



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

12 באוגוסט 2024

לכבוד
עו"ד גלי בהרב מיארה
היועצת המשפטית לממשלה

שלום רב,

הנדון: הגורם המוסמך להחליט על אישור או דחיית עסקה לשחרור החטופים ולהפסקת אש

אנו פונים בשם **פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה**, בעניין שנראה שאין חשוב ממנו בימים הטרופים הללו: זהותו של הגורם המוסמך להחליט בשם מדינת ישראל בשאלה אם לאשר עסקה לשחרור חטופינו ולהפסקת אש במלחמה בעזה. אנו סבורים כי על-פי הדין, הגורם המוסמך להכריע בעניין הוא הממשלה ולא ראש הממשלה לבדו. לאור חשיבות העניין ודחיפותו, אנו סבורים שיש מקום לשקול שהיועצת המשפטית לממשלה תבהיר את העניין בחוות דעת, וזאת בהמשך למכתב היועצת מיום 6.8.2024, בעניין "שיבוש תהליכי העבודה בעבודת הממשלה", שבו מובאת התייחסות לאופן שבו הוחלט, ב- 31.7.2024, בעניין "בעל השלכות כבדות משקל בתחום הבטחוני".

הסוגיה העומדת על הפרק היא כאמור הכרעה בעניין המשך המלחמה בעזה או עסקה לשחרור החטופים, שתהיה כרוכה גם בהפסקת אש, זמנית או קבועה. לפי פרסומים בנושא, דפוס הפעולה שהתקבע בשבועות האחרונים, מאז פורק קבינט המלחמה, הוא שההחלטות באשר לקבלה או לדחייה של הצעות קונקרטיות לעסקה לשחרור החטופים ובאשר לתנאים שיש להציב בעסקה כזו, נעשות בלעדית על-ידי ראש הממשלה. ראש הממשלה הוא שקובע אם יחודש המשא ומתן, מה תהיה העמדה שתוצג בו ובעיקר, אם יש לדחות או לקבל הצעות מסוימות. לפי הפרסומים בנושא, עמדתו של ראש הממשלה מנוגדת לעמדתם של כל ראשי מערכת הביטחון שעוסקים בעניין, לרבות שר הביטחון. פרסומים אלה עולים בקנה אחד עם העובדה שעד כה נמנע ראש הממשלה מלהביא בפני הממשלה את ההצעות השונות בנושא, הוא נמנע מלאפשר לראשי מערכת הביטחון להציג את השיקולים השונים הנוגעים לעניין, ובכלל זה ההשלכות מרחיקות הלכת שצפויות להחלטה לסרב לעסקה המוצעת. המשמעות היא שנמנעת מן הממשלה – שהיא הרשות המבצעת של המדינה, הנושאת, כגוף, באחריות משותפת לניהול כלל ענייני המדינה – האפשרות לממש את חובתה לדון ולהכריע בעניין מדיניות ישראל במלחמת חרבות ברזל.

הסוגיה העומדת על הפרק כעת, בעניין עסקה לשחרור החטופים, אם יוחלט לאמצה, טעונה בכל מקרה אישור של הממשלה. עסקה כזו תהיה כרוכה בשחרור אסירים שנדונו למאסר בישראל ולפי סעיף 8ב. לחוק הממשלה, תשס"א-2001, וזו החלטה שמסורה לממשלה בלבד. השאלה היא אם גם

מדיניות ישראל במו"מ עם חמאס, והחלטה לסרב להצעה לעסקה במהלך המו"מ, טעונות אישור הממשלה.

אנו סבורים שהתשובה לכך היא בחיוב, ולפיכך שדרך פעולתו של ראש הממשלה אינה כדוּן. כאמור, לפי דיווחים שונים, מדיניות ישראל במו"מ על העסקה לשחרור החטופים נקבעת על ידי ראש הממשלה לבדו, והעקרונות המנחים את הנושאים והנותנים משתנים תדירות, ואף אינם מקובלים על גורמים שונים בממשלה וברשויותיה. היות שהאחריות על העסקה היא על הממשלה כולה, חובה עליה לקבוע **מראש**, תוך קיום הליך קבלת החלטות כדוּן, את קווי המתאר למדיניות המשא ומתן. רק אז ניתן להסמיך את ראש הממשלה להנחות את צוות המשא ומתן כיצד לפעול בגדר הקווים שקבעה הממשלה.

