

המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל*

אייל נון**

א. מבוא ב. חוק ג. חוקי היסוד ושאלת השריון ד. החקיקה המסדירה את פעילות הצבא ה. סמכויות הצבא ומטרות שירות הביטחון ו. המעמד החוקתי של סמכויות הצבא ז. המדרג רמטכ"ל - שר ביטחון - ממשלה ח. ראש הממשלה והרמטכ"ל ט. מועצה לביטחון לאומי י. היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון יא. כפיפות מוחלטת יב. כפיפות יחסית יג. כפיפות אסטרטגית יד. הפרשנות הראויה טו. כפיפות הרמטכ"ל לסגן שר הביטחון טז. מינוי הרמטכ"ל יז. סמכויות מלחמה (War Powers) יח. כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל יט. סיכום

א. מבוא

צה"ל היה מאז ומתמיד אחד מהארגונים רבי העוצמה, אם לא בעל העוצמה הרבה מכולם, במדינת ישראל. על רקע זה, המבקש לבחון את המגבלות המוטלות על הצבא - על מנת לרסן כוח זה, במיוחד במשטר דמוקרטי, שהוא פגיע ושברירי אל מול שימוש לרעה בכוח צבאי - ימצא עצמו מופתע משהו מהדלות הבלתי נסבלת של הדיון בכל הנוגע להיבטים המשפטיים של יחסי הדרג המדיני עם הדרג הביטחוני ובראשו הדרג הצבאי.

* זכות ראשונים בניתוח סדור, ולו חלקי, של חוק-יסוד: הצבא, שמורה לעו"ד חנן מלצר, בשירותו הסדיר ובשירותו במילואים במסגרת ענף יעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית (בראשותו של סא"ל (כדרגתו אז) אהרון לוי), אשר גיבש בשנים שלאחר חקיקת החוק סקירה משפטית אודותיו. הסקירה פורסמה בקובץ חוות הדעת המנחות שהופק באותה העת על ידי ענף יעוץ וחקיקה. אומנם, נתפרסמו באותן שנים גם מספר מאמרים אשר עסקו בפניו השונים של חוק היסוד, אך הסקירה האמורה שימשה ומשמשת גם כיום, על אף שלא נתפרסמה במסגרת אקדמית כלשהי, אבן טרפו בכל עיסוק משפטי בנושא. מאז נכתבה הסקירה, חלו שינויים במצב המשפטי וכמובן בפסיקת בית המשפט העליון, אך בסוגיית יחסי שר ביטחון - רמטכ"ל, והגישות השונות לפירושו של סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא, נותרו הדברים דאז יפים גם היום, והפרק העוסק בסוגיה זו במאמר נשען עליהם.

** LL.B., LL.M. הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מרצה, המכללה לפיקוד ומטה, צה"ל. מרצה מן החוץ, המכללה למשפטים רמת גן. לשעבר מפקד המגמה האזרחית, בית הספר למשפט צבאי, צה"ל, והיועץ המשפטי לאגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, צה"ל.

דלות זו עומדת בניגוד להיקף העיסוק הרחב יחסית בסוגיות של ביטחון לאומי ובסוגיות כלכליות וחברתיות המשיקות להן, הן בבית המדרש הממלכתי האמור לעסוק בסוגיות אלה, המכללה לביטחון לאומי של צה"ל¹, והן במסגרות אחרות, חלקן אקדמיות, כמו מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים באוניברסיטת תל אביב ומרכז בגין סאדאת למחקרים אסטרטגיים באוניברסיטת בר אילן, וחלקן לא אקדמיות. מצב הדיון הציבורי והאקדמי בסוגיה הוא דל במיוחד כשהדברים אמורים במדינה הנתונה - עדיין ויתכן שלעוד עשרות שנים רבות - תחת איום מוחשי על שרידותה ועל עצם קיומה, וגם הקמתו של הגוף הממלכתי האמור לעסוק בקביעת מדיניות בסוגיות של ביטחון לאומי ובין היתר, כך יש להניח, גם בהיבטיהן המשפטיים - צוות היעוץ המקצועי הקבוע בתחומי הביטחון הלאומי, המחויבת על פי סעיף 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה², טרם קרמה עור וגידים, ככל הנראה בשל מחלוקת בין ראש הממשלה לבין שר הביטחון.

העדרו של דיון ממצה בסוגיה הוא מטריד, לנוכח הצורך המובהק והמוכן (כמעט Ex Definitio) בהטלת מגבלות - משפטיות ואחרות - על הצבא, אשר יצמצמו למזער הבלתי נמנע את סכנת השימוש לרעה בכוח הצבאי, שעוצמתו - הנובעת מן השילוב של ארגון בעל משמעת נוקשה ויכולת ביצוע יחד עם אמצעי לחימה הרסניים - איננה עומדת בכל יחס לעוצמתם של ארגונים אחרים במדינה, ביטחוניים ושאינם ביטחוניים, צורך אשר דומה כי מדינת ישראל טרם השכילה להתמודד עמו באורח סדור.

דלותו היחסית של הדיון בהיבטיהן המשפטיים של סוגיות ביטחון לאומי ובמיוחד בסוגיות הנוגעות ליחסי הממסד הביטחוני עם הדרג המדיני³ היא, בין היתר, תוצר של העובדה כי חלק ניכר מן ההתדינות המעטה שכבר התקיימה בנושאים אלה, נותרה בתוך מערכת הביטחון פנימה, לכל היותר תוך שיתוף של גורמי משרד המשפטים באותם מקרים שנגעו ליוזמות חקיקה או באותם מקרים שנגעו לדיונים משפטיים, לרוב בבג"ץ⁴.

¹ ראו, לאחרונה, מערכות, **כ"ה שנים למכללה לביטחון לאומי**, גליון מיוחד (1998).

² ס"ח התשנ"ב, עמ' 214.

³ קשה להצביע על טעמים משכנעים לדלותו של הדיון בהיבטים המשפטיים הנוגעים ליחסי דרג מדיני - דרג ביטחוני. יתכן שמקורם של הדברים הוא בסברה כי על מדינת ישראל אין רובץ עוד איום קיומי, ולפחות אין רובץ איום קיומי מידי; יתכן שהתשתית האקדמית איננה מפותחת דיה בתחומים אלה; ויתכן כי חוסר עניין מספיק מצד האליטות השלטוניות והאקדמיות מוביל להעדרו של דיון אנליטי כולל בסוגיית יחסי דרג מדיני - דרג ביטחוני.

⁴ חיפוש בסיסי מעלה פסקי דין ספורים ביותר בהם אוזכר בכלל חוק-יסוד: הצבא, ואלה הם: בג"ץ 4723/96 עטיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, טרם פורסם; בג"ץ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד מ(4) 645; בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393; בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365; בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (פרשת אלון מורה); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90; בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(1) 83, פ"ד לג(3) 480; בג"ץ 663/78 מנהלת קרית ארבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 398; בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (פרשת בית אל); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309; בג"ץ

קיימת כתיבה בנושא, בהיקף מסויים, שנתפרסמה בחו"ל אודות ישראל, אך היא איננה עוסקת, על פי רוב, בהיבטים המשפטיים של יחסי צבא - דרג אזרחי בישראל⁵, אלא בהיבטיהם בתחום מדע המדינה ומדעי החברה⁶, וזאת בהשוואה לעיסוק הבלתי נדלה בנושאים אלה, על היבטיהם המשפטיים והאחרים, בשיטות משפט אחרות⁷.

- 626/82 **ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד לו(4) 105 (פרשת **עדנה פאר**); בג"ץ 4537/96 **שושן נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נ(4) 416 (פרשת **מוני חורב**). מכל פסקי הדין האמורים, רק משנים ניתן לדלות התייחסות ממשית כלשהי לסוגיות המשפטיות הקשות שמעלה חוק-יסוד: הצבא - עניין **העצני** ועניין **דויקא**.⁵
- למען הסר הספק, המאמר לא יעסוק בסוגיית הפיקוח על הדרג המשפטי הצבאי, הראויה כמובן לעיון בפני עצמה, אשר דווקא לגביה דומה כי המצב המשפטי הינו פחות מעורפל, הן מבחינת פיקוח בג"ץ על הרשויות הצבא המשפטיות (ראו, למשל, בג"ץ 6009/94 **שפרן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מח(5) 573; בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מג(4) 718; בג"ץ 5106/96, 5319, 5707 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, טרם פורסם), והן מבחינת פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על רשויות אלה (עניין **עטיה**; השוו תיק צפ55/95/265 **התובע הצבאי נ' שדיאל**, לא פורסם).
- ⁶ ראו, למשל: Y. Ben Meir, **Civil - Military Relations in Israel**, Columbia University Press (New York, 1995); R. Gal, S. A. Cohen, "Israel: Still Waiting under the Wings", in C. Moskos, J. A. Williams, D. R. Segal E. Etzioni (Eds.), **The Postmodern Military** (Forthcoming, 1999); Halevy, "Civil - Military Relations and Democracy: The Case of the Military - Political Elites' Connections in Israel", 22 *Armed Forces and Society* 401 (1996); D. Horowitz, "Strategic Limitations of 'A Nation in Arms'", 13 *Armed Forces and Society* 277 (1987); R. L. Schiff, "Civil - Military Relations: A Theory of Concordance", 1 *Security Studies* 4 (1992); R. L. Schiff, "Civil - Military Relations: A Theory of Concordance", 22 *Armed Forces and Society* 7 (1995). כתב העת *Armed Forces and Society* הוא כתב העת של מוסד המחקר הבינאוניברסיטאי IUS - Inter University Seminar on Armed Forces and Society, הפועל מאוניברסיטת Northwestern בשיקגו. ה-IUS הוקם על ידי פרופ' מוריס ג'נוביץ ז"ל בשנת 1960, במגמה ליצור מרכז בין תחומי למחקר ולדיון בסוגיות צבא וחברה. כתובת עמוד הבית של ה-IUS ברשת היא www.nwu.edu/ius.
- ⁷ ראו, כדוגמה וכמקור לאסמכתאות נוספות: S. Huntington, **The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil Military Relations**, Belknap Press (Cambridge, 1958); P. D. Feaver, "The Civil - Military Problematic: Huntington, Janowitz and the Question of Civilian Control", 23 *Armed Forces and Society* 149 (1996); P. D. Feaver, "Modeling Civil - Military Relations: A Reply to Burk and Becavich", 24 *Armed Forces and Society* 595 (1998); C. Dandeker, "National Security and Democracy: The United Kingdom Experience", 20 *Armed Forces and Society* 375 - 462 (1998); M. L. Martin, "National Security and Democracy: The Dilemma from a French Perspective", 20 *Armed Forces and Society* 395 (1994); P. W. Zagorski, "Civil - Military Relations and Democracy: The Armed Forces under the Menem Government", 20 *Armed Forces and Society* 395 (1994).

במשפט האמריקאי סוגיות של יחסי הדרג הצבאי עם הדרג המדיני - ובראשו הנשיא, המפקד העליון של הכוחות המזוינים - ובמיוחד סוגיות הנוגעות לסמכויות שעת חרום וסמכויות מלחמה (ראו להלן), הינן סוגיות חוקתיות מרכזיות, השכיחות הן בכתיבה האקדמית⁸ והן בפסיקת בתי המשפט הפדרליים, אשר עסקו כבר יותר מפעם אחת בלגיטימיות המשפטית של יציאה למלחמה או למבצע צבאי⁹.

- W. C. Banks, A. D. Carrio, "Presidential ; Forces and Society 423 (1994) Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States", 15 T. Kuzio, "Civil Military ; Michigan Journal of International Law 1 (1993) Relations in Ukraine 1989 - 1991", 22 Armed Forces and Society 25 D. L. Norden, "Redefining Political - Military Relations in Latin ; (1995) America: Issues of the New Democratic Era", 22 Armed Forces and Society M. C. Needler, "El Salvador: The Military and Politics", 17 ; 419 (1996) P. C. Sondrol, "The Paraguayan ; Armed Forces and Society 569 (1991) Military in Transition and Evolution of Civil Military Relations", 19 Armed A. Kohli, "State - Society Relations in ; Forces and Society 105 (1992) India's Changing Democracy", in A. Kohli (Ed.), **India's Democracy**, Princeton University Press (New Jersey, 1990) גם לסוגיות רחבות יותר, כמו שאלת מעמדו של המקצוע הצבאי בחברה בכלל ותופעת אובדן האוטונומיה של הארגון הצבאי: ראו, למשל, C. J. Downes, "To Be or not to Be a Profession: The Military Case", 1 Defense Analysis 141 (1985).
- ⁸ ראו, על קצה המזלג בלבד: D. R. Segal, "National Security and Democracy in ; the United States", 20 Armed Forces and Society 375 (1994) K. W. Kemp, ; C. Huldin, "Civil Supremacy over the Military: Its Nature and Limits", 19 G. C. Edwards, W. E. Walker, "The ; Armed Forces and Society 7 (1992) U.S. Constitution and National Defense: A Bicentennial Reappraisal", 13 A. A. Clark, R. M. Pious, "Waging ; Armed Forces and Society", 9 (1987) War: Structural vs. Political Efficacy", 14 Armed Forces and Society 129 J. A. Nathan, "Revising the War Powers Act", 17 Armed Forces ; (1987) L. Smith, **American Democracy and Military ; and Society 513 (1991) G. S. Buchanan, "In ; Power**, University of Chicago Press (Chicago, 1951) Defense of the War Powers Resolution: Chadha does not Apply", 22 C. H. Pritchett, **The American ; Houston Law Review 1180 (1985) E. S. ; Constitution**, 2nd Edition, McGraw - Hill (New York, 1968) L. H. ; Corwin, **Total War and the Constitution**, Knopf (New York, 1947) Tribe, **American Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press (New C. L. Cochran (Ed.), **Civil - Military ; York, 1988), 231 - 238 A. R. Millet, The American ; Relations**, Free Press (New York, 1974) **Political System and Civil Control of the Military: A Historical Perspective**, Ohio University Press (Columbus, 1979) וכמוכר, ספרו של אחד המשפטנים המשפיעים ביותר על החשיבה החוקתית האמריקאית בשני העשורים האחרונים: J. H. Ely, **War and Responsibility: The Constitutional Lesson of Vietnam and its Aftermath**, Princeton University Press (Princeton, P. Bobbit, "War Powers: An Essay on ; Ely של זה של 1993). להערות לספרו זה של Ely ראו

על צה"ל ועל פעולותיו חלה חקיקה רבה ומגוונת, המסדירה את סמכויותיו במישורים רבים - החל ביציאה למלחמה וכלה בגיוס לשירות ביטחון (סדיר ומילואים) ובזכויות החיילים. חרף האמור, היו - ובמידה לא מעטה עודם - היחסים בין הצבא לדרג המדיני בישראל מעורפלים, ועקרון המרות האזרחית על הצבא לא חודר ולא עוגן כהלכתו, גם אם נשמר בפועל¹⁰, וזאת, בין היתר, בשל מיעוט החקיקה העוסקת במעמדו החוקתי של הצבא.

למעשה, החקיקה העוסקת במעמדו החוקתי של הצבא מורכבת משלושה דברי חקיקה בלבד: סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה, סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948¹¹, וחוק-יסוד: הצבא¹². בדברים הבאים אבקש לעמוד על פרטיה ועל פרשנותה של חקיקת היסוד המסדירה את פעולות צה"ל במישור החוקתי ואת היחסים בין הצבא לדרג המדיני, הוא הדרג הדמוקרטי הנבחר במדינת ישראל, ובראשם, כמובן, חוק-יסוד: הצבא¹³.

כרקע לניתוח מעמדו החוקתי של הצבא על פי חוק-יסוד: הצבא, אבקש, ראשית חכמה, להזכיר, לנוחות הקורא, בתמצית שבתמצית, מספר מושכלות ראשונים בכל הנוגע

John Hart Ely's War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath", 92 Michigan Law Review 1364 (1994).

⁹ ראו, למשל, *Mitchell v. Laird*, 488 F. 2nd 611 (1973), וראו לאחרונה, במלחמת

המפרץ, *Dellums v. Bush*, 752 F. Supp. 1141 (1990).
¹⁰ ראו ש' שטרית "דמוקרטיה במצבי מלחמה בישראל - המסגרת המשפטית באספקלריה פרקטית", ש' סטמפלר (עורך), **אנשים ומדינה - חברה ישראלית**, הוצאת משרד הביטחון (תל אביב, 1989), 158.

¹¹ ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 1.

¹² ס"ח התשל"ו, עמ' 154.

¹³ שלושת המרכיבים המקובלים כחיוניים להטלת מגבלות על הצבא הם, כמובן, כפיפות הצבא למרות אזרחית, הפרדה מרבית בין הצבא לבין נושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים, ואיסור על קיומם של כוחות צבאיים נוספים. כיום, המרכיב הראשון והאחרון מוסדרים בחקיקת יסוד, ואילו המרכיב הנוגע להפרדת הצבא מנושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים מוסדר רק בפקודות הצבא: פקודת המטה הכללי (פקודת מטכ"ל) 33.0116 פעילות ציבורית וקשר עם עתונאים, למעט סוגיית הזכות לבחור ולהבחר, המוסדרת בחקיקת הבחירות הנוגעת לעניין (ראו, למשל, חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], התשכ"ט - 1969 (ס"ח התשכ"ט, עמ' 103). מעניין לציין, כי בהצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב, נקבע עקרון זה במפורש (ראו סעיף 183(ג) להצעת החוקה: **הצעת חוקה למדינת ישראל**, אוניברסיטת תל אביב (תל אביב, 1987)). את החשיבות הבסיסית של עקרון ההפרדה בין הצבא לבין נושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים כבר בימיה הראשונים של המדינה ראו ד' בן גוריון, **יומן המלחמה**, משרד הביטחון - הוצאה לאור (תל אביב, 1982), 534 - 537. יודגש, עם זאת, כי אין בדברים שלהלן כדי להציג פתרונות חד משמעיים לקשיים המשפטיים הלא פשוטים הנוגעים למעמדו החוקתי של הצבא בישראל, וגם ההפניות ההשוואתיות מיועדות כדי להציג אך מעט מזעיר של מורכבות הדברים; מטרתה היא בראש ובראשונה להציב על שולחן הדיונים המשפטי בישראל את הסוגיות הנדונות במאמר זה, ממנו הן נעדרות מאז נחקק חוק-יסוד: הצבא כמעט לחלוטין, והדבר בולט במיוחד בדיון בנושא סמכויות הצבא ובנושא סמכויות המלחמה, שאינני מציג אלא את היבטיהם הגלויים והברורים, שכן אלה גם אלה טרם נדונו כדבעי עד כה במשפט הישראלי, ואין ספק כי כל אחד מהם ראוי למחקר נפרד בפני עצמו.

למשפט החוקתי במדינת ישראל ולמעמדם של חוקי היסוד כפרקים בדרך לכינונה של חוקה, וזאת למען שלמות הניתוח והצגת מעמדו הסטוטורי (העגום למדי, יש להודות) ההיום של חוק-יסוד: הצבא.

ב. חוקה

טעמים שונים, ובראשם מחלוקות הנוגעות לענייני דת ומדינה, מנעו, כידוע, עוד בתקופה הפורמטיווית, כינונה של חוקה פורמלית שלמה למדינת ישראל, וזאת על אף שבהכרזת העצמאות נקבע כי למדינה החדשה שהוקמה תהא אסיפה מכוונת, וזו תכונן חוקה פורמלית למדינה¹⁴. האסיפה המכוונת הפכה להיות הכנסת הראשונה, ועל אף שנעשו נסיונות לעצב חוקה שלמה לישראל בשנים 1948 - 1950, נתברר לבסוף כי יקשה לכוון חוקה מלאה. אשר על כן נתקבלה בועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ביום 13.6.1950, החלטת הררי, על פיה תיבנה החוקה פרקים פרקים, שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הציפיה לכינונה של חוקה היתה, ככל הנראה, בין הגורמים שהביאו את בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות לנהוג ריסון מסויים בפסיקתו, לפחות עד לשנת 1953 (פרשת **קול העם**)¹⁵, ולדעת רבים גם לאחר מכן, אם כי ראוי לציין, כי בשני העשורים האחרונים - ואולי אף מעט יותר מכך - השתנתה מגמת פסיקת בית המשפט העליון¹⁶ לכיוון ההפוך, וכיום הפסיקה מפגינה נכונות רחבה הרבה יותר להתערבות¹⁷.

¹⁴ ראו י' ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית - חוקתית", י' זמיר (עורך) **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 35. כן ראו א' י' לוי "הסדר ענייני החוקה במדינת ישראל", **מסות על חוק ומשפט**, מגנס (ירושלים, 1969), 186 (המאמר נכתב במקור בשנת 1950). להתפתחות החוקתית בישראל ראו ר' גביון, **המהפכה החוקתית: תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, 1998), 57 - 92.

¹⁵ בג"ץ 87/53, **קול העם נ' שר הפנים** פ"ד ז' 871. פסקי דין שניתנו בתקופה זו (1953 - 1948) בכל זאת כנגד הרשויות נותחו באופן שאינו מיחס להם חשיבות אקטיוויסטית (ראו פ' להב "יד הרוקס: יריעת חריות הפרט על פי השופט אגרנט", **עיוני משפט טז** (תשנ"א) 475, 486 - 490). תוצאותיה של מגמת הצמצום האמורה ניכרו במשפט ובשיטת המשטר בישראל במשך עשרות שנים (ראו א' רובינשטיין, **שופטי ארץ**, שוקן הוצאה לאור (תל אביב, 1981), 194 - 200; מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", **עיוני משפט יד'** (תשמ"ט), 5; ח' מלצר "אפיונים תקופתיים בפיקוח בג"ץ של רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות", **משפט וצבא** (1991), 11-12, 36; מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי**, מעגלי דעת הוצאה לאור (תל אביב, 1993).

¹⁶ יש הגורסים כי דווקא לנוכח העדרה של חוקה יכול היה בית המשפט העליון לעשות גדולות ונצורות, שהיו אולי נמנעות ממנו בהתקיים חוקה פורמלית (ראו ג' ברזילי, א' יער - יוכטמן, ז' סגל, **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**, פפירוס (תל אביב, 1994), 22).

¹⁷ S. Shetreet, **Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary**, Martinus Nijhoff Publishers (Dordrecht, 1994).

דוגמה אופיינית ובעייתית למדי מבחינת תוצאותיה המשפטיות, למגמת הריסון האמורה, היתה סירובו העקבי של בית המשפט העליון, עם קום המדינה, לפסוק כי תקנות ההגנה (שעת חרום),¹⁸ 1945, סותרות את השינויים "הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" (סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט), על אף הדרקוניות הרבה הגלומה בהן.¹⁹ מן הראוי להדגיש, כי בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט טמונה היתה סמכות חוקתית או מעין חוקתית, רחבה לאין שעור, בכל הנוגע לשיטת המשפט שקיבלה על עצמה מדינת ישראל הצעירה מן השלטונות הבריטיים שקדמו לה, ואולם בית המשפט העליון סרב, באורח עקבי, ליצוק תוכן שיפוטי אל תוך סמכות זו.²⁰

בהיבטים בהם עוסק מאמר זה, המשמעות המשפטית המצטברת של העדר חוקה איננה ניתנת לכימות או להערכה רק במנסרת ההגנה על זכויות האדם והאזרח, בה עשה בית המשפט העליון רבות²¹ גם בלא חוקה פורמלית, בשני העשורים האחרונים בפחות ופחות רתיעה גם בתחומי הביטחון,²² והוא ממשיך לעשות בשנים האחרונות בסיועם של חוקי היסוד הראשונים בעלי המעמד החוקתי העל חוקי שנחקקו בישראל - חוק-יסוד: חופש

¹⁸ ע"ר 1945, תוספת ב', עמ' 855.

