp. 1141 (D.D.C. 1990)

75 Elsea et al., לעיל ה"ש 70, בעמ' 33–34.

76 John C. Yoo, *Applying the War Powers Resolution to the War on Terrorism*, 6 ראו גם: (2003) GREEN BAG 2D 175.

האויב או עד להשגת הסדר מדיני מוסכם אחר – איבדה בעשורים האחרונים ממעמדה התיאורטי-הרעיוני. תחתיה נולדו מונחים אחרים, המתארים את המציאות הבין-לאומית של סוף המאה העשרים ותחילת המאה העשרים ואחת. הדבר אינו נובע, כמובן, מטעמים עיוניים, אלא מתנאי המציאות של העולם במאה העשרים ואחת.

מחד גיסא, מלחמה כוללת – כפי שאירעה בשתי מלחמות-העולם, כפי שהיה במלחמות אחרות בשנות החמישים, השישים והשבעים של המאה העשרים, וכפי שחוותה מדינת-ישראל במלחמת יום-הכיפורים – הולכת ומתמעטת. בפסק-הדין בעניין **ביילין** עמד בית-המשפט העליון על כך שבעשורים האחרונים אין נהוגות עוד הכרזות מלחמה רשמיות (פורמליות) ביחסים הבין-לאומיים.⁷⁷ איומים על מדינות שלמות, לרבות איומים קיומיים עליהן, אינם מחייבים עוד משאבים בסדר-גודל המצוי רק בידי מדינות שלמות אחרות. עידן הטרור העולמי מאפשר ליצור איומים חמורים באמצעות מחשב אחד (טרור-רשת – cyberterrorism), מזוודה אחת (טרור גרעיני) או מבחנה אחת (טרור ביולוגי).⁷⁸ גם האויב אינו עוד מדינה בדרך-כלל – לא במעגל הראשון של הטבעת המקיפה את ישראל ולא במעגל השני המרוחק יותר – אלא ארגונים לא-מדינתיים.⁷⁹

מאידך גיסא, פעולות מלחמתיות או "מבצעי" לחימה בטרור הם לעיתים רחבי-היקף מבחינת הפעילות הצבאית הנעשית במסגרתם ומבחינת השלכותיהם, כפי שניתן לראות ממלחמת לבנון השנייה או מהלחימה האמריקאית באפגניסטן ובעיראק (אשר המחיר שגבתה, בהרוגים בלבד, עולה על 6,000 נפש). סכנת המדרון החלקלק – הנובעת מנקיטת פעולה אשר עשויה להיראות, אפילו בתום-לב גמור ומלא, כפעולה מקומית וממוקדת, אך מתפתחת כעבור זמן קצר ללחימה בהיקף נרחב – היא ברורה, והפעילות האמריקאית באפגניסטן ובעיראק תוכיח זאת.

נוסחו של סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה הנוכחי שולב אומנם בחקיקה בישראל רק בשנת 1996, אולם הורתו ותולדתו בתפיסה של לקחי מלחמת יום-הכיפורים, ובהנחה כי מלחמה כוללת היא האיום הבטחוני העיקרי על המדינה. מכאן ההוראה המופיעה בהסדר הקיים כי המדינה לא תפתח במלחמה אלא אם כן "הכריזה" על כך הממשלה. אולם נדירותה של מלחמה כוללת והתרחבותם של הסכסוכים המזוינים שאינם מגיעים למדרגת "מלחמה",⁸⁰ כמו-גם ההבנה כי תגובה על אירוע מקומי יכולה להוביל להידרדרות בלתי-מבוקרת למלחמה, מחייבות בחינה מחודשת ושינוי של הסדר סמכויות

77 עניין **ביילין**, לעיל ה"ש 14.

78 להגדרת "טרור" ראו מרכזי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל" המשפט יד 9 (2011).

79 לשינויים המתחייבים בדיני המלחמה במשפט הבין-לאומי עקב התגברות מעורבותם של ארגונים לא-מדינתיים ראו: NOAM LUBELL, EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS (Oxford University Press, 2010).

