

## הפיקוח המשפטי הפנימי בשעת לחימה

מאת

יובל רויטמן\*

על רקע טענות בדבר עוצמתה המופרזת של הרשות השופטת, מאמר זה מבקש להסיט את המבט אל הרשות המבצעת. יסודו של מאמר זה בטענה כי הרשות המבצעת, ולא הרשות השופטת, היא שמחזיקה בעוצמה ייחודית בקרב שלוש רשויות השלטון העיקריות. בחלקו הראשון של המאמר אטען כי עוצמתה של הרשות המבצעת אינה מרוסנת די הצורך על ידי הביקורת החיצונית – השיפוטית והפרלמנטרית – במסגרת תורת הפרדת הרשויות. זאת ביתר שאת כשמדובר בתחומי הלחימה והביטחון, שיעמדו במוקד המאמר. על רקע זה אטען כי נודעת חשיבות לפיקוח הפועל בתוככי הרשות המבצעת, ובאופן קונקרטי – לפיקוח המשפטי הפנימי. בחלקו השני של המאמר אציג את ספרו של ג'ק גולדסמית<sup>1</sup> ממשל הטרור – משפט ושיקול דעת בממשל בוש<sup>1</sup>. אגב הדיון בספר אציג את מערך הפיקוח המשפטי הפנימי בממשל בוש ואת כישלוננו במסגרת הלחימה בטרור. שאלת המפתח הנדונה היא כיצד ניתן להבטיח שגופי הפיקוח המשפטי הפנימי ימלאו את תפקידם ולא יישברו כשמופעל עליהם לחץ על ידי הדרג הפוליטי והפקידותי הבכיר, בעיקר בתקופות לחימה. בחלקו השלישי והאחרון של המאמר אציג את מערך הפיקוח המשפטי הפנימי על רשויות הצבא בישראל הצגה ראשונית ואעלה כמה מחשבות באשר לתפקודו.

\* תלמיד לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב במסגרת מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים. בשנים 2002–2008 כיהנתי כפרקליט במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. האמור במאמר זה משקף את דעתי האישית. אני מבקש להודות לאורי אהרונסון, לאירית בלאס, לאיל בנבנשתי, לדפנה ברק-ארוז, לגרשון גונטובניק, ליוכי גנסיין, ליואב דותן, לאבי ליכט וליונתן נד"ב על הערותיהם מאירות העיניים. בנוסף, אבקש להודות ליעל רונן ולמערכת כתב העת "שערי משפט" על הערותיהם המועילות.

1 JACK GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY – LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION (2007).

## א. הפרדת הרשויות והפיקוח המשפטי הפנימי על הממשלה

### 1. על עוצמתה של הרשות המבצעת

מעט לעת נשמעות בשיח הציבורי והאקדמי בישראל טענות בנוגע לכוח העודף המופקד בידי הרשות השופטת.<sup>2</sup> למשל, נשמעה ביקורת על התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בעניינים ביטחוניים;<sup>3</sup> בעניינים חברתיים וכלכליים;<sup>4</sup> בעניין סמכותו להורות על ביטול חקיקה ראשית של הכנסת, אגב הדיון ב"מהפכה החוקתית".<sup>5</sup> המכנה המשותף לכל האמור הוא הטענה כי הרשות השופטת מחזיקה בעוצמה מופרזת ביחס לרשויות הפוליטיות הנבחרות, הממשלה והכנסת,<sup>6</sup> וביחס לביורוקרטיה הממשלתית.<sup>7</sup> מאמר זה יסודו בטענה שמבין שלוש רשויות השלטון העיקריות, הרשות המבצעת – ולא הרשות השופטת – היא המחזיקה בעוצמה ייחודית. היתרונות המוסדיים של הרשות המבצעת על פני הרשות השופטת והרשות המחוקקת, ובכלל זאת יכולתה לפעול

- 2 ראו לדוגמה רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000).
- 3 דפנה ברק-ארו ציינה כי "המערכת הצבאית והמערכת הפוליטית נוטות להתייחס בחשדנות ובביקורת לפסיקה שנתפסת כ'מצרה' את דרכיהן, או אף כמעכבת או מונעת פעילות חיונית". ברק-ארו מוסיפה כי בדיעבד אותם גורמים נוטים להסתמך על פסיקות בג"ץ כמקור המקנה לגיטימציה להחלטותיהם. דפנה ברק-ארו "בצבת של ציפיות סותרות" גלובס 1.6.2009. [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000454620](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000454620).
- 4 ראו לדוגמה זאב סגל ולילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי 273 (2008); תומר אביטל ומשה גורלי "האוצר בדרך לצמצם את כוחו של בג"ץ" כלכליסט 28.10.2010. [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3422058,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3422058,00.html).
- 5 ראו לדוגמה משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996). שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן הוביל קו ביקורתי כלפי הרשות השופטת בכלל וכלפי בית המשפט הגבוה לצדק בפרט. ראו לדוגמה דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9 (2007).
- 6 נטען בהקשר זה כי עוצמתה של הרשות השופטת אינה מצויה בהלימה למידת הלגיטימיות הפוליטית שלה (טיעון זה זכה לכינוי הקושי האנטי-רובני). ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1986).
- 7 הטענה היא כי הביורוקרטיה הממשלתית מחזיקה במומחיות ייחודית, המצדיקה את ריסון הביקורת השיפוטית על החלטותיה. ראו: CHRISTOPHER F. EDLEY JR., ADMINISTRATIVE LAW; ראו: RETHINKING JUDICIAL CONTROL OF BUREAUCRACY (1990). – טענה זו משתקפת במשפט המנהלי האמריקאי בפסק הדין המנחה בפרשת Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

במקצועיות, במהירות ובחשאי, מצדיקים להפקיד בידיה סמכויות נרחבות.<sup>8</sup> דברים אלו יפים ביתר שאת בישראל, שבה "בולטות מרכזיותה של הממשלה ועוצמתה במיוחד, בתחומים הפוליטיים והכלכליים [...] ובראש וראשונה משום האיום הבטחוני המתמיד והקצאת המשאבים הניכרת הנובעת ממנו".<sup>9</sup> גם תהליכי הפרטה והליברליזציה שהתרחשו בישראל לא גרעו מעוצמתה של הרשות המבצעת, כיוון שתחת מעורבות ישירה שלה בהספקת שירותים ומצרכים היא כעת מעורבת במשק בעקיפין כמֶאֶסְדֶר (רגולטור) של פעילות פרטית.<sup>10</sup>

## 2. חולשתה של דוקטרינת הפרדת הרשויות

התפיסה המקובלת היא כי עוצמת הרשות המבצעת מרוסנת על ידי הרשות המחוקקת והרשות השופטת במסגרת דוקטרינת הפרדת הרשויות בדפוס של "איזונים ובלמים".<sup>11</sup> דא עקא, שדוקטרינת הפרדת הרשויות מעוררת קשיים אנליטיים ומעשיים לא מבוטלים.<sup>12</sup> להלן אבקש להרחיב בנקודה זו תוך התמקדות בנעשה בישראל.<sup>13</sup>

- 8 יצחק זמיר עמד על כך כבר לפני כארבעים שנה בציינו: "בגלל היעילות היחסית של המינהל החלו מועברות לידיו יותר ויותר סמכויות, לא רק בתחום המינהל הטהור אלא גם בתחומי השפיטה והחקיקה, על חשבון התורה בדבר הפרדת הרשויות". יצחק זמיר "חקיקה מינהלית – מחיר היעילות" משפטים ד 63 (1973). ראו גם איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) ("למרות מאמצי הפרטה, גם כיום מעטים הם תחומי הפעילות שאינם נשלטים או לפחות מוסדרים על ידי רשות מינהלית זו או אחרת").
- 9 גד יעקבי הממשלה 23 (1980).
- 10 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005). על רקע זה יש המכנים את המדינה המודרנית "המדינה הרגולטורית" או "המדינה המנהלית". ראו Giandomenico Majone, *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, 22 WEST EUROPEAN POLITICS 1 (1999).
- 11 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 128 (כרך א – עקרונות יסוד, 2005) ("מאפיין יסודי שני של עקרון הפרדת הרשויות הוא הפיקוח ההדדי בין הרשויות וקביעת מנגנונים לאיזון ביניהן. מנגנונים מובהקים כאלה הם החלת ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות האחרות; ופיקוח הכנסת על הרשות המבצעת").
- 12 ראו Eoin Carolan, *The New Separation of Power: A Theory for the Modern State* (2009).
- 13 טענות דומות הועלו בנוגע לארצות הברית. ראו לדוגמה Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (2010); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *The Executive Unbound – After the Madisonian Republic* (2010). לסקירה השוואתית ראו Paul Craig & Adam Tomkins eds., *The Executive and Public Law* (2006).

בישראל הפרדת הרשויות אינה חלה כפשוטה. כבמשטרים פרלמנטריים אחרים המפלגות הפוליטיות בישראל נהנות ממעמד מרכזי, ומי ששולט במפלגה שולט במידה ניכרת גם בנציגייה בממשלה ובכנסת.<sup>14</sup> על רקע זה, ככל שהמדובר במערכת היחסים שבין הממשלה לכנסת, מתקיים במידה רבה משטר של "התכת רשויות".<sup>15</sup> ביטוי זה – שהורתו כבריטניה – מבטא את המידה הרבה שבה הרשות המחוקקת והרשות המבצעת שלובות זו בזו.<sup>16</sup> על פי טענה זו, בניגוד לתפיסה המקובלת, שעל פיה הרשות המחוקקת והרשות המבצעת נפרדות זו מזו, בישראל הרשות המחוקקת נשלטת במידה ניכרת על ידי הרשות המבצעת, באמצעות ההשפעה הניכרת שיש לשרי הממשלה, מנהיגי המפלגות החברות בקואליציה, על חברי הכנסת ממפלגתם. השפעה זו מתבטאת, בין היתר, במוסד המשמעת הסיעתית, שעל פיו כל חברי הסיעה ברשות המחוקקת נדרשים להצביע על פי הכרעת מנהיגי המפלגה, העומדים כאמור בראש הרשות המבצעת. הטענה היא כי בשל נאמנותם – מטעמים פוליטיים – של חברי המפלגה למנהיגייה, אין מתאפשרת ביקורת ממשית מצד הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת ועל העומד בראשה, ולרשות המבצעת השפעה ניכרת על התנהלות הרשות המחוקקת ועל עיצוב המדיניות הציבורית. על רקע זה נטען כי בפועל הריבונות מסורה לרשות המבצעת.<sup>17</sup> בלשונו של החוקר הבריטי אנתוני קינג (Anthony King), "הממשלה נבחרת כדי למשול; זה הוא תפקידה; זה הוא מה שהיא נבחרת

- Eyal Benvenisti, *Party Primaries as Collective Action with Constitutional Ramification*: 14  
 איל בנבנשתי ומיכל גינוסר-נוי; *Israel as a Case Study*, 3 THEORETICAL INQ. L. 175 (2002)  
 "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת והשפעתן על הדמוקרטיה בישראל"  
 משפט וממשל ז (2004). מעמד מיוחד שמור לראש הממשלה, הנהנה באופן אישי מהשפעה  
 מכרעת על תהליכי קבלת ההחלטות בממשלה ובכנסת. דיון בסוגיה זו חורג מגדר המאמר  
 הנוכחי.
- WALTER BAGEHOT, *THE ENGLISH CONSTITUTION* 65–68 (1977). משמעות הטענה כי 15  
 מתקיים בישראל במידה רבה משטר של "התכת רשויות" בין הרשות המבצעת לרשות  
 המחוקקת היא כי רשויות אלה אינן נפרדות זו מזו, ותהליך קבלת ההחלטות בשתי הרשויות  
 נשלט על ידי אותם בעלי תפקידים. בישראל, כאמור בגוף הטקסט, עיקר ההשפעה מסורה  
 לראש הממשלה ולשרים המרכזיים, מנהיגי המפלגות העיקריות החברות בקואליציה. אעיר כי  
 נפקויות טענה זו, שעל פיה בישראל מתקיימת "התכת רשויות" בין הממשלה לכנסת הן  
 רחבות, ויש בהן כדי להשפיע על כמה דוקטרינות משפטיות, כדוגמת הריסון השיפוטי הניכר  
 בביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים או דוקטרינת ההסדרים הראשוניים.
- הבנה זו היא תרומתו העיקרית של ולטר בגהוט (BAGEHOT) בספרו, שם. כן ראו ANTHONY 16  
 KING, *THE BRITISH CONSTITUTION* 15 (2007).
- Alexandra Kelso, *Parliament*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF BRITISH POLITICS* 221, 223 17  
 (Matthew Flinders, Andrew Gamble, Colin Hay & Michael Kenny eds., 2010)

לעשות; זה מה שהציבור מצפה ממנה לעשות; ייתכן כי היא איננה, בלשונו של דייסי, 'הריבון', אך היא מוקד הסמכות ההכרחי בקרב רשויות השלטון".<sup>18</sup>

נוסף על כל האמור, הסמכויות הפורמליות המוקנות לחברי הכנסת בבואם לפקח על הרשות המבצעת מוגבלות.<sup>19</sup> גם בתחומים שבהם מוקנות סמכויות פיקוח פורמליות, נכונות חברי הכנסת לפקח על הרשות המבצעת היא מוגבלת. חברי הכנסת אינם נכונים להשקיע את המאמצים הנדרשים לשם פעילות פיקוח רצינית ואפקטיבית. התועלת הפוליטית הגלומה בפעילות מסוג זה אינה ברורה. בנוסף, מתעורר ספק באשר ליכולת המקצועית של חברי הכנסת להפעיל ביקורת אפקטיבית על הממשלה במציאות שבה תחומי העיסוק הופכים מקצועיים יותר ומורכבים יותר.<sup>20</sup> לבסוף, פיקוח הכנסת עניינו בראש ובראשונה בשאלות של מדיניות ולא בחוקיות פעולות הממשלה. כל האמור מטיל ספק באפקטיביות של פיקוח הכנסת על הממשלה.<sup>21</sup>

גם האפקטיביות של הפיקוח השיפוטי על הממשלה בישראל אינה חד-משמעית, כפי שאולי נדמה ממבט ראשון.<sup>22</sup> אמנם פסקי הדין של בתי המשפט ובעיקר של בית המשפט העליון נהנים לעתים מתהודה ציבורית רבה.<sup>23</sup> כמו כן לרשות השופטת מעמד מרכזי בבסיס תורת הזכויות במשפט הישראלי ובבסיס התשתית הדמוקרטית של המשטר בישראל וביצורה. עם זאת מידת השפעתה בפועל של הרשות השופטת על המדיניות הציבורית

- 18 KING, לעיל ה"ש 16, בעמ' 41.
- 19 חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה – תמונת מצב והצעה לרפורמה (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009).
- 20 מנגד ראו הקמתו של מרכז המידע והמחקר בכנסת, שהוקם כגוף מקצועי ומבוסס ידע על מנת לסייע לחברי הכנסת במילוי התפקידים המוטלים עליהם.
- 21 בישראל לא זו בלבד שהכנסת אינה אפקטיבית די הצורך בפיקוח על הרשות המבצעת, אלא שלרשות המבצעת ובעיקר לממשלה מעמד מכריע בהליכי החקיקה. תחנה מכרעת בקידום חקיקה היא ועדת השרים לחקיקה. ללא תמיכת ועדה זו סיכוייה של הצעת חוק, פרטית או ממשלתית, להבשיל לחקיקה מחייבת – נמוכים. על אף המעמד המרכזי של ועדת השרים לחקיקה בהליכי החקיקה היא איננה במוקד תשומת הלב הציבורית או האקדמית. גם פעילותה של מחלקת הייעוץ והחקיקה שבמשרד המשפטים, המלווה את ועדת השרים לחקיקה, אינה באור הזרקורים. לרשות המבצעת מעמד בהליכי החקיקה המתנהלים בכנסת. מעמד זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בתקנון הכנסת, השזור לכל אורכו בהוראות המעניקות מעמד ייחודי לממשלה בהליכי החקיקה, לרבות לעניין קיצור לוחות הזמנים להעברתו של חוק.
- 22 ראו אייל גרוס "מיתוס ההתערבות: להחליף את היסטוריית בג"ץ בדיון ענייני בלוג המשתה – אייל גרוס 12.12.2007 <http://aeyalgross.com/blog/?p=39250>.
- 23 זאת בין היתר הודות לכיסוי התקשורתי הנרחב שלו זוכות החלטות בתי המשפט, ובעיקר החלטות בית המשפט העליון.