כך גם ביחס להחלטה לסרב לעסקה מוצעת: סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה, אלא מכוח החלטת הממשלה". ביסוד הוראה זו ההכרה בכך שהכרעות הוות גורל כמו פתיחה במלחמה הן עניין שאין להותירו להכרעה של גורם יחיד זה או אחר, בדרג המקצועי או בדרג המדיני. החלטה דרמטית שכזו צריכה להיעשות על-ידי הממשלה במליאתה, בהתבסס על ההערכה שהחלטה בישיבת הממשלה תיעשה לאחר שיוצגו בפניה מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ולאחר שתישמע עמדתם המנומקת של גורמי המקצוע. החלטה דרמטית שכזו צריכה להיעשות על-ידי גוף שבו מספר חברים, ולא אדם אחד בלבד, שנושאים באחריות משותפת להחלטות מסוג זה. הוראת סעיף 40 מבטאת את העיקרון היסודי ביותר במשטר דמוקרטי, המבדיל בינו לבין משטר של שלטון יחיד, שעיקרו ביזור הכוח והענקת סמכויות ההחלטה לאוסף של אנשים ולא לאדם יחיד, יהיה בכיר ומוכשר ככל שיהיה.

החלטה לדחות הצעה לעסקה לשחרור החטופים ולסיום המלחמה שקולה במהותה להחלטה לפתוח במלחמה או לנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה. בנסיבות הנוכחיות, דחיית הצעה לעסקה חטופים שכוללת הפסקת אש וסיום המלחמה משמעותה, ברמת ההסתברות האמורה, פתיחה במלחמה מלאה מול חיזבאללה ואולי גם מול איראן וגורמים נוספים. יתר על-כן, משמעותה גם פגיעה קשה בסיכוי להשיב את החטופים הישראלים שמוחזקים ברצועת עזה. ככל שתגבש הצעה לעסקה, שזוכה לתמיכה נרחבת של גורמי המקצוע במערכת הביטחון, אשר לפי שיקול דעתם דחייתה משמעותה הרחבה ניכרת של המלחמה גם לחזיתות נוספות, יש לראות בהחלטה לדחות את העסקה או להוסיף לה תנאים מהותיים, כנכללת בגדר סוגי ההחלטות שקבועות בסעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ואשר הסמכות הבלעדית לקבוע אותה מסורה לממשלה.

מספר שיקולים תומכים בפרשנות זו של סמכותו המוגבלת של ראש הממשלה. היבט אחד הוא עקרוני כללי. שיטת המשטר בישראל מעניקה לראש הממשלה מעמד מיוחד, בכל הקשור להרכבת הממשלה ולפיזור הכנסת. אולם, אין המדובר בשיטה נשיאותית. ראש הממשלה אינו נבחר ישירות על-ידי הציבור, וחוקי היסוד אינם מקנים לו סמכויות להחליט בעצמו בענייני מדיניות. ראש הממשלה הוא "ראשון בין שווים". הוא אינו מוסמך לקבוע לבדו את עמדת הממשלה באשר להצעות חוק, הוא אינו מוסמך להחליט בעצמו על העברת תפקידים ממשרד למשרד, ומכלול הסמכויות שאינן מסורות לפי חוק לשר מסוים מופעלות על-ידי הממשלה כגוף. העובדה שהממשלה – ולא

ראש הממשלה לבדו – מכהנת מכוח אמון הכנסת ואחראית בפני הכנסת באחריות משותפת (סעיפים 3 ו-4 לחוק-יסוד: הממשלה), מוליכה למסקנה שראש הממשלה אינו רשאי להכריע הכרעות הוות גורל בעצמו. הכרעה על-ידי ראש הממשלה לבדו מרוקנת מתוכן את עקרון האחריות המשותפת של חברי הממשלה ופוגעת בעקרון הייצוגיות וביזור הכוח שביסוד המשטר הדמוקרטי. כך גם בתחום ניהול יחסי החוץ של המדינה וענייני ביטחון, שמסורים לסמכותה של הממשלה בכללותה. ראש הממשלה אף אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו המנהלתית לזמן ישיבות ממשלה ולנהל אותן כדי לשלול מן הממשלה את האפשרות – או לפטור אותה מן החובה – לדון ולהחליט בסוגיות שמצויות בסמכותה כגוף.

היבט שני הוא עניין הסודיות והפומביות. למעשה, ספק רב אם, במקרה דנן, מתקיימים התנאים המתירים את קיומו של הדיון רק בוועדת השרים לביטחון לאומי. סעיף 40(א1) לחוק-יסוד: הממשלה מתיר לממשלה לאצול את סמכות ההכרעה בעניין פתיחה במלחמה לוועדת השרים לביטחון לאומי (שפועלת מכוח סעיף 6 לחוק הממשלה), וזאת אם "בשל טעמים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה, לרבות טעמי סודיות הכרוכים בהם". בהקשר הנדון כאן, אין טעמים טובים מסוג זה. פרטי ההצעה לעסקה לשחרור החטופים הכוללת הפסקת אש וסיום המלחמה ממילא ידועים לאויב וצפויים להתפרסם לציבור. מכאן שאין טעמים טובים לאצול את הסמכות לוועדת השרים, ובוודאי לא לראש הממשלה או לגורם אחר.

