

ברור וגלוי? כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל

זיו בורר*

מבוא

חייל או עובד ציבור מקבלים הוראה מן הממונה עליהם להפר את החוק. האם עליהם לציית לה? אדם הבקי במשפט הישראלי, ולו במעט, ישיב לשאלה זו בחיוב אך יסייג כי הדבר נכון כל עוד ההוראה אינה מורה לבצוע מעשה שהוא בלתי חוקי בעליל.

אך אם יתבקש אדם זה לזהות בשעת אמת את אותה "עלילות" - היסוד "בעליל" - המשנה את דרך הפעולה הנדרשת מהחייל או מעובד הציבור, ספק אם יצליח לזהותה, אפילו הוא משפטן בכיר ומיומן.

הקושי לזהות מהי אותה "עלילות", אינו יוצר רק קושי אקדמי תיאורטי, אלא גם קושי מעשי יומיומי לכל כפוף במערכת השלטונית הנאלץ להכריע לאלתר האם לציית להוראה בלתי חוקית הניתנת מהממונה עליו, אם לאו. קושי זה חמור במיוחד בישראל מכיוון שכפי שיפורט בהמשך, התפתחו בפסיקה הישראלית ארבע גישות שונות לזיהוי ה"עלילות". גישות אלה יובילו פעמים רבות למסקנות סותרות לגבי זיהוי של פקודה כבלתי חוקית בעליל. במצב משפטי זה לא יכול מקבל ההוראה לתכנן מראש את צעדיו על מנת להימנע מאישום פלילי או משמעת מכוון שהוא כלל אינו יודע באיזו גישה מבין הגישות הללו ינקוט השופט בדיעבד.

מטרת מאמר זה היא לנסות להקל את מצבו של הכפוף בהיררכיה ולהציע לו דרך פעולה בעת קבלתו פקודה בלתי חוקית. המאמר יבחן את האינטרסים הציבוריים השונים העומדים על הפרק וינסה למצוא איזון ראוי ביניהם. בחלקו הראשון של המאמר ייטען כי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בלתי חוקית אינה נטע זר במשפט הישראלי, אלא היא דוקטרינה נוספת, אחת מני רבות, המנסה לאזן בין עיקרון החוקיות לבין אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים. ראייה זו של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה תוביל למסקנה כי בבסיס הדוקטרינה חייב להיות כלל הכרעה אשר לא יאפשר פגיעה בשלטון החוק כאשר לא קיים חשש לפגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים אחרים. לאחר מכן תיבחן השאלה, מהם האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים לענייננו, על ידי בדיקה אילו אינטרסים ציבוריים היו נפגעים לו נקט המשפט הישראלי באחת משתי דוקטרינות קצה משפטיות, האחת מטילה אחריות פלילית בגין כל ציות לפקודה שאינה חוקית, והשנייה לעולם אינה מטילה אחריות פלילית בגין ציות שכזה. לאחר מכן ייסקרו הגישות הקיימות במשפט הישראלי והאיזון שהן עורכות בין האינטרסים השונים, תוך דיון ביתרונותיהן וחסרונותיהן. כן יידונו מגמות שונות בתחום הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, שקיימות בפסיקה הישראלית והשפיעו על הכרעת השופטים בנושא, ללא קשר לגישה שנקטו. ייטען כי הסיבה להתפתחות ארבע הגישות היא שכל אחת מהן יוצרת איזון אשר לעיתים אינו ראוי. בחינת היתרונות של כל אחת מהגישות תאפשר חשיפה של היסודות הנדרשים להתקיים בגישה ראויה לקביעת ה"עלילות", והם ישמשו בסיס להצעת גישה חדשה, "הגישה המשלבת". גישה זו תידון בסוף המאמר. היא מתבססת הן על היתרונות בגישות הנוכחיות והן על המגמות השונות בתחום.

מאמר זה מבוסס על סקירה משפטית רחבה של הפסיקה האזרחית והצבאית בתחום הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה העומדת להתפרסם בקרוב¹. אך בעוד שמטרתה המרכזית של הסקירה היא לפרט את המגמות והגישות

* קצין משפטים. קצין הדרכה ומחקר במגמה הפלילית בבית הספר למשפט צבאי.

ברצוני להודות למפקד בית הספר למשפט צבאי - סא"ל עמוס גיורא, לסגנית מפקד בית הספר - סרן מיכל שמיר-בורר, ולעורכת כתב העת - סרן הילה אדלר אשר נתנו לי את ההזדמנות לכתוב מאמר זה; למפקדתי, רס"ן אירנה פיין, על העזרה, הייעוץ, הביקורת והסיוע בעריכה ואשר בלעדיה לא היה מאמר זה לובש את צורתו הסופית; לסרן אמיר מלכי-אור על הערותיו והצעותיו לתיקון; לסגן שי שרביט על הייעוץ בשלבים הראשונים של כתיבת מאמר זה ולקמ"ש (מיל') מתן גולדבלט על הסיוע בעריכה. כן ברצוני להודות לאלו שסייעו באיסוף חומר למאמר זה: רס"ן יאיר תירוש וסרן (מיל') לילך זיתונה מבית הספר למשפט צבאי; רס"ן מאיה גולדשמידט מהסנגוריה הצבאית הראשית; סגן אלון כרמלי ממדור פיקוח בענף תורה ופיקוח משפטי; סגן דניאל טבקוב ור"ט מתן מיקובסקי מבית הדין הצבאי לערעורים; רפ"ק משה ברקוביץ מהיחידה לתלונות הציבור במשטרת ישראל; וארכיון צה"ל.

¹ ז' בורר "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה המפקד ופקודות בלתי חוקיות בעליל בצה"ל" בתוך המשפט הפלילי בצה"ל (עומד להתפרסם בקרוב).

השונות בפסיקה הישראלית בתחום, הרי שמטרת מאמר זה היא לבחון האם הגישות השונות לזיהוי ה"עלילות" במשפט הישראלי משרתות את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק, הן אלו הנובעות מהיותה כלי איזון משפטי בין שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים אחרים, והן אלו הנובעות מאופיה הייחודי, ולהציע גישה חדשה אשר תשרת כראוי את התכליות האמורות.

הגנת הצידוק לפקודה בלתי חוקית ככלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים אחרים

על רשות מנהלית לפעול בתחום הסמכויות שנקבעו לה בחוק. חרזה הרשות מתחום זה, למעשה לא יהיה כל תוקף, ומבחינה משפטית הם "כלא היו"². זהו עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי הקלאסי (עיקרון חוקיות המנהל)³, הוא עמוד התווך של המשפט המנהלי ואחד מעמודי הבסיס של השלטון במדינה דמוקרטית. עתה נשאלת השאלה: פעלה הרשות מחוץ למתחם הסמכות החוקי שלה, האם נתעלם ממעשיה? התשובה המיידית המתבקשת מעיקרון שלטון החוק היא שאם מבחינת המציאות המשפטית מעשים אלו חסרי קיום, הרי שעלינו לפעול לכך שגם במציאות הגשמית לא יהיה להם כל תוקף.

אולם מה נעשה כאשר הנזק הציבורי שייגרם מהתעלמות ממעשים אלו, גדול מהנזק הציבורי שנגרם מעצם עשיית המעשה? האם גם אז נתעלם מהמעשים חסרי הסמכות של הרשות? התשובה לשאלה זו נובעת אף היא מאופיו של השלטון הדמוקרטי: מרבית העקרונות במשטר הדמוקרטי אינם מוחלטים, אלא ניתנים לאיזון כך שנוצרת התאמה ביניהם לבין דרישות המציאות. לפיכך אם, למשל, שגתה הרשות בפרוצדורה להפקעת שטח במעבה האדמה למטרת פרוייקט בעל חשיבות לאומית⁴, או אם חוקקה הרשות במשך כמאה שנה את חוקיה שלא לפי הפרוצדורה הראויה⁵, והנזק שייגרם במקרים אלו מההכרזה על מעשי הרשות כבטלים, גדול מהנזק שנגרם לשלטון החוק - הרי שבמקרים אלו תינקט גישה המעדיפה את "התוצאה ההולמת"⁶, ואינטרס הציבור בוודאות וביציבות יועדף תוך מתן שהות לרשות לתקן את מעשיה. כמו כן, אם בנתה רשות מנהלית גשר בניגוד לתוכנית המתאר, אולם האזרח עתר לבית המשפט כעבור זמן רב, והרשות קרובה לסיום הגשרי - נוכח איזון הנזקים תידחה העתירה בשל דוקטרינת השיהוי.

דוקטרינות התוצאה ההולמת והשיהוי הן דוקטרינות משפטיות שמטרתן לאזן בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, ולפיכך חשוב להגיש כי כאשר לא יעמדו אינטרסים ציבוריים חשובים מול עיקרון שלטון החוק, או כאשר הפגיעה בעיקרון שלטון החוק תהיה חמורה ביותר, לא תופעלנה הדוקטרינות האלה, ומעשי הרשות יוכרוזו כלא היו⁷. יש לזכור כי הכלל הוא ההגנה על שלטון החוק, והחריג הוא נסיגה חלקית של עיקרון זה כאשר צרכי המציאות מחייבים זאת.

המפקד הצבאי הוא אורגן של רשות שלטונית, ועליו לפעול בתחום הסמכות שניתנה לו בחוק. חרג המפקד מסמכותו, הרי שבהתאם לעיקרון החוקיות, ניתן היה לטעון כי ראוי שלמעשו לא יהיה כל תוקף, ומכך מתבקש כי פקודיו צריכים להתעלם ממעשים אלו. היו מעשים אלו פקודות, על החייל להתעלם מהן ולא לציית להן. בהתאם לכך קבע בית הלורדים עוד במאה ה-18, כי *The British Mutiny Act of 1717*, שחייב חייל לציית לכל פקודה הניתנת לו

2 ב' ברכה משפט מינהלי (1997, כרך I) 35. לדיון בעיקרון החוקיות ראו שם, בע' 35-52. ליישום עיקרון זה ראו, למשל, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שב התחבורה, פ"ד (3) 337, 358 ("מחוקק המשנה אינו שואב את כוחו אלא מהקניית סמכויות בחוק האם, המגדיר את מסגרת הפעולה המותרת לר"). לפסיקה מהתקופה האחרונה בנושא ראו רע"פ 3268/02 קחולי נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(2) 835.

3 י' זמיר הסמכות המנהלית (התשנ"ו, כרך א) 60. לדיון בעיקרון החוקיות ובעיקרון שלטון החוק ראו שם, בע' 49-64.

4 ע"א 119/01 אקונס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(1) 817, 859-861.

5 *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

6 למונח זה ראו דברי השופט ביניש ברע"פ 2143/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 701.

7 עמ"ה 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובניה, חיפה ואח' נ' החברה להגנת הטבע ואח', פ"ד נד(3) 673, 678-679.

8 לדוקטרינת התוצאה ההולמת (הבטלות היחסית) ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מון(5) 832, 848. לדוקטרינת השיהוי ראו בג"ץ 3939/99 שדה נחום ואח' נ' ממדינת ישראל ואח', פ"ד נון(6) 25, פסקה 155 לפסק דינו של השופט אור.

על ידי מפקדו ללא קשר להיותה חוקית או בלתי חוקית, הוא חוק הנוגד עקרונות בסיס של הממלכה (Fundamental laws of the realm), וכי

Commands or orders of the crown (the supreme authority) are bound and restrained within the compass of the law; and no person is obliged to obey any such order or command, though from the king, if it be illegal, but punishable by law if he does.

בעקבות זאת שונה החוק ב-1749, ונקבע בו כי על חייל חלה חובה לציית רק לפקודות חוקיות שניתנות מאת המפקד⁹.

אולם גם כאן נשאלת השאלה אם למעשה של מפקד החורג מסמכותו (במקרה זה במתן פקודה בלתי חוקית) לא יהיה כל תוקף מחייב אף במקרים שבהם הנזק הציבורי מאי הציית לפקודה גדול מהנזק שייגרם מעצם ביצוע המעשה הבלתי חוקי נשוא הפקודה. לשם איזון האינטרסים הנוגדים הללו פותחה הגנת הציידוק עקב מילוי פקודה, הקובעת כי יש לציית לצו מחייב¹⁰ של רשות מוסמכת כל עוד אין מדובר בצו בלתי חוקי בעליל¹¹.

למרות שמאמר זה יתייחס בעיקר לאורגן השלטוני הנקרא מפקד, הרי שהגנת הציידוק אינה מדברת על אורגן זה בלבד, אלא מספקת נוסחת איזון כללית בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים בכל מקרה שהמעשה השלטוני הבלתי חוקי הוא "צו המחייב ציות של רשות מוסמכת".

התייחסות להגנת הציידוק ככלי משפטי נוסף, אחד מני כמה, שנועד לאזן בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, מאפשרת לנו להסתכל על הגנת הציידוק באספקלריה רחבה יותר כך שגם כאן יהיה עלינו לבחון אם הגנה זו אכן משרתת את יעודה ומעדיפה את האינטרסים הציבוריים השונים רק כאשר הפגיעה בהם חמורה מהפגיעה בשלטון החוק. כן נבחן האם לא קיימת בהגנה זו העדפת יתר של האינטרסים הציבוריים האמורים גם מקום שאין בכך צורך, והאם לא קיימת בה דווקא העדפת יתר של שלטון החוק כך שאינטרס זה מועדף גם במחיר של פגיעה אנושה באינטרסים הציבוריים האחרים העומדים על הפרק. עם זאת, התבוננות בהגנת הציידוק דרך אספקלריה זו, אל לה לגרום לנו להתעלם ממאפייניה הייחודיים של ההגנה: בעוד שבדוקטרינות השיהוי והתוצאה הראויה האיזון נעשה בדיעבד על ידי גורם משפטי מקצועי, בענייננו ההכרעה אם לציית לצו הרשות המוסמכת נעשית לרוב לאלתר¹² על ידי גורם שהידע המשפטי שלו הוא מזערי ולעתים גם בלחץ רב, למשל בעת לחימה.

שלילת גישת "האחריות המוחלטת"

על מנת לבחון מהם האינטרסים הציבוריים שייפגעו מהתייחסות לפקודה בלתי חוקית כמעשה שלא היה (void), ניתן לבחון את המצב המשפטי תחת הסדר חוקי מסוים: הסדר זה מחייב חייל לציית אך ורק לפקודות חוקיות ומטיל אחריות פלילית על המפקד ועל פקודו עקב מתן וביצוע (בהתאמה) של פקודות בלתי חוקיות כלשהן. הסדר משפטי

9 עניין זה מובא אצל 74-75 N. Keijzer *Military Obedience* (Alphen Ann Den Rihn - The Netherland, 1978) (להלן: קייזר).
10 ביחסים שבין מפקד לחייל חובה זו קיימת מכווח ס' 122-124 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן: חוק השיפוט הצבאי או החש"ץ). לחובות ציות של עובדי ציבור ראו ס' 217 (2) לחוק שירות המדינה (משמעת) התשכ"ג 1963 - וער"מ 1/81, 2 רובין נ' עיריית תל אביב, פד לו(3) 579, פסקה 4א.
11 ס' 34 (2) לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן: חוק העונשין). ראו גם את ההסדר החוקי המשלים לעניין חיילים בס' 125 לחוק השיפוט הצבאי. להלן אתייחס להגנה זאת כ"הגנת הציידוק".
12 כלי משפטי נוסף המאזן בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים ציבוריים שלא בדיעבד הוא ההלכה המאפשרת לרשות מנהלית להשתחרר מחובה עקב אינטרסים ציבוריים. הלכה זו מאזנת בין חובתה החוקית של הרשות לקיים את התחייבותיה החוזיות לבין אינטרסים ציבוריים שעלולים להיפגע עקב קיום החובה. ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506. אך ספק אם בהשתחררות חוזית זו קיימים אותה מידיות ואותו העדר מקצועיות של הגוף המחליט כמו בהגנת הציידוק עקב ציות לפקודה.

כזה הוצע בהצעת חוק פרטית שהוגשה לאחרונה לכנסת¹³. מאחר שהסדר זה מטיל אחריות הן על המפקד והן על החייל, הוא מכונה בספרות גישת "האחריות המוחלטת"¹⁴ (absolute liability).

הסדר משפטי שכזה שם דגש רב על עיקרון חוקיות המנהל. הוא נותן "שיניים אמיתיות" לאכיפת חובתו של המפקד ליתן "פקודות חוקיות בלבד"¹⁵, הן בשעת מעשה והן בדיעבד: בשעת מעשה - מכיוון שהמפקד יחשוש כי חייליו לא יצייתו לו אם פקודותיו תהיינה בלתי חוקיות, ובדיעבד - משום שיחשוש שיועמד לדין בגין מתן פקודות שכאלו. כפועל יוצא, המפקד ידאג לברר את ההסדרים המשפטיים החלים עליו על מנת שיוכל לתת פקודות חוקיות בלבד, ובכך תעלה מקצועיותו של המפקד. בהנחה שחוקי המדינה הדמוקרטית הם חוקים מוסריים, הסדר זה גם כופה הומניות ומוסר¹⁶ במקום שהחשש לאובדן צלם אנוש הוא הגדול ביותר - המלחמה. בנוסף, הסדר זה אינו דורש מהחייל ציות במודע לפקודות בלתי חוקיות, שהוא, לדעת מגישי הצעת החוק, "פגיעה מובהקת בכבוד האדם"¹⁷.

מאידך, הסדר משפטי שכזה מתעלם מהאינטרסים החשובים וכבדי המשקל אשר עומדים בצדו השני של המתרס ועלולים להיפגע מהעדפה מוחלטת של עיקרון שלטון החוק. את האינטרסים העומדים בבסיס דחיית גישת האחריות המוחלטת ניתן לחלק לשתי קבוצות. בקבוצה האחת אינטרסים המעלים טענות מסוג הצדק ושמים דגש על הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית ולביטחון המדינה עקב גישת האחריות המוחלטת. בקבוצה האחרת אינטרסים הנוגעים למצבו הנפשי והתודעתי של החייל בעת קבלתו את הפקודה הבלתי חוקית, ולפיכך הם מעלים טענות מסוג הפטר¹⁸.

את הטענות מסוג הפטר ניתן לחלק לאלו המתמקדות בתהליכים המודעים שחוזה החייל בעת קבלת פקודה בלתי חוקית, ואלו המתמקדות בתהליכים פסיכולוגיים בלתי מודעים או מודעים למחצה המתרחשים בעת קבלת הפקודה. מבחינת תהליכים מודעים ניתן להניח על סמך ניסיון החיים כי החייל הממוצע אינו בקי ברזי החוק, ויתרה מכך - כי הוא מניח שמפקדו בקי ממנו. עקב כך כונתה בעבר גישת האחריות המוחלטת בזלזול מסוים בצרפת כ"תיאוריית הכידונים האינטליגנטיים"¹⁹ ("la theorie des bayonets intelligents") מכיוון שהיא מניחה הנחה, שגויה בעיני הוגי הדעות הצרפתים, כי החייל הוא כלי נשק נבון (כידון אינטליגנטי) דיו לזהות כל חריגה מהחוק.

בנוסף, לא זו בלבד שהחייל מכיר את החוק פחות ממפקדו, הוא יודע פחות ממפקדו את המצב העובדתי שבעטיו ניתנה הפקודה, והרי פקודה יכולה להיות חוקית גם עקב קיומו של "הצדק שבדין"²⁰ להפרת החוק - הצדקים הקיימים לעתים קרובות במצב לוחמה. לפיכך הטלת חובה על החייל לברור את הפקודות הבלתי חוקיות היא הטלת חובה בלתי אפשרית המציבה אותו במצב קשה: אם ישגה ויציית לפקודה בלתי חוקית, הוא יועמד לדין פלילי בגין הפרת החוק, ואם ישגה ולא יציית לפקודה חוקית, יועמד לדין על סירוב פקודה או על או אי מילוי פקודה²¹.

- 13 הצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית (תיקוני חקיקה), התשס"ב 2002-, ה"ח פ 3641.
- 14 ראו A. Eser "'Defences' in War Crime Trials" in *War Crimes in International Law*, (Y. Dinstein & M. Tobory eds., Kluwer Law International, Netherlands, 1996) 251, 258-259 (להלן: אסר).
- 15 ראו הגדרת המשמעת במסמך רוח צה"ל.
- 16 ראו: M. S. McDougal & F. P. Feliciano *The International Law of War*, (New Haven Press, New Haven) 690.
- 17 ראו דברי הסבר להצעת החוק, לעיל הערה 13.
- 18 לחלוקה לטיעונים מסוג הפטר והצדק ראו ע' פרוש ציות, אחריות והחוק הפלילי - סוגיות משפטיות בראי פילוסופי (1996) 73, 99-100. (להלן: פרוש "ציות").
- 19 למונח זה בעברית ולמקורו ראו א' שטרומן "בשם אומרים: הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל" משפט וצבא 8, 1, 9 (להלן: שטרומן).
- 20 לדיון בסייגים למשפט הפלילי על פי חלוקה להצדקים שבדין והפטרים ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 495.
- 21 דילמה זו תוארה באופן ציורי ביותר על ידי Dicey:

The position of a soldier is in theory and may be in practice a difficult one. He may, as it have been said, be liable to be shot by a court martial if he disobeys an order, and to be hanged by a judge and jury if he obeys it.

