

חלק שני

חוק יסוד: הצבא, נושאים חוקתיים ומשפטיים אחרים



חוק יסוד: הצבא, שנחקק ביולי 1976, הוא חוק קצר ותמציתי, וזו לשונו:

1. צבא־הגנה־לישראל הוא צבאה של המדינה.
2. א. הצבא נתון למרות הממשלה.
ב. השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הבטחון.
3. א. הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי.
ב. ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון.
ג. ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הבטחון.
4. החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו.
5. הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו.
6. אין להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא־הגנה־לישראל אלא על פי חוק.

מספר היבטים של החוק ראויים לציון: ראשית, למרות מה שמשמע מהמלצתה של ועדת אגרנט, ראש הממשלה אינו מוזכר כלל בחוק יסוד זה. הדרגים הנזכרים הם הממשלה ("הצבא נתון למרות הממשלה", ו"ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה") ושר הביטחון ("השר הממונה על הצבא מטעם הממשלה הוא שר הבטחון" ו"ראש המטה הכללי כפוף לשר הבטחון").⁴⁸ היעדרו של ראש הממשלה – שמעמדו ביחס לשרי הממשלה בנושאים אחרים גם הוא נושא לפרשנות משפטית מסועפת – וההבחנה המילולית בין "מרות" לבין "כפיפות" יצרו מצב שבו אין בחוק יסוד: הצבא כשלעצמו כדי לפתור מחלוקות של סמכות ואחריות.

לקונה זו בולטת במיוחד בכל הנוגע לשר הביטחון, שבניגוד לראש הממשלה מוזכר בחוק אך מעמדו וסמכויותיו, בפרט אל מול הממשלה והעומד בראשה, אינם ברורים. בהצעתם לחוק הצבא כתבו שמואל אבן וצביה גרוס:

קיימת עמימות בנוגע למספר עניינים מהותיים, כגון: מה עליו לבצע בכדי למלא כראוי את תפקידו? מה חייב הצבא להביא לאישורו ובאיזה עניינים יכול הצבא להחליט בעצמו? אלו החלטות עליו לקבל בעצמו ואלו מחייבות את אישור הממשלה? לפי הפרשנות הקיימת של חוק היסוד, לשר הביטחון אין מעמד עצמאי משלו ומעמדו נגזר מהממשלה, כשר הממונה על הצבא מטעמה. שר הביטחון הוא מעין "צינור" בין הממשלה לצבא.⁴⁹

48 **חוק יסוד: הצבא**, 1976, סעיפים 2 ו-3.

49 שמואל אבן וצביה גרוס, **הצעה לחוק צה"ל**, מזכר 93, המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2008, עמ' 13.

בדיון שנערך בכנסת בשנת 2003 על תיקונים אפשריים לחוק היסוד אמר השופט (והפצ"ר לשעבר) אילן שיף בעניין היחסים בין ראש הממשלה לשר הביטחון, כי "הנושא יכול להיות שנוי במחלוקת. ולדעתי, צריך להידרש אליו ולהחליט אם מקנים לראש הממשלה מעמד מפורש בחוק, ואם כן, איזה מעמד, ומה קורה כאשר יש סתירה בין הוראה שלו לבין הוראה של שר הביטחון". אשר ליחסים בין השר לצבא אמר שיף:

לכאורה, הכפיפות היא כפיפות, ולכאורה כל הוראה שנותן השר לצבא, דרך הרמטכ"ל, יש לבצע אותה. אני אומר "לכאורה", כי זה בהחלט יכול להיות נתון במחלוקת, ואכן זה נתון במחלוקת, כי למקרא החוק, ברור שהרמטכ"ל והצבא נתונים למרות הממשלה. מרות היא לכאורה ביטוי הרבה יותר חזק מאשר כפיפות, וכיוון שיש שוני בביטויים בין מרות לכפיפות, יכולה להיות מחלוקת.⁵⁰

משמעות החוק בהקשר של יחסי ראש ממשלה–שר ביטחון

בפרשנותם לחוק יסוד: הצבא כתבו הפרופסורים מרדכי קרמיניצר ואריאל בנדור:

ההיגיון החוקתי שלפיו הממשלה כולה נושאת באחריות להגנת המדינה, היותו של שר הביטחון ממונה על הצבא מטעם הממשלה, והעליונות מבחינת עוצמת השליטה של "מרות" לעומת "כפיפות", מצביעים כולם על קיום היררכיה בין הממשלה לבין שר הביטחון, שלפיה הממשלה עליונה על השר [...] מכאן, שכל עוד לא אמרה הממשלה את דברה בנושא פלוני, חייב הרמטכ"ל למלא את הוראותיו של שר הביטחון, אבל משהובא הנושא לפני הממשלה, החלטתה של הממשלה היא המחייבת את הרמטכ"ל, ושר הביטחון אינו אלא אחד מחברי הממשלה [...] במקרה של סתירה בין הוראה הניתנת לרמטכ"ל על ידי הממשלה לבין הוראתו של שר הביטחון חייב הרמטכ"ל לציית להוראת הממשלה.⁵¹

⁵⁰ הכנסת השש-עשרה, מושב שני, פרוטוקול מס' 112 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 15 בדצמבר 2003.

⁵¹ מרדכי קרמיניצר ואריאל בנדור, "חוק יסוד: הצבא, הפקולטה למשפטים – האוניברסיטה העברית בירושלים, עמ' 45-47.

פרשנות מקובלת זו, שאף בוטאה בפסק הדין של השופט העליון לנדוי בבג"ץ אלון מורה,⁵² אכן מסדירה את ההיררכיה בין הממשלה לבין שר הביטחון, אבל לא את זו בין ראש הממשלה לשר. ראש הממשלה אינו מוזכר כלל בחוק, כנראה מכוח מה שאבן וגרוס מכנים "התפישה החוקתית" – הקלאסית, הרלוונטית גם לשאר משרדי הממשלה, לפיה כל שר אחראי כלפי הממשלה כולה לגבי פעילות משרדו, ואין ליצור מצב חריג בו לראש הממשלה יהיה מעמד מיוחד לגבי משרד הביטחון.⁵³ ואכן, מעמדו של ראש הממשלה ביחס לממשלה אינו מוגדר באופן ברור בחקיקה גם בעניינים אחרים. יש לו סמכות לפטר שרים, לקבוע את סדר היום של ישיבות הממשלה (והקבינט, שהוא ועדת שרים המשמשת כמחליפת הממשלה) ולהביא דברים להצבעה; אבל כל עוד אין החלטת ממשלה, לא משתמע מן החוק שדעתו של ראש הממשלה בעניין מסוים עדיפה או מכרעת על זו של כל שר.

ואולם ענייני הביטחון שונים מרוב העניינים האחרים שהממשלה עוסקת בהם, ולא רק בגלל חשיבותם היחסית בסדר היום הישראלי. הם משיקים באופן הדוק לסדר היום המדיני; ארגוני ביטחון שאינם צה"ל, דוגמת המוסד, השב"כ והוועדה לאנרגיה אטומית, מצויים תחת סמכותו הישירה של ראש הממשלה, ולשר הביטחון אין כל סמכות מולם. הניסיון ביוכל השנים שחלפו מאז חקיקת חוק היסוד מעיד על כך שהשיח (או היעדרו) בין ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל שונה מהותית מזה המתקיים בכל תחום אחר.

החוק אינו עוסק כלל בשאלה, המעשית מאוד, מה קורה אם אין החלטת ממשלה מפורשת – אולי אף משום שראש הממשלה חושש שיהיה בממשלה רוב לעמדת שר הביטחון בנושא מסוים ואינו מביא אותו להצבעה בפניה – אלא רק עמדות שונות, ואולי אף הנחיות סותרות של ראש הממשלה ושל השר. מבחינה משפטית, בהיעדר החלטת ממשלה עמדת שר הביטחון היא הגוברת; ואולם מצב זה מנוגד לסדר הפוליטי, על אחת כמה וכמה כאשר שר הביטחון הוא מינוי "מקצועי" חסר כוח פוליטי משלו. זוהי לקונה הן בהסדרה החוקית והן בהתנהלות היומיומית בענייני הביטחון, במיוחד אם יש בין הדרגים ובתוכם חילוקי דעות, יחסים אישיים בעייתיים או רצון להימנע מאחריות למהלך מסוים. מדוע לא תוקן מצב זה, שבו ראש הממשלה אינו מוזכר כלל בחוק ומעמדו לכאורה אינו ברור, ובפועל הוא הסמכות הקובעת כשהוא חפץ בכך, ויכול להתחמק מכך כשהדבר לא נוח לו?