80 למיונים שונים של סכסוכים מזוינים במשפט הבין-לאומי הפומבי ראו: Dapo Akande, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in INTERNATIONAL LAW AND THE CLASSIFICATION OF CONFLICTS 32 (Elizabeth Wilmshurst ed., 2012).

המלחמה בישראל, שכן במצב הקיים שסתום-הביטחון החוקתי בעניינים של סמכויות מלחמה אינו בנוי לעמוד בעומס המוטל עליו.

הניסיון של מלחמת לבנון השנייה הראה כי מתכונת קבלת ההחלטה בנוגע לתגובה על אירוע טרור נקודתי, אשר בפועל ובדיעבד הסתבר כי הייתה החלטה בדבר יציאה למלחמה, הייתה מתכונת לקויה ביותר, שלא התבססה על עבודת מטה מספקת. החלטה זו התקבלה לא על בסיס מידע בהיקף הולם, ומבלי שמקבלי ההחלטות היו מודעים במידה מספקת למשמעויותיה ולהשלכותיה. לא הייתה זו "החלטה באיכות גבוהה", שהיא סוג ההחלטה שיש לשאוף שתתקבל בעניינים הרי-גורל כאלה.

המציאות החוקתית המשפטית מראה כי בקרה בזמן-אמת (הן במובן של ביקורת של הרשות המחוקקת, הן במובן המנהלי והן במובן של ביקורת שיפוטית) על החלטות בענייני מלחמה וביטחון לאומי היא מוקשה. ברוב המקרים היא אינה מציאותית, אם בשל פערי מידע אצל מקבלי ההחלטות, אם בשל פערי מידע בקרב גורמי הבקרה ובית-המשפט, ואם בשל נטייתם הטבעית של בתי-המשפט לצמצם את הביקורת השיפוטית בעיתות חירום.⁸¹

במצב דברים זה, שידוד מערכות חוקתי בכל הנוגע בסמכויות המלחמה הוא מחויב-המציאות. קיים אומנם ספק אם ניתן להסדיר חוקתית מנגנון שימנע לחלוטין החלטות בעייתיות מבחינה חוקתית, דוגמת ההחלטה על היציאה למלחמת לבנון השנייה. אולם על-אף ספק זה אני סבור כי ניתן לשפר ברמה החוקתית את אופן קבלת ההחלטה, ולנתב את בעלי הסמכות (האורגנים החוקתיים של המדינה) אל "משפך" חוקתי אשר ישפר את איכות קבלת ההחלטות עד לרמה של "החלטות באיכות גבוהה", ויכונן את הזיקה הראויה בין קבלת ההחלטות לבין האחראיות (accountability) להן.

שידוד מערכות כזה ישפר את מצב המוכנות לקבלת החלטות בנוגע לאיומים ולהתקפות של ארגוני טרור או של ארגונים שאינם מדינתיים, באמצעות הכנת חלופות תגובה – לרבות הימנעות מפעולה, במקרים המתאימים – על מקרים שונים של תקיפה ואיום, ויצירת מסד סדור ומקיף למקבלי ההחלטות בעניין זה. מסד כזה יצמצם את התופעות שאפיינו את תהליך קבלת ההחלטות בפתירתה של מלחמת לבנון השנייה.

תיקון חשוב נוסף, שגם הוא מחויב-המציאות, הוא עיגון חוקתי של סמכות בקרה של הכנסת על פעילות מלחמתית – יזומה או מגיבה – של הממשלה, וזאת גם אם הסיכוי שבקרה כזו תמומש בפועל הוא נמוך. הטעם לכך הוא שקיומו של "מקל" חוקתי יכול להוביל לריסון של פעולות הממשלה (בבחינת chilling effect, אם ליטול ביטוי מתחום חוקתי אחר) גם מקום שאין המקל מונף בפועל, והדברים ידועים.

בעניינים אלה אני מציע לתקן את סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, ולשלב בו לקחים ומוסר-השכל חוקתי העולים הן מביקורת שהושמעה בעבר באשר להסדר הגלום בו והן ממלחמת לבנון השנייה.⁸² לתיקון חוק-יסוד: הממשלה מן הראוי שיתלוו תיקוני חקיקה

81 אייל נון "מעצר מנהלי בישראל" פלילים ג 168, 172–174 (1992).