A. V. Dicey *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (London, 7th ed., 1908) 299 (להלן: דייסי).

בית הדין הצבאי לערעורים תרגם דברים אלו וציטט אותם בע"פ 279/58 עופר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"מ מ"ד 362, בפסקה 65 (להלן: פסק דין עופר או פסק הדין של בית הדין לערעורים בעניין כפר קאסם).

יש לציין כי דברים אלו הפכו להיות טיעון בסיסי בעת דיון בסוגיית הגנת הצידיק, ובתי משפט בכל העולם חזרו עליהם בנוסחים שונים. כך, למשל, בית המשפט העליון הישראלי בע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 2033, 2076 אמר:

במקביל לתהליכים מודעים אלו מתרחשים אצל החייל תהליכים פסיכולוגיים בלתי מודעים או מודעים למחצה אשר יטו אותו לציית לפקודות אף כאשר הוא יודע כי יש בהן פגם חוקי או מוסרי. תהליכים אלו הומחשו בניסוי המפורסם של מילגראם²². בסוברם שהם עושים זאת למטרה מדעית, צייתו 100% מהנבדקים לחוקר ונתנו שוקים חשמליים במתח 300 וולט לאדם המחובר לאלקטרודות מעבר לקיר (אשר, למעשה, היה שחקן) שעה שזה נאנק מכאב ובעט בקיר. 65% מהנבדקים הגיעו למתן שוק חשמלי בגובה המרבי, ובו הם סברו כי האדם איבד את ההכרה. יש לציין כי הנבדקים הפגינו מתח רב בעת הניסוי אך צייתו לחוקר בכל זאת. מילגראם הסביר את הציות האמור בתהליכים סוציו-פסיכולוגיים שונים, וביניהם חשש לפגיעה בנורמות חברתיות על ידי הודאה בטעות ונוזיפה באחר, השגחה, גורם "מתווך" בין המעשה לבין תוצאתו (בניסוי - המכשיר החשמלי, במציאותו של החייל - הנשק), וצידוק אידאולוגי. תהליכים אלו מתקיימים באופן חזק במיוחד בסיטואציה הצבאית.

קרמניצר סבור כי עקב תהליכים פסיכולוגיים אלו לחיילים כמעט בלתי אפשרי להימנע מציות לפקודות בלתי חוקיות, ולפיכך אחריותם כמעט תמיד תהייה מופחתת²³. פרוש טען, לעומת זאת, כי תהליכים פסיכולוגיים אלו אינם מונעים מהחייל לסרב לציית לפקודה, אלא מקשים על החייל בהחלטתו²⁴. פרוש סמך את טענתו, בין השאר, על כך שכשליש מהנבדקים בניסוי של מילגראם סירבו להוראת החוקר ולא הגיעו למתן השוק החשמלי המרבי. נראה כי טענה זו נחלשת לאור העובדה כי מתוך ציות לחוקר הגיעו 100% מהנבדקים לכדי מתן שוק אשר גרם כאב ממשי וחזק. טיעון זה נחלש אף יותר לאור התוצאות בניסוי ההמשך שביצעו הפלינג ואחרים²⁵. בניסוי זה נבדקו התהליכים הפסיכולוגיים שמובילים לציות עיוור, בחיי היומיום. אחיות בבית חולים קיבלו הוראה טלפונית מרופא שלא הכירו, אך ידעו שהוא נמצא בצוות הרופאים, לספק לחולה תרופה לא מורשית בכמות מסוכנת. למרות שכללי בית החולים אסרו לספק תרופה על סמך הנחיה טלפונית, למרות שדובר בתרופה לא מורשית, ולמרות שדובר בכמות מסוכנת לחולה, 95% מהאחיות צייתו להוראה. נראה כי אם כך קרה תחת המשמעת הקיימת בבתי חולים, הרי שבמסגרת צבאית מידת הציות תהייה אף גבוהה יותר, ונראה כי צדק קרמניצר באומרו שעבור החייל הציות לפקודה בלתי חוקית הוא כמעט בלתי נמנע.

הטענות מסוג ההצדק הולכות צעד נוסף מעבר לטענות מסוג ההפטר. הן מתבססות על הקושי של החייל לזהות את חוקיות הפקודה ועל אי ידיעתו בדבר קיומם הצדקים שבדין ובוחנות כיצד התלבטותו של החייל תשפיע על המשמעת הצבאית ועל ביטחון המדינה. ראשית, לטענתן, עצם מתן שיקול דעת רחב לחייל בדבר ציות לפקודות הופך אותו לפוסק האחרון לגבי הביצוע ומעקר את המשמעת הארגונית²⁶. שנית, החייל המתלבט עשוי לסכל משימות

קיימת גם הבעיה האישית - של החייל עצמו, בידעו שהוא נתון בדילמה, שאם ימרה את פי מפקדו ויתברר כי הפקודה שנתן לו הייתה חוקית, יועמד בפני בית דין צבאי ואילו, אם יציית לה ויתברר שהיא לא נשאה אופי זה, יהיה צפוי לעונשו של המשפט הפלילי הכללי. קושי זה עשוי להיות רציני נוכח העובדה, שהחייל פשוט אינו מסוגל תמיד להחליט בו במקום אם הפקודה שכוונה אליו, היא בלתי חוקית.

וכן ראו גם דברי בית הדין הסינגפורי: *R. v. SAH Alsagoff*, [1946] 2 MC 191 (Court of Assizes, Singapore), כפי שמופיע באתר www.ICRC.org (להלן: פסק דין אלסגוף) ודברי ההגנה בבית הדין הצבאי האמריקאי ב- *U.S. v. W. L. Calley, Jr., First Lieutenant*, (No. 26,875), 22 U.S.C.M.A. 534 (להלן: פסק דין קלי).

דברים אלו של דיסי נאמרו במצב המשפטי המיוחד שהיה קיים באותה עת באנגליה: חייל אשר הפר את החוק עקב פקודה, היה נשפט בבית משפט אזרחי, אולם חייל אשר סירב לבצע פקודה, היה נשפט בבית דין צבאי. לגופים אלו הייתה השקפה שונה לגבי מידת חובת הציות של החייל. בארץ כיום מתקיים גם כן, אם כי במידה פוחתה יותר, מצב של פער בהשקפה המשפטית בין טריבוטלים מכיוון שלרוב יישפט חייל על אי קיום פקודה או על סירוב פקודה בדין משמעתי על ידי שרשרת הפיקוד שממנה יצאה הפקודה הלא חוקית, אולם על ביצוע עברה עקב פקודה יישפט החייל בבית דין צבאי. למצב שהיה קיים בעבר באנגליה, ראו גם *J. F. Stephan History of the Criminal Law* (London, 1883, vol. 1) 205 (להלן: סטיבן).

22 לדיון בניסוי זה ובתהליכים המובילים לציות ראו *R. L. Atkinson et al. Hilgard's Introduction to Psychology* (13 ed., Harcourt College Publishers, 2000) 652-659 (להלן: הילגרד) לניתוח ניסוי זה בהקשר של המשפט הפלילי ראו פרוש "ציות", *לעיל* הערה 18 בע' 111-108.

23 מ' קרמניצר "על עיקרון האשמה" *מחקרי משפט* יג (התשנ"ו) 109, 111.

24 ראו פרוש "ציות", *לעיל* הערה 18, בע' 111-108.

25 ראו הילגרד, *לעיל* הערה 22, בע' 659-658.

26 ראו דברים שנאמרו בנוגע למטרה בת"פ (חי') 6/52 *היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ ואח'*, פ"מ ה' 387, 392, ודברים דומים שאמרו *McDougal & Feliciano*, *לעיל* הערה 16.

יש לציין כי המשמעת חיונית לכל גוף ציבורי, כפי שאמר בית המשפט בעניינו של רובין, *לעיל* הערה 10, בפסקה 4א:

מבצעות לגיטימיות²⁷ או לסכן את חייהם של שאר חיילי הכוח עקב אי ידיעתו את החוק או את קיומם של הצדקים שבדין לביצוע המשימה. שלישית, החייל לרוב אינו לבד בביצוע משימתו, וכמה חיילים המקבלים אותה פקודה עשויים להתווכח בינם לבין עצמם ובינם לבין מפקדם והצבא יהפוך מגוף אורגני ממושמע ל"מועדון ויכוחים"²⁸. רביעית, גישה זו עלולה דווקא לפגוע במקצועיות המפקד בכך שהוא יהיה עסוק כל כך בבחינת החוקיות הפורמלית של פקודותיו עד שלא יבחין בקיומן של נסיבות המהוות הצדק לחרוג מהדין, וכך מרחב הפעולה שלו ייעשה צר יתר על המידה, ותיפגע הגמישות הנדרשת לכוח לוחם²⁹. יש לציין כי שיקולי הצדק חשובים ביותר לקיומה של הגנת הציוד, ומקום בו מתקיימים רק שיקולי הפטר, נראה שלא תקום הגנה זו³⁰.

שלילת גישת "ישיב המפקד"

עקב הטיעונים החזקים לשלילת גישת האחריות המוחלטת, ניתן היה לסבור כי האינטרסים הציבוריים מחייבים נקיטת גישה הפוכה, גישה כי החייל צריך לציית לכל פקודה הניתנת לו ללא קשר לחוקיותה, והמפקד נותן הפקודה הוא שיישא בדין, אם יתברר כי פקודתו לא הייתה חוקית³¹. גישה זו מכונה בספרות גישת "ישיב המפקד" (*superior respondeat*).

אולם לא זו בלבד שגישה זו פוגעת באופן חמור בעיקרון שלטון החוק, מספקת "גושפנקא חוקית לכל מעשה תועבה"³², עושה "פלסטר" מהחוק הפלילי ומערכי המדינה³³ ומונעת את האפשרות להחזיר הומניות לשדה הקרב עקב כך שמרבית מבצעי המעשים מתחמקים מענישה תוך היתלות בהוראות הנהגה מצומצמת³⁴, אלא היא גם פוגעת במשמעת הצבאית וביעילות עבודתה. הפגיעה במשמעת הצבאית מומחשת באמירותו המפורסמת של סטיבן כי

The doctrine that a soldier is bound under all circumstances whatever to obey his superior officer would be fatal to military discipline itself, for it would justify the

המשמעת היא מרכיב יסודי בשירות הציבורי כאמור, ובלעדיה לא ייכון השירות ולא יוכל לקיים את המוטל עליו בהתאם לחוקים.

בית המשפט חזר על דברים אלו או על דברים דומים בפסקי דין נוספים: ע"מ 3/85 ציטיאט נ' ת"א, פ"ד מ(1) 74 (עובד בבית חולים שטרב לעבור לעבוד בביתן החיות); עש"מ 1/86 קוקה נ' רשות השידור, פ"ד מ(2) 406 (יושב ראש ועד עובדים שסירב לשדר כתבה מכיוון שטרב שהכתבה הוכנה בצידו שנאסר על פי ההסכם הקיבוצי); ע"מ 2/87 אשדוד נ' אטיאס, פ"ד מא(4) 322 (עובדת שסירבה לעבור תפקיד מכיוון שלא פירטו בפניה את סיבות ההעברה). ראו גם עש"מ 7686/00 תעזי נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נו(1) 78 (עובדת שסירבה לעבור לעמדה שאין בה מגע עם קהל).

27 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 65.

28 ראו ע"מ 147/00 התובע הצבאי הראשי נ' אורן, פ"ד י"ז 2000, 386, 413; 1235, 1240 Fed. Cas. 15 (1867) *McCall v. McDowell* (להלן: פסק דין מק'קול).

29 ראו דבריו של השופט ג'קסון בפסק הדין *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944):

It would be impracticable and dangerous idealism to expect or insist that each specific military command in an area of probable operations will conform to conventional tests of constitutionality. When an area is so beset that it must be put under military control at all, the paramount consideration is that its measures be successful, rather than legal.

באותו מקרה היה השופט ג'קסון בדעת מיעוט בסוברו כי מערך פקודות צבאיות אשר חייב אזרחים אמריקאים ממוצא יפני שגר בחוף המערבי של ארצות הברית, לעבור למחנות, אינו חוקתי.

30 ניתן לראות זאת ברדישה כי מקור הפקודה יהיה רשות שלטונית ("רשות מוסמכת").

31 דוגמה לגישה זו בחקיקה אמריקאית מסוף מלחמת העולם הראשונה היא סעיף 347 ל-United States Rules of Land Warfar:

Individuals of the armed forces will not be punished for these offences in case they are committed under the order or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent, into whose hands they fall.

מצוטט אצל אסר, לעיל הערה 14, בע' 254.

32 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 66.

33 מ"מ 3/577 התובע הצבאי נ' רס"ן מלינקי, פ"מ יז 90, 212 (להלן: פסק דין מלינקי או פסק הדין המחויי בעניין כפר קאסם).

34 ראו אסר, לעיל הערה 14, בע' 257; *McDougal & F. P. Feliciano*, לעיל הערה 16, בע' 690; ודבריו של בית המשפט העליון בפסק דין אייכמן, לעיל הערה 21, בע' 2079.

private in shooting the colonel by the orders of the captain, or in deserting to the enemy on the field of battle on the order of his immediate superior.³⁵

הפגיעה ביעילות הצבאית נובעת ממערכת היחסים הנוצרת בין מפקד לפקודו תחת גישה זו. חייל המחונוך לציאות עיוור לא יברר עם מפקדו את חוקיות הפקודה, אך גם לא ידווח למפקדו על תנאים בשטח אשר עשויים לסכל את מטרת הפקודה מכיוון שהחייל עשוי לחשוש כי דיווח שכזה יתפרש כהטלת ספק במרות המוחלטת של המפקד. חייל כזה גם לבטח לא יתאים את הפקודות הניתנות לו אל התנאי הלחימה המשתנים, ובכך יפגעו היעילות והגמישות הנדרשות לכוח צבאי.³⁶

פקודה בלתי חוקית בעליל - ריבוי גישות

בין פטור מוחלט לאחריות מוחלטת נראה כי קיים צורך בקיומו של שביל הזהב, אשר יאזן באופן ראוי בין עיקרון שלטון החוק, מחד, לבין המשמעת הצבאית, ביטחון המדינה ומצבו הייחודי של החייל, מאידך. המשפט המקובל, ובעקבותיו המשפט הישראלי, ניסו להגיע לשביל הזהב בעזרת אימוץ גישת "הפקודה הבלתי חוקית בעליל". על פי גישה זו, על חייל לציית לפקודות חוקיות ובלתי חוקיות כאחת כל עוד הפקודה הבלתי חוקית אינה בלתי חוקית בעליל.³⁷ אך מציאת שביל זהב שכזה אינה משימה פשוטה כלל ועיקר, כפי שאמר השופט ווילס באחד מפסקי הדין הראשונים שנקטו בגישה זו:

I hope I may never have to determine that difficult question, how far the orders of a superior officer are a justification. Were I compelled to determine the question, I should probably hold that the orders are an absolute justification in time of actual war - at all events, as regards enemies, or foreigners - and, I should think, even with regard to English-born subjects of the Crown, unless the orders were such as could not legally be given. **I believe the better opinion is, that an officer or soldier, acting under the orders of his superior - not being necessarily or manifestly illegal - would be justified by his orders...**³⁸

נראה כי באופן אירוני אותו מבחן קשה אשר השופט ווילס קיווה כי לעולם לא יידרש להחיל, הפך למבחן שבו נאלץ היום להשתמש כל כפוף בהיררכיה השלטונית בישראל על מנת להכריע בשאלה אם לציית לפקודה אם לאו. יש לציין כי בשונה מגישתו ההססנית של השופט ווילס, סבר השופט הלוי כי סימן ההיכר המשמש במבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הוא "סימן היכר מובהק, ברור ופשוט בתכלית"³⁹. אך נראה כי גישתו הסקפטית של השופט ווילס משקפת טוב יותר מגישתו הבוטחת של השופט הלוי את המצב המשפטי שהתפתח בתחום הגנת הצידוק מאז פרשת כפר קאסם: חוסר ודאות לגבי זיהוי סימן ההיכר ל"עלילות" וקושי רב לכפוף בהיררכיה השלטונית בזיהוי דרך הפעולה החוקית שעליו לנקוט כאשר הוא נדרש על ידי הממונה עליו לבצע מעשה בלתי חוקי.

למרות שאף לפני פרשת כפר קאסם עסקו בתי המשפט⁴⁰ ובתי הדין הצבאיים⁴¹ בהגנת הצידוק, פסקי הדין של בית הדין הצבאי המחוזי⁴² ושל בית הדין הצבאי לערעורים⁴³ הנוגעים לפרשה זו נחשבים לפסקי הדין המנחים בתחום,

35 ציטוט זה בתרגום לעברית מופיע בפסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 66. למקור באנגלית ראו סטיבן, לעיל הערה 21, בע' 205.

36 ראו דבריו של פרוש ב"ציות", לעיל הערה 18, בע' 102, שהתייחס לפגיעה הנגרמת ליעילות הצבאית תחת גישה מחמירה פחות, שתכונה בהמשך גישת חומרת המעשה.

37 החובה לציית לפקודות קיימת בס' 122-124 לחש"ץ. הסרת חובה זו מפקודות אשר "ברור וגלוי" שהן בלתי חוקיות נעשית בס' 125 לאותו חוק. ההגנה הניתנת לחייל (או לאורח) שביצע עברה עקב ציות לפקודה, קבועה בס' 34(ג) לחוק העונשין. הטלת אחריות פלילית על החייל כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, נעשית בסיפא של אותו סעיף. על פי הגישה הרווחת, המונחים "ברור וגלוי" ו"בעליל" הם מונחים נרדפים.

38 *Keightly v. Bell* (1866) 176 E.R. 781, 793 (emphasis added)

39 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33, בע' 213.

40 לדוגמה עוד מימי המנדט הבריטי ראו ע"פ 38/44 הדמוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פל"ר 11, 140.

41 ראו, לדוגמה, 147/500 / ח' ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

42 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33.

43 פסק דין עופר, לעיל הערה 21.

ונראה שהדבר נובע הן מחשיבות הפרשה והן מכך שבראש ההרכבים ישבו שופטים רמי מעמד (השופט הלוי בבית הדין הצבאי המחוזי - לימים שופט בבית המשפט העליון, השופט לנדוי בבית הדין הצבאי לערעורים - לימים נשיא בית המשפט העליון).

בפסקי הדין האמורים נקבע, כי פקודה לירות בגברים, נשים וילדים, החוזרים מעבודתם בשדה, עקב כך שהם מפרים בזאת עוצר שכלל לא היו מודעים לו, הינה פקודה בלתי חוקית בעליל. אך קיים קושי רב בחילוף ההלכה המשפטית מפסקי הדין האמורים לגבי המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

עקב עמימות פסקי הדין⁴⁴ התפתחו בפסיקה ובספרות ארבע גישות שונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ולכל גישה ניתן למצוא תימוכין בפסקי הדין בעניין כפר קאסם. העמימות המשפטית אף החמירה לאורך השנים משום שבהעדר רצון להכריע בין הגישות השונות יצרה הפסיקה לעתים שילוב קוואיסיטי בין הגישות⁴⁵, ולעתים הגיעה להכרעה מבלי לנקוב במבחן הראוי⁴⁶.