⁵² בג"ץ, 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל ואח', 1979. מצוטט מתוך גלוסקה, על סמכות, אחריות, מרות וכפיפות.

⁵³ אבן וגרוס, **הצעה לחוק צה"ל**, עמ' 11.

הסבר הגיוני אחד ניתן על ידי יורם פרי:

דווקא העמימות מאפשרת לראש הממשלה גמישות רבה יותר בהפעלת מערכת הביטחון. נוח לו שיש מישהו המשמש צינור בינו ובין צה"ל ומהווה אחראי ישיר עליו. הדבר נכון במיוחד כאשר ראש הממשלה אינו נהנה מסמכות מקצועית ויכול להישען על מעמדו של שר הביטחון בעיני הקצונה הבכירה, כמו שקרה לבנימין נתניהו בממשלתו הראשונה, ועוד יותר מזה בשנייה. ראש הממשלה מעדיף שהמיקוח עם צה"ל במצבים בהם נדרשות הכרעות קשות שעלולות לגבות מחיר פוליטי גבוה, ובמיוחד במקרים של מחדל או כישלון, יעשה על ידי מתווך. או אז יכול ראש הממשלה להתנער מאחריות ולטעון שהיא מונחת על שכמו של מישהו אחר, כלומר שר הביטחון. לראש הממשלה גם נוח שמהות הכפיפות ביחסי הרמטכ"ל עם שר הביטחון תישאר עמומה. כך יכול להיווצר מצב, שכאשר ממלאי שני תפקידים אלה חלוקים בדעתם, הם ייאלצו לבוא אליו כדי שיכריע ביניהם.⁵⁴

אותם דברים, לדבריו, חלים גם על שר הביטחון לגבי הרמטכ"ל וצה"ל.

משמעות החוק בהקשר של יחסי שר ביטחון-רמטכ"ל וצה"ל

שאלה נוספת העולה מן החקיקה היא עד איזו רמה מוסמכת הממשלה להורות לצבא: בנושאים אסטרטגיים (מטרות הפעולה ומגבלותיה, למשל) או גם בנושאים טקטיים-אופרטיביים? קרמניצר ובנדור מציגים גישות שונות לנושא זה, אך מדגישים כי הכלל הקובע צריך להיות האחדה ככל האפשר של סמכות ואחריות: "הממשלה תישא באחריות מלאה רק על אותן החלטות טקטיות ואופרטיביות חריגות שבפועל היא קיבלה [...] אין טעם בסמכות ואחריות בתחום הטקטי והאופרטיבי, שבו הן יהיו מעבר ליכולת המימוש של הממשלה".⁵⁵

החלת הכלל הזה על יחסי שר ביטחון-רמטכ"ל מורכבת יותר, שכן מחד גיסא שר הביטחון הוא הממונה על הצבא מטעם הממשלה, כלשון החוק, ולכן לכאורה חלה עליו אותה פרשנות החלה על יחסי ממשלה-צבא; מאידך גיסא יש לשר לכאורה כלים טובים יותר מאשר לממשלה למימוש אחריותו גם בנושאים אופרטיביים-טקטיים, והוא אף מפעיל

⁵⁴ פרי, האם לא הגיעה העת להכשיר את הקצונה הבכירה לפוליטיקה? עמ' 27.

⁵⁵ קרמניצר ובנדור, **חוק יסוד: הצבא**, עמ' 50-51.

אותם באופן תדיר, למשל באישור של מבצעים וגיחות מעבר לגבול (מו"ג), הנעשה דרך קבע בדיון בינו לבין מפקדי הצבא. המסקנה של קרמניצר ובנדור היא:

כוונת המחוקק הייתה, אפוא, להכפיף את הרמטכ"ל באופן מלא לשר הביטחון [...] ההגבלה היחידה על כוחו של שר הביטחון ביחס לצבא נעוצה בהיותו של הרמטכ"ל הדרג הפיקודי העליון בצבא, כאמור בסעיף 3 (א) לחוק היסוד. לנוכח הגבלה זו, ככלל אין שר הביטחון מוסמך לתת הוראות לחיילים, ובכלל זה מפקדים בכירים, אלא באמצעות הרמטכ"ל.⁵⁶