¹⁹ דומה כי ריסון זה נבע מן ההבנה, כי קרוב כינונה של חוקה שתסדיר באופן שקול יותר, בין השאר, את הסוגיות השונות הנוגעות לשמירה על זכויות האדם והאזרח, בשעת רגיעה ובשעת חרום כאחד.

²⁰ כך, למשל, בבג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק (פ"ד א' 58) פסק בית המשפט העליון כי הכוונה בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט היא רק לשינויים טכניים "שאינם מצריכים שיקול דעת מיוחד הדרוש לשאלה האם להשמיט חוק מתוך מערכת החוקים הקיימת" (שם, 69). קביעה זו סויגה מאוחר יותר בכך שסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט חל גם על שינויים שאינם טכניים, ובלבד שנשמר התנאי כי לא ידרש שיקול דעת מיוחד לשם הביטול (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141). רק לגבי הפסיקה המנדטורית היו מוכנים בתי המשפט בישראל לתת פירוש מרחיב מעט יותר לתיבה "בשינויים הנובעים", ולקבוע כי פסיקה מסוימת איננה עומדת במבחן זה, ולפיכך, לא נקלטה אל המשפט הישראלי (ראו למשל המ' 46/57, 51 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא' 397; ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא' 403).

²¹ גם אם לדעת אחדים לא מספיק: מ' קרמניצר, ר' שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי - הרע במיעוטו?", *משפט וממשל* ד (1989) 667, 669 - 671.

²² ראו ש' שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה - סוגיות נבחרות", *משפטים* יט (1989) 573, 607; ר' גביוון "ארבעים שנה למשפט החוקתי", *משפטים* יט 617, 627; י' זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה", *משפטים* יט (1989) 17 (1989); A. Maoz, "Defending Civil Liberties without a Constitution: The Israeli Experience", 16 *Melbourn Law Review* 815 (1988); "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts", R. Shamir, 28 *Stanford Journal of International Law* 39 (1991); "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice", 24 *Law and Society Review* 781 (1990); מ' כהן "מעשי טלאים" בדיני החרום", *משפטים* כט (1998) 623, 669, 671. לפער בין רטוריקה למעשים בסוגיית הפיקוח השיפוטי על החלטות מנהליות מטעמי ביטחון, ועל המתרחש בפער זה, ראו א' נון "מעצר מנהלי בישראל", *פלילים* ג (1991) 168, 185 - 187.

העיסוק²³ וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁴, וזאת משני טעמים. ראשית, באשר לסוגיות הנוגעות למעמדו החוקתי של הצבא וליחסי דרג צבאי - דרג מדיני לא כל הקשיים המשפטיים קשורים בהכרח לפגיעה בזכויות האדם והאזרח. ושנית, באשר לריסון השיפוטי שהפגין בית המשפט העליון ולריסון החקיקתי שהפגינה הכנסת בהעדר חוקה בתקופה הפורמטיבית, אלה הביאו, בין היתר, לכך, שבסוגיות רבות הנוגעות ליחסי הצבא והדרג המדיני ולמעמדו החוקתי של הצבא לא נעשה כמעט דבר, וכשכבר נחקק חוק-יסוד: הצבא, לא עמדה מאחוריו מסורת פרשנית וממשלית של כללים מובנים לשימוש בצבא ובכוח הצבאי, כפי שהיה במדינות רבות אחרות. יש לזכור כי כינונה של חוקה מלאה למדינת ישראל היה מחייב התמודדות עם השאלות הנוגעות למעמדו החוקתי של הצבא, ויש להניח כי אלה היו זוכות, בהתאמה, לדין ולהכרעה לאורך השנים.

אין כוונתי לומר, כי לא היתה מסורת, כמעט מנהגית, לעניין הפעלת הצבא בכפופות להוראות הדרג המדיני, ולעניין יעדי הפעלתו של הצבא. ואולם, מסורת זו של חיי המעשה לא גובתה במגבלות משפטיות מתאימות, המהוות חלק חיוני מריסון הכוח הצבאי.

דוגמה בולטת לעניין זה, לגישתי, היא העדרו הכמעט מוחלט של דיון בשאלת סמכויות הצבא, עליה אעמוד להלן, וזאת על אף שבחיי המעשה, כבר מימיה הראשונים של המדינה, נעשה שימוש אינטנסיווי בצבא ליעדים שקשה למצוא קשר בינם ובין הגנת המדינה. העדרו של דיון זה הביא לכך שכאשר הוחלט לעגן בחקיקה את הפעלתו של הצבא למטרות שאינן ביטחוניות, לא נעשתה ההבחנה, אשר כפי שאבקש לטעון להלן היא מתבקשת מאליה, בין סמכויות הצבא - כארגון - לבין מטרות שירות הביטחון מבחינתם של הנושאים בנטל השירות, והחקיקה הקיימת בעניין זה יוצרת תוצאות שככל הנראה לא אליהן כיוונו מנסחיה, גם אם אין הן בלתי רצויות בהכרח.

ג. חוקי היסוד וסוגיית השריון

כאמור, רקע חשוב למעמדו החוקתי של הצבא בישראל, המעוגן בעיקרו בחוק-יסוד: הצבא ובחוק-יסוד: הממשלה, הינו סקירה של מעמדם של חוקי היסוד בישראל בכלל ותפקידם החוקתי בפרט.

עד היום, חוקקה הכנסת שלושה עשר חוקי יסוד, ואלה הם (במספר זה מגויים שני חוקי יסוד שהוחלפו מתחילתם ועד סופם): חוק-יסוד: הכנסת²⁵; חוק-יסוד: הממשלה²⁶; חוק-

²³ ס"ח התשנ"ד, עמ' 90.

²⁴ ס"ח התשנ"ב, עמ' 150.

²⁵ ס"ח התשי"ח, עמ' 69.

יסוד: מבקר המדינה²⁷; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל²⁸; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל²⁹; חוק-יסוד: נשיא המדינה³⁰; חוק-יסוד: השפיטה³¹; חוק-יסוד: הצבא; חוק-יסוד: משק המדינה³²; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק³³. חוק-יסוד: הממשלה³⁴ הוחלף לאחר הבחירות לכנסת הארבע עשרה בשנת 1996, בחוק-יסוד: הממשלה³⁵ החדש (שנחקק בשנת 1992 והמתין במשך ארבע שנים לכניסתו לתוקף, ואשר קבע שינויים מרחיקי לכת בשיטת הממשל (מעבר להסדר הבחירה הישירה לתפקיד ראש הממשלה), במעמדן של תקנות שעת חרום, ועוד), וחוק-יסוד: חופש העיסוק הוחלף כולו בשנת 1994³⁶, בעקבות פרשת **חוק הבשר**³⁷. הצעות לחקיקת חוקי יסוד נוספים טרם קרמו עור וגידים³⁸.

כידוע, בעוד שבעבר שררה התפיסה, כי אין צורך בשריון של חוקי היסוד, וכי השריון יעשה עם השלמת כינונה של החוקה, כמקשה אחת³⁹, השתנתה גישת הכנסת, ובשנים האחרונות המגמה היא לשריין את חוקי היסוד במלואם עם חקיקתם⁴⁰.

²⁶ ס"ח התשכ"ח, עמ' 226.

²⁷ ס"ח התשמ"ח, עמ' 30.

²⁸ ס"ח התש"ד, עמ' 56.

²⁹ ס"ח התש"ס, עמ' 186.

³⁰ ס"ח התשכ"ד, עמ' 118.

³¹ ס"ח התשמ"ד, 78.

³² ס"ח התשל"ה, עמ' 206.

³³ ס"ח התשנ"ב, עמ' 114.

³⁴ ראו א' רובינשטיין "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית - הלכה למעשה", **משפט וממשל** ג (1996) 571.

³⁵ לעיל הערה 2.

³⁶ לעיל הערה 23.

³⁷ בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד (מוז) 485. בפסק הדין בפרשת **חוק הבשר** נפסלה לראשונה החלטת ממשלה מטעמים חוקתיים לפי חוקי היסוד בעלי המעמד החוקתי העל חוקי (באותו עניין - חוק-יסוד: חופש העיסוק). הפעם הראשונה בה נפסלה - חלקית - חקיקה של הכנסת מטעמים חוקתיים לפי חוקי היסוד בעלי המעמד החוקתי העל חוקי היתה בבג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' כנסת ישראל**, טרם פורסם (גם שם - חוק-יסוד: חופש העיסוק).

³⁸ כדי להשלים את מלאכת כינונה של חוקה פורמלית נדרשת השלמת חקיקתם של שני חוקי יסוד נוספים: חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, אשר חקיקתו, על אף מספר הצעות בעבר, מתעכבת בשל מחלוקות פוליטיות ואידיאולוגיות שהן מן המפורסמות; וחוק-יסוד: החקיקה (שגם בענינו כבר עמדה על שולחן הכנסת יותר מהצעה מגובשת ומפורטת אחת בעבר), אשר יסדיר, בין היתר, את מעמד הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד, ויקנה להם מעמד ראוי של חוקה פורמלית. כידוע, בראשית שנות התשעים השתנתה המגמה בכל הקשור לחוק-יסוד: זכויות האדם ואזרח, ובמקום לחוק את החוק כולו, כמקשה אחת, חולק החוק למספר פרקים, ואלה מהם אשר הושגה הסכמה לגביהם הובאו לאישור הכנסת כחוקי יסוד נפרדים. עד כה נחקקו בדרך זו, כאמור, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ומספר הצעות חוק נוספות הועלו בפני הכנסת (ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, הצ"ח התשנ"ד, עמ' 337).

³⁹ עד לשנות התשעים, פרט להוראות מסוימות בחוקי היסוד האמורים, אלה אשר שוריינו מפני שינוי בחקיקה מאוחרת יותר (כמו סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת) או מפני שינוי בתקנות שעת חרום לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט וכיום לפי סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה (כמו בסעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה הישן), לא היה לחוקי היסוד מעמד

למען שלמות הדברים, להלן פירוט מידת ותחומי שריונם של חוקי היסוד הקיימים: חוק-יסוד: הכנסת (1958) - משוריין חלקית⁴¹, מוגן מתקנות שעת חרום⁴²; חוק-יסוד: הממשלה (1992) - משוריין⁴³ (ולעניין העברת ראש הממשלה מתפקידו שלא עקב עבירה - אף בשריון של 80 חברי כנסת), מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: השפיטה (1984) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: מבקר המדינה (1988) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: נשיא המדינה (1964) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: משק המדינה (1975) - משוריין חלקית, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: הצבא (1976) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל (1960) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום. לעומת כל חוקי היסוד האמורים, המצב לעניין שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם הוא כדלקמן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום, בעל מעמד חוקתי⁴⁴ אך כולל גם הוראת תשריר⁴⁵, ואילו חוק-יסוד: חופש העיסוק (1994) - משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום, בעל מעמד חוקתי אך כולל גם הוראת תשריר ופסקת התגברות (Override)⁴⁶.

נורמטיווי מיוחד. במגמה זו ניכר לאחרונה שינוי, כשלחוקי היסוד החדשים אשר נחקקו - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק - ניתן מעמד חוקתי על חוקי, וחוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: הממשלה החדש אף שוריינו שריון כולל.

⁴⁰ מגמה זו היא תוצאה של ההכרה כי חקיקתם של כל חוקי היסוד וצירופם יחד לכינונה של חוקה למדינת ישראל הם עדיין בגדר חלום רחוק, ובעוד שמשנות החמישים ועד לשנות השמונים משלה בכיפה הגישה כי מוטב יהיה להשהות את שריונם של חוקי היסוד למועד בו תושלם חקיקתם של כל חוקי היסוד וניתן יהיה לכוון חוקה לישראל כמקשה אחת, נושאים חוקי היסוד שנחקקו בראשית שנות התשעים בחיקם התפכחות מסוימת בהקשר זה, לפיה בהעדר אפשרות מעשית לכוון חוקה מלאה בעתיד הנראה לעין, מוטב לשריין כל חוק יסוד מיד עם חקיקתו, וזאת כדי להבטיח את עליונותו ולמנוע את שינויו בכל פעם שיעמוד רוב חולף זעום שיאפשר לעשות כן.

⁴¹ משוריין חלקית - רק חלק מסעיפי חוק היסוד משורינים. ראו סעיפים 4, 44 - 46 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴² מוגן מתקנות שעת חרום - איסור על שינוי חוק היסוד ועל התנאה עליו בתקנות שעת חרום. ראו סעיף 44 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴³ משוריין - כל סעיפי חוק היסוד משורינים. ראו סעיף 56 לחוק-יסוד: הממשלה.

⁴⁴ בעל מעמד חוקתי - חוק היסוד כולל איסור על פגיעה בזכויות המפורטות בו, אלא בהתאם לפסקת ההגבלה ובכפוף לתנאיה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

⁴⁵ הוראת תשריר - הוראה המגינה על חקיקה קודמת מפני התערבות על יסוד חוק היסוד. הוראת תשריר קיימת בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הוראת התשריר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא קבועה, ואילו הוראת התשריר בחוק-יסוד: חופש העיסוק היא זמנית, אך היא בתוקף מאז נחקק החוק בשנת 1992, ועתידיה להיות בתוקף עד לשנת 2002, אם לא תוארך.

⁴⁶ היקף הכתיבה בכל הנוגע למעמדם החוקתי של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מרשים. הקוראים מופנים, על כן, כראשית ראייה בלבד, לאסמכתאות אלה: א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 195; א' ברק "בית המשפט העליון וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **המשפט** ב (1994) 15; א' ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה, עתיד" **הפרקליט** מג (1996) 5;

על אף טענות שונות, לפיהן לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי העולה על זה של חוק רגיל⁴⁷, נותר הכלל במשך זמן רב כי הוראה רגילה של חוק יסוד איננה עדיפה במאום על הוראת חוק רגיל⁴⁸. עם זאת, הוראה כובלת כגון זו שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת, בין השאר, כי הבחירות לכנסת יהיו שוות, והמשורית כנגד שינוי עתידי אלא ברוב של חברי הכנסת, היא, גם אליבא דגישה החוקתית המסורתית, הוראה משורית שיש לה מעמד מעין חוקתי. מעמד זה מגן מפני הפגיעה בנורמה הקבועה בסעיף המשוריין, גם בדרך עקיפה על ידי חקיקת חוק אחר שבו נורמה הסותרת את הנורמה המשורית⁴⁹.

א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (1996) 5; ק' קלין "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - הערכה נורמטיבית ראשונה", **המשפט** א (1993) 123; ק' קלין "בעקבות פסק דין בנק המזרחי - הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" **משפטים** כח (1997) 341; א' בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד", **משפט וממשל** ב (1994) 443; א' גזל "פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק", **משפט וממשל** ד (1998) 381; ע' גרוס "תרופות חוקתיות", **משפט וממשל** ד (1998) 433; ע' זלצברגר, א' קדר "המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים", **משפט וממשל** ד (1998) 489; י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א (1993) 323; מ' אלון "חוקי היסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", **מחקרי משפט** יג (1996) 27; מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?", **מחקרי משפט** יב (1995) 253; ע' זלצברגר, להלן הערה 52; מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (1993) 659; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (1993) 9; י' אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 173; א' ברק "על התיקונים לחוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 545; א' מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית", **הפרקליט** מג (1997) 25; י' מ' אדרעי "מהפכה חוקתית - האומנם?", **משפט וממשל** ג (1996) 453; מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט", **משפט וממשל** ג (1996) 697; א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", **משפט וממשל** ג (1996) 403; ר' גביוון, להלן הערה 52 (המאמר פורסם במתכונת מעובדת גם מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה - לעיל הערה 14); י' דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית", **משפטים** כח (1997) 149; ד' קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות האדם", **משפטים** כח (1997) 359.

C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law", 6 Israel L. R. 453⁴⁷ (1971); י' טל "מחוקק כל יכול - האומנם? ביקורת על ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת", **עיוני משפט** י"ז 261 (1985).

⁴⁸ ראו, למשל, בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא (2) 556. ⁴⁹ זה היה המצב בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג (1) 693; ראו, בנוסף, בג"ץ 246, 260/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (4) 1; בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז (3) 141; בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד (3) 529.

בפסק הדין בפרשת **חוק גל**⁵⁰ החלה מסתמנת, לראשונה מזה שנים רבות, גישה חדשה בקרב שופטי בית המשפט העליון באשר למעמדם החוקתי של כלל חוקי היסוד "הרגילים" (דהיינו אלה שלא שוריינו בשריון מיוחד). בפסק הדין, אחד הארוכים והממצים שנכתבו במשפט הישראלי מעולם, הביעו רובם של השופטים את הדעה כי תיקונו של חוק יסוד - במישרין או בעקיפין - יכול שיעשה רק בחוק יסוד, ולא בכל חוק רגיל כפי שגרסה התפיסה החוקתית שמשלה בכיפה במשפט הישראלי עד אז, אם כי בהעדר שריון לחוק היסוד, יכול התיקון להעשות בכל רוב חולף בכנסת⁵¹. יש להניח כי משמעויותיו של פסק דין רחב יריעה זה, על הדעות השונות שנשמעו בו והמשך התפתחותה של מגמה זו במשפט החוקתי של מדינת ישראל, יבואו לידי ביטוי בעלילות המשפטיות שעוד נכוננו לחוקי היסוד החדשים⁵².

⁵⁰ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221. פסק הדין דן בערעורים על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בחיפה ושל בית המשפט המחוזי בתל אביב, אשר נגעו לתוקפו של תיקון לחוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב - 1992 (חוק גל; ס"ח התשנ"ב, עמ' 118), שקבע הסדרי פרישה, תשלומים ומחיקת חובות במגזר החקלאי המשפחתי, ובמיוחד התיקון לחוק זה משנת 1993, אשר הרחיב בארבע שנים נוספות את התקופה אשר חובות שנוצרו בה יהיו כפופים להליכי שיקום ואפשר מחיקה מוחלטת של החוב. במסגרת ההליכים נטען על ידי באי כוח הבנק, כי פרישה ומחיקה כאמור, הם בטלים ככל שהם פוגעים, בפרישת החובות ובמיוחד במחיקת חלקם, בזכויותיהם של נושי החקלאים, תוך סתירה להוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בפועל, נדון רק מעמדו של התיקון המרחיב לחוק גל ולא החוק המקורי, שכן זה נחקק מספר ימים לפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן היה מוגן מפגיעתו של חוק היסוד, בהתאם להוראת התשריר המגינה על תוקפה של חקיקה קודמת, אשר נקבעה בסעיף 10 לחוק היסוד). לגופו של חוק ולגופם של הסדרים פסק בית המשפט העליון, לבסוף (בשבתו בהרכב מורחב של תשעה שופטים), כי על אף הפגיעה בזכות הקניין (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), אין פסול בחוק גל (על תיקונו השנוי במחלוקת) וזאת מאחר שההסדרים שנקבעו בו עומדים במבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו כי חוק גל הוא חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה (הצלת ושיקום המגזר החקלאי המשפחתי), והוא קובע הסדרים שנועדו להשיג את אותה תכלית ראויה תוך פגיעה בזכות הקניין המוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש.

⁵¹ שופטי בית המשפט העליון דנו ארוכות בשאלת הסמכות המכוננת בישראל, והאם זו נתונה בידי הכנסת או שמא בידי גוף או גורם אחר במרקם המשטר בישראל. רוב השופטים סברו כי הסמכות המכוננת עברה מן האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה (עם חקיקתו של חוק המעבר, התשי"ט - 1949 (ס"ח התשי"ט, עמ' 1)), וממנה, אחת לאחת, לכל הכנסות שבאו אחריה. מכאן, לדעת הרוב, כי הסמכות המכוננת מצויה גם כיום בידי הכנסת, ותמשיך להיות בידה עד שתכונן חוקה מלאה למדינת ישראל, אזי תעבור הסמכות המכוננת לגוף שיקבע לעניין זה בחוקה עצמה. השופט חשין, לעומת זאת, בדת מיעוט, סבר כי הכנסת איננה רשות מכוננת, וכי למעשה אין כיום כל גוף בישראל האוחז בסמכות המכוננת. עם זאת, גם השופט חשין הסכים כי בסמכותה של הכנסת ליצור חוקים משוריינים, אך בהעדר סמכות מכוננת מוגבל השריון לרוב הדמוקרטי המזערי - שהוא לגישתו של השופט חשין גם המרבי - רוב של 61 חברי כנסת.

⁵² לדיון בפרשת **חוק גל** ובמשמעויותיה ראו, בין היתר: ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאמרת אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", **משפט וממשל** ג (1996) 679; א' יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית", **משפטים** כח (1997) 443; י' מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", **משפטים**

בנוסף על העיסוק המשפטי הישיר בחוק שעמד על המדוכה, ובנוסף לדיון בסוגיית הסמכות המכוננת, עסק בית המשפט העליון בהרחבה גם במעמדם של חוקי היסוד, ובין היתר נדון מעמדם של חוקי היסוד שאינם משוריינים, ונקבע, בהיבט זה, ברוב דעות, כי חוקי יסוד - גם כאלה שאינם משוריינים - ניתן יהיה לתקן מעתה ואילך רק בחוקי יסוד אחרים, אם כי חוק יסוד שאין לו מעמד חוקתי והוא אינו משוריין, ניתן יהיה לתקנו בחוק יסוד שיועבר בכל רוב שהוא.⁵³

התוצאה המתחייבת מפסק הדין בפרשת **חוק גל** בסוגיית מעמדם החוקתי של חוקי היסוד בישראל היא כי חוקי יסוד שאינם משוריינים מפני שינוי בדרישת רוב כזו או אחרת, ניתן לשנותם, לתקנם ואפילו לבטלם, בכל רוב שהוא, ובלבד שהשינוי ייעשה בחוק יסוד. חוקי יסוד משוריינים, לעומת זאת, ניתן לשנותם, לבטלם או לתקנם רק ברוב המשוריין הקבוע בהם, וגם זאת, כחבריהם הלא משוריינים, בחוק יסוד בלבד.

מכאן, כי בישראל קיימות כיום שתי קבוצות עיקריות של חוקי יסוד: חוקי היסוד שאינם משוריינים, למעט סעיפים בודדים, הם חוקי היסוד מן הדור הראשון, הכוללים את מרבית חוקי היסוד, לרבות חוק-יסוד: הצבא, וחוקי היסוד המשוריינים או בעלי המעמד החוקתי העל חוקי הפורמלי (או שניהם גם יחד - חוק-יסוד: חופש העיסוק), הם חוקי היסוד מן הדור השני, המתקדם יותר.

מצבו החוקתי של חוק-יסוד: הצבא הוא עגום ביותר, שכן חוק יסוד זה נמנה עם אותם חוקי יסוד מן הדור הראשון, אשר הכנסת לא מצאה לנכון להגן עליהם כלל: אין הוא משוריין ואין הוא מוגן מפני שינוי בתקנות שעת חרום, ולמעשה, כל עוד הדבר נעשה בחוק יסוד (עניין שבחיי המעשה של הליכי החקיקה בכנסת הוא טכני לחלוטין), ניתן לתקנו ואף לבטלו בכל רוב שהוא. מצב חוקתי זה הינו כמובן בעייתי ביותר וטעון תיקון בהקדם האפשרי, שכן הדעת נותנת כי יש למנוע אפשרות שינוי כה פשוטה של אחד מן ההסדרים החוקתיים הבסיסיים והחיוניים ביותר בכל משטר דמוקרטי.

כח (1997) 461; ר' גביון "המהפכה החוקתית: תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה", **משפטים** כח (1997) 21; י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין", **משפטים** כח (1997) 535; א' פוזנר "חוק גל כמשל - ההגנה על זכות הקניין", **משפטים** כח (1997) 581; א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית", **משפטים** כח (1997) 621 (למעשה, מרביתו המכריעה של כרך כח של כתב העת משפטים, 600 עמודים ויותר, עוסקת בהיבטים השונים של פסק הדין בפרשת **חוק גל**); י' בהט "ההגנה החוקתית על הקניין - הלכה למעשה", **שערי משפט** א (1997) 15; בג"ץ 5263/94 **הירשזון נ' שר האוצר**, פ"ד מט(5) 837. לעיון בפרשת **חוק גל**, ולמשמעויותיהם הרחבות יותר של שני חוקי היסוד החדשים שנחקקו בשנת 1992 למשפט החוקתי של מדינת ישראל, ראו מ' שמגר, "גורם מלבד, מפשר ומרגיע", **הארץ**, **ספרים**, 1.5.97, 3. לדיון ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, שוקן (תל אביב, 1996), 388 - 408.