היבט שלישי הוא הליך ההחלטה בנושא. החלטות שנעשות על-ידי ראש הממשלה אישית אינן מוסדרות בהליכים ובכללים ברורים. לעומת זאת, דיון בפני מליאת הממשלה נעשה בהתאם להסדרים שבתקנון הממשלה. הם כוללים חובה לאפשר לגורמי המקצוע, הן במערכת הביטחון והן במטה לביטחון לאומי, להציג את עמדתם המנומקת, ולהשיב לשאלות השרים. הם כוללים חובה לקבל ייעוץ משפטי לפני ההחלטה וייעוץ של גורמים אחרים. דיון בממשלה מאפשר להתחשב במגוון נקודות המבט הרלוונטיות והאינטרסים שעליהם מופקדים השרים השונים, ובכלל זה בתחומים כמו יחסי החוץ של ישראל, כלכלה, רווחה, חינוך ועוד. רק דיון במליאת הממשלה יאפשר התחשבות במכלול השיקולים הנוגעים בדבר, שיוצגו על-ידי השרים בהתבסס על עבודת הכנה של גורמי המקצוע במשרדים השונים. דיון בממשלה גם יניב פרוטוקול שיובא בפני הציבור. יתירה מכך, אף אם, בניגוד לעמדתנו, יתנהל הדיון בוועדת השרים לביטחון לאומי והפרוטוקול ישמר סודי בפני הציבור הרחב לעת עתה, הרי שניתן יהיה להעמידו בפני גופי ביקורת רלוונטיים ובעתיד ניתן יהיה לחושפו.

לבסוף, היבט רביעי הוא הנסיבות המיוחדות שבהן נמצאת מדינת ישראל. ראש הממשלה, שאמון על קידום האינטרס הציבורי, מצוי בניגוד עניינים בשל המשפט הפלילי המתנהל נגדו. יש לו אינטרס חזק במיוחד בשימור הקואליציה, שעלולה להתפרק אם יוחלט לאשר עסקה לשחרור החטופים ולסיום המלחמה. שיקולים אלה ודומים להם אינם שוללים את סמכותו ואת אחריותו של ראש הממשלה להיות מעורב באופן אינטנסיבי במגעים לגיבוש עסקה ובהצגת עמדתו בעניין, ככל שהיא מבוססת על שיקולים ענייניים. אך אלה שיקולים שבגינם יש להעדיף פרשנות שלפיה גם הסמכות להחליט לדחות את העסקה מסורה לממשלה ולא לראש הממשלה לבדו.

על יסוד כל השיקולים הללו, אנו סבורים שלפי הדין בישראל, לא רק החלטה לאשר עסקה לשחרור החטופים ולהפסקת אש במלחמה ברצועת עזה היא בסמכות הממשלה אלא גם קביעת מדיניות ישראל במשא ומתן והחלטה לדחות הצעה לעסקה ולהתנות בתנאים. ראש הממשלה אינו מוסמך, הוא לבדו או עם שר הביטחון, להכריע בעצמו לדחות הצעה לעסקה או להציב תנאים חדשים שלא נגזרים ממדיניות הממשלה ביחס לעסקה. ככל שתגובש עסקה, שראשי מערכת הביטחון יסברו, על יסוד שיקול דעתם המקצועי, שראוי לאשרה, מוטלת על ראש הממשלה החובה להביא את ההכרעה בעניין למליאת הממשלה. בנוסף לכך, יש להכיר בחובה המוטלת על הממשלה לפרסם את פרטי ההצעה, כדי לאפשר לציבור לבטא את עמדתו ביחס אליה.

לאור דחיפות העניין ולאור דפוס הפעולה שהתקבע בחודשים שחלפו מאז פרוץ המלחמה, אנו סבורים שמן ההכרח שהיועצת המשפטית לממשלה תשקול לגבש את עמדתה בנושא בדחיפות ותמסור את חוות דעתה לראש הממשלה ותפרסמה לציבור. הכרעה בעניין זה היא עניין שאינו הליכי פורמאלי גרידא. זהו עניין שעלול להשפיע על חייהם של החטופים ושל מאות ואלפי אנשים שעלולים חלילה להיפגע אם תידחה הצעה לעסקה שהרוב בממשלה תומך בה, אך לא ניתנה לו הזדמנות לממש את עמדתו בהחלטה מחייבת.

בכבוד רב ובברכה,

פרופ' ברק מדינה, ד"ר מיטל פינטו, ד"ר יאיר שגיא, יושבי-ראש משותפים
בשם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה