

**הגנת הצידוק
עקב ציות לפקודה
ופקודות בלתי חוקיות בעליל:
הדין המצוי והראוי
במשפט הישראלי**

זיו בורר



**בית הספר למשפט צבאי
הפרקליטות הצבאית**



זיו בורר

הגנת הציידוק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקיות בעליל:
הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי



ה ו צ א ת
מ ע ר כ ו ת

זיו בורר

הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה
ופקודות בלתי חוקיות בעליל:
הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי

הוצאת "מערכות"

הספר משקף את דעת כותבו בלבד, ואינו משקף בהכרח את עמדת הפרקליטות הצבאית או את עמדת הצבא.

עימוד: אייקון, סטודיו לעיצוב
נדפס בישראל, הוצאת "מערכות", תל-אביב, התש"ף-2020
הוצא באמצעות משרד הביטחון – מנה"ר

© כל הזכויות שמורות למדינת ישראל – משרד הביטחון
All rights reserved to the Ministry of Defence, Israel

לסבתי אסתר ז"ל

תוכן העניינים

15	1. שלמי תודה.....
17	2. דברי הקדמה – מרדכי קרמניצר.....
18	3. דברי הקדמה – הפרקליט הצבאי הראשי.....
19	4. מבוא.....
22	5. הצגת הבעיה.....
27	6. הפתרון במשפט הישראלי.....
33	7. ההסדר הנורמטיבי.....
33	7.1 חובת הציות לפקודה והפטור ממנה, לאור סעיף 125 לחש"ץ.....
35	7.1.1 היסטוריה חקיקתית: היעדר דרישה לציית ל"פקודה חוקית" בלבד.....
40	7.2 סייג הצידוק בחוק העונשין והדמיון בינו לבין ההסדר בסעיף 125 לחש"ץ.....
46	7.3 הצעות לתיקוני חקיקה בהסדר הסטוטורי.....
46	7.3.1 הכפילות בין סעיפים 122 ו-123 לחש"ץ.....
50	7.3.2 היעדרו של סעיף 133 מההגנה הקבועה בסעיף 125.....
50	7.3.3 שאלת הצורך בסעיף 91.....
51	7.3.4 השוני במינוח בין סעיף 125 לחש"ץ לסעיף 34ג(2) לחוק העונשין.....
52	7.3.5 סיכום – ההסדר הראוי בנוגע לעברות אי-ציות.....
52	7.4 הוכחת קיומה של הגנת הצידוק – שש שאלות.....
54	8. נטל ההוכחה ונטל השכנוע.....
60	9. צו של "רשות מוסמכת".....
60	9.1 הוראה מאת "מפקד".....
60	9.1.1 קיומו של המפקד.....
60	9.1.2 מפקד – שאלת קיומו של קשר פיקודי.....
62	9.1.2.1 ציות להוראותיו של שר הביטחון.....
65	9.1.3 מפקד שאינו גבוה בדרגה.....
66	9.2 הוראה מתוקף יחסי מפקד-פקוד.....
68	9.3 טעות בזיהוי מפקד.....
73	10. מעשה "על פי צו".....
73	10.1 פקודה שכלל אינה רלוונטית למעשה החייל.....
74	10.2 חריגה מתחום הפקודה.....

79	נפקותה של הוראה שניתנה בעבר	10.3
79	טעות בדבר תחולת הפקודה על מעשה מסוים	10.4
82	צו המחייב ציות – פקודה	11
82	פקודה: מבחן הסנקציה	11.1
84	פקודה: היעדר דרישות צורניות פורמליות	11.2
86	פקודה: הוראת מפקד המותרת שיקול דעת	11.3
89	הקושי הקיים במבחן הסנקציה	11.4
93	אישור המפקד לביצוע עברה	11.5
97	פעולות אחרות מצד המפקד שאינן מלוות באיום בסנקציה	11.6
97	היעדר פעולה מצד המפקד ומתן חופש פעולה לפקוד	11.6.1
97	בקשה שאינה מלווה בסנקציה	11.6.2
98	עצה והדרכה	11.6.3
98	שיחת שכנוע	11.6.4
99	שלט אזהרה	11.6.5
99	פקודה: נסיבות מבצעיות כגורם המשפיע	11.7
100	פקודה: תפקידו של החייל כגורם המשפיע	11.8
100	אי־תחולת הגנת הצידוק בהיעדר חובת ציות	11.9
100	חייל הסבור בטעות כי הוראת מפקדו היא פקודה	11.10
103	זיהוי פקודה כבלתי חוקית	12
103	האם קיים חוק האוסר את המעשה שעליו מורה הפקודה?	12.1
106	פקודה הסותרת את הדין הבינ־לאומי	12.2
109	האם קיים הצדק כדין לקיום הפקודה?	12.3
111	המשפט הבינ־לאומי המנהגי כמקום הצדק כדין	12.4
112	טעות בדבר קיומו של הצדק כדין לקיום הפקודה	12.5
	טעות במצב דברים ההופכת פקודה לבלתי חוקית בעליל מנקודת מבטו של החייל	12.6
113		11.3
114	האם קיים חוק המסמיך את נותן הפקודה לתתה?	12.7
116	פקודות סותרות	12.8
119	פקודות הסותרות את דתו או מצפונו של אדם	12.9
126	בעלי תפקידים צבאיים אשר במקרים מסוימים אינם נתונים למרותן של פקודות	12.10
126	גורמי הפרקליטות הצבאית	12.10.1
127	שופטים צבאיים	12.10.2

128	גורמי רפואה צבאיים	12.10.3
129	שינוי נסיבות לעומת אי־הסכמה של הפקוד עם ההגיון העומד ביסוד הפקודה	12.11
131	בלתי חוקית "בעליל"	13
131	הגנת הצידוק ככלי לאיזון שלטון החוק עם אינטרסים ציבוריים אחרים	13.1
133	פקודה בלתי חוקית: שתי גישות קצה אפשריות	13.2
	העדפת שלטון החוק: גישת האחריות המוחלטת	13.2.1
134	("הכידונים הנבונים")	
140	העדפת המשמעת ("ישיב המפקד")	13.2.2
144	פקודה בלתי חוקית בעליל – ריבוי גישות במשפט הישראלי	13.3
148	הגישות הנורמטיביות	13.4
150	גישת חומרת המעשה – מבחן "הדגל השחור"	13.4.1
150	מבוא	13.4.1.1
155	פקודות שהוכרו כבלתי חוקיות בעליל לפי גישת חומרת המעשה	13.4.1.2
159	פקודות שלא הוכרו כבלתי חוקיות בעליל לפי גישת חומרת המעשה	13.4.1.3
161	גישת הפגיעה בערכי יסוד	13.4.2
161	מבוא	13.4.2.1
166	סיכון חיי אדם שלא לצורך	13.4.2.2
168	פגיעה באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה או שחדלו מכך	13.4.2.3
168	פקודה להרוג אזרחים	13.4.2.3.1
169	פקודה להרוג לוחמים שחדלו ליטול חלק במעגל הלחימה	13.4.2.3.2
171	פקודה לפגוע בגופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה	13.4.2.3.3
175	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.3.4
176	הפרת הוראות הבטיחות	13.4.2.4
176	פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות באימונים	13.4.2.4.1
177	פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה	13.4.2.4.2
179	סייג לאי־חוקיות בעליל בתחום הבטיחות: צורך מבצעי	13.4.2.4.3
180	פסקי דין החורגים מהלכת היעדר החוקיות בעליל בתחום הבטיחות	13.4.2.4.4
181	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.4.5
182	פקודה ללא כל צורך צבאי, למימוש מטרותיו האישיות של המפקד	13.4.2.5
188	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.5.1
188	פקודה שניתנה בהיעדר מוחלט של סמכות	13.4.2.6
190	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.6.1

194	פקודה המורה למסור עדות שקר	13.4.2.7
196	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.7.1
196	פקודה להעניש אזרחים באמצעות פגיעה ברכושם	13.4.2.8
189	האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?	13.4.2.8.1
198	מקרים בהם נשללה הגנת הצידוק בחוק	13.4.2.9
	רמזים לכלל נוסף: פקודות עונשיות בעת שגרה או בתקופת אימונים	13.4.2.10
199	אשר יש בהן יסוד של השפלה חמורה או פגיעה גופנית	
201	האם ראוי לאמץ קטגוריה זו?	13.4.2.10.1
201	רמזים לכלל נוסף: פקודות שהן בגדר בגידה	13.4.2.11
203	רמזים לכלל נוסף: פקודה המפרה את המשפט הפלילי הבין-לאומי	13.4.2.12
205	גישות עובדתיות	13.5
206	גישת הידיעה בכוח	13.5.1
211	חשיבות נסיבותיו הייחודיות של המקרה	13.5.1.1
	מקרים שבהם נקבע כי חייל סביר לא היה מזהה את	13.5.1.1.1
211	אי-חוקיות הפקודה	
	מקרים שבהם נקבע כי חייל סביר היה מזהה את אי-חוקיותה	13.5.1.1.2
214	של הפקודה	
	האם אי-חוקיות הפקודה ברורה וגלויה? הכרעה	13.5.1.2
215	אובייקטיבית-שיפוטית	
216	ידיעת החייל בפועל כאינדיקציה לידיעה בכוח	13.5.1.3
218	גישת הידיעה בפועל	13.5.2
218	כללי	13.5.2.1
221	האם תיקון 39 שולל את גישת הידיעה בפועל?	13.5.2.2
227	פסקי דין שבהם הובעה תמיכה בגישת הידיעה בפועל	13.5.2.3
231	פסקי דין אשר גישת הידיעה בפועל נשללה בהם במפורש	13.5.2.4
	סייג לגישת הידיעה בפועל: פקודה הנוגעת למשימותיו הרגילות	13.5.2.5
234	של החייל	
236	הגישות השונות: המגמות בפסיקה	13.6
238	גישות טווח	13.7
239	גישות טווח נורמטיבי נמוך-גבוה	13.7.1
240	גישות טווח עובדתי-נורמטיבי	13.7.2
243	גישת דעת המיעוט בעניין מלינקי	13.7.3

247	לקראת גישה חדשה	14
247	מגמות בפסיקה המשמשות בסיס לגישה החדשה	14.1
247	חובת הבירור והדיווח	14.1.1
252	צורך מבצעי לעומת שגרה	14.1.2
254	קביעות בפסיקה: מצב ביטחוני הוא בגדר הצדק	14.1.2.1
	קביעות בפסיקה: מצב ביטחוני מעמעם את אפשרות הזיהוי	14.1.2.2
255	של אי-החוקיות	
256	פליליות חמורה	14.1.3
258	פעילותו הרגילה של החייל	14.1.4
259	הצעה: הגישה המשלבת	14.2
259	התנאי הראשוני להחלת הגנת הצידוק: בירור ודיווח	14.2.1
260	החדש והידיעה הפוזיטיבית של החייל בדבר אי-חוקיות הפקודה	14.2.2
261	פקודה בלתי חוקית בעת פעילות מבצעית	14.2.3
262	בית המשפט: בחינה בדיעבד	14.2.4
263	יתרונות הגישה המשלבת	14.2.5
265	"עלילות" הפקודה – סוגיות נוספות	15
265	אי-חוקיות בעליל כ"שאלה שבמשפט"	15.1
267	מקרה קצה שבו אין זהות בין "ברור וגלוי" ל"בעליל"	15.2
268	טעות בדבר חוקיות הפקודה	15.3
271	תחולת הגנת הצידוק על אוכלוסיות מיוחדות	16
271	עובדי מדינה ועובדי רשויות מקומיות	16.1
271	התפתחות ההלכה	16.1.1
281	האם הלכת רובין תואמת את נוסח החקיקה הרלוונטית	16.1.2
288	גישת הנשיאה ביניש בפסק הדין מנוס וגישתו של זמיר	16.1.3
	האם מוצדק לחייב עובד לציית להוראות בלתי חוקיות? והאם מוצדק להגן עליו אם ציית להן?	16.1.4
293		
301	הפתרון הראוי	16.1.5
	מידת ההגנה שיש לספק לעובד ציבור בגין עברות שעבר	16.1.5.1
301	מתוך ציות להוראה	
304	לאילו סוגים של הוראות בלתי חוקיות יש לחייב עובד ציבור לציית?	16.1.5.2
308	שוטרים	16.2
308	הבסיס הנורמטיבי	16.2.1.1

311.....	האם ראוי להחיל הגנת צידוק על שוטרים ובאיזו מידה?	16.2.1.2
314.....	שב"כ	16.3
318.....	כוחות ביטחון אחרים	16.4
319.....	אזרחים עובדי צה"ל	16.5
321.....	חייל אויב (שבוי מלחמה)	16.6
330.....	סקירת הפסיקה לפי נושאים מרכזיים	17
330.....	פקודות הנוגעות לעברות רכוש	17.1
330.....	פקודות שנועדו למטרה צבאית	17.1.1
331.....	פקודות "אזרחיות"	17.1.2
	פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה אך מנוגדות	17.1.3
332.....	לתכליות של צה"ל	
	פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה אך מנוגדות לייעודה	17.1.4
333.....	של היחידה	
333.....	פקודות הנוגעות לנהיגה	17.2
	הכלל: פקודה הנוגדת הוראות בטיחות בנהיגה היא פקודה	17.2.1
334.....	בלתי חוקית בעליל	
335.....	פקודת נסיעה כללית אינה פקודה לחרוג מהוראות הבטיחות	17.2.2
335.....	חובת הנהג להפנות את מפקדיו למפגע שעשוי להיגרם עקב הנהיגה	17.2.3
336.....	החריגים: צרכים מבצעיים והוראת שוטר	17.2.4
336.....	צרכים מבצעיים כהיתר להפר הוראות בטיחות	17.2.4.1
337.....	חובת הציות לשוטר	17.2.4.2
339.....	פקודות ירי והוראות פתיחה באש	17.3
339.....	הוראת פתיחה באש השוללת מראש את שיקול הדעת של החייל	17.3.1
340.....	פקודת ירי מידית	17.3.2
340.....	אישור ירי בזמן אימונים	17.3.3
342.....	פתיחה באש: הפעלת סמכות שבדין או ציות לצו?	17.3.4
	הוראות פתיחה באש – שילוב בין הגנת הצידוק להגנת הצורך	17.3.5
344.....	או להגנה עצמית	
344.....	פקודות לחרוג מהוראות פתיחה באש שהוכרו כבלתי חוקית "סתם"	17.3.6
345.....	פקודות בלתי חוקיות שמטרתן ענישה	17.4
345.....	פקודות "עונשיות" בתחום תפקידיו הרגילים של החייל	17.4.1
346.....	פקודה "עונשית" שתוצאתה השפלת חייל	17.4.2

17.5	פקודה המורה לבצע צו שלטוני שהוצא שלא כחוק	348
18.	גישות נוספות להתמודדות עם סוגיית החייל המציית	350
18.1	דוקטרינת מעשה מדינה	350
18.2	גישה חוץ-משפטית	356
18.3	גישת היסוד הנפשי	360
19.	הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בראי המשפט משווה	363
19.1	משפט משווה – מבוא	363
19.2	מקורותיו וגלגולו של מבחן היעדר החוקיות בעליל	363
19.3	הגנת הצידוק במשפט האנגלי במאה העשרים	377
19.4	הגנת הצידוק במשפט האוסטרלי	386
19.5	הגנת הצידוק במשפט האמריקני	398
19.6	מבחן ה"בעליל" בראי המשפט המשווה – סיכום	408
20.	נספחים	409
	נספח א': ע/137/48 כהן נגד התובע הצבאי הראשי	409
	נספח ב': ע/138/48 אפפל נגד התובע הצבאי	411
	נספח ג': ע/147/49 ח' נגד התובע הצבאי הראשי	413
	נספח ד': ע/12/51 צחור נגד התובע הצבאי הראשי	430
	נספח ה': ע/239/51 ישראלי נגד התובע הצבאי הראשי	435
	נספח ו': ע/62/55 טייג נגד התובע הצבאי הראשי	438
	נספח ז': ע/76/55 מחמד נגד התובע הצבאי הראשי	444
	נספח ח': ע/273/56 התובע הצבאי הראשי נגד לנברג	447
	נספח ט': ע/286/56 התובע הצבאי הראשי נגד ב'	449
	נספח י': ע/113/57 בן ישי נגד התובע הצבאי הראשי	451
	נספח י"א: ע/175/57 התובע הצבאי הראשי נגד הורסנדי	454
	נספח י"ב: ע/265/58 דן נגד התובע הצבאי הראשי	457
	נספח י"ג: ע/1/59 התובע הצבאי הראשי נגד דגני	463
	נספח י"ד: ע/72/59 התובע הצבאי הראשי נגד מורן	468
	נספח ט"ו: ע/99/59 התובע הצבאי הראשי נגד גוטמן	472
	נספח ט"ז: ע/53/60 שריון נגד התובע הצבאי הראשי	477
	נספח י"ז: ע/131/60 התובע הצבאי הראשי נגד קחוכביץ	484
	נספח י"ח: ע/182/61 סטרליץ נגד התובע הצבאי הראשי	486
	נספח י"ט: ע/63/62 ע' נגד התובע הצבאי הראשי	498

510.....	נספח כ': ע/185/62 התובע הצבאי הראשי נגד קזרנובסקי
518.....	נספח כ"א: ע/235/65 ברמן נגד התובע הצבאי הראשי
525.....	נספח כ"ב: מר/189/76 התובע הצבאי נגד ראובן
549.....	נספח כ"ג: ע/217/76 ראובן נגד התובע הצבאי הראשי
559.....	נספח כ"ד: ע/400/81 הרצוג נגד התובע הצבאי הראשי
567.....	נספח כ"ה: עבמ"ץ/23/86 ס' נגד התובע הצבאי הראשי
570.....	נספח כ"ו: מט/313/86 התובע הצבאי הראשי נגד בן זקן
573.....	נספח כ"ז: מר/86/85 התובע הצבאי הראשי נגד רוטשטיין
578.....	נספח כ"ח: דר/248/88 התובע הצבאי נגד אדלר
610.....	נספח כ"ט: צפ/556/88 התובע הצבאי נגד שריקי
628.....	נספח ל': ע/93/89 התובע הצבאי נגד לויט
664.....	נספח ל"א: מ/1/90 התובע הצבאי הראשי נגד מאיר

1. שלמי תודה

על אף רצונם של כל המעורבים, ומסיבות שאינן ניתנות לשליטה, העבודה על ספר זה נמשכה זמן רב. התמשכות זו, מטבע הדברים, הובילה להתארכות רשימת האנשים שנטלו חלק במלאכה ולכן ראויים להוקרה. דא עקא, חלוף הזמן מעלה בי את החשש שלמרות מאמצי, נשמט מזיכרוני שמו של מי מבין הראויים לתודתי והוקרתי. לכן, אבקש לפתוח בתודה כללית גדולה לכל אלו שהיטו כתף והתנצלות עמוקה לכל אדם הראוי להוקרה ולא צוין להלן.

ראש לכל ברצוני להודות מעומק לבי לרס"ן אירנה פיין, מפקדתי בעבר וחברה יקרה תמיה, על העזרה, הייעוץ והביקורת הבונה, כמו גם על החלק שנטלה בעריכת הספר – בלעדיה ספר זה לא היה קורם עור וגידים.

למפקד בית הספר למשפט צבאי סא"ל אדורם ריגלה, לקודמיו בתפקיד סא"ל (מיל') רוברט נויפלד וסא"ל דורית תובל, לסגנית מפקדת בית הספר למשפט צבאי וראש תחום אקדמיה (לשעבר) רס"ן אופירה אלקבץ-רוטשטיין, לרס"ן יזהר יצחקי, לסרן (מיל') לימור לוי, לרס"ן (מיל') נילי גור-אריה, לסגן ירין כהן, סגן אפרת מזרע ולקמ"ש ויטל האוזמן על שחברו יחדיו ובמאמץ משותף והשקעה מרובה הצליחו (סוף, סוף) להביא פרויקט זה לכדי סיום. ספר זה לא היה רואה אור לולא מלאכתם הברוכה. כמו כן, הוקרתי והערכתי נתונות לפרקליט הצבאי הראשי, אלוף שרון אפק על שתמך בפרויקט זה.

חוב שאינו ניתן לשיעור אני חב לפרופ' מרדכי קרמניצה. פרופ' קרמניצר נתבקש על ידי הפרקליטות הצבאית לחוות דעתו על מחקרי; משסבר שהמחקר ראוי, העניק את מלוא תמיכתו בפרסומו ואף כיבדני בדברי הקדמה לספר זה. חוב כביר אני חב גם לפרופ' איל בנבנישתי שתמך בעבודתי זו (כמו גם בכל עבודת המחקר שלי עד כה) – לולא תמיכתו הייתי מניח את העבודה על ספר זה בצד ולולא כל אשר למדתי ממנו לא הייתי האדם והמשפטן אשר אני כיום.

תודה רבה ומיוחדת שלוחה מעמי לרס"ן שי שרביט על שהגה את הרעיון לכתיבת ספר זה, על שתמך בפרויקט זה לכל אורכו, ועל שבשלביו האחרונים אף הגדיל עשות ונטל על עצמו, למרות עיסוקיו האחרים (הרבים, החשובים והתובעניים), מלאכה נוספת שהייתה הכרחית לשם הוצאת הספר לאור.

תודה ראויה להינתן גם לפרקליטים הצבאיים הראשיים בעבר: האלוף מנחם פינקלשטיין, האלוף אביחי מגדלביט, והאלוף דן עפרוני, על תמיכתם הרבה בפרוייקט זה; חלק נכבד מהמחקר נעשה עת כיהנו בתפקיד האמור.

הוקרה עמוקה נתונה מעמי למפקדי בית הספר למשפט צבאי בעבר: ראשית ובמיוחד לסא"ל ברוך מני על שעודד פקוד צעיר (ויש שיאמרו "לא קל") להעמיק חקר בנושא משפטי שהיה קרוב ללבן; וכמו כן לסא"ל ענבר קידר-ברוך על כך שסייעה בקידום הספר ולסא"ל עמוס גיורא, אשר בתקופת היותו מפקד בית הספר למשפט צבאי החל מחקר זה.

הערכה גדולה רוחש אני לסגנית מפקדת בית הספר למשפט צבאי בעבר רס"ן ענת הראל, אשר למרות מכשולים ביורוקרטים פעלה רבות לקידום הוצאתו של ספר זה. הערכתני נתונה גם

לקודמותיה בתפקיד: סא"ל תמר תבורי, רס"ן הילית בראון ורס"ן מיכל שמיר-בורה, אשר כל אחת מהן בתקופתה ובדרכה סייעה בקידום מחקר זה.

נוסף על כל אלו, אבקש להודות לכל אנשי בית הספר למשפט צבאי שסייעו בעבודה על מחקר זה, ובמיוחד לרס"ן טובי הארט, רס"ן הילה אדלה, רס"ן יאיר תירוש, סרן ישראל (רולי) בה, סרן דייוויד שורש, סרן לילך זיתונה, סרן אמיר מלכיאור, סרן מתן גולדבלט וקמ"ש רון בן ארי, על עזרתם באיסוף החומרים, תמיכתם, הערותיהם וסיועם בעריכת הספר ובהפקתו.

מלאכת איסוף החומרים למחקר זה דרשה מאמץ רב ועזרת רבים, בעיקר כיוון שחלק נכבד מהחומרים הללו לא פורסם מעולם. אבקש להודות לכל האנשים והגורמים שסייעו במלאכה זו, ובמיוחד לדורון פייליס, בעת ששימש נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז וח"א, דניאל טבקוב ומתן מיקובסקי, בעת שירותם בבית הדין הצבאי לערעורים; מאיה גולדשמידט בעת שירותה בסנגוריה הצבאית; אלון כרמלי בעת שירותו בענף תורה ופיקוח משפטי; סיון שלמה, עדי ניב, ויגאל אוסטונובסקי בעת שירותם במחלקת הדין הבין-לאומי; הראל וינברג בעת שירותו במחלקת יועמ"ש איו"ש; משה ברקוביץ ועדנה הרניק ממשטרת ישראל; התביעה הצבאית הראשית על קציניה, חייליה ומפקדיה הברוכים; וארכיון צה"ל.

מוקיר אני את העבודה הרבה והמסורה שהושקעה בהקלדת פסקי הדין שלא פרסמו עד כה ובהגהת החומר המוקלד עבור ספר זה. מלאכת ההקלדה נעשתה בידי מפקדת קורס רשמות משפטיות, סגן ורד פיכמן, ופקודותיה – מדריכות קורסי הרשמות והחיילות בקורסים אלו. מלאכת ההגהה בוצעה על ידי קמ"ש ויטל האוזמן, רב"ט שרית טלקה, רב"ט דניאל בה, רב"ט דוד וייסמן, ורב"ט אילנה אברמוביץ'.

לבסוף, תודתי הגדולה מכל מסורה להוריי יוכבד ומשה בורר ולסבתי אסתר ברגמן ז"ל על תמיכתם בי במשך כל תקופת המחקר ובכלל, ולאשתי וחברתי לנה בורה, לא רק על תמיכתה בי ולא רק על הערותיה ועצותיה הטובות (משפטיות ואחרות), אלא גם ובמיוחד על נכונותה לוותר עבור פרויקט זה (כמו גם עבור מחקריי האחרים) על זמן משותף רב: ימים, לילות, חגים ומועדים.

זיו בורר

2. דברי הקדמה – מרדכי קרמניצר

סוגיית הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה היא סוגיה אשר חשיבותה – הן המעשית והן העיונית, הן למשפט הצבאי והן לפלילי, הן בראייה פנים-צבאית והן בראייה אזרחית הצופה פני הצבא – היא מן המעלה הראשונה. יתר על כן, קשיותה של הסוגיה האמורה היא "מן המפורסמות". קשיות זו באה לכדי ביטוי, בין השאר, בכך שמבחינת מצבו של הדין הקיים – החוק והפסיקה – ניתן לומר בבירור שהמצב אינו מניח את הדעת. ההפך הוא הנכון: מדובר בתחום משפטי הזקוק עד מאוד לבחינה ביקורתית ולרוויזיה. כמו כן, יש לציין שהממד התאורטי של השאלות המתעוררות בכל הנוגע לסוגיית הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה הוא רחוק מאוד מן "המילה האחרונה".

בספרו של זיו בורר יש משום תרומה של ממש לדין בסוגיה משפטית קשה וחשובה זו, הן ברמת השאלות הגדולות והן ברמה הנקודתית. ברמת השאלות הגדולות נדונות בספר הגישות השונות הקיימות בדין הישראלי והמחבר אף מציע הצעות מעניינות משלו. כמו כן, נבחנות הסוגיות הללו: המבחן למהותה של הפקודה הבלתי חוקית בעליל; היחס בין סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי לבין הוראת הצידוק בחוק העונשין; וההרכבה של הגנות הטעות על הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

ברמה הנקודתית, בספר מטופלות סוגיות ספציפיות חשובות שלא זכו עד כה לדין ראוי בספרות או בפסיקה. כך, למשל, בוחן המחבר את עברות הציות הקיימות בחוק השיפוט הצבאי, מאתר את הפגמים הקיימים בעברות אלו ומפרט את השינויים המתבקשים בנוסחן בעקבות חקיקת החלק הכללי לחוק העונשין; כמו כן הוא בוחן את מעמדה של הוראה שנתן שר הביטחון לחייל ודן בסוגיית היקפן של חובת הציות ושל הגנת הצידוק החלות בהקשר של הוראות הניתנות לעובדי מדינה (נושא מובהק שבו נדרשת רוויזיה בהלכה הפסוקה הקיימת, ואשר חשיבותו יוצאת אל מעבר למשפט הצבאי). לאורך הדין בסוגיות הספציפיות השונות הנבחנות בספר, חושף המחבר פגמים שונים הקיימים בדין הנוהג ומציע שינויים שונים הנדרשים לשם תיקון פגמים אלו.

