

הדילמה • ציות ופקודה בלתי חוקית

בשנה שעברה הוצג בתיאטרון הקאמרי המחזה „הפקודה“ בעקבות הצגתו התקיימו בבתי-ספר צבאיים שונים בצה"ל דיונים על המחזה. להלן תמצית המחזה :

כתום מלחמת-האזרחים בין הצפון והדרום באמריקה ב-1865, נתגלה באנדרסונוויל מחנה שבויים, שהיה למעשה מחנה-מוות לכל דבר, על כל המשתמע מן המושג הנורא הזה. אלפי שבויים מן הצפון, עירומים וחסרי כל, מתו במחנה בתנאים בלתי-אנושיים, כשהם סובלים מרעב, ממחלות ומשיגעון; הגיעו הדברים עד לאכילת בשר-אדם.

מפקד המחנה, קפיטן וירץ, קצין בצבא הדרום שנפצע במהלך מלחמת-האזרחים, נעצר על-ידי צבא הצפון והועמד לדין צבאי. הועלו נגדו האשמות רבות, ביניהן התאכזרות אלי-אנושית לאלפי אנשים, שהביאה למותם, וכן רצח אדם במוידינו. הקולונל צ'יפמן, הקטיגור מטעם ממשלת ארצות-הברית, השתדל להוכיח באמצעות עדים, מהם מהימנים ומהם כוזבים, כי וירץ אכן אשם בכל שיוחס לו. על רבים מסעיפי האשמה וירץ כמעט לא חלק. טענתו היתה, שלא הוא היה האחראי לסדרים במחנה, לפי שכל ההוראות באו מגבוה והוא רק ביצע פקודות. עם זאת כבר בהאשמה העיקרית של רצח והוכיח, באמצעות רופא, שמבחינה גופנית לא היה מסוגל כלל לבצע את המעשים המיוחסים לו.

הקטיגור השתדל להוכיח שוירץ יכול ורשאי היה להמרות את פי הממונים עליו, ולא לקיים פקודות העומדות בניגוד למצפון. לעומתו טען הסניגור כי מילוי פקודות ללא ערעור הוא יסוד החוק הצבאי ווירץ לא היה רשאי להתקומם נגד פקודות מפקדי. אף-על-פי שדעת בית-הדין בעניין זה היתה כדעת הסניגור, חרץ את דינו של וירץ למיתה. השאלה: „מי אשם?“ נותרה פתוחה.

פינו אל שניים מהמשתתפים באחד הדיונים, שנערכו בעקבות המחזה וביקשנו שירחיבו, למען קוראי „מערכות“, את דבריהם בשיחה. ולהלן דברי שניים מהם: האחד — אל"מ צבי הדר, הפרקליט הצבאי הראשי — דן בנושא המשמעת הצבאית בכלל וציות לפקודות בפרט מן ההיבט המשפטי, והאחר — סא"ל בנימין שליט — מן ההיבט הפסיכולוגי.

קובע: „חייל שבמזיד לא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד תוך מילוי תפ-קידו, או ססירב לקיימה בין בדיבור ובין בהתנהגות. דינו — מאסר שלוש שנים; עבר את העבירה תוך פעולה קרבית של יחידתו. דינו — מאסר שבע שנים, ואם עבר את העבירה בפעולה קרבית נוכח האויב, דינו — מאסר חמש-עשרה שנה.“

סעיף 123 — „אי קיום פקודה“ — קובע: „חייל שלא קיים פקודה שניתנה לו על-ידי מפקד, דינו — מאסר שתי שנים; עבר את העבירה תוך פעולה קרבית של יחידתו. דינו — מאסר עשר שנים.“

סעיף 124 — „התרשלות“ — קובע: „חייל שקיים ברשלנות פקודה או הוראה שניתנה לו, או שהתרחל במילוי תפקידו בצבא, דינו — מאסר שנה; מפקד יחידה או חייל בדרגת סמל ומעלה, שעבר עבירה כאמור, דינו — מאסר שנתיים.“

הנוק שנגרם מחמת אי-מילוי הפקודה הוא ברור וכפול: א. הנוק שנגרם בשל אי-ביצוע המשימה המוטלת בפקודה; ב. הנוק הנגרם למשמעת הצבאית עקב כל גילוי של הפרת משמעת. בתי-הדין הצבאיים חזרו והדגישו כי הכלל הוא שהיבט חייל לציית, ללא היסוס, לכל פקודה הנראית חוקית; אין זה מתקבל על הדעת שחייל ישקול כל פקודה שניתנה לו מטעם מפקדו ויחליט מדי פעם אם היא חוקית או בלתי-

האם חייב חייל לציית לכל פקודה הניתנת לו, או שמא קיימות פקודות להן הוא רשאי, ואף חייב, שלא לציית?