עם זאת, לעניות דעתי, לפחות בסוגיית שינוי חוק-יסוד: הצבא באמצעות תקנות שעת חרום, מחייב ההסדר שנכנס לתוקף בשנת 1996 לעניין התקנת תקנות שעת חרום בסעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה, יחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת חוק גל, את המסקנה כי תקנות שעת חרום אינן יכולות לשנות חוק יסוד, ולמצער אינן יכולות לבוא לשנות את ההסדרים הקבועים בחוק-יסוד: הצבא.

הורתן של ההוראות בחלק מחוקי היסוד המגנות מפני שינויים בתקנות שעת חרום בהסדר שהיה קבוע לעניין תקנות שעת חרום בסעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הסדר אשר בוטל עם כניסתו לתוקף של ההסדר הקבוע בסעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה). כיום, ובמיוחד לנוכח ההבחנה הברורה שקבע בית המשפט העליון בין חוק לבין חוק יסוד, נראה כי סעיף 50(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, לפיו "תקנות שעת חרום כוחן יפה לשנות כל חוק", יש לפרשו כך שאיננו מתייחס לחוקי יסוד, ותקנות שעת חרום אינן יכולות לשנות או לתקן חוק יסוד, בין אם קבועה בו הגנה מפורשת מפני תיקון בתקנות שעת חרום ובין אם לאו. מן הראוי להעיר, כי ניתן להשתית פרשנות זו, בכל הנוגע לחוק-יסוד: הצבא, גם על הוראתו של סעיף 50(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, על פיה לא יותקנו תקנות שעת חרום אלא במידה שמצב החרום מחייב זאת, וקשה לדמיין מצב חרום, חמור ככל שיהיה, אשר יחייב את שינוי ההסדר החוקתי הקובע את מעמדו של הצבא לפי חוק-יסוד: הצבא. משמעותה של גישתי זו היא, כי לא ניתן לתקן או לשנות את חוק-יסוד: הצבא בתקנות שעת חרום.

ד. החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

צה"ל הוקם, כידוע, על בסיס הציוד וכוח האדם של שלוש המחזרות, אשר פעלו כנגד השלטונות הבריטיים ערב קום המדינה, ובמיוחד על יסוד המבנה והארגון של "ההגנה". פקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח - 1948⁵⁴, אשר הוצאה מכוחו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, עליו עוד יורחבו דברים להלן, הכריזה על הקמת צה"ל, וקבעה כי בשעת חרום יונהג גיוס חובה אליו (סעיף 2 לפקודה). לאור הוראה זו חוקק חוק שירות ביטחון, התש"ט - 1949⁵⁵, ובגרסתו דהיום - חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986⁵⁶.

⁵⁴ ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 9. חבלי הלידה של שיטת המשפט הישראלית הובילו לתקלה בחקיקתה של פקודת צבא הגנה לישראל, כאשר הפקודה הוצאה על ידי הממשלה הזמנית (הרשות המבצעת) ולא על ידי מועצת המדינה הזמנית (הרשות המחוקקת). רק מספר שבועות מאוחר יותר, ביום 7.7.48, תוקנה הטעות: סעיף 4 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), התש"ח - 1948, ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 21.

⁵⁵ ס"ח התש"ט, עמ' 271. עד לחקיקתו של חוק שירות ביטחון, התש"ט - 1949, נשענה חובת הגיוס על סעיף 2 לפקודת צבא הגנה לישראל לבדו.

⁵⁶ ס"ח התשמ"ו, עמ' 105.

פקודת צבא הגנה לישראל קבעה, בנוסף, חובת שבועת אמונים למדינת ישראל, לחוקתה ולשלטונותיה המוסמכים (עוד שריד - עד עצם היום הזה - של ההבטחה לחוקה שנכזבה). כן אסרה הפקודה, לאור הפילוג שהיה ביישוב היהודי בעניין זה עם קום המדינה וניסיון הסירוב של הפלמ"ח להתפרק ולהטמע ביחידות צה"ל השונות⁵⁷, על הקמת או קיום כל כוח מזוין אחר פרט לצה"ל.

סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט קבע בעבר, כי "הממשלה הזמנית תהיה רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מוסמכים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה"⁵⁸.

עד לחקיקתו של חוק-יסוד: הצבא בשנת 1976, היוו סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ופקודת צבא הגנה לישראל את המקור הנורמטיבי היחיד לפעילותו של צה"ל (להבדיל מגיוס כוח אדם וציוד לשירות הצבא, בו עסק חוק שירות ביטחון בגרסאותיו השונות, לעניין גיוס כוח אדם, ותקנות שעת חרום, שהיו בתוקף מאז שנות החמישים⁵⁹, לעניין גיוס ציוד (תקנות אשר הוחלפו לבסוף בחוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל, התשמ"ז - 1987)⁶⁰, ואלה לא עסקו כלל באחריות הדרג המדיני לפעולות הצבא, במעמד החוקתי של הצבא ובכפיפותו לדרג האזרחי הנבחר.

ועדת אגרנט, אשר חקרה את מחדלי גיוס המילואים ותנועת הכוחות אל החזיתות עובר לפריצתה של מלחמת יום הכיפורים, התריעה עוד בדו"ח הביניים שלה על כך שאין מערכת היחסים ממשלה - שר ביטחון - רמטכ"ל מוסדרת בחקיקה, וחסר זה מביא לאי בהירות בחלוקת הסמכויות בנושאים רגישים כגון גיוס כללי, יציאה למלחמה, וכיוצא באלה. בעקבות כך המליצה הועדה כי עניינים אלה יוסדרו במפורש בחוק⁶¹, ואכן,

⁵⁷ ראו י' גלבר, **למה פרקו את הפלמ"ח - הכוח הצבאי במעבר מיישוב למדינה**, שוקן (ירושלים ותל אביב, 1986); כן ראו ג' היכל, **בעין פקוחה וזרוע נטויה: הפיקוח האזרחי על הצבא 1945 - 1957**, הוצאת ספרים אריאל (ירושלים, 1998), 65 - 96.

⁵⁸ בשנת 1995 תוקן הסעיף, יחד עם חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה - 1995 (ס"ח התשנ"ה, עמ' 440), ונוסחו דהיום הינו כדלקמן:

"הממשלה הזמנית תהיה רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מוסמכים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים - לאומיים."

⁵⁹ ראו, למשל, חוק הארכת תוקף של תקנות שעת חרום (הוראות בדבר רישום ציוד וגיוסו), התשי"ב - 1951, ס"ח התשי"ב עמ' 4. חוקי הארכה מעין זה חוקקו מדי שנה בשנה, עד לחקיקתו של חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל בשנת 1987.

⁶⁰ ס"ח התשמ"ז, עמ' 56.

⁶¹ **ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים**, עם עובד (תל אביב, 1975), 25 - 26, 96 - 99. דו"ח ועדת אגרנט בהיקפו המלא, על שלושת חלקיו (דין וחשבון חלקי (1.4.74), דין וחשבון חלקי נוסף (10.7.74), ודין וחשבון שלישי ואחרון (30.1.75)) הוא כבן 2,700 עמודים לערך, אשר מאז שנת 1994, בהתאם להחלטת הממשלה בעניין זה, רובם המכריע גלוי לציבור וניתן לעיון לכל דכפין בארכיון צה"ל בגבעתיים. היקף הכתיבה על דו"ח ועדת אגרנט אינו מאפשר אלא להצביע על מאמרים ספורים, מהם מוזמן הקורא המתעניין להמשיך בכוחות עצמו: ש' שטרית "ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים:

בשנת 1976 נחקק חוק-יסוד: הצבא⁶², שהוא כאמור חוק יסוד שאינו משוריין ואינו בעל מעמד חוקתי פורמלי.

למרבית הצער, חוק היסוד לא פתר את כל הסוגיות הנוגעות לחלוקת הסמכויות הנוגעות לצבא, כגון יחסי ראש הממשלה - רמטכ"ל, יחסי שר הביטחון - רמטכ"ל, ועוד, אך ללא ספק יש בו משום פתרון לבעיה הכללית של היקף אחריות הדרג המדיני (הדרג האזרחי הנבחר) ומיהות האחראים בדרג זה לפעולות הצבא ולהפעלתו, עליה הצביעה ועדת אגרנט. יוזכר, עם זאת, כי ועדת אגרנט הבחינה בין האחריות הישירה לבין האחריות המיניסטריאלית, וקבעה כי בהעדר אשם מבחינת האחריות הישירה של הדרג המדיני (קביעה הראויה לביקורת בפני עצמה, בכל הנוגע לשר הביטחון מ' דין), הרי שבשאלת מימוש האחריות המיניסטריאלית - התפטרות השר הנוגע בדבר - לא תעסוק, בהיותה שאלה פוליטית. קשה להמנע מן הרושם, שהגדרה חדה יותר של אחריות הדרג המדיני לפעולות הצבא ולהפעלתו והצבעה מדויקת על האחראים (שאינם בהכרח האשמים, כמובן) בחקיקה, היתה מובילה למסקנות אחרות לעניין האשמה, במסגרת הדין בסוגיית האחריות הישירה גם בדו"ח ועדת אגרנט⁶³.

המאזן הכולל - לכף זכות, "משפטים ח (1977) 74; ד' אבן "מעמדו של המנהג בתחום המשפט בציבורי בעקבות דו"ח ועדת אגרנט", **משפטים** ז (1976) 201; ר' גביון "על פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט - 1968, ועל התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק", **משפטים** ו (1976) 548; א' קלגסבלד "צמצום זכות הטיועון בפני ועדת חקירה", **משפט וממשל** ד (1998) 751, 753. למאמר מעניין, שלא מנקודת מבט אקדמית, ראו א' שמחוני "לבטל את מסקנות ועדת אגרנט", **מעריב, אנשי המלחמה - 25 שנים למלחמת יום הכיפורים**, 29.9.98, 4.

⁶² על הקשר בין דו"ח ועדת אגרנט לבין חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ראו הצגת הצעת החוק בקריאה הראשונה על ידי שר המשפטים ח' צדוק: דברי הכנסת 74, 4002 - 4004 (1975). ראוי לציין, כי בין הגשת החלק השלישי והאחרון של דו"ח ועדת אגרנט (30.1.75) לבין הגשת הצעת החוק לכנסת לקריאה ראשונה (30.7.75) עברו ששה חודשים (הצעת החוק פורסמה ביום 9.7.75: הצ"ח התשלי"ח, עמ' 418), אך המלצתה של ועדת אגרנט להסדרת יחסי הצבא עם הדרג המדיני הובאה כבר בדו"ח הביניים שלה, אשר הוגש ביום 1.4.74, שנה וארבעה חודשים לפני כן. חוק היסוד עבר בקריאה שניה ושלישית שמונה חודשים לאחר שעבר בקריאה ראשונה, ביום 31.3.76. עיון בהיסטוריה החקיקתית מלמד כי לא חלו שינויים מהותיים בנוסח החוק שנתקבל לעומת נוסח הצעת החוק. הנסח הראשי של הצעת החוק היה היעף המשפטי לממשלה באותה תקופה (ולאחר מכן שופט בית המשפט העליון ונשיאו), מאיר שמגר.

⁶³ ואכן, בפעם הראשונה לאחר פרסומו של דו"ח ועדת אגרנט בה עלתה שאלת אחריותו של הדרג המדיני למחדל ביטחוני, לא עלתה כלל לדיון ממשי טענה בדבר העדר אחריות של הדרג המדיני: ראו **דין וחשבון הוועדה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בביירות** (1983) (ועדת כהן; הדין וחשבון פורסם גם בספר יצחק כהן: **ועדת החקירה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בביירות - דין וחשבון**, מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי (עורכים), **ספר יצחק כהן**, פפירוס (תל אביב, 1989), 119). בדיונה של ועדת כהן עצם קיומה של אחריותו הישירה של הדרג המדיני הובהרה היטב על ידי הוועדה (ראו דו"ח הוועדה, שם, 156 - 158), וזאת על אף שגם ועדת כהן חזרה, מצוות חכמים מלומדה, על הבחנת ועדת אגרנט בין אחריות ישירה לבין אחריות פרלמנטרית או מיניסטריאלית, אלא שלהבדיל מועדת אגרנט, ניגשה מיד ועדת כהן, יש להניח כי בין היתר לאור הוראותיו המפורשות והברורות של חוק-יסוד: הצבא, לברר את מידת אשמתם של בכירי הדרג המדיני - ראש הממשלה מ' בגין ושר הביטחון א' שרון, וקבעה לבסוף את שקבעה. מעניין לציין, כי לעומת זאת, בפרשת **משעל** בחרה

כאמור, למעט פסק הדין בפרשת **דויקאח**⁶⁴, טרם פורש החוק פרשנות של ממש בפסיקה, ועד כה הוצעו רק מספר גישות חלופיות אפשריות בכל הנוגע לפירושו, הן באשר ליחסי הכפופות והמרות המוסדרים בו באופן מפורש, והן באשר לאלה שזכרם לא בא - או נותר מעורפל - בחוק היסוד⁶⁵.

ה. סמכויות הצבא ומטרות שירות הביטחון⁶⁶

סמכויות הצבא קבועות בראש ובראשונה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ומאז שנת 1996, על דרך השלילה, גם בסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה⁶⁷. דא עקא, שהפרשנות שנתנה על ידי הצבא ומערכת הביטחון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לאורך השנים היתה רחבה למדי, ולגישתי - רחבה מדי.

הצבא פעל לאורך השנים במסגרות רבות ובמשימות רבות, שרק בדוחק רב ניתן להכלילן במסגרת התכלית הכללית של פעולות הדרושות להגנה על המדינה, כמו הקצאת כוח אדם מקצועי ומנהלי למטרות שונות בקרב גופי מערכת הביטחון, העברת מורות חיילות לשירות בתפקידי הוראה במסגרת משרד החינוך, העברת כוח אדם לשירות בבתי חולים, ועוד. גם כיום, קובעת פקודת מטכ"ל 33.0136, שכותרתה פעולות סיוע למגזר האזרחי בשעת רגיעה, את האפשרות להקצאת כוח אדם ואמצעים למשימות אזרחיות, וזאת על אף שניתן לטעון כי ההסדרים דהיום בחוק שירות ביטחון (ראו להלן), על פיהם, למעשה, מותרת הפעלת חיילים למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות רק מחוץ לצבא,

ועדת הבירור שלא לעסוק לעומק באחריות הדרג המדיני לכשלון פעולת המוסד למוודיעין ולתפקידים מיוחדים: **דין וחשבון לבחינת פעולת המוסד כנגד האלד משעל בירדן** (16.2.98); כן ראו ז' סגל "הדרג המדיני - מחוץ לתחום", **הארץ**, 17.2.98, א 8. מבחינות רבות היתה פרשת **אלון מורה** קו פרשת מים במשפט הישראלי. לפירוט נרחב של השתלשלות הפרשה ראו מ' נגבי, **כבלים של צדק**, כנה (ירושלים, 1982), 28 - 77. בפרשת **העצני** (לעיל, הערה 4) נמנע בית המשפט מלקבוע הלכה באשר ליחס ומידת המעורבות מצד הדרג המדיני בפעולות הדרג הצבאי (שם - מפקד אזור יהודה ושומרון), שאלה המעוררת קשיים במיוחד בסוגיית יחסי שר הביטחון והרמטכ"ל, כפי שעוד יפורט להלן.

⁶⁵ לפרשנותו של חוק-יסוד: הצבא בסמוך לאחר חקיקתו ראו P. Elman, "Basic Law: The Army", 2 Israel Law Review 232 (1977).

⁶⁶ התפיסות המוצגות בפרק זה גובשו, בין היתר, בסדרת דיונים עם עו"ד תומר גוטהלף. תודתי נתונה לו על כך ועל התהיות מאירות העיניים שהציג בסוגיות יעדי השירות הצבאי ומטרות שירות הביטחון.

⁶⁷ לכאורה, ניתן לטעון כי סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע, כי הפעלת הצבא מותרת רק למטרות של הגנת המדינה וביטחון הציבור, ועל כן הפעלת צה"ל למשימות אחרות (סיוע למגזר החקלאי, משלחות הצלה בינלאומיות, ועוד), איננה מותרת. סוגיה חוקתית זו, אשר נודעת לה חשיבות רבה, שלא ניתן להקל בה ראש, טרם באה על פתרונה (והשוו, לעניין משטרת ישראל, את פרשת משלחת השוטרים להאיטי: בג"ץ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5) 647).

יוצרים הסדר ממצה בכל הנוגע להפעלת חיילים המשרתים בצבא בכפיה למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות.

האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימות כמו קטיף תפוזים, כאשר קיים מחסור בידיים עובדות במגזר החקלאי? האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימות סיוע והצלה בחו"ל? האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימה של שבירת שביתה?⁶⁸ האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למטרת שמירה על הסדר הציבורי בערים,⁶⁹ באופן כללי או בשל מחסור בכוח אדם במשטרה, זמני או קבוע?⁷⁰

⁶⁸ י' אליאסוף "שאלות משפטיות הקשורות במעורבותו של צה"ל בסכסוכי עבודה אזרחיים", **משפט וצבא** 9 (1998) 195. בארצות הברית, קובע החוק (Posse Comitatus Act) מאז שנת 1878 (ראו 18 U.S.C. 1385 : ההסדר הוא בדמותה של עבירה פלילית, אשר דין הפרתה עד שנתיים מאסר), בעקבות לקחי פעולות צבא הצפון בדרום לאחר מלחמת האזרחים, איסור על הפעלת זרוע היבשה (Army) וזרוע האוויר (Air Force) למטרות אכיפת החוק האזרחי (האיסור אינו חל על זרוע הים (Navy)), אלא אם הדבר הותר מפורשות בחוקה או בחקיקה פדרלית. ראו H. W. C. Furman, "Restrictions upon Use of the Army Imposed by the Posse Comitatus Act", 27 Military R. B. Hohnsbeen (Note), "Forth Amendment ;Law Review 85 (1960) and Posse Comitatus Act Restrictions on Military Involvement in Civil Law Enforcement", 54 The George Washington Law Review 404 (1986) לעניין הפרות סדר פנימיות או אזרחיות השו, בנוסף, גם S. C. Greer, "Military Intervention in Civil Disturbances: The Legal Basis Reconsidered", [1983] Public Law 573 (1983). בשנים האחרונות, ובמיוחד מאז שנת 1986, ניכר כרסום בשמירה על עקרון זה, כאשר הקונגרס הרחיב ושב והרחיב את התחומים והנושאים בהם מותרת הפעלת הצבא לאכיפת החוק האזרחי (למצב דהיום ראו, בין היתר, 10 M. C. 371 - 381 U.S.C. 401; מגמה שכבר זכתה לביקורת: M. C. Hammond, "The Posse Comitatus Act: A Principle in Need of Renewal", 75 Washington University Law Quarterly 953 (1997).

⁶⁹ כיום, אין הקצאת כוח אדם צבאי למשימות אזרחיות נשענת על מקור משפטי ברור; אך גם אם יעוגן ויגובה ההסדר הקבוע בפקודת מטכ"ל 33.0136 בהחלטת ממשלה, עדיין תהיה הפעלתו כפופה לשתי המגבלות המהותיות המוטלות על סמכותה השירית של הממשלה לפי סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, דהיינו ליכולתה לפעול על פי אותו סעיף רק בכפוף להוראות כל דין, ורק בעניין שאינו מוטל בדין על רשות אחרת.

⁷⁰ לתהיות אלה ואחרות ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1996), 235 - 236. העובדה כי הדבר נעשה בעבר מעשה שגרה אין משמעותה כי הוא נעשה כדין, גם כאשר הפסיקה התייחסה לעניין זה כמובן מאליו: בג"ץ 83/50 **פיכמן נ' שר הביטחון** (פ"ד ד' 724); ע"א 190/81 **פלג נ' מדינת ישראל** (פ"ד לח(2) 57). מעניין לציין, כי על פי החוקה הגרמנית (סעיף 87א(2) לחוקה או לחוק היסוד (Grundgesetz)), יעדו העיקרי של הצבא הוא הגנת המדינה, והפעלתו למטרות אחרות מותרת רק אם נקבעה בחוק. על פי סעיף 87א(3) לחוק היסוד של גרמניה מותרת הפעלת הצבא למטרות נוספות בשעת חרום, ועל פי סעיף 87א(4) לחוק היסוד, מותרת הפעלת הצבא כתמיכה למשטרה רק למטרות של שמירה על רכוש אזרחי ולחימה בהתקוממות מאורגנת מזוינת, וגם זאת במקרים חריגים. במקרה כזה, כל אחד משני בתי הרשות המחוקקת (Bundestag, Bundesrat) רשאי להורות על הפסקת הפעלת הצבא כאמור.

לא אעסוק בהרחבה במסגרת זו בשאלת הפעלתו של הצבא מחוץ למדינה, הראויה לדיון נפרד, במיוחד לנוכח תחולתו האישית (הפרסונלית) של חוק השיפוט הצבאי. מן המפורסמות הוא, כי צה"ל ביצע ומבצע משימות הצלה וסיוע רבות בחו"ל, הן כאלה שלמדינת ישראל היה עניין חיוני וברור בביצוען (למשל - שגרירות ישראל בבואנוס איירס 1994), הן כאלה שלמדינת ישראל היה עניין עקיף, שביחסי חוץ, בביצוען (למשל - שגרירות ארצות הברית בניירובי 1998), והן כאלה שהיו משימות הומניטריות מובהקות, ללא עניין הנוגע למדינת ישראל מעבר להיבט ההומניטרי הכללי (למשל - רואנדה 1995).

בקליפת האגוז יצוין, עם זאת, כי המסקנה העולה, לכאורה, מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **פדרמן**⁷¹, היא כי משימת סיוע הנחוצה או הנובעת מטעמים הנוגעים ליחסי החוץ של מדינת ישראל תהיה משימת סיוע אשר הממשלה רשאית בהחלטה להטילה על הצבא, וזאת בהתאם לסמכותה השיורית לפי סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה. הנמקתה של ההלכה האמורה נעוצה בכך שמשימות סיוע והצלה הנובעות מצרכי יחסי החוץ של הממשלה הינן פעולות שאינן מוטלות בדין על רשות כלשהי, ומכאן סמכותה של הממשלה להורות על ביצוען. מסקנת הלאו הנגזרת המשתמעת של הדברים, לפיה לא תותר הפעלת הצבא מחוץ למדינה למשימות שאינן משימות סיוע והצלה או למשימות שאינן נובעות מצרכי יחסי החוץ של המדינה⁷² (על אף שפורמלית גם במקרה כזה תעמוד לממשלה סמכותה השיורית - שהרי הסמכת הממשלה לעשות מעשה עדיין אין משמעותה הסמכה לעשותו באמצעות הצבא), לעומת זאת, טרם עלתה על הפרק, ועל כן טרם הוכרעה.