תרומה נוספת שיש בספר היא שהוא יאפשר לציבור הרחב גישה לחומרים שכעת אינם נגישים. הספר מציג לקוראיו פסקי דין רבים בנושא שלא פורסמו עד כה, הן בדרך של ציטוט נרחב מפסקי דין אלו כחלק מן הדין המתקיים בספר והן בדרך של פרסום מלא של כמה פסקי דין חשובים כאלו בנספח. באיתורם ובפרסומם של חומרים אלו טמון הפוטנציאל להעשיר את הדין האקדמי והמעשי בסוגיה משפטית זו.

ספרו של זיו בורר כתוב בצורה ממצה ומקיפה, והדיונים הנערכים בו הם יסודיים וסולידיים. סבורני כי ברעיונות ובהצעות שמועלים בספר זה תהא משום תרומה רבה לחקרן של סוגיות חשובות וקשות.

מרדכי קרמניצר

3. דברי פתיחה – הפרקליט הצבאי הראשי

"המשמעת בצבא אינה כמשמעת הטבע, זו האחרונה טבועה במהות הדברים מנתינתם. המשמעת בצבא מוטלת עליו מבחוץ, ורק על ידי אימון והרגל וכפיה היא מכה שרשים ונותנת תוצאות. הצבא חייב לפעול מתוך תיאום רב ולמטרה מסוימת ויעודה, שסכנת-חיים כרוכה בה, ובלי משמעת חמורה וכפיה לא יתכן התיאום ולא תושג המטרה. המשמעת בצבא היא כאויר לנשימה, ויש להקפיד עליה בכל חומר הדין" (ראש הממשלה ושר הביטחון, דוד בן גוריון, מתוך שיחה בסגל פיקוד, 18 באוקטובר 1951. בתוך: "יחוד ויעוד – דברים על ביטחון ישראל" [1971], 165).

דבריו של בן גוריון עניינם המשמעת הצבאית, לה משקל מרכזי בהווייתו וביכולת תפקודו של כל צבא.

חלק מהמשמעת הצבאית ונדבך חשוב ביכולתו של צבא לתפקד היא חובתו של החייל לציית לפקודות. חובה זו אינה רק חובה ערכית או מוסרית אלא היא עוגנה בצורה מפורשת בספר החוקים. למעשה, אי הציות לפקודה מהווה עבירה על החוק (סעיף 123 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955).

בד בבד, בחר המחוקק לסייג חובה זו, וקבע כי חייל לא יישא באחריות פלילית אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו בלתי חוקית. במקרה כזה, עליו לסרב לבצעה.

כיצד משורטטים קווי התפר העדינים שבין פקודה חוקית, פקודה בלתי חוקית ופקודה בלתי חוקית בעליל? לפני כשישים שנים, בפרשת כפר קאסם, זכתה הסוגיה לדיון משפטי וציבורי, שקולו מהדהד עד היום. "מבחן הדגל השחור" כסימן ההיכר של פקודה "בלתי חוקית בעליל" הפך מאז לחלק מתכני הלימוד בקורסי ההכשרה, בשיעורי האזרחות ובמוסדות להשכלה גבוהה. ואולם, שאלות שנוגעות לפרשנות המבחן ויישומו בהקשרים פרטניים ממשיכות להעסיק את צה"ל ואת החברה בישראל עד ימינו אנו.

כך נדרש בית המשפט העליון לנושא בהתייחסו, למשל, לפקודה של ראש השב"כ לאנשיו למתן עדות שקר לאחר הריגת המחבלים בפרשת קו 300 (בג"ץ 4668/01 חבר הכנסת יוסי שריד נגד ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265) ולפקודה שיוחסה לסא"ל בורברג לירות כדור גומי לעברו של מפגין בשנת 2008 (בג"ץ 7195/08 אשרף אבו רחמה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' תק-על 2009(3), 357).

בספרו של ד"ר זיו בורה, ששירת כקצין בשירות סדיר בפרקליטות הצבאית וממשיך לסייע ליחידה בשירות מילואים, זוכה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה לכירור משפטי מעמיק, אשר עשוי לתרום לדיון הציבורי והמשפטי בסוגיה חשובה זו. בספר מתוארות גישות שונות לנושא, נבחנות שאלות חשובות שלא נדונו לעומק עד היום, ומוצעות הצעות חשובות אותן ראוי לבחון. הספר יכול לשמש מקור ידע והעמקה חשוב ולתרום לשיח ולחקר בנושא.

אסיים בהבעת הערכה ותודה לקמ"ש (מיל') ד"ר זיו בורה, לאנשי הפרקליטות הצבאית ולפרופ' מרדכי קרמניצר, שתרמו וסייעו לכתיבת הספר והוצאתו לאור.

אלוף שרון אפק

הפרקליט הצבאי הראשי

4. מבוא

שאלת היקף תחולתה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה¹ והקו התוחם תחולה זו בדמות הפקודה הבלתי חוקית בעליל היא שאלה אשר בישראל קיים לגביה דיון עה, המתרחש הן ברמה הציבורית ערכית והן ברמה המשפטית. ניתן היה לסבור כי שיח כפול זה מיטיב עם התחום ומבהיר לכפוף בהיררכיה השלטונית מתי עליו לציית להוראה בלתי חוקית (ומתי יהיה מוגן מפני העמדה לדין בגין ציות להוראה כזו). אך בפועל לא כך הוא הדבר.

על אף הדיון הער בסוגיה במישור המשפטי, ואף יתרה מכך במישור הציבורי, במצב המשפטי הקיים בישראל אין הלכה משפטית ברורה אשר מאפשרת לכפוף לזהות לאלתר את אותה "עלילות" (היסוד "בעליל") אשר צריכה לשנות את התנהגותו מציות להוראה לסירוב לה.

שאלת היקף תחולתה של הגנת הצידוק, ועמה שאלת היקף חובת הציות של הכפוף בהיררכיה השלטונית, אינה שאלה אקדמית תאורטית – זו שאלה שעמה נאלצים להתמודד חיילים ועובדי ציבור בכל עת שבה הם מקבלים הוראה בלתי חוקית מהממונים עליהם. בסיטואציה זו הם נדרשים להחליט לאלתר אם לציית או לא. במצב המשפטי הקיים, במקרים רבים, אין להם כל אפשרות סבירה לחזות כיצד תתפוס מערכת אכיפת החוק את החלטתם לאחר מעשה.

מטרת ספר זה היא לנסות להקל על הכפוף בהיררכיה השלטונית להבין את מצבו המשפטי בסוגיה האמורה, בכמה דרכים.

ראשית, הסוגיה המשפטית הנדונה סבלה מכמה קשיים; אחד מהם – מרבית פסקי הדין הישראליים אשר עסקו בה היו פסקי דין צבאיים שלא היו נגישים לציבור הרחב, וחלקם אף לא פורסמו עד כה. בשל כך, השיח המשפטי והציבורי בתחום נסב סביב מספר מצומצם של פסקי דין ולא נעזר בידע המשפטי והפרקטי הרב אשר נצבר בעשרות פסקי דין נוספים. על כן נעשה בספר זה ניסיון לקבץ ככל שניתן את המקורות המשפטיים הישראליים בנושא, כדי להגביר את נגישותם לעוסקים בתחום.

שנית, עד כה, עיקר השיח הנוגע לשאלת הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה נסב סביב השאלה כיצד יש לזהות פקודה בלתי חוקית בעליל. בשל כך לא הודגשו מספיק רכיבים אחרים של הגנה זו, אשר פעמים רבות יהיה בהם כדי להכריע בשאלה כיצד על הכפוף בהיררכיה השלטונית לנהוג. בספר זה נעשה ניסיון לדון באופן סדור ומובנה בכלל רכיבי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, מתוך רצון להציג את העמדות המשפטיות השונות בכל רכיב ולדון ביתרונות ובהסרונות של כל עמדה. מקום שבו נדרש הדבר – נעשה גם ניסיון להציע פתרון חדש לבעיות הקיימות בהלכה הנוהגת.

שלישית, בספר זה נבחנה שאלה אשר לא זכתה לדין מספק במשפט הישראלי: לאילו אוכלוסיות

1 מבחינה משפטית מדובר ב"סייג" הצידוק עקב ציות לפקודה ולא ב"הגנת" הצידוק עקב ציות לפקודה – אך כיוון שבפסיקה נשתרש השם "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה" ייעשה כאן שימוש במונח זה. עם זאת, מבחינה מהותית, מקום שבו להיותו של כלל משפטי סייג בפלילים יש השלכות משפטיות (דוגמת שאלות של נטל ההוכחה או עצם הטלת האשם על הנאשם), תהיה ההתייחסות כאן ל"הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה" כאל סייג בפלילים, כפי שמתחייב מהדין.

יש להעניק הגנה מפני שעברו עברה בציימתם לפקודה? עד כה נסב השיח המשפטי בנושא בעיקר סביב מידת ההגנה שיש להעניק לחייל ומידת חובת הציות שיש להטיל עליו; בספר זה ייעשה ניסיון לבחון גם את מצבן של אוכלוסיות אחרות דוגמת עובדי ציבור, שוטרים ועוד.

רביעית, כאמור, במצב המשפטי הקיים כיום, אם יתבקש הכפוף בהיררכיה השלטונית לזהות בשעת אמת את אותה "עלילות" אשר צריכה לשנות את דרך פעולתו מציות לסירוב, ספק רב אם יצליח לזהותה, אפילו הוא משפטן בכיר ומיומן. בספר זה נעשה ניסיון להקל על הכפוף ולהציע לו דרך פעולה אם קיבל פקודה בלתי חוקית.

בספר נסקרות ארבע גישות שונות הקיימות במשפט הישראלי לזיהוי "עלילות" הפקודה ונדונים יתרונותיה וחסרונותיה של כל אחת מגישות אלה לאור האיזון בין האינטרסים הציבוריים השונים הנוגעים לסוגיית הגנת הצידוק המתבטא בה. כן נדונות מגמות שונות בפסיקה הישראלית בתחום הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה אשר השפיעו על הכרעת השופטים בנושא, ללא קשר לגישה שנקטו. בספר נטען כי הסיבה להתפתחות ארבע הגישות במשפט הישראלי היא שכל אחת מהן לעתים אינה מאזנת כראוי בין האינטרסים העומדים על הפרק. בחינת היתרונות של כל אחת מהגישות אפשרה לחשוף את היסודות הנדרשים להתקיים בגישה ראויה לקביעת ה"עלילות"; יסודות אלה שימשו בסיס להצעת גישה חדשה, "הגישה המשלבת" – גישה המתבססת הן על היתרונות בגישות הנוכחיות והן על המגמות השונות בפסיקה בתחום.

חמישית, כדי להקל עוד על הכפוף נעשה בספר זה ניסיון למיין את הפסיקה בתחום הציות לפי נושאים מרכזיים. כך יוכל הכפוף לאמץ לעצמו "כלל אצבע" בכל תחום מרכזי, וזה יסייע לו להחליט כיצד לנהוג אף במצב שבו טרם נקבעה הלכה ברורה ונהירה בשאלה המשפטית הכללית יותר של היקף הגנת הצידוק וחובת הציות.

מלכתחילה נועד ספר זה להיכתב כתלקיט (Digest), וככזה נבחן בו פחות הבסיס התאורטי להגנת הצידוק ומרכזו עיסוקו הוא בבחינה ביקורתית של הדין הקיים על סמך הנחות היסוד של הדוקטרינה המקובלת.² עם זאת, הספר חורג מסגנון הכתיבה של תלקיט רגיל במאפיין אחד מרכזי: ננקטה בו גישה של ציטוט נרחב של המקורות שעליהם הוא נסמך. הבחירה בסגנון כתיבה זה מבוססת על שתי הנחות מרכזיות:

א. ההנחה כי למרבית הקוראים לא תהיה גישה למקורות שעליהם נסמך הספר. הסיבה לכך נעוצה בכך שבספר מובאים עשרות רבות של פסקי דין אשר לא פורסמו מעולם. כמו כן, חלק נכבד נוסף מפסקי הדין אשר נדונים בספר פורסם רק בסדרות של פד"ץ (פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים) ופש"ם (פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים

2 לניתוח תיאורטי יותר של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שנעשה על ידי ולרפורמה שהצעתי על סמך הניתוח האמור, ראו: Ziv Bohrer, *The Superior Orders Defense in Domestic and International Law: A Doctrinal and Theoretical Revision* (Tel-Aviv University, Ph.D. Thesis in Law, 2012); Ziv Bohrer, *The Superior Orders Defense – A Principal-Agent Analysis*, 41 *GEORGIA J. INT'L & COMPARATIVE L.* 1 (2012). יציין שהרפורמה המוצעת במקורות הללו, על אף היותה יותר מקיפה, דומה ברכיבים רבים לרפורמה המוצעת כאן.

בשטחים המוחזקים), ומכיוון שמעטות הספריות בארץ אשר יש ברשותן עותקים מלאים של סדרות הפרסומים הללו – גם פסקי דין אלו לא יהיו נגישים לקוראים רבים.

ב. סגנון כתיבה זה של ציטוט נרחב נוח לקורא הפרקטיקן (דוגמת תובע צבאי או סנגור צבאי) המעוניין בגישה מהירה למכלול ההלכה בנושא אשר דרוש לו לעיסוקו.

ייעודו העיקרי של ספר זה הוא להעשיר את השיח המשפטי בסוגיות של חובת הציות לפקודה ושל הגנת הצידוק עקב הציות לפקודה. כולי תקווה כי ספר זה ישמש כלי עזר לעורכי הדין ולאקדמאים העוסקים בתחום כאחד.

5. הצגת הבעיה

צבא בנוי על משמעת. ביטוייה העיקרי של משמעת – חובת הציות לפקודות.

עמד על כך בית המשפט העליון בבג"ץ קוגן,³ שבו נדונה עתירתם של חיילים כלואים שהתמרדו במתקן כליאה צבאי בעניין אייקום הסכם שנחתם בינם לבין הצבא:

המונח 'משמעת' הוגדר, בזיקה לשירות בצבא, כ'מודעות מושרשת לכוחה הסמכותי של הרשות הפיקודית ונכונות לציית לפקודותיה (החוקיות) בכל תנאי – גם בנסיבות קשות ומסוכנות ביותר' (ע' מודריק, שפיטה צבאית [תל אביב, 1993], בעמוד 62). אכן, אין מדובר בערך מוחלט. בנסיבות מסוימות – כאשר פקודה היא בלתי חוקית בעליל – קובע הדין חובה לא לקיים פקודה (סעיף 34 יג (2) סיפא לחוק העונשין; ראו גם סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי). עם זאת, אין חולק כי השמירה הקפדנית על עקרון זה היא חיונית לארגון הצבאי, אשר נבחן ביכולתו להתמודד עם מצבים קיצוניים בהם נשקפת לפרטים הפועלים בו סכנת חיים.

עמדה על כך גם ועדת אגרנט:⁴

המשמעת, הפקודה והציות הם המאפיינים את המקצוע הצבאי לעומת מקצועות אחרים. ללא משמעת הופך הצבא ל'אבק אדם', להמון מזויין, שאינו מסוגל לשום פעולה מתואמת. ליקויים של מנהל לא תקין יכולים להופיע בכל צבא, בגלל סיבות שבתכונות אנוש או בתקלות הנוצרות תוך כדי הפעלת מכונה גדולה ומסובכת. אבל בלא משמעת טובה אי אפשר לפעול למען תיקון הליקויים ומניעת הישנותם. צבא בלתי ממושמע סופו לשקוע בכיצת הליקויים והשיבושים.

למשמעת יש חשיבות לא רק בקרב אלא גם בעת שגרה, מתוך רצון לשמור על מוכנות הצבא לקראת עתות לחימה. זהו אחד מיסודותיו של העיקרון המכונה בעגה הצבאית "המשמעת אינה ניתנת לחלוקה". עמדה על עיקרון זה ועדת אגרנט:⁵

המשמעת אינה ניתנת לחלוקה: חייל שהתרגל בימי רגיעה שלא לשמור על כללי המשמעת "הקטנה", כגון אי-ביצוע משימה שיגרתית או אי-שמירת פקודות בעניין הופעתו האישית. בלי שמפקדו הגיב על-כך. יתרושל לבסוף גם במילוי פקודות מבצעיות. לשון אחרת, משמעת פגומה משפיעה לרעה על יכולת הלחימה של החייל.

וראו בעניין זה גם סעיף 2 להוראת פיקוד עליון 6.0302 "משמעת – אחריות מפקד ואחריות מטה": "המשמעת טבועה בכל תחומי החיים והפעילות בצבא, ואין היא ניתנת להפרדה ולחלוקה לפי נושאים".

3 בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד נא(5) 67, פס' 115 ג (1997).

4 דו"ח ועדת אגרנט: ועדת-החקירה – מלחמת יום-הכיפורים 102 (1975) (להלן: דו"ח ועדת אגרנט).

5 שם, בעמ' 103.

דן בעיקרון זה גם שופט המיעוט בעניין מלינקי⁶ (פסק הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם):

בהזדמנות זו הנני להצביע על טעות רווחת ששמענו אותה גם בבית הדין כאילו קיימים בצבא שני סוגי משמעת, זו של עיתות שלום וזו של עת מלחמה. אין קיימת הבדלה זו במשמעת הצבאית. משמעת באה על מנת להשיג מאנשים את מלוא אונם, על מנת להביאם להתגברות על התחושה האנושית הטבעית של 'הישמר לנפשך' על מנת להובילם מול סכנות, להשליך נפשם מנגד למען המדינה ועקרונות נעלים, לניצחון בקרב. אפשר להגיע ליכולת פעולה כזו, הנדרשת בשעת חירום של אנשים-חיילים באם בכל ימות השנה, בין זמן שלום או זמן מלחמה, יקיימו בצבא משמעת אחת ויחידה, משמעת של ציות ללא היסוס לפקודות וללא הרהור אחריהן.

על עיקרון זה עמדו גם בצבאות אחרים. דוגמה לכך מצויה בדבריו של בית הדין הצבאי האמריקני בעניינו של Lusk⁷, שם נשפט המערער בגין עברות שונות וביניהן עברה של סירוב לפקודה: הוא קיבל הוראה לעבוד לאחר משמרת, ובסוברו כי פקודות הבסיס אינן מתירות עבודה נוספת אחרי 22:00 – סירב לעשות כן; אולם בפועל אפשרו הפקודות עבודה נוספת עד 24:00. המערער טען כי טעותו בדבר אי-חוקיות הפקודה היא טעות בעובדה, ולפיכך אין להרשיעו בגין סירובו לציית לפקודה. בית הדין לא דן בשאלה אם מדובר בטעות בדין או בטעות בעובדה, אלא קבע כלל ברור שעל פיו חייל אשר אינו מציית לפקודה מסתכן בכך בהעמדה לדין. וכך אמר בית הדין:

A soldier disobeys an order at his own peril. [...] This is an ancient principle of military law. It is a harsh rule, but an absolutely essential one. Certainly the rule is no more harsh than the realities of the battlefield which compelled its adoption. In combat, where the very existence of the nation is at stake, obedience to orders is vital. Sometimes commanders must order soldiers to lay down their very lives. For the sake of the lives of others and the accomplishment of the mission, those soldiers must be relied on to obey. In peacetime, soldiers must be trained in the same climate of obedience. The discipline which enables armies to prevail cannot be switched on and off like a light bulb. The soldier must be conditioned to err on the side of obedience. Consequently, a soldier who disobeys an order because he believes that the order is illegal may nevertheless be punished if the order is in fact a lawful one.

בהנחיות צבא בריטניה למפקד לגבי אופן הטיפול באי-ציית לפקודה בעת שלום נכתב כך:⁸

Disobedience in peacetime, which undermines unit cohesion, must be treated as a very serious offence to ensure that orders are obeyed in war.

6 מר/3/57 (צבאי מרכז) התובע הצבאי נ' מלינקי, פס"מ יז 90, 207, 252 (1958); פרטי המקרה יידונו בהמשך.

7 *United States v. Lusk*, 21 M.J. 695 (A.C.M.R. 1985), 700

8 הנחיות למפקד לטיפול באי-ציית לפקודה: Disobedience to Lawful Command, Serial 4 s34 AA 55.

ראוי לציין כי ההקפדה על המשמעת בצבא אינה נדרשת אך ורק לשם שמירה על כשירות הצבא ומוכנותו למלחמה. ההקפדה על המשמעת קיימת גם בשגרה, מכיוון שכל גוף אדמיניסטרטיבי זקוק לה לשם ביצוע משימותיו – בין בשגרה ובין בחירום.

בעניין דבוש⁹ עמד בית המשפט העליון על הצורך במשמעת בשירות הציבורי. המערער, פקיד דואר, הועמד לדין בין השאר בגין פנייתו אל המתלוננת בבקשה שתסיר את תלונתה על התנהגותו. המערער טען כי לא מדובר בפגיעה במשמעת, ולכן נדרש בית המשפט להגדיר את המונח משמעת:

לא אמצה כאן תיאור כל יסודותיו וסימני האפיון של המושג "משמעת". יספיק לצורך הנושא שבפנינו אם אומר כי המשמעת היא בעיקרה מערכת הנורמות, הנהלים והנהגים, המסדירה אופן פעולתה של מסגרת ארגונית בעלת מעמד מיוחד, והקובעת סדרה ובכלל זה חובותיהם וסמכויותיהם של המשרתים בה, בזיקתם זה לזה ובזיקתם למסגרת עצמה. המשמעת – ביטוייה בהתנהגות על פי המערכת המתוארת. המשמעת נוהגת לא רק בגופים צבאיים ומעין צבאיים אלא גם בגופים אחרים, בין שהוקמו על פי חיקוק ובין שקמו מתוך התארגנות מרצון, אשר לאור ייעודיהם וחובותיהם מצריכים דרך ארגון הירארכית מיוחדת של הנמנים עליהם, כולל הטלת חיובים וכלים לאכיפתם. חובת הציות היא אמנם סימן היכר מובהק של המשמעת, אולם זו האחרונה איננה מתמצית בכך; חובת הציות אינה אלא אחד מן הביטויים המוחשיים לרעיון, שהוא ממרכיבי היסוד של המשמעת, היינו קבלת המרות.

ברוח זו פסק בית המשפט העליון בעניין רובין¹⁰ שם דובר במציל בחוף הים של ת"א אשר סירב לעבור לנהל תחנת הצלה בחוף שרתון. לעניין חשיבות המשמעת אמר בית המשפט:

המשמעת היא מרכיב יסודי בשירות הציבורי כאמור, ובלעדיה לא ייכון השירות ולא יוכל לקיים את המוטל עליו בהתאם לחוקים [...] לעובד שמורה הזכות לערער על החלטה [...] אך הערעור אינו פוטר מחובת מילוי ההוראה [...] לא למותר גם לשוב ולהזכיר, כי חובת המשמעת חלה על קיום אותן הוראות שאינן בלתי חוקיות באופן ברור וגלוי.¹¹

אולם, כפי שניתן ללמוד מדברי בית המשפט העליון, חובת הציות לסמכות הממונה אינה מוחלטת, והיא עלולה לעמוד בסתירה עם חובת הציות לחוק. סתירה זו עלולה להעמיד את החייל או את עובד הציבור בדילמה אם לציית להוראה המנוגדת לחוק; כמו כן, היא מעמידה את מערכת המשפט בדילמה – אם להעניק הגנה מפני אחריות פלילית לחייל או לעובד ציבור שבצייתו לפקודה או הוראה בלתי חוקית עבר עברה, ואם כן – באילו מקרים.

9 עש"ם 3/75 דבוש נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד (1) 231, 236-235 (1975).

10 ער"ם 1,2/81 רובין נ' עיריית ת"א, פ"ד (3) 579, פס' 44 (1982).

11 בית המשפט חזר על דברים אלו או על דברים דומים להם בפסקי דין רבים נוספים. ראו למשל: ער"ם 3/85 ציטיאט נ' ת"א, פ"ד מ(1) 74 (1986) – עובד בכ"ח סירב לעבוד לעבוד בביתן החיות; עש"ם 1/86 קוקה נ' רשות השידור, פ"ד מ(2) 406 (1986) – יו"ר ועד העובדים סירב לשדר כתבה מכיוון שסבר שהוכנה בעזרת ציוד שנאסר על פי ההסכם הקיבוצי; ער"ם 2/87 אשדוד נ' אטיאס, פ"ד מא(4) 322 (1987) – עובדת סירבה לעבור תפקיד מכיוון שלא פירטו בפניה את סיבות ההעברה; וראו גם עש"ם 7686/00 תעזי נ' נציבות שירות המדינה, תק"על 1257 (3) 2001 – עובדת סירבה לעבור לעמדה שאין בה מגע עם קהל.

הדילמה האמורה בנוגע למצבו של החייל באה לידי ביטוי כבר בשבועת האמונים שנשבע החייל עם התגייסו לצה"ל:¹²

הנני (נשבע(ת) ומתחייב(ת) בהן צדקי לשמור אמונים למדינת ישראל, לחוקיה ולשלטונותיה המוסמכים, לקבל על עצמי ללא תנאי וללא סייג עול משמעתו של צבא ההגנה לישראל, לציית לכל הפקודות וההוראות הניתנות על ידי המפקדים המוסמכים ולהקדיש כל כוחותי ואף להקריב את חיי להגנת המולדת ולחירות ישראל.

בשבועה זו נדרש החייל הן לציית לכל הפקודות שיתנו לו מפקדיו והן לשמור אמונים לחוקי המדינה. על הקושי במציאת האיזון בין ערך המשמעת לעקרון שלטון החוק עמדו בתי המשפט ובתי הדין במדינה במשך השנים. כך, למשל, בדונו בערעור בעניינו של אייכמן¹³ התייחס בית המשפט העליון לסוגיה זו:

השאלה אם טובת הציבור דורשת להכשיר את ההגנה של 'צו מגבוה', מעוררת את שני הקשיים הבאים: מצד אחד, מחייב הסדר הטוב של הגוף הדיסציפלינרי, שאליו משתייך הנאשם, שלא ימרה את פי הממונה עליו ולא יעמוד להרהר אחרי חוקיות הפקודה שקיבל ממנו, פן תחבל המטרה, אשר לשם הגשמתה נצטווה למלאה. מהצד האחר הנוק שיגרם לציבור, בעטייה של העברה שבוצעה בתוקף הפקודה, מחייב שהלה לא יציית לה באורח אוטומטי ושיעשה כן רק אם השתכנע הגיונית שהיא פקודה חוקית.

ובית הדין הצבאי לערעורים העיר בעניין עופר (הערעור בפרשת כפר קאסם):¹⁴

משמעת מוחלטת היא יסוד מוסד של כל פעולה צבאית מאורגנת. משום כך ציות ללא היסוס לפקודה הוא אחת המטרות העיקריות של ההדרכה והתרגול הניתנים לחייל מיום היכנסו לשורות הצבא [...] כנגד ערך חשוב זה של המשמעת הצבאית, שאותו בא החוק לבצר, קיים ערך של מרות החוק [...] שני ערכים אלו מתנגשים זה עם זה, כאשר נדרש החייל למלא פקודה בלתי חוקית והתנגשות זו יוצרת דילמה קשה ביותר [...] מבחינה מעשית בשביל החייל עצמו, הנדרש לבחור בין אי ציות לפקודה ובין הפרת החוק הפלילי.