במצב הקיים אין מבחן ברור לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ועל כן הוא מעקר מתוכן את הגנת הצידוק ככלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לאינטרסים הציבוריים האחרים. הכפוף בהיררכיה השלטונית באמת ובתמים אינו יודע מתי עליו לציית לפקודה, וההתלבטות הכנה הזו יכולה לסכל פעולות רצויות ולקיים פעולות נפסדות. מצב זה גם פוגע באופן אנוש בעיקרון ודאות החוק, שקובע כי חוק צריך להיות נהיר וברור, כך שאזרח שעליו מוטלת חובה על פי חוק זה (לבטח חובה פלילית), יוכל לזהות את החובה החלה עליו⁴⁷. הטלת סנקציה פלילית על אזרח על סמך נורמה עמומה ובלתי מובנת לוקה בשרירות חמורה, וספק אם היא יכולה לעמוד מבחינה חוקתית במדינה דמוקרטית. יש לזכור כי ההכרעה הראשונית אם הפקודה שניתנה היא חוקית, בלתי חוקית "סתם", או בלתי חוקית בעליל, לא אמורה להיערך על ידי שופט הבקי ברזי משפט, אלא לרוב על ידי חייל הדיוט, ולעתים תחת אש. כיצד יוכל להכריע החייל בו במקום בסוגיה זו כאשר אפילו בהנחה שמדובר במצב של רגיעה, עורך דין טרדן ומתערב לא יוכל להשיב לו לשאלות אם פקודה לשבור ידיים ורגלים כאמצעי עונשי היא פקודה בלתי חוקית "סתם" או בלתי חוקית "בעליל"⁴⁸, מזה בנוגע לפקודה המורה על חריגה מהוראות בטיחות⁴⁹, והאם עליו לציית לפקודה המורה לו להפר את החוק על מנת להתמודד עם חוסר אפסנאי כאשר הוא מודע להפרת החוק שבפקודה⁵⁰. לפיכך קיים צורך בהכרעה ברורה וחדה בדבר הגישה הראויה לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

בהמשך המאמר אנסה לתרום את תרומתי הצנועה לניסיון האמור, אך תחילה יש לבחון אם אחת הגישות הקיימות במשפט הישראלי משרתת את יעודה של הגנת הצידוק.

את הגישות השונות שהתפתחו במשפט הישראלי לבחינת היות פקודה בלתי חוקית בעליל, ניתן לחלק לשתי קבוצות: גישות "נורמטיביות", אשר בוחנות אם תיפגע נורמה חברתית (כללית או צבאית) עקב הציות לפקודה: גישת

44 ראו ע' פרוש "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל", עיוני משפט טו 245, 246 (להלן: פרוש "הדגל השחור"); פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 81; דבריו של פרוש מ' קרמניצר שהופיעו ב"הגנת הצידוק בשל ציות לפקודות בלתי חוקיות תקציר סימפוזיון", משפטים כ (תשנ"א) 591, 602, 611 (להלן: "סימפוזיון"). לבעייתיות דומה במקומות אחרים בעולם ראו אסר, לעיל הערה 14, בע' 260.

45 ראו צפ"צ 556/88 / התובע הצבאי נ' סג"מ שריקי ואח' (לא פורסם) (להלן: פסק דין שריקי או פרשת גולני).

46 ראו דרו 93/89 / התובע הצבאי נ' רס"ן לויט (לא פורסם), פסקאות 78 ו-79 (להלן: פסק דין לויט או פרשת גבעתי ב').

47 ראו ש"ו פלר יסודות בדיני עונשין (התשמ"ד, כרך א), 15. ראו גם דבריו של בית הדין האירופי בקשר לפעולה שלטונית שנעשתה בהעדר חוק:

A rule cannot be regarded as "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with the appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

Djavit An v. Turkey, no. 20652/92, decision of 20 February 2003, para. 66

48 השוו פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, עם פסק דין לויט, לעיל הערה 46.

49 השוו 172/59 / התובע הצבאי הראשי נ' מורן (לא פורסם) עם ע"ע 182/61 / שטרליץ ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) (תמצית פורסמה בפד"צ 1962, 83).

50 השוו ע"ע 264/84 / אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 84, 251 והערת אגב ב-147/55 / נאור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 54-55, 561, 565 עם מט"ס 313/86 / התובע הצבאי נ' בן זקן (לא פורסם). בפסק דין אלקובי המעשה הלא חוקי היה נטילת רכוש. בפסקי דין נאור ובן זקן דובר על הצהרה כחבת במסמך.

חומרת המעשה וגישת הפגיעה בערכי היסוד; וגישות "עובדתיות"⁵¹, אשר מתרכזות בידיעת החייל: גישת הידיעה בכוח וגישת הידיעה בפועל תוך התחשבות בנסיבות שבהן נמצא החייל⁵². מכיוון שבפועל במקרים רבים שילבו בתי הדין בין גישות שונות על מנת להכריע במקרה שלפניהם, לעתים יופיע להלן פסק דין אחד תחת גישות שונות אם נותחה בו הפקודה על סמך כמה גישות. לעומת זאת, לעתים יופיע פסק דין תחת גישה אחת על אף שבית הדין הזכיר באותו מקרה גישות נוספות זאת כאשר אותה גישה הייתה הגישה המרכזית באותו פסק דין.

בחנינת הגישות האמורות תראה כי במצבים שונים אחת (או יותר) מהגישות אינה מאזנת כראוי בין האינטרסים הציבוריים השונים העומדים על הפרק.

הגישות הנורמטיביות

על-פי הגישות הנורמטיביות, "העלילות" אינה אבן בוחן לבחינת מודעותו של החייל, אלא היא משקפת תכונה טבועה של הפקודה⁵³. על פי גישות אלו, בוחן בית המשפט אם מעשה העברה אשר נעשה עקב הפקודה, פגע באופן חמור במוסר החברתי (גישת חומרת המעשה); או אם המעשה נגד ערך או עיקרון יסודי חברתי, כללי או צבאי (גישת ערכי היסוד). כפי שיודגם בהמשך, גישות אלה עשויות להוביל לתוצאות שונות.

הגישות הנורמטיביות מדגישות מאוד את המשמעת הצבאית. החייל יודע שמלבד במקרים נדירים ובודדים עליו לציית לכל פקודה הנמסרת לו מאת מפקדו. לפיכך מסופקים הן שיקולי ההפטר והן שיקולי ההצדק: חוסר הוודאות של החייל קטן, נטייתו הטבעית לציית זוכה ללגיטימציה רחבה, ועקב ציטו התמידי כמעט של החייל קיים סיכוי קטן ביותר כי יתממש החשש ששימוט צבאיות לגיטימיות יסוכלו.

אך נראה כי מלבד הקשיים שמעלה כל אחת מהגישות הללו בנפרד ויידונו בהמשך, הרי שגישות נורמטיביות, ככלל, מעוררות קשיים המטילים ספק באפשרותן לשמש ככלי איזון בין עיקרון שלטון החוק לבין המשמעת הצבאית ומצבו של החייל. כפי שצוין לעיל, כלי איזון משפטי בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים אינו יכול להצדיק תוצאה משפטית הפוגעת בעיקרון האמור, מקום שהפגיעה באינטרס שמנגד היא פחותה בהרבה. והנה, מאחר שהן מצמצמות לכדי מינימום את המקרים שעל החייל לסרב לפקודת מפקדו, מובילות הגישות הנורמטיביות בפועל לתוצאות משפטיות שכאלו. גישות אלה יחייבו את החייל לציית לפקודה ולהפיר את החוק גם מקום שאי ציטו לא יגרור פגיעה חמורה במשמעת, וגם מקום שהחייל יודע שהפקודה אינה חוקית, דהיינו לא קיימים שיקולי הצדק והפטר חזקים⁵⁴.

סוגייה זו נדונה בפסיקה לרוב על ידי שימוש במשל המכוננית: חייל מקבל פקודה לנסוע במהירות העולה על המהירות המותרת. הפרמטרים שהשתנו ממלומד למלומד, היו סיבת הנסיעה ומהירותה, והוויכוח היה האם ומתי על החייל לציית לפקודה שכזו⁵⁵.

מכיוון שבעניינין של פקודות בלתי חוקיות בנהיגה ניתן בפועל פתרון בפסיקה⁵⁶, אדון בסוגיה זו דווקא באמצעות תרחיש אחר, אשר לגביו לא הייתה הפסיקה החלטית: חייל מקבל ממפקדו פקודה להשחית ציוד צבאי על מנת שעל ידי כך יסופק ליחידה ציוד טוב יותר. הגישות הנורמטיביות יחייבו ציוד לפקודה זו משום שהיא נטולת פגם מוסרי חמור. ואולם ניתן לראות בנקל כי במקרה זה לא מתקיימים טעמי ההצדק וההפטר שיש בהם להצדיק פגיעה בעיקרון

51 חלוקה זו מתבססת על הבחנה שביצע פרופ' אנקר בין גישה עובדתית לבין גישה נורמטיבית. כפי שניתן יהיה לראות בהמשך, ניתן לחלקן בפועל לכמה גישות. לחלוקתו של אנקר ראו "סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598. שמות הגישות השונות בתוך הקבוצות מבוססים במידת מה על חלוקה שנעשתה על ידי פרופ' פלר ב"צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הציוד" עיוני משפט טו 217, 224-237 (להלן: פלר "צו 'בעליל'").

52 ראו דברי ביה"ד בפרשת נבעתי ב', לעיל הערה 46, בפסקה 78 לפסק הדין: "האם 'העלילות' היא בעצם מבחן ראייתי למודעות בפועל או בכוח של המבצע או שמא היא נועדה להצביע על אופי מהותי של אי חוקיות".

53 ראו, למשל, דבריו של אורי שהם, ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 602.

54 ראו ביקורת על כך בפלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 232.

55 ראו, למשל, דבריו של אורי שהם ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 600-601; פרוש "ציטו" לעיל הערה 18, בע' 90; שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 7; צ' ענבר "הפקודה בהיותה בלתי חוקית בעליל", משפט וצבא 10 (תשמ"ט) 70, בע' 71 (להלן: ענבר); פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בע' 266.

56 דיון בפקודות אלו יעשה בהמשך תחת הדיון בפקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות.

שלטון החוק: טעמי ההפטר אינם מתקיימים נוכח ידיעתו החד משמעית של החייל בדבר אי חוקיות הפקודה; ואילו טעמי ההצדק מתגמדים נוכח העובדה כי הפקודה להשחתת רכוש צבאי מורה לפגוע במערכת הצבאית גופה. בפועל, מקום שדובר בפקודה לגרום בלאי לרכב צבאי, זיכה בית הדין את החייל בנוקטו בגישה נורמטיבית⁵⁷; ולעומת זאת, כאשר דובר בפקודה להשחית כלי נשק, הגיע בית הדין למסקנה הפוכה מבלי לפרט את הגישה שנקט⁵⁸.

קושי נוסף בגישות הנורמטיביות הוא מידת התאמתן לתכלית החקיקתית של סעיף 34(ג) לחוק העונשין. יש לזכור כי הגנת הצידוק הקבועה בסעיף זה אינה מיוחדת לחיילים, אלא מספקת הגנה מפני אישום פלילי לכל אדם שביצע עברה עקב צו מחייב מאת רשות מוסמכת. ספק גדול אם מבחינת מנהל תקין, מקצועיות המנהל ושלטון החוק ניתן לומר כי תכלית סעיף 34(ג) היא לחייב פקידים בכל הגופים הציבוריים בישראל לציית לכל הוראה בלתי חוקית מאת הממונים, מלבד באותם מקרים נדירים האסורים לציית לפי הגישות הנורמטיביות⁵⁹. נראה כי הדבר גם אינו תואם את פסיקת בית המשפט העליון, אשר הרשיע עובדי עירייה על שהרסו מבנה בלתי חוקי על סמך צו הריסה בלתי חוקי שהוצא על ידי ראש העיר⁶⁰.

יש גם המעלים קושי פורמליסטי נגד קבלת הגישות הנורמטיביות. לטענתם, המשמעות המילולית של המילה "בעליל", ולבטח של המילים "ברור וגלוי", אינה כוללת אותו התוכן המוסרי הטבוע המתבקש מגישות אלו, אלא מכוונת לבחינת מודעותו של האדם⁶¹. אך נראה כי טענה זו חלשה מכיוון שפעמים רבות קיים פער בין המשמעות המילולית היומיומית של מלה לבין משמעותה המשפטית⁶².

גישת חומרת המעשה - מבחן "הדגל השחור"

גישת חומרת המעשה כגישה נורמטיבית אינה בוחנת את ידיעתו בכוח או בפועל של החייל, אלא את החומרה המוסרית של המעשה. גישה זו מחזקת את המשמעות הצבאית מכיוון שרק במקרים נדירים יוכל החייל לסרב לפקודת מפקדו⁶³, זאת רק כאשר התוצאה העלולה להיגרם מביצוע הפקודה היא תוצאה בלתי חוקית "המקוממת את הלב והדוקרת את העין" ש"דגל שחור" מתנוסס מעליה⁶⁴. את הצמצום הרב שנוקטת גישה זו, ניתן לראות בכך שבפועל לאחר פרשת בפר קאסם רק פקודות משתי קבוצות הוכרו כפקודות בלתי חוקיות בעליל על סמך מבחן "הדגל השחור" המשמש גישה זו, לעומת המגוון הרב של פקודות שהוכרו כבלתי חוקיות "סתם"⁶⁵. קבוצת פקודות אחת שהוכרה כבלתי חוקית בעליל לפי מבחן זה, נוגעת לפרשת קו 300 (פקודה להרוג מחבלים שנתפסו, ולאחר מכן פקודה לשקר בפני מוסדות חקירה)⁶⁶, וקבוצת פקודות שניה היא פקודות המורות על הכאה של אזרחים כאמצעי עונשי⁶⁷.

57 139/75 / שלמה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד 75, 242.

58 341/82 / טופחי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד 82, 57.

59 ראו פרש "ציית", לעיל הערה 18, בע' 100.

60 ע"פ 103/60 פרושנסקי ואח' נ' תיק, פ"ד יד 1666. לעומת מקרה זה ראו עניין אטיאס לעיל 26 ממנו עולה כי בית המשפט תומך כי גם עבור עובדי מדינה כי הכלל יהיה ציות כמעט תמידי לפקודות בלתי חוקיות.

61 ראו שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 7. שטרומן תומך בגישה נורמטיבית, אך טוען כי נוסח החוק אינו מאפשר לקבלה.

62 הדבר ראוי, כמובן, כל עוד המשמעות הלשונית המשפטית היא בתחום המשמעותי המקובלת של אותה המילה. ראו א' ברק פרשנות במשפט (1994), כרך שני: פרשנות החקיקה) 81-85.

63 בארצות הברית הייתה קיימת בעבר גישה דומה, שנקטה במבחן ערכי הבוחן האם הפקודה הייתה palpably unlawful, כך שחייל בעל ההבנה הפשוטה ביותר (commonest understanding) היה מזהה את העדר חוקיותה. ראו פסק דין מק'קול, לעיל הערה 28; Re Fair, 100 F. 149 (C.C.D.); Wadsworth v. Shortall, 206 Pa. 165 (1903); Neb 1900. גישה זו נדחתה בפסיקה הצבאית האמריקאית בפסק דין קל, לעיל הערה 21, לטובת בחינת ידיעתו של החייל הסביר.

64 פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33, בע' 213-214; אומץ בפסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 67.

65 לפקודות שאינן בלתי חוקיות בעליל ראו פסק דין אובן, לעיל הערה 29; פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, בע' 73; פסק דין שלמה, לעיל הערה 57; ע"פ 172/69 / התובע הצבאי הראשי נ' דרור, פ"ד צ"צ 355, 359; ע"פ 90/86 / רגב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ"צ 86, 43. ראו גם ניתוח של פסק דין רגב כנוקט בגישה מוסרית: מ' קרמניצר "פסיקה צבאית - צידוק (ציות לפקודה), לפי ס' 24(א)(2) לחוק העונשין" משפטים יז 430, 431.

66 בג"ץ 4668/01 שריד ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(2) 265, בפסקה 18 (להלן: פסק דין יתום); בג"ץ 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, בפסקה 26.

67 בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, בפסקה 10. ראו גם פסק דין לויט עצמו, לעיל הערה 46, בפסקאות 81 ו-82.

יש לציין במאמר מוסגר כי במסגרת חוסר הבהירות הקיים בתחום היו פסקי דין אחרים אשר אזכרו אמנם את מבחן הדגל השחור, אך בפועל נבחנה שם הפקודה על פי גישות אחרות. כך, למשל, בפרשת הטנקים⁶⁸ ציין בית הדין את המבחן האמור, אך בפועל ניתח את המקרה על סמך מודעותו של חייל סביר בנסיבות המקרה לפלילות שבפקודה.

המצדדים בגישת חומרת המעשה טוענים כי מלבד חיזוק המשמעת הצבאית היא גם מצמצמת את חוסר הוודאות של החייל מכיוון שהחייל יודע כי רק במקרים שכל חייל היה מזהה את העדר החוקיות והמוסריות בפקודה, עליו לא לציית לה⁶⁹. אך נראה כי המציאות הפסיקתית מוכיחה כי זיהוי פקודה שדגל שחור מתנוסס מעליה, אינו פשוט כלל ועיקר. לאור הפסיקה הקיימת לא ניתן לקבוע על סמך מבחן זה אם פקודה להעניש אזרחים היא פקודה בלתי חוקית בעליל⁷⁰, או אם מעל פקודה לשבור ידיים ורגליים מתנוסס דגל שחור⁷¹. לפיכך חוזרת במלוא חריפותה השאלה: אם בין השופטים הנאלצים להכריע בסוגייה יש חילוקי דעות שכאלו, כיצד יוכל להכריע חייל בסוגייה זו בעת פעילות מבצעית.

גישת חומרת המעשה יוצרת גם קשיים נוספים. בעיה אחת היא סחף מוסרי. עם השנים עלולים להכיר בפקודות חמורות יותר ויותר מבחינה מוסרית ככאלו אשר דגל שחור אינו מתנוסס מעליהן⁷². כך קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין רגב⁷³ כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לרכוש תמיד בלתי חוקית בעליל; כמה שנים לאחר מכן קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי צפון בעניין שריקי⁷⁴ כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לגוף תהייה בלתי חוקית בעליל.

גישת חומרת המעשה גם אינה מעודדת מערכת יחסים של ברור ודיווח בין החייל למפקדו, מכיוון שהחייל מורגל על-פיה לציות כמעט אינסטינקטיבי, ולפיכך עשוי לא להתריע בפני מפקדו על היעדר החוקיות שבפקודה או חוסר התאמתה לתנאים בשטח⁷⁵.

בנוסף, גישה זו גם גורמת במידת מה ליצירת המצב שתיאר סטיבן (אם כי לא בתרחיש הקיצוני שתואר שם) - העדפת המשמעת הגרעינית-יחידתית על פני המשמעת הכלל-צבאית - מכיוון שלפי גישה זו, חייב החייל לציית לפקודות מפקדו הגורמות נזק למערכת הצבאית כל עוד אין בהן פגם מוסרי חמור ביותר. כך, למשל, על החייל לציית לפקודות מפקדו ליצור פיצול אפסנאי על מנת להסתיר חוסר שקיים ביחידה⁷⁶, או לגרום נזק מכוון לציוד צבאי על מנת להשיג ליחידה ציוד טוב יותר⁷⁷.

לא זו אף זו, ספק אם גישת חומרת המעשה אכן מחזקת את המשמעת הצבאית במידה הנטענת, מכיוון שחייל המחונך כי אבן הבוהן להכרעה בדבר חובת הציות לפקודה אינה חוקית, אלא מוסרית, עשוי לבכר בשעת אמת את המוסר הפוליטי האישי שלו על פני חובת הציות. כך עשוי החייל לטעון כי פקודות לפנות התנחלויות או, לחלופין, פקודות לשרת בשטחים הן פקודות בלתי חוקיות בעליל מכיוון שהן סותרות, לטעמו, את המוסר⁷⁸. אכן, חייל זה יוענש

68 169/81/ אבי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ" 81, 122 (להלן: פרשת הטנקים). בית הדין ציין את מבחן הדגל השחור, אך פירש אותו כך: "פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שמטרתה ביצוע מעשה פלילי, ולפי תפיסתו של חייל הסביר באותן נסיבות - ולא דווקא בעיניו של המשפטן - היא בעלת אופי פלילי מובהק" (שם, בע' 145; ההדגשה הוספה).

69 ראו ענבר, לעיל הערה 55.

70 השו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45 ופסק דין רגב, לעיל הערה 65, עם דרר/248/ התובע הצבאי נ' אדלר ואח' (לא פורסם) (להלן: פסק דין אדלר או פרשת גבעתי א').

71 השו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45, עם פסק דין אדלר, לעיל הערה 70.

72 ראו דברי פרופ' קרמניצר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 612.

73 פסק דין רגב, לעיל הערה 65.

74 פסק דין שריקי, לעיל הערה 45.

75 פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 102.

76 פסק דין בן זקן, לעיל הערה 50.

77 פסק דין שלמה, לעיל הערה 57.

78 ראו טענת העותרים בבג"ץ 7622/02 זונשיין ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1) 726. במט/151/03 התובע הצבאי נ' מטר ואח' (לא פורסם) נטענה טענה דומה, אולם נטען כי קיים הבדל בין "בעליל" לבין "ברור וגלוי", וכי "ברור וגלוי" שפקודה לשרת בצבא שעוסק בכיבוש, אינה חוקית.