עד לשנת 1995 היתה מותרת הפעלת הצבא למטרת הגנה על המדינה בלבד, וזאת כפי שקבע עד אז סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. באותה שנה, תוקן הסעיף, ונקבע בו כי הפעלת הצבא (בלשון הסעיף - "הכוחות המזוינים") מותרת גם להשגת יעדי הביטחוניים הלאומיים של המדינה. הרחבה זו, שלא לוותה בדיון ממשי בדבר משמעויותיה, נעדרת מנגנונים ראויים של פיקוח מטעם הדרג האזרחי על הצבא, ובמיוחד מנגנונים של פיקוח הכנסת על הפעלת הצבא בידי הממשלה למטרות ביטחוניות לאומיות, והיא נותנת, למעשה, בסיס משפטי להפעלת הצבא בישראל למטרות רחבות ביותר, אשר אין להן כמעט אח ורע במדינות דמוקרטיות אחרות, בודאי שלא בהעדר תנאים מגבילים ופיקוח הדוק. תיקון זה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, על אף שכפי

⁷¹ יצוין, כי הצעה לתיקון חוק-יסוד: הצבא לסיוג פעילות הצבא מחוץ לישראל, בעקבות פרשת משלחת השוטרים להאיטי (הצעת חוק של ח"כ ר' זאבי מנובמבר 1994) נדחתה, בהתנגדות הממשלה. להלן יתרכז הדיון ביעדי הפעלת הצבא בלא התייחסות פרטנית לשאלת הפעלת הצבא מחוץ למדינה, הראויה, כאמור, לדיון נפרד. לסמכויות הצבא לפעול במשימות הומניטריות בארצות הברית ראו 10 U.S.C. 402.

⁷² אם כי ניתן לטעון, כמובן, כי כל משימה של הצבא מחוץ למדינה, למעט, כמובן, פעולות לחימה באויב או פעולות הנוגעות לפעולות כאלה, היא משימה הנוגעת ליחסי החוץ שלה.

שיאמר מיד הוצג כקשור קשר הדוק להרחבת מטרות שירות הביטחון, יוצר הסדר חוקתי בעייתי, פרוץ ורחב מדי⁷³.

בשנת 1995 תוקן גם חוק שירות ביטחון ונוסף לו סעיף 26א, הקובע כי בהסכמתו של יוצא צבא (גבר או אשה), ניתן להעבירו לשרת את שירותו הסדיר במסגרת של "שירות מוכר"⁷⁴. מסגרת זו, אשר בחוק נקבע כי היא מיועדת להשגת יעדים ביטחוניים לאומיים, כוללת שירות למטרות ובמסגרות בהן מופעל כיום גם השירות הלאומי, ובניהן, על פי צו שפורסם על ידי שר הביטחון להפעלת השירות המוכר (צו שירות ביטחון (קביעת שירות מוכר לפי סעיף 26א לחוק), התשנ"ו - 1996⁷⁵), משימות בתחום החינוך, בתחום קליטת העליה ובתחום הבריאות⁷⁶.

הסדר זה הינו הסדר בעייתי, המעורר קשיים לא מעטים⁷⁷, והוא אף ראוי לביקורת חוקתית כשלעצמו, ממספר טעמים⁷⁸. ההסדר ראוי גם לביקורת לבר משפטית, לאור האפשרות,

⁷³ הדבר מודגם היטב אם נשקול את התרחיש על פיו יוחלט על העברת הצבא - כולו או חלקו - למתכונת של שירות צבאי מקצועי, בהתנדבות ולא בכפייה, או אז העדרה של בקרה על יעדי הפעלתו של הצבא עשויה להוליך לתוצאות קשות, וזאת לנוכח גישתי, כפי שתפורט להלן, בדבר ההבחנה בין סמכויות הצבא למטרות שירות ביטחון, אשר בין היתר משמעותה כי גם לצורך הרחבת מטרות שירות הביטחון ותיקונו של סעיף 26א לחוק שירות ביטחון לא היה כלל צורך בתיקונו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. קבלת גישתי האמורה משמעותה, כי בעוד שכיום יהיו, כך יש להניח, מקרים בהם תימנע הפעלת הצבא למטרות שאינן ביטחוניות בשל חוסר היכולת להפעיל את מסד כוח האדם המרכזי של הצבא - המשרתים שירות צבאי בכפייה (בשל מגבלות הנובעות מזכויות היסוד המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק), הרי שבצבא המבוסס על כוח התנדבותי בלבד יעלם מעצור מעשי זה, והתיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט עלול להתברר כבלתי נשלט. דומה כי פסק הדין בבג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** (טרם פורסם) נותן משנה תוקף למסקנה זו.

⁷⁴ להיסטוריה החקיקתית של תיקון זה לחוק שירות ביטחון ולטיעון בדבר עמידותו החוקתית ראו א' רובינשטיין "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", **עיוני משפט** כא (1997) 21, 40 - 46. אציין, בכל הכבוד, כי אינני מסכים עם גישתו של רובינשטיין, לפיה, למעשה, המנגנונים המורכבים בדרך לאישור שירות מחוץ לסדר הכוחות של צה"ל, יחד עם העובדה כי התיקון היה בעיקרו צילום של המצב שהיה קיים עובר לתחילתו והדרישה להסכמה לעניין חלק מיעדי השירות המוכר, עושים את ההסדר שנקבע בסעיף 26א לחוק שירות ביטחון עמיד במבחן החוקתי. לגישתי, מה שהיה בלתי חוקי ובלתי חוקתי בעבר - בלא כל עיגון בחוק - איננו הופך חוקתי עם הסדרתו בחוק החרות. באשר למנגנונים, הרי אלה ראויים כשלעצמם, אולם מנגנונים דיוניים אינם יכולים לבוא במקום הדרישות המהותיות שבפסקאות ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובהקשר זה כל כמות של מנגנוני אבטחה ובקרה דיוניים אינה יכולה לעשות איכות חוקתית.

⁷⁵ צו שירות ביטחון (קביעת שירות מוכר לפי סעיף 26א לחוק), התשנ"ו - 1996, ק"ת התשנ"ו, עמ' 988.

⁷⁶ להרחבה ראו א' נון "השירות הלאומי בישראל: בדרך לא דרך לשירות לאומי מלא", **מבט לעמי** 11 (1998) 16.

⁷⁷ כך, למשל, דומה כי עם יצירתו של הסדר זה ניטל חלק ניכר מטעמה של ההצדקה לאי גיוסם של ערביי ישראל לשירות חובה על פי חוק שירות ביטחון.

⁷⁸ למען הסר הספק אבהיר, כי לטעמי הבעייתיות החוקתית נוגעת לא רק לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בצבא, אלא גם לפגיעה בזכויות היסוד של אזרחים, כתוצאה

אשר ניצניה נראים כבר כיום, כי מסגרת שירות זו תשמש צינור מפלט לשירותם הצבאי של חייבי שירות חובה לפי חוק שירות ביטחון, אשר בצה"ל לא יהיה להם מקום, כמו בעלי נתוני איכות נמוכים, בעלי מגבלות שיבוץ בשירות חובה, ואף נשים, תוך בלימת מגמת השוויון בשירות הצבאי לנשים.⁷⁹

תיקון זה מעורר גם תמיהות לא מעטות בדבר הפעלת המשרתים שירות חובה למטרות שאינן ביטחוניות במובהק עד לשנת 1995, כמו למשל שירות חיילות בבתי חולים, שירות חיילות בהדרכה בחברה להגנת הטבע, וכיוצא באלה, כאשר למעשה ההסדר היחיד של שירות ליעד שאינו ביטחוני במובהק (קרי, הגנת המדינה), אשר עוגן בחוק שירות ביטחון מפורשות, היה, מאז שנת 1963,⁸⁰ ההסדר הנוגע למשמר הגבול (כיום - סעיפים 24, 25 - 26 לחוק שירות ביטחון).

יתרה מזו, שני יעדים לא ביטחוניים ידועים של השירות הצבאי - הנח"ל ושיבוב ההסדר⁸¹ - לא הוסדרו גם בתיקון לחוק שירות ביטחון משנת 1995, ולמעשה נותרו, לכאורה, בלא בסיס משפטי נאות לפעולתם.⁸²

מהפעלת הסדר השירות המוכר. כך, למשל, נראה כי תעמוד שאלה חוקתית קשה של פגיעה בזכויות יסוד (ובראשן הזכות לחופש העיסוק וזכות הקניין) בפני פיטוריו של עובד גוף ציבורי הנעשים כדי לאפשר קליטה של חיילים בשירות סדיר במסגרת שירות מוכר באותו גוף.⁷⁹

יצוין, כי לא רק באלה טמון הקושי בתיקונו האמור של חוק שירות ביטחון לעניין השירות השירות המוכר. הקושי נוגע גם לשירות הלאומי במבנהו הנוכחי. הבעייתיות טמונה בהיווצרותה הצפויה של תחרות בין השירות הלאומי לבין השירות המוכר לפי חוק שירות ביטחון, תחרות שבה מחד יתרון לצה"ל במישור הכלכלי (עלותו של יוצא צבא המשרת במסגרת השירות המוכר לגורם אליו מופנה יוצא הצבא נמוכה יותר כיום מעלותו של משרת שירות לאומי לאותו גורם בתקופת זמן נתונה), אך מאידך לפחות בשלב זה נראה כי למפעילי השירות הלאומי יתרון ברמת האיכות של כוח האדם המופנה באמצעותם. קיים חשש, כי עם היווצרות יתרונות חד משמעיים לאחד מן הגורמים, יביא הדבר לפגיעה קשה באחת מן המסגרות - השירות הלאומי או השירות המוכר - פגיעה אשר אין ספק כי מן הראוי למנוע אותה מראש תוך יצירת תאום והסדרים ממלכתיים ראויים. יש לזכור, כי היקף הקליטה של המשרתים במשמיות בהן עסקינן ברמה המקרו כלכלית הינו מוגבל, וברור כי בנקודת זמן כזו או אחרת תגיע רמת השימוש בכוח אדם זול זה למצב בו הגופים הנהנים משירותיהם של יוצאי צבא במסגרת השירות המוכר ומשרתי השירות הלאומי יוכלו - ואף יאולצו מבחינה כלכלית - לבחור ביניהם. קושי זה איננו קושי חוקתי, אך הוא מדגים היטב את העדר הבחינה המעשית הכוללת של משמעויות חקיקתו של הסדר השירות המוכר (להבדיל מהבחינה המשפטית, שעל חלק ממסקנותיה אני אומנם חולק במאמר זה, אך היתה ללא ספק מעמיקה ויסודית).

⁸⁰ חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] (תיקון מס' 2), התשכ"ג - 1963, ס"ח התשכ"ג, עמ' 128.

⁸¹ כידוע, המשרתים במסלול ישיבות ההסדר משרתים שירות חובה - אם כי ללא תשלום - בתקופות בהן הם שוהים בישיבות לצורך לימודים תורניים, ואילו המשרתים בנח"ל משרתים שירות ללא תשלום בתקופת הכשרתם החקלאית, וזאת בהתאם להוראת הפיקוד העליון 3.0108 שירות ללא תשלום. כמובן שהסדרת הנושא בהוראות הפיקוד העליון, אשר מלכתחילה ספק אם נעשתה בסמכות, איננה יכולה לספק הסדר נאות מבחינה משפטית.

⁸² בכל הנוגע לפעילות הנח"ל, הרי אותם חיילי נח"ל מעטים המוצבים עדיין, מעת לעת,

הטעם לדברים נעוץ בכך, שאם עד לתיקון דנן לחוק שירות ביטחון ניתן היה לטעון לתקפותם של היעדים האמורים מכוח פרשנות כזו או אחרת לחוק שירות ביטחון ומכוח סמכויותיה השירותיות של הממשלה, הרי נראה כי כיום יש לראות בהסדר הקבוע בסעיפים 22א - 26 לחוק שירות ביטחון הסדר ממצה בכל הנוגע לשירות חיילים בשירות חובה במשימות שאינן ביטחוניות במובהק⁸³.

אך מעבר לספקות המשפטיים האמורים, נראה לי כי העושים במלאכה לא דקן פורתא בהבחנה חשובה הנוגעת לפעולות הצבא ולמשרתים שירות צבאי שלא בהסכמה (או, במלים אחרות, בכפיה): ההבחנה בין סמכויות הצבא לבין מטרות שירות הביטחון, וזאת כפי שיובהר מיד.

כפי שהוזכר לעיל, כדי ליתן תוקף להסדר השירות המוכר, כפי שהדברים הוצגו עובר לחקיקתו⁸⁴, תוקן במקביל גם סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ונקבע בו כי הצבא יהיה מוסמך לעשות גם כל פעולה הדרושה להשגת יעדיה הביטחוניים הלאומיים

בהאחזיות באזורי גבול בחלק משירותם הצבאי, ניתן לטעון להצדקת ההסדר כהסדר הקבוע מסגרת שירות המיועדת למטרות ביטחוניות מובהקות של הגנת המדינה (שהרי החיילים משתלבים, ברגיל, במערך ההגנה המרחבית באזור האחזות). ואולם, מזה מספר שנים שחלק ניכר מחיילי הנח"ל משרתים שירות סדיר ביעדים שונים לחלוטין, כגון סיוע קהילתי בעיירות פיתוח, קליטת עליה, וכיוצא באלה, וזאת שלא במסגרת ההסדרים והמגבלות שקובע סעיף 26 לחוק שירות ביטחון, דהיינו במונחי חוק שירות ביטחון, שירותם הוא שירות סדיר רגיל ולא שירות מוכר. למען שלמות הדברים אציין, כי אינני מתעלם מהוראותיהם של סעיפים 21 - 22 לחוק שירות ביטחון, הקובעים הוראות בדבר הכשרה חקלאית ובדבר שמירת שלמותם של גרעינים התיישבותיים, ואולם מעבר לכך שחלק ניכר מחיילי הנח"ל דהיום אינם עוסקים בהכשרה חקלאית ואינם חברים בגרעינים התיישבותיים, ספק רב אם יהיה בסעיפים אלה כדי להועיל, במיוחד לאחר התיקון לחוק שירות ביטחון משנת 1995. תודתי לעו"ד כפיר אברהם על העיון שקיימנו בסוגיית הבסיס החוקי להפעלת הנח"ל, ושבעקבותיו נוספה למאמר הערה זו.

⁸³ למעשה, המסקנה הרחבה העולה מן התיקון היא, לכאורה, כי לא ניתן עוד להפעיל חיילים המשרתים לפי חוק שירות ביטחון למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות אלא אם הן מפורטות מפורשות בחוק שירות ביטחון, ובתנאים הקבועים בו, וכי למעשה משמעות התיקון היא, כי ניתן להפעיל חיילים ליעדי השירות המוכר רק מחוץ למסגרת הצבא (השירות "ביחידות צבאיות" הנוכר בסעיפים 26א(א)1 - 26א(א)2)) נועד רק ליצור מסגרת רישומית וארגונית לתחלת חוק השיפוט הצבאי על המשרתים שירות (מוכר), וההסדר הקבוע (למשל) בפקודת מטכ"ל 33.0136 איבד את חוקיותו, ככל שהיה חוקי קודם לכן, והוא מהווה כיום חריגה מסמכות, ככל שהדברים נוגעים לחיילים המשרתים בצבא לפי חוק שירות ביטחון (ודומה כי פסק הדין בפרשת **רובינשטיין**, לעיל הערה 73, מחזק מאוד מסקנה זו, גם אם מתוך תפיסת יסוד שונה). אני ער לכך, כי משמעותה של מסקנה זו היא כי המטרות לשמן מותר להפעיל את המשרתים בכפיה במסגרת הצבא הינן צרות יותר מן המטרות לשמן מותר להפעיל את המשרתים בכפיה מחוץ למסגרת הצבא, אולם אני סבור כי מסקנה זו, לא זו בלבד שהיא מתחייבת מן ההסדרים המשפטיים הקיימים, אלא שהיא אף חיובית ורצויה מבחינת ההפרדה בין פעולות הצבא לפעולות "אזרחיות" של הרשות המבצעת, וההסדר הנוכחי של הפעלת חיילים במסגרת השירות המוכר הוא אף מאוזן יותר, מבחינת הפיקוח עליו מצד הרשות המחוקקת.

⁸⁴ ראו א' רובינשטיין, לעיל הערה 74, 40 - 46.

של המדינה, ולא - כפי שהיה עד לאותו מועד - להגנתה בלבד. ואולם, למעשה, מכיון שהמשרתים שירות מוכר לפי סעיף 26 לחוק שירות ביטחון אינם משרתים כלל בצבא - כארגון - בעת שהם משרתים למטרות שאינן ביטחוניות אלא ביטחוניות לאומיות, לא היה צורך בתיקונו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כדי להכשיר את הסדר השירות המוכר, ומסקנה דומה יפה גם לעניין שירות ביחידות משטרת ישראל שאינן יחידות משמר הגבול לפי סעיף 24 לחוק. התיקון נדרש רק כדי להכשיר את אותן פעולות המבוצעות על ידי הצבא כארגון, באמצעות הנמנים עם שורותיו (במונחי חוק שירות ביטחון וחוק השיפוט הצבאי - נמנים עם הכוחות הסדירים), שאינן פעולות להגנת המדינה אלא פעולות להשגת יעדים ביטחוניים לאומיים, כמו האחזות חקלאית באזורי ספר (עיקר פעילותו של הנח"ל בעבר).

הטיעון המוצג על ידי בעניין זה הוא, כי גם כאשר הצבא כארגון מוסמך לבצע פעולה במישור החוקתי, עדיין אין משמעות הדברים כי הצבא מוסמך לעשות שימוש לצורך אותה פעולה בחיילים המשרתים בצבא בכפיה לפי חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986,⁸⁵ שכן הצבא יכול לעשות שימוש לביצוע אותן פעולות גם בחיילים ובאחרים הנמנים עם שורותיו המסכימים לכך (למשל - במשרתי קבע ובאזרחים עובדי צה"ל), אשר עבודתם או שירותם בצבא הם מכוח הסכמתם, ועל כן, למעט מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד, הם מחויבים בביצוע המשימות המוטלות עליהם ללא סייג. המשרתים שירות צבאי בכפיה, לעומת זאת, כך המשכו של הטיעון, הלא הם המשרתים שירות סדיר (שירות חובה) ושירות מילואים לפי חוק שירות ביטחון. אין חולק כי שירותם הצבאי פוגע בזכויותיהם החוקתיות המוגנות על פי חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובראשן הזכות לחירות, ועל כן על הפעילות המתבצעת על ידי הצבא באמצעותם לעמוד במבחני פסקאות ההגבלה בשני חוקי יסוד אלה, דהיינו עליה להיות לתכלית ראויה, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

טיעון זה יפה, כמובן, מכוח קל וחומר, גם במקרים בהם המשרתים שירות צבאי מופעלים, לפי הפניית הצבא, על ידי ארגונים אחרים, כמו משרד החינוך והתרבות, משרד הבריאות, וכיוצא באלה, במסגרת השירות המוכר. גם כאן, העובדה כי למשרדי ממשלה אלה סמכות לבצע את משימותיהם אין משמעותה כי במישור החוקתי הפעלתם של המשרתים שירות צבאי בכפיה עומדת בתנאיהן המהותיים של פסקאות ההגבלה.

⁸⁵ וכבר הוער, כי גם סוגיית הגיוס לשירות צבאי דינה הסדרה ברמה החוקתית ולא רק בחוק רגיל: P. Elman, supra note 65, 236. הצעות של חברי הכנסת שי' אלוני ומי פעיל בהקשר זה במהלך הדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית של חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא נדחו: דברי הכנסת 76, 2398 - 2400, 2403 (1976). בקריאה הראשונה הציע חבר הכנסת א' יריב לקבוע בחוק היסוד הסדר בדבר גיוס חרום, אך הצעה זו לא זכתה, ככל הנראה, לאוון קשבת: דברי הכנסת 74, 4025 (1976). לצורך בפקוח פרלמנטרי על גיוס בשעת חרום ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, לעיל הערה 53, 825 - 833.

את מתכונת ומשמעות הטיעון ניתן להבהיר בדוגמה של משימת סיוע הומניטרי מחוץ לישראל: לגישתי, גם משימת סיוע הומניטרי כאמור אשר ימצא כי מותר להפעיל את הצבא לשם ביצועה, עדיין לא ברור כי תותר הפעלת של המשרתים בצבא בכפיה לשם מילויה והשלמתה.

על פני הדברים, נראה כי כל המטרות לשמן מופעלים המשרתים שירות צבאי שלא בהסכמה, בתוך הארגון הצבאי ומחוצה לו, עומדות במבחני פסקאות ההגבלה למהדרין. ואולם, כדי לעמוד על משמעות הטענה כפי שהוצגה לעיל, יש לקלף מעל הפעלת הארגון הצבאי למטרות שהן לכאורה מטרות "ביטחוניות - לאומיות" לעילא ולעילא, את הכסות הביטחונית הלאומית, ולרדת אל לב לבם של הטעמים המביאים להפעלת הצבא להשגת אותן מטרות או אותם יעדים, לפחות בחלק ניכר של המקרים: טעמים תקציביים גרידא⁸⁶. וטעמים תקציביים גרידא, כבר נאמר במקום אחר, ספק אם יוכלו לעמוד להצדקת פגיעה בזכויות יסוד מוגנות⁸⁷, קרי הפעלת חיילים המשרתים בצבא שירות חובה, ללא הסכמתם, למען אותם יעדים או מטרות, באשר הפגיעה בזכויות היסוד של אותם חיילים לא תהיה "לתכלית ראויה", ובודאי שלא תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש".

כמובן שלא כל היעדים הם כאלה אשר העילה היחידה להפעלת חיילים בשירות חובה להשגתם היא העילה התקציבית, שכן ישנם יעדים אשר בלא הפעלת חיילים להשגתם לא יושגו כלל, אחת היא כמה תקציב (בגבולות ההגיון והסבירות) יוצא לשם השגתם. בנוסף, ישנם יעדים אשר לשם הפעלת חיילים המשרתים שירות חובה להשגתם נדרשת הסכמתם של אותם חיילים (ראו סעיף 26א(ג) לחוק שירות ביטחון). אומנם, באותם מקרים בהם הסכמה זו היא הסכמה חופשית ומרצון, הנשענת על גילוי נאות ונתונים מלאים (Informed Consent⁸⁸), הטענה בדבר מניעה חוקתית להפעלת החיילים להשגת היעד העומד על המדוכה היא חלשה יותר (אם כי גם במצב דברים זה היא עדיין בעלת משקל ממשי, שהרי ההסכמה היא ליעד השירות ("שירות מוכר"), ולא לעצם השירות⁸⁹),

⁸⁶ עלות החזקתו הכוללת של חייל בשירות חובה מוערכת בעשרים אלף שקלים חדשים לערך לשנה (חמשת אלפים דולר ארצות הברית – לערך לשנה, בערכי 1999). עלות העסקתו של העובד השכיר הזוטר ביותר במערכת הציבורית עומדת על כפליים לפחות. להיסטוריה של שיקולים תקציביים בקביעת יעדי השירות הסדיר ובמיוחד אורכו ראו י' גרינברג, **חשבון ועוצמה: תקציב הביטחון ממלחמה למלחמה 1957 - 1967**, משרד הביטחון - ההוצאה לאור (תל אביב, 1997), 70 - 77.

⁸⁷ א' ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית**, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1994), 526 - 528. כמו כן, ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94.

⁸⁸ וניתן לטעון, כי על הסכמה זו יחולו דיני ההסכמה הכלליים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (סי"ח התשל"ג, עמ' 118), כגון טעות, הטעיה, עושק וכיוצא באלה, וזאת באמצעות הצינור שבסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). לעניין הסדרי ההסכמה בחוק הקיים, ראו והשוו סעיף 24 לחוק שירות ביטחון לעומת סעיף 26 לחוק שירות ביטחון.

⁸⁹ ניתן להמשיל מצב זה, על דרך ההיפוך, לדוקטרינת הפעולה החופשית במקור במשפט הפילי: לא ניתן לטעון להסכמתם הרצונית של המשרתים שירות צבאי בכפיה לשירות

אך עדיין ישנם מקרים לא מעטים, בהם ספק אם הפעלתם של חיילים בשירות צבאי בכפיה לשם השגתם תעמוד במבחן החוקתי של חוק-יסוד: חופש העיסוק ושל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ואולם, כאמור, וזו עיקר טענתי, מכל אלה אין נובע כי נאסר להפעיל את הצבא - כארגון - להשגת אותם יעדים. כוח האדם העומד לרשות הצבא איננו רק כוח אדם המשרת בצבא בלא הסכמתו. יש לזכור, כי בצבא משרתים גם אנשי קבע, אשר עצם שירותם נסמך על הסכמתם⁹⁰, והצבא רשאי להפעיל גם אזרחים עובדי צה"ל, בכפוף להסכם העבודה הקיבוצי החל על עבודתם.