בהמשך ציטט בית הדין את המלומד האנגלי דייסי (Dicey), שהציג את הדילמה העומדת בפני החייל בדרך ציורית:

מצבו של החייל קשה להלכה ועלול להיות קשה גם למעשה [...] צפוי לו מוות בירייה על ידי בית משפט צבאי אם הוא מפר את הפקודה, או מוות בתלייה על ידי שופט וחבר מושבעים, אם הוא מציית לה.¹⁵

12 נספח לפ"מ 33.0915 "שבועת אמונים לצה"ל וחלוקת נשק לטירונים". חובת השבועה קבועה בס' 3 לפקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח-1948, ע"ר 3 תוס' א 9.
13 ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 2033, 2076 (1962). פרטי המקרה יידונו בהמשך.
14 ע/279/58 (ערעורים צה"ל) עופר נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ע מ"ד 362, פס' 65 (1960). פרטי המקרה יידונו בהמשך.

בערעור בעניין אייבמן¹⁶ הציג בית המשפט העליון את בעייתו של החייל בדרך דומה:

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.

בית הדין הצבאי לערעורים התייחס לסוגיית האזיון בין מרות המפקד לשלטון החוק בעניינה של אזרן.¹⁷ שם דובר במ"כית בקורס טיס אשר הועמדה לדין באשמת "טרטורים" של חניך בקורס, ולגבי חלק ממעשיה טענה להגנת הצידוק. בעניין הצורך באזיון בין ערך המשמעת לעקרון שלטון החוק אמר בית הדין:

הרציונל להחלת הגנת הצידוק בצבא, הוא הצורך בקיומו של צבא ממושמע המקיים את פקודות מפקדיו. צבא ללא משמעת אינו אלא מועדון ויכוחים, לעיתים אף צבא ליסטים, שלא יציל למלא משימותיו. טול מהצבא את יסוד המשמעת, ונטלת ממנו את נשמת אפו. זו הסיבה מדוע מצא המחוקק לנכון ליתן הגנה למי שממלא פקודה בלתי חוקית של מפקדיו, וליטול מהמעשה האסור את פליליותו. ניתן היה לסבור, כי איש אינו מוסמך לעבור על החוק, אף לא במצוות מפקדו. יכול היה שיקבע, כי מפקד אינו רשאי להכשיר את שאסר הדין, ולפיכך אין ניתן להעניק הגנה למי שמבצע עבירה בהוראת מפקדו. לא זו הדרך שבה צעד המחוקק הישראלי. המחוקק מצא לנכון ליתן הגנה למבצע פקודה בלתי חוקית, שכן סבר כי דרך המלך שבין הצורך להשיג משמעת בצה"ל, לבין עקרון החוקיות והצורך לחייב את כולם לציית לחוק, היא לקבוע חובת ציות לפקודה חוקית ובלתי חוקית, וחובת סירוב לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל.

אל האינטרסים הציבוריים של משמעת ושלטון החוק מצטרפת גם העובדה כי פעמים רבות יש לחייל סיבות טובות להאמין שפקודת מפקדו היא חוקית, וכמו כן קיימת בו נטייה פסיכולוגית לציית, נטייה שהחינוך הצבאי מעודד. נוסף על כך, לעיתים החייל אינו מקבל את ההחלטה אם לציית לפקודה או לחוק בתנאים המאפשרים שהות לחשוב אלא בשעת חירום, כאשר עומד לרשותו זמן קצר ומשמעות החלטתו עלולה להיות הרת גורל. משכך מדובר במצב שמבחינה ציבורית דורש מענה ברור בחוק, באופן שיהיה בו כדי לאזן בין השיקולים הציבוריים השונים העומדים על הפרק.¹⁸ מענה כזה מנסה לספק הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

15 שם. בפסק הדין מובא ציטוט מספרו של דייסי: ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF LAW OF THE CONSTITUTION 299 (7TH ED. 1908). [להלן: Dickey].

16 ראו ע"פ אייבמן, לעיל ה"ש 13.

17 ע/147/00 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' אזרן, פד"צ 2000, 388, 413 (2000).

18 לדין מפורט בשיקולים השונים העומדים על הפרק ומאזונים באמצעות הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ראו להלן חלקים 13.1 ו-13.2.

6. הפתרון במשפט הישראלי

המשפט הישראלי, תחת השפעתה של עמדה הקיימת במשפט המקובל האנגלי, בחר בגישת ביניים לאיזון בין עקרון המשמעת לבין עקרון שלטון החוק. לפי גישת ביניים זו ייסוג עקרון המשמעת הצבאית מפני עקרון שלטון החוק ומפני ערכי היסוד של החברה – אך ורק מקום שמדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

התייחס לכך בית הדין בערעור בעניין רגב.¹⁹ הנאשם, על פי פקודה שניתנה לו, ירה בגלגלי רכב שהפר עוצר במחנה בלאטה לאחר שהוציא ממנו את הנוסעים (פקודה שניתנה בעקבות זריקת בקבוק תבערה על מכונית צבאית ונכנסה לפועל רק לאחר הזהרת המוכתר). בית הדין הצבאי לערעורים זיכה את הנאשם; לעניין שאלת הציות של חייל לפקודה בלתי חוקית אמר בית הדין:

נקודת המוצא צריכה להיות שפקודה מחייבת ציות אפילו היא בלתי חוקית; ורק אם אי-חוקיותה מגיעה כדי 'אי-חוקיות בעליל' [...] בטלה חובת הציות ונשמט הבסיס מתחת לפטור מאחריות למעשה הציות.

גישה זו מקטינה את מרחב חוסר הוודאות שבו מתפקד החייל, שכן רק אם ברור וגלוי כי הפקודה אינה חוקית יהיה עליו לסרב לציית לה, אך היא אינה נוטלת לחלוטין את שיקול הדעת מהחייל; כפי שאמר השופט לנדוי: "אפילו מחייל אנו דורשים שיפעיל את שיקול דעתו ולא יבצע פקודה הנראית לו בלתי חוקית בעליל".²⁰

בהתאם לגישה זו, חייל אינו צריך להיות אקטיבי בבירור החוק ואין הוא צריך לדעת פוזיטיבית שהפקודה חוקית. רק אם מדובר בפקודה אשר על פניה ברור וגלוי שהיא אינה חוקית אסור לו לבצע אותה.

בית הדין הצבאי לערעורים התייחס לעניין זה בעניין נחום.²¹ המערער הואשם בהשמדת רכוש, כיוון ששרף שנים-עשר שטיחים אשר נלקחו כשלל מלחמה. הוא טען להגנת הצידוק; לדבריו שרף את השטיחים בפקודת מפקדו, שהורה לו לעשות כך מפני שהנהגים באותה יחידה ניסו לבזוז את השטיחים. כך אמר בית הדין:

הדבר היחידי המשתמע מהוראות החוק לגבי הצו הניתן על ידי רשות מוסמכת הוא, כי יכולה לבוא בחשבון הצידוק העובדה שברור וגלוי כי הצו הינו בלתי חוקי. ולעומת זאת אין כל צורך בתודעה פוזיטיבית בחוקיותה של פקודה כל שהיא מצד מקבלה, כי אין הצו צריך להיות מצויד בסימן היכר של חוקיות כדי שיהיה חייב לקיימו.

גישת הפקודה הבלתי חוקית בעליל, המאזנת בין עקרון המשמעת לעקרון שלטון החוק, באה לידי ביטוי גם בהגדרת ערך המשמעת במסמך "רוח צה"ל": "משמעת: החייל יפעל כמיטב יכולתו לביצוע מלא ומוצלח של הנדרש ממנו עפ"י הפקודות ועפ"י רוחן. החייל יקפיד על מתן פקודות

19 90/86/ע (ערעורים צה"ל) רגב נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1986, 43, 45 (1986).

20 נאמר בהערת אגב בע"א 686/77 מקורות נ' מרג'י, פ"ד לד' 378, 365 (1980).

21 81/57/ע (ערעורים צה"ל) נחום נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1957, 128, 131 (1957).

חוקיות בלבד, ולא יציית לפקודות בלתי חוקיות בעליל".²²

אם כך, על פי גישת ביניים זו, תגובתו של החייל תשתנה בהתאם לסיוג הפקודה הבלתי חוקית כ"בלתי חוקית בעליל" או כ"בלתי חוקית סתם". אם הפקודה היא בלתי חוקית "בעליל", התנגדותו של החייל לפקודה צריכה להיות לאלתר ואסור לו לבצעה, ואילו אם מדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם", התנגדותו לפקודה צריכה להיות לאחר מעשה, בדרך של הגשת קבילה או תלונה לגורמים הרלוונטיים.

בעניין שלח²³ דובר בחייל אשר הוטל עליו עונש בדמות פקודה לשמור בפעם השלישית באותו שבוע, בניגוד לפקודות מטכ"ל האוסרות על הטלת שמירה יותר מפעמיים בשבוע. החייל סירב לציית לפקודה. בית הדין קמא זיכה את החייל, מכיוון שלדעתו היה ברור וגלוי כי הפקודה אינה חוקית. בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו:

חוקיותה של פקודה או אי חוקיותה נקבעת על פי העניין המצווה לביצוע. אין מה שיצדיק חייל להשתמש מלמלא פקודה המתייחסת לחובה או לתפקיד בצבא, שיעודו לכך, אשר ניתנה לו על ידי מפקד המוסמך מכוח תפקידו. מרגיש חייל עצמו מקופח על ידי הפקודה או ההוראה שניתנה לו זכותו שמורה לו לקבול על כך בפני המפקד הממונה, מבלי שהדבר יגרע במשהו מחובתו לציית ללא כל היסוסים לפקודה כל עוד היא קיימת ולא בוטלה על ידי רשות מוסמכת. תוכר קבילתו בזמנה כמוצדקת, יהיה על המפקד ליתן את הדין.

בית הדין אמר דברים דומים גם בעניין בהן²⁴ שם דובר בחייל אשר סירב לציית לפקודת מפקדו לצאת לאימונים: "חייל בצבא ההגנה לישראל חייב בכל התנאים וללא הסוסים למלא כל פקודה הנתנת לו ע"י הממונים עליו ואם נפגע ע"י מפקדו רשאי הוא להגיש נגדו תלונה באמצעות הצינורות המוסמכים".

בעניין ב²⁵ הועמד המערער לדין בגין עברה של התנהגות שאינה הולמת בשל היעדרות מיחידתו. המערער נעדר מיחידתו מכיוון שסבר שמצב בריאותו מחייב את שחרורו משירותו הצבאי, וחלק על עמדת גורמי הרפואה הצבאיים אשר סברו אחרת. בית הדין פסק כך:

תמימי דעים אנו עם גישת הערכאה הראשונה, שלפיה, תקיפה עקיפה של החלטות של גורמים רפואיים או פיקודיים בדרך של עשיית דין עצמית לא תצלח. על חייל, אשר איננו מרוצה מהחלטות מפקדיו לגבי או אשר חש, כי נעשה לו עוול בהחלטות גורמי הרפואה בעניינו, לפנות בצינורות המקובלים על מנת לתקוף החלטות אלו. אל לו ליטול את הדין לידי, להימנע מלציית להוראות המפקדים ולהימנע מלהתייצב ביחידתו [...] פקודות מפקדיו לא היו בגדר הוראות בלתי חוקיות בעליל, אשר היה בהן כדי לסכן את חייו; וודאי שאין לומר כך על קביעות הרופאים. ואכן, גם אם נפלו פגמים

22 פירוט של תוכן המסמך מצוי כאן: www.idf.il/1413-10820-he/Dover.aspx.

23 239/58/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' שלח, פד"צ 1958, 346, 347 (1958).

24 137/48/ע (ערעורים צה"ל) בהן נ' התובע הצבאי הראשי, פס" 2 (לא פורסם, 11.11.1948) (נספח א להלן).

25 94/09/ע (ערעורים צה"ל) ב' נ' התובע צבאי הראשי (פורסם בנבו, 26.3.2012).

בהתנהלות המפקדים או גורמי הרפואה למיניהם, אין המדובר בפגמים היורדים לשורש הסמכות, כאלה, המאפשרים למערער להתעלם מהוראות הרשויות המוסמכות. כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, פגמים שנפלו בהחלטות מנהליות, ואף פגמים של חוסר סמכות (כפי שנטען בענייננו), אינם מביאים בהכרח לבטלות מוחלטת של ההחלטה המנהלית, ובנסיבות מסוימות יביאו הפגמים רק לבטלותה היחסית [...].

החובה לציית לפקודה בלתי חוקית "סתם" (ולהתלונן לגורמים המוסמכים בדיעבד), והחובה שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל אינה מוטלת רק על חיילי צה"ל; זוהי חובה כללית החלה על כלל המשרתים במנהל הציבורי.

דן בכך בית המשפט העליון בעניין מיכאלי²⁶ במקרה האמור, ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה הועמד לדין משמעתי בגין עברות משמעת שונות, אשר כללו בין השאר סירוב להעביר במעבר הגבול תרופות שנפל פגם חוקי בהעברתן (כיוון שלא צורפו להן המסמכים הנדרשים ממשרד הבריאות), וכן סירוב לציית לממונה אשר לטענת העובד נפלו פגמים חוקיים בהליך מינויו (טענה שהתבררה כנכונה). השופט רובינשטיין אישר את החלטת בית הדין למשמעת של עובדי המדינה להרשיע את העובד, וכך כתב בהחלטתו:

ציות אינו מונח מקביל ל"משמעת עיוורת", מן הסוג שנהג במשטרים שלא היינו רוצים להידמות אליהם אף כמטחוי קשת, ושעמנו סבל מהם סבל רב. הציות בו מדובר הוא פעולה תקינה במסגרת היררכית, שעה שפתוחים ערוצים שונים להבעת אי נחת ומחאה – אם ערוצים מינהליים פנימיים, אם נציב קבילות הציבור, אם נציבות שירות המדינה – ואם ערוצים משפטיים. כל אלה כן, שבת שיעשה איש לעצמו לא. נשוה בנפשנו, אילו נהג כך כל עובד בשירות המדינה, אנה אנו באים.

בעניין אטיאס²⁷ דובר בעובדת עירייה אשר סירבה לעבור מתפקידה בעירייה לתפקיד אחר מכיוון שלא פירטו בפניה את הסיבות המשמעטיות אשר הובילו לצעד זה. בית המשפט הפך את החלטת בית הדין למשמעת של עובדי המדינה והרשיע את המשיבה בעברת משמעת. לעניין חובת הציות של עובד ציבור אמר בית המשפט:

יש לאבחן בין חוקיות ההוראה לבין חובתו של עובד לקיימה. העובד חייב לקיים כל הוראה למעט הוראה בלתי חוקית בעליל. אין בקיום ההוראה כדי לגרוע מזכויותו להתלונן, לערער, לפנות לבית משפט או לבית דין ולנקוט פעולות כיוצא באלה, אך זכותו להשיג, למחות ולערער אינה פוטרת אותו מחובת המשמעת, וביטוייה של זו היא בכך שהוא מקיים הוראה הניתנת לו.

החובה לציית לפקודה בלתי חוקית "סתם" (ולהתלונן לגורמים המוסמכים בדיעבד), והחובה שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל, חלה גם בהקשר של הישמעות להוראות תנועה הניתנות על ידי שוטרים. בעניין ינוביץ,²⁸ הנאשם לא ציית לשוטרת אשר הורתה לו להחנות את רכבו במקום אחר

26 עש"ם 11196/07 מיכאלי נ' נציבות שירות המדינה, פס' ח(1) (פורסם בנבו, 24.3.2008).

27 עניין אטיאס, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

28 תת"ע (תעבורה ת"א) 37791-09 מ.י. ענף תנועה ת"א נ' ינוביץ (פורסם בתקדין, 6.6.2011).

מזה שתכנן. בית המשפט פסק כך:

טענתו של הנאשם כי הבקשה של השוטרת לא הייתה חוקית בעליל אין לה על מה להסתמך הגם מצבו הפיזי של הנאשם. טענת הוראה בלתי חוקית בעליל, היא טענה שתוצאות ביצוע ההוראה הבלתי חוקית יכולים להוביל למום או נזקים בלתי הפיכים שמא לקטל בחיי אדם. ההוראה שנתנה השוטרת לנאשם כמובן שלא הייתה בלתי חוקית בעליל. גם אם סבר הנאשם שמדובר בהוראה בלתי חוקית, היה עליו לפנות מידית את המקום. לשוב לשוטרת לבקש את פרטיה ולפנות לממונים עליה כדי שיבחנו את שיקול דעתה. ויכוחים תוך עבודתו של השוטר יכולים להביא לאי קבלת מרות ואנרכיה.

אם בעקבות פקודה בלתי חוקית שניתנה לו עבר החייל עברה או סייע לעברה, תהפוך הזכות להתלונן על הפקודה הבלתי חוקית לחובה, ללא קשר לשאלה אם מדובר בפקודה בלתי חוקית "בעליל" או בלתי חוקית "סתם". ההבדל היחיד יהיה במועד קיומה של החובה – לפני הציות לפקודה או לאחריו. הפר החייל חובה זו – אפשר יהיה להעמידו לדין בגין התנהגות שאינה הולמת (סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955).²⁹

אפשר ללמוד על כך מחוות דעתה של פרקליטת חיל-הים במקרה שבו פקד מפקד מנופיה (רס"ב ב') על פקודו (רס"ל א') לסייע לו במילוי רכבו הפרטי בבניין צבאי. בחקירתו טען רס"ל א' כי "חשש מהכוח" של מפקדו בבסיס ולא רצה "לקלקל את היחסים ביניהם". באמרה נוספת ציין כי תפס את דברי הרס"ב כפקודה, ורק בדיעבד התברר לו שאינה חוקית. בהוראת הפרקליטה להעמידו לדין משמעתי נאמר כך:

דבריו של רס"ל א' מעלים את השאלה, האם מדובר בפקודה והאם זו פקודה בלתי חוקית בעליל או בלתי חוקית 'סתם'. ככל מקרה, אף אם נתחשב בגרסת הנגד, כי מבחינתו הוא סבר שמדובר בפקודה שבדיעבד התברר לו כי אינה חוקית, הרי שלאחר מעשה היה עליו להתלונן על הפקודה שקיבל ולדווח על מעשיו של רס"ב ב'. רס"ל א' לא דיווח על האירוע.

...

בהתחשב באמור, עבר רס"ל א', לכאורה, עבירה של התנהגות שאינה הולמת, עבירה לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.³⁰

כאמור, עצם החובה להתלונן בגין פקודה בלתי חוקית אינו משתנה בהתאם לסוג של היעדר החוקיות ("בעליל" או "סתם"). אולם כשם שמועד התגובה משתנה (במועד קבלת הפקודה או לאחר הציות לה), כך עשוי להשתנות גם סוג התגובה הנדרש מהחייל. לעתים (נדירות) עשוי חייל שקיבל פקודה בלתי חוקית בעליל להידרש אף להרים יד על מפקדו, אם אין בידו כל דרך אחרת למנוע את המעשה.

כך עולה מעניין יחיאל.³¹ שם הועמד לדין חייל שהיכה את מפקדו בבוץ עץ, לאחר שזו הורה לו להיכנס לתא העצורים וכמה דקות לאחר מכן נתן לו הוראה סותרת להתלבש ולצאת החוצה.

29 להלן: חש"פ או חוק השיפוט הצבאי.

30 חוות-דעת של פרקליטת חיל הים (24.12.2003) (פרטי חוות הדעת הוסרו לבקשת התביעה הצבאית).

31 42/54/ע (ערעורים צה"ל) יחיאל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1954, 18, 20 (1954).

סנגורו של החייל טען כי הפקודות הסותרות פגעו בזכויותיו של החייל ו"העבירו אותו על דעתו". בית הדין דחה טענה זו, אך הותיר פתח צר לתגובה אלימה מצד חייל המקבל פקודה בלתי חוקית בעליל. כך אמר בית הדין:

ביחס לטענתו הראשונה של הסניגור [...] אין בה ממש. אפילו פקודה בלתי חוקית באופן בולט ביותר אינה משמשת הצדקה או מסיבה מקילה למעשה תוקפנות כלפי מפקד, מלבד אולי מקרה יוצא מהכלל, והוא שיש במתן פקודה בלתי חוקית כזאת, משום סכנה מיידית לחייו או לשלמות גופו של חייל. [ההדגשה הוספה].

סוג היעדר החוקיות אינו משנה לעניין אחריותו בפלילים של המפקד נותן הפקודה – הוא יועמד לדין בין שמדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם" ובין שמדובר בפקודה בלתי חוקית "בעליל".

בערעור בעניין רס"ן ראובן³² נדון עניינו של סגן מושל נפת טול'כרם, שפקד על חייליו בדרכם במשאית אל בית המעצר לשבור לעצורים מְפָי סדר "את העצמות, את הידיים ואת הרגליים". הפקודים צייתו לפקודה ומעשיהם גרמו למותו של אחד העצורים בבית המעצר. המערער הועמד לדין באשמת הריגה. בית הדין לערעורים קבע כי הוא אינו צריך להכריע בשאלה אם פקודתו של המערער הייתה בלתי חוקית "סתם" או בלתי חוקית "בעליל" כדי להרשיעו בגין מעשי פקודיו שצייתו לפקודתו, וגזר על המערער שנת מאסר בפועל והורדה לדרגת טוראי.

לסוגיה זו התייחס גם בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל בעניין בן־ארצי³³ בעניין זה סירב הנאשם להתחיל, לטענתו מטעמי מצפון. כך העיר בית הדין בהערת אגב:

על כל פנים, גם אם מחליט בית המשפט הדין בדבר, שהפקודה אשר ניתנה מעם המפקד איננה בלתי־חוקית בעליל, ולפיכך, שאי־החוקיות שדבקה בה היא אי־חוקיות 'סתם', המפקד, אשר נתן את הפקודה לא יינקה, שכן לו אין עומדת הגנה. החיילים, אשר ביצעו את הפקודה זוכים להגנה מפני הרשעה פלילית; לעומתם, המפקד נותן הפקודה צפוי לתת את הדין, כמי שציווה על ביצועה. מכאן, ששלטון החוק וצורכי ההרתעה באים על סיפוקם.

ובאותו ההקשר אמרה ערכאת הערעור בתיק האמור בעניין בן־ארצי³⁴:

אמנם כן: קיים מתח מובנה בין קיומו של ארגון צבאי הירארכי, שהתנהלותו מושתתת על משמעת קפדנית, המחייבת ביצוע פקודות ככתבן וכלשונו, לבין שלטון החוק. נקודת האיוון שנבחרה מקנה עדיפות מסויימת לשימור המשמעת הצבאית; גם אם מחירה של העדפה זו הוא קיומן וביצוען של פקודות בלתי חוקיות בצבא. על־כן, חייל מחויב בביצועה של פקודה בלתי חוקית. מאידך חל איסור על המפקד מלתיתה. חייל שביצע פקודה בלתי חוקית חסין מפני העמדה לדין ואילו מפקדו, שנתן לו פקודה בלתי חוקית,

32 ע/217/76 (ערעורים צה"ל) רס"ן ראובן נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 6.1.1977). (נספח כג להלן); תמצית כפד"צ 1976, 621.

33 מט/129/03 (צבאי מטכ"ל) התובע הצבאי נ' בן־ארצי (לא פורסם, 21.1.2004). (להלן: פסיקת בית הדין קמא בעניין בן־ארצי).

34 ע/58/04 (ערעורים צה"ל) בן־ארצי נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 48 (לא פורסם, 1.1.2006). (להלן: הערעור בעניין בן־ארצי).

עווננו ישא. רק פקודה שהיא בלתי־חוקית בעליל חל איסור לתיתה ובמקביל חובה על החייל שלא לבצעה.

ואמר גם בהקשר זה נשיא בית הדין הצבאי לערעורים (כתוארו אז) שיף:³⁵

בעיקרון שאלת הפקודה הבלתי חוקית בעליל אינה שאלה מכריעה כאשר מדובר במפקד נותן הפקודה. אין זה משנה לשאלת ההרשעה אם הפקודה שנתן המפקד בלתי חוקית בכלל או בלתי חוקית בעליל. המפקד יתן את הדין בשני המקרים. בכל מקרה לא תעמוד לו הטענה שהפקודה שנתן היא רק בלתי חוקית, ולכן אין להעמידו לדין. מובן שאם נתן המפקד פקודה שהיא בתחום השחור משחור והבלתי חוקי בעליל מצבו יהיה חמור ביותר. גם הענישה שתוטל על המפקד תהיה חמורה מהענישה שתוטל על מבצעי הפקודה, שהרי המפקדים יזמו והזינו את האירוע.

כאשר מפקד אשר נתן פקודה בלתי חוקית מועמד לדין, הוא יואשם באחת מן העברות הללו: התרשלות בביצוע תפקיד, שידול לדבר עברה, ביצוע עברה באמצעות אחר או ביצוע עברה בצוותא, בהתאם למידת אחריותו למעשה שביצעו פקודיו, כפי שציינ מודריק: "מפקד, אין ספק, אחראי לפעולות המבוצעות בידי חייליו מכח פקודתו. כשאין בסיס לאחריות ישירה על פי דיני השותפות הפלילית עשויה להתעורר שאלת אחריות עקיפה, לפי דיני הרשלנות הפלילית".³⁶

בהקשר זה העיר בית המשפט העליון בהערת אגב בעניין משולם:³⁷

אכן, מקום שלמשדל יש שליטה על המשדל – בין שהמשדל הוא מפקד שנתן פקודה בלתי־חוקית בעליל, ובין שהוא מנהיג כנופיה ששלח את אנשיו לבצע תכנית פלילית – הרי שמבחינה מוסרית שליטתו הופכת אותו לאחראי העיקרי לאירוע העבריני, הגם שטכנית הוא שותף עקיף בלבד. ברם, אחריות מוגברת זו של המשדל באה לידי ביטוי בחוק עצמו. מידת האחריות המיוחסת למשדל, זולת לעבירה נוספת, זהה לאחריות המבצע העיקרי. הוא הדין בעונש הצפוי לשניים. יסודה של הבחנה זו בין מבצע בצוותא למשדל הוא במעורבותו של המבצע בצוותא בעשייה העברינית, כאשר פועל הוא כגוף אחד עם שותפיו, שמי מהם מבצע את העבירה הנוספת, בעוד שהמשדל עומד מחוץ לעשייה העברינית [ההדגשה הוספה].

נראה שדברי בית המשפט בנוגע למפקד נכונים גם אם פקודתו הייתה בלתי חוקית "סתם".

בהקשר של המפקד ראוי להוסיף כי אם יישפט כשותף לעברה עם פקודיו, כדי להרשיעו על סמך עדותם לא יהיה צורך בתוספת ראייתית, כיוון שעל פי פסיקת בית הדין מדובר ב"שותפות פורמלית בלבד".³⁸

35 אילן שיף "בזכות מבחן 'הדגל השחור' – הפקודה הבלתי חוקית בעליל" בצה"ל, עקרונות ויישומים" כפר קאסם: אירועים ומיתוס 117, 122-123 (רוביק רוזנטל עורך, 2000).

36 עורד מודריק "מפקד – סמכות, אחריות, אשמה" פלילים ב 249, 264 (1991).

37 דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 42-43 (1998).

38 ראו למשל: עניין רס"ן ראובן, לעיל ה"ש 32, וכן ע/139/75 (ערעורים צה"ל) שלמה נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1975, 242 (1975).

7. ההסדר הנורמטיבי

האיזון בין ערך המשמעת לעקרון מרות החוק בא לידי ביטוי בישראל בהסדר הנורמטיבי המובא להלן.