בתחומים השונים שנויה במחלוקת.<sup>24</sup> בתי המשפט דנים במספר מוגבל של החלטות מנהליות מדי שנה. מרבית ההחלטות המנהליות אינן מובאות לפתחם של בתי המשפט.<sup>25</sup> בנוסף, ה"אפקט" של פסקי הדין אינו חד-משמעי. מידת ה"חלחול" של פסקי הדין בקרב גופי הרשות המבצעת משתנה מתחום לתחום, ופעמים רבות השפעת בית המשפט מוגבלת לתיק הספציפי שנדון בפניו.<sup>26</sup> ההנחה שפסקי הדין של בתי המשפט, ובעיקר של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ), מנחים את רשויות השלטון בפעולותיהם השוטפות, החורגות מעבר לתיק הנדון, לא נבחנה די הצורך. בהקשר זה נאמר כבר כי "המיתוס לגבי כוחו של בית המשפט גדול 'בכמה מידות' על המציאות".<sup>27</sup> כמו כן, בהקשרים שונים נוהג בית המשפט בריסון הבא לידי ביטוי בקשת רחבה של דוקטרינות שיפוטיות, כדוגמת "מתחם הסבירות". הריסון השיפוטי בא לידי ביטוי גם בהימנעות בתי המשפט מלחלוק, ככלל, על התמונה העובדתית המוצגת על ידי נציגי הרשות המבצעת.<sup>28</sup> בנוסף, יש הטוענים כי לצד השימוש הגובר ברטוריקה של זכויות ולצד הרחבת ארסנל כלי ההתערבות השיפוטית, בתי המשפט נוקטים בפועל גישה מרוסנת ושמרנית.<sup>29</sup> אפשר להניח

- 24 אינני עוסק כאן בשאלת מידת הציות של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לפסקי דין של בתי המשפט. זאת שאלה נפרדת, המחייבת דיון עצמאי ומעמיק במיוחד על רקע הטענות כי הרשות המבצעת בישראל אינה מקיימת צווים שיפוטיים. ראו אדם שנער "קולות של אנרכיה" פרויקט דמוקרטיה 28.9.2010, <http://tinyurl.com/6zmnsqj>, וההפניות שם.
- 25 היקף התיקים הנדון בבתי המשפט מושפע מאופיים הפסיבי. בשיטת המשפט בישראל בתי המשפט תלויים בהגשת עתירות ואינם יכולים ליזום נקיטת הליך משפטי. בנסיבות אלו, בשם לב לעלות ההתדיינות המשפטית ולמשאבים המוגבלים המצויים בידי הציבור הרחב ובידי ארגוני החברה האזרחית, היקף הסוגיות המונחות לפתחם של בתי המשפט הוא מוגבל, להבדיל מגופי פיקוח אחרים, הרשאים לפעול באופן אקטיבי לביורור סוגיה כזו או אחרת.
- 26 השוו דפנה ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות: בין דילמת השפיטות לדילמת האזרחות" מחקרי משפט כב 261, 227 (2006) ("שאלה נוספת שמתעוררת היא, באיזו מידה הביקורת השיפוטית האינטנסיבית על החלטות פוליטיות היא אכן אפקטיבית מבחינת מידת השפעתה על דרכי התנהלותם של גופי השלטון והפוליטיקאים במדינת ישראל").
- 27 שם, בעמ' 264. ראו גם דפנה ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח 369 (1999).
- 28 אחד הטעמים המובילים לכך הוא היעדר כלים דיוניים המאפשרים לעותרים לערער את התמונה העובדתית המוצגת בבית המשפט על ידי נציגי הרשות המבצעת. ראו אליעד שרגא ורוני שחר המשפט המינהלי – סדרי הדין והראיות בבג"צ (2010).
- 29 מנחם מאוטנר טוען בהקשר זה כי "אין זה מן הנמנע כלל שבמבט היסטורי, ארוך שנים, ייזכר פסק הדין בפרשת בנק המזרחי כנקודת מפנה במשפט הישראלי, שהחל ממנה הפך בית המשפט העליון שמרני בכל הנוגע בהגנתו על זכויות היסוד של האזרח". מנחם מאוטנר "מהומה על לא מאומה" עורך הדין 1, 64 (2008).

כי חלק מהריסון השיפוטי הנתען נובע מחשש מתגובת הנגד הצפויה של הכנסת, של הממשלה ושל שחקנים חברתיים אחרים.<sup>30</sup>

סוגיית הפיקוח מסתבכת עוד יותר כשמביאים בחשבון שהרשות המבצעת אינה עשויה מקשה אחת. נהוג להבחין, בהקשר זה, בין הדרג המיניסטרילי, שהוא דרג נבחר, לבין המנהל הציבורי, שהוא דרג ממונה. יש אף המכנים את המנהל הציבורי, במובחן מהדרג המיניסטרילי, "הרשות הרביעית".<sup>31</sup> יתרה מכך, המנהל הציבורי עצמו מורכב מגופים שונים הנהנים מרמה שונה של עצמאות ביחס לדרג המיניסטרילי. התפיסות המסורתיות של הפיקוח על הרשות המבצעת, שהניחו כי מדובר בגוף יחיד והומוגני, איבדו במידה רבה מהרלוונטיות שלהן. מכל האמור עולה כי כוחה של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת לפקח על הרשות המבצעת הוא מוגבל. יפים בהקשר זה דבריהם של בנבנשתי ושגיא, כי "מנגנוני הבקרה החיצוניים של רשויות המינהל כוללים את הרשות המחוקקת והרשות השופטת. מדובר בשני מעגלים שיעילותם מוטלת בספק".<sup>32</sup>

דברים אלו מקבלים משנה תוקף כשעוסקים בפיקוח על פעילותה של הרשות המבצעת בתחום הביטחון, שבו נהנים הממשלה והצבא מעוצמה רבה במיוחד, ויתרונותיה המוסדיים של הרשות המבצעת, ובכלל זאת היכולת לפעול בנחישות, בחשאיות וביעילות, בולטים

30 תופעה המכונה Backlash. ראו Alison Gash, *In Due Time: The Courts and Backlash*. MICAHEL J. KLARMAN, FROM כן ראו <http://escholarship.org/uc/item/6vk059sx> (2005). THE COLSET TO THE ALTAR: COURTS, BACKLASH AND THE STRUGGLE FOR SAME-SEX MARRIAGE (2012). במקרים רבים בתי המשפט הם המגן האחרון של האינטרס הציבורי מפני השפעות של קבוצות אינטרס פרטי שהן בעלות משאבים רבים ועוצמה לא מבוטלת. לקבוצות אלו אינטרס להרתיע את בתי המשפט מפני מעורבות-יתר בתהליכי קביעת המדיניות הציבורית. למשל, בשנים האחרונות אנו עדים למקרים שבהם בית המשפט "מוזהר" מבעוד מועד לבל יתערב בהחלטה מסויימת, שאם יעשה כן תפגענה הרשויות הפוליטיות בסמכויות המסורות לו. מורן אזולאי ואביעד גליקמן "ח"כים בימין: שבג"ץ לא יעז לבטל את חוק החרם" *Ynet* 13.7.2011. קשה להעריך את מידת האפקטיביות של "אזהרות" אלו.

31 Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633 (2000). חוקי היסוד בישראל אינם עורכים הבחנה כאמור בין הדרג המיניסטרילי לבין הדרג הפקידותי. סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". סעיף 3(א) לחוק היסוד קובע כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים". נדמה כי במסגרת המפעל החוקתי הישראלי, יש מקום לבחון את הצורך בחקיקתו של חוק-יסוד: שירות המדינה, שיתן ביטוי למאפיינים הייחודיים של הדרג הפקידותי.

32 בנבנשתי ושגיא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 123. לדבריהם, הפתרון לכשלי הפיקוח החיצוני טמון ב"מעגלי פיקוח פנימיים" המוגדרים על ידיהם "השתתפות ציבורית הוגנת ואפקטיבית בהליכי קבלת ההחלטות ברשויות המינהל למיניהן". לטעמי, יש לראות בשיתוף הציבור משום מנגנון פיקוח חיצוני.

במיוחד.<sup>33</sup> בתחום זה המגבלות הפורמליות על פעולות הממשלה מועטות במיוחד. הכנסת ממעטת להסדיר תחום זה בחקיקה ראשית, מתוך כוונה לשמר בידי הממשלה גמישות מרבית. בנוסף, חלק ניכר מפעולות הממשלה בתחום זה נעשות מכוח הוראות המשפט הבין-לאומי ומכוח סמכותה השיורית של הממשלה לפי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. כמו כן, סמכויות נרחבות ומרחיקות לכת מסורות לממשלה מכוח חקיקת החירום הרחבה.<sup>34</sup> גם סמכויות פורמליות המסורות לכנסת, לפיקוח על פעולות הרשות המבצעת בשעת חירום, אינן באות לכדי ביטוי ממשי.<sup>35</sup> בכל הנוגע לפיקוח מצדה של הרשות השופטת, הרי שבית המשפט העליון בישראל עושה מאמץ לקיים פיקוח שיפוטי בתחומי הביטחון והלחימה, ונדמה כי הרחיב את הפיקוח על פעילות צה"ל בשנים האחרונות.<sup>36</sup> הנשיאה ביניש ציינה בעניין זה כי "הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת היא מתפקידו החשובים של בית המשפט והוא אינו יכול ואינו רשאי להתנער מתפקידו זה גם במצב חירום, במצבי לחימה

33 השוו: JOHN YOO, LAW BY OTHER MEANS: AN INSIDER'S ACCOUNT OF THE WAR ON TERROR 162 (2006).

34 מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 373 (2002).

35 דוגמה אחת מיני רבות היא ההכרזה על מצב החירום. סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי הסמכות להורות על קיומו של מצב חירום מסורה לכנסת. בפועל ההכרזה על מצב החירום בישראל נכנסה לתוקף בסמוך לאחר הקמת המדינה, והיא עומדת על מכונה מאז ועד היום. גם שינוי שחל בחוק יסוד: הממשלה, שקבע כי יש לאשרר מחדש ההכרזה על קיום מצב חירום אחת לשנה, לא הוביל להגברת הפיקוח הפרלמנטרי. השוו: יובל יועז "מצב חירום. 57 שנים. ולא רואים את הסוף" הארץ 19.6.2005 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/589477.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/589477.html).

36 ראו לדוגמה בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (בעניין שאלת עמידת ישראל בחובותיה על פי המשפט ההומניטרי במסגרת הלחימה ברצועת עזה במהלך מבצע "קשת בענן"); בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס(3) 67 (2005) (בעניין חוקיות נהל "אזהרה מוקדמת"); בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נז(4) 193 (2003) (בעניין השימוש בפגזי טנק מסוג "פלאשט"). ועדת טירקל התייחסה לכך, בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקיות הסגר שהוטל על רצועת עזה, בציינה: "גורמים ישראליים רשמיים נדרשו לא אחת להגן על עמדתם בפני בית המשפט העליון, ובמסגרת ההתדיינות ניתנה לשני הצדדים הזדמנות לשתוח את טענותיהם. כתוצאה מכך, פעלו – ופועלים – גורמים ישראליים בידיעה כי המדיניות שהנהיגו ויישמו נבחנה, ותיבחן, על-ידי בית משפט עצמאי במדינה דמוקרטית, בה פועלים, בין היתר, ארגוני זכויות אדם רבים המביאים סוגיות אלה לפתחו. אכן, יש להצטער על כך שרבות מן הביקורות הנשמעות על מדיניות ישראל ביחס לרצועת עזה אינן מביאות בחשבון את התפקיד החיוני והישיר שמערכת המשפט הישראלית ממלאת כדי להבטיח שפעולות ממשלת ישראל מקיימות את דרישות שלטון החוק". ועדת טירקל, להלן ה"ש 111, בעמ' 87.



ואף במהלך ההתמודדות רבת השנים עם ארגוני הטרור.<sup>37</sup> עם זאת, המאפיינים המוסדיים של הרשות השופטת מגבילים את אפקטיביות הפיקוח השיפוטי בתחומים אלו. חלק הארי של הפעולות המבוצעות על ידי צה"ל, ודאי בעת לחימה, נמצא מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית של בית המשפט, מטעמים מעשיים ומוסדיים.<sup>38</sup> ביטוי מובהק לכך הוא העובדה שלמיטב הבדיקה, במהלך מבצע "עופרת יצוקה" לא הוגשו ולא נדונו עתירות נגד פעולות מבצעיות של צה"ל ברצועת עזה.<sup>39</sup> חריג (מוגבל) לכך הן העתירות בבג"ץ רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה.<sup>40</sup> אלא שגם עתירות אלו לא עסקו באופן ישיר בלחימה אלא דנו במצב ההומניטרי ברצועת עזה כפועל יוצא מהלחימה.

מהאמור לעיל מצטיירת תמונה שבה הממשלה בישראל נהנית מעצמה רבה, בעיקר בתחום הביטחון ובשעת לחימה. התפיסה המקובלת היא כאמור כי עוצמה זו מפוקחת על ידי הכנסת ועל ידי בתי המשפט. הלכה למעשה, בשל המאפיינים המוסדיים של גופים אלו, הפיקוח לוקה בחסר. טענה זו מעוררת את השאלה כיצד אפשר להפקיד בידי הממשלה עצמה מספקת שתאפשר לה לקדם את האינטרס הציבורי, ובה בעת לפקח על פעילותה כדי להבטיח שלא תשתמש לרעה בעוצמה הרבה שנמסרה לה. להלן אבקש לטעון כי אחד

37 דורית ביניש "שלטון החוק בתקופת לחימה" משפט וצבא 17, 19, 22 (התשס"ד). במסגרת דוח הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (שזכתה לכינוי "ועדת וינוגרד") הוצגה דעה שונה, שעל פיה יש לצמצם את הפיקוח המשפטי תוך כדי לחימה. הדיון במתח בין גישות אלו חורג מגדרו של המאמר הנוכחי.

38 מתעוררת השאלה אם המחסור בביקורת השיפוטית בשעת לחימה הוא עניין מוסדי שנובע ממבנה הליך הביקורת השיפוטית, או עניין הטבוע באופיו של הפיקוח המשפטי, יהיה המוסד שמקיים אותו אשר יהיה. זאת בין היתר על רקע הדינמיות של המשפט הבין-לאומי, המסדיר פעולות הלחימה, והיעדר אורגן בין-לאומי, בעל סמכות לפרש את הנורמות הקיימות ולאכפן בצורה סמכותנית. הדיון בשאלה סבוכה זו חורג מגדר מאמר זה. נקודת המוצא של המאמר היא כי אפשר לקיים פיקוח משפטי גם בעת לחימה, וכי במסגרת זו גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי הם בעלי תפקיד מרכזי.

39 ביום 30.1.2011 נבדקו, באמצעות אתר בית המשפט העליון, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il), כל ההחלטות שהתקבלו מיום 20.12.2008 ועד ליום 30.1.2009. הבדיקה העלתה מספר מוגבל של עתירות שהוגשו במהלך תקופת הלחימה, אך עתירות אלו לא עסקו בפעולות לחימה. ראו בג"ץ 9910/08 התאחדות כתבי החוץ בישראל נ' אלוף פיקוד דרום (פורסם בנבו, 2.1.2009); בג"ץ 643/09 התאחדות כתבי החוץ בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום (פורסם בנבו, 25.1.2009) (בעניין כניסת כתבים זרים לרצועת עזה); בג"ץ 289/09 עטאר נ' צבא הגנה לישראל (פורסם בנבו, 25.1.2009) (בעניין בקשת מידע על מי שנעצר במהלך המבצע).

40 בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 19.1.2009)

הרכיבים העיקריים בריסון כוחה של הממשלה הוא הפיקוח הפועל בתוככי הרשות המבצעת.<sup>41</sup>

### 3. הפיקוח המשפטי הפנימי

הדיון המקובל בפיקוח על הרשות המבצעת מדגיש את הפיקוח החיצוני, השיפוטי והפרלמנטרי. בפועל אפשר לזהות סוג פיקוח נוסף – הפיקוח שמבצעים פקידי הרשות המבצעת, הנעשה בתוככי הרשות המבצעת.<sup>42</sup> לכאורה פיקוח מסוג זה משול לאותו אדם השקוע ברוץ ומבקש לחלץ עצמו באמצעות משיכה בשערות ראשו. הכיזד יכולה הרשות המבצעת לפקח על עצמה? אך לא כך הוא. אין להסתכל על הרשות המבצעת כגוף אחד אלא כמקבץ של גופים. בידי חלק מאותם גופים הסמכות לפעול ולבצע. לאחרים הסמכות לפקח על הביצוע. לדפוס פיקוח זה חשיבות מכרעת בריסון העוצמה המסורה לגופי הרשות המבצעת. הפיקוח המנהלי-הפנימי הוא בעל חשיבות הן כאמצעי עצמאי להגבלת כוחה של הרשות המבצעת<sup>43</sup> והן כאמצעי המסייע לגופי הפיקוח החיצוניים לקיים את תפקידם.<sup>44</sup> הפיקוח המנהלי-הפנימי הוא בעל פנים רבות. במסגרת מאמר זה אבקש להתמקד בפן אחד – הפיקוח המשפטי-הפנימי. אפשר לזהות קשת רחבה של גופי פיקוח פנימיים הפועלים על יסוד אמות מידה משפטיות. לדוגמה, בישראל הפיקוח המשפטי-הפנימי על גופי הרשות המבצעת הוא אחד התפקידים העיקריים של היועץ המשפטי לממשלה. תפקיד זה נגזר בין היתר מכך ש"היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי

41 יודגש כי רכיב מרכזי בריסון עצמתה של הרשות המבצעת בישראל הוא מבנה המשטר הקואליציוני. במילים אחרות, הצורך לכונן ולשמר קואליציה של כמה מפלגות עשוי בנסיבות מסוימות לרסן את כוחה של הרשות המבצעת.

42 השוו: CHRISTOPHER HOOD, LOVER JAMES, GEROGE JONES, COLIN SCOTT & TONY TRAVERS, REGULATION INSIDE GOVERNMENT – WASTE-WATCHERS, QUALITY POLICE, AND SLEAZEBUSTERS (1999). קיימים דפוסי פיקוח נוספים, ובמיוחד פיקוח המבוצע על ידי הציבור הרחב בדרכים שונות. ראו בנבנשתי ושגיא, לעיל ה"ש 8.

43 ביניש התייחסה לפיקוח הפנימי בציינה: "ידענו – אנחנו אנשי הייעוץ המשפטי והפרקליטות – כמה פעולות פוגעניות כלפי האוכלוסיה האזרחית נמנעו [...] בזכות הייעוץ המשפטי שקדם לקבלת החלטות אופרטיביות רבות". ביניש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 25.

44 דוגמה אחת למגמה זו היא הסתמכות בית המשפט הגבוה לצדק על פעילות מחלקת הבג"צים שבפרקליטות המדינה כגוף מפקח מטעמו. השוו: Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice* *During the Intifada*, 33 L. & SOCI. REV. (1999). מערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין גופי הפיקוח המנהלי-הפנימי היא סבוכה ומורכבת.