באותם מקרים בהם הפעלת הצבא כארגון להשגת יעד מסויים באמצעות חיילי חובה⁹¹ ומילואים תהיה בלתי חוקתית, עדיין ניתן יהיה לבחון את הפעלת הצבא להשגת אותם יעדים באמצעות כוח אדם המשרת בצבא בהסכמה⁹². או אז, תעלה שאלת הסמכות החוקתית להפעלת הצבא להשגת אותו יעד, והתשובה לשאלה זו, בהעדר הסדר מפורט ראוי בחוק-יסוד: הצבא, תימצא בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה. הפעלתם של חיילי חובה המשרתים בכפיה מחוץ לצבא תיבחן לא במנסרת יעדי הצבא כארגון (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט וסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה), שכן לא הצבא הוא הפועל להשגת היעדים אלא במנסרת הפגיעה בזכויות היסוד בלבד.

במסגרת השירות המוכר, כאשר מלכתחילה לא הגיעו מרצונם למצב בו מתבקשת הסכמתם כאמור.

⁹⁰ ראו סעיף 17(ח) לחוק שירות ביטחון, והוראת הפיקוד העליון 3.0501 שירות הקבע בצה"ל. אינני דן לשאלה המעניינת של מעמדם של המשרתים בהתנדבות לפי סעיף 17 לחוק שירות ביטחון בהקשר זה. לכאורה מצויה התשובה בסעיף 17(ד) לחוק שירות ביטחון, אולם דומני כי הדברים עדיין צריכים עיון. אותיר בצריך עיון גם את השאלה התאורטית האם יתכן מצב הפוך, דהיינו מצב בו מותרת הפעלתם של חיילים המשרתים שירות חובה במסגרת הצבא להשגת יעד מסויים מבחינת הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות הטמונה בשירות הצבאי, אך אותו יעד איננו יעד חוקי להפעלת הצבא כארגון.

⁹¹ בפקודות הצבא וגם בציבור קיים לעתים בלבול מסויים בשימוש במונח שירות סדיר, כאשר לעתים מתייחסים במונח זה לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון ולעתים מתייחסים במונח זה לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון ולשירות קבע כאחד (שירות הקבע אינו מוסדר בחקיקה: ראו א' רז, ג' זיידמן "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד", עיוני משפט כב (עתיד להתפרסם - 1999)), כל זאת להבדיל, כמובן, מן המונח "נמנה עם הכוחות הסדירים", המתייחס גם למשרתי קבע (הגדרת חייל בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי, סעיף 43 לחוק שירות ביטחון). לעניין זה ראו, למשל, פקודת מטכ"ל 32.0102 חוות דעת תקופתית - קצינים בשירות סדיר ופקודת מטכ"ל 31.0708 יציאה לחוץ לארץ בשעת חרום - חיילים בשירות סדיר ובשירות מילואים. המינוח המשפטי הנכון הוא, כמובן, כי שירות סדיר הוא אך ורק שירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון. עם זאת, כדי למנוע אי הבנות, אני משתמש לאורך המאמר במונח שירות חובה, אשר אין חולק כי הוא מתייחס לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון לבדו.

⁹² וגם אם קיים קושי מעשי בהפרדה בין משרתי חובה לבין משרתי קבע ואזרחים עובדי צה"ל, לא נראה כי תהיה בכך הצדקה לפגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם של משרתי החובה.

סיכומם של דברים הוא כדלקמן: חייל המשרת שירות צבאי בכפיה במסגרת הצבא, התנאים להפעלתו למשימות כלשהן הם, במצטבר, כי יעדי ההפעלה חוקתיים מבחינת יעדי הצבא כארגון, וחוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי (ולכאורה, לא ניתן להפעיל חייל המשרת בכפיה במסגרת הצבא למטרות שאינן צבאיות מובהקות, אלא באותם מקרים בהם הדבר מעוגן במפורש בחוק שירות ביטחון); חייל המשרת שירות צבאי בכפיה שלא במסגרת הצבא (כמו השירות המוכר), התנאי היחיד להפעלתו למשימות שאינן צבאיות מובהקות - ומטבע הדברים כולן יהיו כאלה - הוא כי יעדי ההפעלה יהיו חוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי. הפעלת הצבא כארגון ליעד המותר בהפעלה מבחינה זו, אך כזה שאיננו עומד במבחן החוקתי להפעלתם של חיילים המשרתים שירות צבאי בכפיה, עדיין תהיה מותרת, והצבא יהיה רשאי לפעול להשגתו של אותו יעד באמצעות המשרתים בצבא שלא בכפיה (כמו משרתי הקבע), וזאת הן באשר להפעלת חיילים המשרתים בכפיה למשימות שאינן ביטחוניות מובהקות מותרת לכאורה רק מחוץ למסגרת הצבאית, והן באשר למשרתים בצבא שלא בכפיה נתנו את הסכמתם לפגיעה בזכויות היסוד שלהם מכוח הסכמתם לשירותם הצבאי.

ו. המעמד החוקתי של סמכויות הצבא

סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט בנוסחו המקורי נחקק בשנת 1948, ומבחינת תוכנו המהותי בנוסחו דאז, אין הסעיף מעורר כל קושי. ואולם, נשאלת השאלה, האם התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט משנת 1995 אשר הוסיף לסעיף את ההסמכה לצבא לפעול להשגת היעדים הביטחוניים הלאומיים של המדינה⁹³, הוא תיקון העומד איתן במישור החוקתי.

לכאורה, בכפוף לניתוח הפגיעה בזכויות יסוד של המשרתים בכפיה, אם למען יעד מסויים ואם באופן כללי, אין דרך חוקתית לתקוף את התיקון האמור לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. אך אני מבקש להעלות לדיון את הטיעון על פיו התיקון לסעיף

⁹³ התיקון יצר, על דרך החיוב ועל דרך השלילה, מיון של סמכויות הצבא לשלוש רמות: יעד ביטחוני (מלחמה בסעיף 51א) לחוק-יסוד: הממשלה, והגנת המדינה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובסעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה, יעד ביטחוני לאומי (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, וביטחון הציבור בסעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה) ויעד לאומי (שנאסר להפעיל את הצבא להשגתו). שילובו של סעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה הוא, לגישתי, ברמת הביניים, של יעדים ביטחוניים לאומיים, אך זהו רק יעד אפשרי אחד מבין היעדים הביטחוניים הלאומיים האפשריים באופן כללי, ואם מקבלים את טענתי בדבר הסתירה בין התיקון בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה (להלן), זהו היעד הביטחוני הלאומי היחיד שמותר להפעיל לשמו את הצבא.

18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוא פסול, באשר הוא סותר חוק יסוד, ומכיוון שלא נעשה בחוק יסוד - אין לו תוקף⁹⁴.

לגישתי, ניתן לטעון לסתירה בין התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיפים 2 - 3 לחוק-יסוד: הצבא. הסתירה עיקרה בכך, שהתיקון מפר את האיזון החוקתי בין הממשלה מחד לבין שר הביטחון והצבא מנגד. עד לתיקון, היה מוסמך שר הביטחון להפעיל את הצבא, כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת, לכל מטרה המיועדת להגנת המדינה⁹⁵, ואילו לאחר התיקון הורחב היקף סמכותו כמעט עד בלי גבול, והוא רשאי, לכאורה, כל עוד לא תורה הממשלה לצבא אחרת, להפעיל את הצבא לכל מטרה המגלמת יעד ביטחוני - לאומי.

תיקון זה מנוגד לתכליתו החוקתית של חוק-יסוד: הצבא ולאיוון העדין שנקבע בו בין שתי הרשויות הממונות של הפעלת הצבא - הממשלה ושר הביטחון - לבין הצבא, וכמובן גם בינן לבין עצמן. אפשרותה הידועה של הממשלה להורות לצבא לפעול בניגוד לעמדת שר הביטחון אין בה כדי להועיל כנגד מצב בו הצבא כבר פעל בהוראת שר הביטחון בנושא שעד לתיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט הצבא לא היה מוסמך לעסוק בו כלל, ובודאי שאין בה כדי להועיל כשהתיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט יוצר למעשה מעין "מרוץ סמכויות" בין הממשלה לבין שר הביטחון, בעניינים שהם במקרים רבים אורחיים מובהקים⁹⁶.

משכך, התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט צריך היה להיעשות בחוק יסוד, אם בחוק יסוד עצמאי, חדש, ואם בחוק יסוד המתקן את חוק-יסוד: הצבא. משלא נעשה כן, אין עוד לתיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט זכות עמידה.

⁹⁴ אני מודע לכך שטיעון זה מהווה הרחבה מסויימת של ההלכה שנפסקה בפרשת **חוק גל**. לגישתי, הרחבה זו הינה מחויבת המציאות, שאחרת ניתן יהיה לקבוע הסדרים הסותרים חוקי יסוד שאינם משוריינים בחוקים רגילים כמעט ללא מגבלה, וההלכה האמורה תאבד חלק ניכר ממשמעותה. דרך אחרת להסתכל על הטיעון המוצג על ידי היא, כי הסדרת סמכויות הצבא הינה עניין שהיה צורך ואולי אף חובה להסדירו במעמד של חוק יסוד (והשוו עניין **רובינשטיין**, לעיל הערה 74), וליתר דיוק בחוק-יסוד: הצבא או בחוק-יסוד: הממשלה, ומשלא נעשה כן, התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט פתוח לתקיפה חוקתית או מעין חוקתית. יצויין, כי לבטלות הסתירה החוקתית העקיפה יסודות איתנים בשיטת המשפט הישראלית: בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693; בג"ץ 246/81, 260 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1; בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 764; בג"ץ 142/89, 172 **תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529.

⁹⁵ דהיינו מכללא כללו סמכויות שר הביטחון והממשלה ליתן הוראות לצבא את ההגבלה כפי שהיתה אז בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט להפעלת הצבא להגנת המדינה בלבד, בכפוף לסמכותה השיורית של הממשלה.

⁹⁶ וההסדר הפשטני והקל (לגישתי - קל מדי) להפעלה, ללא מחסומים מהותיים של ממש, הקבוע בפקודת מטכ"ל 33.0136 - יוכיח.

סתירה נוספת, גלויה ומובהקת יותר, קיימת, לכאורה, בין התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אולם כאן מתעורר קושי משפטי מעניין ביותר: בעת שנחקק התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט היה כבר עמנו סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אלא שהוא לא נכנס לתוקף אלא לאחר שנה לערך מהמועד בו נחקק התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. סוגיית הסתירה בין השניים במקרה זה היא יחודית: האם יכולה להיות סתירה כאשר הסעיף העליון חוקתית - סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה - לא היה כלל בתוקף במועד הנוגע לעניין? ואם כן, האם הסתירה היא מיידית, כבר בעת שנחקק סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, או שמא רק לאחר שנכנס סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, לתוקפו, ביוני 1996? אני נוטה לדעה, כי חוק היסוד המאוחר לא יוכל להחיל דרישת תיקון באמצעות חוק יסוד בדיעבד על חוק רגיל (ולפקודת סדרי השלטון והמשפט, חרף ההסדרים החוקתיים הבסיסיים שהיא קובעת במספר תחומים, מעמד של חוק רגיל בלבד), שאחרת מכוח הלכת בית המשפט העליון בפרשת חוק גל נמצא עצמנו מחטטים בקרביהם של מחצית מדברי החקיקה במשפט הישראלי, שמא יש בהם סתירה כלשהי לחוקי יסוד שנחקקו לאחר תחילתם. עם זאת, ההכרעה בהקשר זה היא מוקשה, שכן, כאמור, בעת שנחקק התיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט כבר הונח חוק יסוד הממשלה על ספר החוקים, ורק מועד תחילתו נתעכב עד לבחירות לכנסת הארבע עשרה.

ראוי לזכור, עם זאת, כי גם אם תתקבל הטענה בדבר בטלותו של התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, לפי אחד משני קרי הטיעון שהוצעו לעיל, הרי עדיין סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי אין בהוראה המחייבת כי הכרזת מלחמה תעשה על ידי הממשלה בלבד כדי למנוע עשיית פעולות הדרושות להגנה על המדינה ועל ביטחון הציבור. משמעותו של הסעיף האמור היא, כי הוא קובע, על דרך השלילה, מעגל של סמכויות להפעלת הצבא - למען הגנה על ביטחון המדינה ולמען ביטחון הציבור - שהוא רחב ממעגל הסמכויות לפעול להגנת המדינה כפי שהיה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לפני תיקונו, ומותר יהיה להפעיל את הצבא לפחות למטרות הקבועות בסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

ז. המדרג רמטכ"ל - שר ביטחון - ממשלה

סמכות הממשלה כלפי הרמטכ"ל היא מוחלטת. משמעות הדברים היא כי ביחסים בין הממשלה והצבא, התפיסה היא כי הממשלה רשאית להורות לצבא, באמצעות הרמטכ"ל, כיצד לפעול בכל תחום ובכל עומק ורובד של קבלת ההחלטות ושל ביצוען וזאת ללא סייג⁹⁷, לעומת ההגבלות להן ניתן לטעון ביחסים שבין שר הביטחון לרמטכ"ל, כפי

⁹⁷ ראו, למשל, ב' ברכה, משפט מנהלי, כרך שני, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1996), 88. יצויין, עם זאת, כי יש הסבורים כי סמכות הממשלה להורות הוראות לרמטכ"ל היא

שיפורט להלן. הטעם לדבר נעוץ בעובדה כי הן הצבא והן הרמטכ"ל נתונים למרות הממשלה (סעיף 2(א) וסעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא) וכן בעובדה שלממשלה קנויה סמכות המיניו והפטורים של הרמטכ"ל (סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא וסעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981⁹⁸).

הפתרון האפשרי האחר, לפיו אין לממשלה אפשרות להורות הוראה ישירה לרמטכ"ל, ולכן אם מסרב הרמטכ"ל לפעול על פי הנחיותיה היא יכולה רק להעבירו מתפקידו, איננו מעשי וגם אינו רצוי, שכן הוא עשוי להוליך לבחירת רמטכ"ל משיקולים שאינם לעניין והנוגעים למידת צייתנותו המובטחת מראש למהלכיה הביטחוניים של הממשלה.

הפירוש המקובל לסעיף 2 לחוק-יסוד: הצבא הוא, כידוע (וכפי שנקבע גם בפרשת אלון מורה), כי סמכותו של שר הביטחון להורות הוראות ולהנחות את הצבא היא כל עוד לא עסקה הממשלה באותו עניין ולא קיבלה הכרעה, אך מרגע שקיבלה החלטה בעניין מסויים, על הצבא לפעול בהתאם להחלטת הממשלה, והוראה או הנחיה אחרת של שר הביטחון - כל שישנה - אין לה תוקף, במובן זה שעל הצבא להמנע מלפעול על פיה. לעומת זאת, בנושא בו לא עסקה הממשלה, רשאי שר הביטחון - ואף חייב בנסיבות המתאימות, מכוח אחריותו המיניסטריאלית בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק היסוד - להורות לצבא כיצד לפעול.

בהערת ביניים יצוין, כי לעניין פתיחה במלחמה אין כלל זה חל, וזאת לנוכח הוראתו המפורשת של סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה, כי הכרזת מלחמה תיעשה על ידי הממשלה בלבד, אשר משמעותה היא כי בנושא זה ניטלה סמכותו של שר הביטחון לפעול על דעת עצמו - להבדיל מפעולות שר הביטחון לאחר שהאויב כפה מלחמה או לאחר שהממשלה החליטה כבר על פתיחת מלחמה וקבעה את מטרותיה.

נראה כי סמכותו של שר הביטחון ליתן הוראות לצבא קמה בה במידה במקרה בו קיבלה הממשלה החלטה כיצד לפעול, ולאחר מכן נשתנו הנסיבות באופן המחייב הנחיה נוספת או מחודשת לצבא; במקרה כזה, כך נראה, שבה ועומדת סמכותו של שר הביטחון להורות לצבא כיצד לפעול באותה סוגיה, וגם כאן, כמובן - כל עוד לא מקבלת הממשלה החלטה אחרת (והחלטה אחרת יכולה להינתן גם מראש, כגון החלטה שכל שינוי בהחלטת הממשלה המקורית בעקבות שינוי של הנסיבות יובא מיד להחלטת הממשלה). נראה, כי חלק ממכלול השיקולים בבחינת מידת השינוי בנסיבות כמקנה סמכות מחודשת לשר הביטחון בסוגיה נעוץ גם בלוח הזמנים: אם ישנו זמן מספיק לשוב ולהביא את

⁹⁸ ס"ח התשמ"א, עמ' 302. כסמכות שר הביטחון להורות הוראות לרמטכ"ל, וכי כל הגבלה החלה ביחסי שר הביטחון - רמטכ"ל (ראו הדיון להלן) חלה גם ביחסי ממשלה - רמטכ"ל.

העניין להכרעת הממשלה, תהיה הנטיה לראות בשינוי הנסיבות שינוי המקנה לשר הביטחון סמכות מחדשת נמוכה יותר, ולהפך.

יצוין, כי לשר הביטחון גם שתי מערכות סמכויות פרטניות חשובות ביותר הנוגעות לצבא, מכוח שני דברי חקיקה שהוא ממונה על ביצועם: חוק שירות ביטחון וחוק השיפוט הצבאי. בנושאים בהם מוסמך שר הביטחון לפעול על פי החוקים האמורים (ובהקשר זה ראוייה לדגש מיוחד סמכות גיוס החירום לפי סעיף 34 לחוק שירות ביטחון⁹⁹), הרי אם קיבלה הממשלה החלטה כיצד לפעול, שר הביטחון מחוייב לפעול על פיה, גם אם נתקבלה בניגוד לדעתו¹⁰⁰, ואם הוא מסרב לעשות כן, הרי שראש הממשלה רשאי להעביר את סמכויותיו לשר אחר (סעיף 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה¹⁰¹).

העולה מן המקובץ הוא, כי כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת, שר הביטחון רשאי להורות לצבא כיצד לפעול, ובמקרים המצדיקים זאת - הוא אף חייב להורות לצבא כיצד לפעול, כל זאת בסייג של הכללי של החלטה על פתיחה במלחמה (שהיא בסמכות הממשלה, וכמובן כל עוד לא נשתנו הנסיבות, כאמור לעיל); ואולם, במקרה בו הורתה הממשלה לצבא כיצד לפעול, אין עוד מעמד להנחיות שר הביטחון באותו נושא, ועל הצבא לפעול בהתאם להוראת הממשלה, גם בנושא בו החוק מסמיך את שר הביטחון.

ח. ראש הממשלה והרמטכ"ל

לראש הממשלה אין סמכות המעוגנת בדין ליתן הוראות לרמטכ"ל. עניין זה מובן מאליו לאור הוראת סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא הקובעת את היותו של הרמטכ"ל נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון והדבר בולט עוד יותר בסוגיית מינוי הרמטכ"ל (בהמלצת שר הביטחון בלבד, על פי סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא, ובאישור הממשלה¹⁰²). בחיי המעשה, עם זאת, אין לכחד כי לראש הממשלה יכולת מעשית להביא את הרמטכ"ל לעשות את רצונו. לעניין זה יש ליתן את הדעת לכך כי על פי סעיפים 39(א) ו-39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ראש הממשלה הוא יושב הראש הקבוע של ועדת השרים

⁹⁹ ולעניין זה ראו המחלוקת החריפה שהתעוררה בסוגיית הטלת האחריות למחדלי הגיוס ותנועת הכוחות אל החזיתות עובר למלחמת יום הכיפורים על שר הביטחון: א' רובינשטיין, ב' מדינה, לעיל הערה 53, 540 - 545.

¹⁰⁰ ראו צ' טרלו, **הרשות המבצעת בישראל**, אקדמון (ירושלים, 1976), ט43. תוצאה זו היא מחויבת גם בלא הוראותיו של חוק-יסוד: הצבא - הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.484 מעמד החלטת הממשלה בעניין מסויים כלפי השר המוסמך באותו עניין. כן ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, לעיל הערה 70, 333.

¹⁰¹ ראו, לאחרונה, בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, טרם פורסם.
¹⁰² בקריאה הראשונה הועלה עניין זה על ידי חבר הכנסת א' אולמרט, אך הדבר לא הוביל לכל שינוי במבנה החוק: דברי הכנסת 74, 4018 (1975).

לביטחון לאומי, וכן הממנה והמפעיל של צוות הערוץ הקבוע בתחומי הביטחון הלאומי¹⁰³. כמו כן מוסמך ראש הממשלה לכנס את הממשלה לדיונים במליאתה וכן בכהונתו בתפקיד יושב ראש ועדת השרים לעניני ביטחון, בהתאם לסעיף 39(א)(6) לחוק-יסוד: הממשלה, אשר פיה כפי הממשלה.

סמכויותיו ומעמדו של ראש הממשלה בקרב השרים מעלים את הטענה כי ברבות השנים התגבש הנוהג ואולי אף המנהג החוקתי (Constitutional Custom)¹⁰⁴, המכפיף את הרמטכ"ל גם לראש הממשלה, אף כי בחוק-יסוד: הצבא אין לכך כל אזכור, כאמור.

תנא דמסיע למנהג חוקתי כאמור ניתן למצוא בהוראת סעיף 33(ו) לחוק-יסוד: הממשלה, על פיו "שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם הוא ממונה", הוראה שלא היתה קיימת בחוק-יסוד: הממשלה הישן, על פיו נהג עקרון האחרייות המשותפת. השאלה הועמדה במחלוקת ישירה פעם אחת, בויכוח בין ראש הממשלה מ' בגין לבין שר הביטחון ע' ויצמן בשאלת ההתישבות בשטחים המוחזקים בשנת 1979 (פרשת אלון מורה)¹⁰⁵, אולם מאז לא הועמד נוהג זה למבחן, וגם באותו מקרה, הביא ראש הממשלה את עמדתו לאישור הממשלה, ושר הביטחון פעל בסופו של דבר להעביר את החלטת הממשלה, על אף שהיתה מנוגדת לדעתו, לביצועו של הצבא¹⁰⁶.

¹⁰³ שאלת סמכויותיו של ראש הממשלה היא בעייתית במיוחד לנוכח העובדה כי מחד ההסדר השלילי שיוצר חוק-יסוד: הצבא בהקשר זה, על פיו לכאורה אין לראש הממשלה כל סמכות בכל הנוגע לפעולות הצבא, הוא בולט למדי, ואילו מאידך בירורים באשר להיקף האשם מצד ראש הממשלה במקרים של תקלות ביטחוניות נערכו בלא ששיקול זה בא לידי ביטוי מפורשות (ראו דו"ח ועדת כהן, מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי (עורכים), **ספר יצחק כהן**, לעיל הערה 63, 158 - 160 180. עד לחקיקתו של חוק-יסוד: הצבא, הכפיף המנהג את שר הביטחון לראש הממשלה בנושאים מסוימים (פתיחה במלחמה, הפצצת ערים מרכזיות בשטחי האויב, פעולות תגמול, ועוד). מנהג זה עטה לבוש של מסמך מסודר אשר נוסח בעקבות המחלוקת בנושאים אלה במלחמת ששת הימים, ובמיוחד בכל הנוגע להוראתו הישירה של שר הביטחון מ' דיין לאלוף פיקוד הצפון, ד' אלעזר, בלא אישור ראש הממשלה או הממשלה, לפתוח במהלך לכיבוש רמת הגולן. לאחר שהושלם ניסוח המסמך, הוא אושר גם בהחלטת ממשלה, וכונה מאז "הקונסטיטוציה": י' פרי "הקונסטיטוציה", **דבר**, 12.11.82, עמ' 17; מ' דיין, **אבני דרך**, עידנים (תל אביב, 1976), 422.