82 אבן וגרוס, לעיל ה"ש 28, בעמ' 36, הציעו להותיר את המצב בעינו בסוגיית סמכויות המלחמה. עם זאת, הם הציעו – במסגרת הצעה לחקיקה ראשית שתסדיר את פעולותיו של צבא הגנה לישראל –

ראשית מתאימים, שיפרטו את העקרונות החוקתיים לפרטיהם המעשיים,⁸³ ואשר יהיו כפופים כמובן להוראות העל שבחקיקת היסוד.

פרק ח: הצעה לתיקון סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה

על יסוד האמור לעיל אני מציע לתקן את סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה כדלקמן:

- (א) המדינה לא תפתח במלחמה או במבצע מלחמתי אלא מכוח החלטת הממשלה. ניהול המלחמה ייעשה מכוח החלטות הממשלה. לעניין סעיף זה, 'מלחמה או מבצע מלחמתי' – לרבות פעולה צבאית העשויה להוביל למלחמה או למבצע מלחמתי.
- (ב) פעולות צבאיות שאינן בגדר מלחמה או מבצע מלחמתי יאושרו על ידי הממשלה כולה או לחלופין על ידי ראש הממשלה, שר הביטחון וכן כל שר אחר שקבעה הממשלה, ובלבד שהממשלה תקבל דיווח על ביצוען לכל היאוחר בישיבת הממשלה שלאחר ביצוע הפעולה.
- (ג) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה ובטחון הציבור, אולם פעולות כאמור אשר לדעת ראש הממשלה או שר הביטחון עשויות להוביל למלחמה או למבצע מלחמתי יובאו מראש לאישור הממשלה.
- (ד) החלטות הממשלה כאמור בסעיף זה יתקבלו לאחר שהממשלה תשמע את עמדתם של שר הביטחון, שר החוץ, ראש המטה הכללי, ראש אגף המודיעין בצבא הגנה לישראל וראש המטה לביטחון לאומי שמונה לפי חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008, או מי שהוסמך על ידיהם לעניין זה. במידת האפשר יציגו הנוגעים בדבר את עמדתם בממשלה גם בכתב.
- (ה) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או במבצע מלחמתי לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי. ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת. הודעות על החלטות הממשלה בדבר ניהול המלחמה או המבצע המלחמתי יימסרו לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת מזמן לזמן.

הצעות שאמורות לשפר את עבודת המטה הממשלתית בנושאים צבאיים ובטחוניים במובן הרחב, ובכך, בעקיפין, גם את הבסיס להפעלת סמכויות המלחמה.
 83 הצעות כאלה כבר הוצעו, כאמור לעיל, והן מחייבות כמובן עיון ודיון. ראו אבן וגרוס, לעיל ה"ש 28; נון "הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא", לעיל ה"ש 21.

- (1) הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.
- (2) הכנסת רשאית להחליט, על-פי הצעה של ועדת החוץ והביטחון, כי על הממשלה לסיים מלחמה או מבצע מלחמתי במועד שתקבע. אם עשתה כן, על הממשלה לפעול בהתאם בתוך ארבעה-עשר ימים מן המועד שנקבע בהחלטת הכנסת (להלן: המועד הקובע). אם לא פעלה הממשלה כאמור במועד הקובע, רואים זאת כאילו קיבלה הכנסת במועד הקובע החלטה להביע אי-אמון בממשלה לפי סעיף 28(א) לחוק-יסוד זה, ובלבד שהכנסת קיבלה החלטה בתוך ארבעה-עשר ימים נוספים מן המועד הקובע על זהותו של חבר-כנסת פלוני שעליו יטיל נשיא המדינה להרכיב ממשלה לפי סעיף 28(ג) לחוק-יסוד זה. אם לא קיבלה הכנסת החלטה כאמור, יחולו הוראות סעיף 28(1) לחוק-יסוד זה. בתקופה שבין קבלת החלטת הכנסת לפי סעיף-קטן זה לבין המועד הקובע, לא יוכל ראש הממשלה לפזר את הכנסת לפי סעיף 29 לחוק-יסוד זה.