הרשות המבצעת".<sup>45</sup> עמדה על כך דפנה ברק-ארז, בצינה כי "הייחוד של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה [הוא בכך] שבקביעת עמדתו, הוא חייב לשוות לנגד עיניו גם את האינטרס הציבורי הרחב. אין הוא רק 'עורך הדין' של הממשלה, אלא חייב חובת נאמנות לשלטון-החוק במובנו המהותי".<sup>46</sup> היועץ המשפטי לממשלה אינו פועל לבדו. הפיקוח המשפטי-הפנימי מבוצע על ידי כמה וכמה גופים נוספים, ובהם מחלקת הייעוץ והחקיקה שבמשרד המשפטים; פרקליטות המדינה ובפרט מחלקת הבג"צים שבה; היועצים המשפטיים במשרד הממשלה השונים. כל אלו נמנים עם השירות המשפטי הציבורי, ובמסגרת תפקידם עליהם לפעול "למען העיקרון של שלטון החוק, במובן הכולל גם את ערכי היסוד של החברה בישראל".<sup>47</sup> יצחק זמיר התייחס לתפקידו הפיקוחי של היועץ המשפטי לממשלה בכתבו את הדברים החשובים האלה:

"בית המשפט הוכיח את עצמו כבלם יעיל ומכובד בפני השימוש לרעה בכוח השלטון. אולם, בית-המשפט אינו אלא בלם חיצוני [...]. היועץ המשפטי לממשלה פועל כבלם פנימי של הממשלה. הוא מקיים נוכחות, באמצעות הרשת של היועצים המשפטיים של משרד הממשלה, בכל משרד ממשלתי; על פי רוב, יש לו מידע על ההחלטות הצפויות במישור הממשלתי, לפחות בעניינים בעלי חשיבות או רגישות מיוחדת; והוא עשוי לפעול, בעצם הוא אמור לפעול, ביוזמתו הוא, כדי למנוע פעולה בלתי חוקית מצד רשות ממשלתית כלשהי. בדרך זו הוא יוצר את קו הגנה ראשון לשלטון החוק, המאפשר לבית המשפט לפעול כקו הגנה שני. זה הוא תפקיד

45 בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1997). סאנדס טען בהקשר זה כי עורכי הדין הם שומרי החוקתיות והחוקיות, וכי יש להם מחויבות להבטיח ששלטון החוק מקיים. PHILIPPE SANDS, TORTURE TEAM – RUMSFELD'S MEMO AND THE BETRAYAL OF AMERICAN VALUES 26 (2008).

46 דפנה ברק-ארז "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 219 (1996). דוגמה מובהקת למחויבות היועץ המשפטי לממשלה לשלטון החוק אפשר לראות בפעילותו המעשית של יצחק זמיר כיועץ המשפטי לממשלה ובכתיבתו האקדמית. ראו יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 411, 412 (1986) ("היועץ המשפטי לממשלה ניצב מול הממשלה, כאילו היה כלב שמירה, להגן על שלטון החוק במובן הרחב שלו, שהוא לב ליבה של הדמוקרטיה. מצד זה הוא חייב נאמנות, בראש ובראשונה, לחוק. אם שתי הנאמנויות האלו מתנגשות, הנאמנות לממשלה מזה והנאמנות לחוק מזה, יד החוק על העליונה"); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 451 (יצחק זמיר עורך, 1993). כן ראו אברהם וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג 85 (1996).

47 יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" בספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 53, 68 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

חשוב, במיוחד בישראל, בה המערכת של בלמים ואיזונים אינה מפותחת די צורכה".<sup>48</sup>

דוקטרינת הפרדת הרשויות מייחסת משקל רב לפיקוח השיפוטי החיצוני שמפעילה הרשות השופטת. לפיכך, על אף החשיבות העצומה של גופי הפיקוח המנהלי-הפנימי והשפעתם הניכרת על תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המבצעת, העיסוק האקדמי והציבורי בהם הוא חלקי.<sup>49</sup> ייתכן כי אחת הסיבות לכך היא שפעילותם של גופים אלו נחשפת אך מעט לציבור. מערכת היחסים בין גופי הביצוע לבין גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי נותרת לרוב בעלטה. בה בעת שאלות רבות באשר לגופים אלו ראויות לבירור מעמיק, בין היתר על רקע ההשפעה הרבה שיש לגופי הפיקוח המשפטי-הפנימי על תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המבצעת. אחת משאלות אלו היא כיצד אפשר להבטיח שגופי הפיקוח המשפטי-הפנימי ימלאו את תפקידם ולא יישברו תחת לחץ פסול, שאפשר שיופעל עליהם על ידי הדרגים הפוליטי והפקידותי הבכירים. זאת, בנסיבות שבהן אלו מבקשים לקדם את המדיניות הרצויה בעיניהם גם אם אינה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי או עם הוראות הדין. ספרו של ג'ק גולדסמית' (Jack Goldsmith), שאליו נפנה כעת, הוא בגדר הזדמנות ייחודית לבחון את תפקודם של גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי בארצות הברית, וזאת בשעת מבחן של האומה האמריקאית – ראשיתה של המלחמה בטרור בעקבות אירועי האחד-עשר בספטמבר 2001.<sup>50</sup>

## ב. המערך המשפטי בממשל בוש במהלך הלחימה בטרור

### 1. הרקע לכתיבת הספר

ג'ק גולדסמית', פרופסור למשפטים באוניברסיטת הרוורד שבארצות הברית, נחשב לאחד המשפטנים הבולטים במחנה השמרני בארצות הברית. הוא אף כונה בעיתונות האמריקאית

48 יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שרות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידין 47, 54-55 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990).

49 בישראל מוכרים מחקריו של יואב דותן על מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. ראו Dotan, לעיל ה"ש 44. בנוסף, קיימת כתיבה לא מבוטלת על מוסד היועץ המשפטי לממשלה. לעומת זאת עד כה, למיטב הידיעה, לא נערך מחקר דומה על מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים או על הלשכות המשפטיות במשרדי הממשלה השונים.

50 כידוע, ביום זה התבצעה בארצות הברית מתקפת טרור על ידי חברי ארגון אל-קעידה, שבה נרצחו אלפי בני אדם. בעקבותיה פתחה ארצות הברית במה שזכה לכינוי "המלחמה העולמית בטרור".

"אחד הכוכבים הזוהרים ברקיע השמרני".<sup>51</sup> בחודש אוקטובר 2003 מונה גולדסמית' על ידי הנשיא בוש לתפקיד ראש מחלקת הייעוץ המשפטי (Office of Legal Counsel, OLC) במשרד המשפטים האמריקאי. כמפורט להלן, זה הוא אחד התפקידים הבכירים במשרד המשפטים, המופקד על תחום הייעוץ המשפטי וכפוף במישרין לתובע הכללי של ארצות הברית (ה־Attorney General). בחלוף תקופה קצרה התפטר גולדסמית' מתפקידו. בדיעבד התברר כי התפטר בגלל חילוקי דעות באשר למדיניות המשפטית בתחום הלחימה בטרור.<sup>52</sup> סמוך לאחר פרישתו מונה גולדסמית' לכהונה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת הרוורד. המינוי עורר ביקורת עזה.<sup>53</sup> חלק ממרצי הפקולטה התנגדו למינוי וטענו כי היה מקום לבחון באופן מעמיק יותר את פעילותו של גולדסמית' בממשל בוש. בחלוף כשנתיים, בתחילת שנת 2006, פורסם בעיתונות הארצית כי בעת כהונתו ב־OLC תפקד גולדסמית' "כדמות המרכזית במרד סודי אך נמרץ מצד חוג מצומצם של עורכי דין בממשל בוש",<sup>54</sup> אשר ביקש לבחון מחדש את חוות הדעת המשפטיות שהכשירו את שיטות החקירה ואיסוף הנתונים ששימשו בממשל בוש. בהמשך ישיר לכך פורסם ספרו של גולדסמית', שהוא בבחינת ניסיון ליתן מענה מקיף למבקריו, כמו גם דין וחשבון על פעולותיו בעת כהונתו בממשל בוש ועל סיום כהונתו בחלוף תקופה קצרה.<sup>55</sup> הספר מספק הצצה נדירה אל תוך תהליך קבלת

- 51 Jeffrey Rosen, *Conscience of Conservative*, NEW YORK TIMES 9.9.2007 [www.nytimes.com/2007/09/09/magazine/09rosen.html](http://www.nytimes.com/2007/09/09/magazine/09rosen.html). כתיבתו האקדמית עסקה בין היתר בביקורת על ההשפעה ההולכת וגוברת של המשפט הביין-לאומי על המשפט האמריקאי, סוגיה המפלגת את הקהילה המשפטית בארצות הברית בשנים האחרונות. ראו JACK L. GOLDSMITH & ERIC A. POSNER, *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW* (2005).  
52 ההודעה הפורמלית על ההתפטרות שפורסמה על ידי משרד המשפטים: [www.justice.gov/opa/pr/2004/June/04\\_ag\\_418.htm](http://www.justice.gov/opa/pr/2004/June/04_ag_418.htm).  
53 Marcella Bombardier, *Harvard Hire's Detainee Memo Stirs Debate*, BOSTON GLOBE A1 Dec. 9, 2004, [www.boston.com/news/education/higher/articles/2004/12/09/harvard\\_hires\\_detainee\\_memo\\_stirs\\_debate/?page=2](http://www.boston.com/news/education/higher/articles/2004/12/09/harvard_hires_detainee_memo_stirs_debate/?page=2).  
54 Daniel Klaidman, Evan Thomas & Stuart Taylor Jr., *Palace Revolt*, NEWSWEEK 6.2.2006 [www.newsweek.com/2006/02/05/palace-revolt.html](http://www.newsweek.com/2006/02/05/palace-revolt.html). כך גם נכתב כי גולדסמית' שימש "אוזן קשבת" לעורכי הדין במשרד המשפטים שהתעוררו אצלם ספקות בנוגע למדיניות שננקטה על ידי ממשל בוש ללחימה בטרור.  
55 בה בעת קיימת תחושה כי האופן שבו גולדסמית' מציג את השתלשלות האירועים ואת מעורבותם של אישים שונים בתהליך קבלת ההחלטות מושפעת במידה רבה ממיקומו האישי בתהליכי קבלת ההחלטות באותה העת. לדוגמה, פיליפ סאנדס, שאליו אתייחס בהמשך, מציין כי גולדסמית' התעלם מתפקידו של ג'ים היינס, היועץ המשפטי של משרד ההגנה, בגיבוש מדיניות ממשל בוש בתחום החקירות באותה העת. SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 218. סאנדס טוען כי להיינס, שהיה מקורבו של דייוויד אדינגטון, היועץ המשפטי של סגן הנשיא, היה חלק פעיל ומכריע בגיבוש מדיניות ממשל בוש בתחום החקירות. באירוניה דקה הוא מציין כי ייתכן

ההחלטות בממשל האמריקאי במסגרת הלחימה בטרור. חשיבותו בכך שנכתב על ידי "איש מבפנים", אחד האנשים הבכירים במשרד המשפטים האמריקאי באותה עת.<sup>56</sup> ספרו של גולדסמית' עורר שיח ציבורי ואקדמי בארצות הברית באשר לתפקוד "שומרי הסף", הפועלים בתוך הרשות המבצעת, ובפרט אלו המיועדים להבטיח את שלטון החוק. ספר חשוב נוסף שעסק בכך הוא ספרו של פיליפ סאנדס (Philippe Sands) שפורסם בשנת 2008.<sup>57</sup> סאנדס, פרופסור למשפטים ועורך דין בריטי, בעל שם עולמי בתחום המשפט הבין-לאומי, פעל כדי לחשוף את מעורבות הפקידות האמריקאית בעינויים שהתרחשו, על פי הנטען, במחנה גואנטאנמו שבקובה ובבית הסוהר אבו גרייב שבעיראק. הוא התמקד בצוות המשפטי הפנימי, ובכלל זאת היועצים המשפטיים של הנשיא בוש וסגנו, היועץ המשפטי של משרד ההגנה והיועצים המשפטיים בחילות הצבא השונים. התובנות העיקריות העולות מספרו של סאנדס בכל הנוגע לתפקוד גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי מצטלבות עם תובנותיו של גולדסמית' ומעניקות להן חזיון נוסף.<sup>58</sup>

בשעה שמאמר זה המתין לפרסום פרסם גולדסמית' ספר נוסף, העוסק בהרחבה במעריך הפיקוח החל על מוסד הנשיאות בארצות הברית במסגרת הלחימה בטרור.<sup>59</sup> התזה המוצגת על ידי גולדסמית' בספר זה היא כי לאחר השנים הראשונות של ממשל הנשיא בוש החלה לפעול קשת של גורמים – בתוך הממשל ומחוץ לו – נגד מדיניות הממשל בתחום הלחימה בטרור. לדבריו, פעילות זו הצליחה במידה ניכרת להשפיע על מדיניות הממשל ולרסנה. גולדסמית' טוען, בדומה לנטען במאמר זה, כי שילוב כוחות של הפיקוח החיצוני (המבוצע על ידי הרשויות המחוקקת והשיפוטית) עם גופי פיקוח הפועלים בתוך הרשות המבצעת (ובכלל זאת קציני הפרקליטות הצבאית האמריקאית (Advocate General Judge Corps) ומעריך הביקורת הפנימי (Inspectors General) במשרדי הממשלה האמריקאיים בכלל ובגופי הביטחון בפרט) הוא שהוביל לשינוי האמור. גולדסמית' מוסיף ואומר כי

שגולדסמית' התעלם מחלקו של היינס, שכן גולדסמית' כיהן כעוזרו של היינס עובר למינויו לתפקיד ראש ה-OLC.

56 לצד זאת הספר עצמו דל בפרטים עובדתיים באשר למה שהתרחש בממשל בוש. גולדסמית' מודה בכך, בציינו כי הוא מנוע מלהרחיב על רבות מחוויותיו בממשל. GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12.

57 SANDS, לעיל ה"ש 45.

58 ספר חשוב נוסף הוא ספרו של ג'ון יו, מלחמה באמצעים אחרים – מבט פנימי על המלחמה בטרור. יו כיהן ב-OLC בתקופה שבה גובשה מדיניות ממשל בוש בתחום הלחימה בטרור. נטען כי יו חיבר את מרבית חוות הדעת המשפטיות בתחום זה. יו חושף בספרו מעט ממחשבותיו על תפקוד הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה. Yoo, לעיל ה"ש 33.

59 JACK GOLDSMITH, POWER AND CONSTRAINT: THE ACCOUNTABLE PRESIDENCY AFTER 9/11 (2012).

לשינוי האמור תרמו גם התקשורת, המודפסת והאלקטרונית, וחשיפותיה בתחום הביטחון הלאומי והלחץ הבלתי פוסק שהפעילו ארגוני חברה אזרחית (NGOs) ועורכי דין המתמחים בתחום זכויות האדם.

## 2. מחלקת הייעוץ המשפטי (OLC)

גולדסמית' כיהן כאמור כראש ה-OLC. זו המקבילה האמריקאית של מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים בישראל. ה-OLC, הנהנית מיוקרה מוסדית רבה, מופקדת על מתן הייעוץ המשפטי לנשיא ולגופי הרשות המבצעת.<sup>60</sup> ה-OLC פועלת מכוח סמכותו של התובע הכללי ובכפפות לו. ה-OLC היא המכריעה מבחינתה של הרשות המבצעת בשאלות של משפט, בכפוף לסמכות הנשיא מכוח החוקה.<sup>61</sup> במסגרת זו ה-OLC נדרשת לפקח על פעולות הרשות המבצעת.<sup>62</sup> בנוסף, ה-OLC משמשת כבורר במחלוקות משפטיות המתעוררות בקרב גופי הרשות המבצעת. לבסוף, ה-OLC מעניקה ייעוץ משפטי לרשות המבצעת בשאלות חוקתיות ומסייעת בבחינת חוקתיותה של חקיקה מוצעת.

בראש ה-OLC ניצב משפטן אחד, ולו ארבעה סגנים. כל בעלי התפקידים הללו ממונים לתקופה מוגבלת על ידי הנשיא, באישור הסנאט. הם בגדר מינויים פוליטיים, המותרים במסגרת שיטת המשטר בארצות הברית.<sup>63</sup> גם התובע הכללי עצמו מתמנה על בסיס פוליטי על ידי הנשיא באישור הסנאט. בשונה מישראל, התובע הכללי של ארצות הברית עומד בראש משרד המשפטים, והוא חבר בכיר בקבינט הנשיאותי.

ככלל, ייעוץ מטעם ה-OLC נעשה בכחב.<sup>64</sup> דרישת הכתב נועדה למנוע לחץ פוליטי על משפטני המחלקה. זהו אחד מהכללים שמשפטני המחלקה אוכפים על עצמם כדי להגביל

60 GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

61 חוות הדעת של ה-OLC הן סופיות, בכפוף לסמכות התובע הכללי של ארצות הברית לשנותן, ובכפוף לסמכותו של הנשיא בעניין. להבדיל מהתפיסה הרווחת בישראל, שעל פיה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את כל גופי הרשות המבצעת, לרבות הממשלה, בארצות הברית הדין הוא כי הנשיא רשאי לבחור בדרך פעולה אחרת מזו שהוצעה לו על ידי התובע הכללי.

62 Bradley Lipton, *A Call for Institutional Reform of the Office of Legal Counsel*, 4 HARV. L. & POLICY REV. (2010).

63 מאפיין נוסף של סוג מינויים זה הוא יכולת הנשיא להעביר מתפקידו את הפקיד המכהן בכל עת ללא צורך בעילה פורמלית. ראו: RONALD A. CASS, COLIN S. DIVER & KACK: BEERMANN, ADMINISTRATIVE LAW: CASES AND MATERIALS 72 (2006).

64 בהנחיות המסדירות את דרך פעולת המחלקה, ושנכתבו לאחר האירועים מושא מאמר זה ובעקבותיהם, נכתב במפורש כי "תפקידו העיקרי של ה-OLC הוא להעניק עצות פורמליות באמצעות חוות-דעת כתובות החתומות על-ידי עוזר התובע הכללי [בעל התפקיד העומד בראש ה-OLC]". לעניין ההנחיות ראו להלן הטקסט הצמוד לה"ש 109.