7.1 חובת הציות לפקודה והפטור ממנה, לאור סעיף 125 לחש"ץ

כאשר חייל אינו מציית לפקודה בטענה שהיא אינה חוקית, הוא יועמד לדין מכוח אחד מהסעיפים הללו: סעיף 122 לחש"ץ – סירוב לקיים פקודה; סעיף 123 לחש"ץ – אי קיום פקודה; סעיף 124 לחש"ץ – התרשלות בקיום פקודה; אלא אם יוכיח כי חלה עליו ההגנה הקיימת בסעיף 125 לחש"ץ: "לא ישא חייל באחריות פלילית לפי סעיפים 122, 123 ו-124, אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית".

סעיף 133 לחש"ץ (אי קיום הוראות המחייבות בצבא) אינו כלול ברשימת הסעיפים שאותם מסייג סעיף 125 – ככל הנראה כיוון שהמחוקק הניח כי פקודה כללית כתובה אינה יכולה להיות בלתי חוקית באופן גלוי וברור. עם זאת, מהפסיקה הצבאית אפשר להבין כי גם אם תיכתב בצבא פקודה שכזו אשר יהיה "ברור וגלוי" שאינה חוקית יחול הסעיף האמור. כך למשל ציין בית הדין בעניין אזרן ("טרטורים" בקורס טיס): "צו של רשות מוסמכת שחייל חייב לפי הדין לציית לה, פירושו בצבא, פקודה של מפקד שהחייל חייב לציית לה מכוח ס' 122, 123 ו-124 וככל הנראה, גם מכוח ס' 133 לחש"ץ" [ההדגשה הוספה].³⁹

גם שיף, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים (כתוארו אז), הביע תמיכה בגישה כזו:⁴⁰

סעיף 125 אינו מכסה את כל האפשרויות והוא עלול להיות בעייתי בנסיבות מיוחדות, בין היתר מפני שאינו מאזכר את סעיף 133, העוסק באי קיום הוראות מחייבות. מה קורה כאשר יש הוראה מחייבת למעשה בלתי חוקי בעליל, כגון פקודת מטכ"ל הקובעת שלפי הוראת מפקד רשאי חייל לנסוע עד 200 קמ"ש, האם חייל שמסרב להוראה כזו, כאשר הוא נוהג ליד גן ילדים ובית-ספר בעיר, עובר עבירה? במצב מסוג זה יהיה צורך בקביעת קונסטרוקציות משפטיות כדי לקבוע שלא לכך התכוון המחוקק. הוא פשוט לא העלה על דעתו שיכולה להיות פקודה צבאית בלתי חוקית הכתובה בהוראות המחייבות בצבא. אפשר לטעון עם זאת, שהוראות הפיקוד העליון ופקודות מטכ"ל הן פקודות מפקד, כי הן תמיד ניתנו על ידי מפקד, ולכן יחולו עליהן הסעיפים האחרים אנלוגית.

מנגד, יש מקום לסברה כי סעיף 133 אינו נמצא ברשימת הסעיפים שאותם מסייג סעיף 125 מכיוון שחסרה בו מידת הספציפיות הנדרשת כדי להקים הגנת צידוק המבוססת על ציות לצו של רשות מוסמכת. אפשר ללמוד זאת במידת מה בדרך של היקש מעניין ישפלסטיק.⁴¹ באותו מקרה דובר בחברה אשר על פי פקודת החברות הייתה מחויבת לתלות שלט בכניסה למשרדה, שעה שעל פי

39 עניין אזרן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 412.

40 שיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 120-121.

41 ע"פ 178/63 ישפלסטיק בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 473, 476 (1964).

חוק העזר העירוני תולה השלט נדרש לקבל רישיון מהעירייה. החברה נתבעה על כך שתלתה שלט ללא רישיון וטענה כי קמה לה הגנת הצידוק מכוח הציות לחוק החברות. בית המשפט העליון דחה טענה זו ואמר:

ס' 19 (ב) [לחוק העונשין⁴²] פוטר מאחריות פלילית כל מי שעושה מעשה תוך כדי ציות לצו שניתן לו כדין על ידי רשות מוסמכת: כאן לא ניתן למערערת כל צו כאמור, אלא היא עשתה כל מה שעשתה על פי הוראה של החוק, אשר אינה מצריכה צו מיוחד לביצועה ומופנית לא אליה אלא לכל חברה.

נובע מכאן, לכאורה, שגם ההוראות המחייבות בצבא, בהיותן מופנות אל כלל חיילי צה"ל, אינן "צו" לעניין סייג הצידוק, ולפיכך הוראת סעיף 133 אינה יכולה לחסות בצלה של ההגנה הקבועה בסעיף 125. אך הלכה שעל פיה עקב היעדר הספציפיות לא תחול ההגנה הקבועה בסעיף 125 על הוראות סעיף 133 עלולה לעורר קשיים רבים בשגרת המשמעת הצבאית, ולכן ספק רב אם היא יכולה לעמוד בכל הנוגע ליחסים בין סעיף 133 לסעיף 125 לחש"פ. פסק דין צבאי אשר לכאורה אפשר להסיק ממנו כי אין לכלול את סעיף 133 בין הסעיפים הכלולים בהגנה של סעיף 125 הוא פסק הדין בעניין חרובי⁴³, אשר עסק בהעמדתו לדין של איש מילואים בגין "השתמטות מפעולה". כחלק מהדיון האמור נדון היחס בין פקודות הצבא הכתובות לבין חוק שירות ביטחון, ובהקשר זה אמר בית הדין:

אין אנו מתכוונים בשום פנים ואופן לומר שכשום מקרה אין להזקק להוראותיהן של פקודות הצבא הדנות בעניין גיוסים. כל עוד מתיישבות אותן הוראות עם הוראותיו של חש"ב, אז אין כל סיבה להתעלם מהן, אלא נהפוך הוא, יש להזקק להן ולילך בעקבות האמור בהן. אולם, במידה והן סותרות את הוראותיו של החש"ב, או אינן מתיישבות עימן, שאני ואזי יש להתעלם מהן ולנהוג אך ורק עפ"י הוראותיו של החוק הבסיסי והיסודי, היינו, חש"ב.

לכאורה, אפשר להרחיב את ההלכה שנקבעה בפסק הדין ולקבוע שבכל מקום שבו מתעוררת סתירה בין פקודות קבע צבאיות לבין חוק יש להתעלם מהפקודות ולנהוג רק בהתאם לחוק. אך פרשנות מרחיבה זו של פסק הדין יהיה בה כדי להתעלם מבסיס ההנמקה של פסק הדין. בקבעו את ההכרעה האמורה היה נימוקו של בית הדין נטוע ביסוד ספציפי הנוגע לחוק שירות ביטחון, ובית הדין הסביר אותו:⁴⁴

אין זה מתקבל על דעתנו שהתכוון המחוקק, ביחוד במדינה דמוקרטית כשלנו, למסור שאלה כה יסודית וקונסטיטוציונית כגיוס לשלטונות הצבא, כך שיוכלו לפי ראות עיניהם, לגייס אזרחים אף בניגוד להוראות שנקבעו למטרה זו בחוק שחוקקה הכנסת.

נראה אם כך שאין לגזור הלכה כללית הקובעת כי אין לציית לפקודות קבע צבאיות שהן בלתי חוקיות "סתם". כמו כן נראה שלא ראוי להקיש מעניין ישפלסטיק לסיטואציה צבאית; לפיכך,

42 כיום סעיף 34(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 854 (להלן: חוק העונשין).

43 4/64/ע (ערעורים צה"ל) חרובי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1964, 29, 39 (1964).

44 שם, בעמ' 38.

לדידי, יהיה ראוי לספק לחייל את ההגנה הקבועה בסעיף 125 לחש"ץ מקום שבו סירב לציית לפקודת קבע צבאית אשר הייתה בלתי חוקית בעליל, וכמו כן לספק לו את הגנת הצידוק הקבועה בחוק העונשין מקום שבו הייתה הפקודה בלתי חוקית "סתם".

סעיף נוסף אשר לא נכלל בהגנה מכוח סעיף 125 הוא סעיף 91 לחש"ץ, שבו נקבע כי אי מילוי הוראות של מפקד כלי טיס או שיט היא עברה שעונשה שנתיים מאסר – מפני שהסעיף האמור דורש ציות לפקודות חוקיות בלבד.⁴⁵

7.1.1 היסטוריה חקיקתית: היעדר דרישה לציית ל"פקודה חוקית" בלבד

על-פי חוק השיפוט הצבאי הישראלי, שלא כמו על פי החקיקה הצבאית של מרבית מערכות המשפט הצבאי האחרות במדינות המשפט המקובל, חובת הציות החלה על חייל היא חובת ציות לכל פקודה כל עוד אינה בלתי חוקית בעליל; ואילו במערכות המשפט הצבאי של מדינות משפט מקובל אחרות חלה על החייל חובה לציית רק לפקודות חוקיות.

משמעות הדבר היא כי במדינות אלו, להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה יסודות חזקים יותר של הפטר מאשר של הצדק;⁴⁶ שכן, חקיקה כזו משרדת מסר שעל פיו מערכת המשפט אינה רואה בציות לפקודה שאינה חוקית מכל סוג שהוא מעשה ראוי. לעומת זאת, הפרשנות הרווחת של סעיפי החוק בחש"ץ היא כי יש לראות בהיעדר קיומו של יסוד "חוקיות" בעברות של אי-ציות משום כוונה מצד המחוקק להטיל חובה על החייל לציית לא רק לפקודות חוקיות אלא גם לפקודות בלתי חוקיות, כל עוד אלו אינן בלתי חוקיות בעליל. למשל, בעניין שלח⁴⁷ (עונש בדמות פקודה לשמור בתדירות העולה על זו הקבועה בפקודות מטכ"ל), על אף אי-חוקיות הפקודה אמר בית הדין הצבאי לערעורים כך:

חוקיותה של פקודה או אי חוקיותה נקבעת על פי העניין המצווה לביצוע. אין מה שיצדיק חייל להשתמש מלמלא פקודה המתייחסת לחובה או לתפקיד בצבא, שייעודו לכך, אשר ניתנה לו על ידי מפקד המוסמך מכוח תפקידו. מרגיש חייל עצמו מקופח על ידי הפקודה או ההוראה שניתנה לו זכותו שמורה לו לקבול על כך בפני המפקד הממונה, מבלי שהדבר יגרע במשהו מחובתו לציית ללא כל היסוסים לפקודה כל עוד היא קיימת ולא בוטלה על ידי רשות מוסמכת. תוכר קבילתו בזמנה כמוצדקת, יהיה על המפקד ליתן את הדין.

בית המשפט העליון אמר דברים אלו אף באופן יותר נחרץ בהקשרם של עובדי ציבור בעניין

45 לדיון בסיבה ההיסטורית להבדלי הניסוח בין סעיף 91 לסעיפים 121-122 ראו חלק 7.1.1; לדיון בצורך בסעיף 91 ראו להלן חלק 7.3.3.

46 "שיקולי הפטר" – המחוקק אינו מצדיק את המעשה אך מכיר בכך שבמצב מסוים ייתכנו נסיבות אשר מחייבות להתחשב במבצע העברה; לעומת זאת, "שיקולי הצדק" – המחוקק סבור כי במצב מסוים ייתכנו נסיבות אשר הופכות את המעשה למעשה ראוי. לחלוקת השיקולים לקיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה לשיקולים מסוג הפטר ומסוג הצדק ראו: עדי פרוש ציות, אחריות והחוק הפלילי – סוגיות משפטיות בראי פילוסופי 73, 100*99 (1996).

47 עניין שלח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 347.

אטיאס⁴⁸ (עובדת עירייה אשר סירבה לעבור מתפקידה בעירייה לתפקיד אחר כיוון שלא פירטו בפניה את הסיבות להעברתה): "יש לאבחן בין חוקיות ההוראה לבין חובתו של עובד לקיימה. העובד חייב לקיים כל הוראה למעט הוראה בלתי חוקית בעליל".

נשאלת השאלה אם הגלגול ההיסטורי שעברה העברה של אי-ציות עד לעיגונה בחוק השיפוט הצבאי אכן מעיד על כך שזו הייתה כוונת המחוקק.

כיוון שהמשפט הצבאי הישראלי נסמך על המשפט הצבאי הבריטי, ומכיוון שכאמור יש במקרה דנן סתירה, לכאורה, בין עמדת המשפט הבריטי (ומשפטן של מדינות משפט מקובל אחרות) לבין עמדת המשפט הישראלי, נראה כי מן הראוי להתחיל את ניתוחו של גלגול היסטורי זה בסקירה קצרה של מקורות העברה של אי-ציות במשפט האנגלי.

במקור, קודי השיפוט הצבאי האנגליים (אשר הותקנו על ידי המלך ומפקדי צבאו וכינו "Articles of War") נסמכו במידה רבה על הקודים הצבאיים של צבאות האימפריה הרומית והושפעו מנוסחיהם של קודים מקבילים ביבשת.⁴⁹ ככלל, קודים אנגליים אלו הלכו בעקבות הקודים שמהם הושפעו וכללו חובת ציות מוחלטת (משמע, גם לפקודות בלתי חוקיות ואף בלתי חוקיות בעליל).⁵⁰

בראשית המאה השמונה-עשרה עברו חלק מסמכויות החקיקה בנושאי השיפוט הצבאי מהמלך אל הפרלמנט. בתחילה לא השפיע מעבר זה על היקף חובת הציות של החייל הבריטי למפקדיו, אך בשנת 1717 הובעה מחאה בעניין היקף חובת הציות האמורה, מחאה אשר הביעה כמה לורדים בבית הלורדים בזו הלשון:⁵¹

[T]he Commands and 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 if it be illegal, and is punishable by Law if he does, notwithstanding any such Order or Command, though from the King.

שנה לאחר מכן תוקנה החקיקה הצבאית הבריטית והוגבלה כך שהחייל יהיה חייב לציית לפקודות חוקיות בלבד.⁵² חובה זו, בהיקפה האמור, קבועה כיום ב-Armed Forces Act⁵³:

12 Disobedience to lawful commands

48 עניין אטיאס, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

49 ראו: David A. Schlueter, *The Court Martial: An Historical Survey*, 87 MIL. L. REV. 129, 131-133 (1980).

50 ראו לעניין זה: Nico Keizer, *Military Obedience* §§ 72-73 (1978).

51 ראו: 20 H.L. Jour. (1717) 430-31, available at www.british-history.ac.uk/report.asp?compid=38631.

52 לגלגולה ההיסטורי של החקיקה הצבאית האנגלית ולאחר מכן הבריטית ראו: GEORGE. B. DAVIS, A TREATISE ON THE MILITARY LAW OF THE UNITED STATES §§ 1-4, 339-34 (3rd ed. 1915).

53 Armed Forces Act, 2006, c. 52 § 12 (Eng.). כן ראו את Armed Forces Act 2011, c. 52 § 12 (Eng.) שהחליף את החוק משנת 2006 תוך שהוא מאמץ לתוכו את ההסדרים המהותיים שנקבעו בו.

- (1) *A person subject to service law commits an offence if—*
- (a) *he disobeys a lawful command; and*
 - (b) *he intends to disobey, or is reckless as to whether he disobeys, the command.*
- (2) *A person guilty of an offence under this section is liable to any punishment mentioned in the Table in section 164, but any sentence of imprisonment imposed in respect of the offence must not exceed ten years.*

גם בארצות הברית חלה על החייל חובה לציית לפקודות חוקיות בלבד. אין זה מקרה – הסיבה לכך היא שמקורה ההיסטורי של החקיקה הצבאית האמריקנית הוא בחקיקה הצבאית הבריטית. בזמן מלחמת העצמאות של ארצות הברית, לאחר הקמת צבא ארצות הברית, אימץ הקונגרס הקונטיננטלי⁵⁴ ב-1775 את ה-Articles of War הבריטיים בשינויים קלים. היו לכך כמה סיבות: דוחק השעה לא אפשר לבצע מלאכת חקיקה מקיפה יותר; כמו כן, חלק נכבד מהחיילים בצבא ארצות הברית שירתו בעבר בצבא בריטניה והכירו את החקיקה האמורה, ולכן היה נוח לאמצה כבסיס החוקי של הצבא החדש שהוקם. שנה לאחר מכן הוכנו Articles of War אמריקניים מקוריים, אך הם התבססו בעיקר על החקיקה מ-1775, כך שבפועל שועתקו העברות הצבאיות הבריטיות בשינויים קלים. את ההעתקה מהדין הבריטי אפשר לזהות, בין השאר, בעברות של אי-ציית.⁵⁵ כיום מעוגנת החובה לציית לפקודות חוקיות ב-Uniform Code of Military Justice⁵⁶:

90. Assaulting or wilfully disobeying superior commissioned officer.

Any person subject to this chapter who-

- (1) ...
- (2) *wilfully disobeys a lawful command of his superior commissioned officer; shall be punished, if the offence is committed in time of war, by death or such other punishment as a court-martial may direct, and if the offence is committed at any other time, by such punishment, other than death, as a court-martial may direct.*

נראה כי גם אוסטרליה וקנדה הלכו בעקבות הדין הצבאי הבריטי. כך, למשל, נקבע באוסטרליה ב-Defense Force Discipline Act 1982⁵⁷:

54 הרשות המחוקקת של המושבות האמריקניות ולאחר מכן של ארצות הברית, עד לקבלת החוקה.
 55 לתיאור ההיסטוריה של חקיקת השיפוט הצבאית האמריקנית ומקורותיה הבריטיים ראו DAVIS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 342-343. ההיסטוריה של הסעיף המורה על אי-ציית לפקודה חוקית ושל מקורותיו הבריטיים מתוארת בעמ' 378-379.
 56 UCMJ, art. 90, available at usmilitary.about.com/od/punitivearticles/a/mcm90.htm
 עברות אי-ציית נוספות קיימות בסעיפים 91 ו-92 לחוק.
 57 Defense Force Discipline Act 1982 (Cth) s 27 (Austl.) (להלן: Discipline Act, Austl.)

27. Disobedience of command

- (1) *A defense member who disobeys a lawful command given to the member by a superior officer is guilty of an offence for which the maximum punishment is imprisonment for 2 years.*
- (2) ...

ובקנדה נקבע ב-National Defense Act 1985⁵⁸ כך:

83. Disobedience of lawful command

Every person who disobeys a lawful command of a superior officer is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for life or to less punishment.

ובתקנות המלכה החלות על הצבא הקנדי נקבע כך:⁵⁹

19.015 — LAWFUL COMMANDS AND ORDERS

Every officer and non-commissioned member shall obey lawful commands and orders of a superior officer.

בישראל, עם קום המדינה, כמענה מהיר לצורך הדחוף בבסיס משפטי לשיפוט צבאי, אומצה בחקיקת החירום חוקת השיפוט של ארגון "ההגנה". מכיוון שארגון ההגנה היה ארגון וולונטרי ללא סמכויות אכיפה שלטוניות, אין לתמוה כי חובות הציות בו לא כללו יסוד של "חוקיות", וכך הן גם אומצו בחופזה בחקיקת החירום ב-1948.⁶⁰

כך נקבע בתקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח), התש"ח-1948:⁶¹

סעיף 79. כל חיל שלא מלא הוראה או פקודה – כפי שניתנה לו – בין אם לו במיוחד, או ביחד עם אחרים או בצורה כוללת אחרת – ע"י מפקדו או כל רשות מוסמכת לתת הוראה או פקודה, ועבירתו – בגלל מסבותיה או משום סיבה אחרת – אינה מהווה עבירה חמורה יותר, יואשם באי מלוי פקודה ואם הנהו מפקד או ממלא תפקיד יהיה צפוי לעונש של הורדה ממלוי תפקיד בלי הורדה בדרגה, ואם הנהו טוראי – יהיה צפוי לעונש של הפקעת משכורת או קנס כספי עד רבע ממשכורתו של הנידון ולא יותר מאשר לתקופת חצי

ראו גם סעיפים 28 ו-29 לחוק.

National Defense Act, R.S.C. 1985, c. N-5, art. 83 (Can.), available at laws.justice.gc.ca/en/n-5/text.html 58

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, art. 19.015, available at www.admfincs.forces.gc.ca/qro-orf/vol-01/chapter-chapitre-019-eng.asp#cha-019-015 59

לדיון קצר בהיסטוריה של דיני השיפוט הצבאי בישראל ראו: "יובל לשיפוט הצבאי – מושב שני: התפתחות חוק השיפוט הצבאי" משפט וצבא יד 53, 56-55 (2000). 60

תקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח), התש"ח-1948, ע"ר תוס' ב', 105, 118 (להלן: חוקת השיפוט). 61

שנה; ואם היה בשירות שעת חירום והנהו מפקד – יהיה צפוי לעונש של הורדה בדרגה או שלילתה, ואם הנהו טוראי – יהיה צפוי לעונש של מעצר מחנה מלא עד חודש ימים.

...

סעיף 83. כל חיל אשר בצורה המראה התכחשות לסמכות או זלזול בה בזדון – טרב למלא הוראה או פקודה שניתנה לו – בין אם לו במיוחד, או ביחד עם אחרים או בצורה כוללת אחרת – ע"י מפקדו או כל רשות מוסמכת לתת הוראה או פקודה, ועבירתו – בגלל מסבותיה או משום סיבה אחרת – אינה מהווה עבירה חמורה יותר, יואשם בסירוב למלא פקודה ואם הנהו מפקד – יהיה צפוי לעונש של הורדה בדרגה או שלילתה, ואם הנהו טוראי – יהיה צפוי לעונש של מעצר מחנה מלא עד חודש ימים; ואם היה בשירות שעת חירום – יהיה צפוי לעונש מאסר עד שנה.

בד בבד, בישיבה שנערכה בספטמבר 1948 ונכחו בה, בין השאר, ראש הממשלה דוד בן גוריון, הרמטכ"ל יעקב דורי והפרקליט הצבאי הראשי הראשון אהרן חטריישי, הוחלט לאמץ חקיקת שיפוט צבאית בעלת מאפיינים בריטיים. חטריישי ניסח בהתאם את הצעת חוק השיפוט הצבאי התש"ט-1949, אשר כללה את חובות הציות הללו:⁶²

סעיף 24. עבירות ביחס לאוניות ומטוסים

...

(ג) (1) חייל בכל דרגה שהיא שהיה באוניה או במטוס ולא מילא אחרי הוראותיו החוקיות של מפקד האוניה או המטוס בכל עניין הנוגע לנהיגתו בטחונו ולמשטר הפנימי בו, דינו – כלא עד שתי שנים.

(2) בסעיף קטן זה "מפקד" פירושו אדם הממונה על האוניה או המטוס בין שהוא חייל ובין שאינו חייל.

...

סעיף 37. אי ציות

חייל שהמרה, תוך זלזול במרות, פקודה חוקית שנתנה לו באופן אישי על ידי מפקד מוסמך לתיתה שעה שהמפקד שימש בתפקיד, דינו – מאסר עד חמש שנים.

חייל שהמרה פקודה חוקית שניתנה לו על ידי מפקד מוסמך לתיתה, או מטעם אותו מפקד, דינו – אם נעברה העבירה בשירות חירום – כלא עד שתי שנים, ואם שלא בשירות חירום – כלא עד שנה אחת.

בהצעת החוק האמורה נכללה חובה לציית לפקודות חוקיות בלבד, ככל הנראה כיוון שעתה היו לצבא מאפיינים ריבוניים ובעקבות המשפט הבריטי. הצעת חוק זו ננטשה בשלב מסוים בדיוני הכנסת, אך משנת 1948 ועד שהתקבל החש"ץ בשנת 1955 היא שימשה בסיס לשינויים שונים

שנעשו בחוקת השיפוט. כך, למשל, בחוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (מס' 2), התשי"ג - 1953⁶³ הוספה עברה של "הפרת משמעת במטוס או באונייה" ובה דרישה לציית לפקודות חוקיות בלבד, שלא כמו בעברות הציות הכלליות ומבלי שדברי ההסבר כללו התייחסות להבדלים אלה.

עקב חלוף הזמן מקום המדינה ועד לאימוצו של חוק השיפוט הצבאי, ככל הנראה, התרגלה מערכת המשפט לנוסחים שהיו קבועים בחוקת השיפוט, ולכן הצעת חוק השיפוט הצבאי אשר הכנסת אישרה לבסוף לא כללה את יסוד ה"חוקיות" בעברות הציות הרגילות, ולעומת זאת כללה אותו בעברות ה"משמעת באונייה או על מטוס"⁶⁴. נראה שוועדת המשנה לוועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק השיפוט הצבאי (להלן: ועדת החש"ץ), אשר הכינה את הצעת חוק השיפוט הצבאי שאישרה הכנסת, העתיקה פשוט את נוסחי חוקת השיפוט, מכיוון שעיון בפרוטוקולים של דיוני הוועדה לא העלה כל דיון בשאלת קיומו או היעדרו של יסוד "חוקיות הפקודה".

אם כך, נראה כי ההנחה הרווחת בפסיקה הישראלית – כי היעדרו של יסוד חוקיות מפורש בעברות הציות הרגילות נובע מכוונה מושכלת של המחוקק, שעל פיה יהיה על החייל לציית גם לפקודות בלתי חוקיות (כל עוד אלו אינן בלתי חוקיות בעליל) – היא הנחה אשר אין לה על מה לסמוך.

7.2 סייג הצידוק בחוק העונשין והדמיון בינו לבין ההסדר בסעיף 125 לחש"ץ

חייל העובר עברה תוך כדי ציות לפקודה יזכה להגנת הצידוק על פי סעיף 34ג(2) לחוק העונשין:

לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

...

(ב) עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, וזולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין.

נשאלת השאלה אם המונח "בעליל" שבסעיף 34ג(2) לחוק העונשין הוא מונח מקביל למונח "ברור וגלוי", המופיע בסעיף 125 לחש"ץ.

אנקר סבור כי יש מקום לשוני בפרשנותם של שני המונחים,⁶⁵ אך ספק אם גישה זו מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית של הסעיפים הללו. מן התרגום הרשמי של פקודת החוק הפלילי 1936⁶⁶ עולה כי בסעיף 19(ב), העוסק בהגנת הצידוק, תורגם המונח האנגלי "Manifestly Unlawful" ל"ברור וגלוי הדבר שהצו הוא בלתי חוקי", ולכן כאשר נחקק החש"ץ אומץ נוסח דומה אל סעיף

63 ראו את נוסח החוק כאן: www.nevo.co.il/law_html/Law14/LAW-0123.pdf; ראו גם הצעת חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח) (תיקון מס' 2), התשי"ג:1953, ה"ח 147, 149, 153.

64 הצעת חוק השיפוט הצבאי, התשי"ד:1954, ה"ח 203, 154, 156, 165*166.

65 עמדת אנקר, כפי שהובעה בסימפוזיון: "הגנת הצידוק בשל ציות לפקודות בלתי חוקיות – תקציר סימפוזיון", משפטים כ 591, 597 (תש"ן-תשנ"א).

66 פקודת החוק הפלילי 1936, ע"ר 1936, 236 (להלן: פח"פ או פקודת החוק הפלילי).

125. אפשר ללמוד על כך מפרוטוקול הדיונים של ועדת החש"ץ:⁶⁷

סעיף 119

אל"מ זוהר (הפצ"ר) – "סעיף זה הוא העתק של סעיף 19 של חוק השיפוט הפלילי".

...

הוחלט

לקבל את סעיף 119 כפי שהוא [סעיף 119 להצעה הוא סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי; בסעיף 19 ל"חוק השיפוט הפלילי" הכוונה היא לסעיף 19 לפקודת החוק הפלילי – ז"ב].

לדעת השופטים בפרשת כפר קאסם,⁶⁸ התרגום האמור לא היה "מדויק די צורכו" ולכן הם תרגמו את המונח האנגלי ל"בלתי חוקי בעליל". עקב חשיבותו של פסק הדין, נראה כי בעת חקיקת חוק העונשין אומץ אליה המונח אשר שימש את השופטים בפסק הדין, אך החש"ץ לא תוקן בהתאם. לכן בפועל נראה כי מדובר בתרגומים שונים של אותו מונח מפקודת החוק הפלילי המנדטורית.