מכיוון שמדובר בפקודות חוקיות, אך במערכת משפטית שמחייבת ציות לפקודה לפי מבחן מוסרי, ולא חוקי, חייל עלול לחוש לגיטימציה גדולה יותר לנקיטת צעדים שכאלו.

קושי נוסף בגישת חומרת המעשה הוא העדר הלימה תמידית בין מוסר ומשפט, ולכן כשם שעשויים להיות מעשים חוקיים רבים אשר חייל יסבור שאינם מוסריים, כך עשויים להיות מעשים אשר ברור וגלוי שאינם חוקיים, אך אין בהם כל פגם מוסרי.⁷⁹

נראה, אם כך, כי לאור כל הסיבות הללו ספק אם גישת חומרת המעשה יכולה לבדה להיות הכלי המשפטי המאזן בין שלטון החוק לבין ביטחון המדינה ומצבו הייחודי של החייל.

גישת ערכי היסוד

הגישה הנורמטיבית השנייה היא גישת ערכי היסוד. גישה זו בוחנת אם הפקודה הורתה לחייל להפר ערך חברתי יסודי או עיקרון צבאי חשוב⁸⁰. גישה זו היא גישה קואזיסטית, האוספת עם השנים עקרונות צבאיים וערכים חברתיים מסוימים אשר פקודה המורה לפגוע בהם תהייה תמיד בלתי חוקית בעליל, אף אם מדובר בפגיעה קלה.

ממבט ראשון בחלק מפסקי הדין הנוקטים בגישה זו קשה לזהות כי מדובר בגישה שונה, מכיוון שפסקי הדין הללו משתמשים במונחים של גישות אחרות, דוגמת גישת חומרת המעשה או גישת הידיעה בכוח. אך על אף השימוש באותם מונחים גישה זו מובילה לתוצאות שונות מהגישות האמורות.

בשונה מגישת הידיעה בכוח (השייכת לקבוצת הגישות העובדתיות), בית המשפט אינו בודק את נסיבות המקרה, אלא פועל לפי העיקרון שנקבע בפס"ד מ1/52/ כי "יש פקודות שהינן בלתי חוקיות בכל המסיבות..."⁸¹.

גישה זו שונה אף מגישת חומרת המעשה בשני מאפיינים. ראשית, גישת ערכי היסוד מגינה על עקרונות צבאיים מסוימים אשר ספק אם תמיד יהיה פסול מוסרי חמור בהפרתם⁸². שנית, גישה זו כלל לא בוחנת את הנזק שנגרם מהפרת העיקרון או הערך, אלא די לה בעצם הפרתם כדי שהפקודה תיחשב כבלתי חוקית בעליל.

עד כה נקבעו בפסיקה ובחוק הפקודות הבאות כפקודות אשר תמיד יהיו בלתי חוקיות בעליל עקב הערכים והעקרונות שבהם הן פוגעות⁸³:

א. פקודות המסכנות חיי אדם שלא לצורך.

ב. פקודות המורות על פגיעה בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או שיצאו ממנו, ובשלמות גופם.

ג. פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות (בנהיגה ובאימונים).

ד. פקודות שאין בהן כל צורך צבאי, והן ניתנו לשם מימוש מטרותיו האישיות של המפקד.

ה. פקודות שניתנו בהעדר מוחלט של סמכות.

ו. פקודות המורות לחייל למסור עדות שקר.

ז. פקודות המורות על ענישת אזרחים שלא על ידי בית משפט.

ח. פקודות אשר על פי חוק לא תחול עליהם הגנת הצידוק (השמדת עם וסיוע לנאצים).

מאחר שגישת ערכי היסוד עוסקת במספר קטגוריות מוגדרות, גישה זו מאפשרת איזון יותר בין עיקרון שלטון החוק והמוסר החברתי, מחד, לבין ערך המשמעת ומצבו של הפקוד, מאידך. גישה זו יוצרת ודאות רבה לחייל, והוא יודע כי לעולם אסור לו לציית לפקודות הנכנסות תחת הקטגוריות שצוינו⁸⁴. בנוסף, מרבית הקטגוריות הספציפיות

79 פרוש "ציות", לעיל 18, בע' 92-93.

80 ראו הגדרת פרופ' אנקר לגישה הנורמטיבית ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.

81 פסק הדין צונור, אך דברים אלו צוטטו בפסק דין מלינקו, לעיל הערה 33, בע' 212.

82 ראו, למשל, 15/65/ התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גיל וטוראי הדב, פד"צ 65, 28 (להלן: פרשת הלחם) - ספק אם יש חומרה מוסרית גדולה בהשלכת 78 ביכרות לחם, אך מכיוון שמדובר בפקודה אשר אין בה כל צורך צבאי, והיא נעשתה לצרכיו האישיים של המפקד, נקבע שהיא בלתי חוקית בעליל.

83 פסקי הדין שבהם נקבעו הלכות אלו, יפורטו בהמשך.

84 ראו דברי פרופ' אנקר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.

שהתפתחו עם השנים, מונעות העדפה של ערך הציות במקום שנפגעו שלטון החוק או המוסר החברתי יתר על המידה או כאשר לא קיימים שיקולי הפטר או הצדק חזקים. לפיכך לגישה זו יש ערך רב ככלי איזון משפטי.

אך גישה זו מעלה אף היא כמה קשיים. ראשית, ניתן לטעון כי מכיוון שהיא אינה בוחנת את חומרת התוצאה הנגרמת מהפקודה, עשויה גישה זו לפגוע במשמעת הצבאית כאשר הנזק לשלטון החוק קטן ביותר. טענה זו נחלשת נוכח היות הגישה קלה לחינוך ולהטמעה, ולפיכך כשם שהחייל יכול ללמוד בקלות לזהות פקודות שכאלו על מנת לא לציית להן, כך יכול המפקד ללמוד בקלות לא לתיתן.

קושי חמור יותר שמעלה גישה זו, הוא שחייל עשוי לא לזהות מקרים שבהם מתקיים הצדק שבדין, אשר הופך פקודה המפרה את אחד העקרונות או הערכים שפורטו לעיל, לפקודה חוקית⁸⁵. קושי זה ניתן לפתרון חלקי באמצעות חינוך החייל, שיכלול לצד הפקודות הבלתי חוקיות את הטמעת סוגיית ההצדק. לאחר מעשה ניתן להתגבר על הקושי האמור תוך הפעלת הדוקטרינה של טעות במצב דברים.

קושי נוסף בגישה זו נובע מאופייה הקזואיסטי. המציאות מורכבת מכדי להיכלא בתוך שמונת הכללים שהובאו לעיל, ועשויים להיות מקרים נוספים שבהם ראוי שחייל לא יציית לפקודות בלתי חוקיות. מעצם טיבה לא יכולה גישה זו לבדה להיות כלי איזון משפטי, אלא אך לשמש כלי עזר לגישה אחרת, כלי להגדלת הוודאות ולהבהרת התמונה הן עבור החייל והן עבור המערכת הצבאית. עם זאת, יש לציין כי קיימות מערכות משפט שנוקטות גישה זו כגישה עצמאית. כך, למשל, ביוון החייל מחויב לציית לכל פקודה שניתנה ממפקד השייך לרשות מוסמכת כל עוד הפקודה אינה פקודה המורה על ביצוע עינויים או יחס משפיל או בלתי אנושי⁸⁶.

שאלה נוספת העולה בקשר לגישת ערכי היסוד היא אם הכללת כל סוגי הפקודות שצוינו לעיל תחת כללי אי ציות גורפים, אכן מאזנת נכונה בין עיקרון שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר. לפיכך קיים צורך לבחון כל קבוצת פקודות בנפרד על מנת לבדוק אם יצירת איסור מוחלט לציות לפקודות שכאלו אכן משרת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק.

א. פקודות המורות על פגיעה בחיי אדם שלא לצורך

ערך החיים הוא אחד הערכים החשובים ביותר בחברה דמוקרטית, ולפיכך כאשר קיים חשש לפגיעה בערך זה, ולא רק בשלטון החוק, מחד, ולא קיימות נסיבות קיצוניות של צורך, מן הצד השני, נראה כי אין ספק שעל החייל לסרב לפקודה הניתנת לו. שאלת ההגנה על ערך החיים נדונה לרוב בבתי המשפט בשני מצבים - הפרת הוראות בטיחות ופגיעה באנשים שמחוץ למעגל הלחימה. הכללים שנקבעו בסיטואציות אלה הם נגזרות של העיקרון הכללי המדובר⁸⁷, ויש לשער כי בעתיד יפותחו נגזרות נוספות.

ב. פקודות המורות על פגיעה בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או שיצאו ממנו, ובשלמות גופם

העיקרון הקובע כי אסור לפגוע בחייו של אדם שאינו במעגל הלחימה ללא קיומו של הצדק שבדין, נקבע לראשונה עוד בפסק דין מנדטורי. בית המשפט העליון קבע כי פקודה המורה לירות לאלתר בעצור המנסה לברוח תהייה תמיד בלתי חוקית בעליל⁸⁸. בית הדין הצבאי לערעורים דן בסוגיה זו עוד לפני פרשת **כפר קאסם**⁸⁹ בפרשה ידועה פחות, שבה נתן קצין פקודה לפקודיו להוציא להורג מסתננת שהוחזקה במשלט בפקודו על מנת להסתיר את העובדה שבעת שהוחזקה במשלט אנסו אותה חיילי המשלט באופן שיטני על פי תורנות שנקבעה על ידי אותו קצין.

85 כמו פקודה לירות בשבוי המנסה להזעיק את חבריו ומסכן בכך את הכוח השבוה. ראו בג"ץ 2888/99 הולנדר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם).

86 I. G. Anagnostopoulos & K. D. Magliveras *Criminal Law In Greece* (Kluwer - Law International, 2000) 60

87 להתייחסות לכלל האמור שלא בנסיבות של הפרת הוראות בטיחות או פגיעה באנשים מחוץ למעגל הלחימה ראו ת' (ארו) 162/01 התובע הצבאי נ' אלהילה, פש"מ יב 401, 403 והערות אגב בפסק דין **אשיאם**, לעיל הערה 26, בפסקה 2.

88 פסק דין **הדמוביץ**, לעיל הערה 40, בע' 145.

89 לראיית פסקי הדין בפרשת **כפר קאסם** כפסקי דין שנקטו בגישת ערכי היסוד, ראו ש' אבינרי "ציות ודמוקרטיה" בתוך **בנכבי הדמוקרטיה** (י' לוריא וח' מרנץ עורכים, התשנ"א) 55, 67. ראו דחייה של השקפה זו בפרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 84.

בית הדין קבע כי הפקודה האמורה היא בלתי חוקית בעליל⁹⁰. הכלל שנקבע לאורך השנים⁹¹ הוא כי אין לציית לפקודה שמורה לפגוע בחייהם של אנשים שאינם במעגל הלחימה או של לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה, או בגופם, אלא בתנאים קיצוניים של צורך⁹².

לגבי פקודות אלו נראה כי ללא כל קשר לגישה אשר תאומץ לזיהוי פקודות בלתי חוקיות בעליל, תמיד תחול על החייל החובה לא לציית להן מפאת הערך החשוב העומד על הפרק⁹³. מלבד מקרים קיצוניים ביותר, המשמעת הצבאית צריכה לסגת מול החשש לפגיעה בחייהם של אנשים שאינם לוחמים או שיצאו ממעגל הלחימה. במקרים שכאלו לא קיימים שיקולים חזקים של הפטר או הצדק. לרוב החייל יודע כי אלו פקודות לא חוקיות, או צריך לדעת זאת, וכן ללא הגנה על חייהם של אנשים שאינם חלק ממעגל הלחימה, לא יכול להישמר אפילו רף מזערי של מוסריות בעת הקרב.

ג. פקודות המורות על הפרת הוראות הבטיחות

בבסיס מרבית הוראות הבטיחות עומד הרצון להגן על חייהם של החיילים ועל גופם, ולפיכך גם כאן עומד ערך חשוב זה לצדו של עיקרון שלטון החוק. הכלל כי פקודה המורה על הפרת הוראות הבטיחות היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל, נקבע עד כה בפסיקה בשני תחומים: נהיגה⁹⁴ ואימונים⁹⁵.

בכל הנוגע להוראות הבטיחות בנהיגה או באימונים החשש כי משימה צבאית דוחקת תסוכל - שנגזר מהחשש לביטחון המדינה - הוא קטן יחסית מכיוון שמדובר בתנאי שגרה או אימונים⁹⁶. בנוסף, כאשר מדובר במצבי שגרה, הפגיעה במשמעת הצבאית אינה יכולה להיות שקולה לסיכון שעלול להיגרם לחיי אדם עקב הפרת כללים אלו. מבחינת שיקולי ההפטר בתחומי האימונים והנהיגה כללי הבטיחות ידועים לרוב החיילים, ולפיכך החשש העומד בבסיס שיקולי ההפטר הוא קטן בתחומים אלו.

האם ניתן להרחיב הלכה זו גם להוראות בטיחות אשר אינן נוגעות לתחום הנהיגה או האימונים? נראה כי ההכרעה אינה צריכה להיות גורפת, אלא כלפי כל תחום ותחום יש לבחון שני משתנים: מידת הסיכון לחיי אדם עקב אי החלת כלל אי ציות גורף מול מידת הפרסום של כללי הבטיחות באותו תחום (משתנה המשפיע על שיקולי ההפטר). נראה כי ניתן יהיה להרחיב את כלל אי הציות הגורף לתחום שבו הסיכון גדול, והכללים מפורסמים וידועים לכל.

ד. פקודות ללא צורך צבאי למימוש מטרותיו האישיות של המפקד ("פקודות אורחות")

קבוצת פקודות זו ממחישה יותר מכל את השוני בין גישת חומרת המעשה לבין גישת ערכי היסוד. האם ניתן לומר כי דגל שחור של פסול מוסרי מתנוסס מעל פקודה שנותן מפקד לפקודו, למכור מעט בנוזן צבאי לאזרח על מנת

90 עניין ח' לעיל הערה 41.

91 היוצא היחיד מן הכלל לעניין הפגיעה בגוף הוא פסק דינו של בית דין צבאי צפון בעניין פרשת גולני, לעיל הערה 45.

92 ראו ע' 189/74 התובע הצבאי הראשי נ' מנסור, פד"צ 74, 264, 274; ע"פ 552/68 אילו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377; תיק (טול כרם) 199/67 התובע הצבאי נ' רימלי ואח', פשי"מ א 331, 340; פסק דין עופר, לעיל הערה 21; פסק דין מלינקי, לעיל הערה 33; פסק דין יתום, לעיל הערה 66; פסק דין צופאן, לעיל הערה 67; 1/190 התובע הצבאי הראשי נ' מאיר (לא פורסם); פסק דין אדלר, לעיל הערה 70; פסק דין לויט, לעיל הערה 46. תמיכה לכך ראו גם בכתביהם הקלאסיים של סטיבן, לעיל הערה 21, בע' 205-206 ודייסי, לעיל הערה 21, בע' 300. לפסיקה זוה בנושא ראו, לדוגמה, פסיקתו של בית המשפט הניגרי, שקבע כי פקודה להרוג אדם שאינו חמוש במקום מגוריו בעת מלחמת אזרחים היא פקודה בלתי חוקית בעליל: All Nigeria Law Reports 149 (1) Pius Nwaoga v. The State, Nigeria, Supreme Court, כפי שמופיע באתר www.IRCO.org. לתנאים קיצוניים המצדיקים חריגה מהכלל ראו פסק דין הולנדר, לעיל הערה 85.

93 ראו דבריו של השופט Duncan בפסק דין קל, לעיל הערה 21, כי בין אם תיבחן הפקודה על פי מבחן "החייל הסביר" שהציעה התביעה, ובין אם תיבחן הפקודה לפי מבחן "החייל הפשוט ביותר" שהציעה ההגנה, ייקבע כי הפקודה שניתנה בטבח במאי לאי, הייתה בלתי חוקית בעליל.

94 קביעה זו הייתה חלק מהרציו בע"ת 239/84 התובע הצבאי הראשי נ' XXX (לא פורסם), שדן בפקודה לנהג לנהוג בעודו מחזיק בידו השמאלית סירת גומי המונחת על גג הרכב. למרבה הצער, לא נשמר עותק של פסק הדין, והמידע עליו מתבסס על סקירות פנימיות של הפרקליטות הצבאית (להלן: פסק דין הסירה). קביעה זו באה באמרות אגב בע"ת 353/82 ברוכי ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 82, 72 ובע"ת 58/67 בן אברהם נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 67, 174.

95 הלכה זו נקבע בפסק דין מורן, לעיל הערה 49 וצוינה בהערות אגב בע"ת 152/65 יקותיאל (אלטשולר) נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 67, 1 ובע"ת 277/74 ענבל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 74, 408.

96 במקרים שדובר בצורך מבצעי, נקבע כי יש לציית לפקודה המורה להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה. עניין זה יידון בהמשך.

שהמפקד ירוויח ממעשה המכירה?⁹⁷ ומה בדבר פקודה לזרוק כיכרות לחם על מנת שהמפקד והפקוד יוכלו לסיים את עבודתם בטרם עת?⁹⁸ ניתן לשער כי פקודות אלו היו מחייבות ציות לפי גישת חומרת המעשה, אך על סמך העיקרון הכללי כי פקודות שאין בהן כל צורך צבאי, והן ניתנו למימוש מטרותיו האישיות של המפקד, הן פקודות בלתי חוקיות בעליל⁹⁹ - נקבע כי פקודות אלו אסורות לציות.

למרות העדר הפסול המוסרי החמור בחלק המקרים החוסים תחת הכלל האמור נראה כי להלכה זו יש חשיבות רבה. היא מגינה על המערכת הצבאית עצמה מהחשש שהובע על ידי סטיבן, בכך שבמקרים שפקודה היא בפועל ניצול לרעה של סמכותו של המפקד, לא יציית להן הפקוד, אלא יעדיף את המשמעת הכלל-צבאית על פני המשמעת הגרעינית יחידתית. בנוסף, מכיוון שההלכה האמורה מסויגת רק למקרים שברור כי אין כל צורך צבאי בפקודה, וברור שהפקודה נועדה לשרת אך ורק אינטרס אישי של המפקד, הרי שהחשש שהחייל לא יוכל לזהות את הפסול האמור בפקודה - מבחינת שיקולי ההפטר - הוא קטן.

בשני מקרים הורחבה ההלכה האמורה לפקודות אשר נעשו למטרה יחידתית הנוגדת את האינטרס הכלל-צהלי: פקודה להשתמש בציוד צבאי כאמצעי לתשלום לשם עריכת מסיבה יחידתית¹⁰⁰, ופקודה להשחית נשקים על מנת שיסופקו ליחידה נשקים טובים יותר¹⁰¹. אך לדעתי, שיקולי ההפטר אינם תומכים באימוץ בהרחבת כלל אי הציות הגורף גם על פקודות שנועדו לקדם אינטרס יחידתי, מכיוון שלא בכל מקרה ניתן לומר כי ברור לחייל הניגוד בין האינטרס היחידתי לאינטרס הכלל-צהלי.

ה. פקודות שניתנו בהעדר מוחלט של סמכות

בפסיקה עד כה נקבע כי כאשר מפקד נותן פקודה שאינה בתחום סמכותו¹⁰², או נותן לחייל שאינו כפוף לו, פקודה הסותרת פקודת מפקד ישיר של החייל¹⁰³, הרי שפקודות אלו הן בלתי חוקיות בעליל. במקביל קיימת הלכה בפסיקה בארץ ובעולם כי פקודה של מפקד שאינו פועל באותו רגע מתוקף היותו אורגן שלטוני¹⁰⁴, או פקודה מגוף שאינו בעל סמכות בתחום האמור¹⁰⁵ או אינו בעל סמכות כלפי מקבל הפקודה¹⁰⁶ אינה צו המחייב ציות מרשות מוסמכת. בפועל מדובר בשתי הלכות אשר מובילות לאותה תוצאה: לא תקום לחייל הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שניתנה ממפקד שמסיבה ארגונית זו או אחרת אינו מוסמך ליתן אותה.

לעומת זאת, בספרות הובעה הדעה כי "אם הפקודה הייתה בלתי חוקית רק בגלל שמפקד חסר סמכות נתן אותה, ואילו ניתנה ע"י בר סמכא, הייתה הפקודה חוקית - אין לנו קושי להגן על החייל שהוטעה לפעול על-פי הפקודות האלו"¹⁰⁷.

97 62/55ע / טייג נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

98 ראו פרשת הלחם, לעיל הערה 82.