את יכולתם לחרוג מהאתוס המקובל של המחלקה,<sup>65</sup> שעל פיו העצה שהם ישיאו לנשיא תהיה משפטית אפוליטית.<sup>66</sup> כיום לחלק מחוות הדעת ניתן פומבי, באתר ה-OLC באינטרנט.<sup>67</sup> חוות דעת של ה-OLC המכשירה פעולה מסוימת מעניקה לרשות השלטונית הרלוונטית גיבוי משפטי לפעולתה ומקשה על נקיטת הליכים משפטיים נגד הפקיד שפעל על פיה, גם אם נקבע לאחר מכן כי מדובר בעצה שגויה, וכי הפעולה הייתה בלתי חוקית. על פי המצב הקיים, ה-OLC כפופה לפיקוחו של המשרד לאחריות מקצועית הפועל במשרד המשפטים – OPR (DOJ's Office of Professional Responsibility). ה-OPR מדרווח במישרין לתובע הכללי. בסמכותו לבדוק טענות להתנהגות בלתי הולמת של משפטני המשרד בקשר למילוי תפקידם המקצועי, ובין היתר בעת מתן ייעוץ משפטי. על אף הפוטנציאל הטמון בגוף פיקוח זה נטען שבפועל הוא בגדר "נמר של נייר", המייצר "תפאורה של חקירות" ללא כל פעולה בעלת ערך.<sup>68</sup>

ה-OLC נהנית ממעמד ייחודי בשעת לחימה, שכן בארצות הברית, להבדיל מישראל, חלק ניכר מהסוגיות המשפטיות בתחום הביטחון הלאומי אינן מגיעות לבית המשפט, או מגיעות באיחור ניכר. בנסיבות אלו המצב הרגיל הוא שהרשות המבצעת קובעת לעצמה את המסגרת החוקית. הסמכות לקבוע מה הוא הדין בתחום הלחימה והביטחון הלאומי מופקדת כמובן בידי התובע הכללי ובידי ה-OLC. החשש הנלווה לכך הוא כמובן כי משפטני ה-OLC ייכנעו ללחץ המופעל עליהם על ידי הדרג הפוליטי והביצועי הבכיר ויפרשו את החוק פירוש שישרת את מטרות הרשות המבצעת.<sup>69</sup>

### 3. פגמים בתפקודו של מערך הייעוץ המשפטי במסגרת "המלחמה העולמית בטרור"

אירועי האחד-עשר בספטמבר 2001 ו"המלחמה העולמית בטרור" הציבו בפני ממשל בוש אתגר מורכב. המציאות שמתאר גולדסמית' היא של פחד עמוק מהישנות פיגועי הטרור,

65 נטען כי ה-OLC משקף מודל של עצמאות "מעין-שיפוטית" ולא את תפיסת "הדבקות" (Zealous advocacy) של עורך הדין הפרטי. אחת הטענות היא כי מוסד התובע הכללי, שמכוחו שואבת ה-OLC את כוחה, הועתק מהשיטה הבריטית. בשיטה הבריטית התובע הכללי נתפס כמי שמספק חוות דעת אובייקטיבית לממשלה. ראו sir Elwyn Jones, *The Office of Attorney-General*, 27 CAMBRIDGE L.J. (2009).

66 ראו Harold Hongju Koh *Protecting the Office of Legal Counsel from Itself*, 15 CARDOZO L. REV. 513 (1993).

67 ראו [www.justice.gov/olc/opinions.htm](http://www.justice.gov/olc/opinions.htm).

68 Ross L. Weiner, *Office of Legal Counsel and Torture: The Law as Both a Sword and Shield*, 77 GEO. WASH. L. REV. (2008).

69 GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33.



כאשר מצד אחד יש הצפה של מידע כללי על אודות כוונות של ארגוני הטרור לשוב ולפגע, אך מצד אחר יש מעט מאוד מודיעין קונקרטי ואמין המאפשר סיכול פעולת טרור עתידית, אם תתרחש.<sup>70</sup> מורכבות זו הובילה את ממשל בוש לתפיסה שיש למתוח את גבולות החוק ככל האפשר<sup>71</sup> כדי להעניק לנשיא ולממשל את הכוחות הנחוצים להם, לתפיסתם, למניעת אירועי טרור נוספים. בה בעת הממשל פעל בהסתמך על חוות דעת משפטיות,<sup>72</sup> בעיקר בשל החשש כי יינקטו בעתיד צעדים משפטיים נגד מי שהשתתף בפעולות המניעה<sup>73</sup> בנסיבות שבהן הדינים הרלוונטיים הם עמומים ואינם נותנים תשובות בשחור-לבן. על רקע זה נדרש הגיבוי המשפטי של ה-OLC, הנתפסת כאמור כגוף עצמאי ונהנית מיוקרה מוסדית. כל עוד דובר בממשל המבקש לפעול במסגרת הדין ועל פי חוות דעת משפטיות שנותן גוף מקצועי ואובייקטיבי, לא היה בכך קושי. אלא שה-OLC ניצבה בלב סערה ציבורית ותקשורתית, שעיקרה בפרסום בדיעבד של חוות הדעת שנתנו משפטני המחלקה, ואשר הכשירו – במסגרת הלחימה בטרור – פעולות רבות השנויות במחלוקת. הטענה שהועלתה נגד חוות הדעת שניתנו על ידי ה-OLC היא כי אלו היו פגומות מבחינה משפטית ונכתבו כדי לרצות את הבית הלבן שהפעיל עליה לחץ כבד. ידועים בהקשר זה המזכרים שזכו לכינוי "מזכרי העינויים", ואליהם אתייחס בהמשך.

כיצד קרה הדבר? כיצד משפטני ה-OLC, מחלקה שהייתה ידועה בממשל האמריקאי כבעלת עצמאות מוסדית ומעמד מקצועי רם, כשלו על פי הנטען במתן חוות דעת מוטות ואף רשלניות? ספרו של גולדסמית' מבקש להציג את הטעמים שעמדו ביסוד קריסת הפיקוח המשפטי-הפנימי.<sup>74</sup> הטענה הבסיסית שלו היא כי ממשל בוש, באמצעות היועצים

70 שם, בעמ' 73. יו מציג תמונה דומה של התמודדות עם מציאות חדשה, מורכבת, לא ברורה, ועם אויב לא מוכר. ג'ון יו, ה"ש 33 לעיל, בעמ' 73.

71 בהקשר זה גולדסמית' מותח ביקורת משתמעת על התנהלות גופי הממשל עובר לאירועי האחד-עשר בספטמבר. לדבריו, גופי הלחימה בטרור "שיחקו על בטוח". ארגונים אלו פיתחו נטייה מוסדית של שנאת סיכון, שעלתה בקנה אחד עם תהליך משפטיוזציה מקיף שחל בארגונים אלו. הקרימינליזציה של הלחימה ושל השגת המודיעין הובילה את הבית הלבן ואת קהילת המודיעין לגישה שמרנית. לדברי גולדסמית', לאחר האירועים לא הייתה גישה מעין זו אפשרית עוד.

72 בלשונו של גולדסמית': "lawyered to death", GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69.

73 יו מציג זאת בצורה חיובית יותר. לדבריו, "איש בממשל בוש, בניגוד להאשמות המבקרים, לא רצה להפר את החוק. הטעם בהתייעצות עם משרד המשפטים היה להבטיח שאיש לא יפר החוק". Yoo, לעיל ה"ש 33, בעמ' 23.

74 ספרו של גולדסמית' עוסק בסוגיות נוספות, בעלות חשיבות, החורגות מגדר המפורט במאמר זה. בין היתר הספר עוסק בהרחבה בשינוי מעמד המשפט הבין-לאומי וארגוני זכויות האדם הבין-לאומיים על רקע התפתחות התפיסה של סמכות אוניברסלית (עמ' 55) ועל רקע התפתחות מוסדות שיפוט בין-לאומיים כדוגמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. גולדסמית'

המשפטיים של הנשיא וסגנו, פעלו להכשיר את המדיניות הנוקשה של הממשל תוך הדרת המתנגדים לכך מתהליך קבלת ההחלטות, ותוך שימוש במעטה של חשאיות, שנועד להסתיר את הליקויים בחוות הדעת המשפטיות. הבית הלבן מוצג כגוף הפועל באופן אינטנסיבי לקידום מטרותיו, ללא קיום הליכי היועצות בגופים אחרים, לרבות הקונגרס וגופי ממשל נוספים. גולדסמית' מתאר מציאות שבה קבוצה חשאית של יועצים משפטיים השפיעה השפעה מכריעה על מדיניות הממשל בתחום הלחימה בטרור. קבוצה זו, שכונתה על ידי החברים בה "מועצת המלחמה", הורכבה מחמישה בעלי תפקידים בכירים במערך המשפטי בממשל האמריקאי.<sup>75</sup> הקבוצה נפגשה אחת לכמה שבועות, לטכס עצה בנוגע ללחימה בטרור ובנוגע להתמודדות עם עורכי דין מגופי ממשל אחרים. על פי הנטען, חבר בכיר ב"מועצת המלחמה" היה ג'ון יו (John Yoo), פרופסור למשפטים באוניברסיטת ברקלי, שכיהן באותה עת ב-OLC כעוזר ראש המחלקה. נטען כי יו סיפק למועצת המלחמה חוות דעת הנושאות את תו התקן של ה-OLC. חוות הדעת שנתן יו הפכו אותו לבעל השפעה מכרעת בממשל האמריקאי. נטען כי ליו הייתה השפעה מכרעת על ראש ה-OLC באותה עת, ג'יי בייבי (Jay Bybee), שנעדר מומחיות בתחום המשפט הבינ-לאומי. לטענת גולדסמית', "מועצת המלחמה" התעלמה ממנגנונים פנים-משרדיים ובין-משרדיים שנועדו לטייב את תהליך קבלת ההחלטות. כך, נטען כי יועצו המשפטי של סגן הנשיא, דייוויד אדינגטון (David Addington), בעל האג'נדה השמרנית,<sup>76</sup> שהיה לו מעמד נכבד בממשל האמריקאי

מבקר נחרצות התפתחויות אלו. בנוסף, גולדסמית' עוסק באינטנסיביות בגישה שעל פיה הנשיא נהנה מסמכות חוקתיות נרחבות בעתות חירום המאפשרות לו "לעשות כל שנדרש להגנת האומה בעת חירום", גם אם משמעות הדבר היא פעולה בניגוד להוראות הקונגרס. גישה זו מכונה "unitary executive". אחת המשמעויות שהוענקו לה היא כי הקונגרס אינו יכול להגביל את סמכויות הנשיא כמפקד העליון של הצבא בשעת לחימה. גולדסמית' טוען כי ממשל בוש היה אובססיבי באשר לתאוריה זו, וכי בנסיבות מסוימות אובססיביות זו הביאה לידי החלטות מדיניות שגויות. סוגיה נוספת היא מורכבות הלחימה בארגוני טרור, הפועלים ב"ארכיטקטורה" של קוד פתוח תוך חריגה מובהקת מהתפיסה המקובלת של לחימה בין צבאות.

75 סאנדרס מציין כי חברי ה"מועצה" היו היועץ המשפטי של הנשיא, אלברטו גונזאלס, היועץ המשפטי של סגן הנשיא, דייוויד אדינגטון, ג'ים היינס, היועץ המשפטי של משרד ההגנה; ג'ון יו ממחלקת הייעוץ המשפטי במשרד המשפטים וטים פלאניגאן, סגנו של גונזאלס. SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 16.

76 אדינגטון, יועצו המשפטי של סגן הנשיא, מתואר בספר כמי שתמך בגישה מרחיבה ביותר באשר לסמכויותיו החוקתיות של הנשיא. על פי גישה זו, המכונה גם Unitary Presidentialism, הנשיא נהנה מסמכויות חוקתיות נרחבות, בעיקר בתקופת לחימה, ובמקרה שבו סמכויות אלו מתנגשות בחקיקה של הקונגרס, החקיקה – ולא החלטותיו של הנשיא – בטלה.

וב"מועצת המלחמה"<sup>77</sup>, נמנע מלשתף פקידים מסוימים בתהליך קבלת ההחלטות כאשר סבר כי אלו עשויים לפגוע ביכולתו לקדם את האג'נדה הפוליטית שהוא מחזיק בה.<sup>78</sup> נטען כי בגלל היעדר ההיוועצות התקבלו ההחלטות מבלי שכל המידע הנדרש עמד לנגד מקבלי ההחלטות. כך, סאנדס טוען בספרו כי מחלקת המדינה הודרה מתהליך קבלת ההחלטות, ולפיכך לא עמד ידע חיוני בתחום המשפט הביין-לאומי לרשות מקבלי ההחלטות במשרד המשפטים ובבית הלבן.<sup>79</sup>

גולדסמית' טוען כי "מועצת המלחמה" עצמה הורכבה באופן שכל חבריה החזיקו בדעות דומות, מבלי שניתנה דריסת רגל לבעלי דעות שונות מאלה. ההרכב ההומוגני של "מועצת המלחמה" מעורר חשש להתרחשותה של תופעת "חשיבת יחד" (groupthink), קרי מצב שבו קבוצת אנשים נוהגת בקונפורמיות תוך צמצום חילוקי הדעות ביניהם ותוך הימנעות מבחינה מספקת של רעיונות הנוגדים את הקונצנזוס המתגבש. מונח זה פותח בין היתר על ידי אירווינג ג'ניס בספרו,<sup>80</sup> שם הוא מציין כמה מאפיינים המובילים לתופעה של חשיבת יחד, ובהם קיומה של קבוצה מגובשת, שחבריה באים מרקע סוציאלי ואידאולוגי דומה, המבודדת מדעות חיצוניות ומונהגת על ידי מנהיגות דומיננטית.<sup>81</sup> נטען כי כל המאפיינים הללו התקיימו ב"מועצת המלחמה". לדברי גולדסמית', מדיניות מסתגרת זו הובילה לטעויות משפטיות ופוליטיות קשות שהיה אפשר למנען לו גורמים נוספים, בעלי דעות אחרות, היו מעורבים בתהליך קבלת ההחלטות.

סאנדס מציג תמונה דומה, של הקפדה על חשאיות ועל מידור מתהליך קבלת ההחלטות של כל מי שדעתו עשויה הייתה להיות שונה. לדוגמה, הוא מצביע על תפוצה מוגבלת של חוות דעת משפטיות,<sup>82</sup> על הימנעות מהיוועצות פנימית רחבה במקרים מסוימים תוך חריגה

77 לתיאור חלקו המרכזי של אדינגטון בממשל האמריקאי באותה העת ראו גם Dana Milbank, *In Cheney's Shadow, Counsel Pushes the Conservative Cause*, WASH. POST A21 (11.10.2004). יו מציג תמונה שונה לגבי אדינגטון. Yoo, לעיל ה"ש 33, בעמ' 33.

78 היועץ המשפטי של סגן הנשיא היה בעל "מוניטין" של מי שמסוגל לסכל קידומו של מי שלא פעל על פי רצונו. גולדסמית' טוען כי קידומו של עורך הדין שסייע לו בעריכה מחדש של "מזכר העינויים" נחסם על ידי לשכת סגן הנשיא. בנוסף, התפרסמה פרשה שעל פיה פוטר משירות המדינה פרקליטים שעמדו עליהם לא עלו בקנה אחד עם עמדות הממשל. ראו לדוגמה Adam Zagorin, *Why Were These U.S. Attorneys Fired?* TIME 7.3.2007 [www.time.com/time/nation/article/0,8599,1597085,00.html](http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1597085,00.html).

79 SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 76.

80 IRVING L. JENIS, VICTIMS OF GROUPTHINK: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF FOREIGN-POLICY DECISION AND FIASCOES (1972).

81 ראו גם CASS R. SUNSTEIN, WHY SOCIETIES NEED DISSSENT (2005); CASS R. SUNSTEIN, GOING TO EXTREMES: HOW LIKE MINDS UNITE AND DIVIDE (2009).

82 SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 3.

מהפרוצדורות המקובלות שנקבעו כדי להבטיח היוועצות מסוג זה,<sup>83</sup> ועל הסתרת חוות הדעת המשפטיות מחברי הרשות המחוקקת בטענות שונות. מינויו של גולדסמית' לתפקיד ראש ה-OLC – שנעשה לאחר עריכת מזכרי העיניים – היה מיועד להשתלב בדפוס פעולה זה. הוא מונה לתפקידו על רקע עמדותיו השמרניות כפי שבאו לידי ביטוי בכתיבתו האקדמית ובעבודתו המעשית. מינויו היה בעידוד היועצים המשפטיים של הנשיא וסגנו. גולדסמית' מתאר פגישה שנערכה בלשכת היועץ המשפטי של הנשיא עובר למינויו, שבמהלכה ביקשו הלה והיועץ המשפטי של סגן הנשיא לבחון את עמדותיו הפוליטיות והמשפטיות כדי לוודא כי אלו עולות בקנה אחד עם המדיניות הננקטת על ידי ממשל בוש, בהובלת "מועצת המלחמה".<sup>84</sup>

גולדסמית' מעיד שלאחר כניסתו לתפקיד ראש ה-OLC<sup>85</sup> הופתע לגלות שחלק מחוות הדעת המשפטיות שנמסרו לממשל בוש בתחום הלחימה בטרור עובר למינויו "היו פגומות ביותר, מבוססות על הנמקה רשלנית, רחבות יתר על המידה ונעדרות זהירות בהעלאת טענות מרחיקות לכת ביחס להיקף סמכויותיו החוקתיות של הנשיא".<sup>86</sup> באותה עת הובא לידיעתו על ידי אחד ממשפטני המחלקה דבר קיומם של "מזכרי העיניים".<sup>87</sup> לדברי גולדסמית', חוות הדעת נראו – על פני הדברים – כמסמך מלומד ונרחב של ה-OLC, המפנה לאסמכתאות רבות ונוקט את הז'רגון המשפטי המקובל. בפועל עוררו חוות הדעת בעיות רבות. הן נוסחו ניסוח לקוי ורחב ונעדרו את הריחוק והזהירות הנדרשים.<sup>88</sup> כותביהן נמנעו, בניגוד למקובל, מלתחמן לנסיבות קונקרטיות.<sup>89</sup> גולדסמית' ואחרים סברו כי כל אחד

83 שם, בעמ' 5.