מכל מקום, על פי הפסיקה הצבאית, יש לפרש את המונחים "ברור וגלוי" ו"בעליל" כמונחים זהים: בכל מקום שהחייל פטור מחובת ציות לפי סעיף 125 לחש"ץ לא תעמוד לו הגנה לפי סעיף 34ג(2) לחוק העונשין, ולהפך.

כך, למשל, פסק בית הדין הצבאי לערעורים בעניין בן-ארצי⁶⁹ (סירוב להתחיל מטעמי מצפון; גורמי הצבא דחו את הטענות ובג"ץ אישר את החלטתם). סנגורו של הנאשם טען כי קיים שוני בין ההגנה שמעניק סעיף 125 לחש"ץ לבין זו שמעניק סעיף 34ג(2) לחוק העונשין. כך, לטענתו, יכול חייל שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בכל עת ש"ברור וגלוי" לו כי הפקודה אינה חוקית. לעומת זאת, אם ציית לפקודה ועקב כך עבר עברה, תקום לו הגנת הצידוק שבחוק העונשין אלא אם הפקודה לוקה בפגם חוקי ומוסרי חמור ההופך אותה לבלתי חוקית בעליל. לגופו של מקרה טען הסנגור כי מכיוון שהחייל ידע שהוועדה שגתה בקביעתה כי הוא אינו זכאי לפטור משירות, היה לו ברור וגלוי כי פקודת החייל הייתה בלתי חוקית, ולפיכך אי אפשר להעמידו לדין.

בית הדין דחה את טענת הסנגור:

את טענת הסניגור – כי הפקודה שניתנה למערער פוגעת בזכותו, כסרבן מצפון, לפטור משירות צבאי ועל כן 'ברור וגלוי', שהיא בלתי חוקית, במידה המקנה זכות לסרב לה – יש לדחות. ההבחנה המקובלת, מני שנות דור, הינה בין פקודה חוקית הניתנת לחייל לבין זו שהינה בלתי חוקית בעליל. רק חייל המקבל את האחרונה חייב לסרב לה [...] את יתר הפקודות, גם אלו שאינן חוקיות, שומה על החייל המקבלן לבצען. עמדת הסניגור – לפיה, חייל חייב לסרב לפקודה בלתי חוקית בעליל אך רשאי לסרב לפקודה, שעל פי

67 פרוטוקול ישיבה מס' 16/ד של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק השיפוט הצבאי, הכנסת ה-7 (12.02.1955).

68 עניין מלינגה, לעיל ה"ש 6; ולאחריו עניין עופה, לעיל ה"ש 14, פס' 59.

69 ראו הערעור בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 34, פס' 47.

הבנתו הינה בלתי חוקית – עומדת בניגוד מוחלט לדין הנוהג. סעיף 125 פורש בפסיקה רבת שנים כמתניחם לפקודה בלתי חוקית בעליל, זו 'שברור וגלוי', שהינה בלתי חוקית בעליל.

יש לציין כי בקביעתו זו הלך בית הדין לערעורים אחרי פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי;⁷⁰ גם שם דחה בית הדין טענה זו של הסנגור, בצינו כי פרשנות נכונה של החוק מחייבת לראות במונח "ברור וגלוי" ובמונח "בעליל" מונחים נרדפים.

גם בעניין מטר⁷¹ נטענה ונדחתה טענה זו. שם דובר ב"סרבנים סלקטיביים" אשר נשפטו בגין סירוב להתחיל. הנאשמים טענו כי פקודה המורה להם להתגייס לצבא "כובש" היא פקודה הפוגעת בזכותם לחופש מצפון, ולפיכך אינה חוקית באופן ברור וגלוי אף אם אינה בלתי חוקית בעליל. כאמור, בית דין הצבאי מטכ"ל דחה את טענתם, קבע כי קיימת זהות בין המונחים "ברור וגלוי" ו"בלתי חוקי בעליל" ולגופו של מקרה בחן את הפקודה לגייסם לאור מבחני פסקת ההגבלה וקבע כי מדובר בפקודה חוקית.

בעניין מנוס⁷² קבעה השופטת בייניש כי ככל שהדבר נוגע לצבא, אין כל הבדל בין היעדר החוקיות המאפשר שלא לציית לפקודה, לבין היעדר חוקיות אשר מסיר את ההגנה מפני העמדה לדין פלילי. באותו מקרה, יחידת הסמים באשדוד שבה עבד המערער אוחדה עם אגף המכס. המערער טען כי מכיוון שיחידת הסמים הוקמה בהחלטת ממשלה, גם ביטולה צריך להיעשות באותה דרך, ולפיכך האיחוד אינו חוקי. עקב כך סירב המערער לציית להוראות ממוניו החדשים. המערער טען כי עבור עובד מדינה, הרמה המאפשרת שלא לציית היא רמה של "ברור וגלוי" ולא של היעדר חוקיות "בעליל". לדעתו, רמה זו נמוכה יותר, ולפיכך יכול עובד מדינה שלא לציית לפקודות בלתי חוקיות אף אם לא מתנוסס מעליהן "דגל שחור". השופטת הייתה מוכנה לקבל את טענת המערער ולקבוע כי היא נכונה עבור עובדי מדינה, אך קבעה כי בכל הנוגע לחיילי צה"ל לא כך הדבר.

בעניין מיכאלי⁷³ (ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה) עולה מדבריו של השופט רובינשטיין כי הוא חולק על קביעתה של השופטת בייניש וסבור כי יש דמיון רב במשמעות המונחים "בעליל" ו"ברור וגלוי" גם כשהדבר נוגע לעובדי מדינה. כך אמר השופט:

השופטת בייניש הוסיפה [...] כי במקום אחר דיבר הנשיא שמגר על רף גבוה יותר, של "הוראה בלתי חוקית בעליל" (ער"ם 2/87 עיריית אשדוד נ' אטיאס, פ"ד מא(4) 322, 325). אך נכונה היא להציב את הרף ב"הוראה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי", ולהניח "כי הרף לעניין זה עשוי בנסיבות מסוימות להיות נמוך מהרף בהוראה בלתי חוקית בעליל".

אוסף, כי "הוראה בלתי חוקית בעליל" אכן נתפסת כהנחת אי חוקיות חדה במיוחד, אך דומני כי "בעליל" פירושו הבסיסי אינו רחוק מ"ברור וגלוי"; מלן אבן שושן (מה' 9) מגדיר בעליל "בפועל, באופן ממשי, בגלוי, ללא ספק וללא טשטוש", ומביא מדברי המשנה (ראש

70 ראו פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 33.

71 מט/151/03 (צבאי מטכ"ל) התובע הצבאי נ' מטר (לא פורסם, 4.1.2004).

72 עש"ם 318/04 מנוס נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נח(3) 470 (2004).

73 עניין מיכאלי, לעיל ה"ש 26, פס' ז(1).

השנה א', ה') לעניין קידוש החודש "בין שנראה (הירח) בעליל, בין שלא נראה בעליל...". וכפי שמפרש הרב פ' קהתי, "בעליל – בבירור ובגלוי". ראו גם מלון גור – "בעליל – ברור, גלוי, בבהירות, בפרהסיה, נראה לעיניים" (ומובאת אותה דוגמה מן המשנה).

אם כן, המונחים בסעיף 125 לחש"ץ וסעיף 34ג(2) לחוק העונשין הם, ככלל, מונחים נרדפים, והסעיפים האמורים הם חלקים המשלימים הסדר נורמטיבי אחד. להסדר זה התייחס בית הדין בעניין אזרו ("טרטורים" בקורס טיס):⁷⁴

המחוקק מצא לנכון ליתן הגנה למבצע פקודה בלתי חוקית, שכן סבר כי דרך המלך שבין הצורך להשיג משמעת בצה"ל, לבין עקרון החוקיות והצורך לחייב את כולם לציית לחוק, היא לקבוע חובת ציות לפקודה חוקית ובלתי חוקית, וחובת סירוב לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל (ס' 34ג(2) לחוק העונשין וסעיפים 17 ו-125 לחש"ץ). הגנת הציוד, שבחוק העונשין ו'ס' 125 לחש"ץ, אינה אלא נוסחת האיזונים שבין עקרון החוקיות, לבין צרכי המשמעת המיוחדים של הצבא.

עד כה נדונה הזהות שבין המונח "בעליל" בחוק העונשין לבין המונח "ברור וגלוי" בחוק השיפוט הצבאי. עם זאת, חשוב להדגיש כי אף שעל פי ההיסטוריה של החקיקה ועל פי הדעה הרווחת בפסיקה המונחים נרדפים זה לזה, ובפועל שניהם תרגום של המונח האנגלי "Manifestly", הימצאותם בדברי חקיקה שונים יוצרת סביבה נורמטיבית שונה המשפיעה במידת מה על משמעותם של כל מונח. בשונות זו בין הסעיפים דן פרוש בספרו:⁷⁵

חשוב להבחין בהקשר הזה בין שני סוגים שונים של פקודות בלתי חוקיות. בדיונים שהתקיימו סביב המושג פקודה בלתי חוקית בעליל לא הייתה בדרך כלל התייחסות להבחנה זו. אך נראה לי שהיא חשובה ביותר. ניתן לומר על אדם שהוא נותן פקודה בלתי חוקית כאשר המעשה שהוא דורש לעשות הוא מעשה שהחוק אוסר לעשותו ("מעשה" אני מתכוון כאן גם למחדל). וניתן לומר על אדם שהוא נותן פקודה בלתי חוקית כאשר אין לו, לפי חוק, סמכות לתת את הפקודה שנתן. לכאורה, בכל מקרה שאדם נותן פקודה שאין לו סמכות לתיתה, הוא נותן פקודה לעשות מעשה שאסור לעשות. אך זאת טעות. גם אם נכון שבכל פקודה לעשות מעשה בלתי-חוקי יש חריגה מסמכות, אין זה נכון שבכל פקודה החורגת מסמכות יש דרישה לעשות מעשה בלתי-חוקי. ניטול לדוגמה קצין בכיר הנותן לחייל הכפוף לו פקודה לסייע לו בכל שבת בעבודות פרטיות שהוא עושה בשיפוץ ביתו הפרטי. אם החייל מציית לפקודה זו ועושה מה שהקצין תובע ממנו, אין הוא עושה מעשה בלתי-חוקי – החוק אינו אוסר עליו לסייע לקצין שלו בשעות הפנאי. עם זאת ברור שהקצין חרג במתן הפקודה מהסמכות שהעניק לו החוק, ומבחינה זו ניתן לומר, כי הפקודה שנתן היא פקודה בלתי-חוקית. אין להניח שהעוקף הטמון בהוראה שבסעיף 34 לחוק העונשין מכון כלפי פקודות בלתי-חוקיות מסוגה של פקודה זו. שהרי סעיף זה בא לתחם את גבולות אחריותו הפלילית של אדם למעשה שעשה בציותו לפקודה [...] כאשר עוברים להוראה שבסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, המצב הוא שונה, שהרי

74 עניין אזרו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

75 פרוש, לעיל ה"ש 46, 70'69.

הוראה זו באה לתחום את גבולות המשמעת של החייל; ניתן לטעון שכאשר ברור וגלוי שהמפקד חורג מסמכותו בפקודה מסויימת [...] אין להרשיע חייל שלא ביצע את הפקודה בעבירת משמעת גם אם לא כללה הפקודה דרישה לעשות מעשה בלתי-חוקי. ייתכן איפוא שההוראה בסעיף 125 מתייחסת גם לפקודות שחוסר חוקיותן נובע מהעובדה שיש בהן חריגה מסמכות.

אם כך, קיים פער בין שתי ההגנות – זו שבסעיף 125 לחש"ץ וזו שבסעיף 34יג(2) לחוק העונשין – מקום שהפקודה ניתנה בחריגה מסמכות אך היא אינה מובילה את החייל לבצע מעשה בלתי חוקי. זוהי פקודה בלתי חוקית במובנו של סעיף 125 לחש"ץ, ולפיכך לעתים יהיה החייל המסרב מוגן מפני אחריות פלילית בגין הסירוב לפקודה; ולעומת זאת, אין זו פקודה בלתי חוקית במובנו של סעיף 34יג, והחייל כלל לא יידרש להיזקק להגנתו אם יבחר לקיים את הפקודה.

מצב אחר המצביע על הפער בין שתי ההגנות נוגע לפקודה המובילה לביצוע עברה אשר הניזוק העיקרי ממנה הוא החייל עצמו. למצב זה התייחס המלומד האמריקני רובינסון. לדידו, אף במדינות שאין בחוק הפלילי שלהן הגנה בגין עברה שבוצעה בשל ציות לפקודה, יש לסייג זאת כך שתינתן לחייל הגנה אם ציית לפקודה בלתי חוקית ונדרש לשם כך להפר באופן חמור את זכויותיו, דוגמת פקודה לרוץ עירום או פקודה להשתמש בסמים בניגוד לרצון החייל. לדעתו, אף במדינות הללו אין להעמיד לדין את החייל המציית במקרים האמורים בגין התערטלות או שימוש בסמים.⁷⁶ אם נאמץ את המלצתו של רובינסון לדין בארץ – משמעותה תהיה כי לעניין סעיף 125 יוכל חייל לסרב לציית לפקודות כאלו, מכיוון ש"ברור וגלוי" כי פקודה הכופה על חייל להתערטל או לקחת סמים ללא הצדק כדין היא פקודה בלתי חוקית; אולם אם החייל עבר את העברה – עדיין לא יהיה אפשר להרשיעו בדין, כיוון שלדידו של רובינסון, ראוי כי הפקודה לעבור את העברה לא תיחשב ל"בלתי חוקית בעליל".

חשוב להזכיר גם הבדל מרכזי נוסף בין ההסדר הקיים בסעיף 125 לחש"ץ לבין זה הקיים בסעיף 34יג(2) לחוק העונשין – ההסדר בחש"ץ חל רק על חיילים, ואילו ההסדר בחוק העונשין חל גם על בעלי תפקידים נוספים, אשר כחלק מתפקידם הממלכתי חלה עליהם חובת ציות.⁷⁷ כמו כן, הסדר זה חל גם על אזרחים, במקרים שבהם הדין מטיל עליהם חובת ציות בנסיבות ספציפיות, דוגמת החובות השונות המוטלות על אזרחים, בנסיבות רבות, לציית להוראות שוטרים,⁷⁸ ודוגמת חובות ציות נוספות הפזורות בדין, כגון ההסדר הקבוע בסעיפים 13(ב-ה) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982:

(ב) ראש הממשלה, בהתייעצות עם השר, לפי בקשת שר הביטחון, השר לביטחון הפנים, שירות הביטחון הכללי או המוסד למודיעין ותפקידים מיוחדים, אשר ניתנה משיקולים של ביטחון המדינה או שלום הציבור, ולאחר שנתן לבעל הרשיון הזדמנות להשמיע את טענותיו, ובשים לב לנסיבות הענין, גם לשיקולים המפורטים בסעיף 4(כ) ולהשפעת

76 PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES § 211, n.10 (1984 & Supp. 2003)

77 ראו דיון בכך להלן, בחלק 16.

78 ראו למשל סעיף 23 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1128, 1425.

ההוראה על בעל הרשיון ועל ציבור מנויו, רשאי לתת הוראה לבעל רשיון, בדרך כלל או לענין מסוים, בענינים אלה:

(1) מתן שירות בזק לכוחות הביטחון, כפי שיקבע בהוראה, והאופן והדרכים למתן שירות בזק כאמור;

(2) התקנת מיתקן, ביצוע פעולת בזק, או ביצוע התאמה טכנולוגית למיתקן בזק, בידי בעל הרשיון או בידי נציג כוחות הביטחון בסיוע בעל הרשיון, לרבות מתן גישה למיתקן, ככל שהדבר דרוש לצורך ביצוע תפקידיהם של כוחות הביטחון או להפעלת סמכויותיהם לפי כל דין;

(3) קיום הוראות שירות הביטחון הכללי או משטרת ישראל, בענין סיווג ביטחוני של נושאי משרה מסוימים החשופים למידע מסווג, או של בעלי תפקידים מסוימים, או בענין שמירת סוד, אבטחת מידע או אבטחת ציוד ומיתקנים אצל בעל הרשיון; הוראות פסקה זו באות להוסיף על הוראות סעיף 74 וצווים לפיו.

(ג) התשלום בעד מתן שירותים או עשיית פעולות כאמור בסעיף קטן (ב)(1) או (2) ייקבע בהסכמה בין כוחות הביטחון הנוגעים בענין לבין בעל הרשיון, בהתבסס על החזר הוצאות סבירות ובשים לב למחיר הקיים בעבור השירות או הפעולה, אם קיים; באין הסכמה כאמור ייקבע התשלום בידי מי שמינה היועץ המשפטי לממשלה, על דעת הצדדים ככל שהדבר ניתן, ובהתחשב בצורך בשמירת סודיות.

(ד) מידע הנוגע להוראה שניתנה על ידי ראש הממשלה לפי סעיף זה חסוי, וגילוי או פרסומו אסורים, אלא אם כן ניתן לכך אישור בכתב מאת נציג כוחות הביטחון.

(ה) במילוי הוראה לפי סעיף זה לא יישא בעל רשיון או מי מעובדיו באחריות פלילית או אזרחית לכל מעשה שעשה במילוי הוראה כאמור, אלא בנסיבות שבהן היה עובד המדינה נושא באחריות למעשה [ההדגשה הוספה].

חובת ציות נוספת מצויה בהסדר הקיים בסעיפים 9 ו-10 ו-15 לחוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (פיקוח על כלי שיט) [נוסח משולב], התשל"ג-1973:

9. (א) היה לקברניט כלי שיט, לרבות כלי שיט שחלות עליו הוראות תקנה 7(ג), יסוד סביר להניח כי אדם עשה בכלי השיט, או עומד לעשות בו, מעשה המסכן או העשוי לסכן את בטחון כלי השיט או את בטחון בני האדם או הרכוש שבו, ואין כלי השיט נמצא אותה שעה בנמל ישראלי – רשאי הקברניט לנקוט אמצעי בטחון סבירים הדרושים, לדעתו, לרבות מעצר וחפוש, כדי להגן על בטחון כלי השיט ועל בטחון בני האדם או הרכוש שבו.

(ב) הסמכויות הנתונות לקברניט כלי שיט בתקנת משנה (א) נתונות לו גם אם נראה לו שהשימוש בהן דרוש כדי למנוע כניסתו של אדם לכלי השיט שלא כדין או בריחתו ממשמורת חוקית בכלי השיט.

(ג) הוראות תקנה זו יחולו רק על כלי שיט צבאי המפליג במימי החופין של ישראל; לענין זה, "כלי שיט צבאי" – כהגדרתו בחוק הספנות (עבירות נגד ביטחון השיט הבינלאומי

ומיתקנים ימיים), התשס"ח-2008 [משמע, כלי שיט של צבא הגנה לישראל או כלי שיט המסור לשליטתו של אדם בשירות צבא הגנה לישראל, המופקד עליו].

10. בנקיטת אמצעי בטחון חייב כל איש צוות לסייע לקברניט לפי דרישתו ולפעול לפי הוראות מחייבות אחרות, לרבות הוראות קבע, תוך ציות להוראות הקברניט.

...

15. בעל כלי שיט, קברניט או איש צוות לא ישאו באחריות פלילית או אזרחית על מעשה שנעשה לגבי אדם פלוני בהתאם לאמור בתקנות 9, 10, 12 ו-13 [הדגשות הוספו].

דוגמה נוספת היא ההסדר הקבוע בסעיף 4 לפקודת הסחורות הנטרפות ודמי-הצלה:⁷⁹

חובתו של העוזר למקבל כשספינה נתונה במצוקה

4. (1) כל מקום שנטרפה ספינה או שעלתה על שרטון או שנמצאה במצוקה במימי ישראל חייב העוזר למקבל, מיד כשנודע לו הדבר, לגשת אל המקום ובהגיעו לשם יקבל בידו את הפיקוד על כל האנשים המצויים שם ויטיל על כל אדם את התפקיד אשר יישר בעיניו להטילו ויתן את ההוראות אשר ימצא לנכון לתת לצורך שמירתה של הספינה ושמירת חייהם של האנשים השייכים לה (הקרויים בפקודה זו "אנשים טרופי-אניה") ושמירת מטענה ותחמושתה של הספינה:

בתנאי שאסור לו לעוזר למקבל להתערב בענין הנהלת הספינה ביחסים שבין רב החובל לבין העובדים בה אלא אם כן נתבקש לכך ע"י רב החובל.

(2) כל הממרה ביודעין את הוראות העוזר של המקבל יאשם בעבירה ויהא צפוי לקנס בסכום חמישים לירות [ההדגשה הוספה].

7.3 הצעות לתיקוני חקיקה בהסדר הסטוטורי

בעת סקירת ההסדר הסטוטורי עלה בבירור כי כיוון שהליך החקיקה של הסדר זה מקוטע ונמשך שנים, עם הזמן התפתחו בו אנומליות שונות; אלה ירוכזו להלן ויוצעו הסדרים לתיקונן:

א. הכפילות הקיימת בין סעיף 122 ו-123 לחש"ץ לאור חקיקת סעיף 90א לחוק העונשין;

ב. היעדרו של סעיף 133 לחש"ץ בהגנה הקבועה בסעיף 125 לחש"ץ;

ג. שאלת הצורך בסעיף 91 לחש"ץ;

ה. שאלת ההבדל במינוח בין סעיף 125 לחש"ץ לסעיף 34ג(2) לחוק העונשין.

7.3.1 הכפילות בין סעיפים 122 ו-123 לחש"ץ

בסעיף 122 לחוק השיפוט הצבאי נקבע כך:

122. סירוב לקיים פקודה

חייל שבמזיד לא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד תוך מילוי תפקידו או שסירב לקיימה בין בדיבור ובין בהתנהגות, דינו – מאסר שלוש שנים; עבר את העבירה תוך פעולה קרבית של יחידתו, דינו – מאסר חמש עשרה שנה.

בסעיף 123 לחוק השיפוט הצבאי נקבע כך:

123. אי-קיום פקודה

חייל שלא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד, דינו – מאסר שנתיים; עבר את העבירה תוך פעולה קרבית של יחידתו, דינו – מאסר עשר שנים.

אם כן, סעיף 122 כולל שתי חלופות, אשר בהתקיים אחת מהן התכוון המחוקק כי העונש המרבי שאפשר יהיה להשית על עבריין בגין אי-קיום פקודה יעלה מהשנתיים הקבועות בסעיף 123 (ובנסיונות קרביות עשר שנים) לשלוש שנים (ובנסיונות קרביות חמש-עשרה שנים): חלופה אחת מתקיימת אם במקום "רק" לא לקיים את הפקודה החייל לא קיים אותה במזיד; חלופה שנייה מתקיימת אם במקום "רק" לא לקיים את הפקודה סירב החייל לבצעה.

נסיבה נוספת הקיימת בסעיף 122 אך אינה קיימת בסעיף 123 היא נסיבת ה"תוך מילוי תפקידו"; משמע, בשונה מההסדר הקבוע בסעיף 122, לשם הרשעה בהפרה של סעיף 123, אין צורך להוכיח כי החייל קיבל את הפקודה בעת מילוי תפקידו הצבאי.⁸⁰

לגבי החלופה השנייה של סעיף 122 – סירוב לקיים פקודה, בפועל נדמה כי הפסיקה טשטשה את ההבדל בינה לבין העברה לפי סעיף 123. בעניין ישי,⁸¹ שעסק בחייל שלא קיים את פקודת מפקדו בטענה שרגליו כואבות, קבע בית הדין כי יסוד ה"במזיד" אינו חל על החלופה השנייה.⁸² בית הדין הוסיף וקבע כי השוני בין חלופת הסירוב לבין סעיף 123 נעוץ בכך שעל פי סעיף 123, אי-קיום הפקודה יכול להיות גם מחמת שגגה, שכחה או התרשלות. אך נראה כי פסיקה זו אינה יכולה לעמוד כיוון שהתרשלות מוסדרת בסעיף 124 לחש"ץ וכיוון שעל פי סעיף 20(ג) לחוק העונשין, "מחשבה פלילית" כוללת גם עצימת עיניים. יתר על כן, הפרשנות שניתנה למונח "סירוב" באותו פסק דין יש בה גם כדי לטשטש את ההבדל בין המונחים – מכיוון שבית הדין קבע שם כי סירוב כולל גם אי-הסכמה שאינה מלווה ביסודות שליליים של "מרי", "התכחשות", "רשעות" או "זלזול".

ניתן היה לטעון כי נותר שוני בין החלופה השנייה של סעיף 122 לבין סעיף 123, מכיוון שאי-קיום פקודה הוא עבירה תוצאתית הדורשת כי בסופו של יום התוצאה תהיה שהחייל לא ביצע את הפקודה ואילו סירוב לפקודה יכול להתקיים גם אם בסופו של דבר התרצה החייל וההין לקיים את

80 לעניין זה ראו: צבי הדר דיני צבא 166 (1960).

81 ע/133/60 (ערעורים צה"ל) ישי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1960, 383 (1960).

82 הדר (לעיל ה"ש 80) סבור אחרת:

האם הכוונה לסתם חייל או לחייל במזיד, או הכוונה לסתם פקודה או לפקודה של מפקד בעת מילוי תפקידו? במילה 'סירוב' נכלל כנראה האלמנט של הזדון. המונח 'סירב' בא במקום 'במזיד לא קיים'.

הפקודה, כפי שמציין הדר: 83 "במקרה של האלטרנטיבה השנייה אין חשיבות לשאלה אם החייל קיים או לא קיים לבסוף את הפקודה, המומנט הקובע הוא זה של הסירוב."

אך גם הבדל זה טושטש במידה רבה על ידי הפסיקה; בעניין אליעד⁸⁴ נקבע כי אם נדרש מפקד לחזור על פקודתו כמה פעמים, ואם ממועד מתן הפקודה לראשונה חלף זמן רב יותר ממשיך הזמן שבו ניתן לצפות כי הפקודה תמולא – יש לראות בחייל שלא קיים את הפקודה לאחר קבלתה בפעם הראשונה כמי שעבר עברה של אי-קיום פקודה לפי סעיף 123. פסק דין זה מטשטש את ההבדל בין העברות מכיוון שכלל, אם חייל יסרב לבצע פקודה, יחזור המפקד על פקודתו יותר מפעם אחת (ויתרה מזו – הוא נדרש לעשות כן על פי הפסיקה⁸⁵). לכן, התוצאה הנובעת מכך היא שהמקרים היחידים שבהם תחול עברה של סירוב לקיים פקודה ולא תחול העברה של אי-קיום פקודה הם המקרים הנדירים שבהם החייל יסרב לציית לפקודה רק לזמן קצר שבו לא יספיק המפקד לחזור על פקודתו. ספק אם במקרים אלו ראוי להעמיד לדין את החייל בגין העברה החמורה ביותר מבין עברות האי-צינות לפקודה, ונראה שבמקרים אלו יהיה יותר להעמידו לדין בגין פגיעה במשמעת לפי סעיף 132 לחש"צ.