99 ראו גם 1/59ע / התובע הצבאי הראשי נ' דגני (לא פורסם) (פקודה לשדוד כבשים); ע"ע 20/50ע / אליהו נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 50-48, 85 (פקודה המורה לחייל להמתין שכוב למשטרה צבאית); הערת אגב בע"ע 141/50ע / התובע הצבאי הראשי נ' בלק, פד"צ 50-48, 285, 287 (פקודה למכור צמיג צבאי לחנות אזרחית). לתמיכה בספרות לכלל זה ראו ענבר, לעיל הערה 55, בע' 72 ("אם אותו מפקד, המורה לעבור באותה קרקע לצורכי תרגיל אומר לחייליו: 'עליכם גם לחבל בפרי' כאשר ברור שאין כל קשר בין המעבר לצורך התרגיל לבין רצון החבלה הפרטי של המפקד, הרי לנו פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל"); פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 235-236.

100 ע"ע 58/59ע / התובע הצבאי הראשי נ' גדעון ואח', פד"צ 59, 155.

101 עניין טופחי, לעיל הערה 58.

102 ע"ע 312/57ע / אביעד נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 58, 132.

103 ע"ע 265/58ע / סגן דן נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד (לא פורסם) (להלן: פסק דין סגן דן).

104 למפקד בצבא ראו פסק דין דגני, לעיל הערה 99; לשוטרים ראו 200/85ע / רב"ט דן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 85, 287 (להלן: פסק דין רב"ט דן).

105 פסק דין אלדילה, לעיל הערה 87.

106 ראו *R. v. Werner*, 1947 (2) SA 828 (A), כפי שפורסם באתר: www.IRCO.org (להלן: פסק דין וורנר); פסק דין אלסגוף, לעיל 21.

107 שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 6. לאחר כתיבת מאמר זה ניתן ע"ש 318/04 מנוס נ' נציב שירות המדינה, (טרם פורסם) - פסק דין זה קבע כי עקב אימוצה של דוקטרינת הבטלות היחסית, הוראה שהפגם היחיד בה הינו פגם של העדר סמכות אינה הוראה בלתי חוקית בעליל או באופן ברור וגלוי, זאת מכיוון שבעת שמקבל העובד את ההוראה טרם החליט בית משפט מה יהיה הסעד עבור הפגם שנפל בה: בטלות, בטילות, או מתן תוקף, ולפיכך חייב עובד מדינה המקבל הוראה שכזו לציית לה, ולהתלונן בדיעבד. פסק דין זה יוצר קשיים רבים אשר קצרה היריעה במועד זה מלפרטם.

האם התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק תומכות בכלל גורף השולל הגנה זו בגין ביצוע כל פקודה הניתנת בהעדר סמכות ארגונית כלשהי, או שמא יש לאמץ כלל הפוך, בהתאם לדעה שהובעה בספרות?

השיקול לקבלת כלל אי ציות גורף במקרים של העדר סמכות ארגונית הוא שבמרבית מקרים אלו שיקולי ההצדק הם חלשים מכיוון שהמערכת הצבאית נפגעת מפעולת מפקד הפועל בניגוד להיררכיה הפנימית ולסדרי העבודה הצבאיים. לעומת זאת, במקרים אלו שיקולי ההפטר חזקים: לרוב חייל אינו יכול לדעת במדויק מהן הסמכויות המהותיות של מפקדו, ולפיכך לא יהיה זה הוגן להטיל עליו סנקציה עקב ציותו במקרה שכזה.

בפועל תחום הפקודות הניתנות בהיעדר סמכות הוא רחב וכולל מגוון פקודות, ולפיכך אין לאמץ כלל גורף לכאן או לכאן, אלא יש לבחון סוגים שונים של העדר סמכות על מנת לבדוק אם ראוי לאמץ לגביהם כלל ציות או אי ציות. סוג אחד של העדר סמכות הוא מתן פקודה על ידי מפקד שאינו מוסמך חוקית לתת פקודה שכזו, אך הפקודה עצמה אינה גוררת ביצוע עברה מצד החייל המבצע. במקרה זה כלל לא עולה השאלה של הגנת הצידוק על פי חוק העונשין. אך נשאלת השאלה אם נרצה לאמץ כאן כלל גורף כי חייל תמיד רשאי לסרב לפקודה שכזו, והוא לא יועמד לדין עקב כך על סירוב פקודה. כדי להמחיש מדוע במקרה זה אין לאמץ כלל אי ציות גורף, ניתן לקחת שתי פקודות הנופלות תחת קבוצה זו. הפקודה הראשונה היא פקודה שמפקד נותן לפקודו לעשות עבירות פרטיות¹⁰⁸. במקרה זה נראה כי נרצה שהחייל לא יציית לפקודה, מכיוון שכאן המפקד מנצל את המשמעת הגרעינית היחידתית תוך שהוא פוגע קשות במשמעת הכלל-צבאית. לעומת זאת, פקודה שניה היא פקודה שנתן סמל לפקודו להישאר "שעות ביציאה". פקודה זו נעדרת סמכות מכיוון שאך ורק סרן ומעלה רשאים למנוע חופשה¹⁰⁹. נראה כי במקרה שכזה מתן היתר לחייל לעזוב את הבסיס יחד עם שאר החיילים יפגע קשות במשמעת הצבאית. דרך הפעולה הראויה לחייל במקרה זה היא פנייה למפקדים בשרשרת הפיקוד או תלונה לאחר מעשה. לפיכך לגבי סוג זה של העדר סמכות קיימים לעתים דווקא שיקולי הצדק חזקים המחייבים הימנעות מקבלת כלל אי ציות גורף.

סוג שני של העדר סמכות הוא מתן פקודה לביצוע מעשה שהמפקד אינו מוסמך להרשות, ולכן המעשה שמבצע החייל עקב הפקודה, אינו חוקי. דוגמה לכך היא חייל המבצע מעצר על סמך צו מעצר שנחתם על ידי מפקד שאינו מוסמך לחתום על צווי מעצר. האם יש מקום להעמיד את החייל לדין בגין תקיפה? נראה כי במקרה זה קיימים שיקולי הפטר חזקים המובילים למסקנה כי אין לצפות מחייל בדרך כלל לדעת מיהו הגורם המוסמך לתת כל הוראה והוראה. אולם הפסיקה בנושא לא הייתה חד משמעית. מצד אחד, כאשר דובר בצו מעצר או צו עוצר לא חוקיים, קבעו בית הדין הצבאי¹¹⁰ ובית המשפט העליון המנדטורי¹¹¹ כי חייל אינו יכול לזהות אם הצו הוצא על ידי הגורם המוסמך, ולכן זיכו את החיילים. מצד שני, כאשר פקד סמל על עובד צה"ל לתת נשק שלל לסרן, קבע בית הדין, בין השאר, כי מכיוון שמדובר בפקודה שניתנה בהעדר סמכות, היא בלתי חוקית בעליל¹¹². במקרה אחר הרשיע בית המשפט העליון עובדי עירייה שהרסו בית על סמך צו שנחתם על ידי ראש העיר, אך הגוף המוסמך לחתום על צו כזה הוא מועצת העיר¹¹³. עקב שיקולי ההפטר החזקים נראה כי לפחות בכל הנוגע לחיילי צה"ל אין להכיר בכלל אי ציות גורף, אלא לבחון כל פקודה ופקודה על פי גישות אחרות.

סוג שלישי של העדר סמכות הוא מתן פקודה לחייל על ידי מי שאינו מפקדו הפונקציונלי. כך, למשל, בעניינו של סגן דן¹¹⁴ דובר בחייל שיחידתו נותקה מגדודה וסופחה לסמכותו הפיקודית של אלוף פיקוד צפון. החייל קיבל ממפקד הגדוד שלו פקודה שסתרה פקודה שניתנה לו מאלוף הפיקוד. החייל ציית להוראת מפקד הגדוד ועקב כך הועמד לדין

108 ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 69-70.

109 סעיפים 1 א 31- להפ"ע 6.0301 "תגובה פיקודית - מניעת חופשה".

110 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 62 (צו עוצר).

111 פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40, בע' 144 (צו מעצר).

112 עניין אביעד, לעיל הערה 102.

113 עניין פרושנסקי, לעיל הערה 60.

114 לעיל הערה 103. לגופו של עניין עיון בפסק הדין מראה כי החייל סבר באמת ובתמים כי הוא עדיין נמצא תחת פיקודו של מפקד הגדוד, ולכן סבר שהוא מציית לפקודת מפקדו הישיר. לטעמי, היה מקום להכיר בטענת הטעות (בשילוב עם הגנת הצידוק) של החייל במקרה זה ולזכות אותו.

על סירוב פקודה. בית הדין קבע כי מכיוון שפקודתו של מפקד הגדוד ניתנה בחוסר סמכות, היא בלתי חוקית בעליל, ולפיכך הרשיע את החייל. לדעתי פסק הדין שגוי, זאת מכיוון, שהחייל באותו מקרה, כמו חייל רגיל בדרך כלל, היה סבור כי הוא מקבל פקודה ממפקד מוסמך, וכן חייל זה, כמו מרבית החיילים במצבו, לא היה מסוגל לזהות את העדר הסמכות של נותן פקודה. לפיכך קיימים שיקולי הפטר חזקים אשר מחייבים דחייה של החלת כלל אי ציות גורף במקרים כאלה.

סוג נוסף של העדר סמכות הוא כאשר ברור כי המפקד אינו פועל מתוקף היותו אורגן ציבורי, אלא מתוקף אינטרס אישי. במקרים אלו נקבע בפסיקה כי המפקד כלל איננו "רשות מוסמכת", אשר צויה מחייבים ציות. כך, למשל, נקבע במקרה שמפקד פקד על חייליו לשדוד כבשים לשם עשיית קומזיץ¹¹⁵, וכאשר שוטר מגיב נתן פקודה לחייל לירות באוויר על מנת לפזר קטטה שבה היו מעורבים שניהם¹¹⁶. לטעמי, אף במקרה זה אין לאמץ כלל אי ציות גורף בשל העדר סמכות, אך מסיבה אחרת: מקרים אלו ממילא נופלים תחת כלל אי ציות גורף אחר, הוא הכלל האוסר ציות לפקודות "אזרחיות".

רק בסוג האחרון של העדר סמכות, לטעמי, יש לאמץ כלל אי ציות גורף: מתן פקודה על ידי אדם השייך לגוף שאין לו כל סמכות לתת פקודות מבחינה משפטית¹¹⁷. ברוח זו קבע בית המשפט בסינגפור כי לשוטרים סינגפוריים לא תעמוד הגנת צידוק על מעשים שביצעו בזמן הכיבוש היפני עקב ציות לפקודות של חיילים יפניים¹¹⁸; ובית המשפט בדרום אפריקה קבע כי לשבויים גרמנים לא תעמוד ההגנה עקב ציות להוראותיו של סוכן גרמני חשאי ששהה במחנה השבויים¹¹⁹. במקרים כאלו המערכת המשפטית אינה מרוויחה כלל מציותו של האדם, כלומר לא מתקיימים שיקולים של הצדק. מבחינת שיקולי הפטר נראה כי במקרים אלו ברור למקבל הפקודה שהפוקד אינו מוסמך לתת לו הוראות. חששו של מקבל הפקודה הוא אחר - שיבולע לו עקב סירובו לציית. אכן, חשש זה הוא אמיתי וכן, אך לשם כך קיימת הגנת הכורח על תנאיה, ולא הגנת הצידוק¹²⁰.

לסיכום נושא זה נראה, אם כך, כי התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק מחייבות צמצום הכלל הרחב אשר נקבע בפסיקה לכדי כלל אשר יחול אך ורק במקרים מעטים וקיצוניים.

1. פקודות המורות לחייל להעיד עדות שקר

לעומת ההלכה שנידונה לעיל, נראה כי אין כל סיבה לחלוק על ההלכה כי פקודה המורה לחייל להעיד עדות שקר תהייה תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל¹²¹. מדובר בכלל פשוט ובהגנה על אינטרס ציבורי חשוב - בירור האמת. בנוסף, קיימים מנגנונים אחרים שנועדו להגן על ביטחון המדינה בהליכי החקירה, כדוגמת הטלת חיסיון¹²². לפיכך לרוב תינתן פקודה שכזו שלא על מנת להגן על ביטחון המדינה, אלא עקב רצונו של המפקד להציל את עורו מפני העמדה לדין פלילי. יש לציין כי הלכה זו אינה נוגעת רק לעדות שקר בבית משפט, ופסקי הדין שקבעו אותה, עסקו דווקא בגופי בירור אמת אחרים.

115 פסק דין דגני, לעיל הערה 99.

116 פסק דין רבי"ט דן, לעיל הערה 104.

117 כך, למשל, התנאים לתחולת הגנת הצידוק במשפט היווני מחייבים ציות רק ל"מפקד מרשות מוסמכת" (סעיף 21 לקוד הפלילי היווני). הסעיף מתורגם לאנגלית ב-44 (1973) G. Msagakis, *The Greek Penal Code* (N. B. Lolis trans., Into. by G. Msagakis, 1973). לדין בסעיף האמור ראו Anagnostopoulos & Magliveras, לעיל הערה 86.

118 פסק דין אלסגוף, לעיל הערה 21.

119 פסק דין וורנר, לעיל הערה 106.

120 יש לציין כי במקרים אלו שללו בתי המשפט את הגנת הצידוק על ידי קביעה כי ההוראה כאמור לא ניתנה מאת רשות מוסמכת, ולא בדרך של קביעה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

121 ראו פסק דין אייזנברג, לעיל הערה 66, אשר ציטט מהדין וחשבון של ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (1987) 82 (ועדת לנדוי); ע"פ 72/56 אופיר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 56, 82 (פקודה לשקר למצ"ח).

122 ס' 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א 1971-.

ז. פקודות המורות על ענישת אזרחים שלא על ידי בית משפט

בעניינו של סמ"ר אדלר קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי דרום כי "כל אדם הגדל ומתחנך במדינת חוק, יודע שאין סמכות, זולת לבתי המשפט, לענוש אנשים שעברו עבירות"¹²³. בניגוד לכך, בית הדין הצבאי לערעורים קבע בעניינו של סגן רגב כי הוא מסרב לקבוע כלל כי כל פקודה עונשית היא פקודה בלתי חוקית בעליל¹²⁴. איזו קביעה מהקביעות האמורות תואמת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק? במלים אחרות, האם יש לאמץ כלל אי ציות גורף לגבי פקודות הנוגעות לענישה ללא משפט של אזרחים?

מכיוון שענישה פיזית של אזרחים חוסה כבר תחת הכלל המצוין לעיל האוסר ציות לפקודות המורות על פגיעה בבני אדם שאינם חלק ממעגל הלחימה, הרי שבפועל השאלה היא אם יש לאמץ כלל הקובע כי תמיד אין לציית לפקודות עונשיות המורות על פגיעה ברכוש. בעניינו של רס"ן מ', אשר נדון בבית הדין הצבאי במחוז שיפוטי מרכז, דובר בסדרה של פקודות עונשיות בשטחים אשר הורו לפגוע הן ברכוש (לדוגמה ירי בדודי שמש) והן בגוף (כמו הכאה על מפרק היד על מנת לשבור את שעונו של האדם, כפיה על אדם לשיר את התקווה והכאתו אם כשל במשימה, ועוד). בית הדין פסק, כי כלל הפקודות העונשיות שניתנו באותו מקרה, מלבד אלו אשר הורו על ביטול רשיונות והיתרים, הן בלתי חוקיות בעליל¹²⁵.

לטעמי, על אף שבמקרה האמור אכן דובר בפקודות אשר ברור כי הן בלתי חוקיות בעליל, לפי כל הגישות, הרי שאין לאמץ כלל אי ציות גורף לגבי פקודות עונשיות כלפי אזרחים הן משיקולי הפטר והן משיקולי הצדק. אכן, העיקרון כי קביעת עונשו של אדם צריכה להיעשות על ידי הרשות השופטת, ולא על ידי הרשות המבצעת, הוא עיקרון יסודי בחברה דמוקרטית. אך שיקולים הנובעים מהנסיבות, שבהן עלולות להינתן פקודות שכאלו, מחייבים כי לא יאומץ כלל גורף בנושא. פקודות עונשיות ניתנות לרוב בעת סיטואציה לוחמתית. מבחינת שיקולי הפטר, חייל במצב כזה עלול להיתקל בקושי רב בניסיונו לאבחן אם ניתנה לו פקודה עונשית, הרתעתית או מניעתית. בפועל נאלץ החייל לבקר על כל החלטת עוצר, סגר, כתר או חישוף הניתנת על ידי מפקדו, אולם הוא אינו מסוגל לעשות זאת, והניסיון לבצע זאת עשוי, מבחינת שיקולי הצדק, לפגוע אנושות במשמעת הצבאית. לפיכך, לטעמי, אין לאמץ כלל אי ציות גורף בתחום זה.

ח. פקודות אשר על פי חוק לא תחול עליהן הגנת הצידוק (השמדת עם וסיוע לנאצים)

המחוקק קבע בסעיף 6 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, התש"ס"ו-1950 ובסעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ס"ו-1950 - כי על העברות המצויות בדברי חקיקה אלו לא תחול הגנת הצידוק, והמיר את ההגנה האמורה בעונש מופחת. על פי הפסיקה בעניינו של אייכמן, הרציונל מאחורי שלילת ההגנה במקרים אלו היה כפול: ראשית, ההנחה כי אדם המבצע מעשים פסולים שכאלו מודע לפסול שנעשה, ולפיכך לא קיימים שיקולי הפטר; שנית, החשש כי המבצעים ייתלו בהנחיותיה של קבוצת הנהגה מצומצמת אשר עשויה להתחמק מאימת הדין¹²⁶. יש לציין כי קביעה דומה, אם כי לא זהה, קיימת בסעיף 33 לחוקת רומא: פקודה לבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל¹²⁷.

123 לעיל הערה 70, בפסקה 15 תחת הכותרת "ההיבט המשפטי".

124 לעיל הערה 65, בע' 46.

125 מר 325/82 / התובע הצבאי נ' רס"ן מ' ואח' (לא פורסם).

126 פסק דין אייכמן, לעיל הערה 21, בע' 2078-2079.

127 Rome Statue of The International Criminal Court, adopted by the U.N. diplomatic conference of Plenipotentiaries on the establishment of an international criminal court on 17 July 1998. (להלן: חוקת רומא).

רמזים לכלל נוסף: פקודות עונשיות בעת שגרה או אימונים אשר יש בהן יסוד של השפלה חמורה או פגיעה גופנית

לצד כללי אי הציות לפי גישת ערכי היסוד שהוכרו במפורש בפסיקה, נראה כי קיימת תמיכה מסוימת לקיומו של כלל פסילה גורף נוסף: פקודה עונשית כלפי חייל שיש בה יסוד של השפלה או של פגיעה גופנית, תיחשב תמיד לפקודה בלתי חוקית בעליל. עוד בראשית ימיה של המדינה קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודה שנועדה אך ורק להעניש את החייל בדרך משפילה, היא בלתי חוקית בעליל¹²⁸, ולאחרונה קיבל כלל זה תמיכה בגישת התביעה בעניין אילון, שבו הועמדו לדין מ"כים על שטרטרו את הטירונים הכפופים להם בפקודת מפקדם, מבלי שנגרם לכולם נזק גופני¹²⁹.

תופעת הטרטורים היא תופעה מסוכנת שעלולה לגבות חיי אדם ואף גבתה בעבר חיי אדם. פקודות עונשיות בעלות אופי משפיל ומבזה פוגעות בכבודו של החייל ושוללות ממנו את זכויותיו הבסיסיות כבן אנוש. הצבא נלחם בתופעה זו בדרכים רבות, וקביעת כלל אי ציות גורף בתחום תאפשר כלי נוסף להילחם בתופעה מכיוון שהיא תאפשר לחייל המטרטר או המבצע את הטרטור בהוראת מפקדו לסרב לאלתר לפקודה שכזו מבלי לחשוש שיועמד על כך לדין. יש להדגיש כי כל עוד מסייגים הלכה זו לימי שגרה ואימון, אין חשש כי תיפגע סמכותו של המפקד לנקוט אמצעי ענישה חמורים על מנת לאכוף משמעת בעת קרב¹³⁰.

גישות עובדתיות

כפי שראינו זה עתה, הגישות הנורמטיביות מעלות קשיים רבים אשר מטילים ספק רב לגבי יכולתן לשמש ככלי איזון עצמאי שיבסס לבדו את הגנת הציוד. לעומת זאת, הגישות העובדתיות גמישות יותר ומאפשרות התאמה גדולה יותר של מבחן הציוד לנסיבות השונות שבהן ניתנה הפקודה. הגמישות נובעת מכך שגישות אלו מתמקדות בידיעתו בכוח או בפועל של החייל בהתאם לנסיבות העניין. בחינת הנסיבות גורמת לכך שאין מושמים באותו סד משפטי טוראי ואלוף, חייל ועובד ציבור, והיא גורמת לעידוד ההתנהגויות החייליות הראויות בכל מצב ומצב, כדוגמת חובת בירור ודיווח רחבה בעתות שגרה מול חובת ציות כמעט אינסטינקטיבית בעתות מלחמה.