84 GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30. ראוי לציין כי כפי שמעיר גולדסמית', בדבר זה אין פסול כשלעצמו לפי תפיסת המשטר האמריקאית, המאפשרת לנשיא למנות את משרות הפקידות הבכירות על סמך זיקה בין עמדותיהם לעמדה הפוליטית של הממשל, ובכפוף לאישור הסנאט.

85 תוארו הפורמלי הוא עוזר התובע הכללי, מחלקת הייעוץ המשפטי.

86 שם, בעמ' 10.

87 "מזכרי העיניים" נערכו בתקופה שקדמה למינויו של גולדסמית' לתפקיד ראש ה-OLC. מדובר בסט של שלושה מסמכים – שתי חוות דעת שנערכו על ידי ג'ון יו ונחתמו על ידי ג'יי ביבי, ראש ה-OLC באותה עת, ומזכר שנחתם על ידי ג'ון יו והופנה ליועץ המשפטי של הנשיא אלברטו גונזלס. המזכרים העניקו פרשנות מרחיבה לסמכות הצבא וסוכנות הביון המרכזית לנקוט שיטות חקירה אגרסיביות.

88 בין היתר נקבע בחוות הדעת כי מעשים אלימים אינם בהכרח עיניים; כי אם סוכן ממשלתי עינה, הוא יכול ליהנות מחריג של "הגנה עצמית", וגם בנסיבות שבהן לא התקיים החריג, חקיקת הקונגרס אינה חלה עליו בהכרח אם הוא פועל מכוח סמכות נשיאותית. גולדסמית' טוען כי מסקנה מרחיקת לכת זו נעדרה בין היתר ביסוס בחוות דעת קודמות של מחלקת הייעוץ המשפטי, בהחלטות שיפוטיות או בכל מקור אחר של הדין.

89 חוות הדעת ניתחו את משטר החקירות האלטרנטיבי במעורפל, ללא קשר לפרקטיקות קונקרטיות. מכך נובע החשש כי הניסוח הרחב של חוות הדעת מאפשר לחוקרים להשתמש

מהיבטים אלו מעורר קושי.<sup>90</sup> הקושי הועצם על רקע העובדה שמדובר בפעולות מממשל המבוצעות בסודיות.

גולדסמית' סירב, לדבריו, לקבל דרך פעולה זו. על רקע זה הוא החל בבחינה מחודשת של חוות הדעת המשפטיות שניתנו על ידי ה-OLC, ובכלל זאת "מזכרי העינויים" – צעד חסר תקדים, ודאי כשמדובר בשינוי חוות דעת שניתנו בתקופת הכהונה של אותו נשיא (שכן ל-OLC מסורת חזקה של כיבוד חוות הדעת שניתנו על ידיה בעבר). הליך הבחינה מחדש הוביל לדברי גולדסמית' לערעור האמון בו מצד בכירי הממשל, ובסופו של דבר – להתפטרותו המוקדמת.

גולדסמית' מתאר בספרו פגמים נוספים בהתנהלותו של מערך הייעוץ המשפטי. פגם אחד היה לחץ הזמנים שבהם העמיד הממשל את הדרג המשפטי. גולדסמית' מספר כי מיד לאחר כניסתו לתפקידו פנה אליו היועץ המשפטי של הנשיא בבקשה כי יכריע בשאלה אם אמנת ז'נווה הרביעית מגנה על טרוריסטים בעיראק. יועץ הנשיא מסר לו כי תשובתו נדרשת בדחיפות, תוך ימים ספורים. לחץ זמנים שכזה משפיע כמובן על היכולת ליתן חוות דעת מלומדת ומעמיקה, ומקשה להתנגד למדיניות הממשלתית.<sup>91</sup> פעמים רבות לחץ זה נעדר כל

בטכניקות חקירה הרבה יותר אגרסיביות מאלו שעמדו ביסוד חוות הדעת, ולאחר מכן לטעון כי פעלו על יסוד העקרונות הכלליים שנקבעו בחוות הדעת.

90 נטען כי חוות דעת אינן קבילות מבחינה משפטית, וכי הן מעוררות גיחוך. David Luban, שהעיד בפני ועדת משנה של הקונגרס, טען כי "מזכרי העינויים" שנכתבו על ידי ה-OLC הם בבחינת "תאונת רכבת אתית". ראו: [http://judiciary.senate.gov/hearings/testimony.cfm?id=3842&wit\\_id=7905](http://judiciary.senate.gov/hearings/testimony.cfm?id=3842&wit_id=7905). לגישה המציגה בצורה חיובית יותר את כותבי המזכר ראו, Tung Yin, *Great Minds Think Alike: The Torture Memo, Office of Legal Counsel, and Sharing the* *Boss's Mindset*, 45 WILLIAMETTE L. REV. (2008). ג'ון יו הגיב להאשמות אלו. לדבריו, חוות הדעת מבוססת על אדנים משפטיים מוצקים, והביקורת שהופנתה כלפיה היא ביסודה ביקורת פוליטית ולא ביקורת משפטית. הוא גם טוען כי חוות הדעת החדשה שהחליפה את חוות דעתו הגבירה את העמימות ופגעה ביכולת החוקרים לדעת את גבולות הכוח המסור להם. לא אכריע במחלוקת זו. יו טוען עוד כי החקירה נגדו נבעה ממניעים פוליטיים ולא ענייניים, וכי היה בה כדי לפגוע, לעתיד לבוא, בנכונות עובדי מדינה לפעול בצורה יצירתית כדי לקדם אינטרס המדינה. ג'ון יו, ה"ש 33 לעיל, בעמ' 186. יוער כי המשרד לאחריית מקצועית (OPR) פרסם דוח מקיף שבו נקבע כי מעשיו של יו אינם עולים בקנה אחד עם חובותיו המקצועיות, וכי הוא כשל ביודעין ליתן פרשנות יסודית, אובייקטיבית וכנה של הדין (<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/OPRFinalReport090729.pdf>). הומלץ להעמידו לדין משמעתי. המלצה זו לא אומצה על ידי משרד המשפטים האמריקאי, שקבע כי אין רשלנות מקצועית במעשיו של יו, הגם שנמצא כי עבודתו הייתה פגומה וכללה טעויות משפטיות (<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>).

91 תופעה דומה מתוארת על ידי סאנדס. הוא מציין כי לטענת היועצת המשפטית של מתקן הכליאה בגואנטאנומו, דיאן ביוור, הוקצבו לה ארבעה ימים בלבד כדי לגבש את חוות הדעת בנוגע לחוקיות שיטות חקירה שונות. בסופו של דבר חוות הדעת שגובשה בלחץ הזמנים

הצדקה מעשית. הלחץ שהופעל על גולדסמית' לא הסתכם בקציבת לוחות זמנים בלתי אפשריים. באחת הפרשות הוא מתאר שיחה שהתנהלה בינו ובין יועצו המשפטי של סגן הנשיא, שאמר לו כי אם יחליט שפעולה מסויימת אינה חוקית, "דמם של מאות אלפי אנשים שימותו בהתקפה הבאה יהיה באחריותך".<sup>92</sup> תיאור דומה אפשר למצוא בספרו של סאנדס, המתאר לחץ אינטנסיבי ובלתי פוסק על המשפטנים לאשר את מדיניות הממשל.<sup>93</sup>

#### 4. התגובה הציבורית והאקדמית לספר

הספר עורר הדים רבים בארצות הברית. העיתונות הכתובה והספרות המקצועית בתחום המשפט עסקו רבות בלקחים העולים מבין דפיו. שאלה מרכזית שנדונה הייתה כיצד כשלה לכאורה המחלקה שעד אותה עת נהנתה ממוניטין וממכובדות ציבורית. הוצעו הסברים שונים לכישלון. הטעם העיקרי שהוצג הוא פוליטיזציה מוגזמת של ה-OLC. ראשית, מנהל המחלקה וכל ארבעת סגניו מונו על ידי הנשיא באישור הסנאט.<sup>94</sup> שנית, נטען כי בשל שיעור העזיבה הגבוה של המשפטנים הזוטרים במחלקה וכהונתם לתקופות קצרות, יכלו בכירי המחלקה, שהם כאמור מינויים פוליטיים, לאייש את המשרות הזוטרות בבעלי דעות

האמור היא שצורפה למזכרו של רמספלד, מזכיר ההגנה, המאשר את שיטות החקירה האמורות. SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 65. אגב, לדבריו, חוות הדעת הייתה פגומה בשל היבטים נוספים, ובהם העובדה כי ביוור שנתנה את חוות הדעת הייתה בעלת ידע מצומצם בתחומי המשפט הרלוונטיים (שם, בעמ' 48) וללא הכשרה מספקת לתפקידה (שם, בעמ' 59), כי חוות הדעת ניתנה מבלי שהובאו לידיעתה של ביוור חוות דעת שניתנו בנושא על ידי ה-OLC (שם, בעמ' 49), וכי באופן כללי לא ניתן לה סיוע על ידי דרגים משפטיים בכירים יותר (שם, בעמ' 60), וכי לא עמדה לרשותה בגואנטאנמו הספרות המקצועית הנדרשת (שם, בעמ' 65). תופעה מעניינת נוספת המתוארת על ידי סאנדס היא כי יועצים משפטיים בכירים נתנו לביוור את התחושה כי הם אינם מעוניינים להיות מעורבים בסוגיה האמורה מבלי שנלווה לכך תיעוד בכתב. לעתים אכן בעלי תפקידים בכירים המבקשים להרחיק עצמם ממעורבות בסוגיות מורכבות ובעייתיות פועלים ליצור בקרב הכפופים להם את התחושה כי אין לערב אותם בנושא. בדרך זו הם שומרים לעצמם את היכולת להתנער, בדיעבד, מחוות הדעת המשפטיות שניתנו ולטעון כי לא היו מעורבים בסוגיה הנדונה. יו מתייחס לכך בציינו כי היועץ המשפטי ביקש בדיעבד להרחיק עצמו ממעורבות ב"מזכרי העיניים". הוא טוען כי "זה היה נסיון שקוף להתחמק מנשיאה באחריות באמצעות טענת חוסר ידיעה לגבי פעולות המשרד בראש עמד". יו דוחה טענה זו. Yoo, לעיל ה"ש 33, בעמ' 187.

92 GOLDSMITH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 71.

93 SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 213.

94 ליפטון משווה בהקשר זה את ה-OLC למשרד ה-Solicitor General: ב-OLC כל המינויים הבכירים הם פוליטיים, ואילו במשרד ה-SG רק אחד מארבעת סגניו הוא מינוי פוליטי, וכל יתר הסגנים הם מינויים מקצועיים. Lipton, לעיל ה"ש 62, שם.

דומות לשלהם.<sup>95</sup> שלישית, נטען כי קיימת תלות של בכירי המחלקה, הלוטשים עיניהם למשרות שיפוטיות רמות, בנשיא ובצוותו.<sup>96</sup> במבט רחב יותר, החורג מעבר לגבולות ה- OLC, אפשר לראות כי גם יועצים משפטיים אחרים שהיו מעורבים בגיבוש המדיניות המשפטית של הממשל בתחום החקירות מונו במסגרת מכסת המינויים הפוליטיים ולא היו עובדי המדינה, הצבא או משרד המשפטים.<sup>97</sup> הפוליטיזציה המוגברת של משרד המשפטים האמריקאי בתקופת ממשל בוש באה לידי ביטוי גם בפרשה ידועה אחרת – פיטורי שמונת התובעים הפדרליים, שנטען כי פוטרו מטעמים פוליטיים.<sup>98</sup> טענה שנייה שהועלתה היא כי ה- OLC פעלה ללא פיקוח מספיק על פעולותיה, כי הביקורת של ה- OPR אינה בעלת משקל, וכי אין בדוקטרינה של איזונים ובלמים כדי לספק את הפיקוח המתבקש.<sup>99</sup> טענה שלישית היא שהמחלקה כשלה כאשר נתנה הכשר משפטי לפרקטיקות קיימות לאחר שכבר התגבשו. הטענה היא כי בשלב שבו התבקשו וניתנו חוות דעת בנושאים שונים, הפעולה הבעייתית מבחינה משפטית כבר בוצעה.<sup>100</sup> על כן חוות דעת הפוסלת אותה הייתה עשויה לגרור אחריה תוצאות קשות, כדוגמת הכתמת חוקרי סוכנות הביון המרכזית בחשדות למעשים

95 שם, שם.

96 הסמכות למנות שופטים פדרליים מסורה לנשיא, באישור הסנאט. דוגמה בולטת לתלות זו היא "מזכר העינויים". המשנה החתום על המזכר, ג'יי בייבי (Jay Bybee), מונה זמן קצר לאחר חתימתו למשרת שופט באחת מערכאות הערעור הפדרליות. עתיד דומה היה צפוי גם לגייס היינס, היועץ המשפטי של משרד ההגנה, שנטען כי היה מהארכיטקטים של מדיניות החקירות האגרסיבית. מינויו לא אושר על ידי הסנאט בשל מעורבותו בכתיבת "מזכר העינויים". SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19. הנשיא מופקד גם כמובן על מינוי בכירים בממשל האמריקאי. לדוגמה, יועצו המשפטי של הנשיא גונזלס, שהיה חבר ב"מועצת המלחמה", מונה בשנת 2005 לתובע הכללי השמונים של ארצות הברית. הוא התפטר מתפקידו כעבור כשנתיים, בעקבות לחץ ציבורי כבד. אדינגטון, יועצו המשפטי של סגן הנשיא, מונה לתפקיד ראש המטה של סגן הנשיא.

97 SANDS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 23, 106. הוא מציין כי "עורכי הדין הצבאיים הודרו מתהליך קבלת ההחלטות וההחלטות הופקדה בידי היינס, היועץ המשפטי של משרד ההגנה, שהסתייע במינויים פוליטיים במשרד המשפטים". אגב, אפשר לטעון כי דוגמה זו מלמדת על המחויבות של אותם עורכי דין שמונו לתפקידיהם במסגרת מכסת המינויים הפוליטיים למימוש המדיניות והאידאולוגיה של הנשיא ושל הממשל. כידוע, זאת היא אחת ההצדקות העומדות ביסוד האפשרות למנות מינויים פוליטיים בממשל האמריקאי. היכולת לקדם את מדיניות הנשיא והממשל באופן אפקטיבי היא ודאי מעלה חשובה וחיונית, אולם ספק רב אם זה רלוונטי למשרות משפטיות מרכזיות, האמורות לשמש "שומרי סף" בד בבד.

98 שלמה שמיר "לחץ על שר המשפטים בארה"ב להתפטר לאחר שהדיח שמונה תובעים" הארץ 21.3.2007 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=897922](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=897922)

99 ראו: Weiner, לעיל ה"ש 68, שם.

100 Koh, לעיל ה"ש 66.

פליליים (תופעה זו כונתה בספרות "lock-in").<sup>101</sup> בנסיבות אלו נטען כי היה על ה-OLC לסרב לחוות דעתה בדבר פעולות שכבר נעשו. טענה רביעית היא שהבית הלבן ומשרד סגן הנשיא פעלו כדי שחוות הדעת תינתנה על ידי עורכי דין מסוימים הקרובים להם בדעותיהם הפוליטיות,<sup>102</sup> וכי אלו חרגו מהמקובל ונמנעו מלהתייעץ עם מחלקות נוספות, כדוגמת המחלקה המשפטית במחלקת המדינה, הפרקליטות הצבאית ולשכת החקירות הפדרלית (Federal Bureau of Investigation).

בעקבות האמור הועלו הצעות רבות לשיפור תפקוד ה-OLC. ראשית, הוצע להפחית את מידת הפוליטיות של המחלקה. במסגרת זו הוצע להפחית את מספר המינויים הפוליטיים הבכירים בראשות המחלקה ולעודד קליטת עובדים שאינם רואים במחלקה "תחנת מעבר" למשרות בכירות אלא מקום עבודה קבוע;<sup>103</sup> שנית, הוצע להגדיל את השקיפות בפעולת המחלקה, ובמסגרת זו להרחיב את חובת פרסום חוות הדעת שהיא נותנת. הוצע כי כדי לחסות חוות דעת יהיה צורך באישור גוף אחר ברשות המבצעת שיתמקצע בביקורת על ה-OLC;<sup>104</sup> שלישית, הוצע להגביר את הפיקוח על פעילות ה-OLC. דרך אחת שהוצעה לפיקוח היא כי חוות דעת סודית, שאינה צפויה להיבחן בהליך של ביקורת שיפוטית, תהיה טעונה אישור של גוף אחר ברשות המבצעת, שיהיה בעל מומחיות בתחום המשפטי הרלוונטי. דפוס פיקוח זה כונה "תהליך בין-משרדי".<sup>105</sup> כפיית ההיוועצות היא דפוס של שקיפות חלקית, שמחד גיסא מאפשר למנוע את הגילוי לציבור הרחב בשל האינטרסים

101 אף שמבחינה עקרונית יש ממש בביקורת זו, הפנייתו כלפי הייעוץ המשפטי בתחום החקירות לוקה בחסר, שכן מדובר בסיטואציה נמשכת, אשר ודאי ראוי כי מחלקת הייעוץ המשפטי תיתן עליו דעתה כדי להנחות את פקידי הרשות המבצעת לעתיד לבוא.