בעיה זו ננסה לסקור במאמר זה, בעיה שאינה חדשה בהיסטוריה הצבאית וקיימת בכל צבא מעצם היותו צבא.

הבעיה של מתן פקודות שאין מקום לקיימן עשויה להתעורר כל אימת שקיימת מערכת הירארכית של בעלי תפקידים, ובכל עת שמוטלת במסגרת מערכת זו — ובהתאם ליחס ההירארכי — חובת ציות להוראות הממונים. הבעיה מתגלית בכל חומרתה דווקא לגבי אנשי צבא, כיוון שבמסגרת הצבאית אי-ציות להוראות הממונים מהווה עבירה פלילית.

כל צבא מושתת על יסוד המשמעת, המחייב כל חייל לציית לפקודותיהם של הממונים עליו ללא היסוס. משום כך הציות לפקודה הוא אחת המטרות העיקריות של ההדרכה והתרגול הניתנים לחייל מיום הכנסו לשירות הצבא. חובת הציות לפקודה מיוסדת על הוראות חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955; החוק קובע כי סירוב לקיים פקודה, אי קיום פקודה ואף התרשלות בקיום פקודה על-ידי חייל הם בבחינת עבירות צבאיות, שדינן מאסר לתקופות שונות.

סעיף 122 — „סירוב לקיים פקודה“ —

פקודה בלתי חוקית

אלוף-משנה צבי הדר, פרקליט צבאי ראשי

חוקית; חייל המרגיש עצמו מקופח בשל הפקודה שניתנה לו, זכאי לקבול על-כך בפני המפקד הממונה או הרשות המתאימה, בלי שהדבר יגרע במשהו מחובתו לציית ללא היסוס לפקודה, כל עוד היא קיימת ולא בוטלה ע"י רשות מוסמכת. אם תוכר צדקת קבילתו יהיה על המפקד לתת את הדין, אם על חריגה מסמכות אם על התעללות בקוד, ואם כשותף לביצוע עבירה. כדאי לתת את הדעת על דברי השופט-סים לעניין חשיבות הפקודה, כפי שנאמרו בפסק-הדין בפרשת כפר-קאסס: „חובתו הראשונה של חייל היא לציית לפקודות מפקדו, וציות בכל שלבי הפיקוד, מן הטור ראי ועד למפקד העליון הוא יסוד מוסד של הצבא, כל צבא — ותנאי הכרחי לכושר פעולותיו בימי שלום ובימי מלחמה...”

לאחר שראינו כי המשמעת היא יסוד מוסד לקיום הצבא, חייבים לנו לפתור את הבעיה שעלולה להתעורר כאשר חייל מצווה לבצע מעשה בלתי-חוקי. אין לנו דנים בשלב זה במעשה בלתי-חוקי בעליל, אלא במעשה בלתי-חוקי „סתם”. דרישות המשמעת הצבאית, המתבטאות בחובת הציות לפקודות, עשויות להתנגש במקרה זה בדרישות הדין הבאות לידי ביטוי בהוראות המשפט הפלילי. כאשר חייל מקבל פקודה בלתי-חוקית — שמשמעותה ביצוע מעשה המהווה עבירה — תובעת המשמעת הצבאית ציות ללא היסוס לפקודה, ואילו מרות-הדין אוסרת לבצע מעשים פליליים. התנגשות חזיתית זו יוצרת בעיה קשה מבחינה מעשית ועיונית. אם יציית החייל לפקודה בלתי-חוקית, ויעבור בכך עבירה, יהא צפוי לעונשים שמטיל המשפט הפלילי. אם יפר את הפקודה, ויימנע מלבצע את מעשה העבירה, עלול הוא לעבור על הוראות החוק הצבאי, ולהיות צפוי לעונשים הנקובים בו. אם נעמיד את החייל לדין ונרשיעו בכל מקרה, בין אם יבצע את המעשה ובין אם יסרב לבצעו, יהא בכך חוסר צדק והיגיון, שאין הדעת סובלתו. לצבא עניין שחייל לא יחשוש לבצע פקודות של מפקדיו ושימלא את תפקידו ביעילות, ללא בדיקת כל פקודה לגופה על כל דקדוקיה ופרטיה. לכן העניק החוק לחייל הגנה מפני אחריות פלילית כאשר עקב ביצוע פקודה, שאינה בלתי חוקית בעליל, הוא עובר עבירה.