¹⁰⁴ למנהג בכלל ולמנהג במשפט הציבורי בפרט ראו, ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי", י' זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 375; ד' אבן, לעיל הערה 61; ר' גביזון "ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה", **משפטים** יד (1984) 325; ג' טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", **משפטים** ה (1973) 9; א' פרוקציה "חוק יסודות המשפט, התש"ס - 1980", **עיוני משפט** י (1984) 145; ד' אבן - להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק: הרהורים וערעורים", **משפט וממשל** ב (1994) 477, 21 Israel L. R., S. Shetreet, "Custom in Public Law", (1986) 450.

¹⁰⁵ למחלוקת שהתעוררה בפרשת **אלון מורה** בין שר הביטחון ע' ויצמן לבין ראש הממשלה מ' בגין ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, לעיל הערה 53, 734.

¹⁰⁶ עניין **דויקא**, 8.

יצוין, כי ידועים מקרים, לאורך השנים, לפני חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ולאחריה, בהם נהג בפועל מצב בו ראש הממשלה שימש סמכות מכריעה במחלוקות שנתגלו בין שר הביטחון לרמטכ"ל. הדבר בלט במיוחד במהלך מלחמת יום הכיפורים, כאשר מחלוקות, אופרטיוויות ואסטרטגיות, בין שר הביטחון מ' דיין לבין הרמטכ"ל ד' אלעזר, הובאו שוב ושוב להכרעתה של ראש הממשלה ג' מאיר, ולאחר שנתקבלה הכרעה פעלו כל הנוגעים בדבר על פיה ללא עוררין¹⁰⁷. עם זאת, ספק אם ניתן לטעון, עדיין, לביסוסו של מנהג חוקתי בנושא זה, במיוחד לנוכח התקופות הארוכות בהן שימש ראש הממשלה גם בתפקיד שר הביטחון בדברי הימים של מדינת ישראל.

עם זאת, גם בהנחה שלראש הממשלה עומדת סמכות, מכוחו של מנהג חוקתי, להכריע במחלוקות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, הרי שספק אם זו משתרעת מעבר לתחום הטקטי. גם במהלך מלחמת יום הכיפורים, הכרעות במחלוקות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון שקיבלה ראש הממשלה בעניינים מדיניים אסטרטגיים (היקף הגיוס המוקדם של כוחות המילואים, הנחתת מהלומה אווירית מקדימה על סוריה), היו מכוח הסמכות שניתנה לה, במפורש או לפחות במשתמע, בהחלטת צוות שרים מצומצם בדיון שנערך ערב יום הכיפורים (הדיון זומן כשיבת ממשלה, אך עקב הצום המתקרב זומנו לשיבה רק שרי הממשלה ששהו בתל אביב), שגובתה לאחר מכן על ידי הממשלה¹⁰⁸. ספק אם ניתן לטעון, לפיכך, כי נוצר מנהג חוקתי המסמך את ראש הממשלה להחליט לבדו בסוגיות מדיניות ואסטרטגיות, אם לאור מחלוקת בין שר הביטחון ובין הרמטכ"ל ואם באורח כללי, שכן לכך אין בסיס עובדתי ממשי אפילו בארועי מלחמת יום הכיפורים.

משמעותם של הדברים היא, כי לכל היותר ניתן לומר כי לראש הממשלה סמכות להכריע במחלוקות טקטיות, או במחלוקות שאינן מדיניות אסטרטגיות, בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל, וגם זאת רק במקרים בהם משמעות ההכרעה איננה יוצרת מציאות של מלחמה, המחייבת את אישור הממשלה במליאתה (סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה). אם לא תתקבל הטענה בדבר מנהג חוקתי בדבר סמכותו של ראש הממשלה להכריע במחלוקות כאמור, הרי שהגורם המכריע במחלוקות בין שר הביטחון לרמטכ"ל תהיה הממשלה בלבד, בין במליאתה ובין באמצעות ועדת השרים לעניני ביטחון.

ט. מועצה לביטחון לאומי

¹⁰⁷ ראו, למשל, ח' הרצוג, **מלחמת יום הדין**, מהדורה מעודכנת ומחודשת, ידיעות אחרונות וספרי חמד (תל אביב, 1998), 73 - 74.

¹⁰⁸ ראו, למשל, ח' ברטוב, **דדו: ארבעים ושמונה שנה ועוד 20 יום**, ספרית מעריב (תל אביב, 1978), כרך ראשון, 317 - 320.

כפי שכבר הוזכר, חרף דיון ציבורי עתיר מחלוקות בסוגיית הקמתה של מועצה לביטחון לאומי בישראל, לא הוקם עד היום גוף כזה¹⁰⁹, וגם כינונו של צוות ליעוץ מקצועי קבוע בתחום הביטחון הלאומי, מעין גרסה מצומצמת ולא ביצועית של גוף כאמור, שיהיה כפוף לראש הממשלה ויפעל על ידו (סעיף 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה) אינו ממומש, ככל הנראה, כאמור, עקב מחלוקת בעניין זה בין שר הביטחון לראש הממשלה¹¹⁰. יצויין, כי מרבית החלטות הממשלה בנושאי ביטחון מתגבשות ומתקבלות בועדת השרים לביטחון לאומי, תוך שהשרים שאינם חברים בועדה אינם מעודכנים בפרטי החלטותיה אלא אם הם פועלים לקבלת מידע עליהן ביוזמתם, וזאת על אף שהם מוחזקים אחראים מיניסטריאלית גם להחלטות אלה¹¹¹. זאת ועוד, על אף סמכויותיהם הרחבות לכאורה של שר הביטחון (לעיל) והרמטכ"ל (להלן) להורות לצבא בדבר פעולותיו גם בלא אישור הממשלה, הנוהג הקיים הוא כי גם פעולות בהיקף נמוך יחסית, בחלקן פעולות שאין כל ספק כי הן פעולות טקטיות ומיקרו טקטיות, מובאות לאישור הממשלה (באמצעות ועדת השרים לביטחון לאומי) מעשה שגרה, חלקן הקטן באורח פרטני, תוך הצגה מפורטת של הפעולה, וחלקן האחר במתכונת עתית, תוך הצגת מתווה הפעולות הכולל המתוכנן לתקופה הסמוכה, בלא פירוט מדויק¹¹².

י. היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון¹¹³

לכאורה, סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא מהווה את הסיכום הלוגי המתבקש מאלי של סעיפים 2(א), 2(ב) ו-3(א) לחוק-יסוד: הצבא, ויתכן שכך אכן סברו מנסחיו¹¹⁴, אך ספק אם היו מודעים לבעיות שהסעיף מקים. מידת הכפיפות של הרמטכ"ל לשר הביטחון, ופרשנותה של המילה "כפוף" בסעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, מעוררות קשיים משפטיים ניכרים, אשר עד היום טרם נמצא להם מענה מוסכם, והם מחייבים ללא ספק את תיקונו ואת הבהרתו של חוק-יסוד: הצבא.

¹⁰⁹ הצעתו של חבר הכנסת מ' פעיל לקבוע את הקמתה של מועצה לביטחון לאומי במסגרת חוק-יסוד: הצבא נדחתה: דברי הכנסת 76, 2397 - 2398, 2403 (1976).

¹¹⁰ לגוליו העגומים של ההסדר לפעילותו של צוות מקצועי בתחום הביטחון הלאומי ראו א' רובינשטיין, לעיל הערה 34, 611 - 617.

¹¹¹ א' רובינשטיין, לעיל, 609 - 610.

¹¹² ראו ר' בן ישי "ההחלטה הבלעדית של ראש הממשלה", **ידיעות אחרונות, המוסף לשבת**, 23.1.98, 13 - 14. P. Elman, supra note 65, 240.

¹¹³ להיסטוריה של יחסי הדרג הצבאי והדרג המדיני בתקופה הפורמטיבית, ובמיוחד בתקופת מלחמת הקוממיות ומרד האלופים עם פיטוריו של גלילי, ראו ג' היכל, לעיל הערה 57, 53 - 60; לשאלה זו בהיבטים אחרים ראו שם, 202. כן ראו א' שפירא, **מפיטורי הרמ"א ועד פירוק הפלמ"ח**, הוצאת הקיבוץ המאוחד (תל אביב, 1985), 77 - 84.

¹¹⁴ פרשנות שניתנה לסעיף זה מיד לאחר חקיקתו גרסה כפיפות מוחלטת של הרמטכ"ל לשר הביטחון, ולא ראתה כל קושי פרשני בלשון הסעיף: צ' טרלו, **הרשות המבצעת בישראל**, לעיל הערה 100, n43.

כך, למשל, עולות השאלות האם שר הביטחון רשאי להתערב במינוים של קצינים לתפקידים בכירים ובכירים פחות, האם הוא רשאי להתערב במתכונת ניהולה של פעילות מבצעית ("היכן תוצב המרגמה"), האם הוא רשאי להתערב בדרכי ניהולו השוטף של הצבא (משמעת, נהלי עבודה, וכיוצא באלה), ועוד. בסוגיה בעיתית זו הוצעו בעבר שלוש גישות, אשר יוצגו להלן אחת לאחת, תוך עמידה על הקשיים שבכל אחת מהן - וכאמור עד היום לא ניתנה הכרעה מוסמכת (של המחוקק או של בית המשפט העליון) בסוגיה זו, אשר לא ניתנה להמעט בחשיבותה¹¹⁵.

יא. כפיפות מוחלטת¹¹⁶

בהתאם לגישה זו, כל עוד לא החליטה הממשלה, במליאתה או באמצעות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי אחרת, סמכותו של שר הביטחון היא כסמכותה של הממשלה. לפיכך, מוסמך שר הביטחון להורות לרמטכ"ל בכל נושא ובכל רמת פירוט. מקור סמכותו הוא בהיותו ממונה מטעם הממשלה על הצבא (סעיף 2(ב) לחוק-יסוד: הצבא) ולנוכח כפיפותו של הרמטכ"ל אליו (סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא)¹¹⁷.

הטעם לכפיפות המוחלטת, בהתאם לדעה זו, נובע מהאחריות המיניסטריאלית המפורשת שהוטלה בחוק-יסוד: הצבא על שר הביטחון. חסרונה של תפיסה פרשנית זו הוא שעל פיה הופך בהכרח שר הביטחון "לרמטכ"ל על" - בניגוד לגישה שהשתמעה מדו"ח ועדת אגרנט, אשר הערותיה עמדו בבסיס הצעת החוק, כאמור לעיל¹¹⁸. יצוין, כי גם אליבא דגישה זו אין חולק כי לנוכח העובדה שהרמטכ"ל הוא "הדרג הפיקודי העליון בצבא" (סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא), שר הביטחון אינו מוסמך ליתן

¹¹⁵ גישות אלה הוצעו לראשונה בעקבות דיונים שנערכו בנושא זה בפרקליטות הצבאית, בחוות דעת מנחה שנכתבה, כאמור, על ידי עו"ד חנן מלצר, ואשר פורסמה בקובץ חוות דעת מנחות של ענף יעוץ וחקיקה במפקדת פרקליט צבאי ראשי בשנת 1977 (חוות דעת מנחה 10.0101 מיום 4.11.1977). כמוכך, שיחסי שר הביטחון והרמטכ"ל תלויים בראש ובראשונה באישים המכהנים בתפקידים אלה, אך בהיסטוריה הביטחונית של מדינת ישראל ארע לא אחת שנתגלעו מחלוקות וסכסוכים קשים בין הדרג המדיני לבין ראשי הצבא ובראשם הרמטכ"ל: ראו, למשל, י' מלמן "נהל קרב ראש בראש", **הארץ**, 18.12.96, ב3; א' אורן "לא, המפקד", **הארץ**, 13.9.96, ב5.

¹¹⁶ הצגת שלוש הגישות נשענת על הצגתן בחוות דעת מנחה 10.0101 (לעיל), ובמובן זה הדברים מובאים בשם אומרים.

¹¹⁷ ההיסטוריה החקיקתית תומכת בפרשנות זו: ראו הצגת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית על ידי חבר הכנסת י' ארידור, יו"ר ועדת המשנה לחוקי יסוד של ועדת החוקה, חוק ומשפט: דברי הכנסת 76, 2396 (1976). בנוסף, ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, לעיל הערה 53, 757. הטוען המובהק של גישת הכפיפות המוחלטת הוא ד"ר צ' הדר, מי שכהן בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי בראשית שנות השבעים: צ' הדר, "סמכותם הפיקודית של הרמטכ"ל ושר הביטחון כלפי צה"ל", **הפרקליט** לא (1977) 219.

¹¹⁸ דברים ברוח זו הושמעו גם על ידי מי שהיה נשיא בית המשפט העליון, השופט מ' לנדוי, אשר נמנה עם חבריה של ועדת אגרנט, בישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט אשר עסקה בחוק-יסוד: הצבא: פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, 24.11.75, 10 - 11.

פקודות לחיילים (כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי) ישירות, שלא באמצעות הרמטכ"ל. אלא שבכך אין כדי להסיר את הקושי. פרשנות, על פיה הרמטכ"ל משמש אך אמצעי או צינור להעברת הוראות משר הביטחון בשם הממשלה לחיילים, כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי, מרוקנת כמעט לחלוטין את קביעת סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא, על פיה הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא, ממשמעותה המהותית¹¹⁹.

יב. כפיפות יחסית

על פי גישה זו, הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון בצורה מוחלטת במכלול הנושאים המדיניים אסטרטגיים (כניסה לשטח אויב בהיקף כזה או אחר, בניין הכוח, סדרי עדיפויות אסטרטגיים) ואילו בנושאים האחרים (הטקטיים, הפיקודיים, התפעוליים, המנהלתיים, וכיוצא באלה) הוא חייב להביא את פעולותיו המתוכננות אך לאישור שר הביטחון, לפי דרישתו, אם בנושא מסויים ואם באופן כללי.

לפי גישה זו, שר הביטחון רשאי להורות לרמטכ"ל להביא לאישורו כל פעולה שהיא, לפי רצונו, או רק פעולות מסוימות או מסוגים מסוימים. בכל נושא שהובא לאישורו על פי דרישתו, אין שר הביטחון מוסמך להורות לרמטכ"ל כיצד לפעול, אך הוא מוסמך להורות לו שלא לפעול כפי שתוכנן על ידו ולהגיש לו תוכניות חלופיות בעניין שעל המדוכה.

במובן מסויים, תואמת גישה זו את תיקון מספר 12 לחוק השיפוט הצבאי¹²⁰, אשר בו הוסף לחוק השיפוט הצבאי סעיף 2א(א), הקובע כי הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון. עם זאת, ספק אם ראוי הוא מבחינה חוקתית לפרש חוק יסוד על יסוד תיקון מאוחר לחוק רגיל¹²¹, מה גם שניתן לטעון כי מן החריג המפורש - הצורך באישור שר הביטחון להוצאת הוראות פיקוד עליון - נובע הכלל, לפיו בדרך כלל רשאי הרמטכ"ל לפעול על דעת עצמו בעניינים שאינם מדיניים אסטרטגיים.

הליקוי המהותי הבולט בגישת הכפיפות היחסית הוא בכך שלמעשה בהתמדה מספקת, יוכל שר הביטחון להפוך אותה לכפיפות מוחלטת: בכמות מספקת ועקבית של סירובים לאשר את הצעות הרמטכ"ל, עד כדי התשתו, בין בעניין העומד על הפרק ובין בעניינים

¹¹⁹ מעניין לציין, כי בגרמניה מבנה הכפיפות של הצבא מוביל למידת מעורבות גבוהה של הדרג האזרחי בפעולות הדרג הצבאי, במיוחד בתחום כוח האדם ומינוריים הקצינים (סוגיה בעייתית במבנה הקיים בצה"ל, כפי שעוד יפורט להלן), כפי שהדבר משתקף בסמכויות הרשות הפדרלית של הכוחות המזוינים (סעיף 187ב(1) לחוק היסוד הגרמני).

¹²⁰ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 12), התשל"ט - 1979, ס"ח התשל"ט, עמ' 108.

¹²¹ לפרשנות חוקתית ולפרשנות חוקי יסוד ראו בג"ץ 1255/94 **בזק נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661; כן ראו עניין **אבני**.

אחרים, יוכל שר הביטחון להביא להשלטת רצונו גם בעניינים טקטיים ופיקודיים, ובכך תושם לאל כמעט כל הבחנה בין גישת הכפיפות המוחלטת לגישת הכפיפות היחסית¹²².

יג. כפיפות אסטרטגית

אליבא דגישה פרשנית זו, כפיפותו הפיקודית של הרמטכ"ל לשר הביטחון היא מלאה במישור המדיני והאסטרטגי אך לא במישור הטקטי, המבצעי, הפיקודי והמנהלי, ומשמעותה היא כי הדרך היחידה העומדת בפני שר הביטחון להכפפת הרמטכ"ל לרצונו בעניינים טקטיים, פיקודיים, תפעוליים, מנהלתיים, וכיוצא באלה, פרט להחלטתו (באישור הממשלה, מטבע הדברים - וראו להלן לעניין סדרי מינוי הרמטכ"ל) ברמטכ"ל אחר, הנוטה יותר לרצונו, היא להביא את העניין להכרעת הממשלה.

גישה זו נותנת משמעות פרשנית מובחנת ונפרדת לביטויים השונים המופיעים בחוק-יסוד: הצבא, כמו "מרות" (סעיף 2(א) וסעיף 3(ב) לחוק היסוד) וכמו "כפוף" (סעיף 3(ב) לחוק היסוד), והיא לכאורה היחידה היוצקת תוכן מלא לקביעה שהרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא (סעיף 3(א) לחוק היסוד).

מנגד, ניתן לטעון שאין ליצור הבחנה בין סמכויות הממשלה לבין סמכויות שר הביטחון, שכן הבחנה כזו מתעלמת מהוראת סעיף 2(ב) לחוק, הקובעת מפורשות ששר הביטחון הוא השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא, ואם שר הביטחון הוא שלוחה של הממשלה, הרי שכל עוד לא קבעה הממשלה אחרת, כל סמכויותיה של הממשלה מוקנות גם לו. ניתן לטעון עוד, כי פרשנות זו אינה תואמת את המדיניות המשפטית לפיה שר הביטחון יהיה אחראי לפעולותיו המבצעיות הפיקודיות של הרמטכ"ל אם לא יוכל להשפיע עליהן¹²³ (למעט האפשרות להמליץ בפני הממשלה על פיטוריו של הרמטכ"ל¹²⁴).

¹²² עם זאת, שוני בין הגישות קיים כמובן במקרים בהם אין המדובר בפעולה אותה מבקש הרמטכ"ל לנקוט, אלא בהימנעות מפעולה, כאשר שר הביטחון דווקא מעוניין בפעולה. במקרה כזה לא יוכל שר הביטחון לכפות על הרמטכ"ל את רצונו, אם כי גם כאן נראה כי ביצירתיות מספקת (למשל - דרישת פעולה מן הרמטכ"ל בעניין אחד "בתמורה" לויתור של שר הביטחון בעניין אחר), יוכל שר הביטחון בסופם של דברים להביא להכפפת הרמטכ"ל לרצונו.

¹²³ להרחבה ראו חוות דעת מנחה 10.0101, לעיל הערה 115.
¹²⁴ מעניין לציין, כי טיעון דומה שהועלה בעניין סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה נדחה: **דין וחשבון ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה** (ירושלים, 1962), עמ' כב' - כה'. ביוזמת פרופ' י' זמיר, פורסם לפני מספר שנים הדו"ח באורח מסודר: **דין וחשבון ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה**, י' זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 421. הדברים זכו לאחרונה לעדכון ולחיזוק: **דין וחשבון**

דוגמה חביבה, המדגימה היטב את השוני בין הגישות, היא הוראה של שר הביטחון לרמטכ"ל כי חיילי צה"ל ינועו כשכומתה לראשם, כאשר הרמטכ"ל אינו מעוניין בכך. לפי גישת הכפיפות האסטרטגית, אין לשר הביטחון סמכות לחייב את הרמטכ"ל להורות הוראה כאמור לחיילי הצבא, בעוד שלפי הגישות האחרות הדבר אפשרי גם אפשרי¹²⁵, אם במישרין ואם בעקיפין.

יד. הפרשנות הראויה

לטעמי, הגישה הראויה ביותר, הנגזרת גם מן האחריות המוטלת על המעורבים ומן המבנה החוקתי היחודי שיוצר חוק-יסוד: הצבא, היא גישת הכפיפות האסטרטגית. גישה זו, כאשר היא מועמדת אל מול גישת הכפיפות המוחלטת (וכפי שכבר הוסבר, הלכה למעשה גם גישת הכפיפות היחסית מביאה לתוצאות של גישת הכפיפות המוחלטת), היא בעלת יתרונות ברורים, ומקנה לרמטכ"ל גמישות בניהול הצבא כראוי לכובד האחריות המוטלת עליו. שר הביטחון יכול תמיד, בנושאים חשובים דיים לשיטתו, לאכוף את רצונו על הרמטכ"ל, באמצעות הבאת הנושא להכרעת הממשלה, וככל שיוכר מנהג חוקתי המאפשר הבאת מחלוקות טקטיות ופיקודיות שוטפות אל ראש הממשלה, גם להכרעת ראש הממשלה¹²⁶.

כל פרשנות אחרת תיתן בידי שר הביטחון, בסופו של חשבון, סמכויות של "רמטכ"ל על", ואת זאת אין כל ספק כי לשונו של חוק-יסוד: הצבא, בהתאם לכוונת מנסחיו וההיסטוריה, תרתי משמע, העומדת מאחוריו, נועדה למנוע, במיוחד לנוכח המצב - הראוי כשלעצמו - על פיו שר הביטחון, הנמנה עם הדרג האזרחי, אינו בהכרח יוצא המערכת הצבאית¹²⁷, והינו בהכרח חלק נפרד ממנה. כמוכך, שגישת הכפיפות

הועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים

הקשורים לכהונתו (ירושלים, 1998), 42 - 50.
¹²⁵ כמובן, שאין זה המקרה המדגים בעיות ביטחון שברומו של עולם, אשר לשמן נתכן חוק-יסוד: הצבא, אך מן הראוי לציין כי ידועים מקרים לא מעטים בהם שרי ביטחון ביקשו להתערב בעניינים אזוטריים אף יותר בדרכי ניהולו של הצבא, ומשמעותה של גישת הכפיפות האסטרטגית היא בדיוק המשמעות לפיה שר הביטחון לא יוכל להתערב בנושאים מסוג זה, בעוד בנושאי מדיניות וביטחון לאומי סמכויותיו ישמרו, ולא רק שהרמטכ"ל יהיה חייב לציית להוראותיו, אלא גם שהרמטכ"ל יהיה מחויב לקבל את אישורו למהלכים בעלי משמעות מדינית ואסטרטגית.
¹²⁶ לגישה דומה, הרואה בניהולו הפנימי של הצבא עניין שלרמטכ"ל הסמכות לעסוק בו, ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, לעיל הערה 70, 538 (הערה 37).
¹²⁷ וההיסטוריה של מדינת ישראל כוללת שרי ביטחון משני הסוגים: הן כאלה שהיו בעלי ניסיון צבאי עשיר ובכיר, והן כאלה שלא שירתו כלל בצבא (וכמובן שאין בכך כדי לגרוע מסמכותם או מתוקף תפקידם). ניתן להציג פרשנות זו, באורח ציורי, מנקודת המבט כי קיים שוני מהותי, ולא רק שוני משפטי הבא לידי ביטוי בחוק-יסוד: הצבא ובחיקוקים נוספים, בין הצבא לבין ארגונים ציבוריים אחרים, שוני שמשמעותו היא כי הרמטכ"ל אינו המנהל הכללי של הצבא, אלא מפקדו, ובהתאם לכך גם מידת המעורבות של השר הממונה בתוך הארגון צריכה להיות נמוכה יותר. תודתי לעו"ד אהרון לוי על הערה זו.