102 תופעה זו כונתה בפי מאשאו "lawyer shopping". ראו Jerry L. Mashaw, *Due Processes of Governance: Terror, the Rule of Law, and the Limits of Institutional Design*, 22 GOVERNANCE, 354 (2009). היא דומה במהותה לתופעה שמכונה "regulatory arbitrage", המבטאת פעולה של גוף מפקח לבחור את המאסדר שיפקח על פעולותיו מבין כמה מאסדרים בעלי סמכות בעניינו. למעשה, בהתבוננות על התפקיד הפיקוחי של ה-OLC אפשר לומר כי מדובר בגוף אסדרה (רגולציה) הפועל בתוך הרשות המבצעת, וככזה, המעורר דילמות הדומות לאלו המתעוררות בהקשר של גופי אסדרה המפקחים על הסקטור הפרטי. השוו: Hood, JAMES, JONES, SCOTT & TRAVERS, לעיל ה"ש 42.

103 Lipton, לעיל ה"ש 62, בעמ' 256.

104 שם, בעמ' 259. יוער כי לשקיפות תועלות שונות: היא מגדילה את הגישה לחוות הדעת ומאפשרת לצדדים שלישיים לערער על תוקפה. היא אף יוצרת הרתעה מראש של כותב חוות הדעת, כי ככל שיכתוב טיעונים שאינם קבילים מבחינה משפטית, הדבר ייחשף. לבסוף יש בה כדי למנוע סיטואציה שבה בעל תפקיד ברשות המבצעת מסתמך על "השורה התחתונה" של חוות הדעת, אולם נמנע מלהציג את הנחות המוצא שעליהן היא מבוססת.

105 ראו: Peter Raven-Hansen, *Executive Self-Controls: Madison's Other Check on National Security Initiatives by the Executive*, 23 JOHN'S J. LEGAL COMMENT 987 (2008).



שייפגעו, ומאידך גיסא מעודד דיון, ולו בין גופי הרשות המבצעת. נטען כי מערכת זו של איזונים ובלמים הפועלים בתוך הרשות המבצעת מביאה למגוון דעות ולשיפור חוות הדעת המשפטית הסופית. וריאציה על מנגנון פיקוח זה הוא חיוב להפיץ את חוות הדעת בתוך משרד המשפטים עצמו. דפוס פיקוח זה כונה "תהליך תוך-משרדי"<sup>106</sup>. עוד הוצע להגביר את פיקוח הקונגרס על הרשות המבצעת באמצעות חיוב היועץ המשפטי להעביר לקונגרס כל פרשנות משפטית מחייבת של משרד המשפטים שהיא בעלת מאפיינים מסוימים. העברת חוות הדעת לקונגרס מגבירה את הסיכוי (או סיכון) כי חוות הדעת תובא לידיעת הציבור הרחב. גישה פסימית יותר היא כי קשה לעצב מנגנונים שימנעו "עריכת דין אגרסיבית" המעניקה גיבוי לבכירי הרשות המבצעת המבקשים לקדם את האג'נדה שלהם בכל מחיר.<sup>107</sup> באותה הרוח נטען כי חולשת מנגנוני הפיקוח הפנימיים היא בהתניית קיומם ברצון הדרג הפוליטי.<sup>108</sup> גם אם נקבל טענה זו, יש לומר כי לא בנקל יבטל הדרג הפוליטי מנגנון פיקוח מנהלי שנקבע בעבר, שכן הדבר עשוי לעורר חשד ולגרור ביקורת חיצונית. עם זאת אפשר לגזור מטענה זו המלצה נוספת, והיא "לקבע" את מנגנוני הפיקוח הפנימיים באופן שביטולם על ידי הדרג הפוליטי יהיה כרוך בעלות ציבורית ניכרת. בכך כמובן אין כדי ליתן מענה לחשש כי הפיקוח המנהלי יושפע מהדרג הפוליטי.

מעניין כי בעקבות גילוי "מזכר העינויים" פורסם בשנת 2004 גילוי דעת ציבורי על ידי בעלי תפקידים בכירים לשעבר ב-OLC (בעיקר מי שכיחנו בתקופת הנשיא קלינטון) שבמסגרתו הוצגו עקרונות שראוי כי ינחו את פעולת המחלקה.<sup>109</sup> ואכן, כמה חודשים לאחר מכן פורסמה הנחיה פנימית המיועדת למשפטני המחלקה. אפשר לחלק את ההוראות בהנחיה להוראות מהותיות ולהוראות פרוצדורליות. במישור המהותי מודגש בין היתר כי על חוות הדעת הניתנות על ידי המחלקה להיות מדויקות, להתבסס על מחקר מעמיק ועל הנמקה שקולה ולהינתן באופן עצמאי, וזאת "גם כאשר העצה אינה עולה בקנה אחד עם רצונותיהם של מעצבי המדיניות"; על בקשה לחוות דעת להיות קונקרטיה וממוקדת, כאשר ככלל נקבע כי המחלקה אינה נותנת חוות דעת בסוגיות משפטיות מופשטות באשר למצבים שהסתיימו. ההנחיה מפרטת מהי דרך הפרשנות שיש לנקוט, ובין היתר קובעת כי יש לפסוע

106 שם, בעמ' 989.

107 Mashaw, לעיל ה"ש 102, בעמ' 354. הוא סבור כי יש להבחין בין חוקה לעתות שלום לבין חוקה "לעתות חירום". אפשר שמשמעות הצעה זו תהיה זניחה של עקרון השלטון החוק בתקופות חירום וחזרה לגישה שעל פיה "כאשר התותחים רועמים, המזות [שלטון החוק] שותקות" (inter arma silent legis).

108 Raven-Hansen, לעיל ה"ש 105, בעמ' 991.

109 ראו Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions, [www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf](http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf).

בעקבות תקדימים שיפוטיים ובעקבות חוות דעת קודמות שנתנה המחלקה בנושאים דומים. במישור הפרוצדורלי ההנחיה מפרטת את תהליך העבודה במחלקה, לרבות חלוקת העבודה בין הדרג הבכיר לדרג הזוטר. ההנחיה מטילה חובה לקבל את עמדת כל הגורמים הרלוונטיים ולשקלה בכובד ראש. כן נקבע כי לאחר גיבוש טיוטה של חוות הדעת, ככלל עליה להיבחן על ידי הדרג הבכיר במשרד ועל ידי גורמים חיצוניים. לאחר מכן על חוות הדעת לקבל אישורו של סגן נוסף של ראש ה-OLC. לבסוף ההנחיה מפרטת באילו נסיבות תזכה חוות דעת לפרסום כאשר ההכרעה בעניין מסורה לוועדה פנימית במחלקת הייעוץ המשפטי ולא לכותב חוות הדעת עצמו.

## ג. הפיקוח המשפטי הפנימי בשעת לחימה בישראל

### 1. רקע

עד כה עסקתי בהצגת התובנות העיקריות העולות מספרו של גולדסמית' ומהדיון הציבורי והאקדמי בארצות הברית שנלווה לפרסומו. כעת אבקש להעתיק את הדיון למחוזותינו. אציג, בתמצית, את מפת גופי הפיקוח המשפטי הפנימי המופקדים על השלטת שלטון החוק על רשויות הצבא בישראל בשעת לחימה. אבחן אם אפשר להפיק מהניסיון האמריקאי לקחים למתרחש בישראל,<sup>110</sup> וזאת בזירות הנדרשת הנגזרת מההבדלים המשטריים והמוסדיים שבין ישראל לארצות הברית.

כאמור לעיל, בניגוד לתמונה המקובלת, ובניגוד מסוים אף לנכונות בג"ץ לדון בעניינים מבצעיים, בפועל מעורבותו של בג"ץ בפעילות צה"ל בעת לחימה היא מוגבלת.<sup>111</sup> על רקע

110 כפי שיפורט להלן, במוקד מאמר זה מצוי הפיקוח השיפוטי על רשויות הצבא. אינני עוסק בפיקוח המשפטי על גורמי ביטחון נוספים כדוגמת שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים.

111 מעניין להפנות למכתב שנשלח ביום 6.4.2011 מטעם היועץ המשפטי לממשלה לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדה שזכתה לכינוי "ועדת טירקל"). במכתב יש התייחסות לפיקוח בית המשפט הגבוה לצדק על רשויות הצבא. צוין כי "[בג"ץ] פיקח על החלטות רבות מאוד הנוגעות למדיניות הצבא והממשלה במהלך עימות מזויין ודן בעתירות רבות בהן נטען כי צה"ל והממשלה מפרים את דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי. רוב רובן של עתירות אלה נדחו, אולם במקרים המתאימים לא היסס בג"ץ להתערב" (ס' 71 למכתב). בשולי המכתב צוין כי "דוגמאות אלה ורבות אחרות שלא פירטנו, ממחישות את פיקוח בג"צ הרחב והמקיף על רשויות השלטון בנושאים אלה. היינו, הפיקוח המופעל על ידי בג"צ בנושאים אלה מהווה למעשה גם הוא חלק מ'מנגנון הבדיקה ביחס לטענות ותלונות המועלות הדבר הפרות של דיני הלחימה'". המחבר, כאמור, חולק על טענה זו. במכתב נוסף שנשלח לוועדה מטעם אייל בנבשתי צוין, בכל הנוגע לפיקוח בית המשפט

זה מתחדדת חשיבותם של גופי הפיקוח המינהלי-הפנימי, ובכלל זאת גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי,<sup>112</sup> הנדרשים לוודא כי רשויות הצבא פועלות לפי חובותיהן על פי הדין ובין היתר על פי המשפט הבין-לאומי.<sup>113</sup> קשה לאתר בישראל דיון אקדמי נרחב בנושא זה. בגדר מאמר זה אסתפק בהצגה ראשונית של הגופים בישראל המעורבים בפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה ובהעלאת מספר מחשבות ביחס לתפקודם. אציע לראות בדברים המפורטים להלן משום קריאת כיוון למחקר עתידי.<sup>114</sup>

הגבוה לצדק: "הפיקוח האזרחי בדמות ביקורת של בג"ץ היא בגדר מעט מדי ובודאי מאוחר מדי, ומותנה במידע שיש בידי אזרחים. יכולתו של בג"ץ להבטיח שהחלטותיו מיושמות מוגבלת. בודאי מוגבלת יכולתו להבטיח שחקירות תחקיימנה בהתאם לדרישות הדין. בג"ץ אינו מרכיב אורגני במערכת המינהלית, תפקידו לתת מענה למקרים חריגים". הדברים ממוקדים בפיקוח בתחום החקירות הנערכות בדיעבד, אולם הוא רלוונטי גם לפיקוח הפועל מראש, ובמובנים מסוימים – אולי אף ביתר שאת.

112 היבט נוסף בא לידי ביטוי בדבריו של מנחם פינקלשטיין: "גם אם לגבי פעולות לחימה מסוימות קבע בית המשפט העליון כי אין הן עניין לבית המשפט לדון בו [...] אין הדבר אומר, חלילה, שהצבא אינו פועל במסגרת החוק. אדרבה, הדבר מוסיף לאחרייתם של מפקדי הצבא ולאחריות שבה נושאים אנו ביעוץ המשפטי שאנו מעניקים". מנחם פינקלשטיין "המשפט בתקופת לחימה" משפט וצבא 16, 15, 26 (2002).

113 אפשר לטעון כי דווקא המעורבות השיפוטית המוגברת דורשת את התרחבות הפיקוח המשפטי-הפנימי, שכן ההערכה כי החלטות רשויות הביטחון תעמודנה לביקורת משפטית מחייבת את ההיערכות המוקדמת לכך, ובכלל זאת את הבחינה המשפטית המוקדמת של החלטות אלו על ידי גופי הפיקוח המשפטיים-פנימיים. מגמה נוספת המחזקת את הביקורת המשפטית-הפנימית היא עליית מעמדו של המשפט הבין-לאומי, שבאה לידי ביטוי, בין היתר בחיזוק המוסדות הבין-לאומיים המופקדים על אכיפתו.

114 אבקש להדגיש כי המפורט להלן מתמקד בפיקוח הנעשה תוך כדי תהליך קבלת החלטות, מראש (ex ante). לא אעסוק בפיקוח המתבצע בדיעבד (ex post). הפיקוח בדיעבד על רשויות הצבא נבחן, באופן חלקי, על ידי ועדת טירקל, לעיל ה"ש 111. הוועדה הוקמה מכוח החלטת ממשלת ישראל מס' 1796 מיום 14.6.2010. סעיף 5 למנדט הוועדה מסמיך אותה לבחון "את השאלה האם מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה, הנוהג בישראל באופן כללי, וכפי שהוא מיושם ביחס לאירוע הנוכחי, תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי". מנדט הוועדה מצומצם בשני היבטים: ראשית, הוא מוגבל כאמור לעיל לבדיקה בדיעבד (ex-post) הנדרשת על רקע תלונות להפרת דיני הלחימה; שנית, הוא מוגבל לעמידת רשויות הצבא במחויבויותיהן על פי דיני הלחימה אף שאלו הם רק חלק מהדין המחייב את רשויות הצבא, על פי המשפט הישראלי. בנוסף, מנדט הוועדה אינו כולל כלל פיקוח על רשויות הצבא בהיבטים החורגים מפיקוח משפטי (פיקוח אחי, פיקוח מקצועי, פיקוח ציבורי-אזרחי וכד'). במסגרת דיוני הוועדה נבחנת פעילות גופי הפיקוח המופקדים על אכיפת דיני הלחימה על רשויות הצבא, ובהם הפרקליטות הצבאיות, המשטרה הצבאית החוקרת וגופים נוספים. דיון חשוב זה מצוי מחוץ לגדרי המאמר הנוכחי.

## 2. גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי בישראל

הגוף העיקרי המיועד להפעיל פיקוח משפטי-פנימי על פעולות צה"ל בשעת לחימה הוא הפרקליטות הצבאית.<sup>115</sup> הפרקליט הצבאי הראשי "הוא יועצו של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא בכל עניני חוק ומשפט",<sup>116</sup> וכן הוא המופקד על "השלטת המשפט בצבא",<sup>117</sup> הפרקליט הצבאי הראשי מממש את תפקידו הפיקוחי באמצעות קציני הפרקליטות הצבאית,<sup>118</sup> ובמיוחד מחלקת הדין הבין-לאומי (דבל"א).<sup>119</sup> באתר האינטרנט

115 ראו לדוגמה את תיאור המעורבות הרבה של הפרקליטות הצבאית בהכנה לקראת הגעת המשט הטורקי לחופי רצועת עזה. דוח ועדת טירקל, שם, בעמ' 107. חזון הפרקליטות מבהיר בין היתר כי "הפרקליטות הצבאית תפעל לעשיית צדק והטמעת שלטון החוק בצבא". דוח שנתי, הפרקליטות הצבאית [www.law.idf.il/sip\\_storage/FILES/3/393.pdf](http://www.law.idf.il/sip_storage/FILES/3/393.pdf).

116 סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

117 במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה צוין כי "מעמדו של הפצ"ר במסגרת הצבא דומה במידה רבה למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה באשר לכלל המערכת המשלתית, ובהפעילו את סמכויותיו במסגרת הצבא, אין הוא נתון למרותן של פקודות צבאיות. הוא נבדל מיועצים משפטיים של יחידות ממשלתיות אחרות בכך שסמכויותיו קבועות בחוק". הנחיה מס' 4.5000 "תאונות קטלניות בצה"ל" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – השגה ליועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר לסגור תיק חקירה, 3.7.2002. דורית ביניש ציינה כי "מעמד זה נגזרת גם פעילותם המקצועית הבלתי תלויה של נציגיו של הפצ"ר במערכת". ראו ביניש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 33. ראו גם פינקלשטיין, לעיל ה"ש 112, בעמ' 21; עדנה ארבל "התמודדות הפרקליטות בעתות משבר" משפט וצבא 16, 37 (2002).

118 דורית ביניש עמדה על מורכבות התפקיד הפיקוחי המוטל על קציני הפרקליטות הצבאית בדברים שנשאה בכינוס שערכה הפרקליטות הצבאית: "בימי לחימה אלה אתם מצויים ממש על קו התפר שבין הערכים המתנגשים. בכוחכם לתרום לקביעת נקודת האיזון הראויה בין המטרות שצורכי הביטחון מטילים עליכם לבין ההגנה על החוק והמשפט המחייבת אתכם. המשימה היא אכן, לא פעם, מתסכלת, אך, ככל שקשה היא, אין ערוך לחשיבותה. מחייבת היא מאמץ מוגבר; דורשת היא בוודאי עימותים בתוך המערכת, כלפי דרגי פיקוד, ואף כלפי הרשות המבצעת כולה, וזאת, בשיתוף עם מערכת אכיפת החוק האזרחית". ראו ביניש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 20. מעורבותה העמוקה של הפרקליטות הצבאית וקציניה בפעולות הלחימה באה לידי ביטוי בדבריו של מנחם פינקלשטיין בעת שניהן בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי: "הפרקליטות הצבאית עמדה בשנה האחרונה בפני אתגר גדול – מתן ייעוץ משפטי ואכיפת דין תוך כדי לחימה קשה וממושכת. הדבר חייב אותנו להתמודד עם דילמות, כגון מה מידת המעורבות של גורמים משפטיים בהחלטות מבצעיות של צה"ל [...] לדעתי, עמדה הפרקליטות הצבאית באתגר שהונח לפתחה, בצורה מרשימה. בשנה האחרונה שותפנו והיינו מעורבים בהיבטים שונים הנוגעים ללחימה, באופן שהוא חסר תקדים בהיסטוריה של צה"ל. השתתפותם של קציני הפרקליטות הצבאית בהליכי קבלת החלטות הנוגעים לפעילות מבצעית, הטמעת היבטים משפטיים בפקודות הצבא, התייעצות בזמן אמת של כוחות בשטח עם משפטנים – כל אלה הן בגדר מעשה יומיומי במציאות הלחימה של צה"ל. העובדה שהפצ"ר הוא חבר קבוע בישיבות המטה הכללי, פתחה אף היא דרך יעילה להבאת ההיבטים

של הפרקליטות הצבאית, בחלק המוקדש לתיאור מבנה המחלקה ופעילותה, נכתב בין היתר כי "קציני המחלקה מלווים את העשייה המבצעית של צה"ל, ומחווים דעתם בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הביטחונית של צה"ל, בדגש על הלחימה בארגוני הטרור ברצועת עזה ובלבנון".<sup>120</sup> תפקיד מרכזי של דבל"א, שהלך והתפתח בשנים האחרונות, הוא פיקוח על יישום עקרונות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי בעת לחימה.<sup>121</sup> זהו תפקיד מורכב, בין

המשפטיים באופן שוטף ובלתי אמצעי לשולחן הדיונים של ראשי הצבא, בדיוני פורום מטכ"ל ובהערכות המצב המטכ"ליות". מנחם פינקלשטיין "דברי פתיחה" משפט וצבא 16 (2003) (ללא מספרי עמודים).