בה בשעה, כאשר שר הביטחון מורה לרמטכ"ל (ולו בלבד מבין לובשי המדים) דבר כלשהו, על הרמטכ"ל לציית להנחיה בכל עניין, כולל עניינים טקטיים. יש לציין כי קיימות גם דעות אחרות בנושא, כמו זו של אייל נון, שכתב כי ועדת אגרנט הדגישה פעם אחר פעם את הצורך להימנע מהפיכתו של שר הביטחון לרמטכ"ל-על:

בנתונים הקיימים בישראל, שבה מקובל – ויש סבורים כי אף רצוי – כי בכירי הצבא מתמנים לכהונת שר הביטחון, ואחר כך נוהגים להתערב התערבות עמוקה בפעילותו השוטפת של הצבא, מצב יחסים זה (דהיינו – כפיפות אסטרטגית של ראש המטה הכללי לשר הביטחון, ולא מוחלטת) מגלם הן את הפירוש הנכון לחוק יסוד: הצבא והן את המצב הרצוי.⁵⁷

בדיוני ועדת המשנה לחוקי היסוד, שניסחה את חוק יסוד: הצבא, הביע הפרקליט הצבאי הראשי דאז צבי ענבר התנגדות להצעה שהועלתה – לקבוע סמכות עצמאית וישירה לשר הביטחון לתת הוראות ופקודות לצבא – בנימוק ש"לא ייתכן שיהיו שני גופים שיוציאו הוראות לצבא, הרמטכ"ל ושר הביטחון".⁵⁸

לאחר חקיקת החוק פרסמה הפרקליטות הצבאית הראשית חוות דעת (שכתב חנן מלצר, לימים שופט בית המשפט העליון), שלפיה קיימות שלוש גישות אפשריות ליחס בין הרמטכ"ל לשר הביטחון:

⁵⁶ שם, עמ' 55–56.

⁵⁷ אייל נון, המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא, **משפט וצבא**, 16, 2002, עמ' 169–170.

⁵⁸ הכנסת השמינית, מושב שלישי, **פרוטוקולים של דיוני ועדת המשנה לחוקי היסוד**.

1. כפיפות מוחלטת – השר רשאי להתערב בכל נושא, והוא מעין 'רמטכ"ל-על' (כנציג הממשלה).

2. כפיפות אסטרטגית – הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון בנושאים בעלי משמעות מדינית או אסטרטגית, אך ניהול שוטף ואירועים טקטיים בסמכות מלאה של הרמטכ"ל.

3. כפיפות יחסית – בנושאים האסטרטגיים הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון, אך בניהול שוטף ואירועים טקטיים שר הביטחון מוסמך רק לאשר או לפסול את הצעת הרמטכ"ל.⁵⁹

בפועל לא הייתה הכרעה בין גישות אלה והמצב ממשיך להיות מעין תחום אפור, לא רק בין הרמטכ"ל לשר הביטחון אלא גם בין כל אחד מהם לראש הממשלה. בה בעת מתרבים המקרים שבהם שרים מבקשים שהממשלה תתערב גם בנושאים טקטיים – דבר המגביר את המתרחקות בין הדרגים.

בדיון בכנסת מ-2003 התקיים שיח מעניין בנושא זה בין אילן שיף לבין יו"ר הוועדה ח"כ מיכאל איתן. שיף תיאר עמדה הדומה לזו של קרמניצר ובנדור:

אם ניתן לשר סמכויות מלאות כלפי הצבא, כאילו הפכנו אותו לדרג הפיקודי העליון בצבא, והוא יכול לנטרל את הרמטכ"ל. עוד אומרים המתנגדים, שיש סיכון בנתינת סמכויות כה נרחבות לאדם אחד שהוא דמות פוליטית, וכרגע לא חשוב מי הוא, ולכן זה לא בריא ולא נכון לתת לו סמכויות גם במישור הטקטי-האופרטיבי.⁶⁰

הבסיס לעמדתו זו של שיף ניתן לפירוש כך: בהיותו לובש מדים, על הרמטכ"ל חלה מערכת דינים, נורמות וערכים הנובעים מחוק השיפוט הצבאי ומעקרונות כמו אחריות אישית ומשמעת, שנועדו בין השאר להבטיח את פעולתו של הצבא במדינה דמוקרטית. מערכת זו אינה חלה כמובן על בעלי תפקידים אזרחיים, ומכאן הקושי שבפיקוד מלא וישיר, במובנו הצבאי, של דמות שאינה צבאית על איש צבא.