סעיף 19 (ב) לפקודת החוק הפלילי 1936 קובע כדלקמן:

„לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם עשה או לא עשה את המעשה באחת מן המסיבות הבאות, דהיינו: (א).....

(ב) בצייתו לצו של רשות מוסמכת, שהוא חייב על-פי החוק לציית לה, אלא אם הצו הוא בלתי-חוקי בעליל.”

רואים אנו כיצד הערך החיוני של חובת הציות לפקודות מוגן בחוק הפלילי. החייל חייב לציית לפקודה שניתנת לו, והחוק הפלילי מעניק הגנה כאשר הוא עובר עבירה בעקבות פקודה שקיבל. ניתן, איפוא, לסכם: קיבל חייל פקודה שאינה בלתי-חוקית בעליל, וסירב לבצעה, יעמוד לדין על סירוב זה לפי חוק השיפוט הצבאי; ביצע החייל את הפקודה, ובעקבות כך עבר עבירה, לא יישא החייל באחריות פלילית לאור ההגנה המוענקת לו בחוק הפלילי.

האם נובע מהאמור לעיל שחייל חייב לציית לכל פקודה הניתנת לו, ובכל מקרה יגן עליו החוק הפלילי? התשובה לכך שלילית. חייל אינו חייב לציית לפקודה בלתי-חוקית בעליל. אם נאמר שלעולם משמשת הפקודה צידוק לחייל, יהיה מעשהו בלתי-חוקי ככל שיהיה, יתן הדבר גושפנקא חוקית לכל מעשה תועבה ולכל פשע אשר יבוצע על-ידי החייל תוך ציות לפקודת מפקדו. יתרה מזו, בכך נאפטר למפקד לנצל את סמכותו לרעה ול-הורות לפקודו לבצע פעולות החורגות מהמסגרת הצבאית ומענייני הצבא.

המחוקק הישראלי בחר בדרך, שניתן לכנותה בשם „עקרון אי-החוקיות בעליל”. חייל העובר עבירה תוך ציות לפקודה מגבוה יהיה פטור מאחריות למעשהו. ברם, אם אי-חוקיותה של הפקודה גלוי וברור בעליל, על פניה, חייב החייל לסרב לבצעה פן יישא בעונש על העבירה שעבר עקב ביצוע הפקודה.

סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו—1955 קובע לאמור: „לא יישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123, ו-124 אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית.”

הסעיפים 122—124 קובעים כלל בנוגע לחובת הציות לפקודות, וסעיף 125 קובע חריג. הכלל הוא כי חייל חייב לקיים כל פקודה, והחריג הוא כי אין חייל חייב

לקיים פקודה בלתי-חוקית בעליל. אם יסרב לבצע פקודה כזו לא יעמוד החייל לדין על אי-ביצוע הפקודה, בעקבות ההגנה שנותן לו סעיף 125 הנ"ל.

באופן מותאם לסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי קובע סעיף 19 (ב) לפקודת החוק הפלילי 1936, שחייל לא יישא באחריות פלילית בשל עבירה שעבר, „אלא אם הצו הוא בלתי-חוקי בעליל”. סעיף 19 (ב) קובע כלל חריג בנוגע לאחריותו הפלילית של מפקד פוטרת את החייל מאחריות פלילית, אך לא כן פקודה בלתי-חוקית בעליל.

חייל אינו חייב, לפי סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, לקיים פקודה בלתי-חוקית בעליל, ואם הוא מבצע אותה עליו לשאת באחריות הפלילית למעשיו לפי האמור בסעיף 19 (ב).