לעניין החלופה הראשונה של סעיף 122, חלופת ה"במידה" – בסעיף 90א(1) לחוק העונשין⁸⁶ בוטל היסוד הנפשי של "במידה" והומר ליסוד נפשי של מודעות. כך נקבע בסעיף:

90א. פרשנות הדין בדבר היסוד הנפשי שבעבירה

בכל מקום בחקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, 15 (בפרק זה – חוק העונשין תיקון מס' 39), ושבו היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח –

(1) "זדון" או "מוזיד" – יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה – מודעות כאמור בסעיף 20(א) רישא, ולעניין תוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה – גם פזיזות;

משמע, לאחר חקיקת סעיף 90א(1) היסוד הנפשי בשתי העברות זהה – מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות; לאור פסק הדין בעניין ישי גם טיב המעשה הוא כמעט זהה, והנסיבה היחידה שנותרת שונה היא נסיבת ה"תוך מילוי תפקידו" (ובמידה מצומצמת מאוד גם שאלת התוצאה). ספק אם ההבדלים הקטנים שנותרו בין העברות היו בראש מעייניו של המחוקק בעת שקבע את הבדלי הענישה בין סעיף 123 לסעיף 122. אפשר אף להקצין ולומר, באופן ציורי יותר, כי לאור פסק הדין בעניין ישי, פסק הדין בעניין אליעד וחקיקת סעיף 90א(1) לחוק העונשין, נותרו בחש"צ שתי

83 שם, בעמ' 167.

84 ערעורים צה"ל אליעד נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1960, 183 (1960).

85 כך אמר בית הדין בערעורים צה"ל אליהו נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 85, 89 (1950):

נראה לנו כי מחובתו של מפקד להביע תמיד את פקודותיו והוראותיו בצורה ברורה ומשכנעת ואף לדאוג לכך שהחייל יתפוס את תוכנו ויבין את כוונתו די הצורך. מן הראוי גם אחר זאת כשהחייל מהסס משום מה, להתרות בו על התוצאות הצפויות לו על אי הציות ולתת לו את ההזדמנות למלא את הפקודה.

86 סעיף זה הוסף כחלק מחוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחוק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה:1995, ס"ח 391.

עברות אשר יש ביניהן כמעט רק הבדל יחיד – העונש.

את המצב האמור ניתן לפתור בשתי דרכים: האחת – פירוש העבירות האמורות באופן אשר ייצור בידול בין, והאחרת – היא ביטול סעיף 122.

קל ליצור בידול בין החלופה השנייה של סעיף 122 לבין סעיף 123, באמצעות סטייה מההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין ישי וקביעה כי כדי שהתנהגות של החייל תיחשב "סירוב" נדרש כי אי-קיום הפקודה ילווה ביסודות שליליים מוחצנים. כמו כן, נראה שהדבר ידרוש גם סטייה מההלכה שנקבעה בעניין אליעה, כך שאם קיים החייל את הפקודה בסופו של דבר – לא יהיה אפשר להעמידו לדין בגין אי-קיום פקודה. במבט ראשון נראה כי שינוי הלכה זו עלול ליצור קושי מסוים במקרים שבהם סירובו של החייל יהיה ממושך אך לא יכלול יסודות שליליים ויסתיים בקיום הפקודה. במקרה כזה, אם יסטו מהלכת אליעה, יהיה אפשר להעמיד את החייל לדין בגין פגיעה במשמעת בלבד. אך בפועל, אם התנהגות החייל לא תכלול יסודות שליליים ובסופו של דבר הוא יציית לפקודה – הקושי שייוצר עקב הסטייה מהלכת אליעד לא יהיה רב, ולכן סביר כי הוא יועמד לדין בגין העברה הקלה ביותר מבין עברות האי-ציות.

כדי לבדל בין החלופה הראשונה של סעיף 122 לבין סעיף 123 אפשר להיעזר בפסק הדין שניתן בעניין ברק.⁸⁷ באותו עניין הועמד לדין חייל אשר לא קיים את הוראת מפקד מחלקתו לשמש מ"כ בצוות מרגמות, שמתפקידיו היה לאבטח יחידת סיוע, בטענה כי הפקודה לא הייתה חוקית. בית הדין קבע כי "זדון" בסעיף 122 אין פירושו "כוונה" אלא פירושו פעולה מחפירה – חוסר תום לב. אפשר לטעון כי פרשנות זו למונח "זדון" הופכת אותו לנסיבה התנהגותית שהיא חלק מהיסוד העובדתי ומוציאה אותו מגדר היסוד נפשי; ואם כך הדבר, הרי לא חל התנאי הקבוע בסעיף 90א(1), שלפיו המרת המונח "זדון" במונח "כוונה פלילית" תיעשה כשמדובר בחיקוק שחוקק לפני תיקון 39 לחוק העונשין⁸⁸ ובו "היסוד הנפשי שבעבירה בא לידי ביטוי במונח – 'זדון'" [ההדגשה הוספה]. פרשנות כזו, שאינה רואה במונח "זדון" יסוד נפשי אלא רואה בו נסיבה התנהגותית, תהיה מנוגדת לעמדתו של הדר. לדבריו, "האלמנט הנוסף – 'במזיד' מתייחס למצב הנפשי של עובר העבירה. נראה שעל הזדון להתייחס לכל האלמנטים הפיזיים של העבירה".⁸⁹

נראה כי הפתרון הראוי יותר הוא ביטול העברה של סירוב לפקודה (סעיף 122) והשארתה על כנה של עברת אי-קיום הפקודה בלבד, מכמה סיבות: ראשית, נדמה כי פרשנות כאמור למונח "זדון" נסמכת על בסיס רעוע למדי, כיוון שדברי בית הדין נאמרו שנים רבות לפני השינויים שנעשו בדיני העונשין בעקבות תיקון 39. שנית, במציאות, השוני בין "סירוב" ל"אי-קיום" אינו גדול, ובהיעדר יסוד נפשי מאבחן בין העברות נראה כי מידה רבה של מאמץ פרשני-משפטי תושקע לשווא בניסיונות לקבוע מתי התנהגותו של אדם היא סירוב ומתי רק אי-קיום. שלישית, מכיוון שממילא בתי הדין אינם מגיעים כמעט לעולם לעונש המרבי האפשרי אפילו בעברת אי-קיום פקודה (שהוא כאמור 10 שנים אם העברה בוצעה בעת פעולה קרבית), נראה שלא ייפגע האינטרס הציבורי מכך

87 ע/73/57 (ערעורים צה"ל) ברק נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1957, 52 (1957).

88 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).

89 ראו הדר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 166.

שלאחר ביטול העברה של סירוב לפקודה לא יהיה אפשר עוד לדון אדם לעונש המרבי הקבוע בגינה (שהוא, כאמור, 15 שנה בעת פעולה קרבית).

7.3.2 היעדרו של סעיף 133 מההגנה הקבועה בסעיף 125

כאמור לעיל,⁹⁰ סעיף 133 לחש"ץ, העוסק באי קיום הוראות מחייבות הצבא, אינו כלול ברשימת הסעיפים אשר לפי סעיף 125 חייל לא יעמוד לדין בגינם אם ברור וגלוי שההוראה שניתנה לו ואשר סירב לקיימה אינה חוקית. עוד נאמר לעיל כי אמנם קיימת פסיקה שעליה ניתן לבסס הצדקה לאי-כלילת סעיף 133 בסעיפים המפורטים בסעיף 125, אולם נראה כי זו לא נבעה מהשיקולים אשר הובאו בפסקי דין אלו, אלא, ככל הנראה, מהנחת המחוקק כי פקודה כתובה אינה יכולה להיות בלתי חוקית באופן ברור וגלוי.

אם יתבדה המחוקק ובעתיד יתברר כי ניתנה פקודת קבע צבאית שהיא בלתי חוקית בעליל, ראוי, לדידך, כי חייל שסירב לציית לה יזכה להגנה מפני העמדה לדין. תיקון החוק באופן האמור אף יתאים לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אזרין⁹¹ ("טרטורים" בקורס טיס); בהגדירו "צו של רשות מוסמכת" לצורך סעיף 34ג(4) לחוק העונשין ציין שם בית הדין כך: "צו של רשות מוסמכת שחייל חייב לפי הדין לציית לה, פירושו בצבא, פקודה של מפקד שהחייל חייב לציית לו מכוח ס' 122, 123 ו-124 וככל הנראה, גם מכוח ס' 133 לחש"ץ".

7.3.3 שאלת הצורך בסעיף 91

בסעיף 91 נקבע כי חייל שלא ציית להוראה חוקית של אחראי על כלי שיט או כלי טיס עובר עברה שעונשה שנתיים, אף אם האחראי על הכלי אינו גבוה בדרגתו מהחייל ואף אם האחראי כלל אינו חייל אלא אזרח. כאמור לעיל,⁹² עברה זו הוכנסה לדין הישראלי לראשונה בחוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח) (מס' 2), תשי"ג-1953, מתוך מטרה להוסיף לחוקת השיפוט "מספר עבירות הנוגעות לחיל האוויר ולחיל הים, ואשר אין להן זכר בחוקה הקיימת".⁹³ בסעיף זה נדרש ציות להוראות חוקיות בלבד, וכפי שנדון לעיל – השוני בין דרישה זו לבין הדרישה הקבועה בשאר עבירות הציות אינו תוצאה של כוונה יתרה מצד המחוקק.

יתרונה של העברה האמורה בכך שהיא מטילה חובה מפורשת על חייל לציית להוראות חוקיות של אחראי על כלי שיט או טיס אף אם הוא אזרח – ובלבד שהן חוקיות.

אך נראה כי חסרונותיה של עברה זו עולים על יתרונותיה: ראשית, נשאלת השאלה מדוע לא נקבעה בסעיף חובת ציות זהה מקום שבו מדובר באחראי על כלי רכב יבשתי – והרי במרבית המקרים נדרש החייל להישמע להוראות האחראי אף אם הלה הוא אזרח בכלי רכב יבשתי דווקא. שנית, במידה רבה עברה זו אינה מתאימה לצבא הישראלי, שבו חילות היבשה, האוויר והים הם זרועות

90 בחלק 7.1.

91 עניין אזרין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 412.

92 בחלק 7.1.1.

93 ראו הצעת החוק, לעיל ה"ש 63.

באותו כוח מזוין. נראה כי עברה זו מתאימה יותר למדינות שבהן קיימת הפרדה בין כוחות היבשה לכוחות האוויר והים, ולפיכך יש צורך לחייב את החייל בכוחות היבשה לציית לאחראי הנסיעה כשהוא מועבר ממקום למקום על ידי כוחות האוויר והים, שהם, כאמור, מבחינה משפטית, חלק מכוח מזוין אחר של אותה מדינה. שלישית, רוב המקרים שבהם יועבר חייל ממקום למקום בעזרת כלי שיט או טיס הם מקרים של פעילות מבצעית, אך באופן מוחזק, ושלא כמו בסעיפים 122-123, כאן לא מופיעה פעולה קרבית כנסיבה מתמירה.

נראה כי הדרך הראויה לאמץ את יתרונות סעיף 91 ולהתמודד עם חסרונותיו היא ביטול העברה האמורה ותיקון הגדרת המפקד בחש"ץ. כיום מוגדר בחש"ץ מפקד כך: "מפקד", לגבי כל מי שחוק זה חל עליו – הגבוה ממנו בדרגה, לרבות מי שלפי פקודות הצבא או לפי הנוהג בצבא רשאי לתת לו פקודה אף אם איננו גבוה ממנו בדרגה". אף בנוסחה כיום, בפירוש נכון, יכולה הגדרה זו לכלול חובת ציות לאזרח האחראי על כלי רכב צבאי, אך למען הסר ספק ניתן להוסיף סיפה בנוסח: "ואף אם אינו חייל" או לחלופין בנוסח ממוקד יותר: "וכן אזרח האחראי על כלי תחבורה צבאי". תוספות אלו יקנו את יתרונות של סעיף 91 ללא הקשיים הנלווים אליו. נוסף על כך, בדרך זו תינתן לאזרח האחראי על כלי רכב צבאי אותה הגנה שמקנה חוק השיפוט הצבאי למפקד בקבעו עברות אשר נועדו להרתיע חייל מלנהוג באופן שאינו ראוי כלפי מפקדו (למשל, במקרים המתאימים יהיה אפשר להעמיד לדין את החייל בגין עברת אלימות כלפי מפקד) – הגנה שאינה מוענקת לאזרחים במצב המשפטי כיום.

7.3.4 השוני במינוח בין סעיף 125 לחש"ץ לסעיף 34ג(2) לחוק העונשין

בסעיף 125 נקבע כי לא ניתן להעמיד לדין חייל בגין הפרתם של סעיפים 122-124 לחש"ץ אם "ברור וגלוי" שהפקודה אינה חוקית. סעיף 34ג(2) לחוק העונשין מעניק הגנה לחייל שעבר עברה עקב ציות לפקודה בלתי חוקית כל עוד לא הייתה הפקודה "בלתי חוקית בעליל". כפי שנדון לעיל,⁹⁴ הסיבה להבדל הלשוני בין הסעיפים היא היסטורית בלבד ולפי הפרשנות הנפוצה מדובר במונחים זהים, תרגומים שונים למונח האנגלי "manifestly unlawful".

בספרות המחקר⁹⁵ ומפי סנגורים שונים⁹⁶ נשמעה הטענה כי משמעותם של המונחים אינה זהה. אולם המשמעות של הכרה בהבדל בין המונחים היא כי קיימות פקודות לא חוקיות אשר חייל אינו חייב לציית להן, אך לא יועמד לדין אם יעבור עברה עקב הציות להן. הכרה בטווח כזה, כפי שתידון להלן,⁹⁷ עלולה לפגוע פגיעה אנושה במשמעת הצבאית, שכן תהפוך את החייל לפוסק האחרון בשאלה אם לציית לפקודה אם לאו. עקב כך דחו עד כה בתי הדין הצבאיים את הטענה כי קיים הבדל בין המונחים. אך בבית המשפט עליון (בעניין מנוס⁹⁸), כבר עלתה נכונות מרומזת להכיר בהבדל בין המונחים ככל שהדבר נוגע לעובדי מדינה. סדק ראשון זה בהלכה הקובעת כי מדובר

94 בחלק 7.2.

95 ראו, למשל, את עמדתו של אגף לעיל ה"ש 65, בעמ' 597.

96 ראו למשל ה"ש 33, 34 ו-71 לעיל.

97 ראו להלן בחלק 13.7.

98 עניין מנוס, לעיל ה"ש 72.

במונחים זהים עלול להוביל בעתיד להכרה כזו גם לגבי חיילים, ולפיכך נראה כי מן הראוי להקדים תרופה למכה ולתקן את החש"ץ באופן שייצור זהות במונחים שבשני הסעיפים.

7.3.5 סיכום – ההסדר הראוי בנוגע לעברות אי-ציות

לאור האמור לעיל, נראה כי ההסדר הראוי לעברות אי-ציות בחוק השיפוט הצבאי, צריך להיות כדלהלן:

סעיף 91 – יבוטל.

סעיף 123 – יבוטל.

סעיף 122 – יישאר בנוסחו כיום.

סעיף 124 – יישאר בנוסחו כיום.

סעיף 133 – יישאר בנוסחו כיום.

סעיף 125 יתוקן כך:

אין חובה לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל

לא יישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 124, 122 ו-133 אם הפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית בעליל.

סעיף 1 – הגדרת מפקד תתוקן כך:

"מפקד" – לגבי כל מי שחוק זה חל עליו – הגבוה ממנו בדרגה, לרבות מי שלפי פקודות הצבא או לפי הנוהג בצבא רשאי לתת לו פקודה אף אם איננו גבוה ממנו בדרגה ואף אם אינו חייל.

7.4 הוכחת קיומה של הגנת הצידוק – שש שאלות

הדיון בסייג הצידוק מעורר שש שאלות:

- א. על מי מוטלים נטל ההוכחה ונטל השכנוע בקיומו של סייג הצידוק עקב ציות לפקודה ובקיומו של הסייג הקבוע בסעיף 125 לחש"ץ?
- ב. האם ההוראה ניתנה מטעם רשות מוסמכת ("מפקד")?
- ג. האם ההוראה מופנית באופן ספציפי אל החייל ורלוונטית למעשיו?
- ד. האם ההוראה מחייבת ציות (דהיינו, האם מדובר ב"פקודה")?
- ה. האם פקודה זו הייתה בלתי חוקית?
- ו. האם אי-חוקיותה היא אי-חוקיות "בעליל"?

בית הדין הצבאי של פיקוד הצפון התייחס לרוב השאלות הללו בעניין צורף,⁹⁹ שעסק בפקודה שניתנה לנהג אמבולנס צבאי לנהוג בניגוד לכללי הבטיחות כדי להגיע במהירות המרבית למקום האירוע שאליו נקרא:

הפרמטרים הנבדקים בדיון בהגנת הצידוק הינם בין היתר סמכות נותן ההוראה, האם מדובר בפקודה המחייבת ציות, האם פקודה זו הינה בלתי חוקית והאם אי החוקיות אינה מגעת כדי אי חוקיות ב"עליל".

שלבי בחינה אלו יידונו כסדרם בפרקים הבאים.

8. נטל ההוכחה ונטל השכנוע

סוגיית הנטלים עברה תהליכי שינוי והבהרה כחלק מתיקון 39 לחוק העונשין. מבחינת סייג הצידוק, המצב לאחר תיקון 39 אינו שונה מאוד מן המצב לפניו, מכיוון שכפי שיוצג להלן, גם קודם לתיקון 39 רבץ נטל ההוכחה על כתפי הנאשם, ואילו נטל השכנוע בדבר איתחולת ההגנה רבץ על כתפי התביעה.

תחילה נבחין בין נטל ההוכחה הראשוני לבין נטל השכנוע הסופי; לאחר מכן נבחן כיצד שני אלה משתלבים יחדיו.

סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 יוצר חזקה לעניין שאלת קיומו של סייג לאחריות הפלילית:

34. נטל ההוכחה

מלבד אם נאמר בחקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.

חזקה זו אינה חזקה חלוטה, אך היא מטילה את נטל ההוכחה הראשוני בדבר קיומו של הסייג על הנאשם. התייחס לסוגיה זו בית המשפט הצבאי ביהודה בעניין סאלם.¹⁰⁰ שם הועמד הנאשם לדין, בין השאר, בגין סחר בציוד מלחמתי, העברת כספי אויב לאזור והעברתם לאחר ללא היתר. הנאשם טען כי קמה לו הגנת צידוק מפני שביצע את הדברים בהוראת הרשות הפלסטינית. בית המשפט דחה את הטענה, הן מכיוון שהנאשם לא הצליח לבסס אותה והן מפני שעל פי ההסכמים עם ישראל, הרשות לא הייתה מוסמכת להורות או לאשר מעשים כאמור. בהקשר לנטל ההוכחה אמר בית המשפט: "טענותיו של הסניגור שקמה לנאשם הגנה בדין הפלסטיני לא הוכחה [כך במקור] על ידו. כידוע הנטל על הוכחתה של הגנה במשפט הפלילי מוטל על ההגנה".¹⁰¹

כיוון שמדובר בחזקה שבחוק, אפשר היה לסבור כי הנטל על הנאשם יהיה ברמה של מאזן הסתברויות; אך קביעה כזו מתעלמת מנוסחו של סעיף 34 ככח לחוק העונשין:

34כב. נפקותו של ספק

(א) ...

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

לכאורה, יש בשני הסעיפים האמורים משום סתירה; אך כפי שציין קדמי, זוהי סתירה לכאורה בלבד:¹⁰²

לכאורה, אפוא, יש וההוראות שבסעיפים 34 ו-34כב(ב) סותרות האחת את רעותה;

100 תיק (יהודה) 3887/02 (צבאי איו"ש) התובע הצבאי נ' סאלם, פס' 21(ג) (פורסם בנוב, 24.8.2004).

101 בהמשך פסק דינו דרש השופט מן הנאשם להרים את הנטל האמור ברמה של "מעבר למאזן הסתברויות" – כפי שיובהר להלן, כיום, לאחר תיקון 39 די אם בפועל יציג הנאשם ראיות אשר יהיה בהן כדי לעורר ספק סביר כי קמה לו הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

102 יעקב קדמי על הדין בפלילים – הדין בראי הפסיקה חלק ראשון 465 (מהדורה מעודכנת, 2004).

הראשונה – קובעת חזקה שבחוק, שאינה מותירה לנאשם את ההנאה מן הספק בדבר קיומו של סייג לאחריות פלילית; והשנייה – קובעת במפורש כי מקום שנתר ספק בעניין זה יחול הסייג.

ברם, זוהי סתירה לכאורה בלבד, כאשר למעשה שתי ההוראות 'משלימות' האחת את רעותה. ההוראה שבסעיף 34 הינה הוראה ראייתית הקובעת את סדרי הוכחת קיומה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג: לחובת הנאשם עומדת 'חזקה' שבחוק והתביעה אינה נושאת בנטל הראייה לעניין העברה של התשתית הדרושה ליישומו של הסייג. בעוד שההוראה שבסעיף 34(ב) הינה הוראה מהותית, הנגזרת מחזקת החפות וחוזרת – מכוחה של חזקה זו – על הכלל הבסיסי לפיו: הנאשם נהנה מן הספק ככל הקשור ל'פליליות' המעשה המיוחס לו; כאשר הוא נושא בנטל הראייה בדבר קיומו של הספק.

תוצאת השילוב בין הוראות אלו, כפי שמסביר קדמי, היא כדלהלן:¹⁰³

בהתנגשות שבין הכלל הגדול, לפיו חייבת התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם במידה של למעלה מספק סביר, לבין הכלל הנוהג בדיני הראיות, לפיו נושא הנאשם בנטל השכנוע לעניין סתירתה של חזקה שבחוק – יד הכלל הגדול על העליונה.

ההוראה שבסעיף 34(ב) מכפיפה, אפוא – לעניין יישומם של ה'סייגים' – את ההלכה הפסוקה במישור הראיות – לפיה נושא הנאשם בחובת השכנוע לעניין סתירתה של חזקה שבחוק – לכלל הבסיסי לפיו התביעה חייבת להוכיח את אשמתו של הנאשם במידה שלמעלה מספק סביר. מכאן ואילך, ככל שמדובר ב'סייג' [...] יהנה הנאשם מן הספק שמא נתקיימו התנאים ליישומו של אותו סייג, על אף קיומה של החזקה שבסעיף 34. במצב דברים זה, נושאת, למעשה, התביעה בנטל השכנוע, שלא נתקיימו התנאים הקבועים בדין ליישומו של 'סייג'; ועל דרך החיוב – התביעה נושאת בנטל השכנוע בדבר פליליות המעשה המיוחס לנאשם. ברם חובת התביעה בהקשר זה היא חובה 'רדומה', כמובן זה שאין היא קמה אלא אם יש בראיות שבאו בפני בית המשפט – ושברדרך כלל תוגשנה על-ידי הנאשם על מנת ליהנות מן הסייג – כדי להקים ספק בהקשר זה; שרק אז – חובתה של התביעה היא לסלקו, שסילוקו הינו תנאי לפליליות מעשה העברה המיוחס לנאשם.

על התביעה אפוא: לקיים 'מעקב' אחר 'עמדתו' של הנאשם בהקשר זה, ככל שהיא מסתמנת במהלך הבאת הראיות; ולהקפיד 'להפריך' כל ספק בדבר קיומן של נסיבות המקימות בסיס ליישומו של 'סייג' – מן הסייגים הקבועים בחוק העונשין – לפליליות מעשה העבירה, דהיינו, לאחריותו הפלילית של הנאשם.

מוסיף קדמי ואומר:¹⁰⁴

על פי ההלכה הפסוקה שלפני התיקון: התביעה נשאה בנטל השכנוע שלא נתקיימו התנאים להחלת הגנת הציוד; ובמקום שנתר בהקשר זה ספק – הנאשם נהנה מן ההגנה.

103 שם, בעמ' 466-467.

104 שם, בעמ' 553-554.

נראה כי לנוכח הוראותיהם של הסעיפים 34 ו-34כב(ב) – לא יחול שינוי בעניין זה: הנאשם נושא, עקרונית, בנטל סתירתה של החזקה הקבועה בסעיף 34 לתיקון; אך במקום שנתר ספק – הנאשם יהנה הימנו וסייג הצידוק יחול לגביו, כמתחייב מן האמור בסעיף 34כב(ב).

הלכה למעשה מוטלת, אפוא, על הנאשם חובת הראיה לקיומה של תשתית המקימה ספק; כאשר במקום שחומר הראיה שבא בפני בית-המשפט מותר ספק בדבר קיומו של הסייג – הסייג יחול.

מעיון בפסיקה שקדמה לתיקון 39 (ונראה שעדיין תקפה היום) עולה כי לא די שהנאשם יטען טענה פורמלית בדבר קיום הסייג, אלא עליו להציג ראיות כאמור.

אפשר ללמוד על כך מעניין הוניגנמן.¹⁰⁵ באותו מקרה הואשם המשיב בעברות על פי החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, התש"ו-1950¹⁰⁶ (בחוק זה טענות הסייג משמשות להקלה בעונש). המשיב לא הצליח להביא לבית המשפט את העדים, אשר יכולים היו לטענתו להעיד על קיומם של סייגים במשפט הפלילי בעניינו, וביקש להגיש את עדותם בכתב. בית המשפט דחה בקשה זו, מכיוון שהגשת העדויות בכתב לא הייתה מאפשרת לתביעה לחקור את העדים ובכך לנסות להסיר את הספק בדבר התקיימותו של סייג. לפיכך קבע בית המשפט כי אף שהמשיב טען לקיומו של סייג, אין בחומר הראיות די כדי לעורר ספק בנושא ולהטיל על התביעה נטל להסירו.

אם הצליח הנאשם לספק ראיות אשר יש בהן הוכחה ראשונית בדבר קיומו של ספק סביר כי המעשים נעשו מתוך ציות לפקודה, מוטל על התביעה הנטל לשכנע כי לא התקיימו יסודות סייג הצידוק עקב ציות לפקודה.

אם לא הצליחה התביעה לעמוד בנטל השכנוע האמור, יהיה די באותו ספק סביר כי המעשה נעשה מתוך ציות לפקודה כדי לגרום לזיכוי של הנאשם. כפי שציין בית המשפט העליון, עוד קודם לתיקון 39, בהערת אגב בעניין בן-ישבת: "חובת ההוכחה הסופית, בדבר שלילת טענת הצידוק, מוטלת על הקטגוריה".¹⁰⁷ וכך אמר בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכזי בעניין מלינקי (פסק הדין בפרשת כפר קאסם): "ההלכה שתשמש לרגלינו בהערכת ההוכחות בקשר להגנה זאת היא כי ספק סביר של צידוק – כצידוק יראה".¹⁰⁸

כיוון שהכלל כי ספק סביר פועל לטובת הנאשם הוא הכלל המהותי, ואילו החזקה כי העברות בוצעו בתנאים שבהם לא היה סייג היא תנאי ראייתי בלבד, נראה כי גם מקום שבו הנאשם לא סיפק בעצמו ראיות כי המעשה נעשה מתוך ציות לפקודה אך הצליח לבסס ספק סביר כאמור על סמך ראיות שהציגה התביעה, יהיה בכך די כדי לזכותו. אפשר ללמוד זאת גם מקביעת בית המשפט עוד לפני התיקון לחוק, בעניין גולד (לגבי הגנת הצידוק "תוך כדי ביצוע החוק", כפי

105 ע"פ 22/52 הוניגמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 296 (1953).

106 ס"ח 218 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם).

107 ע"פ 315/66 בן-ישבת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כא(1) 197, 211 (1967).

108 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 208.

שהייתה קבועה אז בפח"פ)¹⁰⁹:

הכלל הרגיל החל בכל משפט פלילי הוא, כי הנאשם הנהו בחזקת זכאי, וכי על התביעה להוכיח את אשמתו בעבירה, המיוחסת לו, במידה הנעלה מכל ספק מתקבל על הדעת. כלל זה חל, לדעתנו, גם במקום שנאשם, במשפט רצח או הריגה, טוען טענת צידוק לפי סעיף 19 (א) לפקודת החוק הפלילי, 1936 [...] נכון הדבר, כי אם לא קיימת בחומר העדות כל אחיזה לאותה טענה של צידוק, לא תהא הקטגוריה חייבת לסתרה. ואולם, אם הצליח הנאשם להצביע על עדות, בין אם זו מצויה בחומר הראיות שהובא על-ידי הקטגוריה, ובין בחומר הראיות המוגש על-ידי הסנגוריה, אשר יש בה, באותה עדות, כדי לעורר ספק מתקבל על הדעת בדבר אמיתות טענתו הנ"ל, אזי לא תצא הקטגוריה ידי חובתה, כל עוד לא הסירה ספק זה.