האסטרטגיה מצביחה קושי פרשני אחר, והוא הקושי הנוגע להבחנה בין עניינים מדיניים ואסטרטגיים לבין עניינים טקטיים¹²⁸, מבצעיים, פיקודיים וטכניים. אין להקל ראש בקושי זה. אולם, אני סבור כי חרף שטח אפור מסויים בו יתכן ויתעוררו מחלוקות מסדר שני באשר לעצם סיווג רמת המחלוקת - אסטרטגית או טקטית - יתרונותיה של גישה פרשנית זו עולים על חסרונותיה¹²⁹.

למען שלמות הצגת הטיעון, אבקש לעמוד על מחלוקת ידועה, המבהירה הן את ההבחנה בין הגישות הפרשניות לעניין סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא והן את הצורך החיוני בהבהרת המצב המשפטי באמצעות תיקון חוק היסוד: המחלוקת בסוגיית אישור מינויים של קצינים בכירים. על פי הוראות הפיקוד העליון, נדרש אישורו של שר הביטחון למינוי קצין לתפקיד לפי תקן אל"ם ומעלה¹³⁰ (כלומר, לא רק לקידום לדרגה האמורה, אלא גם למינוי לתפקיד אחר באותה דרגה¹³¹). ההסדר במתכונתו הקיימת, המעוגן בהוראות הפיקוד העליון, אינו נתון עוד לשליטת הרמטכ"ל ורשויות הצבא, שכן לצורך שינויו יש צורך בתיקון הוראת הפיקוד העליון הנוגעת לעניין, ותיקון כאמור טעון אישור שר הביטחון (סעיף 2א(א) לחוק השיפוט הצבאי).

אין ספק כי הסדר זה יכול לדור בכפיפה אחת עם גישת הכפיפות המוחלטת ביחסי שר ביטחון - רמטכ"ל, ולמעשה הוא נבנה באורח התואם את גישת הכפיפות היחסית¹³².

¹²⁸ אין הכוונה למקרה בו לפעולה טקטית נודעות השלכות או משמעויות אסטרטגיות. במקרה כזה בודאי שלעמדת שר הביטחון הבכורה.

¹²⁹ בארצות הברית מאפיינת את יחסי הדרג האזרחי עם הדרג הצבאי מעורבות גבוהה הרבה יותר מצד הדרג האזרחי (לסמכויותיו הכלליות הרחבות מאוד של שר ההגנה האמריקאי, מטעם הנשיא, ראו 10 U.S.C. 125; המעורבות קיימת גם בחיי המעשה), לה נלווית גם מעורבות גבוהה של המחוקק, ואפילו סוגיה כמו מיקומם של בסיסי צבא בארצות הברית היתה נושא לחקיקה הקונגרס (בעיקר בשל המשמעות התעסוקתית הנובעת לסגירתו של בסיס במדינה אחת או לפתיחתו של בסיס במדינה אחרת): Defense Base Closure and Realignment Act, 1990.

¹³⁰ הוראת הפיקוד העליון 3.0228 הקצונה בצה"ל - עקרונות קידום - שירות סדיר. ההוראה דן בנוסחה הנוכחי היא מסוף שנת 1992, אך גם לפני כן, במשך עשרות שנים, היה קבוע הסדר דומה בהוראות הפיקוד העליון. יודגש, כי ההסדר נוגע למאות רבות של קצינים בצה"ל. ההסדר הקיים בהוראת הפיקוד העליון דן יוצר מצב מתמיה משהו, על פיו הרמטכ"ל הינו בעל הסמכות האישית הישירה לאישור מינויים של קצינים מעטים מאוד: קצינים המתמנים לתפקיד מפקדי גדוד ביחידות השדה הסדירות (ראו סעיף 14 להוראת הפיקוד העליון 3.0228). יצוין, כי סמכות מינויים של מספר קצינים בכירים הוצאה מסמכותן הבלעדית של רשויות הצבא בחקיקה ראשית, ומצב זה היה נותר בעינו גם לולא הוראותיה של הוראת הפיקוד העליון 3.0228: הפרקליט הצבאי הראשי, שופטים צבאיים משפטים וראש הג"א (אלוף פיקוד העורף).

¹³¹ בארצות הברית מינוי לתפקיד קצונה טעון אישור הנשיא בהתייעצות עם הסנאט ובהסכמתו, אלא אם כן נקבע פטור מפורש מחובת ההסכמה או ההיוועצות בסנאט בחקיקה. הדרג האזרחי אף מעורב באישור קידום של קצינים מדרגת סג"ם ומעלה לתפקיד ולדרגה גבוהים יותר (ראו - 10 U.S.C. 571 - 533; 10 U.S.C. 531 - 603).⁵⁸³

¹³² אומנם, שר הביטחון אינו יכול לחייב את הרמטכ"ל להביא לאישורו מועמד שהוא מעונין במינויו, אך למעשה יכול שר הביטחון לאכוף את רצונו על הרמטכ"ל במינוי

ואולם, הסדר זה למינוי קצינים בכירים אינו יכול לעמוד בהתאם לגישת הכפיפות האסטרטגית. אין ספק, כי ישנם תפקידי קצונה בצה"ל אשר למינוי קצינים לכהונה בהם נודעת חשיבות מדינית או אסטרטגית. כך הוא לגבי תפקידים מסוימים באגף התכנון, ביחידת מתאם הפעולות בשטחים, באגף המודיעין, באגף המטה הכללי ואפילו ביחידות אחרות, כמו ביחידת מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי. ואולם, אין ספק כי ישנם תפקידים רבים אחרים, שמשמעותם איננה מדינית או אסטרטגית, ובכל הנוגע לתפקידים אלה, אם מקבלים את גישת הכפיפות האסטרטגית ביחסי שר הביטחון עם הרמטכ"ל, אין מקום למעורבות של שר הביטחון במינוי קצינים לכהונה בהם.

כאמור, כיום המצב הוא כי דרוש אישור פוזיטיווי של שר הביטחון למינוי קצינים לתפקיד בתקן אל"ם ומעלה, והסדר זה אינו נתון לשינוי אלא בהסכמת שר הביטחון, לנוכח עיגונו בהוראות הפיקוד העליון; אך לגישתי, ניתן בהחלט להעלות לדיון את מידת התאמתו של הסדר זה לפרשנותו הראויה של חוק-יסוד: הצבא.

בטרם סיום חלק זה, מן הראוי לציין, כי לפי כל אחת מן הגישות הפרשניות, ישנן מספר מסקנות משפטיות מתחייבות, אשר לגביהן אין מחלוקת בהיותן תואמות את כל אחת משלוש הגישות¹³³.

ראשית, הרמטכ"ל רשאי להביא חילוקי דעות בינו לבין שר הביטחון להכרעת הממשלה, אך זאת רק באמצעות שר הביטחון, שכן האחרון פועל מטעמה ורק הוא המוסמך להחליט בכל עניין בהעדר הוראה אחרת מטעמה, וגם זאת בכפוף לסוגיה שטרם הוכרעה בדבר המנהג החוקתי של הבאת מחלוקות בין שר הביטחון והרמטכ"ל להכרעת ראש הממשלה¹³⁴, לפחות בנושאים טקטיים ואופרטיביים.

שנית, חייל חייב לציית אך ורק להוראות הרמטכ"ל, שכן שר הביטחון, גם אם הוא איש צבא בכיר בדימוס (כפי שארע כבר מספר פעמים בהיסטוריה הביטחונית של מדינת

קצין מסויים לתפקיד מסויים באמצעות פסילת כל המועמדים האחרים, וכבר היו דברים מעולם.

¹³³ ראו חוות דעת מנחה 10.0101, לעיל הערה 115.

¹³⁴ יש לזכור, כי ניתן לטעון כי המנהג האמור, ככל שיש לו תוקף, הוא מנהג הסותר את חוק-יסוד: הצבא, אשר מנסחיו התכוונו פוזיטיווי להוציא את ראש הממשלה ממעגל בעלי הסמכויות בנושאי ביטחון. אני סבור, כי גם אם בעבר היה תוקף כלשהו לטיעון זה, הרי שעם חקיקתו של חוק-יסוד: הממשלה החדש והחיזוק המסיווי במעמדו של ראש הממשלה, לא ניתן לומר כי מנהג חוקתי - אשר תוקפו וקימו יוכרעו, כמובן, בהתאם למבחנים המקובלים לקיומו של מנהג - על פיו לראש הממשלה סמכות להכריע במחלוקות טקטיות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, סותר את חקיקת היסוד הקיימת.

ישראל) איננו "מפקד" כהגדרתו באותו חוק. זוהי לכאורה המשמעות המרכזית והחשובה ביותר של קביעת חוק-יסוד: הצבא כי הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא.¹³⁵

לבסוף, משמעות שלישית הנגזרת מחלוקת הסמכויות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, לפי כל אחת משלוש הגישות, היא כי קיים קושי משפטי ממשי בכפיפותם הכפולה של קציני צה"ל בגופים המשותפים למשרד הביטחון ולצבא (נספחי צה"ל בשגרירויות ישראל בעולם, היועץ הכספי לרמטכ"ל, המנהל לפיתוח אמצעי לחימה ותשתית ליצור (מפא"ת), ועוד). כפיפותם של אלה לנושאי משרות במערכת האזרחית (המנהל הכללי של משרד הביטחון ושר הביטחון) מנוגדת להוראת סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא על פיה הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי. על אף שנעשה ניסיון להסדיר קושי זה באמצעות הוראות הפיקוד העליון¹³⁶, הסדרה בחקיקת משנה (הוראות הפיקוד העליון) ודאי איננה יכולה לגבור על הוראתו של חוק-יסוד: הצבא ועל כן נותר הקושי בעינו.

טו. כפיפות הרמטכ"ל לסגן שר הביטחון

בסוגיה זו עולה השאלה האם במסגרת העניינים שמוסר שר הביטחון לסגנו, מועברים לסגן שר הביטחון גם מעמדו של שר הביטחון כלפי הרמטכ"ל לפי חוק-יסוד: הצבא.

שתי תשובות יתכנו לקושיה זו, אשר הבסיס לפתרונה מצוי בסעיף 37(ב) לחוק-יסוד: הממשלה החדש, הקובע כי סגן שר¹³⁷ יפעל, בכנסת ובמשרד שנתמנה לו, בשם השר שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו השר¹³⁸.

לפי גישה אחת, ניתן לקרוא את הסעיף כפשוטו, ואם מסר שר הביטחון לסגנו, למשל, את הטיפול בתכנון ארוך טווח של בניין הכוח, בנושאים אלה רשאי סגן שר הביטחון להורות לרמטכ"ל כיצד לפעול באותו היקף בו מוסמך שר הביטחון להורות לרמטכ"ל כיצד

¹³⁵ צ' הדר, לעיל הערה 117, כפי שמצין ד"ר הדר, החובה לציית לרמטכ"ל תעמוד, מכוחו של סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא, גם אם לא יהיה הרמטכ"ל בעל הדרגה הגבוהה ביותר בצבא (שם, 221).

¹³⁶ הוראת הפיקוד העליון 1.0106 תחולת הוראות משרד הביטחון על חיילים בצה"ל. הורתו של תפקיד סגן השר בחוק המעבר (תיקון), התשי"א - 1951 (ס"ח התשי"א, עמ' 55). התפקיד נתכן על מנת שסגן השר יוכל לסייע לשר בתפקידיו הפרלמנטריים ובניהול משרדו (ראו הדיון בהצעת החוק בקריאה הראשונה (דברי הכנסת 5, 829 - 838) ובקריאה השניה והשלישית (דברי הכנסת 5, 1016 - 1021). למעמדו של סגן שר ראו בג"ץ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים (פ"ד לו(1) 645) ובג"ץ 171/78 אשכנז בע"מ נ' שר העבודה והרווחה (פ"ד לו(3) 141). למעמדו של סגן שר ראו גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.451 סגן שר - דרכי מינויו ותחומי פעילותו.

¹³⁸ יצויין כי בחיי המעשה מיעטו מאוד אותם שרי ביטחון, שכהנו סגני שר תחתם, למסור נושאים לטיפולם של סגניהם.

לפעול (בכפוף למחלוקת הפרשנית בדבר היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון, כפי שהובאה לעיל). כנגד זאת, ניתן בהחלט להעלות את הטענה שחוק-יסוד: הצבא הוא בבחינת דין מיוחד, והוראתו המפורשת, על פיה הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון בלבד, דינה לגבור.

יש לזכור, בנוסף, כי סמכותו של סגן שר הינה רק בתוך המסגרת הארגונית של המשרד בו הוא מכהן (והצבא הוא גוף שאיננו חלק ישיר מן המסגרת הארגונית של משרד הביטחון), ואין לו כל סמכות בממשלה.¹³⁹

נראה, כי מהותם של ההסדרים בחוק-יסוד: הצבא, גם אם הם מאפשרים לשר הביטחון למסור עניינים הנוגעים לצבא לטיפול סגנו, היא כי עם המסירה לסגן השר אין מוענקים לו כוחותיו של השר כלפי הרמטכ"ל. בנוסף, מהותן של הסמכויות בהן עסקינן מחייב, כי את סמכויותיו לפי חוק-יסוד: הצבא לא יוכל שר הביטחון למסור לאחרים, לרבות לסגן שר הביטחון.¹⁴⁰

תכליתו של חוק-יסוד: הצבא ומשמעות הסמכויות בהן עסקינן מחייבים, כי האוחז בהן והמפעיל אותן יהיה מי שגם נושא באחריות המשותפת יחד עם שאר חברי הממשלה לשמירה על ביטחון המדינה, ולא מי מטעמו. יתרה מזו, סגן שר חייב, כידוע, להיות חבר כנסת, ונראה כי קיים טעם לפגם בהקניית סמכות חוקתית מרכזית - הפעלת הצבא - המסורה על פי חוק היסוד לרשות המבצעת (הממשלה) ומטעמה לאחד מחבריה הבכירים (שר הביטחון) לידי מי שעל פי חוק חייב להיות חבר הרשות המחוקקת.

¹³⁹ סגן שר אינו יכול להתמנות לחבר ועדת שרים: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.462 חברות בוועדת השרים לענייני כלכלה.

¹⁴⁰ ונראה לי כי סמכויותיו של שר הביטחון לפי חוק-יסוד: הצבא גם אינן ניתנות להעברה לשר אחר לפי סעיף 39(ב) לחוק יסוד: הממשלה, אף אם הכנסת מאשרת את העברתן, וזאת לנוכח מהות הסמכויות בהן עסקינן והעובדה כי סעיף 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה דן בסמכות שר הנתונה לו על פי חוק, ואילו עניינו בסמכות הנתונה לשר על פי חוק יסוד: זאת ועוד: אני סבור, מטעמים דומים, כי שר הביטחון איננו רשאי לאצול את סמכויותיו לפי חוק-יסוד: הצבא (והשוו סעיף 41(ה) לחוק-יסוד: הממשלה), וכי אין הוא רשאי גם ליטול את סמכויותיו של הרמטכ"ל, מכוח סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה, מאותם טעמים, למעט, והדבר טעון בחינה בכל מקרה לגופו, סמכויות פרטניות הקבועות בדברי חקיקה מסוימים. במובן זה אינני מסכים עם גישתו של ד"ר צ'י הדר (לעיל, הערה 117, 222 - 224), הסבור כי אין מניעה לנטילת סמכויות הרמטכ"ל על ידי שר הביטחון, וכי אין מניעה כי שר הביטחון יוציא בעצמו פקודות לצבא (ראוי עם זאת לציין, כי דבריו של ד"ר הדר בהקשר אחרון זה נכתבו בשנת 1977, בטרם נחקק תיקון מספר 12 לחוק השיפוט הצבאי).

טז. מינוי הרמטכ"ל¹⁴¹

שאלת מינוי הרמטכ"ל שבה ועולה אחת למספר שנים, בעת שרמטכ"ל מכהן מסיים את כהונתו. התפיסה המופגנת על ידי הממשלה ואשר קנתה לה, ככל הנראה, גם שביתה בציבור, היא כי מינוי הרמטכ"ל נעשה בידי שר הביטחון ואילו הממשלה רק מאשרת את המינוי, דהיינו כי עיקר משקלו של המינוי הוא בידי שר הביטחון. מצב זה משקף, אומנם, את המציאות ההיסטורית של מינוי הרמטכ"לים לצה"ל כמעט מאז קום המדינה, מציאות בה שר הביטחון הוא שהצביע על המועמד לתפקיד הרמטכ"ל והממשלה נתנה לו את אישורה הפורמלי¹⁴², אולם הוא איננו תואם את ההסדר המשפטי הקבוע בחוק-יסוד: הצבא, וזאת הן לנוכח לשונו והן לנוכח תכליתו החוקתית.

סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא קובע, כי "ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון", וזאת להבדיל ממינויים ממלכתיים רבים אחרים, המצויים בסמכות השר הנוגע בדבר ורק מובאים לאישור הממשלה¹⁴³. לשונו של הסעיף ותכליתו הם ברורים: על הממשלה, שהיא הממונה על הצבא לפי סעיף 2(א) לחוק היסוד, להיות גורם פעיל, מעורב ובעל משקל ממשי במינוי הרמטכ"ל. ניסוחו של הסעיף משמעותו כי מינוי הרמטכ"ל איננו מינוי המצוי בסמכותו הבלעדית של שר הביטחון, אך מנגד גם אינו מינוי המצוי בידי הממשלה לבדה: זהו מינוי אשר לעשייתו נדרש כי כל אחד מן השותפים להליך - שר הביטחון והממשלה - יתן לו את אישורו.

מינוי הרמטכ"ל, לפיכך, איננו מופע יחיד של שר הביטחון אלא טנגו של שניים: בלא המלצת שר הביטחון על המועמד לא יקום המינוי, אך גם בלא מינוי של המועמד בידי הממשלה לא יהיה המינוי בר תוקף¹⁴⁴.

¹⁴¹ חלק זה של המאמר מבוסס על מאמר שפרסמתי בעתון הארץ: א' נון "טנגו של שניים", הארץ, 1.4.98, ב2.

¹⁴² להסדר שנהג לעניין מינוי הרמטכ"ל לפני חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.526 מינוי הרמטכ"ל - סמכות.

¹⁴³ יושם אל לב, כי לראש הממשלה אין כל מעמד בהליכי מינוי הרמטכ"ל על פי חוק היסוד, על אף שבחיי המעשה עד כה היתה לראשי הממשלה מעורבות נכבדה ולעתים מכרעת במינויים אלה. הצעת חוק פרטית שהוגשה בשנת 1970, על פיה ימונה הרמטכ"ל על ידי נשיא המדינה, על פי החלטת הממשלה "שתובא בפניו על ידי שר הביטחון", נדחתה (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.525 מינוי הרמטכ"ל). יצויין, כי במהלך הדיונים בכנסת עלתה ההצעה לשלב בסעיף 3(ג) לחוק היסוד דרישה להסכמת ראש הממשלה למינוי הרמטכ"ל, אך זו נדחתה: ראו דברי הכנסת 76, 2400 - 2403 (1976); כן ראו דברי הכנסת 74, 4017 (1975). בסעיף 185 להצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב (לעיל הערה 12) נקבע כי הרמטכ"ל ימונה על ידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון שתוגש על דעת ראש הממשלה, הסדר התואם את הליכי מינוי הרמטכ"ל בחיי המעשה מאז קום המדינה ועד היום.

¹⁴⁴ לדיון בפרשנות הסעיף ראו 237 - 236, P. Elman, supra note 65. והשוו לדרך מינויו של מנהל כללי במשרד ממשלתי, הקבועה בסעיף 12 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט - 1959 (ס"ח התשי"ט, עמ' 86).

כאמור, לא ברור אם בעבר היתה הקפדה ראויה על הליך המינוי כלשונו וכרוחו של חוק-יסוד: הצבא (מאז חקיקת חוק היסוד מונו ששה רמטכ"לים: איתן, לוי, שומרון, ברק, שחק ומופז), ואין הדברים אמורים בעצם אישורה הפורמלי של הממשלה, שכן זה ניתן כמובן למינויו של כל רמטכ"ל ורמטכ"ל. הכוונה היא לפן המהותי של הדברים, אשר מחייב כי הממשלה, בטרם תאשר את מינויו של המועמד המומלץ על ידי שר הביטחון, תקיים דיון בכישרונו ובתכונותיו של המועמד, על בסיס מידע שיוצג בפניה, ולגישי (אם כי הדבר איננו מתחייב מלשונו של חוק-יסוד: הצבא) תקיים דיון גם בכישרוניהם ובתכונותיהם של המועמדים האחרים, אשר אינם מומלצים על ידי שר הביטחון למינוי¹⁴⁵. דיון מהותי כזה מחייב את שר הביטחון להביא בפני הממשלה נתונים ופרטים אודות המועמדים בטרם ההחלטה על המינוי. אישור של הממשלה למינוי הרמטכ"ל המומלץ על ידי שר הביטחון בלא דיון במועמדים כולם ולפחות בלא דיון ממשי במועמד המומלץ על ידי שר הביטחון איננו יכול לעמוד מבחינה חוקתית, לנוכח תכליתו של סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא.

גם אם לעניין מינויים ממלכתיים אחרים הדין הוא אחר, הרי בסוגיה הפרטנית של מינוי הרמטכ"ל, קל וחומר לנוכח רגישות המשרה והיקף האחריות והסמכות הנלוות לה, נראה כי החוק מחייב בחינה מהותית ומקיפה של המועמדים על ידי הממשלה, ולא רק אישור שיהווה חותמת גומי להמלצתו של שר הביטחון, שהיא כמובן בעלת משקל נכבד בפני עצמה - שהרי בלעדיה לא יקום המינוי¹⁴⁶.

יז. סמכויות מלחמה (War Powers)

עד לכניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1996, היה אחד הליקויים החוקתיים החמורים בחוק-יסוד: הצבא העדרו של הסדר הנוגע להכרזת מלחמה או לפתיחה במלחמה. חסר משפטי זה בוקר קשות, ואף הוצעו הצעות שונות למילוי, לרבות חקיקת חוק מיוחד לעניין הפעלת הצבא¹⁴⁷.

¹⁴⁵ שאלה היא, אם קיימת מניעה בסעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא כי שר הביטחון ימליץ על שני מועמדים או יותר, והממשלה תמנה את מי מהם שתמצא לנכון, גם אם שר הביטחון יתנגד בהצבעה בממשלה למינויו. אני מודה לעו"ד עופר חנוך על הערה זו.

¹⁴⁶ כפי שכבר הוזכר, התוצאה המצטברת של הסדר מינוי הרמטכ"ל ושל סעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, היא כי לממשלה עומדת גם הסמכות לפטר את הרמטכ"ל, לפי המלצת שר הביטחון; מטבע הדברים, מאחר שקשה להניח כי יפוטרו רמטכ"ל בלא שימונה אחר תחתיו, יהיו טעונים הפיטורים והמינוי, כך או כך, הסכמה של שר הביטחון ושל הממשלה כאחד.

¹⁴⁷ ראו S. Shetreet, "The Grey Area of War Powers: The Case of Israel", 45 Jerusalem Quarterly Review 27, 43 (1988).

עם כניסתו של חוק-יסוד: הממשלה החדש לתוקפו, נכנס לתוקפו גם סעיף 51 לחוק היסוד, הקובע הסדר לעניין פתיחה במלחמה¹⁴⁸. אם עד לחקיקתו של סעיף זה נשלטה סוגיית סמכויות המלחמה, בהיבט המשפטי, על ידי סמכויותיה השיווריות של הממשלה (סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה החדש) ומנהגים חוקתיים כאלה ואחרים¹⁴⁹, הרי שהסדר שקבע הסעיף אינו מאפשר עוד פתיחה במלחמה¹⁵⁰ בלא קבלת החלטת ממשלה (אם במליאתה ואם באמצעות ועדת השרים לעניני ביטחון לאומי).