תיקונים אלה מטרתם ליצור, ברמה החוקתית, מערכת של קבלת החלטות בענייני מלחמה וביטחון לאומי אשר תחייב קיום עבודת מטה ותיצור מנגנון שיקדם ואף "יכפה" קבלת החלטות בענייני מבצעים צבאיים ומלחמתיים רק לאחר שמיעת עמדתם של נושאי-התפקידים הבכירים בעניין זה – עמדה אשר יש להניח כי תגובש רק לאחר קיום עבודת מטה פנימית באותם גופים.

מן הראוי להבהיר כי מרבית עבודת המטה שיש לקיימה בעניינים אלה היא עבודת הכנה שיש לעשותה מראש, לפני אירועי-החירום, באמצעות המטה לביטחון לאומי. עבודה זו צריכה לכלול בחינת אירועים אפשריים שונים והעמדת חלופות של תגובות צבאיות על אותם אירועים, תוך תכלול של ההיבטים המודיעיניים, ההיבטים הצבאיים וכל היבט אחר, כפי שפורט בהרחבה בדוח הסופי של ועדת וינוגרד.

הנחת-היסוד, המתבססת על אירועי העבר, היא כי במצב-אמת יעמוד לרשותם של מקבלי ההחלטות זמן מועט מאוד, יחסית, לקבלת החלטות. על-מנת שקבלת ההחלטות בעניין זה תהיה מודעת ומושכלת, שמיעת עמדתם של הגורמים הבכירים, שאני מציע לכלול ברמה החוקתית, היא תנאי הכרחי, אבל לא מספיק. היא תוכל לשפר את קבלת ההחלטות רק אם למקבלי ההחלטות יהיה גם רקע קודם בתחום.⁸⁴

להסדר מורחב זה אני מציע להוסיף אפשרות בקרה של הריבון – הכנסת – על הפסקת המהלכים הצבאיים במקרה שבו הממשלה אינה שועה לביקורת הכנסת בעניין זה. אולם ברור כי העיקר טמון בהבניית תהליך חוקתי של קבלת החלטות מודעות

84 ועדת וינוגרד אף הציעה בדוח הסופי שלה למסד בעבור השותפים לקבלת ההחלטות תהליכי לימוד והעמקה בנושאים בטחוניים ובנושאים משיקים. ראו דוח וינוגרד הסופי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 578 ואילך.

בענייני מלחמה ומבצעים צבאיים, וכי בקרת הכנסת לא תוכל לבוא בפועל – למעט במקרים קיצוניים – אלא לאחר מעשה.

במישור ההבחנה שבין "מלחמה" לבין שימושים אחרים בכוח צבאי שאינם עולים כדי "מלחמה", אני מציע בתיקון זה להרחיב את משרעת האירועים הצבאיים המחייבים הכרזה גם ל"מבצע מלחמתי". את התבחינים להגדרתו של מונח זה יהיה מן הראוי לפרט בחקיקה ראשית, ולא בחוק-יסוד, אך יש להניח כי הללו יכללו, בין היתר, את היקף הכוח הצפוי להיות מופעל, את התגובות האפשריות של מדינות וגורמים שאינם מעורבים ישירות בשימוש הצבאי בכוח, וכיוצא באלה.

סעיף-קטן (ג) המוצע מאפשר לשמור, מטעמי חשאיות מובנים, על מעגל מצומצם של מעורבים בקבלת ההחלטות כאשר עסקינן בפעולות צבאיות ממוקדות שאין חשש שיובילו למלחמה או למבצע מלחמתי. על פעולות כאלה יימסר דיווח לממשלה לאחר ביצוען, אלא אם כן הצורך בחשאיות לא יאפשר אף זאת.