בזאת ניתנת התשובה לשאלה שהצבנו בראשית המאמר, אם חייל חייב לציית לכל פקודה הניתנת לו. התשובה היא, אם כן, שחייל חייב לציית לכל פקודה אלא אם הפקודה היא בלתי-חוקית בעליל. השאלה העיקרית הנשאלת כעת היא, מתי פקודה היא בלתי-חוקית בעליל — שאז החייל חייב שלא לציית לה ואם יבצעה עלול הוא לעמוד לדין על ביצוע עבירה — ומתי הפקודה היא בלתי-חוקית „שלא בעליל” — כך שהחייל חייב לבצע עה ואם יסרב יעמוד לדין על סירוב לקיים פקודה.

המושג של „אי חוקיות בעליל” הוסבר בקטע מפורסם מדברי בית-הדין הצבאי המחוזי במשפט כפר-קאסס: „סימן היכרה של פקודה בלתי-חוקית בעליל — מן הדין שיתנוסס מעל לפקודה הנתונה ככתובת אוזרה האומרת: אסור! לא אי-חוקיות פורמלית נסתרת או נסתרת-למחצה, לא אי-חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא הפרת חוק גלויה ומוכרת. אי-חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצוה לעשותם, אי חוקיות הדוקת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת — זוהי מידת אי החוקיות בעליל הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו.”

אי-החוקיות בעליל נבחנת גם בבדיקת הקשר בין תוכן הפקודה לבין המסגרת

הצבאית ותפקידיו הרגילים של החייל בצה"ל. כאשר תוכן הפקודה הוא לבצע מעשה התורג באופן בולט מתחום פעולתו הרגיל והסביר של החייל בצה"ל, הרי שהפקודה נכנסת לגדר של הוראה בלתי-חוקית בעליל, שאין החייל חייב לציית לה. בין הגורמים שיש להביאם בחשבון לצורך ההחלטה אם פקודה היא בלתי-חוקית בעליל, אפשר למנות:

א. דרגתו הצבאית של נותן הפקודה ושל מקבל הפקודה והבדל הדרגות שביניהם. ככל שהדרגה של שניהם גבוהה יותר, גדלה האחריות האישית של שניהם כאחד.

ב. האם היה למקבל הפקודה יסוד לאמונה סבירה כי למפקדו, נותן הפקודה, ידועות עובדות הנוגעות לשאלת חוקיותה של הפקודה שאינן ידועות לו, למקבל הפקודה.

ג. האם היתה למקבל הפקודה שהות לברר לעצמו אם הפקודה היא חוקית.

ד. האם ניתנה הפקודה בימים כתיקונם או בשעת חירום מיוחדת.

ה. האם היה למקבל הפקודה יסוד לחשש שהוא עצמו יסבול מוות או נזק גופני חמור, אם יסרב למלא את הפקודה, וחשש זה פגם ביכולתו לברר אם הפקודה היא חוקית.

ו. הקשר בין תוכן הפקודה לבין תפקידו של החייל בצבא. היינו אם הפקודה קשורה לפעולה צבאית, לחובה או לתפקיד בצבא וניתנת לפקוד בקשר לענייני הצבא ובמסגרת חובתו ותפקידו.

אחר שיושמו כל הגורמים הללו על כף המאזניים, יש לשאול את השאלה העיקרית, המכרעת: האם בהתחשב בכל הגורמים האלה היתה הפקודה חייבת להיראות בלתי-חוקית בעיני מקבלה? קנה-המידה לברור שאלה מכרעת זו הוא אובייקטיבי, וגם אם הנאשם האמין שהפקודה אינה

בלתי-חוקית בעליל, לא תעמוד לו אמונתו אם לא היתה סבירה מבחינה אובייקטיבית.

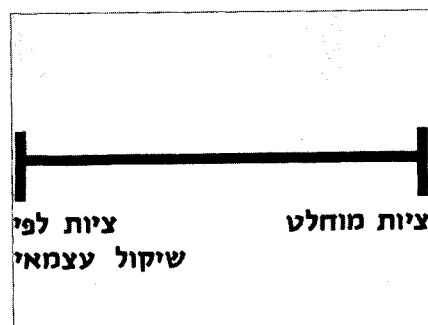
ראינו שהדין קובע מבחן כללי לאי-חוקיות בעליל, שלאורו חייב כל חייל לבדוק פקודה הניתנת לו, לא קיימת רשימה סגורה של מקרים אותם קבע החוק כא-סורים בעשייה והכל תלוי בנסיבות העניין ובתוכן הפקודה.