לעומת זאת, הקושי בגישות אלו הוא שהן יוצרות חוסר ודאות רבי¹³¹. חייל עלול לחשוש תמיד כי בית הדין יכריע שחייל סביר במצבו יכול היה להיות מודע לחוסר החוקיות של הפקודה, ומפקד עלול תמיד לחשוש בעת מתן פקודה ליחידתו כי חלק מהחיילים לא יצייתו לפקודתו בסברם כי אינה חוקית (בעיית "מועדון הויכוחים"). על מנת לבדוק קשיים אלו לעומק יש לבחון כל אחת מהגישות העובדתיות בנפרד.

גישת הידיעה בכוח

גישת הידיעה בכוח בוחנת את "עלילות" חוסר החוקיות שבפקודה על פי השאלה אם "חייל סביר" היה יודע בנסיבות המקרה כי הפקודה היא בלתי חוקית¹³². השאלות אם בפקודה נפל פגם מוסרי, או אם הפקודה הפרה עיקרון חברתי או צבאי חשוב, אינן שאלות מכריעות בקביעת עלילות הפקודה, אלא הן נשקלות יחד עם נסיבות רבות אחרות לשם הגעה להכרעה הסופית.

128 ראו פסק דין אילון, לעיל הערה 99, שמשמש במונח "במפורש", כנראה במשמעות של "בעליל".
129 ח"ש 185/999 / התובע הצבאי נ' אילון ואח' (לא פורסם) (התיק הסתיים בהסדר טיעון). יש לציין כי בפסק דין אילון, לעיל הערה 29, ובע"ע 137/000 / פורת נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, פד"צ 2000, 358, שדנו בנושא, פסק בית הדין לפי גישת חומרת המעשה.
130 לסמכותו הרחבה של המפקד לאכוף משמעת בעת קרב ראו סעיף 20 לחש"ץ.
131 ראו דברי פרופ' אנקר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 598.
132 מבחן זה מוגדר על ידי פלר כמבחן סבירות הקליטה: "מודעות בכוח של האדם מהישוב לטיב הצו, אילו היה בנעלי האדם שעשה את המעשה". פלר, "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 223.

בחינת נסיבות המקרה נעשית על מנת לבדוק שני רכיבים: האחד, האם חייל סביר בנסיבות האירוע היה סובר שמדובר בפקודה שסותרת נורמה חוקית, והשני, האם חייל סביר בנסיבות האירוע היה מזהה כי לא מדובר במצב שבו קיים הצדק שבדין לקיום הפקודה על אף הסתירה הקיימת בינה לבין החוק¹³³.

קיימות נסיבות רבות אשר נשקלות בכל מקרה ומקרה. כפי שציין בית הדין בפרשת כפר קאסם, ההכרעה מבוצעת על סמך "כלל נסיבות האירוע"¹³⁴. לאורך השנים הובאו בחשבון, למשל, הנסיבות הבאות¹³⁵:

1. האם מדובר בפעילות מבצעית או במצב שגרה¹³⁶;
2. האם לחייל היו אפשרויות לברר את היעדר החוקיות שבפקודה¹³⁷;
3. פערי הדרגות בין נותן הפקודה ומקבל הפקודה;
4. האם חוסר החוקיות נובע מפגם בהליך פרוצדוראלי או מפגם מהותי¹³⁸;
5. מידת הניסיון של מקבל הפקודה במערכת הארגונית האמורה¹³⁹;
6. הנוהג והמדיניות הכללית שעמדו ברקע מתן הפקודה¹⁴⁰;
7. הפגם המוסרי בפקודה¹⁴¹;
8. האם הפקודה מורה על ביצוע מעשה פלילי גלוי¹⁴²;
9. האם הנסיבות עשויות להצביע על הצדק שבדין לקיום הפקודה;
10. האם החייל חשש לסבול נזק גופני חמור אם לא יציית לפקודה, וחשש זה הקשה עליו לזהות את העדר החוקיות שבפקודה;
11. האם היה יסוד סביר לחשוד כי המפקד אינו מוסמך לתת את הפקודה¹⁴³;
12. פקודה המורה לפגוע באדם תהיה חשודה יותר מפקודה המורה לפגוע ברכוש¹⁴⁴;
13. התכלית העומדת בבסיס הפקודה (אזרחית מול צבאית, הגנתית מול עונשית)¹⁴⁵.

יש לציין כי גישה זו אינה בוחנת אם החייל עצמו ידע כי הפקודה אינה חוקית¹⁴⁶; ייתכנו מקרים שייקבע כי למרות שהחייל לא ידע שמדובר בפקודה חוקית, היה עליו לדעת זאת, ואף תיתכן קביעה הפוכה, כי למרות שהחייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, חייל סביר מסוגו לא היה יודע זאת בנסיבות העניין, ולכן נכון עשה החייל שהעדיף את ערך

133 לשני רכיבי הבחינה, אדם סביר ונסיבות העניין, ראו פלר, לעיל הערה 20, בע' 495.

134 ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 70.

135 הפירוט מבוסס על הרשימות שהובאו בפסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 70 ובפסק דין שריקי, לעיל הערה 45, בע' 70-72, ועל נסיבות מפסקי דין אחרים. מהרשימות האמורות הוצאו פרטים אשר בפועל אינם נסיבות לקביעת ה"עלילות", אלא גורמים הנוגעים לשלבים אחרים בבחינת הגנת הצידוק (כדוגמת שאלת הלבשת הגנת הטעות על הגנת הצידוק).

136 לפעילות מבצעית ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21; 21/8/90/218 בן יגני נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 90, 158; 242/57/2 תבור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 57, 170; 286/56/2 התובע הצבאי הראשי נ' ברמן (לא פורסם). לשגרה ראו פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

137 לזיכוי עקב העדר אפשרות בירור ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, לעניין פקודת היורי הראשונה. לזיכוי עקב נסיבות בירור רבים שכשלו, ראו 175/57/1 התובע הצבאי הראשי נ' הורנסנדי (לא פורסם). להרשעה עקב העדר נסיבות בירור למרות שהיו זמן ושהות לברר, ראו פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

138 ראו פסק דין עופר, לעיל הערה 21, לעניין העוצר; פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40, בע' 144, לעניין צו המעצר.

139 בצבא ראו פסק דין תבור, לעיל הערה 136; ע"ע 99/599 התובע הצבאי הראשי נ' גוטמן (לא פורסם). במשטרה ראו ערעור 68/95 בן אברהם ואח' נ' המפקח הכללי, מבחר פסק דין של ביה"ד לערעורים א' 281. להתחשבות בפרמטר זה בטריבונלים בינלאומיים יחד עם התחשבות בפרמטרים של גיל ואינטליגנציה ראו 305 Mellend Schill Studies in International Law (2 ed., L. C. Green *The Contemporary Law of Armed Conflict*).

140 פסק דין שריקי, לעיל הערה 45; פסק דין גוטמן, לעיל הערה 139.

141 ראו, למשל, פסק דין שריקי, לעיל הערה 45.

142 ראו, למשל, פרשת הטנקים, לעיל הערה 68.

143 ראו זיכוי בע"ע 138/48 אפפל נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם) שנבע מכך שטרם נקבעו נהלים וסמכויות באותה יחידה.

144 השוו פסק דין הדמוביץ, לעיל הערה 40 (פקודה לירות באדם לאלתר) עם 81/57 נחום נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 57, 128 (פקודה לשרוף שטיחים חסרי ערך כספיים).

145 כך, למשל, הסיבה המרכזית לזיכוי בפסק דין נחום, לעיל הערה 144, הייתה כי הפקודה ניתנה לשם שמירה על המשמעת היחידתית ולמניעת ביזה.

146 ראו פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 223; פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בע' 253 ("מבחן אובייקטיבי שאינו תלוי במה שחושב על הפקודה החייל המסוים שקיבל אותה").

המשמעת הצבאית, או פעל שלא כדין משסירב לבצע את הפקודה. על פי גישה זו, ידיעתו של החייל היא אינדיקטור בלבד לבחינה אם חייל סביר כמו הנאשם היה מזהה את העדר החוקיות שבפקודה¹⁴⁷.

כפי שצוין לעיל, מאפשרת גישה זו איזון עדין יותר המתחשב בנסיבות העניין, ולפיכך פוגעת פחות בשלטון החוק, אולם היא אינה מספקת תשובה טובה במקרים שהעדר החוקיות הוא ברור וגלוי לחייל סביר, אך הפגיעה הנגרמת למשמעת בעקבות אי ציות לפקודה היא חמורה. נניח לרגע כי בעתיד טירון סביר יידע כי רק מ"מ מוסמך לשלול את חופשתו. טירון בבסיס כלשהו מקבל פקודה מהמ"כ להישאר שעות ביציאה. האם נרצה שחייל כזה יעזוב את הבסיס ולא יפעל בדרך של דיווח ותלונה בדיעבד? האם הנוק במקרה זה למשמעת הצבאית לא גבוה מהנוק משנגרם מהישארות החייל לעוד כמה שעות בבסיס?

קושי נוסף בגישה זו, שצוין לעיל, הוא חוסר הוודאות והבהירות שמרגיש החייל. לכאורה, חוסר ודאות אינו מיוחד לסוגיית הפקודה דווקא, אלא קיים כפועל יוצא מהמבחן האובייקטיבי המופעל גם בעברות רשלנות¹⁴⁸. אולם, לדעתי, קיים הבדל תהומי בין השניים: בעוד שעל מנת להימנע מהעמדה לדין בעבירת רשלנות, יכול אדם מן השורה להגביר את זהירותו אף מעבר לסביר (שעה שהגברת זהירות הציבור היא מטרת קיומן של עברות רשלנות), הרי חייל שקיבל פקודה, אינו חופשי להגביר את זהירותו ולהימנע מהמעשה: מול האיסור הפלילי מפני ביצוע פקודה בלתי חוקית בעליל עומדת חובתו לבצע פקודות שאינן כאלה. אם יגזים לכיוון אחד - ייפגע מהכיוון האחר.

אם כך, גישת הידיעה בכוח בגרסתה הקיימת, ללא סיוג וללא הבהרת דרך הפעולה של החייל תחתיה, פוגעת הן בחייל והן במשמעת הצבאית יתר על המידה עד שלא ניתן להשתמש בה ככלי האיזון המשפטי הראוי לעמוד בבסיס הגנת הצידוק.

גישת הידיעה בפועל

גישת הידיעה בפועל אינה גישה הסותרת באופן חזיתי את הגישות האחרות, אלא מתירה אותן כגישות שיוניות. אם ידע החייל שהפקודה אינה חוקית, לא תקום לו הגנת הצידוק, אולם אם יוכח כי לא ידע שהפקודה אינה חוקית, תוכל לקום לו הגנת הצידוק כל עוד לא ייקבע על סמך אחת הגישות האחרות כי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל. למעשה, משמשת גישת הידיעה בכוח כגישה השיוויונית לגישה זו¹⁴⁹.

גישת הידיעה בפועל מגינה היטב על עיקרון שלטון החוק ומאזנת איזון עדין יותר בין עיקרון זה לבין שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל. ההגנה הרבה הניתנת לשלטון החוק נובעת מכך שעל המקרים שבהם נאסר על החייל לציית על פי הגישות האחרות, נוספים המקרים שבהם נאסר על החייל לציית עקב ידיעתו את העדר החוקיות שבפקודה. האיזון העדין עם שיקולי ההפטר נובע מכך שכאשר חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, לא קיימים אצלו אותם לבטים וחששות, העומדים בבסיס שיקולי ההפטר התודעתיים¹⁵⁰.

אימוץ גישה זו גם מונע את חוסר הוודאות והבהירות הקיים בגישת הידיעה בכוח, אשר מחייבת חייל להתחקות אחר ידיעתו של החייל הסביר. גישת הידיעה בפועל אינה דורשת מהחייל בעת קבלו פקודה לצאת מנעליו ולבחון את הסוגייה באופן אובייקטיבי וחסר פניות, אלא החייל שואל את עצמו אם הוא מודע להיעדר החוקיות שבפקודה; ורק אם לא היה מודע לכך, ייבחנו מעשיו בדיעבד במבחן השיוויוני של החייל הסביר¹⁵¹.

147 לידיעתו של החייל כאינדיקטור לידיעת החייל הסביר ראו, למשל, ע"פ 63/62 עובדיה ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

148 להקבלה לסטנדרט הרשלנות ראו פלר, לעיל הערה 20, בע' 495.

149 פלר "צו 'בעליל'", לעיל הערה 51, בע' 224.

150 ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 103; ודעתו של פרופ' פלר ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 596.

151 ר' שפירא "פסק דין 'גבעתי' ושאלות של שכל ישר" פלילים א (תשי"ז) 121, 123.

בהצעת החוק שנועדה לעגן בארץ את גישת ה"אחריות המוחלטת" של חייל (גישת "הכידונים האינטליגנטיים"), הועלה טיעון נוסף, שנכון גם לגבי גישת הידיעה בפועל: חיוב חייל לציית לפקודה שהוא יודע כי אינה חוקית, "מהווה פגיעה מובהקת בכבוד האדם שכן יוצא, שכופים אותו לעשיית עבירה במודע"¹⁵².

בנוסף לכך, קיימים שני שיקולים משניים לאימוץ גישה זו. ראשית, נראה כי בשיטת המשפט המקובל, שממנה אומץ מבחן העדר החוקיות בעליל, הגישה הננקטת היא גישת הידיעה בפועל¹⁵³, ועל כן יש לאמץ את גישת הידיעה בפועל הן בשל הרצון המקורי של המחוקק והן בשל הרצון להתאים עצמנו למצב בשיטות משפט שכנות. שנית, גישה זו היא הגישה הננקטת על ידי המשפט הבינלאומי¹⁵⁴ והקבועה כיום בסעיף 33 לחוקת רומא¹⁵⁵, ולכן אי אומצה עשוי להעמיד חייל ישראלי במצב הדומה למצב שתואר על ידי דייסי: כאשר הוא מציית לפקודה שהוא מודע להעדר החוקיות שבה, הוא עלול למצוא עצמו נשפט בהאג בגין ביצוע עברה, בעוד שאם הוא מסרב לציית לה, הוא עלול למצוא עצמו נשפט בבית הדין הצבאי בישראל בגין סירוב פקודה.

מצד שני, גישה זו פוגעת פגיעה חמורה במשמעת הצבאית¹⁵⁶ בכמה דרכים. ראשית, החייל יכול לשנות הן בסברו כי הפקודה סותרת דין, כאשר לא כך המצב, והן בסברו כי לא מתקיימים שיקולי "הצדק שבדין" לקיום הפקודה. את מחיר טעותו לא ישלם החייל לבדו בדעיכה במשפט, אלא סירובו לבצע את הפקודה עלול לסכן פעולה מבצעית, לפגוע בביטחון המדינה ולעלות בחייו ובחיי חבריו. שנית, מכיוון שהחייל צריך תמיד לבחון אם קיים "הצדק שבדין" להפרת החוק, הרי שבפועל החייל הזוטר הופך להיות הגורם האחרון המאשר את הפעולה תוך שהוא בוחן (לאור מידע מועט יותר מזה הקיים למפקדו) אם קיים צורך ביטחוני בפעולה. שלישית, גם במצבים שאינם מבצעיים יכולות להיות פקודות בלתי חוקיות, אשר הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית עקב הפרתן גדולה מהפגיעה הנגרמת לשלטון החוק מביצוען, למשל בדוגמת המניעה הבלתי חוקית של חופשה.

גישת הידיעה בפועל גם אינה מתחשבת די בשיקולי ההפטר הפסיכולוגיים (הבלתי מודעים) של החייל משום שהיא מתעלמת מנטייתו החזקה וכמעט בלתי נשלטת של החייל לציית לפקודותיו של מפקדו אף כאשר מדובר בפקודות בלתי חוקיות, ומחייבת אותו לסרב לבצע פקודות שכאלו אך ורק עקב מודעותו להעדר החוקיות אף כשאין פגיעה חמורה בשלטון החוק או בערכי החברה.

טענה נוספת נגד גישת הידיעה בפועל היא שחלופה לסעיף הצידוק שכללה גישה זו, נדחתה באופן מפורש מתוך הצעת החוק¹⁵⁷ עם קבלת תיקון 39 לחוק העונשין. לטעמי, טענה זו חלשה מכיוון שיחד עם חלופה זו נדחתה גם חלופה נוספת, אשר ציינה במפורש את גישת הידיעה בכוח. לדעתי, חלופות אלה נדחו לשם הותרתו על כנו של הנוסח המשפטי שהיה קיים טרם התיקון¹⁵⁸. נוסח זה מאפשר קבלת כל אחת מארבעת הגישות הנידונות כאן.

היחס לגישה זו בבתי הדין הצבאיים אינו ברור. מצד אחד, בכמה פסקי דין, כגון פסק הערעור בפרשת כפר קאטוב¹⁵⁹, הובעה תמיכה בגישה זו, ואף בעניין אלקובי¹⁶⁰ נקבע שלא קמה לחייל הגנת הצידוק משום שידע כי הפקודה

152 דברי הסבר להצעת החוק, לעיל הערה 13.

153 לאנגליה ראו J. Smith & B. Hogan *Criminal Law* (8th ed., London, 1996) 270-271. יש לציין כי למרות השפעתה המכרעת של אנגליה על התפתחות הגנת הצידוק המודרנית, נראה שהיא אינה קיימת עוד במשפט האנגלי. הגישה הרווחת כיום באנגליה אינה רואה בציות לפקודה הגנה עצמאית במשפט פלילי. לארצות הברית ראו C. E. Torcia, *Worton's Criminal Law* (15th ed., Vol. 1, N.Y., 1996) 269-272. בארצות הברית קיימות מדינות שבהן לא ננקטת גישה זו, אם כי זו הגישה הננקטת במרבית המדינות ובמשפט הצבאי האמריקאי. לאוסטרליה ראו P. Gillies, *Criminal Law* (3ed. ed., The Law Book Company, 1993) 212. יש לציין כי הגנת הצידוק קיימת כיום באוסטרליה רק בקווינסלנד (סעיף 31 ל-Criminal Code Act 1899 No. 9 of 1899), באוסטרליה המערבית (סעיף 31 ל-Criminal Code Act 1913, No. 28 of 1913) ובכל הנוגע לעברות ולאנשים שעליהם חל ה-Defense Force Discipline Act 1982 הפדרלי.

154 לגישה זו במשפטי נירנברג ראו McDougal & Feliciano, לעיל הערה 16, בע' 693.

155 ראו לעיל הערה 127.

156 להתנגדות לגישה זו ראו ענבר, לעיל הערה 55.

157 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 137.

158 לדחיית החלופות ראו פרוש "ציות", לעיל הערה 18, בע' 97-103. פרוש סבור כי סיבת הדחייה הייתה סברתם של גורמי הצבא כי הגישה השלטת במשפט הישראלי היא גישת חומרת המעשה.

159 פסק דין עופר, לעיל הערה 21, בפסקה 67. ראו התייחסות לעניין זה אצל שהם ב"סימפוזיון", לעיל הערה 44, בע' 603.

160 פסק דין אלקובי, לעיל הערה 50, בע' 254.

שבעטיה ביצע את העברה, היא בלתי חוקית. לעומת זאת, בפסקי דין אחרים הובעה התנגדות עזה ומפורשת לגישה האמורה¹⁶¹. פסק הדין היוצא באופן החד ביותר כנגד גישה זו הוא פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי בעניין בן זקן¹⁶². שם, כמו בעניין אלקובי, ניתנה הפקודה הלא חוקית עקב רצון להתמודד עם חוסר אפסנאי (כאן דובר בדיווח כוזב על ידי יצירת פיצול אפסנאי, ולא בגנבה). החייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, ואף נקט צעדים "קלושים", כהגדרת בית הדין, למנוע את המשך הזרמת המסמכים. התביעה טענה כי עקב ידיעתו של החייל כי הפקודה אינה חוקית, לא יכולה לקום לו הגנת הצידוק. בית הדין דחה טענה זו וזיכה את החייל מסעיף האיטום האמור על אף ידיעתו.

לעומת בתי הדין הצבאיים, נראה כי בית המשפט העליון תומך באימוץ גישה זו, אולם עד כה תמיכה זו הובעה אך ורק בהערות אגב. בפסק דין אייכמן¹⁶³ ציין בית המשפט כי אף לפי המשפט הפלילי הכללי ניתן להרשיע את אייכמן מכיוון שזוהי ידע על העדר החוקיות שבמעשיו. כמו כן, בפסק דין שניתן בשנת 2001 בפרשת יתום¹⁶⁴, העיר בית המשפט בהערת אגב כי לעתים לא יתנוסס דגל שחור מעל פקודה בלתי חוקית בעליל, כאשר לאדם הייתה מודעות לחוסר החוקיות שבפקודה.

אם כך נראה כי לגישה זו קיימים תומכים ומתנגדים. חילוקי דעות אלו נובעים מכך שמצד אחד, גישה זו מאפשרת איזונים מסוימים אשר לא מתאפשרים לפי גישות אחרות, אך יוצרת, מצד שני, קושי רב הן לחייל עצמו והן למערכת הצבאית בכללותה. עקב קשיים אלו נראה כי גישה זו אינה יכולה לשמש כלי איזון משפטי ראוי מבלי שיתווספו אליה סייגים מסוימים. בהמשך המאמר יידון סייג אשר מצמצם את הבעייתיות בגישה זו.

לקראת גישה חדשה

כפי שראינו עד כה, כל אחת מהגישות הקיימות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל מעלה קשיים אשר מטילים ספק ביכולתה לשמש כלי איזון ראוי בין תכליות ציבוריות נוגדות הניצבות בסוגייה משפטית זו. לפיכך נראה כי קיים צורך ליצור גישה חדשה שתשלב את היתרונות הקיימים בגישות הקיימות ותנסה להתמודד עם הקשיים שכל גישה מעלה.

הגישה שאציע עתה מנסה לעשות את האמור בהתבסס על מגמות הקיימות בפסיקה הישראלית לאורך השנים: הדגשת חובת בירור ודיווח; התחשבות במצב המבצעי; פסילת פקודה הלוקה בפלילות חמורה; חיוב ציות לפקודות בלתי חוקיות הנוגעות לפעילותו הרגילה של חייל.

תחילה אדון במגמות האמורות ואפתח אותן בהתאם לאיזון הנדרש בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר, ולאחר מכן אציג את גישתי בהסתמך על מגמות אלו ובשילוב הגישות הקיימות במשפט הישראלי לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

חובת הבירור והדיווח

מערכת יחסים צבאית בין מפקד לפקוד שמתבססת על ציות עיוור ללא יחסי בירור, דיווח (הפקוד למפקד) והבהרה (המפקד לפקוד), היא מערכת שבה נפגעת באופן אנוש המקצועיות הצבאית. ללא מתן אפשרות לחייל לדווח למפקדו על מידע שבידו שעשוי לשנות את הפקודה, עלולה המטרה הצבאית להיכשל; ללא מאמץ מצד המפקד להבהיר לחייל את הפקודה ואת צרכיה על מנת שזוהי יבין את מטרתה, עלול החייל שלא להשקיע את מיטבו ולא לבצע את הפעולה על הצד הטוב ביותר¹⁶⁵. לפיכך יש ליצור שילוב ראוי בין מערכת יחסים של בירור, דיווח והבהרה

161 ראו, למשל, פסק דין בלק, לעיל הערה 99, בע' 287.

162 פסק דין בן זקן, לעיל הערה 50, בפסקאות 3-2.

163 לעיל הערה 21, בע' 2039, 2076-2077.

164 לעיל הערה 66.

165 על הצורך כי חייל יבין את פעולותיו ראו א' כשר "בין ציות למשמעת: בין חוק לאתיקה" משפט וצבא 16 (התשס"ב-ס"ג) 479, 492.

לבין מערכת יחסים המבוססת על ציות מהיר ומיידי. לאורך השנים יצרה הפסיקה חובות ברור, דיווח והבהרה שהפרתן על ידי הפקוד שוללת ממנו את הגנת הצידוק, ואילו הפרתן על ידי המפקד שוללת את האפשרות להעמיד לדין את החייל בגין סירוב פקודה. לעומת זאת, מקום שהחייל פועל בהתאם לחובות הבירור והדיווח, ומקום שמבחינת המצב בשטח אין ביכולתו לבצע בירור ודיווח, תקום לו הגנת הצידוק.

הפסיקה הטילה על החייל חובות דיווח וברור רבות. כך, למשל, כאשר נותן מפקד פקודה כללית, והפקוד יודע כי נגזרים ממנה סיכון או הפרת החוק, עליו להפנות את המפקד לכך, ואם לא עשה זאת, מעשהו מפר החוק לא יהא מוגן על ידי הפקודה¹⁶⁶. כאשר הפקודה מותירה שיקול דעת רחב בידי החייל, ואחת החלופות האפשריות לפעולה היא הפרת החוק, על החייל לחזור למפקד ולבקש הבהרה עד שיצטמצם שיקול דעתו לכדי אפשרות אחת¹⁶⁷. יש לשער כי במרבית הפעמים תהיה זו האפשרות החוקית, אך אם לאחר צמצום שיקול הדעת על ידי המפקד האפשרות שנותרה, אינה חוקית, רק אז יהיה מוכן בית הדין לדון בהגנת הצידוק. הלכה דומה קובעת כי כאשר הפקודה מאפשרת פעולה בדרך חוקית ובלתי חוקית, על הפקוד לפעול בדרך החוקית, אלא אם הובהר לו אחרת, אף אם נראה על פני הדברים כי הוראת המפקד התכוונה לביצוע מעשה בלתי חוקי¹⁶⁸. בנוסף, כאשר הפקודה סותרת פקודת מפקד אחר, מחובת הפקוד להבהיר למפקד עובדה זו¹⁶⁹. ביצע החייל מאמצי ברור רבים ובכל זאת נאלץ לבצע מעשה בלתי חוקי, תחול עליו הגנת הצידוק¹⁷⁰. ניתן לסכם חובות ברור אלו לכדי כלל כי בקבלו ממפקדו פקודה (כללית או ממוקדת) אשר סותרת את החוק או יוצרת סכנה בשטח, חלה על החייל חובה לדווח למפקד על עובדה זו על מנת שיוכל לחסות תחת הגנת הצידוק. ניתן להוסיף ולומר כי ככל שהפרת החוק או הנוק מהפקודה חמורים יותר, מתגברת חובת הבירור והדיווח, והיא כוללת גם פניה אל המפקד הממונה כשהמפקד נותן הפקודה מסרב לשנות את פקודתו.

למראית עין נראה כי הטלת חובה זו מחזקת את החשש שהובע בעניין אהרנובביץ¹⁷¹, כי החייל יהיה הפוסק האחרון בשאלה אם הפקודה מוצדקת, אך לא כך הדבר. ראשית, מידת הבירור והדיווח תלויה בנסיבות מתן הפקודה, ולפיכך נסיבות רבות לא יחייבו חובת ברור נרחבת (נסיבות אלו יידונו בהמשך תחת הגישה המשלבת). שנית, גם במקרים הרבים שבהם המצע העובדתי והמשפטי ברור לחייל ולמפקדו, והפקודה עצמה מלכתחילה מותירה לחייל דרך פעולה אחת אפשרית, חובה זו תדרוש מהצדדים הליך קצר ביותר.

חיווק חובות הבירור והדיווח עשוי לחזק את עיקרון שלטון החוק ללא צורך ביצירת התנגשות חזיתית עם חובת הציות מכיוון שבהנחה שבמרבית המקרים שבהם מפקדים נותנים פקודה שאינה חוקית, הדבר נעשה עקב שגגה, ולא עקב זדון, מפקדים אלו יתקנו או יבהירו את פקודתם בעקבות פניית פקודיהם. חיווק חובת הבירור גם יקטין את חוסר הוודאות של החייל מקבל הפקודה, וכך גם ייחלשו שיקולי ההפטר.

לטעמי, חיווק חובת הבירור צריך להיעשות בשלוש דרכים. ראשית, יש לחנך את החיילים ברוח חובה זו וברוח חשיבותה למקצועיות הצבא; יתרה מכך, יש לחנך את המפקדים, כי הפניה החוזרת של החייל אליהם היא מעשה חיובי, ולא מעשה של פקפוק בסמכות, ועליהם לעודד זאת. שנית, יש לראות את חובת הבירור והדיווח מצד פקוד ואת חובת ההבהרה מצד מפקד כחובות עצמאיות. אם אחד מהם לא פעל בהתאם לחובות אלו, ונגרמו נזק או הפרת חוק, יש להעמידו לדין על התרשלות בביצוע תפקיד בנוסף להעמדה לדין בגין הפרת החוק. כך תובהר חשיבותן הנפרדת של חובות אלו. שלישית, כאשר הנסיבות אפשרו לחייל לפנות לברר ולדווח, והוא לא עשה זאת, יש לקבוע כי לא

166 ראו ע"פ 99/87 התובע הצבאי הראשי נ' רשף, פד"צ 87, 69, 76-77; פסק דין ברובי, לעיל הערה 94.

167 ע"פ 183/93 גרינברג ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 93, 280, 292; ע"פ 133/84 אסולין נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 84, 129, 139; ע"פ 294/78 התובע הצבאי הראשי נ' עמוס, פד"צ 78, 455, 460.

168 ע"פ 113/61 רובנוב ואח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם), 4, תמצית פורסמה בפד"צ 1961, 328.

169 פסק דין סגן דן, לעיל הערה 103, בע' 5; ע"פ 135/55 התובע הצבאי הראשי נ' אמנון (לא פורסם).

170 כך, למשל, בפסק דין הורנסנדי, לעיל הערה 137, ניסיונות הבירור של החייל השפיעו על הקביעה כי קמה לו הגנת צידוק.

171 ראו לעיל הערה 26, בע' 392.

תקום לו הגנת הצידוק¹⁷². כך יינתן כוח אמיתי לחובה זו, ומידת ההתנגשות בין האינטרסים הציבוריים הנוגדים תקטן. יש להדגיש, כמובן, כי אם אין באפשרותו של החייל לבצע בירור ודיווח עקב הנסיבות, כדוגמת מצב לוחמתי, אין להטיל על החייל חובת בירור שכזו כתנאי לקיומה של הגנת הצידוק.

צורך מבצעי מול שגרה

רבות מהטענות כנגד הטלתה של חובת אי הציות לפקודה בלתי חוקית וכנגד הרחבתה נובעות מהחשש כי הדבר יסכל את הפעילות הצבאית המבצעית ויפגע ביכולתו של הצבא לנצח בקרב. בעת קרב קיים צורך חזק כי החייל יציית להוראות מפקדו באופן מיידי. שיהיו בביצוע הפקודה, ולבטח אי ביצועה, מסכנים את ביטחון המדינה ואת חיי החיילים, ולפיכך בתנאי קרב קיימים שיקולי הצדק חזקים המחייבים ציות מהיר מצד החייל.

גם מבחינת שיקולי ההפטר הקרב הוא מצב מיוחד המחזק את נטייתו של החייל לציית ולהתעלם מהפסול שעשוי להתבצע עקב ציות זה. קייזר פירט את ההשלכות הפסיכולוגיות של לחץ הקרב אשר עשויות לחזק את נטייתו של החייל לצייתנות. ראשית, בעת קרב נוצרת התמוגגות של החייל עם יחידתו הגרעינית. כך מגדיל החייל את תחושת הביטחון העצמי שלו ואת יעילות פעולתו בתנאי הלחץ וחוסר הוודאות השוררים סביבו. עקב זאת יעדיף החייל את ערכי יחידתו על ערכים כללים או על הוראות אנשים חיצוניים, והוא ייטה יותר לציית לפקודה הניתנת לו פנים מול פנים ממפקדו הישיר, מאשר לפקודה שניתנת דרך הקשר ממפקד בכיר בדרגה. שנית, לחייל בעת קרב תהייה נטייה ל"בריחה לתוך העבודה", משמע הוא יתמקד במשימה הישירה שמולו, יאטום לבו אל גירויים אחרים וימנע מאותם גירויים לצוף למודע. שלישית, במצבים מאיימים תהייה לחייל, כמו לכל אדם, נטייה לחפש אחר מקור סמכות אשר יספק לו תחושה מסוימת של סדר בתוך המצב המאיים. מקור סמכות זה יהיה לרוב המפקד הישיר. רביעית, במצבים שכאלו החייל יבצע הערכה מחודשת של ערכיו: עקב כך שבקרב מתקיים דיסוננס בין ערכים שונים, ייווצר אצל החייל מתח נפשי, והחייל יפתור אותו על ידי זניחת חלק מהערכים הסותרים. לפיכך עקב תהליכים פסיכולוגיים בלתי נשלטים אלו ייטה החייל להתעלם מהפגם החוקי או הערכי בפקודה שניתנה לו, או לא להבחין בו, במיוחד אם הפקודה ניתנה לו ממפקדו הישיר¹⁷³.

בדונם בהגנת הצידוק התחשבו בתי הדין בשאלת קיומה של נסיבה מבצעית. כך, התייחסות בתי הדין אל פקודה המנוגדת לחוקי התעבורה השתנתה בהתאם לנסיבות: פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה בשגרה סווגה כפקודה בלתי חוקית בעליל¹⁷⁴, ולעומת זאת, נקבע כי בנסיבות מבצעיות קמה לחייל הגנת צידוק אף על סמך הוראות שספק אם היו נחשבות צו המחייב ציות בשגרה¹⁷⁵. כך פתרו בפועל בתי הדין את הבעיה התיאורטית המוצגת ב"משל המכונית" המשמש בוויכוח בין המצדדים בגישות עובדתיות לבין אלו המצדדים בגישות הנורמטיביות. עולה כי מצבו המשפטי של החייל נקבע בפועל בהתאם לשאלה אם הפרת דיני התעבורה נבעה מצורך מבצעי או מקוצר רוחו של המפקד.

אם כך, הפעולה המבצעית מחייבת משמעת חזקה יותר מעתות שגרה, ולכן כל גישה לזיהוי "פקודה בלתי חוקית בעליל" צריכה להבחין בין מידת הציות בעתות שגרה למידת הציות בזמן פעילות מבצעית¹⁷⁶.

172 אי החלת הגנת הצידוק תיעשה באחת משתי דרכים בהתאם לנסיבות המקרה: קביעה כי הוראת המפקד השאירה לחייל שיקול דעת רחב מדי מכדי להיות צו המחייב ציות, או קביעה כי הפקודה הייתה כללית מדי מכדי לחול על המעשה המסוים.

173 קייזר, לעיל הערה 9, בע' 61-64.

174 ראו פסק דין הסירה, לעיל הערה 94; פסק דין ברוכי, לעיל הערה 94; פסק דין בן אברהם, לעיל הערה 94.

175 עע 245/58 התובע הצבאי הראשי נ' חננאל, פד"צ 59, 4; פסק דין דרור, לעיל הערה 65; פסק דין תבור, לעיל הערה 136. להתחשבות במצב מבצעי במקרה שאינו נוגע לנהיגה, ראו עע 273/56 התובע הצבאי הראשי נ' לנברג (לא פורסם).

176 ראו פרוש "הדגל השחור", לעיל הערה 44, בהערה 10.

פליליות חמורה

קושי מרכזי בגישת ערכי היסוד המונע ממנה להיות המבחן היחיד לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הוא שהמציאות מורכבת יותר מכדי שתוכל "להיכלא" בתוך אותה רשימה של כמה כללים ספורים. חיסרון זה ממחיש את הצורך בקיומו של "מונח שסתום" מסוים שיאפשר לפתח כללי אי ציות נוספים ויאפשר התמודדות עם תחומים שבהם ראוי כי רק חלק מהפקודות הבלתי חוקיות יוגדרו כבלתי חוקיות בעליל.

ניתן היה לטעון כי מבחן הדגל השחור יכול לשמש אותו כלי, אך, כאמור לעיל, מבחן הדגל השחור מעלה כמה קשיים, וביניהם העדר בהירות והדגשת המוסר, ולא החוק.

לדעתי, ניתן להשתמש במבחן חלופי: מבחן הפליליות החמורה. מבחן זה מבוסס על נטייתה של הפסיקה עד היום, ללא קשר לגישה שננקטה, להתייחס אל פקודות לביצוע עברה פלילית חמורה, דוגמת שוד, חבלה, עדות שקר, השחתה וגנבה של רכוש יקר ערך, כפקודות בלתי חוקיות בעליל¹⁷⁷.

מבחן הפליליות החמורה פתוח מספיק כדי לכלול מצבים מגוונים, ומאידך, הוא גם ברור מספיק כדי שמרבית החיילים יוכלו לזהות מתי מדובר במעשה פלילי חמור. בנוסף, הכללת המבחן האמור בגישת ערכי היסוד מחדירה רכיב של חומרה, כך שחייל המקבל פקודה ממפקדו "להשלים" מחסנית בטירונות ייצא זכאי, בעוד שחייל הנשלח עם משאית לגנוב ציוד של יחידה אחרת ייצא אשם. כמו כן, מבחן הפליליות החמורה לעולם יבחן את הפעולה נשוא הפקודה לאור נסיבות המקרה. ברור כי חייל יתקשה יותר לראות את הפליליות שבפקודה שניתנת על ידי בעל דרגה בכירה, או מקום שהוא עצמו חייל בלתי מנוסה, או במצב לחמתי.

פעילותו הרגילה של החייל

חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית ומבצעה בכל זאת. במקרה זה, כאמור לעיל, שיקולי ההפטר להקמת הגנת הציוד נחלשים, אך שיקולי ההגנה על ביטחון המדינה והמשמעת הצבאית עדיין עשויים להתקיים, ולפיכך ספק אם תמיד נרצה לקבוע כי לא קמה במקרה זה חובת ציות. לפיכך על מנת שגישת הידיעה בפועל תוכל לשמש כחלק מכלי איזון משפטי בסוגייה דנן, יש צורך לסייגה כך שלא תחול על סוג פקודות שבהן הפגיעה הנגרמת לאינטרס הציבורי מאי הציות גדולה על הפגיעה שתיגרם לשלטון החוק אם החייל יציית ויתלונן בדיעבד.

בחירת הפסיקה מראה כי גישת הידיעה בפועל נדחתה בעיקר כאשר דובר בפקודה שהורתה לחייל לבצע פעולה מפעולות העבודה הרגילות שלו או פעולה שנבעה ממערכת היחסים הרגילה בין המפקד לחייל. בפסיקה נדונו מקרים שעסקו בחובת ההימצאות¹⁷⁸, בפעולות שמירה¹⁷⁹ ובפקודות עונשיות כלפי חייל שאין בהן יסוד משפיל או פוגעני¹⁸⁰, אך ניתן להקיש מפסיקה זו כלל רחב יותר הקובע כי עבור חייל היודע שהפקודה הניתנת לו ממפקדו היא בלתי חוקית, הפקודה תהיה בלתי חוקית בעליל רק אם היא אינה נוגעת לפעילותו הצבאית, לתפקידו הצבאי, או למערכת היחסים הרגילה בין חייל ומפקד. כאשר החייל יודע שהפקודה אינה חוקית, וביטחון המדינה והמשמעת הצבאית אינם נפגעים במידה חזקה, שלטון החוק יגבר על הציות. כאשר הפקודה עוסקת בפעילותו הרגילה של החייל, ולפיכך הפגיעה במסגרת הצה"לית עקב אי הציות היא גדולה, יהיה על החייל לציית בכל זאת, למרות ידיעתו בדבר העדר החוקיות. כך נוצר איזון עדין יותר בין עיקרון שלטון החוק לבין ביטחון המדינה, המשמעת הצבאית ונטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית. גישה זו גם יוצרת לחייל ודאות רבה מכיוון שהוא מכיר את עבודתו ואת סוגי הפעילויות הצבאיות, ולפיכך הוא יכול להבחין מתי מדובר בפקודה הנוגעת לפעילותו הרגילה. מבחן זה ודאי ברור יותר עבור החייל מאשר המבחן האובייקטיבי, שמאלץ אותו לשים עצמו בנעלי החייל הסביר. יש לציין גם כי גישה זו מתחשבת בסוג הפעילות

177 ראו פסק דין אייזנברג, לעיל הערה 66, בפסקה 26; פסק דין אדלר, לעיל הערה 70, בפסקה 3 לגור הדין; פרשת הטנקים, לעיל הערה 68, בע' 145; פסק דין גנני, לעיל הערה 99, בע' 5; עניין טייג, לעיל הערה 97, בע' 4; שטרומן, לעיל הערה 19, בע' 6 ("קל לנו לומר לחייל לטרב פקודה כאשר אי-חוקיותה גלוי לעין, כשהיא מורה לו לבצע עבירה פלילית חמורה כמו רצח, אונס, או גניבה").

178 239/510/178 שראלי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם); ועו 12/510/178 צחור נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

179 239/580/179 התובע הצבאי הראשי נ' שלח, פד"צ 58, 346; ופסק דין צחור, לעיל הערה 179.

180 פסק דין שלח, לעיל הערה 180; ועו 152/6180/179 התובע הצבאי הראשי נ' שי, פד"צ 62, 7.