מעבר לאמור, החשיבות העיקרית של התיקון המוצע, בכל הנוגע בקבלת החלטות על שימוש בכוח צבאי, טמונה בכך שגם מהלך צבאי אשר עשוי להוביל למלחמה או למבצע מלחמתי יהיה טעון אישור של הממשלה,⁸⁵ וגם ניהולם השוטף של המלחמה או המבצע המלחמתי ייעשה מכוח החלטות הממשלה, ולא על-ידי שניים או שלושה אישים בלבד, תוך דיווח לממשלה רק בדיעבד, כפי שאירע בעבר במלחמות ישראל ביותר מאשר מקרה אחד.

סיכום

מאז נחקק חוק-יסוד: הצבא חלו תמורות מרחיקות-לכת בעולם בכלל ובמזרח התיכון בפרט בכל הנוגע בסכסוכים מזוינים. סכסוכים בעצימות נמוכה והטרור הכלל-עולמי (הגלובלי) הם רק דוגמות לכך. ההסדר הקיים בישראל כיום בנושא סמכויות מלחמה מתייחס רק לפתיחה במלחמה, ואינו עוסק בפעולות צבאיות בהיקף נמוך יותר, שהן עיקר הפעילות הצבאית בימינו, וגם לא בפעולות צבאיות העשויות באורח סביר להוביל למלחמה. על-כן הוא כמעט בגדר אות מתה. המבנה החוקתי של סמכויות המלחמה במשפט החוקתי של ישראל הוא חסר, וטעון שיפור ועדכון בכל המשרעת הרחבה שבין

85 דוגמות מובהקות לשימוש בכוח צבאי שאינו בגדר מלחמה או מבצע מלחמתי אך יהיה טעון אישור של הממשלה על-פי ההסדר המוצע הן הפצצת הכור הגרעיני בעיראק בשנת 1981 והפצצת הכור הגרעיני בסוריה (לפי פרסומים זרים) בשנת 2007. בשני המקרים דובר בפעולה צבאית ממוקדת וקטנה מאוד במונחים צבאיים (שתיים או שלוש רביעיות של מטוסי הפצצה, ונוסף עליהם מטוסי יירוט, בעוצמת אש קטנה למדי, לפי הדרוש להשמדת המטרה), אך בשני המקרים עצם השימוש בכוח הצבאי היה עשוי להוביל למלחמה, ועל-כן, כעניין שבתפיסת-עולם חוקתית, היה צורך להביאם מראש לאישור הממשלה.

הגנה על בטחון הציבור, דרך "מבצע" ועד למלחמה. זאת, הן במישור של אופן קבלת החלטות בעניינים אלה והן במישור פיקוחה של הרשות המחוקקת על הממשלה ועל הצבא.

על המבנה המשפטי הראוי לכלול גם הכוונה חוקתית נאותה בנוגע לצורך בקבלת החלטות בענייני מלחמה על יסוד מידע מלא, דהיינו, החלטות מודעות שיהיו "החלטות באיכות גבוהה".

הלבטים החוקתיים בעניין זה חוזרים ועולים לאחרונה גם בארצות-הברית, בעקבות מעורבותה הצבאית העמוקה בעיראק ובאפגניסטן, אשר החלה (במיוחד באפגניסטן) כמבצע אכיפה נגד טרור והתפתחה ללחימה בהיקף ניכר, ולנוכח ההסדר החוקתי הקיים בארצות-הברית, שלפיו במשך תשעים הימים הראשונים של הפעולה הנשיא רשאי לפעול ללא אישור הקונגרס.

בעידן הטרור הכלל-עולמי יש להעניק למונח "מלחמה" ולנגזרותיו ("מבצע" וכיוצא באלה) פרשנות תכליתית, על-פי התוצאה המסתברת של המהלך, ולא על-פי היקפו. זאת, בניגוד למה שנדמה כמוסכמה החוקתית השלטת כיום.

יש לתקן את חוק-יסוד: הממשלה ואת חוק-יסוד: הצבא באופן שיסיר את הפגמים החוקתיים במבנה של סמכויות המלחמה במשפטה החוקתי של מדינת-ישראל, ויתאים את המבנה החוקתי של סוגיה רגישה וחיונית זו להתפתחויות של המאה העשרים ואחת.