119 Alan Craig, *Lebanon 2006 and the Front of the International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law*, 26 CONNECTICUT J. OF INT. L. 367 (2011) בכך הנוגע לפעולות צה"ל באזור יהודה והשומרון, תפקיד הפיקוח מופקד בעיקר בידי יחידת היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון. כפי שמצוין בדף היחידה באתר הפרקליטות הצבאית, במסגרת היחידה פועל מדור ביטחון-פלילי, העוסק "בייעוץ משפטי שוטף ובזמן אמת בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הביטחונית בגזרות השונות". מחלקות נוספות בפרקליטות הצבאית (מחלקת הייעוץ והחקיקה; התביעה הצבאית, ובפרט, חוליית הפרקליטות העוסקת בעניינים מבצעיים) נדרשות אף הן לפקח על היבטים מסוימים של פעולות הצבא בעת לחימה. ראו מבנה הפרקליטות הצבאית: [www.law.idf.il/368-he/Patzar.aspx](http://www.law.idf.il/368-he/Patzar.aspx). בנוסף, בשנים האחרונות הוקם מערך ייעוץ אופרטיבי, הכולל יועצים משפטיים לפיקודים, לזרועות ולאוגדות. דוח הפרקליטות הצבאית לשנת 2008 מצייין כי "בהמשך ללקחי מלחמת לבנון השנייה, הוקם במהלך השנה מערך הייעוץ האופרטיבי של מפצ"ר בחירום, המיועד לתת ייעוץ משפטי בחירום מרמת המטכ"ל ועד רמת האוגדה בכלל הגזרות אשר משתתפות בלחימה. במסגרת הפעילות להקמת המערך, שובצו קצינים מהפרקליטות, בסדיר ובמילואים, במינוי משנה כיועצים משפטיים בחירום; גובשה פקודת הפעלה ותו"ל למערך הייעוץ והוקם מערך תיעוד ודיווח, הכולל את חמ"ל מפצ"ר וחמ"לים פיקודיים". ראו [www.law.idf.il/sip\\_storage//FILES/3/393.pdf](http://www.law.idf.il/sip_storage//FILES/3/393.pdf).

120 דף מחלקת הדין הבין-לאומי באתר הפרקליטות הצבאית: [www.law.idf.il/456-he/Patzar.aspx](http://www.law.idf.il/456-he/Patzar.aspx). בנוסף, ברוח הפרקליטות הצבאית לשנת 2007 צוין כי בשנה זו "ליוו קציני המחלקה את העשייה המבצעית של צה"ל בכל הזירות, וחיוו דעתם בנוגע להיבטים המשפטיים של הפעילות הביטחונית של צה"ל [...] במסגרת זו, ניתן ייעוץ משפטי שוטף ובזמן אמת לגורמי [צבא שונים], תוך השתתפות בדיונים, הערכות המצב ועבודות המטה". דוח שנתי לשנת 2007, הפרקליטות הצבאית: [www.law.idf.il/sip\\_storage//FILES/3/393.pdf](http://www.law.idf.il/sip_storage//FILES/3/393.pdf).

121 אביחי מנדלבלויט, הפרקליט הצבאי הראשי בתקופת מבצע "עופרת יצוקה", התייחס למעורבות הפרקליטות הצבאית בפעילות המבצעית בריאיון מקיף שנערך עמו בעיתון "הארץ". ראו עמוס הראל "הפרקליט הצבאי הראשי, תת אלוף אביחי מנדלבלויט, מדבר על עופרת יצוקה, צייקו תמיר וגם על 'בצלם'" הארץ 18.9.2009. עוד ראו דבר מעורבות קציני

היתר על רקע חוסר הבהירות של המשפט הבין-לאומי וההשלכות הניכרות של הייעוץ המשפטי בתחומים אלו.

מחלקת הדין הבין-לאומי הגיעה לתודעה הציבורית בישראל בעקבות מבצע "עופרת יצוקה", שהתרחש ברצועת עזה בתחילת שנת 2009. עיון בדוח הפרקליטות הצבאית לשנת 2009 משקף תמונה חיובית של מעורבות הפרקליטות בלחימה.<sup>122</sup> מנגד, מעורבות זו זכתה לתיאור ביקורתי במסגרת כתבה מקיפה שפורסמה בעיתון הארץ, שכותרתה: "מבצע 'עופרת יצוקה': כך נתנה הפרקליטות הצבאית לצה"ל לנצח".<sup>123</sup> בכתבה נטען כי דבל"א נתנה הכשר משפטי לפעולות מבצעיות שהיו על גבול החוקיות. נטען כי "לחצם של הגורמים המבצעיים וההבנה לשיקוליהם מצד פרקליטי דבל"א משפיעים על חוות הדעת המשפטיות [...] 'כשהיועצים המשפטיים חשבו שמהו פסול או בעייתי, בהחלט היה עליהם לחץ לתת שורה תחתונה חיובית'".

נוסף על הפרקליטות הצבאית, תפקיד פיקוח משפטי-פנימי חשוב שמור ליועץ המשפטי לממשלה ולמשרד המשפטים. במסגרת משרד המשפטים פועלים כמה גופים שיש להם חלק בפיקוח על הצבא בשעת לחימה. מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה מייצגת את רשויות הצבא בעתירות התוקפות פעולות של הצבא בשעת לחימה. מחלקת הבג"צים מעורבת גם בפיקוח המשפטי השוטף על רשויות הצבא, ולעתים פרקליטי המחלקה נדרשים להתייחס לחוות דעת משפטיות הניתנות על ידי דבל"א והפרקליטות הצבאית אף בהיעדר עתירה קונקרטי לבית המשפט.<sup>124</sup> בנוסף, מעורבים בפיקוח על רשויות הצבא תת-מחלקת הייעוץ

122 דוח הפרקליטות הצבאית בשנת 2009, [www.law.idf.il/sip\\_storage/FILES/0/750.pdf](http://www.law.idf.il/sip_storage/FILES/0/750.pdf), 28.1.2008. הארץ הרמטכ"ל וצמרת צה"ל אישרו לחסל מבוקשים וחפים מפשע" הארץ 28.1.2008. המחלקה בכתב כי "שנת 2009 החלה כאשר מבצע 'עופרת יצוקה' ברצועת עזה היה בעיצומו. במהלך הלחימה יישמנו באופן מוצלח את הלקחים ממלחמת לבנון השנייה, תוך העמקת המעורבות המשפטית בתהליך קבלת ההחלטות המבצעי בצה"ל. המבצע, על היבטיו האופרטיביים וההומניטאריים, לוהה בייעוץ משפטי של הפרקליטות הצבאית ברמת המטכ"ל, הפיקוד והאוגדה".

123 אורי בלאו ויותם פלדמן "מבצע עופרת יצוקה": כך נתנה הפרקליטות הצבאית לצה"ל לנצח" הארץ 23.1.2009.

124 פרקטיקה זו זכתה לביטוי בתיאור מחלקת הבג"צים באתר משרד המשפטים, שם נכתב: "בנוסף, קיימים נושאים, בעיקרם ביטחוניים, בהם על פי הנחיות פנימיות נדרשת היועצות מוקדמת עם פרקליט ממחלקת הבג"צים בטרם קבלת החלטה". [www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/MehozotHapraklitutVehamachlakot/Rashit/Bagaz.htm](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/MehozotHapraklitutVehamachlakot/Rashit/Bagaz.htm). תיאור דומה מופיע בהתייחסות משרד המשפטים לוועדת טירקל ("במדינה והפרקליטות סבורה שקיים קושי להגן על עמדת הצבא או שיש צורך בשינויה – מתקיים שיח ושיג עם הפצ"ר, וכאשר נמצא כי יש הצדקה לכך, משתנה העמדה או שמתקבלת החלטה שלא להגן על

שבמחלקת הייעוץ והחקיקה<sup>125</sup> והמשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים). יוער כי במסגרת משרד המשפטים פועלות יחידות נוספות העוסקות במשפט הבין-לאומי, אולם הן אינן מעורבות בפיקוח השוטף על רשויות הצבא בשעת לחימה. כזו היא המחלקה הבין-לאומית בפרקליטות המדינה, המחלקה הבין-לאומית במחלקת הייעוץ והחקיקה והמחלקה המרכזת את הטיפול בתביעות נגד בכירים ישראלים בחו"ל. כפי שניתן לראות, אין במשרד המשפטים גוף אחד המרכז את הפיקוח המשפטי-הפנימי על פעולות הצבא בשעת לחימה. תפקיד זה מופצל בין גופים שונים. גופים אלו נעדרי התמחות ייחודית בתחום זה, שכן כל אחד מהם מופקד גם על משימות אחרות, מתחומי משפט אחרים. גופים ממשלתיים אחרים המעורבים בפיקוח על פעולות הלחימה של צה"ל ובשיח המתנהל בסוגיות המשפטיות הנלוות לכך הם המחלקה המשפטית של משרד הביטחון, המחלקה המשפטית של משרד החוץ, המחלקה המשפטית במשרד ראש הממשלה והייעוץ המשפטי של המועצה לביטחון לאומי. ריבוי הגורמים העוסקים בתחום זה מחייב לבחון גם את מנגנוני העברת המידע ושיתוף הפעולה ביניהם.

### 3. לקחים ומסקנות ראשוניים

מה אפשר ללמוד מכל שפורט לעיל על מערך הפיקוח המשפטי-הפנימי על לחימה בישראל? כפי שצוין לעיל, המסקנה העיקרית היא כי מדובר בתחום הראוי למחקר אקדמי נוסף. מחקר זה ראוי שיעסוק בעיצוב המוסדי של גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי. מחקר זה ראוי שייבחן את אופן התמודדותם של גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי עם האתגרים הניצבים בפניהם. מוטב כי גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי ישתפו פעולה עם מחקר מסוג זה ואף יעודדו אותו. להלן מחשבות ראשוניות בנושא זה.

עמדה זו. במקרים בהם מתגלעת מחלוקת בין הפצ"ר לפרקליטות, מובא הנושא להכרעת היועץ המשפטי לממשלה, שהכרעתו מחייבת את הפצ"ר ואת הפרקליטות".  
 125 כעולה מאתר משרד המשפטים, מחלקת הייעוץ "מסייעת ליועץ המשפטי לממשלה בתפקידו כפרשן המוסמך של הדין עבור הגופים הממשלתיים. במסגרת זו עוסקת המחלקה במתן חוות דעת והנחיות למשרדי הממשלה השונים, וכן לגופים ציבוריים אחרים. לשם כך עובדת המחלקה, באופן שוטף, מול היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים, בהכוונה ובקביעת מדיניות. בנוסף, יוזמת המחלקה פניות והנחיות לגופי הממשלה השונים ולגופים ציבוריים אחרים לשם הבטחת שלטון החוק, ומלווה הליכים משפטיים הכרוכים בשאלות של גיבוש וקביעת מדיניות. [...] בנוסף, אחראית המחלקה לנושאי חקיקה מסויימים ובהם חקיקה [...] בנושאים ביטחוניים, בנושאים הקשורים לתחיקת הבטחון בשטחים". <http://tinyurl.com/3b4ouaj>

**(א) השפעת הדרג הפוליטי על גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי**

הסוגיה הראשונה הטעונה מחקר נוסף היא מידת השפעתו של הדרג הפוליטי והפקידותי הבכיר על תפקודם של גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי. כפי שצוין לעיל, אחד הטעמים העיקריים שהובילו לכישלון מערך הפיקוח המשפטי הפנימי בארצות הברית הוא הפוליטיזציה של המינויים הבכירים במערך הייעוץ המשפטי.<sup>126</sup> בישראל, על פני הדברים, המצב שונה. מינוי בכירי המערכת המשפטית הפנימית מבוסס על סטנדרטים מקצועיים. היועץ המשפטי לממשלה,<sup>127</sup> פרקליט המדינה והמשנים ליועץ המשפטי לממשלה אמנם ממונים על ידי הממשלה, אולם זאת על סמך המלצה של ועדת איתור, שנתפסת כוועדה מקצועית, הבוחנת את יכולותיהם המקצועיות של המועמדים.<sup>128</sup> במינויים זוטרים יותר במערך הייעוץ המשפטי יש משקל רב לדרג המקצועי במשרד המשפטים ובנציבות שירות המדינה, המשולבים בתהליך המינוי. בפרקליטות הצבאית מרבית המינויים נעשים על יסוד מקצועי.

אולם עיון מעמיק יותר מציב כמה סימני שאלה וסוגיות הטעונות בירור ובדיקה.<sup>129</sup> לדוגמה, יש לבחון עד כמה יש לדרג הפוליטי ולדרג הפקידותי הבכיר השפעה על גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי באמצעות השליטה על הקצאת משאבים לגופים אלו. כשמדובר בפרקליטות הצבאית, היא ודאי מושפעת מהחלטות העוסקות בתקציב ובמשאבי אנוש המתקבלות על ידי גופים אחרים בצבא. בנוסף, יש מקום לשרטט ביתר פירוט את השפעתו של הדרג הפוליטי על המינויים בגופי הפיקוח המשפטי-פנימי. למשל, לדרג הפוליטי יש

126 זאת, בד בבד עם שליטת בעלי התפקידים הבכירים על מינויים זוטרים יותר במערך הייעוץ המשפטי. אגב אורחא אציין כי הקונגרס האמריקאי ביקש בעקבות האירועים מושא מאמר זה להגביל את התערבות הדרג האזרחי בייעוץ המשפטי הניתן על ידי הפרקליטים הצבאיים לרשויות הצבא. לטעמי, הדגש צריך להיות על דה-פוליטיזציה של גורמי הייעוץ המשפטי האזרחי ויצירת מערכת של איזונים ובלמים בינם לבין היועצים המשפטיים של הצבא.

127 כידוע, הליך מינוי היועץ המשפטי לממשלה היה מושא לבדיקה של הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים בכהונתו, בראשות נשיא בית המשפט לשעבר מאיר שמגר.

128 ראו בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 29.1.2012). אך מנגד ראו שוקי שדה "המוקד לאיתור מקורבים: כך הפכו הפוליטיקאים את ועדות האיתור לפארסה" דה מרקר 14.9.2012.

129 לניתוח ביקורתי של עצמאות והיעדר משוא הפנים של הפרקליטות הצבאית ראו מכתב ארגון "יש דין" לוועדת טירקל מיום 23.3.2011. [www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/6065emdaYesDin.PDF](http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/6065emdaYesDin.PDF).



נציגות ומעמד בוועדות האיתור לתפקידים בכירים במשרד המשפטים.<sup>130</sup> הוא בעל השפעה על מינויים משפטיים שונים, לרבות השפעה מסוימת על מינוי שופטים והשפעה על מינוי בעלי תפקידים במערך הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת. בכל הנוגע לפרקליטות הצבאית, מינויו של הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) עצמו מבוצע על ידי הדרג הפוליטי (שר הביטחון) על פי המלצת הרמטכ"ל.<sup>131</sup> בנוסף, למצער באשר לשני הפרקליטים הצבאיים הראשיים האחרונים, הוענקה להם דרגת אלוף אישית על ידי הרמטכ"ל באישור שר הביטחון, באופן שעורר, על פני הדברים לפחות, ספק באי-התלות המוסדית של בעלי תפקידים אלו.

חשש דומה אפשר שיתעורר מהכיוון ההפוך – שימוש גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי בכוח המסור להם כדי לכפות את דעתם האישית על מקבלי ההחלטות. יו טוען, בהקשר זה, כי הטרוניות המופנות כלפיו בדיעבד יסודן בגישה שעל פיה על עורכי הדין הממשלתיים לכפות את עמדותיהם האישיות בנושאי מדיניות שונים על הנשיא תוך שימוש בסמכות המסורה להם לפרש את החוק. לדבריו, כל אותם מבקרים ביקשו בדרך זו לעשות שימוש בהליך המשפטי כדי לכוון את המדיניות בשעת לחימה לפי העדפותיהם חלף השפעה ישירה על נבחרי הציבור באמצעות הבחירות ובדרכים נוספות.<sup>132</sup>

#### (ב) התרבות הארגונית של גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי

כידוע, לתרבות הארגונית של גוף ביורוקרטי השפעה מכרעת על דרך תפקודו.<sup>133</sup> ביטוי מובהק לחשיבות התרבות הארגונית באה לידי ביטוי במחקר שעשה יואב דותן ועסק במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.<sup>134</sup> עד כה, למיטב הידיעה, לא נעשה מחקר דומה על גופי פיקוח משפטי-פנימי אחרים, כדוגמת מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים או הפרקליטות הצבאית. מחקר מסוג זה נחוץ כדי לבחון את יכולתם של גופים אלו לממש את תפקידם הפיקוחי.

130 לדוגמה, מנכ"ל משרד המשפטים, נציגו של שר המשפטים, הוא שותף קבוע בוועדות האיתור. פעמים רבות שר המשפטים מופקד על מינוי חברים נוספים בוועדת האיתור. על כן על אף החזות המקצועית לכאורה של הליך המינוי, מדובר בסוגיה הטעונה מחקר נוסף.

131 סעיף 177 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. לתיאור מאבק בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל בכל הנוגע למינוי הפרקליט הצבאי הראשי ראו עמוס הראל "ברק חזר בו מהכוונה למנות ועדת איתור למינוי הפצ"ר" הארץ 27.7.2011.