שבה עוסק החייל בעת קבלת הפקודה. כך, למשל, בפעילות מבצעית פעילותו הרגילה של החייל היא לחימה, ולפיכך יהיה עליו לציית לכל פקודה הניתנת ממפקדו ונוגעת ללחימה אף אם הוא יודע שהיא אינה חוקית. ניתן לטעון מנגד כי על סמך כלל זה חייל היודע כי פקודת הרג אזרחים היא בלתי חוקית, יבצע על אף ידיעה זו מכיוון שהיא נוגעת לפעילות הלחימה, וכי נהג המקבל פקודה לנסוע במהירות מופרזת יבצע פקודה זו מכיוון שהפקודה נוגעת לתפקידו הצבאי. קושי זה ייפתר על ידי שילוב כלל זה יחד עם המגמות האחרות שהוצגו עד כה. שילוב זה יוצג להלן.

הצעה: הגישה המשלבת

כפי שהודגש במאמר זה, הגנת הצידוק היא מבחן משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, וייחודו בכך שהוא נבחן על ידי שני גופים בעלי כישורים שונים בנקודות זמן שונות: החייל בעת קבלת הפקודה ובית המשפט בדיעבד. לפיכך בעת הצגת גישתי אפרט הן כיצד צריך החייל לנהוג, והן כיצד צריכה להיבחן התנהגותו על ידי בית המשפט. בנוסף אבחן כיצד משליכה על כך הנסיבה המבצעית.

התנאי הראשוני להחלת הגנת הצידוק: בירור ודיווח

על כל חייל חלה חובת בירור ודיווח. חובה זו נועדה להעלאת רמת המקצועיות של מערכת היחסים בין החייל לבין מפקדו. על החייל לדווח למפקדו את הנתונים העובדתיים והחוקיים הנמצאים בידיו. תוצאתו הסופית של הליך זה צריכה להיות קבלת החלטה על ידי המפקד על סמך בסיס הידע הרחב ביותר האפשרי, צמצום שיקול הדעת של החייל לכדי מינימום דרכי פעולה אפשריות¹⁸¹, והבנה - בהתחשב באילוצי הזמן, המקום וביטחון שדה - של החייל את הרציונל העומד מאחורי הפקודה.

כאמור, מידת הבירור והדיווח תלויה בנסיבות הנובעות מהפקודה עצמה ומהסביבה שבה ניתנה הפקודה. את הנסיבות הללו ניתן למיין לחמש קבוצות:

1. נסיבות הנובעות מהרקע שבו ניתנה הפקודה:

א. האם מדובר בפעילות בשגרה, באימון או בפעילות מבצעית? חובת הבירור גדלה כאשר לא מדובר בפעילות מבצעית.

ב. האם הפקודה ניתנה על רקע נוהג או מדיניות כללית? אם הפקודה תואמת אותם, חובת הבירור קטנה.

ג. האם הנסיבות מצביעות על קיומו של הצדק שבדין לביצוע הפקודה? אם כן, חובת הבירור קטנה.

ד. האם החייל נמצא בפני איום בפגיעה גופנית אם יסרב לפקודה, אשר מפריע לשיקול דעתו, ולכן מפריע לו לבצע בירור ודיווח?

2. נסיבות הנובעות מההליך שבו ניתנה הפקודה:

א. ככל שפער הדרגות בין מקבל הפקודה לנותנה גדול יותר, חובת הבירור קטנה.

ב. מידת היותו של המפקד בעל סמכות למתן פקודות שכאלו: ככל שגובר החשד כי הפקודה ניתנת בהעדר סמכות, חובת הבירור והדיווח גדלה.

3. נסיבות העולות מתוכן הפקודה:

א. מידת הפליליות של הפקודה העולה לאורך הבירור.

ב. מידת מוסריות הפקודה.

ג. האם הפקודה נוגעת לפעילותו הרגילה של החייל? אם כן, קטנה חובת הבירור.

181 יש לציין כי אין הדבר מתחייב כי בתום התהליך יותר החייל עם דרך פעולה אחת מכיוון שהמציאות המשתנה מחייבת מתן גמישות לחייל בביצוע הפקודה, אך הצורך הוא כי יהיה מדובר במינימום האפשרי, על מנת שהוראה זו תהייה פקודה לעניין הגנת הצידוק. כמוכן שבעת קרב מינימום זה הינו רחב יותר.

4. נסיבות העולות מתכלית הפקודה: אם לאורך הבירור עולה חשד כי התכלית הייתה ענישת אזרחים או רווחתו האישית של המפקד, עולה חובת הבירור.
5. נסיבות העולות מהתוצאה המסתברת של הפקודה: אם הפקודה עלולה לגרום לנזק לגוף, להשפלת אדם או לנזק חמור לרכוש, תעלה חובת הבירור והדיווח של החייל.
- כפי שניתן לראות, נסיבות אלו מבוססות על גישת הידיעה בכוח ועל גישת ערכי היסוד. בתום הליך הבירור והדיווח קיימת בידי החייל פקודה ברורה, ותיתכן אחת משלוש האפשרויות: החייל סבור שהפקודה חוקית; החייל חושד שהפקודה אינה חוקית; החייל יודע פוזיטיבית שהפקודה אינה חוקית.

החשד והידיעה הפוזיטיבית של החייל בדבר אי חוקיות הפקודה

- אם החייל סבור לאחר מילוי חובת הבירור והדיווח שהפקודה חוקית, עליו לציית לה. לעומת זאת, חייל החושד לאחר שפעל בהתאם לחובת הבירור והדיווח שפורטה לעיל, כי ניתנה לו פקודה לא חוקית, צריך לציית לפקודה, אלא אם הפקודה שייכת לאחת מקבוצות הפקודות הבאות:
- פקודות המסכנות אדם ללא הצדק לכך בדין;
 - פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך מבצעי;
 - פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם במעגל הלחימה;
 - פקודות "אזרחיות" (ללא תכלית צבאית כלשהי, למטרתו הפרטית של המפקד);
 - פקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל;
 - פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה;
 - פקודות לביצוע השמדת עם;
 - פקודות המורות לבצע מעשה פלילי חמור.

עקב הערכים החברתיים והעקרוניים הצבאיים החשובים שעלולים להיפגע עקב ציות לפקודות אלו, די בחשד כן של החייל כי הפקודה נמנית על אחת הקבוצות דלעיל, כדי לקבוע שאין עליו ציית להן. עקב הרצון להגן על האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק לעניין שאר הפקודות, לא יהיה די בחשד כן כי פקודה אחרת אינה חוקית, אלא יהיה צורך בידיעה פוזיטיבית ואף יותר מכך כדי להצדיק אי ציות להן.

חייל היודע פוזיטיבית, בין עקב ידע קודם ובין עקב הליך הבירור והדיווח, כי הפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית, חייב להימנע מציות באחד משני אלה: הפקודה נכנסת לגדר אחת משמונה הקטגוריות שפורטו לעיל, או לא מדובר בפעילותו הרגילה.

שילובן של שתי שאלות אלו מוביל לכך כי חייל לא יציית לפקודות שהוא יודע שאינן חוקיות, אף אם הן נוגעות לפעילותו הרגילה, אם הן נופלות לאחת משמונה הקטגוריות האמורות. לפיכך למרות שפעילותו הרגילה של נהג היא נסיעה, לא יציית חייל לפקודה להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה שלא עקב צורך מבצעי.

יש לשים לב כי לחייל שיוודע כי הפקודה אינה חוקית, קיים היתר מצומצם יותר לציית לפקודות בלתי חוקיות מכיוון שבענייניו קיימים שיקולי הפטר מצומצמים יותר.

פקודה בלתי חוקית בעת פעילות מבצעית

עקב חשיבותה של הפעילות המבצעית ייבחנו עתה דרכי הפעולה של החייל בזמן פעילות זו. הנסיבות המבצעיות משפיעות על דרכי הפעולה הן של החייל ה"חשדן" והן של החייל ה"יודע".

חובת הבירור והדיווח מצטמצמת בעת פעילות מבצעית עד לכדי מינימום, ושאר הנסיבות משפיעות על המינימום האמור. מובן כי לא מצופה מהחייל אותו הליך בירור מעמיק כמו בשגרה, ולא מצופה גם כי בתום הליך הבירור יגיע החייל לאותה מידת הבנה כמו בשגרה או לדרך פעולה כל כך מצומצמת כבעת שגרה. אם החייל סבור לאחר בירור קצר זה כי הפקודה חוקית, עליו לציית.

החייל ה"חשדן" צריך לציית לפקודות למרות ספקותיו, אלא אם הפקודות שייכות לאותן הקטגוריות שפורטו לעיל. כאן יש לשים לב כי חלק מהקטגוריות אינן נוגעות לחכימה, והשאר מצטמצמות או מתאימות עצמן למצב הלוחמתי. כך, הקטגוריה של פקודות המסכנות חיי אדם שלא לצורך אינה רלוונטית יותר מכיוון שאם מדובר באזרחים, הרי שאלו חוסים תחת הקטגוריה של איסור פגיעה באנשים שאינם במעגל הלחימה, ואם מדובר בחיילים, הרי שהסכנה נובעת מעצם הימצאותם בקרב, ואין להתיר לחייל לבקר את שיקול דעת מפקדו לגבי מידת הסיכון הננקטת. כך גם לגבי פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות ולגבי פקודות עונשיות. מכיוון שקטגוריות אלה סויגו לעתות שגרה ואימונים, הרי שבעת לחימה יהיה על החייל לציית למרבית הפקודות המפורות חוק בתחומים אלו. מקרים קיצוניים החוסים תחת קטגוריות אלו, מקרים של מתן פקודות שאל לחייל לציית להן אף במצב לחימה, יחסו עתה תחת הקטגוריה של פקודות בעלות פליליות חמורה. פקודות "אזרחיות", לעומת זאת, שייכות לקטגוריה שניתן להתאימה למצב הלוחמתי. פקודה "אזרחית" בעת לחימה היא פקודת ביזה, ואין ספק כי לא נרצה שהחייל יציית לה. פעילותו הרגילה של חייל בפעילות מבצעית היא הלחימה, ולפיכך עליו לציית לכל פקודה בלתי חוקית שניתנת לו, אף אם הוא יודע על כך, כל עוד היא אינה נכללת באחת הקטגוריות שפורטו לעיל. לפיכך על החייל לשאול עצמו בפועל אם הפקודה שייכת לאחת הקטגוריות הללו בהתאמה למצב הלוחמתי, ורק אם התשובה לכך היא חיובית, יהיה עליו לסרב לפקודה. כך בפועל מצטמצמות למרות על פגיעה באנשים שאינם במעגל הלחימה, לפקודות "אזרחיות", לפקודות ה"יודע". הן מצטמצמות לפקודות המורות על פגיעה באנשים שאינם במעגל הלחימה, לפקודות "אזרחיות", לפקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל, לפקודות לביצוע השמדת עם ולפקודות המורות לבצע מעשה פלילי חמור. בכל שאר המקרים על החייל לציית לפקודות ללא קשר לידיעתו או לספקותיו.

בית המשפט: הבחינה בדיעבד

לאחר פירוט דרך הפעולה של החייל המקבל פקודה יש לבחון עתה כיצד על בית המשפט לנהוג בהגיע עניינו של החייל אליו בדיעבד. על בית המשפט לבחון תחילה את מעשי הביורור והדיווח של החייל לאור נסיבות המקרה. בחינה זו היא כפולה. ראשית, האם לאור נסיבות המקרה ניתן להגדיר את הוראת המפקד כפקודה (הוראה המלווה בסנקציה). ללא תנאי זה לא תוכל לקום לחייל הגנת הצידוק. שנית, האם התרשלו החייל או מפקדו בחובותיהם ההדדיות הנובעות ממערכת היחסים הפיקודית השוררת ביניהם.

לאחר מכן על בית המשפט לבחון אם עומד בפניו חייל אשר לא ידע כי הפקודה היא בלתי חוקית, חייל אשר חשד בכך, או חייל בעל ידיעה פוזיטיבית. לגבי חייל "לא יודע" או "חשדן" על בית המשפט לשאול אם חייל סביר בנסיבות המקרה היה יכול לזהות כי הפקודה מורה על ביצוע מעשה פלילי חמור. יש לשים לב כי בשונה מגישת הידיעה בכוח, לא כל מעשה בלתי חוקי יצדיק קביעה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. אם הפקודה תשתייך לאחת הקטגוריות שנוכרו - פקודות המסכנות אדם ללא הצדק שבדין לכך; פקודות המורות להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך ביטחוני; פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם במעגל הלחימה; פקודות "אזרחיות"; פקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות; פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה; ופקודות לביצוע השמדת עם - בית המשפט יקבע כי הפקודות הן בלתי חוקיות בעליל, ללא התחשבות בנסיבות נתינתן כל עוד לא היה קיים הצדק שבדין לביצוען של הפקודות (הצדק שכזה יהיה נדיר).

כאשר, לעומת זאת, יוכח כי החייל ידע פוזיטיבית שהפקודה היא בלתי חוקית - שאז שיקולי הפטר המחייבים התחשבות קטנים יותר - יבצע בית המשפט בחינה אחרת: בית המשפט ישאל עצמו אם הפקודה האמורה נגעה לתחום הפעילות של החייל, ואם הפקודה אינה פקודה מתוך הקטגוריות שנידונו לעיל. אך ורק מקום שהתשובה לשתי שאלות אלו חיובית, תקום לחייל הגנת הצידוק. יש לציין כי על בית המשפט לפרש את המונח "פעילות החייל" באופן רחב הן על מנת לאפשר לצבא גמישות תפקודית רבה והן מתוך התחשבות בנטייתו של החייל לציית.

יתרונות הגישה המשלבת

את המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל על פי הגישה המשלבת, שהוצגה זה עתה, לא ניתן לנסח במשפט אחד חד וקולע. היא דורשת הליך בחינה מפורט יותר הן מהכפוף בהיררכיה בעת קבלת הפקודה והן מבית המשפט בדיעבד. פירוט זה נובע מכך שגישה זו אינה גישה דדוקטיבית, כשאר הגישות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הקיימות כיום במשפט הישראלי. גישות אלו קבעו כלל אחד קצר לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ולאחר מכן ניסו לבחון את המקרים שעלו בשטח על סמך הכלל האמור.

הגישה המשלבת היא גישה אינדוקטיבית שמנסה על סמך הבעיות שעלו בשטח בעקבות הגישות האחרות, לקבוע כלי משפטי ראוי לאיזון בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר הקיימים בעניין זה. פירוט זה אינו בא על חשבון בהירות, אלא להפך: הוא מנסה לתת בידי הכפוף במערכת השלטונית ובידי בית המשפט כלי משפטי נוח וברור המתאים עצמו לנסיבות השונות העומדות בפניהם.

עקב הפירוט הקיים בגישה זו ועקב כך שגישה זו מתחשבת בנסיבות קבלת הפקודה (הן לעניין חובת הבירור והן בבחינת הפליליות החמורה), הרי ששלטון החוק לא נפגע כאשר לא עומדים שיקולי הפטר או הצדק חזקים. ההתחשבות בנסיבות גם מאפשרת ליצור הבחנה ראויה בין חייל לעובד מדינה ובין עתות שלום ולחימה.

חיוזק חובת הבירור תוך פירוט הנסיבות השונות המשפיעות על עוצמתה, מגדיל את בהירות המצב המשפטי והעובדתי עבור הכפוף בהיררכיה ומחזק את המקצועיות במערכת היחסים בינו לבין הממונה עליו.

הכנסת רכיבים מגישה ערכי היסוד כחלק חשוב בבחינה שנעשית לפי הגישה המשלבת, יוצרת תמונה נהירה יותר עבורו ושומרת על הערכים החברתיים והצבאיים הגרעיניים, כדוגמת הכלל האוסר על פגיעה באנשים שאינם במגע הלחימה, או הכלל בדבר איסור פקודות "אורחיות", שמגן מפני החשש שהציות יוביל להעדפת המשמעת היחידתית הגרעינית על המשמעת הכלל מערכתית.

הכנסת יסוד "הפליליות החמורה בנסיבות העניין" מאפשרת מבחן גמיש לתחומים שבהם נרצה שרק חלק מהפקודות ייחשבו כבלתי חוקיות בעליל, ומאפשרת פיתוח משפטי של כללי אי ציות גורפים נוספים. ביחס למבחן של גישת חומרת המעשה מבחן זה ברור יותר וקונסנזואלי יותר.

הכנסת יסוד של ידיעה לגישה המשלבת יוצרת הגנה טובה יותר לשלטון החוק כאשר שיקולי הפטר קטנים. סיוגו של יסוד זה כך שלא יחול על תחומי הפעילות הרגילים של מקבל הפקודה, מגן על המשמעת הארגונית מפני פגיעה בה שתהיה חמורה יותר מהפגיעה בשלטון החוק. כמו כן, יש בכך התחשבות בנטייה הפסיכולוגית לציית. יצירת מבחן שונה למקבל פקודה "חושד" ולמקבל פקודה "יודע" מתחשבת בכך שבמצבים אלו קיימים שיקולי הפטר שונים. בשני המקרים המבחן המוצע מספק הגנה חזקה לערכים החברתיים, המערכתיים והצבאיים החשובים ביותר.

לפיכך הגישה המשלבת, אשר בנויה על סמך הגישות הקיימות ועל סמך הידע המשפטי שהצטבר בישראל בנושא, מנסה ליצור בסיס ראוי, נהיר וברור להגנת הצידוק שיוכל לשמש בנוחות וביעילות הן את מקבל הפקודה בשטח והן את השופט באולם.

סיכום

במערכת המשפטית בישראל קיימות כיום ארבע גישות שונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל. עקב כך מעוקר לחלוטין מתוכן הרציונל שבבסיס הגנת הצידוק - יצירת כלי משפטי לאיזון בין עיקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההצדק וההפטר העומדים על הפרק. עקב כך גם מוצב הכפוף בהיררכיה השלטונית במצב בלתי אפשרי: פעמים רבות לא תהיה לו כל דרך להכריע בזמן אמת אם לציית לפקודת הממונה עליו. מצב זה פוגע קשות בעיקרון ודאות הדין, וספק אם פגיעה זו תעמוד בבחינה חוקתית מכיוון שהיא מעמידה את הכפוף בהיררכיה בסכנה של העמדה לדין פלילי תחת הסדר חוקי עמום שאינו מאפשר לו לכלכל את צעדיו.

במאמר זה נעשה ניסיון להבהיר את התמונה המשפטית בסוגיית הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ולסייע לכפוף במערכת השלטונית במצב המשפטי הבלתי אפשרי שבו הוא נמצא. לשם כך נבדק הרציונל העומד מאחורי הגנת הצידוק, ונבחנו האינטרסים הציבוריים שביניהם יש לאזן כאשר כפוף בהיררכיה מקבל פקודה לבצע עברה. לאחר מכן נותחו הגישות הקיימות במשפט הישראלי לזיהוי "עלילות" הפקודה. ניתוח זה הראה כי לגבי כל אחת מהגישות הקיימות במשפט הישראלי קיימים מצבים שבהם הגישה האמורה אינה מאזנת כראוי בין שלטון החוק לבין האינטרסים הציבוריים האחרים. על סמך היתרונות של הגישות השונות ועל סמך מגמות מרכזיות בפסיקה הישראלית הוצעה גישה חדשה - הגישה המשלבת.

הגישה המשלבת היא גישה אינדוקטיבית שנסמכת על הניסיון הפסיקטי הרב שנצבר בתחום לאורך השנים, ועל סמך ניסיון זה היא מנסה ליצור איזון עדין יותר בין השיקולים הציבוריים המתחרים. גישה זו מפורטת יותר מן הגישות הקיימות על מנת להבהיר לכפוף בהיררכיה את העמימות הרבה הקיימת במנוח השסתום "בעליל". הגישה המשלבת נותחה על ידי בחינת מצבו של חייל המקבל פקודה מכיוון שמרבית הפסיקה עסקה בו, אך היא יכולה לשמש באותה מידה גם את עובד הציבור. היא נסמכת על הפסיקה הישראלית הקיימת בנושא, ולפיכך אימוצה אינו דורש מן המערכת המשפטית התאמות רבות.

המצב המשפטי כיום הוא בלתי אפשרי עבור הכפוף בהיררכיה ומחייב שינוי בהקדם האפשרי. יש לקוות כי בפעם הבאה שסוגייה זו תידון בבתי המשפט או בבתי הדין, הם לא יסתפקו רק בהכרעה נקודתית בתיק הניצב מולם, אלא יפעלו להבהרה כללית של סוגיה משפטית חשובה זו. היה וכך יעשו, יש לקוות כי הגישה המשלבת תסייע להם בכך.