ראייתו של ח"כ מיכאל איתן הייתה כמובן אחרת. הוא תהה אם "דמות פוליטית – זה נכון? [...] כל פעם שרוצים להגיד שיש משהו, אבל גם משהו לא בסדר, אז אומרים שיש משהו וגם דמות פוליטית". כשיף התגונן ואמר כי "מבחינת העקרונות הדמוקרטיים זה לא בריא, כך טוענים אותם מתנגדים, לתת לאדם יחיד, שהוא דמות פוליטית", חזר איתן על התהייה שלו: "אני רוצה להבין מה הבעיה כאן עם הדמות הפוליטית, מה המינוס שהדמות

⁵⁹ חנן מלצר, **היבטים קונסטיטוציוניים על יחסי ממשלה-שר ביטחון-רמטכ"ל: סיכום גישות**, (הפרקליטות הצבאית הראשית, חוות דעת מספר 10.0101, 4 בנובמבר 1977).

⁶⁰ הכנסת השש-עשרה, מושב שני, **פרוטוקול מס' 112**.

היא דמות פוליטית". בתגובה אמר שיף כי "אולי הביטוי 'מפלגתי' הוא יותר מוצלח. בכל מקרה יש בעיה לתת לדמות מפלגתית, שיש לה גם אג'נדה מפלגתית, סמכויות כל כך נרחבות, כאשר היא חבה גם חובות כלפי המפלגה שלה". ואיתן סיכם: "נדמה לי שמרבית הרמטכ"לים היו דמויות מפלגתיות, וצ'יק-צ'ק, ישר מהרמטכ"לות הם הוכיחו את זה. כדאי להיזהר במחשבות".⁶¹

פרט לפיקנטיות של שיח זה, הוא רלוונטי במיוחד לנימוקים המושמעים מאז, וביתר שאת בימינו אלה, לגבי יחסי דרג מדיני-צבאי, ונוגעים גם לסוגיית הפופולריות והאמון הציבורי השונים לחלוטין שמהם נהנים אנשי הצבא לעומת הדרג הפוליטי, שלו הם כפופים על פי חוק.

הצורך בהרחבת החקיקה

מאז שנחקק חוק יסוד: הצבא עמדו חוקרים ומשפטנים רבים על הצורך לתקן ולהרחיב אותו, שכן הגדרותיו הכלליות והמעטות אינן עונות על הצורך למסד בחוק את מערכת היחסים בצמרת הביטחונית, כפי שהתגלה לא פעם בפרשיות שונות. אבן וגרוס אף הניחו, כאמור, טיוטה לחוק משלים לחוק יסוד, כשם שיש חוקים כאלה אשר לכנסת ולממשלה. עוד קודם לכן פירט אביעזר יערי את התיקונים הדרושים בחקיקה:

ישופרו הגדרות קיימות בנוגע לסמכויות בדרג "הפיקוד העליון". בעניין זה צריכות להיות בחוק יסוד: הצבא הגדרות מחודדות יותר של הכפיפויות החל בממשלה וועדת השרים לענייני ביטחון, דרך ראש הממשלה המשך בשר הביטחון וכלה ברמטכ"ל. בייחוד חשוב לקבוע את מעמדו של ראש הממשלה כלפי הצבא, שאיננו מוזכר היום בחוק, ולחדד את כפיפותם המלאה של הרמטכ"ל ושל הצבא לשר הביטחון בכל עניין [...] יושלם ניסוח בחוק היסוד בעניין מעמדן של הפקודות העיקריות בצבא ומי אחראי להוציאן או לקבוע סמכויות של גורמים כפופים בתחום זה.⁶²

הסמכות להכריז על יציאה למלחמה

החל משנת 1992 קבע חוק יסוד: הממשלה כי "המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה", והוסיף כי "אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת

61 הכנסת השש-עשרה, מושב שני, פרוטוקול מס' 112.

62 יערי, הפיקוח האזרחי על הצבא בישראל, עמ' 21.

הגנה על המדינה ובטחון הציבור".⁶³ ב-2018, בעקבות המלצתה של ועדה בראשות יעקב עמידור, שהוטל עליה למצוא דרכים לשיפור עבודת הקבינט, תוקן סעיף זה לנוסח "המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה, אלא מכוח החלטת הממשלה".⁶⁴ עוד נקבע כי הממשלה רשאית להאציל סמכות זו לוועדת שרים (הכוונה כמובן לקבינט המדיני-ביטחוני), והוועדה תפעיל את סמכותה "רק אם מצא ראש הממשלה כי הפעלת הסמכות בידי הוועדה, במקום הממשלה, נדרשת, בנסיבות העניין, בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה, לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם".⁶⁵

גלגולי תיקון החקיקה הזו מעידים על התסבוכת בהגדרות החוקיות של הסמכויות בעניינים הקריטיים ביותר לביטחון. המעבר מהכרזת מלחמה למלחמה או ל"פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל למלחמה" נדרש משום שמלחמות העידן החדש לא היו בהכרח מהלכים סדורים של צבאות המונהגים על ידי דרג מדיני, ובשל שני מקרים בולטים בשנים שקדמו לשינוי: הפצצת הכור בדיר א-זור ב-2007, שהיה חשש ממשי כי תוביל למלחמה עם סוריה, והוויכוח בין הדרגים בשאלת פעולה צבאית נגד מתקני הגרעין באיראן בשנים 2010-2012. על פי הדיווחים דרש ראש המוסד מאיר דגן מראש הממשלה נתניהו לכנס את הקבינט ולקבל החלטה על ההכנות לתקיפה על פי החוק, מה שנתניהו נמנע מלעשות – דבר שהוביל עד היום לקרב גרסאות ולטענה שדגן והרמטכ"ל גבי אשכנזי מנעו מנתניהו ומשר הביטחון ברק לממש את התקיפה. דגן עצמו אמר על כך:

אף פעם לא סירבנו פקודה של ראש הממשלה. יש לנו מערכת חוקית. לגייס שלוש דיביזיות זו החלטה של הממשלה. אם זה היה מתקבל בדרך חוקית, היינו מצייתים. גם הקבינט וגם ראש הממשלה צריכים לפעול לפי החוק. מה שהוא ביקש מאיתנו הוא משהו שצריך להיעשות בפורום אחר.⁶⁶

⁶³ **חוק יסוד: הממשלה**, 1992, סעיף 51; לאחר ביטול החוק וחקיקת חוק יסוד חדש, הפך נוסח זה לסעיף 40 בחוק משנת 2001.

⁶⁴ **חוק יסוד: הממשלה**, סעיף 40 (א).

⁶⁵ שם, סעיף 40 (א).

⁶⁶ דנה סומברג, מאיר דגן: "אם הוראתו של נתניהו על תקיפה באיראן הייתה חוקית, היינו מבצעים", **מעריב**, 7 ביוני 2015.

כשהובא התיקון לחוק בפני מליאת הכנסת הוסיף יו"ר ועדת החוץ והביטחון אבי דיכטר הסתייגות לנוסח שהתקבל בוועדה, וזו התקבלה במליאה ללא דיון של ממש (לאחר שנפלה בדיון בוועדה). נאמר בה כי בנסיבות מיוחדות יוכלו ראש הממשלה ושר הביטחון לקבל החלטה על יציאה למלחמה או לפעולה משמעותית בפורום מצומצם יותר, ואף במעמד שניהם בלבד. מעטים התייחסו לעובדה שבמשך יותר מעשרים שנה בתולדות ישראל היה ראש הממשלה גם שר הביטחון (בן-גוריון, אשכול, בגין, שמיר, רבין, ברק ונתניהו), כך שלמעשה אדם אחד, שאין לו מעמד חוקי של "מפקד עליון", יכול היה להחליט על דעת עצמו להוביל את המדינה למלחמה. אחרי מחאות ופעולה פרלמנטרית בוטל תיקון זה, ונשארה האצלת הסמכות לקבינט במלואו בלבד.

אירוע זה מעיד כי שרשרת הפיקוד בישראל אינה ברורה במידה מספקת, ולמעשה אין "פיקוד עליון" כהגדרתו במדינות אחרות, למעט החלטת ממשלה מפורשת שעל הצבא להישמע לה מכוח המרות המפורטת בחוק יסוד: הצבא. נוסף על כך, גלגולי הסעיף השני לתיקון מ-2018 מעידים על הבעייתיות בפוליטיזציה ההולכת וגוברת של הקבינט, במיומנות הדלה של חבריו ובהתפתחות מצב שבו ראש הממשלה, שכזכור אין לו מעמד חוקי משלו בענייני ביטחון, אינו סומך על הגוף שהצבא סר למרותו החוקית.