132 Yoo, לעיל ה"ש 33, בעמ' 180.

133 TOM CHRISTENSEN, PER LÆGREID, PAUL G. RONESS & KJELL ARNE RØVIK, ORGANIZATION THEORY AND THE PUBLIC SECTOR: INSTRUMENT, CULTURE AND MYTH (2007).

134 Dotan, לעיל ה"ש 44.

סוגיות שיש לבדוק בהקשר זה כוללות בין היתר את אלה: טיב ההכשרה המקצועית המוענקת למשתייכים לגופי הפיקוח המשפטי-הפנימי; הליכי המינוי והקידום בגופים אלו; תרבות הדיון בגופים אלו; האתוס של גופים אלו והמשקל שיש לתפקיד הפיקוחי באתוס זה; הזיקה בין המשתייכים לגופים אלו לגופי הרשות המבצעת המפוקחים; הזיקה בין גופי הפיקוח המשפטיים-הפנימיים בישראל וגופי פיקוח דומים ברחבי העולם.

ניטול לדוגמה את מחלקת הדין הבין-לאומי. מחלקה זו כוללת קצינים מסורים ומוכשרים, הנוטלים על כתפיהם כבר מגיל צעיר ומשלב מוקדם בקריירה המקצועית שלהם ייעוץ בתחומים מורכבים וסבוכים. קצינים אלו פועלים במסגרת ההייררכייה הצבאית, ואפשר לטעון כי הם נתונים בניגוד עניינים אינהרנטי. מתעוררת השאלה עד כמה ההכשרה המקצועית של קצינים אלו, הנעשית לרוב בתוך היחידה עצמה, מאפשרת להם להשמיע דעות מגוונות, לרבות דעות החורגות מהעמדה שמביעים קצינים בכירים במחלקה. עלול להתעורר החשש כי הרקע הדומה וההכשרה בעת התפקיד של קצינים אלו מביאים לתופעה של "חשיבת יחד", שעל חסרונותיה עמדתי לעיל.

שאלה נוספת נוגעת לאתוס של מחלקה זו ושל הפרקליטות הצבאית בכלל. בכתבה שעסקה בתפקוד דבל"א בעת מבצע "עופרת יצוקה" תואר דניאל רייזנר, שכינה בעבר כראש דבל"א, כמי שטוען כי "הוא מבין מדוע יצא לה [למחלקת דבל"א] שם מתירני: 'אנחנו הגנו על מדיניות שהיא על הקצה [...] דבל"א הוא גוף מרסן, אבל הוא לא גוף עוצר".<sup>135</sup> גישה שונה הוצגה על ידי פנינה שרביט-ברוך, ראש מחלקת דבל"א בשעת מבצע "עופרת יצוקה": "היו דברים שאמרנו בתוך המערכת, שלא יצאו החוצה. אנחנו לא עורכי דין, ובטח שלא של המאפיה. אנחנו יועצים משפטיים [...] אנחנו לא מגינים על ה'לקוח' בכל מחיר".<sup>136</sup> ראוי לבחון עד כמה הקרבה שבין קציני דבל"א לבין מקבלי ההחלטות הבכירים בצבא, כמו גם הישיבה המשותפת בחדרי המבצעים ובחדרי הפיקוד, משפיעה על העמדות שהם משמיעים. בהקשר זה נטען כי אפשר להבחין בין גופי פיקוח מנהלי על פי רמת הקרבה (relational distance) שלהם לגוף המפוקח.<sup>137</sup> ככל שהקרבה גדולה יותר, כך יקשה על הגוף המפוקח לנקוט טכניקה פורמלית של פיקוח. מנגד, דרגת קרבה גבוהה מאפשרת לנקוט טכניקות לא-פורמליות של פיקוח. שאלות נוספות נוגעות לתפקוד אנשי המילואים, למחויבותם לאתוס היחידתי (ככל שקיים) ולהכשרה המוענקת להם עובר למילוי תפקידיהם בשעת לחימה.

135 יותם פלדמן ואורי בלאו "מבצע 'עופרת יצוקה': כך נתנה הפרקליטות הצבאית לצה"ל לנצח" הארץ 23.1.2009.

136 דנאל אל-פלג ונטע סרוסי "מי שחושב שכל פגיעה באוכלוסייה היא בלתי-חוקית – שוגה" במחנה 23 (2009) [http://dover.idf.il/IDF/News\\_Channels/bamahana/09/23/11.htm](http://dover.idf.il/IDF/News_Channels/bamahana/09/23/11.htm)

137 HOOD, JAMES, JONES, SCOTT & TRAVERS, לעיל ה"ש 42.

## (ג) היחס שבין גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי לבין עצמם

כפי שפירטתי לעיל, אחד הכשלים העיקריים במערך הפיקוח המשפטי-הפנימי בארצות הברית היה השתלטותם לכאורה של כמה בעלי תפקידים בכירים במערך הייעוץ המשפטי (אלו שנמנו עם מה שזכה לכינוי "מועצת המלחמה") על תהליך קבלת ההחלטות תוך הדרתם של בעלי עמדה שונה.

בהקשר הישראלי ידוע מעט מאוד על היחס שבין גופי הייעוץ המשפטי לבין עצמם, במיוחד בכל הנוגע לפיקוח בשעת לחימה. לדברי פנינה שרביט-ברוך, "הפצ"ר כפוף מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה, ואם יש התלבטות משפטית פונים אל היועץ המשפטי לממשלה ולא אל הרמטכ"ל, והחלטת היועץ היא שקובעת".<sup>138</sup> תמונה דומה עולה מחלקו הראשון של דוח ועדת טירקל, המתאר את ההתייעצויות שנערכו בין הפרקליטות הצבאית לבין גופי פיקוח משפטי-פנימי אחרים בכל הנוגע למדיניות הסגר הימי על רצועת עזה<sup>139</sup> וכן מהתייחסות שהעביר היועץ המשפטי לממשלה לוועדת טירקל.<sup>140</sup> יש לבדוק אם יש נסיבות שבהן אין מתקיימת היועצות שכזו, ומדוע. בנוסף, גם בנסיבות שבהן הובאה סוגיה משפטית להכרעת היועץ המשפטי לממשלה מתעוררת השאלה אם מסורים לו הכלים הדרושים לצורך בחינתה. כפי שצוין לעיל, במשרד המשפטים פועלים כמה גופים העוסקים בפיקוח על הצבא. עם זאת על פני הדברים נדמה כי אין מחלקה ייעודית המתמחה בהוראות המשפט הביין-לאומי והעוסקת בעיקר בפיקוח על עמדות דבל"א ועל פעולות הצבא בשעת לחימה. זאת, בעידן שבו תחום זה הופך מורכב וסבוך יותר ויותר, ומושפע מכתביה של מומחים בכל רחבי העולם ומפסיקה ענפה של טריבונלים מדינתיים ובין-לאומיים. ייתכן כי מאפיינים אלו מובילים לדומיננטיות של דבל"א במתן הייעוץ המשפטי בתחומי הלחימה, במיוחד בתחומים המעוררים שאלות מורכבות מתחום המשפט הביין-לאומי. טענה דומה העלה איל בנבנשתי, שציין כי "בפועל מסתפק היה"מ באצילה רחבה ומלאה של סמכותו בתחום החיוני של דיני הלחימה ובכך הוא מתפרק מחובתו", והוסיף כי "בישראל אין אפילו תחילתו של נסיון לערוך איוון שכזה בין הגורמים המייעצים בשל המונופולין שניתן בפועל

138 אל-פלג וסרוסי, לעיל ה"ש 136.

139 דוח ועדת טירקל, לעיל ה"ש 111, בעמ' 50. הוועדה מתארת פנייה של הפרקליט הצבאי הראשי ליועץ המשפטי לממשלה. בפנייה התבקשה הכרעת היועץ בשל מחלוקת שהתעוררה בין הפרקליטות הצבאית לבין גופי פיקוח משפטיים-פנימיים אחרים (היועץ המשפטי למערכת הביטחון, היועץ המשפטי של משרד החוץ והיועץ המשפטי של משטרת ישראל).

140 מכתב שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) מיום 6.4.2011 לעו"ד גוטליב, מרכז ועדת טירקל. [www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/2162douc.PDF](http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/2162douc.PDF).

לפרקליטות הצבאית".<sup>141</sup> גם יובל שני, עמיחי כהן ועדו רוזנצווייג הגיעו למסקנה דומה, בציינם כי "מערכת המשפט הצבאית הישראלית מרכזת כוח רב מדי בידי של גורם אחד [הפרקליט הצבאי הראשי – י"ר], שרמת הפיקוח האזרחי עליו היא מועטה".<sup>142</sup> ריכוז הכוח בידי דבל"א והיעדר פיקוח אזרחי מניח את הדעת אף חותרים תחת האקסיומה היסודית של פיקוח אזרחי על רשויות הצבא.<sup>143</sup>

על רקע זה נדמה כי יש מקום ליצירת גוף מקביל לדבל"א במחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים, שיהיה אחראי אף הוא על פרשנות ופיתוח דיני הלחימה ועל מעקב מתמשך אחר פעילות הצבא ועל מידת התאמתה לדיני הלחימה.<sup>144</sup> גוף זה יהיה מוקד הידע המקצועי בתחום המשפט הביין-לאומי במשרד המשפטים, ישמש מנחה מקצועי ליחידות השונות במשרד וירכוז את הטיפול בתחומים אלו במשרד המשפטים. הוא יהיה מורכב ממשפטים המתמחים במשפט הביין-לאומי ושהם בעלי מומחיות בפיקוח משפטי על רשויות הצבא. מוצע כי גוף זה יהיה בעל המילה האחרונה במשרד המשפטים, בכפוף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בתחומים הנדונים. בדרך זו אפשר להבטיח שתהיינה

141 איל בנבנשתי מצביע על שלושה כובעים שחובש לראשו הפרקליט הצבאי, באופן שמעורר ספק באשר ליכולתו למלא כל אחת מהמשימות המוטלות עליו. הכובע הראשון הוא בתחום החקיקה והתוויית המותר והאסור בלחימה; הכובע השני הוא בתחום הביצוע, ועיקרו בהנחיית היועץ המשפטי האופרטיבי לקראת הלחימה ובעתה; הכובע השלישי הוא בתחום המעין-שיפוטי, כאשר הוא מחליט על חקירה ומכריע בעניין העמדה לדין. בנבנשתי מציין כי יש לבחון "האם המחלקה העוסקת בחקירה בפרקליטות הצבאית עצמאית מהמחלקה העוסקת בהתוויית המגבלות להפעלת הכוח הצבאי והמהמחלקה העוסקת בייעוץ אופרטיבי, וכיצד משפיעה העובדה שמפקדת הפרקליטות חולשת על הזרועות השונות שלה שביניהן צריכה להיות הפרדה". מכתב בנבנשתי מיום 13.4.2011. בנבנשתי מתייחס במפורש לדומיננטיות של הפרקליט הצבאי הראשי, בציינו: "מנקודת מבט חוקתית פנים-ישראלית קשה להלום את האופן בו המערכת האזרחית מתנערת מסמכויותיה ואחריותה בתחום דיני הלחימה כאשר היא אוצלת למערכת הצבאית את הסמכות הבלעדית להגדיר את כללי ניהול הלחימה, את כללי הבדיקה והחקירה, ואף את כללי ההעמדה לדין והשפיטה". בנבנשתי מוסיף וטוען כי בשם לב לדרישה כי יתקיים שלטון אזרחי בצבא, יש להבטיח פיקוח אזרחי הדוק על כל תחומי פעילותו של הצבא, לרבות "ביחס לכל השלבים בהם ניתן ייעוץ משפטי המגדיר לצבא את המעטפת המשפטית לפעולתו". [www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/5210\\_benbenishti.pdf](http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/5210_benbenishti.pdf).

142 מכתב יובל שני, עמיחי כהן ועדו רוזנצווייג לוועדת טירקל מיום 10.2.2011, [www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8722shanyatcohen.pdf](http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8722shanyatcohen.pdf).

143 חוק-יסוד: הצבא, ס' 2.

144 בעת שמאמר זה היה מצוי בשיפוט לקראת פרסום התפרסם מכתבו של איל בנבנשתי לוועדת טירקל, ובו הועלתה הצעה דומה להקים "מחלקה לענייני דיני לחימה במשרד המשפטים" אשר "תיקח חלק פעיל בעיצוב ההנחיות לפעולה של צה"ל [...] וכן תפקח על יישומן הכללי של ההנחיות ועל הטמעתן בפעולת הצבא". ראו לעיל ה"ש 141.

לכל הפחות שתי נקודות מבט – עמדתה של דבל"א ועמדת הגוף הייעודי במשרד המשפטים – העוסקות בסוגיה האמורה, אשר תפתחנה ללא תלות האחת ברעותה.<sup>145</sup> בסופו של דבר, היועץ המשפטי לממשלה הוא שיכריע באשר לעמדה הנכונה, אולם לפניו תהא תמונה מלאה ומורכבת ולא תמונה חלקית המבוטאת על ידי גוף דומיננטי אחד בלבד. תהליך בריא של קבלת החלטות מצדיק קיומם של כמה גופים העוסקים בתחום, המתחרים זה בזה, המפתחים גישות שונות, ובסופו של דבר מתקבלת הכרעה סופית על ידי גורם מוסמך.

#### (ד) נהלים וסדרי עבודה

היבט נוסף שיש ליתן עליו את הדעת הוא הנהלים וסדרי העבודה שעל פיהם פועלים גופי הפיקוח המשפטיים-הפנימיים. במסגרת זו רצוי להידרש להנחיות הפנימיות שנקבעו על ידי ה-OLC ולהסדרים השונים שנקבעו במסגרתם. היבט מרכזי שיש ליתן עליו את הדעת הוא שאלת גילוי חוות הדעת המשפטיות בתוך הרשות המבצעת וכלפי הציבור הרחב. ראשית, כפי שפורט לעיל, אחד הכשלים בתפקוד ה-OLC בתקופת ממשל בוש היה חיסוי חוות הדעת המשפטיות שניתנו על ידי המחלקה מפני גופים אחרים המשתייכים לרשות המבצעת. על רקע זה מוצע לקבוע כללים ברורים המרחיבים את חובות הגילוי של חוות הדעת המשפטיות הניתנות על ידי גופי הפיקוח המשפטיים-פנימיים בתוך הרשות המבצעת באופן שמחד גיסא אינו גורע הרבה מהצורך להחסות את מתן חוות הדעת, ומאידך גיסא נותן מענה לצורך בליבון ודיון נוספים (גם אם אלו נעשים בין גופי הרשות המבצעת). שנית, כפי שפורט לעיל, ה-OLC נוהגת לפרסם את חוות הדעת העקרוניות שלה לציבור הרחב. בניגוד לכך, מידת הפרסום של חוות הדעת הפנימיות הניתנות על ידי גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי בישראל הוא מוגבל. מוצע לשקול שינוי בגישה זו.

## ד. סיכום

נאמר ש"אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין". במוקד מאמר זה ניצבו גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי, הפועלים במידה רבה מחוץ לאור הזרקורים, אך להם תפקיד חיוני בריסון עצמתה של הרשות המבצעת. בה בעת נמצאנו למדים כי אפשר להשתמש לרעה בגופים

145 גישה דומה הובעה בנוגע לגופי הערכת וניתוח מידע מודיעיני. לדוגמה, ועדת אגרנט לבחינת מחדלי מלחמת יום הכיפורים המליצה כמה וכמה המלצות שתכליתן קידום הפלורליזם בגופי הערכת המודיעיני. ראו שמואל אבן "ועדות לבדיקת קהילת המודיעין בישראל – מדוע המלצותיהן חוזרות על עצמן ואינן מיושמות?" עיונים במודיעין 1, 25 (2005) Yoo; לעיל ה"ש 33, בעמ' 82.

אלו, ככלי שרת בידי אידאולוגיה, ותוך ריקונו מתוכן של עקרון שלטון החוק. על רקע זה התובנה העיקרית העולה היא הצורך החיוני בהעמקת המחקר על אודות גופים אלו כדי שמן הצד האחד ימומש מלוא הפוטנציאל הגלום בהם, ומן הצד האחר יהיה אפשר להימנע מהחסרונות שתוארו.

במשימה זו אפשר להיעזר במחקר המשווה. למשל, תקופת כהונתו הקצרה של ג'ק גולדסמית' כראש ה-OLC, וספרו שפורסם בעקבות זאת, מספקים תובנות שונות. אך יש לזכור – כל אימת שאנו מבקשים ללמוד מקורותיה של מדינה אחרת, שנוהגות בה שיטת משטר שונה ומסגרת חוקתית אחרת, יש לנקוט משנה זהירות.<sup>146</sup> וכך, לעומת המשפטנים שניצבו במוקד ספרו של גולדסמית', שמונו לתפקידם במינוי פוליטי, בישראל עיקר השחקנים הם עובדי מדינה הנהנים מקריירה ארוכת שנים בשירות הציבורי. בכך אין כדי לשמוט את הבסיס מתחת להשוואה אלא להצדיק מחקר זהיר, המעניק ביטוי לניואנסים המורכבים של המציאות. צעד ראשון במחקר זה – שבו פורטו הכיוונים שבהם ראוי שמחקר עתידי באשר לפיקוח המשפטי-הפנימי על רשויות הצבא יפסע – ביקשתי לעשות במאמר זה.

146 השוו: Ackerman, לעיל ה"ש 31. אחת הטענות המועלות על ידי אקרמן היא כי בשיטת המשטר האמריקאי יש תמריץ לנשיא לפרש בהרחבה את הסמכויות המוקנות לו על פי הדין, וממילא להפעיל לחץ על גופי הפיקוח המשפטי-הפנימי. זאת, על רקע דפוס הפרדת הרשויות השורר שם והעובדה כי לנשיא אין בהכרח שליטה על הליכי החקיקה. שם, בעמ' 709. לחץ זה אינו קיים בשיטת המשטר הפרלמנטרית, שבה לממשלה השפעה רבה יותר, ויש שאף יאמרו השפעה מכרעת, על הליכי החקיקה.