זהו הדין אצלנו בסוגיית הציות לפקודה, שמצא את „שביל הזהב“ בין דרישות ה-משמעת הצבאית לבין „מרות הדין“, בעק-רון „אי החוקיות בעליל“. נראה שפתרון זה הוא הטוב שניתן להשיגו והוא הולם במלואו את עקרונות שלטון החוק.

יש לקבוע ערובה חוקית לכך שהסמכות שמפקדה המדינה בידי הצבא לשם הגנתה תופעל על-ידו ביעילות ולא תנוצל לרעה בניגוד לחוק. סעיף 125 של חוק השיפוט הצבאי וסעיף 19 (ב) של פקודת החוק הפלילי הם הערובה החוקית לכך.

ציות

ס"ל בנימין שליט



לציות לפקודה או לסירוב לה, ניתן להת-ייחס כאל רצף של תהליך-החלטה, אשר מקבל הפקודה חייב לעמוד בו. כל מקבל פקודה יכול לציית לה בצורה מוחלטת בכל התנאים, יכול לציית לה בהסתניגויות מסוימות או יכול לראות בה הנחיה, אשר יקבלה או ידחה אותה לפי שיקוליו המיוחדים בכל מקרה.

החליט אם לקיים את הפקודה. משהותרה הרצועה וניתן פתח לשיקול סובייקטיבי בדבר החובה לקיים פקודה איננו יכולים לקבוע דפוסים ברורים חד-משמעיים לגבי חופש ההחלטה שניתן למקבל הפקודה.

על-ידי מערכת חינוך וערכים ניתן, אמנם, לנסות ולקבוע את דפוסיו של השיקול הסובייקטיבי, למשל קביעת נורמות של התייחסות על-ידי הדגמות והסברים. פר-שת כפר-קאסם משמשת דוגמה למעשה בלתי-חוקי בעליל, אבל סביר בהחלט כי בעיני אנשים שונים תיתפסנה פקודות שונות כבלתי-חוקיות בעליל; כיוון שאין בנמצא מבחן מוחלט ואובייקטיבי קשה יהיה לקבוע אימתי הפקודה בלתי-חוקית בעליל; ניתן רק להשוות את שיקוליו של הפרט לנורמות-ההתנהגות המקובלות על הכלל. לכן, כאשר חפצים לדון ביחסו של הפרט לפקודה יש לבחון היטב את נורמות-ההתנהגות הרווחות בציבור אליו הוא משתייך.

יש לבחון שני היבטים בנורמות אלה: א. מהן הנורמות בדבר עצם החובה לצ-יית לפקודות, ו-ב. מהן הנורמות לגבי ההתנהגות הנדרשת בפקודה. ברור שיש הבדלים גדולים ביחסן של תר-

ברצף, המתואר בצורה גרפית, לא מיוצג אי-ציות מכוון, המהווה סוג שונה; נדונה בו רק מידת הציות, כלומר באיזו מידה נתפסת ההוראה כמחייבת באופן מוחלט. קצה הרצף הימני, מייצג מצב שאינו מתיר למקבל הפקודה כל חופש החלטה לגבי הביצוע והקצה השמאלי מייצג מצב בו מקבל הפקודה מתיר לעצמו חופש-החלטה רב. במצב זה ההחלטה לבצע תלויה באילוצים נוספים, שמקבל הפקודה מתייחס אליהם.

במצב של ציות מוחלט מתעלם מקבל הפקודה מכל שאר האילוצים ופועל לפי האילוץ העליון — הפקודה. נהוג לכנות מצב כזה: „ציות-עיוור“.

צה"ל, כרוב צבאות העולם, דורש ציות לפקודות — סמוך לקצה הימני של הרצף דלעיל. הכלל המפורש הוא שיש לציית לכל פקודה, „אלא אם הפקודה אינה חוקית בעליל“. אי-חוקיות בעליל של פקודה היא מסוג הפקודות שניתנו בכפר-קאסם, או מסוג הפקודות שהודגמו בהצגת התי-אטרון „הפקודה“, בה חויב מפקד של מח-נה שבויים להרוג את שבוייו או לגרום למותם.

צה"ל אינו דורש ציות עיוור בכל תנאי, אלא מתיר, בתנאים מסוימים, לשיקול-ול-