הוראות הפיקוד העליון

הוראות הפיקוד העליון (הפ"ע) מוגדרות בחוק השיפוט הצבאי כ"הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל, באישור שר הביטחון, והן יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה".⁶⁷ הוראות אלה מסורות להחלטתו של הרמטכ"ל באישור שר הביטחון, ואין מחייבות מחוץ לגבולותיו של צה"ל. אביעזר יערי גרס כי יש ליצור מצב שבו:

(א) הפקודות בצבא, סדרן והמוסמכים להוצאתן ייקבעו בחוק היסוד והוראות הפיקוד העליון יוצאו מטעם הדרג המדיני, בידי שר הביטחון, בהתייעצות עם הרמטכ"ל ולא ההפך. (ב) המושג "הוראות פיקוד עליון", שמשמעותו נתונה בספק, מאחר שלפי חוק אין פיקוד עליון על צה"ל, יזכה להגדרה טובה יותר.⁶⁸

67 חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, סעיף 2 א'.
68 יערי, הפיקוח האזרחי על הצבא בישראל, עמ' 21.

זוהי טענה שיש בגינה חילוקי דעות משפטיים, אולם מקרה בולט אחד מעיד עד כמה בעייתית עלולה להיות עמימות זו בהגדרת היחסים בין הדרגים. במהלך כהונתו של גבי אשכנזי כרמטכ"ל, על רקע יריבות אישית שהלכה והחמירה בינו לבין שר הביטחון אהוד ברק, ולנוכח היעדר הגדרה חוקית ראויה של מערכת היחסים בצמרת, ניסה אשכנזי לנסח דברים מחדש באמצעות שינוי של סעיף "המפקדה הכללית" בהפ"ע. עבודת המטה על השינוי החלה לפני ההרעה ביחסי ברק-אשכנזי, שגרמה לשר הביטחון במאוס 2010 לבטל את אישורו לנוסח החדש.

עיקרו של השינוי המוצע היה שינוי הגדרת תפקידו של הרמטכ"ל ל"מפקד הצבא", וסגן הרמטכ"ל ל"סגן מפקד הצבא". טענתו הפורמלית של ברק לביטול האישור הייתה שהגדרת הרמטכ"ל כ"מפקד הצבא" מנוגדת למשמעותו של חוק יסוד: הצבא. זו טענה שיש לה בסיס (אם כי הפצ"ר אביחי מנדלבלית סבר אחרת), אבל כך בדיוק אפשר לומר על דרישה שהעלה ראש מטה שר הביטחון יוני קורן, שדרש להחליף את הביטוי "החלטות הדרג המדיני" בביטוי "החלטות שר הביטחון".⁶⁹

בדוח שלו על הפרשה ביקר מבקר המדינה את התנהלותו של ברק, אבל לא התייחס לסוגיה המשפטית העולה מן האירוע. מה שאפשר ללמוד מן הפרשה כולה הוא עד כמה עמומות וחסרות הן ההגדרות הבסיסיות ביותר של תפקידים, כפיפות ושרשרת הפיקוד במצב המשפטי הקיים, ולא פחות מזה, עד כמה כל מהלך בעניין עד כה נבע משיקולים אישיים וממערכות יחסים, ולא מרצון ליצור בהירות ותוקף חוקי לדברים. לקח זה אך מעצים את המסקנה שלפיה יש צורך, באופן מוסדר ונטול גוון אישי, להבהיר בחוק את היחסים בין הדרגים, כפי שהדבר נעשה ברבות מהמדינות הדמוקרטיות.