עם זאת, גם ההסדר שקבע סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה לוקה בפגמים חמורים, וזאת מעבר לפגם הבסיסי שבהעדר הגדרה ברורה למונח מלחמה, להבדיל מסכסוכים מזוינים אחרים¹⁵¹. החוק עוסק רק בפתיחה במלחמה ביוזמת המדינה, ומטרתו למנוע מצב בו תיפתח מלחמה יוזמה בלא אישורה של הממשלה (עד כה יזמה ישראל את הפתיחה בשלוש מתוך חמש המלחמות עם מדינות ערב: מבצע קדש (1956), מלחמת ששת הימים (1967) ומלחמת שלום הגליל (1982)), כפי שהיה למשל במבצע קדש, כאשר לחלק משרי הממשלה נודע על יוזמת המלחמה ועל פתיחתה רק יום אחד לפני פרוץ הקרבות¹⁵².

¹⁴⁸ למען נוחות הקריאה, להלן נוסח הסעיף בשלמותו:

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

¹⁴⁹ ראו ד' אבן, לעיל הערה 61.
¹⁵⁰ ההסדר, כמובן, איננו מגדיר מלחמה מהי, ועיון בחקיקה מבהיר כי בפני בית המשפט יעמוד אתגר משפטי של ממש בבואו לדון בשאלה זו, שכן המונח "מלחמה" ומונחים דומים לו מוזכרים בלמעלה מחמישים דברי חקיקה ראשית וחקיקת משנה. המתח הפרשני בין מלחמה, פעולות אויב, פיגועים חבלניים, פעולות איבה, התקפת אויב, התקפה מדומה (!) של האויב, מלחמה ממשית, מלחמה העומדת לפרוץ, ועוד, הינו רחב ביותר, ומשתרע ממלחמה כוללת בכל החזיתות ועד למבצע מוגבל כנגד יעד אויב מסויים. כך או כך, נראה שפרשנותו הראויה של הסעיף היא כמתייחס למלחמה לא מבחינת היוזמה המעשית מצד הצבא, אלא גם כפי שהאויב עשוי לראותה, דהיינו פעולה שהאויב עשוי לראותה כפתיחה במלחמה מן הראוי שיחולו עליה הכללים הקבועים בסעיף 51(א) לחוק-יסוד: הממשלה לעניין פתיחה במלחמה. במובן זה פרשנותו של הסעיף היא אובייקטיבית, דהיינו לפי ראית הצד השני הסביר את המהלך הצבאי, ולא לפי כוונתו הסובייקטיבית של שר ביטחון. לעניין פרשנות המונח "מלחמה" כשלעצמו, נראה לי כי ראשית פתרון עשוי להמצא בהבחנה בין מלחמה, מערכה וקרב, הקבועה בסעיף 7 לחוק העיטורים בצבא הגנה לישראל, התש"ל - 1970 (ס"ח התש"ל, עמ' 18), והמעין יעין שם.

¹⁵¹ ראו S. Shetreet, supra note 147, 41.

¹⁵² ראו ג' היכל, בעין פקוחה וזרוע נטויה: הפיקוח האזרחי על הצבא 1945 - 1957, לעיל הערה 57, 181.

לעומת זאת, לאחר שנפתחה מלחמה על ידי האויב, אין הסעיף מחייב, לכאורה, קבלת אישור הממשלה להמשך מהלכיה, ושר הביטחון רשאי להמשיך ולפעול (כל עוד אין מורה הממשלה אחרת) להרחבת יעדיה והיקפיה או לצמצומם, בלא אישור מיוחד ובלא פיקוח פרלמנטרי ממשי¹⁵³, ולמעשה ניתן אף לטעון כי אין הוא מגיב בהוראות מתאימות לצבא בהתאם להתפתחות מהלכי המלחמה, הוא מועל באחריותו הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק-יסוד: הצבא. בנוסף, אין ההסדר מבחין בין מלחמה יזומה לבין מלחמת מנע ובין מהלך מלחמתי התקפי למהלך מלחמתי הגנתי¹⁵⁴.

¹⁵³ הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת מי שחל לחייב דיווח מפורט יותר על פעילות צבאית נדחתה בשנת 1997: הצעת חוק-יסוד: הצבא (תיקון - דיווח לועדת החוץ והביטחון על פעילות צבאית), התשנ"ז - 1997.

¹⁵⁴ בארצות הברית, סוגיית סמכויות המלחמה היא אחת מהסוגיות המרכזיות ביחסי צבא - דרג מדיני. ראו A. 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 The American Journal of International Law and F. A. Christopher, "War Powers as We Live Them: Policy 877 (1996) Congressional - Executive Bargaining under the Shadow of the War Powers A. D. Resolution", 11 The Journal of Law and Politics 609 (1995) Sofaer, "The Power over War", 50 University of Miami Law Review 81 J. Lobel, "Little Wars" and the Constitution", 50 University of Miami Law Review 61 (1995) W. Dellinger, "After the Cold War: Presidential Power and the Use of Military Force", 50 University of Miami D. Fascell, "War Powers and the Congress", 50 University of Miami Law Review 107 (1995) L. F. Damrosch, "Constitutional Control Over War Powers: A Common Core of Accountability in Democratic Societies?", 50 University of Miami Law L. F. Damrosch, "The Constitutional Responsibility of the Congress for Military Engagements", 89 American Journal of P. D. Coffman, "The Language of the War", 89 American Journal of P. R. Trimble, "The President's Constitutional Authority to Use Limited Military Force", 89 Cornell Law Review 1236 (1995) E. Burgin, "Rethinking the Role of the War Powers Resolution: Congress and the Persian Gulf K. M. Theurer, "Low Level Conflicts and the Reserves: Presidential Authority", 62 University of P. J. Spiro, "War Powers and the Sirens of Formalism", 68 New York University Law Review 1338 (1993) M. P. Kelly, "Fixing the War Powers", 141 Military Law Review 83 J. W. Rolph, "The Decline and Fall of the War Powers Resolution: Waging War under the Constitution after Desert Storm", 43 G. J. Sidak, "To Declare War", 41 Mercer Law Review 645 (1992) R. J. Spitzer, "Separation of Powers and the War Powers", 16 Oklahoma City University Law Review 279 (1991). ראו גם פסק הדין המעניין, עובר לפתיחת מלחמת המפרץ, שכבר הוזכר לעיל:

יודגש, כי בחיי המעשה מעורבותה של הממשלה בניהול מהלכיהן של מלחמות ישראל היה רחב כמובן הרבה יותר, אך העדרו של פיקוח פרלמנטרי¹⁵⁵ בהיקף ראוי על פעולות מלחמה הפך, כך דומה, כמעט למנהג, אשר ההזדמנות לתקנו עם חקיקתו של סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה הוחמצה. ניתן היה לצפות, בנוסף, לנוכח המחלוקות הציבוריות שעוררה מלחמת שלום הגליל בהקשר זה, כי סעיף 51 יגדיר ביתר פירוט את ההגבלות על מהלכיו של שר הביטחון בלא אישור הממשלה¹⁵⁶, אך לא כך נעשה¹⁵⁷.

כאמור, סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, העוסק בפעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור - שאינן, כך ניתן להבין, בגדר מלחמה - לא פתר את הקושי המשפטי שבתחמת המטרות הלגיטימיות של הפעלת הצבא למשימות שאינן ביטחוניות, במיוחד בכל הנוגע לנמנים עם כוחות הביטחון שלא מרצונם (המשרתים שירות סדיר ושירות מילואים לפי חוק שירות ביטחון), שהרי, כאמור, גם אם מותרת הפעלת הצבא כארגון להשגת אותם יעדים, אין משמעות הדבר מבחינה משפטית כי מותרת הפעלתם של המשרתים בצבא שלא בהסכמתם להשגת אותם יעדים.

Dellums v. Bush, 752 F. Supp. 1141 (1990). להיסטוריה של יחסי צבא - דרג מדיני בארצות הברית ראו *To Chain the Dog of War*, Southern Methodist University Press (Dallas, 1986). בנוסף, ראו הדיון המעניין בדבר התיקון השלישי לחוקה האמריקאית, בעניין שיכון וחנית חיילים בחצרים פרטיים בשעת רגיעה: W. S. Fields, "The Third Amendment: Constitutional Protection from Involuntary Quartering of Soldiers", 124 *Military Law Review* 195 (1989).

¹⁵⁵ מעניין לציין, כי עד לשנת 1955, היה תוקפו של חוק השיפוט הצבאי הבריטי (Army Act, 1881) טעון אישור או מתן תוקף בחוק מיוחד של הפרלמנט, אחת לשנה. ראו *Manual of Military Law*, His Majesty's Stationery Office (London, 1929), 14. גם כיום טעונה חלק מן החקיקה הצבאית אישור מתחדש של הפרלמנט.

¹⁵⁶ כך, למשל, פגם חמור טמון בכך, שאין במבנה הקיים של סמכויות המלחמה בסעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה הסדר המגביל את סמכויותיו של שר ביטחון, אשר בודעו כי אין רוב בממשלה לפתיחה במלחמה מורה לצבא לבצע פעולות שאינן עולות כדי מלחמה, בכונה לדרדרן למלחמה. העובדה כי מציאות הפעלתו של הצבא לפעולות מלחמתיות כיום היא שונה באורח קוטבי מתסריט זה איננה שוללת את האפשרות כי המצב ישתנה בעתיד לכיוון ההפוך, ומצב כזה יש למנוע מראש, בהסדר חוקתי נאות; במשימה זו אין סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה עומד. עם זאת, אני סבור, כאמור (ראו הערה 150), כי יש ליתן לסעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה פרשנות מרחיבה אשר תצמצם את סכנת השימוש לרעה על ידי שר הביטחון, במובן זה כי גם 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 לפיה פעולה צבאית המעמידה את ישראל בסכנת מלחמה לא תבוצע בלא אישור הממשלה.

¹⁵⁷ למנגנוני הבקרה המורכבים המיושמים בשיטת המשפט האמריקאית על הפעלתן של סמכויות מלחמה, ועל מעמדו של הנשיא כמפקד העליון של הכוחות המזוינים (Commander in Chief) ראו 238 - 235, 231, *supra* note 7, L. H. Tribe.

יח. כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל¹⁵⁸

סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא קובע כי "אין להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא הגנה לישראל אלא על פי חוק". דומה כי לא יהיה חולק כי הכוונה בסעיף זה היא לכוח מזויין כארגון ולא לפרטים המרכיבים אותו, דהיינו מספר רב של מחזיקים בנשק כדין, כל עוד לא התאגדו לארגון המהווה כוח מזויין, לא יהיה בפעילותם כדי להפר את הוראת הסעיף.

ואולם, מעבר לכך, השאלה המרכזית המתעוררת מקביעתו האמורה של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא היא, כמובן, האם הכוחות המזוינים הפועלים בישראל פרט לצה"ל עושים כן על פי חוק, כנדרש בחוק היסוד¹⁵⁹.

חלק מן הכוחות המזוינים בישראל הוקמו בחוק ופועלים במסגרת הוראות החוק. בין אלה ניתן למנות את משטרת ישראל (פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971¹⁶⁰, ובמיוחד סעיפים 5, 1); המשמר האזרחי (סעיפים 49 א, 49 ח לפקודת המשטרה); שירות בתי הסוהר (סעיף 76 ואילך לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971¹⁶¹); משמר הכנסת (סעיפים 8, 22, לחוק משכן הכנסת ורחבתו, התשכ"ח - 1968); והג"א (שירות ההתגוננות האזרחית - חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א - 1951¹⁶²). משמר הגבול הינו חלק אורגני ממשטרת ישראל, ועל כן הבסיס לפעילותו הוא פקודת המשטרה. יחד עם זאת, חלק משורות המשרתים במשמר הגבול מתמלאות ביוצאי צבא במהלך שירותם הסדיר, והבסיס לכך מצוי בהוראות סעיפים 24 - 26 לחוק שירות ביטחון.

פעילותם של שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים אינה מוסדרת במפורש בדבר חקיקה; שני הגופים מוזכרים אומנם במספר דברי חקיקה (ראו, לדוגמה: חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג - 1963¹⁶³ (סעיף 7א); חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981¹⁶⁴ (סעיפים 19(ג)3 - 19(ג)4)), וחוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979¹⁶⁵ (סעיף 1)), אולם אין אלה חוקים המסדירים את הקמתם או את קיומם. עם זאת, אין משמעות הדברים כי שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין

¹⁵⁸ חלק זה של המאמר הורתו בהערתו של עו"ד רונן פרי, בעקבותיה סייע לי בעיבוד הרקע למעמדם של כוחות מזוינים פרט לצבא במשפט הישראלי. תודתי נתונה לו על הערתו ועל סיועו האמור.

¹⁵⁹ להערה בדבר הצורך בהסדרת מעמדם החוקתי של כל הכוחות המזוינים הפועלים בישראל ראו P. Elman, supra note 65, 232 - 233.

¹⁶⁰ דיני מדינת ישראל, נ"ח, התשל"א עמ' 390.

¹⁶¹ דיני מדינת ישראל, נ"ח, התשל"ב, עמ' 459.

¹⁶² ס"ח התשי"א, עמ' 78.

¹⁶³ ס"ח התשכ"ג, עמ' 50.

¹⁶⁴ ס"ח התשמ"א, עמ' 128.

¹⁶⁵ ס"ח התשל"ט, עמ' 118.

ולתפקידים מיוחדים אינם פועלים על פי חוק¹⁶⁶. המקור המשפטי לפעילותם הוא החלטות הממשלה המסדירות את פעילותם, וזאת מכוח סמכותה השיורית של הממשלה, הקבועה בסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה ואולם, אין ספק כי הסדר זה, גם אם נניח כי הוא עומד פורמלית במגבלות החוקתיות של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא, איננו ראוי.

צבא דרום לבנון (צד"ל) לא הוקם על ידי מדינת ישראל, אך בחיי המעשה המרבית המכריעה של קיומו נשענת על מדינת ישראל, ואין, כידוע, חוק המסדיר את קיומו. כל עוד צד"ל אינו פועל בתחומי ישראל אין לכאורה קושי משפטי בהסדר הקיים, מכיוון שחוק-יסוד: הצבא הוא (ככל חוק אחר אלא אם נאמר בו אחרת) בעל תחולה טריטוריאלית. קושי מסויים קיים, לעומת זאת, במקרים בהם מתאמנים כוחות צד"ל בשטחי ישראל, ולקושי זה אין, לכאורה, פתרון בחוק¹⁶⁷.

גם גופים העוסקים במתן שירותי שמירה ושירותי חקירה עושים שימוש בנשק לצרכי פעילותם השוטפת. פעילותם של גופים אלה מותנית ברשיון לפי סעיפים 18 - 19 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב - 1972¹⁶⁸. ישנם שני מקורות משפטיים אפשריים לשימוש בנשק במסגרות אלה. ראשית, חברת שמירה יכולה להעסיק עובדים בעלי רשיון אישי רגיל לשאת נשק (מכוח סעיף 5 לחוק כלי היריה, התש"ט - 1949¹⁶⁹). שנית, חברה לשירותי שמירה יכולה לקבל רשיון מיוחד להחזקת כלי יריה בתנאים שיקבעו ברשיון המיוחד, לשימוש המועסקים בשירותי השמירה שלה במסגרת עיסוקם (וזאת בהתאם לסעיף 10ג לחוק כלי היריה), בעוד חוקרים פרטיים הנושאים נשק עושים כן בהתאם לרשיון אישי. משמעות הדברים היא, כי חברות שמירה וחברות חקירות אינן בגדר כוחות מזוינים, אלא אוסף של בעלי תעודות הרשאה או בעלי רשיונות אישיים לנשיאת כלי יריה, ועל כן פעילותם של אלה כמו גם אלה איננה מעוררת קושי אל מול הוראת סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא¹⁷⁰.

י. ט. סיכום

¹⁶⁶ לאחרונה הוצע להסדיר את מעמדו ואת פעילותו של שירות הביטחון הכללי בחוק: הצעת חוק שירות הביטחון הכללי, התשנ"ח - 1998, הצ"ח התשנ"ח, עמ' 244.
¹⁶⁷ טענה חלשה יותר, שאני סבור כי אין לקבלה, היא כי מאחר ותקציב צד"ל נכלל, במידה כזו או אחרת, בתקציב הביטחון, המעוגן מדי שנה בחוק של הכנסת, יש בכך בסיס לקיומו של צד"ל על פי חוק.

¹⁶⁸ ס"ח התשל"ב, עמ' 90.

¹⁶⁹ ס"ח התש"ט, עמ' 143.

¹⁷⁰ דיון זה יוצא מנקודת ההנחה כי על אף שאין נפקות פלילית, לכאורה, להוראותיו של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא, נודעת לו נפקות אזרחית, המאפשרת להפעילו, ולו במסגרת נזיקית או מעין נזיקית, למניעת הקמתו או קיומו של כוח מזויין אשר אין בו כל הפרה של דבר חקיקה פרט לסעיף 6 לחוק היסוד. השוו, בהקשר זה, ד' ברק, **עוולות חוקתיות**, פפירוס (תל אביב, 1994). תודתי לעו"ד עופר חנוך על הערה זו.

פעילות צה"ל ומעמדו מוסדרים כיום במישור החוקתי בעיקר בחוק-יסוד: הצבא. חוק היסוד טעון עדיין השלמות והבהרות לא מעטות, כפי שפורט לעיל, הכל במטרה לעגן ולהבטיח את עקרון המרות האזרחית על הצבא¹⁷¹. ביחסים בין הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון לבין הרמטכ"ל והצבא, ובאורח פרטני ביחסי שר הביטחון - רמטכ"ל, באות לידי ביטוי חולשותיו של חוק-יסוד: הצבא, להן נודעת משמעות מעשית ממשית בעיקר בסוגיית פרשנותו הראויה של סעיף 3(ב) לחוק היסוד והיקף כפיפותו של הרמטכ"ל לשר הביטחון.

גם בסוגיית סמכויות הצבא והיעדים החוקיים להפעלת הצבא רב הנסתר על הנגלה, והמצב המשפטי בהיבט זה איננו משביע רצון, הן בהיבט המהותי, בכל הנוגע לחוסר ההבחנה בין יעדי הצבא כארגון לבין המטרות הלגיטימיות של השירות הצבאי, והן בהיבט החוקתי המבני, שכן סוגיה זו טעונה הסדרה ברמה החוקתית, ובמשפט הישראלי - בחוק-יסוד: הצבא, פרק מפרקי חוקתה העתידית של מדינת ישראל¹⁷².

¹⁷¹ אינני נמנה עם הסבורים כי הערפול הקיים איננו שלילי בהכרח, שכן הוא יוצר דינמיקה של מאבקים על סמכויות בתחום הביטחון ובכך מבטיח הסדר בריא של איזונים ובלמים (Checks and Balances) בכל הנוגע למעמד הצבא בישראל ולהפעלתו. סמכויות מעורפלות בתחום כה רגיש ומרכזי טיבן שהן מובילות לנטילת אחריות יתר במקום שהדבר עלול להזיק ולבריחה מאחריות במקום שהנוק כבר נגרם, ואיזונים ובלמים ראוי שיקבעו במפורש בחוק או בחוקה, ולא יהיו תוצר של מבנה משפטי סטטוטורי לקוי.

¹⁷² להיבטים המבניים הראויים של הפיקוח האזרחי על הצבא ראו ג' היכל, לעיל הערה 57, 13 - 32, והאסמכתאות שם. כן ראו 7 supra note; Huntington, B. Diamond, M. Plattner (Eds.), **Civil Military Relations and Democracy**, Johns Hopkins University Press (Baltimore, 1996); E. P. Coughlan, "Democratizing Civilian Control: The Polish Case", 24 *Armed Forces and Society* 519, 521 - 525 (1998).

^{***} הורתו של מאמר זה בסקירה שכתבתי בשנת 1992 בתקופת שירותי בתפקיד היועץ המשפטי למתקני אגף כוח אדם, צה"ל, במסגרת משרדי עוזר הפרקליט הצבאי הראשי ליעוץ ולחקיקה. תודתי נתונה למי שמילא תפקיד זה אז (וכיום סגן הפרקליט הצבאי הראשי), אל"ם יוסף תלרז, על סיועו ועל הכוונתו. במשך השנים שחלפו, המשכתי לעדכן ולעבד את הדברים, ואני חב תודות לכמה משפטנים ואנשי תחומים אחרים על הערותיהם והארותיהם שהביאו אותי לבחון מחדש, לתקן ולעבד חלקים מן המאמר, הן בעבר והן לאחרונה, כשקראו את המאמר בנוסחו המתפרסם עתה, ובהם פרופ' שמעון שטרית, פרופ' סטיוארט כהן, ד"ר מנחם הופנונג, ד"ר גבי היכל, ד"ר עומר דקל, ד"ר ראובן גל, עו"ד כפיר אברהם, עו"ד עופר חנוך, עו"ד ליאור איזנפלד, עו"ד רונן פרי, עו"ד אדוה גל, חגיית רוס, תא"ל שמעון חפץ, ובמיוחד עו"ד אהרון לוי ועו"ד תומר גוטהלף, אשר הערותיהם מאירות העיניים הביאוני לשכתב חלקים לא מעטים מן המאמר. אני מודה לד"ר ראובן גל, לשעבר ראש מחלקת מדעי ההתנהגות בצה"ל וכיום מנהל המכון הישראלי למחקרים צבאיים, על עצתו הטובה, על שאפשר לי להשתמש בספריות העשירה של המכון בזכרון-יעקב, ועל שסייע לי בקשר עם גוף אקדמי בארצות הברית העוסק במחקר ובשיח בין תחומי בחלק מן הנושאים הנוגעים לנושא: IUS - Inter University Seminar on Armed Forces and Society. אני מודה לאל"ם (מיל') מאיר נצר, לשעבר מדריך במכללה לביטחון לאומי של צה"ל, על הערותיו בתחומי מומחיותו.

כמובן שאין אפשרות, והדבר גם אינו רצוי, לפרט יתר על המידה את חלוקת הסמכויות והכפיפויות ביחס לצה"ל, שכן חלק מכוחה של נורמת יסוד הוא בכלליותה ובהתוותה עקרון על מנחה ולא דווקא (בהקשר בו עסקינן) בהקנתה זכויות ספציפיות לפרט. אם וכאשר יוקנה לחוק-יסוד: הצבא מעמד נורמטיבי הולם והוא ישוריין, תוך תיקונו להבהרה ולהכרעה במספר סוגיות, כפי שהוצגו לעיל, יוכלו נושאים אלה לבוא לכלל הכרעה פרטנית במסגרת תקדימי הפסיקה.

תודתי נתונה, בנוסף, לתלמידי בקורס "דיני צבא", הניתן על ידי במכללה לפיקוד ומטה של צה"ל מזה מספר שנים, ולתלמידי בקורסים "דיני צבא" ו"השירות הצבאי בישראל", הניתנים על ידי במכללה למשפטים רמת גן, אשר הביאו אותי גם הם, בשאלותיהם ובהערותיהם, לערוך שינויים בדברים. על סיועם במחקר, באיסוף החומר ובעיבודו אני מבקש להודות לד"ר גיא זיידמן, לעו"ד יפעת פוגל ולעו"ד ליאור איזנפלד. כמו כן, אני מבקש להודות לאל"ם עודד פסנון, מפקד בית הספר למשפט צבאי, על שהמריץ ושב והמריץ אותי לעבד את הסקירה למאמר ואשר לולא סיועו לא היו הדברים רואים אור. ואחרון אחרון חביב, אני חב תודה ליהושע אמיתי, משפטאי מובהק על אף שאיננו בעל השכלה משפטית, על הערותיו המועילות והחדות לדברים. לאחר רשימה ארוכה אך חשובה זו של דברי תודה, לא נותר לי אלא לציין את המובן מאליו, והוא כי האחריות לדברים כפי שהם מתפרסמים במאמר זה היא עלי בלבד.