מקרה שבו לבטח כלל לא יוטל על הנאשם כל נטל שכנוע, ולו ראשוני, לספק ראיות לקיומו של ספק סביר כי המעשה נעשה מתוך ציות לפקודה, הוא כשמדובר בעברה אשר רכיב מרכיביה הוא הרכיב "שלא כדין", כפי שהתייחס לכך פלר לפני תיקון 39:¹¹⁰

אולם, בכל זאת, מתבקשת הבהרה מיוחדת בנוגע לנטל ההוכחה של סייג הצידוק, כשמדובר בקבוצת העבירות אשר הנתון 'שלא כדין' מהווה דרישה חיונית להתהוותן, בהתאם להגדרתן הנורמטיבית. לגבי עבירה מקבוצה זו, שומה על התביעה להוכיח, מלכתחילה, כי המעשה נעשה בניגוד לתנאים בהם הדין חייב או הסמיך את העושה לעשותו. בכך, פטור העושה אף מן הדרישה להעלות את הטענה של צידוק, שכן היעדר הצידוק הוא רכיב חיוני להתהוות העבירה, ומבלי להוכיחו אין התביעה יכולה להוכיח את העבירה על כל המבנה שלה. אך זאת, כאמור, רק לגבי העבירות שמוטלות במפורש, בהגדרתן הנורמטיבית, ברכיב 'שלא כדין'.

אפשר להמחיש את השוני שעליו מדבר פלר באמצעות פסקי הדין בעניין חדיד ובעניין ג'ורנו.¹¹¹ בשני המקרים הועמדו הנאשמים לדין בגין חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין – עברה הכוללת את הרכיב "שלא כדין". הנאשמים כלל לא טענו להגנת הצידוק, אולם בשני המקרים קבע בית המשפט כי זו עולה מן הראיות ולכן העביר את הנטל אל התביעה, ומשוו לא עמדה בנטל זוכו הנאשמים.

בעניין חדיד הנאשם, שוטר מג"ב במחנה הפליטים בחאן-יונס, וכמה שוטרי מג"ב נוספים נסעו ברכב אל מחנה הפליטים כדי לסייע למפקדם, אשר נתקע עם רכבו במחנה. רכב שנסע לפניהם ניסה לעכבם; הם הודיעו לו לפנות את הדרך אך הוא לא נענה. שוטרי מג"ב חשדו במכונית ולכן ניסו לעקפה ותוך כדי כך ירה הנאשם כדורי גומי לעבר הרכב; מן הירי נפצע אדם והתעוור בעינו השמאלית. בית המשפט דן בסוגיית נטלי ההוכחה בהגנת הצידוק וציין כי הנטל לטעון טענה זו לראשונה מוטל על ההגנה; במקרה זה ההגנה כלל לא טענה במפורש כי קמה לנאשם הגנת

109 ע"פ 57/53 גולד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(2) 1128, 1140-1141 (1953).

110 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, 501 (1987).

111 ת"פ (מחוזי באר-שבע) 76/90 מדינת ישראל נ' חדיד, תק"מח (2) 91, 713, ות"פ (מחוזי באר-שבע) 63/91 מדינת ישראל נ' ג'ורנו, תק"מח (2) 92, 693, 700.

הצידוק ועל כך נזף בה בית המשפט. אף שהטענה לא נטענה במפורש, קבע בית המשפט כי מחומר הראיות עולה חשד כי התקיימה הגנת צידוק, ולכן עובר נטל השכנוע לתביעה להוכיח כי לא התקיימה הגנה זו. עוד הוסיף בית המשפט וקבע כי אם התביעה לא שללה את טענת הצידוק, משמעות הדבר היא שלא הובאו הוכחות לכך שהנאשם פעל בניגוד לנוהלי הירי במג"ב (משמע, לכך שהוא פעל "שלא כדין"). כיוון שהרכיב "שלא כדין" הוא חלק מרכיבי העברה בה הואשם חדיד – לא הוכחו כל רכיבי העברה, ולכן זיכה השופט את הנאשם מחמת הספק.

בעניין ג'ורנו הנאשם, שוטר מג"ב, נותר לאחר מרדף לבדו בסמטה עם שני מפרי סדר, ולטענתו ניסו אלה לחטוף את נשקו. הנאשם דקר את מפרי הסדר בסכינו הפרטי ועל כך הועמד לדין. בית המשפט ציין שהצדדים כלל לא העלו את טענת הצידוק, אולם מצא שהיא עולה מהראיות, וכך קבע:

המאשימה לא הביאה ולו שמץ ראיה לענין ההוראות החלות על הנאשם בנסיבות הנדונות, לענין השימוש בכח. לכן סבור אני שהמאשימה לא עמדה בעול השכנוע המוטל עליה להוכיח קיום יסוד זה בעבירה, לפחות נותר ספק אם היה 'צידוק' למעשהו של הנאשם, הפועל לטובת הנאשם, ולכן יש לזכות הנאשם מביצוע עבירה בניגוד לסעיף 333 לחוק העונשין תשל"ז-1977.

נשאלת השאלה אם עניין הספק הסביר מתעורר גם בקשר לשאלה אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל (בין בעברה שאין בה רכיב "שלא כדין" ובין בעברה שיש בה רכיב "שלא כדין"). לדידי, מכיוון שגם לאחר תיקון 39 ההכרעה בשאלה אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל היא הכרעה שיפוטית,¹¹² לעניין זה הספק לא יסייע לנאשם.

לסוגיה זו התייחס קדמי במהדורה של ספרו שקדמה לתיקון 39: "וידוגש שוב: השאלה אם פקודה הינה 'בלתי חוקית בעליל' – הינה שאלה של חוק; לכן, הספק שממנו זכאי הנאשם ליהנות בהקשר זה צריך שיתייחס ל'עובדות'".¹¹³ לעומת זאת, במהדורת ספרו שיצאה לאחר תיקון 39, ההתייחסות לסוגיית הספק הוחסרה, וזאת למרות שגם במהדורה האמורה ציין קדמי כי "השאלה אם פקודה הינה 'בלתי חוקית בעליל' הינה שאלה של חוק";¹¹⁴ ולמרות, שלעניין השפעת התיקון על הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, כתב קדמי באופן כללי: "על פני הדברים נראה, שאין בהוראה החדשה בהקשר זה – על אף השוני הלשוני – משום שינוי ביחס לקודמתה".¹¹⁵

לדידי, לא היה צורך להחסיר את ההתייחסות האמורה לסוגיית הספק מן המהדורה החדשה. כיוון שמבחינה מהותית, גם לאחר תיקון 39, שאלת היעדר החוקיות בעליל נותרה "שאלה של חוק" (או במילים אחרות שאלה הדרשת הכרעה שיפוטית), עניין הספק הסביר אינו מתעורר בהקשר זה, שכן הוא נוגע לשאלות עובדתיות בלבד.

112 ראו דיון בכך להלן, בחלק 15.1.

113 "קדמי על הדין בפלילים – הדין בראי הפסיקה חלק ראשון, 245 (1994).

114 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 458 – בהתייחסו להלכה שלפני התיקון.

115 שם, בעמ' 552; ראו גם ה"ש 217 שבה הוא אומר כי "לעניין המשמעות – נראה כי ההלכה לפני כניסת התיקון לתוקף נשארת בעינה" ומפנה לחלק בספרו הדין בהלכה שלפני התיקון.

לעניין סעיף 125 לחש"ץ – לכאורה, שאלת נטל ההוכחה צריכה להיות תלויה בקביעה אם סעיף זה הוא "סייג" או "הגנה". כפי שציין קדמי:¹¹⁶

בכל הקשור לנטל ההוכחה: "סייג" – ואין זה משנה אם הוא נמנה בין ה"סייגים" המנויים בחוק העונשין או שמא קבוע בדבר חקיקה אחר – כפוף בהקשר זה להוראות הסעיפים 34 ו-34כב(ב), באופן שדי לנאשם להקים ספק שמא נתמלאו תנאי הסייג כדי ליהנות הימנו; ואילו לעניינה של 'הגנה' – בין שתימצא במסגרת חוק העונשין ובין מחוצה לה – חלים הכללים הרגילים בהקשר זה, לאמור: נטל השכנוע על הנאשם המבקש ליהנות ממנה.

קביעתו של קדמי כי נטלי ההוכחה הקבועים בחוק העונשין והנוגעים לסייגים חלים גם על סייגים הקבועים בסעיפי חוק אחרים, מתבססת על פסיקת בית המשפט העליון בעניין רוזוב.¹¹⁷ שם קבעו השופטים כי מצד אחד, הוראת סעיף 34כב לחוק העונשין אינה מוגבלת אך ל"סייגים" הקבועים במפורש בחוק העונשין, אך מן הצד האחר, הסעיף אינו חל על כל מקרה של "הגנה" המוכחת בדין פלילי זה או אחר. באותו מקרה, היו השופטים חלוקים בסוגיית הכללים הפרשניים שעל פיהם יהיה ראוי לקבוע מתי יחול סעיף 34כב על הוראה מחוץ לחוק העונשין; אך, לדידי, חילוקי הדעות האמורים לא רלוונטיים כלל לעניין סעיף 125, מכיוון שלעניין סעיף זה אין כל צורך להידרש לשאלה של נטלי הוכחה. נביא שוב את נוסחו של הסעיף כדי להבהיר את הסוגיה: "לא ישא חייל באחריות פלילית לפי סעיפים 122, 123 ו-124, אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית".

כפי שניתן לראות, העובדה היחידה אשר יש בכוחה לפטור את החייל מאחריות בעברות של אי-ציות לפקודה היא התשובה לשאלה אם הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל. כיוון ששאלה זו מסורה להכרעה שיפוטית, כאמור לעיל, בכל מקרה ומקרה שבו מועמד חייל לדין בגין אחת מהעברות של אי-ציות לפקודה, על בית המשפט לבחון שמא הפקודה שניתנה לו הייתה בלתי חוקית בעליל, מבלי להטיל על צד זה או אחר נטל להביא ראיות או לטעון טענה. בפועל, אפשר שקביעה זו תעודד את שני הצדדים להציג לפני בית הדין ראיות אשר יהיה בהן כדי לסייע לו להגיע למסקנה בנושא.

116 שם, בעמ' 470.

117 ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 337 (1999).

9. צו של "רשות מוסמכת"

9.1 הוראה מאת "מפקד"

9.1.1 קיומו של המפקד

כדי שתעמוד לאדם הגנת הצידוק עליו להוכיח כי כלל הפעולות שאותן ביצע נעשו עקב כפיפות לסמכות גבוהה יותר, וכי זו הורתה לו לבצע את הפעולות האמורות. עמד על כך בית המשפט העליון בערעור בעניין אייכמן.¹¹⁸

אייכמן, שהיה אחראי מטעם השלטון הנאצי על "הפתרון הסופי לבעיית היהודים", הועמד לדין בגין עברות על פי החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, התש"י-1950. אמנם בסעיף 8 לחוק זה נקבע כי הגנת הצידוק לא תחול על עברות על פי החוק האמור, אך בית המשפט בחן בכל זאת את טענתו של המערער "כי הוא מילא אך תפקיד של 'בורג קטן' בגלגל ההשמדה הנאצית, כי בכל הפרשות הנזכרות פעל כפקיד נמוך וחסר יוזמה עצמית, ושרק כורח הפקודה וציות עיוור לצו מגבוה הם שהדריכוהו לעשות את עבודתו בכל שלביה".¹¹⁹

בית המשפט שלל את טענתו זו של המערער, בין השאר מכיוון שהמערער פעל באופן עצמאי, נטל יוזמה ואף חרג מהפקודות שניתנו לו כדי לבצע את המשימה. כך אמר בית המשפט:

המערער בכלל לא קיבל פקודות 'מגבוה', הוא היה הגבוה, והוא היה המפקד, בכל הנוגע לענייני שאלת היהודים, והוא פיקד וציווה, לא רק בלי פקודות מאת הממונים עליו בנתיבי השירות, אלא לפעמים בניגוד גמור לפקודות אלה.

ובהמשך:

בהשמדה הטוטאלית של היהודים באירופה, המערער לא היה 'קטלא קניא' בין המפעילים ההם, הוא נטל חלק בראש, ולו היה תפקיד מרכזי, מכריע, ביניהם.¹²⁰

9.1.2 מפקד – שאלת קיומו של קשר פיקודי

הסמכות הגבוהה שאליה כפוף החייל בצה"ל היא המפקד.

"מפקד" מוגדר בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי: "מפקד", לגבי כל מי שחוק זה חל עליו – הגבוה ממנו בדרגה, לרבות מי שלפי פקודות הצבא או לפי הנהוג בצבא רשאי לתת לו פקודה אף אם איננו גבוה ממנו בדרגה".

בעניין מאיר¹²¹ התעוררה שאלה בדבר מהות הקשר הפיקודי הנדרש בין נותן ההוראה למקבלה. שם דובר במפקד במרחב שומרון אשר הועמד לדין בעקבות החלטת בג"ץ, על כך שנתן לפקודיו

118 ראו ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13.

119 שם, בעמ' 2039.

120 שם, בעמ' 2098-2099.

121 מ/190 (מיוחד צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' מאיר (לא פורסם, 23.4.1991) (נספח לא להלן).

בשתי הזדמנויות שונות הוראה לאסוף מִפְרֵי סדר על פי רשימות שב"כ, להסיעם למקום פתוח ולהכותם באלות כדי לשבור את ידיהם ורגליהם. מטרת פעולה זו הייתה להעניש את העצורים על השתתפותם בהפרות סדר. הנאשם טען, בין השאר, כי מכיוון שתפקידו במטה האוגדה היה תפקיד ייעוץ, אזי הוראותיו בדבר הטיפול בִּמְפְרֵי סדר לא יכלו לחייב את החיילים, כיוון שבינו לבין החיילים ששמעו את הוראתו לא התקיים קשר הפיקודי. בית הדין הצבאי המיוחד דחה טענה זו:

הנאשם העלה בפנינו את הטענות שצייננו מטה אין לו אחריות פיקודית. גם טענות זה אנו דוחים בהקשר הפקודה שניתנה בשטח. ראשית, אין לנו ספק שכבעל דרגה בכירה, כמי שנטל חלק מעשי בכיבוש הכפר, על פי העדויות, היה דברו בחוקת חוק.¹²²

בעניין שלום¹²³ נבחן הן קיומו של קשר פיקודי מתוקף פקודות והן קיומו של קשר פיקודי בפועל. שם דובר בראש מדור נ"ט אשר הואשם בהתשלוח כיוון שבעת ששימש אחראי ביצוע בניסוי תותח נ"ט, לא דאג לנקוט אמצעי בטיחות אשר ימנעו "נתירה" של פגזים. המשיב טען להגנת הצידוק מכיוון שלטענתו פעל בהתאם לפקודותיו של ראש מדור ארטילריה, שהיה המנהל המדעי של הניסוי.

בית הדין בדק תחילה אם על פי הפקודות היה ראש מדור ארטילריה מפקדו של המשיב, והגיע למסקנה שלא כך הדבר. לאחר מכן בדק בית הדין אם בפועל התקיימה מערכת יחסים של מפקד-פקוד בין השניים, וקבע כי השניים עבדו בהתייעצות הדדית ומבלי להקפיד על חלוקת התפקידים ביניהם. לפיכך קבע בית הדין: "אין לדבר על יחסים של 'מפקד', מצד אחד, ו'פקוד' המקבל פקודה מהצד השני".

על אף התוצאות השונות של פסקי הדין, משניהם עולה תמונה משפטית זהה. כדי שייקבע כי קיים קשר פיקודי צריכים להתקיים שני יסודות: הראשון – מבחינה חוקית על נותן ההוראה להיכלל בהגדרת "מפקד" על פי החש"ץ; והשני – ההוראה ניתנה במסגרת יחסים שאופי התנהלותם הוא בפועל יחסי פיקוד.

כפי שניתן ללמוד משני פסקי הדין לעיל, בתי הדין ביכרו יסוד שני זה על פני יסוד שני חלופי, והוא קיומה של הגדרה ארגונית רשמית הקובעת את ההיררכיה של נותן ההוראה על פני מקבלה. לו נדרש קיומה של הגדרה ארגונית כזו, אזי בעניין מאיר הייתה מתקבלת טענתו שהוראותיו לאו פקודות הן מפני שהוא לא היה חלק משרשרת הפיקוד. לעומת זאת, בעניין שלום, הייתה הפעלת מבחן זה גורמת לבית הדין לקבל את הטענה כי מדובר בפקודות לו היה הנאשם מוכיח כי התקיימה הגדרה ארגונית רשמית אשר קבעה את ההיררכיה בין נותן ההוראות למקבלן.

לדידי, צדקו בתי הדין בהעדפתם את היסוד של בחינת מסגרת היחסים הנוהגת בפועל על פני דרישה להגדרה רשמית; אימוץ יסוד רשמי היה בו כדי לסתור את הגדרת "המפקד" על פי החש"ץ, והרי לפי הגדרה זו כל בעל דרגה יכול לפקוד על כל נמוך ממנו בדרגה מבלי שהם יהיו חלק מאותה מסגרת ארגונית צבאית (כגון יחידה, מחלקה או זרוע).

122 שם, פס' 57.

123 20/63/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' שלום, פד"צ 1963, 97, 101 (1963).

9.1.2.1 ציות להוראותיו של שר הביטחון

בעניין מאיר¹²⁴ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתיפאדה) התעוררה השאלה אם ניתן להגדיר הוראה שנתן דרג מדיני "צו שניתן מרשות מוסמכת". שם טען הנאשם, בין השאר, כי ציית להוראת שר הביטחון שהתפרסמה באותו זמן בתקשורת – "לשבור ידיים ורגליים" של מִפְרֵי סדר.

בית הדין הצבאי המיוחד קבע כי הוראת שר הביטחון מחייבת ציות מצד קציני בצה"ל אך ורק אם עברה דרך צינורות הפיקוד המקובלים. כך אמר בית הדין:

את הטעון בדבר היות השר 'הפיקוד העליון' של צה"ל אנו דוחים ככל שהוא מתייחס לסמכות לתת פקודות ישירות לחיילים; מוסכם על כל העדים, גם אלו שהעידו להגנה, שהצינור הפיקודי אל הנאשם ולצה"ל בכלל, עובר דרך מפקדיו שנתמנו על פי פקודות הצבא, ובמקרה זה מפקד האוגדה, אלוף הפיקוד והרמטכ"ל, ואין הנאשם מקבל פקודות משום גורם פוליטי, והשר בכלל זה. אבל להנחייתו של שר הביטחון הנאמרת בפני ריכזים של מפקדים בשטח, כאשר נוכחים גם מפקדיהם הישירים, ואלה עוברים על ההנחיות בשתיקה וללא הסתייגות, יש בוודאי חשיבות להבהרת המגמה והמטרה של הפקודות המתקבלות.

משמע, לדעת בית הדין, עבור כל חייל בצבא מלבד הרמטכ"ל, הרשות המוסמכת אשר צויה מחייבים ציות היא מפקד שנתמנה על פי פקודות הצבא. לכאורה עולה עמדה זו של בית הדין בקנה אחד עם הגדרות "מפקד" ו"חייל" בחש"ץ; אפשר להבין מהן כי פקודה היא הוראה שנתנו בעלי תפקידים בתוך הצבא, ואילו שר הביטחון, בהיותו גורם חיצוני לצבא, אינו מוסמך לתת פקודות לחיילי צה"ל מכוח החש"ץ. כפי שציין הדר:¹²⁵

שר הביטחון אינו מצוין במפורש בחש"ץ או בכל חוק אחר כמי שהוסמך בעצמו להוציא פקודות בצה"ל, בין אם פקודות כלליות ובין פקודות אישיות. מכאן אף ששר הביטחון לא מוסמך לתת פקודות לרמטכ"ל במסגרת החש"ץ.

סמכותו של השר ליתן הוראות מחייבות לרמטכ"ל, הוראות אשר תועברנה משם "בצינורות המקובלים" אל תוך הצבא, מקורה בנורמה משפטית אחרת, והיא חוק יסוד: הצבא.¹²⁶ כך נקבע בסעיף 3(ב): "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון". אך האם כפי שסבר בית הדין המיוחד בעניין מאיר משמעות מצב משפטי זה היא כי שר הביטחון אינו רשאי ליתן הוראות ישירות לבעלי תפקידים צבאיים אחרים מלבד הרמטכ"ל? נראה כי הדר חולק על עמדה זו. לדידו של הדר, סמכותו של שר הביטחון ליתן פקודות בצבא נעוצה בסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה:¹²⁷

שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי

124 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס' 5(1).

125 צבי הדר, "סמכותם הפיקודית של ראש המטה הכללי ושר הביטחון כלפי צה"ל" הפרקליט לא(3), 219, 222 (1977).

126 ס"ח התשל"ו 154 (להלן: חוק יסוד הצבא).

127 ס"ח התשס"א 158 (להלן: חוק יסוד הממשלה).

שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסויים או לתקופה מסויימת.

לדידו של הדר, "עובד מדינה" במשמעותו של הסעיף הוא גם הרמטכ"ל, ולכן, מכיוון ששר הביטחון הוא השר המוסמך על ביצועו של חוק השיפוט הצבאי, הוא רשאי ליטול את סמכות הרמטכ"ל לתת פקודות באופן האמור לשם עניין מסוים או למשך תקופה מסוימת. ראוי לציין כי לפי ההלכה שנקבעה בעניין וייס,¹²⁸ כאשר שר נוטל סמכות מסוימת לשם עניין מסוים (שלא כמו למשך תקופה מסוימת), לא נדרש כל פרסום ברשומות או כל פעולה הצהרתית אחרת לשם כך, ונטילת הסמכות נעשית מעצם שימושן של השר בסמכות של אותו עובד מדינה. כך הסביר זמיר את תוצאתה של הלכה זו:¹²⁹

יוצא כי סמכות שהוענקה על ידי חוק לרשות מינהלית הפועלת במסגרת הממשלה, יכולה, בדרך כלל, להיות מופעלת מלכתחילה, בכל שעה, על ידי אחד משניים: על ידי עובד המדינה שמונה כאורגן של אותה רשות, או על ידי השר הממונה על ביצועו של אותו חוק, שהוא על פי רוב גם השר הממונה על אותו עובד מדינה.

הדר הסביר את ההשלכה של המצב המשפטי האמור על סוגיית הפקודות האישיות:¹³⁰

באשר לסמכות הרמטכ"ל לתת פקודות אישיות לכל חיילי צה"ל, אף כאן נראה כי העדר הוראה בחש"ץ הקובעת סמכות זו במפורש איננו צריך לגרוע מאפשרות נטילת סמכות זו על ידי שר הביטחון. כל עוד לפי החש"ץ מסורה בידי הרמטכ"ל הסמכות לתת פקודות אישיות בצה"ל, יכול שר הביטחון ליטול על עצמו סמכות זו ואין חשיבות לשאלה כיצד מוסקת סמכותו של הרמטכ"ל לתת פקודות אלו.

השאלה אילו מבין העמדות – עמדת בית הדין המיוחד בעניין מאיר או עמדת הדר – היא הראויה, נעוצה בשאלה אם משתמעת מהחוק כוונה שלא לאפשר לשר הביטחון ליטול את סמכותו של הרמטכ"ל. מצד אחד מצויה עמדתו של הדר בנושא:¹³¹

אין גם סיבה לחשוב שכוונה אחרת משתמעת בעניין נטילת סמכויות הרמטכ"ל ויתר בעלי הסמכות בצה"ל על ידי שר הביטחון. נהפוך הוא, האפשרות הניתנת לשר הביטחון ליטול את סמכויות הרמטכ"ל ובעלי התפקידים האחרים בצה"ל מהווה אחד האמצעים החשובים ביותר שבידי שר הביטחון, ובאמצעותו בידי הממשלה עצמה, להטיל מרות על צה"ל, לקיים פיקוח מעשי על הנעשה בו לכוון את פעילותו ולשאת באחריות על כך בפני הכנסת והציבור.

מן הצד האחר, ניתן לטעון כי קיימת כוונה אחרת המונעת את הנטילה, והיא נעוצה בסעיף 3(א) לחוק יסוד: הצבא, שבו נקבע: "הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי". ברגע שנוטל שר הביטחון את סמכותו של הרמטכ"ל לתת פקודות בעניין זה או אחר, הוא הופך באותו עניין

128 ע"פ 41/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' וייס, פ"ד ח 1554 (1954).

129 יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א, 589 (1996).

130 ראו הדר, לעיל ה"ש 125, בעמ' 224.

131 שם, בעמ' 223.

(ובאותו זמן) לדרג הפיקודי העליון בצה"ל – דבר שהוא, לכאורה, בניגוד לכוונת המכוון בסעיף 3(א) האמור.

לטענה זו אפשר להשיב בטענה פורמלית שכשם ששר הביטחון רשאי ליטול את הסמכות המסורה לרמטכ"ל לפי החש"ץ, רשאי הוא ליטול את הסמכות המסורה לרמטכ"ל לפי חוק יסוד: הצבא.¹³² אך לדידי, המענה הראוי לטענה זו נעוץ ביסוד מהותי. להשקפתי, אין לפרש את חוק יסוד: הצבא כמונע משר הביטחון ליטול מהרמטכ"ל את הסמכות לתת פקודות (לעניין מסוים או לזמן מסוים). אינני סבור כי לכך כיוון המכוון. חוק יסוד: הצבא מכוון למצב הרגיל, שבו הרמטכ"ל הוא הגורם הפיקודי הבכיר העומד בראש הצבא. לעומת זאת, סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה מכוון למקרה החריג, שבו אחריותו של הדרג הנבחר מחייבת אותו ליטול לעניין מסוים או לזמן מסוים את סמכותו של הדרג הממונה, כחלק מחובתו – כפי שציינ הדר – "להטיל מרות" על הגוף הכפוף לו: "לקיים פיקוח מעשי על הנעשה בו לכוון את פעילותו ולשאת באחריות על כך בפני הכנסת והציבור".

משמעות הדבר היא, לדידי, כי שגה בית הדין המיוחד בקביעתו האמורה בעניין מאיר. אילו היה עולה מהראיות כי אל"ם מאיר אכן קיבל הוראה משר הביטחון (טענה שנשללה בפועל על ידי בית הדין), היה ראוי לראות בהוראה זו משום "צו מחייב מרשות מוסמכת" ו"פקודה".

בשולי הדברים יצוין גם כי פרשנות זו תואמת יותר הן את המצב בשטח והן את המצב הראוי במדינה דמוקרטית. נדמיין לרגע מצב שבו מקבל חייל פקודה ממפקדו הישיר זמן מה לאחר מכן הוא מקבל הוראה משר הביטחון – האם לא ניתן לשער כי בפועל יציית החייל להוראה שניתנה לו משר הביטחון? האם בחברה דמוקרטית לא ראוי כי כך יהיה המצב?