מעמד הרמטכ"ל אל מול הצבא

שמואל אבן וצביה גרוס נותנים את הדעת על בעיה נוספת במצב החקיקה הנוכחי:

כיום הרמטכ"ל רשאי, פורמאלית, להנחות את מפקדי צה"ל לא לחלוק עליו בפני הממשלה. כך שמבחינת החוק ייתכן בהחלט שהממשלה תקבל החלטה ביטחונית מהותית, על פי המלצת הרמטכ"ל בלבד, בלא שתהא מודעות להסתייגויות משמעותיות, למרות שיתכן שהרמטכ"ל נמצא בעמדת מיעוט ואולי אף יחיד בדעתו בפורום מטכ"ל.⁷⁰

69 מבקר המדינה, דוח ביקורת על פרשת "מסמך הרפז", 2013, עמ' 200-207.

70 אבן וגרוס, הצעה לחוק צה"ל, עמ' 16.

זהו מצב בעייתי, משום שהוא מתנגש עם יכולתה של הממשלה לקבל החלטה מושכלת מתוך הכרת מרב העובדות ופרשנותן האפשרית. כפי שנראה בהמשך, במדינות מסוימות (למשל ארצות הברית) ניתן לכך פתרון על ידי חיוב בחוק של הקצין הבכיר בצבא להביא לידיעת הדרג האזרחי דעות שונות משלו.

לסיכום, אפשר לגזור מן המצב החוקי הנוכחי את המסקנות הבאות:

- א. חוק יסוד: הצבא מגדיר היטב את מרותה של הרשות האזרחית כלפי צה"ל, ובאופן משתמע גם את מדרג המרות: הממשלה קודם כול, ושר הביטחון כמייצגה – כל עוד אין החלטת ממשלה מפורשת המנוגדת לעמדתו, שאז החלטת הממשלה היא הקובעת.
- ב. החוק אינו מזכיר כלל את ראש הממשלה, ואין בו הסדרה משפטית או נורמטיבית של מערכת היחסים בין ראש הממשלה לשר הביטחון, בייחוד במצב שבו אין החלטת ממשלה מפורשת אלא מדובר בשיח לא פורמלי. מצב זה קיים בפועל בין ראש הממשלה לבין כל שרי הממשלה, אך בשל מרכזיותו של נושא הביטחון ותכיפות הדיונים בו הוא חמור במיוחד במקרה זה.
- ג. למרות הערפול בשאלה עד איזו רמה ראוי שהממשלה ושר הביטחון יקבעו את פעולות הצבא וינחו את הרמטכ"ל, ברור שכוונת המחוקק (בעקבות מסקנותיה של ועדת אגרנט) היא שהנחיה זו תיסמך על יכולות מבניות ראויות של הדרג המדיני לבחון את פעולת הצבא המוצעת ולרדת לעומקה.
- ד. לענייננו אפשר להסיק מכך כי ככל שלשר הביטחון יהיו כלים משלו לבחון את תמונת העולם שמציג הצבא ואת המלצותיו לפעולה, כך תגבר סמכותו לממש את כוונת החוק לגבי כפיפות הצבא אליו, לא רק בהיבט האסטרטגי הרחב אלא גם ביחס להיבט מסוים בבניין הכוח או בהפעלתו.
- ה. החוק אינו יורד לפרטים, דוגמת רמת הפעילות ומשמעותה (טקטית, אופרטיבית ואסטרטגית), שלגביהם תופעל מרות הממשלה או הכפיפות לשר הביטחון, מה שמגביר את הסיכוי למעורבות פוליטית בהחלטות טקטיות מחד גיסא, ולדחיפה של המערכת הצבאית לא להביא לדיון בדרג המדיני פעולות שדרג זה אינו מודע להן, מאידך גיסא.
- ו. לעמימות זו יש משמעות רבה במיוחד, עד כדי סכנה לקיומו של תהליך ראוי לקבלת החלטות, בשל מורכבותם של המצבים בעימותים של זמננו, הפוליטיזציה הגוברת

והמיומנות הפוחתת בקרב הדרג המדיני, ונטייתם של ראשי ממשלה לעבוד מחוץ לתהליך המסודר ואף המוגדר בחוק.

ז. לנוכח המורכבות של הסוגיות הביטחוניות העולות לדיון יומיומי בין הדרגים, ולאור הניסיון שנצבר בכמעט יובל שנים מאז שנחקק החוק, יש מקום לחקיקה ספציפית שתסדיר בצורה טובה יותר את מערכות היחסים ביניהם.

ח. בחקיקה כזו יש לתת את הדעת גם על הסדרתן של אלה מהוראות הפיקוד העליון הנוגעות למערכת היחסים בין הדרגים ולהבהרתה.