מכיוון שסמכות השר ליתן פקודות נובעת מסמכותו ליטול סמכות, משמעות הדבר היא שהשר אינו יכול ליתן פקודות בתחומים שיש להם אופי שיפוטי. כיוון שהחלטתו של אלוף הפיקוד בדבר חנינה תיחשב ככל הנראה למעשה בעל אופי מעין-שיפוטי (לעניין שאלת האפשרות ליטול סמכות זו), ייתכן שזהו המקור לפסיקת בית המשפט העליון שעל פיה החלטות הממשלה בעניין שחרור אסירים הן המלצה בלבד מבחינת אלוף הפיקוד, שהוא הגורם הצבאי המוסמך לחון אסירים פלסטינים לפי הדין באזור ולפי המשפט הבינ-לאומי.¹³³ עם זאת, בפסקי הדין הללו לא התקיים דיון מפורט דיו המאפשר לקבוע זאת בוודאות.

132 יצויין שטענה זו מעוררת שתי שאלות פורמליות: (1) אם הוראת חוק יסוד הממשלה חלה גם על נטילת סמכות מכות חוקי יסוד (ראו והשוו לעמדת זמיר בסוגיה קרובה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 595), ו(2) אם היותו של שר הביטחון השר הממונה על הצבא מטעם הממשלה מכוח סעיף 2(ב) לחוק יסוד: הצבא הופכת אותו גם להיות השר הממונה על ביצוע חוק יסוד: הצבא – רק אם כך הוא, תהיה לו האפשרות ליטול סמכויות לפי חוק יסוד זה.

133 לפסיקה שכזו בנוגע לחנינות ראו למשל: בג"ץ 1671/05 אלמגור נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (5) 913 (2005); בג"ץ 1539/05 משל"ט נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 17.2.2005); בג"ץ 5272/05 משל"ט נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2005); בג"ץ 9290/99 מטה מותקפי הטרור נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2000); בג"ץ 6230/95 טיבי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.10.1995); בג"ץ 2455/94 "בצדק" נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.1994).

שאלה נוספת אשר מתעוררת בהקשר להוראותיו של שר הביטחון היא אם יזכה הרמטכ"ל להגנת צידוק עקב ציות לפקודה בגין ציות להוראתו של שר הביטחון. כפי שנדון לעיל, מקור החובה של הרמטכ"ל לציית לשר הביטחון אינו בחוק השיפוט הצבאי, אלא בחוק יסוד: הצבא. אולם חוק יסוד: הצבא אינו קובע כל סנקציה פלילית או משמעית במצב שבו לא ציית הרמטכ"ל להוראתו של שר הביטחון. כפי שיידון בהמשך,¹³⁴ בהיעדר סנקציה כזו יש שיטענו כי לא תקום לרמטכ"ל הגנה אם ציית להוראה בלתי חוקית "סתם" של השר. מנגה, אפשר לטעון כי כיוון ששר הביטחון מוסמך ליטול את סמכותו של הרמטכ"ל ואף להמליץ לממשלה על הדחתו במקרה של אי-ציות, הרי הוא כפוף לסנקציות מתחום המשפט המנהלי, ואלה מספיקות כדי להקים לו הגנה של צידוק עקב ציות לפקודה. העלה את הדילמה האמורה נשיא בית הדין הצבאי לערעורים (כתוארו אז) שיף:¹³⁵

מה קורה כשהממשלה נותנת פקודה בלתי חוקית לצבא. למשל, היועץ המשפטי או הפצ"ר קובעים שאסור להרוס את ביתו של מחבל מסוים בימי האנתיפאדה, והממשלה מורה לצבא למרות זאת להרוס את הבית. מכיוון שאין חוק מיוחד שמתייחס לנושא, אפשר לטעון שצריכה להיות ביחסי הממשלה והצבא משמעת ברזל, או שהממשלה עומדת מחוץ להיררכיה הצבאית הרגילה. ניתן להחיל כאן את הקונספציה של בית המשפט העליון שנקבעה בדין אזרחי, שאינה חוקרת מאין נובעת סמכותו של פקוד או עובד לקיים עבירה פלילית בהוראת הממונה עליו, ולומר שאותו נוהל חל ביחסים בין הממשלה והצבא. מצד שני, בהיעדר הוראה שסנקציה פלילית בצידה, המחייבת את הצבא לבצע הוראה של הממשלה, אסור לממשלה לתת הוראה כזו. הסוגייה הזו תצוץ בדרך כלל כשהממשלה תתן הוראה לרמטכ"ל, והרמטכ"ל לאלוף הפיקוד. ההגנה של אלוף הפיקוד תהיה בכך שהוא ביצע את הוראת הרמטכ"ל. השאלה היא אם ניתנת לרמטכ"ל הגנה עקב כך שקיבל את פקודת הממשלה, והעביר אותה לאלוף הפיקוד?

9.1.3 מפקד שאינו גבוה בדרגה

כפי שאפשר ללמוד מהסיפה של הגדרת ה"מפקד" בסעיף 1 לחש"ץ, מערכת יחסים פיקודית יכולה להתקיים גם אם המפקד אינו גבוה בדרגה.

בעניין ב'¹³⁶ עברו המשיב (סמל) ד' שהיה אחראי עליו את הגבול, ובדרכם חזרה נתקלו בסיוור אויב; בהיתקלות זו נהרג סמל ד'. המשיב טען להגנת הצידוק. התביעה טענה כי מכיוון שלא התקיימו יחסי פיקוד בין השניים, לא קמה למשיב ההגנה האמורה. בית הדין דחה את טענת התביעה וקבע: "לא שוכנענו שיש מקום להתערבותנו במימצאיו של ביה"ד המחוזי. העדויות שהיו לפנינו יש בהן כדי לבסס את המסקנה, כי המנוח סמל ד' היה מפקדו ואחראי למשיב".

בעניין שי'¹³⁷ הוכר קשר פיקודי מכוח תפקיד, אף שנותן ההוראה היה נמוך בסולם הדרגות ממקבלה. בעניין זה נדונה השאלה אם ניתן להעמיד לדין מפקד אשר לא ציית להוראת פקוד שלו בעת

134 בחלק 11.9 להלן.

135 שיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 126-127.

136 ע/286/56 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' ב', פס' 4 (לא פורסם, 21.10.1956) (נספח ט להלן).

137 ע/152/61 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' שי, פד"צ 1962, 7 (1962).

שהפקוד שימש בתפקיד ש"ג. במקרה האמור קיבל הש"ג הוראה מהקצין התורן לא לאפשר את יציאתה של אף מכונית מהבסיס ללא אישור. המשיב ניסה לעבור וטען לפני הש"ג, בין השאר, כי ההוראה שונתה. הש"ג סירב לאפשר למשיב לעבור אך זה יצא את השער בכל זאת, ועל כך הועמד לדין בגין אי-קיום פקודה.

המשיב טען, כי הש"ג לא יכול היה לפקוד עליו כי אינו מפקדו. בית הדין קבע כי מתוקף הגדרת המפקד בסעיף 1 לחש"ץ, לעניין היתרי מעבר הש"ג הוא מפקדם של כל היוצאים והבאים בשעה ולפיכך הרשיע את המשיב.

9.2 הוראה מתוקף יחסי מפקד-פקוד

לאחר שנקבע כי התקיימה מערכת יחסי פיקוד בין נותן ההוראה למקבלה, יש לבחון אם ההוראה הנדונה ניתנה מתוקף אותה מערכת יחסים. לפיכך נקבע בעניין דגני¹³⁸ כי הוראה שנתן מפקד שכלל אינה נוגעת לצבא, לא תיחשב "צו" לעניין הגנת הצידוק, מכיוון שזו לא ניתנה בעת שזה שימש בתפקידו כאורגן של הצבא.

באותו מקרה, מפקדו של המשיב הורה לו ללכת עם כמה חיילים נוספים אל בדואים ששהו בביר חפיר ולקחת מהם כבשים לשם עריכת קומזיץ. עוד הורה המפקד למשיב להשתמש בכוח אם הבדואים יתנגדו. המשיב אמר למפקדו שהמשימה שהטיל עליו היא "מעשה שלא ייעשה", והמפקד השיב לו בתגובה "שיסמוך עליו". המשיב צייט להוראה ועל כך הועמד לדין.

בית הדין דחה את טענת הצידוק מכמה סיבות. בין השאר קבע בית הדין, כי כלל לא ניתן להגדיר את הוראת המפקד במקרה הזה כ"צו של רשות בת-סמך" מכיוון שאין כל קשר בינה לבין הצבא. כך אמר בית הדין:

לדעתנו חסרה ההוראה שניתנה למשיב את סימני ההיכר של פקודה אשר יהיה בה מן הצו של רשות בת סמך שהחוק מחייב את המשיב להישמע לו בגדר סעיף 19. ההוראה לא התייחסה כלל לפעולה צבאית כל שהיא. ולא ניתנה למשיב בקשר לענייני הצבא ומטרתה היחידה הייתה להבטיח כבשים לשם שימוש בהם כמאכל בקומזיץ ורק מטעם זה נראה לנו כי המשיב לא היה חייב להישמע ל'צו' שכזה.

ברוח זו פסק בית הדין גם בעניין מאיו¹³⁹ המערערים הואשמו, בין השאר, בעברה במסמכים צבאיים, עקב מילוי כוזב של דו"ח כשירות יומי של סדנת הטיפולים של הגדוד. המערער 1 טען (בבית הדין קמא במפורש, ובבית הדין לערעורים במשתמע) כי רק מילא אחר פקודת מפקדו, המערער 2, אשר שימש קצין חימוש גדודי והיה האחראי על הפעילות בסדנה. בית הדין קבע כי מעשיהם של השניים לא נעשו מתוקף הקשר הפיקודי, אלא מתוך שיתוף פעולה ואינטרס משותף לדווח דיווח כוזב, ולפיכך דחה את טענתו של המערער 1.

138 1/59/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' דגני (לא פורסם, 2.3.1959). (נספח יג להלן; תמצית בפד"צ 1959, 77).

139 79/94/ע (ערעורים צה"ל) מאיו נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1994, 75 (1994).

בעניין רן¹⁴⁰ נקבעה הלכה דומה לגבי הוראותיו של שוטר מג"ב. במקרה האמור קיבל המערער הוראה לירות באוויר משוטר מג"ב אשר השתתף עמו בתגרה אזרחית. החייל הועמד לדין בגין שימוש בלתי חוקי בנשק וטען להגנת הצידוק עקב ציות להוראתו של השוטר. בית הדין דחה טענה זו:

שעה שברור וגלוי לכל, כי השוטר פועל מחוץ למסגרת תפקידו כשוטר ופועל כאזרח רגיל – אין לו סמכות יתה, ואין הוא רשאי להורות לאיש דבר ואין איש צריך לציית לו. בנסיבות אלו לא תעמוד למי שנענה לקריאת השוטר הגנת הצידוק.

בהקשרם של עובדי ציבור הובעה בספרות העמדה כי ככלל אין על עובד הציבור "חובה לציית אלא להוראה שניתנה לו על ידי מי שממונה עליו במערכת המנהלית"¹⁴¹.

לכאורה, אפשר היה לחשוב שפסיקת בתי המשפט בשטחים מחילה כלל משפטי דומה על בעלי תפקידים ברשות הפלסטינית. אולם לא כך הדבר.

דוגמה לכך מצויה בעניין אלדילה¹⁴² שם הועמד הנאשם לדין בגין ייצור אמצעי לחימה למטרה הפלסטינית. הנאשם טען להגנת הצידוק. בית המשפט דחה טענה זו, מכיוון שעל פי ההסכמים עם ישראל, הרשות הפלסטינית "לא הייתה מוסמכת כדין לייצר כלי נשק", ולפיכך קבע: "אף לו אניח כי הנאשם פעל תוך ציות לצו/פקודה (עניין שלא הוכח בפני) לא מדובר היה בצו/פקודה של 'רשות מוסמכת'".

לדידי, פסק דין זה אינו נוגע להלכה אשר נדונה כאן, מכיוון שניתן על רקע הדין הייחודי הקיים בשטחים, שעל פיו הגנת צידוק עקב ציות לפקודה תינתן לאדם רק אם ביצע את המעשה "תוך ציות לצו של רשות בת-סמך שתחיקת הביטחון מחייבת להישמע לה, מלבד אם הצו הוא בבירור בלתי חוקי"¹⁴³; על ניסוח ייחודי זה נסב הדיון בשאלת ה"סמכות" בפסק הדין.

לצד ההלכה שעל פיה הוראה שנתן מפקד שלא בכובעו כמפקד אינה "צו המחייב ציות", קיימת הלכה המובילה לתוצאה דומה של היעדר הגנה לחייל עקב הציות להוראה; על פי הלכה זו, פקודה שניתנה בהיעדר מוחלט של סמכות היא פקודה בלתי חוקית בעליל.¹⁴⁴

להשקפתו של חבר הכנסת דן מרדור, אשר דן בסוגיה במליאת הכנסת כחלק מהדיון בהצעת תיקון 39 לחוק העונשין, ראויה יותר העמדה שעל פיה פקודות כאלו ייחשבו פקודות בלתי חוקיות בעליל על פני העמדה שעל פיה פקודות אלו לא ייחשבו לפקודות אשר נתנה רשות מוסמכת.¹⁴⁵

אמרתי קודם שהמצב הנוכחי המוצע כאן לפנינו בהצעה על ידי רוב הועדה משאיר פתוח

140 ע/200/85 (ערעורים צה"ל) רן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1985, 287, 289 (1985).

141 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 600.

142 תיק (ארז) 162/01 (צבאי אוזח"ע) התובע הצבאי נ' אלדילה, פש"מ יב, 401, 403 (2001).

143 סעיף 12(2) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה (יהודה והשומרון) (מס' 225), התשכ"ח-1968.

144 ראו למשל את ע/265/58 (ערעורים צה"ל) דן נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 22.2.1959) (נספח יב להלן); כמו כן, ראו להלן חלק 13.4.2.6.

145 דיון בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (קריאה שנייה ושלישית), ד"כ 139, 9822 (התשנ"ד).

את השאלה, האם חייל רשאי לבצע פקודה בלתי חוקית, כאשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית לגמרי, אבל היא לא פוגעת במוסר. אני חושב שהוא לא רשאי לבצע פקודה כזאת. שאין סמכות למפקד להורות אלא מה שהחוק הותיר לו להורות. מפקד שאומר לחייל, לך תבצע בבית שלי תיקון במקום שאני אקח אינסטלטורים בחוץ, אין בזה דבר שדגל שחור מתנוסס עליו, שום דם לא יישפך. אבל הוא אומר לו במסגרת תפקידו, הוא הנהג שלו, היא המזכירה שלו, טלפני לי מהבית, עשי לי הזמנות לכר־המצווה מהבית, הכל במסגרת העבודה, אלא אם תגיד שכל זה הוא לא במסגרת העבודה מפני שהוא אסור, אבל אז לא אמרת כלום. אני חושב שדבר כזה צריך להיות אסור, ואני חושב שצריך לומר זאת במפורש. אני מקווה שפרשנות הדין הקיים תהיה כזאת גם כן. אבל גם פה אני מציע שלא לברוח [...] אני חושב שצריך לכתוב במפורש את זה ולא לחכות לבית המשפט שייעשה בשבילנו את העבודה [ההדגשה הוספה].

היתרונות והחסרונות של העמדה המוצגת כאן ושל העמדה שעל פיה פקודה שניתנה בהיעדר מוחלט של סמכות היא פקודה בלתי חוקית בעליל ייבחנו בהמשך.¹⁴⁶

9.3 טעות בזיהוי מפקד

לעתים עלול אדם לשגות ולסבור כי בינו לבין הגורם הפוקד עליו קיימים יחסי מפקד-פקוד, ובפועל לא כך הדבר. לתפיסתו של קדמי, במצב כזה טעותו של המציית לפקודה היא טעות במצב דברים: "ויודגש: (1) השאלה אם נותן הפקודה היה אכן 'ממונה' על המקבל ועל כן חייב היה האחרון לציית להוראותיו – הינה שאלה שבעובדה בכל הקשור להחלת ההגנה של 'טעות בעובדה'."¹⁴⁷

עם זאת, נראה כי קביעתו האמורה של קדמי היא קביעה גורפת מדי. לדידי, יש להבחין כאן בין שתי טעויות אפשריות: האחת היא טעות בזהותו של האדם – החייל מציית לפלוני שאינו מפקדו (ואולי אף אינו חייל) בסוברו שהוא מציית לאלמוני שהוא כן מפקדו. במקרה כזה אין כל ספק כי מדובר בטעות במצב דברים.

הטעות האחרת היא טעות בהבנת הסמכות – במצב כזה טועה החייל בסוברו כי לחייל אחר יש סמכות "על פי הנוהג או על פי הפקודות" לפקוד עליו, אך בפועל נוהגי הצבא וההוראות המחייבות בצה"ל (פקודות מטכ"ל, הוראות הפיקוד העליון וכד') אינם מעניקים לנותן הפקודה סמכות כזו.¹⁴⁸ כאן טעותו של החייל היא טעות בידיעה או בהבנה של נורמה משפטית (פקודות הצבא), ולכן נשאלת השאלה אם עדיין תחול על המקרה האמור ההגנה של טעות במצב דברים או שתחול ההגנה של טעות במצב משפטי.

בסעיף 34 יט לחוק העונשין, העוסק בטעות במצב משפטי, נקבע כך: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". לפיכך, כדי שהחייל ימשך

146 בחלק 13.4.2.6 להלן.

147 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 456.

148 הסתברות התרחשותו של מצב כאמור אינה מופרכת; ראו עניין דן, לעיל ה"ש 144, בשינויים המחייבים.

ליהנות מההגנה הרחבה יותר של טעות במצב דברים, יש לקבוע כי הפקודות המגדירות את סמכות המפקד אינן חלק מהאיסור הפלילי או מהבנתו.

הסוגיה של תחולת הכלל בדבר טעות שבדין (כנוסח החוק אז) נדונה קודם לתיקון 39 בהתאם להבחנה בין דין פלילי (אשר על טעות בהבנתו חל הכלל של טעות שבדין) לבין דין לבר-פלילי (אשר על טעות בהבנתו חל הכלל של טעות שבעובדה), אולם הגבולות בין שני דינים אלו לא היו ברורים כלל ועיקר. מצב זה השתנה, במידת מה, לאחר תיקון 39. כפי שציינן בית המשפט בעניין בורוביץ:¹⁴⁹

ההבחנה בין טעות בחוק פלילי לבין טעות בחוק לבר-פלילי, לצורך סיווגה של טעות בדין לבר-פלילי כטעות שבעובדה או כטעות שבדין, העסיקה בעבר לא מעט את הפסיקה [...] ההנחה כי טעות בדין לבר-פלילי תסווג תמיד כטעות עובדתית עוררה ביקורת, ולצורך סיווגה של טעות כזאת הוצעו מבחנים שונים (ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה (תשל"ד) 508, 541; ד' ביינ "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום לב" הפרקליט כב (תשכ"ו) 152, 156). אך דומה שמאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שבסעיפים 34 ו-34א עיגן בבירור את רכיביהן (השונים אלה מאלה) של "טעות במצב דברים" ושל "טעות במצב משפטי", שוב אין מקום להידרש להבחנה שהוכרה בפסיקה בעבר, בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי, לעניין שיוכה לאיזו משתי הקטגוריות של טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי.

לפיכך, השאלה שיש לשאול כעת היא, כאמור, אם הפקודות המחייבות בצבא המגדירות את סמכויות המפקדים הן חלק מהאיסור הפלילי (או מהבנתו).

כדי להבין איזה דין ייחשב לחלק מהאיסור הפלילי, אפשר להיעזר בעמדתו של פלר כפי שהובעה לפני תיקון 39 ולמעשה אומצה בתיקון 39. לתפיסתו, טעות בדין, אשר תיחשב לחלק מהאיסור הפלילי או מהבנתו כוללת "בנוסף לאי-ידיעת האדם על עצם קיום הנורמה הפלילית האוסרת את סוג המעשים עליו נמנית ההתנהגותו גם כל טעות ביחס להבנתה המילולית, או לפרשנותה המשפטית, הנכונות של אותה נורמה, על המילים, המונחים והביטויים המרכיבים את הנוסחה.¹⁵⁰ לעומת זאת, על פי פלר, במצבים מסוימים דין לא ייחשב לחלק מהאיסור הפלילי או מהבנתו:¹⁵¹

סיבת הטעות [שבעובדה] [...] יכולה להיות גם עניין שבחוק, מובן, שוב לא ביחס לזה הקובע את העבירה, כאשר הטעות אינה נוגעת כלל, לא לידיעת עצם קיומו של האיסור הפלילי ולא להבנה המילולית או לפרשנות המשפטית של לשון האיסור. המדובר באי-ידיעה או בדיעה מוטעית של נורמה הנמצאת במישור לגמרי אחר, טעות, אשר בגללה נוצר אצל אדם דימוי של מערכת עובדות, שאינו הולם את המציאות, הטומנת בתוכה את היסוד העובדתי של מעשה העבירה.

149 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 930-931 (2005). עם זאת גם כיום יש חוסר ודאות רב בתחום – ראו לעניין זה קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 566.

150 ראו ש"ז פלר, "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה 508, 541 (תשל"ד).

151 שם, בעמ' 543.

כדי ליישם את המבחנים האלה על הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, יש לזכור שלוש הנחות יסוד. ראשית, הגנה זו מותנית בציות ל"רשות מוסמכת"; שנית, רשות מוסמכת בצבא היא "מפקד"; ושלישית, התשובה לשאלה מתי נחשב אדם ל"מפקד" נקבעת בפקודות הצבא ובנוהגי הצבא.

אם נסיק מכך שפקודות הצבא הן רכיב הנדרש להבנת מהותה של "רשות מוסמכת" – יחול הכלל בדבר טעות במצב משפטי; אולם יש דרך נוספת להבין את הדברים. בגלל הריחוק שבין סעיף 34ג(2) לבין יחסי הפיקוד הנקבעים בפקודות, אפשר לטעון כי איידיעת הפקודות הצבאיות נמצאת "במישור אחר לגמרי", ולפיכך היא משפיעה רק על המערכת העובדתית הסובבת את העברה – וככזו היא טעות במצב דברים.

חיזוק לטענה בדבר הריחוק בין שני המישורים מצוי בכך שהקישור בין הדינים אינו ישיר, אלא נעשה באמצעות החש"ץ. זאת ועוד, הריחוק מתעצם כיוון שלפקודות הצבא, המעניקות סמכויות למפקדים, אופי מנהלי ולא פלילי.

הריחוק האמור בין הנורמה הפלילית לנורמה היוצרת את הסמכות יוצר דמיון בין המקרה הנדון כאן לבין מקרה שבו דן Williams ומובא במאמרו של פלה, המגדירו "מקרה בעל קושי נדיר"¹⁵²:

א' הועמד לדין במדינה A בשל עבירה של בגידה, בכך שהצטרף לכוחות המזוינים של האויב שבמדינה B, כשהוא יודע כי הוריו אינם ולא היו מעולם אזרחי מדינת A ומשום כך האמין שגם הוא אינו אזרח מדינה זו, למרות שנולד בשטח ריבונותה, שעה שאמו שהתה שם בטוול. הוא לא ידע כי דיני מדינת A מכריזים עליו, בשל מקום לידתו, כאזרח המדינה, ואילו היות האדם אזרח המדינה הינו יסוד מיסודות העבירה של שירות בכוחות המזוינים של האויב [...]. השאלה שתתעורר היא האם המדובר על טעות בחוק האזרחות של מדינת A, כלומר בחוק לבר-פלילי אשר מצדיקה, או שמא המדובר בפרשנות מוטעית של יסוד מיסודות העבירה, כלומר על טעות בחוק הפלילי? החלק השני של השאלה נתון לשתי תשובות, הדוחות זו את זו: האחת לפיה אמנם המדובר בפרשנות מוטעית של הנורמה המגדירה את העבירה; בהתייחסה ל'אזרח המדינה' כיסוד מיסודות העבירה קולטת בתוכה נורמה זו את כל התשתית המשפטית של ביטוי זה וכל איידיעה או פרשנות מוטעית של תשתית זו, היא טעות ביחס לנורמה הפלילית גופה; השנייה, לפיה אין כאן טעות מסוג זה כלל ועיקר; בקבעה את היסוד 'אזרח המדינה' מחייבת הנורמה המגדירה את העבירה האמורה אך ורק לידיעה על הזיקה המיוחדת, בין אדם למדינה, המתבטאת במערכת היפותטית של זכויות וחבויות גומלין, כלומר למודעות ל'מה' שבאזרחות, אולם לא מעבר לכך; הווה אומר לא גם לידיעת דיני האזרחות עצמם, דהיינו, על נפקותם המשפטית של עובדות או הליכים, שונים, בדבר היווצרות הזיקה האמורה, דהיינו, גם למודעות ל'מי' עשוי להיתפס בזיקה זו. לפי התשובה אחרונה זו, אי ידיעת דינים אלה מהווה טעות בחוק הבר-פלילי, אשר משחררת מאחריות פלילית חוזה דעתו של Williams [...] לגבי דינו, היינו נוטים לתשובה הראשונה [...]. משום שהיות אדם "אזרח [...]" – כיסוד מיסודות העבירה כולל בתוכו גם את ה'מה' וכן את ה'מי', כאמור לעיל, וכל איידיעה לעניין זה, היא בבחינת איידיעת החוק הפלילי [...].

נראה שבענייננו הסמכויות השונות של חיילים הקבועות בפקודות הצבא, וההופכות אותם למפקדים על חייל זה או אחר, דומות יותר להגדרה לעיל של הדין הקובע את ה"מי" ולא את ה"מה". לפיכך, יכולות הדעות להיות חלוקות בשאלה אם טעות הנוגעת לפקודות המעניקות לחייל סמכות לתת פקודה (עקב היותן דינים הקובעים את ה"מי" ולא את ה"מה") נופלת לגדר טעות ב"איסור הפלילי או בהבנתו" כאמור בסעיף 34יט לחוק העונשין.

תימוכין לטענה כי לעניין הגנת הצידוק צריכה הטעות בדבר סמכות המפקד להיחשב לטעות במצב משפטי אפשר למצוא בעניין נסיך.¹⁵³ בעניין זה הואשם חייל, בין השאר, באי-קיום הוראות מחייבות כיוון שנהג מבלי שמילא כרטיס עבודה קודם לנסיעה. החייל טען כי טעה לסבור שלא חלה עליו חובה למלא כרטיס כזה, ובשל כך קמה לו הגנה של טעות בעובדה (כנוסח החוק אז). בית הדין שלל טענה זו בקבעו כי טעות של חייל בשאלה אם פקודת מטכ"ל מסוימת חלה עליו היא טעות בדין ולא טעות בעובדה.

אפשר לטעון שיש להקיש מההלכה האמורה ולקבוע כי טעות בידיעת ההוראות המחייבות בצבא, גם לעניין הגנת הצידוק, לא צריכה להיחשב לטעות במצב דברים. אולם, היקש כאמור מעמיד שלושה קשיים. ראשית, מדובר בפסיקה ישנה, אשר ניתנה שנים רבות קודם לתיקון 39, ומאז ועד היום נעשו שינויים רבים הן בדין הסטטוטורי והן בהלכה השיפוטית בכל הנוגע להיקף התחולה של הכלל בדבר טעות במצב משפטי. שנית, פסק הדין עסק בשאלה של טעות בהבנת פקודה לעניין העברה של אי-קיום הוראות מחייבות בצבא, ונראה כי אין כל ספק שלעניין עברה זו, הבנת ההוראות המחייבות בצה"ל היא רכיב ישיר באיסור הפלילי; אולם לגבי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה קיים, כאמור, ריחוק גדול יותר בין הנורמות. שלישית, פסק הדין עסק בידיעתו של החייל את החובות החלות עליו ישירות, ואילו לצורך הגנת הצידוק נדרש החייל לדעת לא את סמכויותיו וחובותיו לפי הפקודות אלא את סמכויותיו וחובותיו של מפקדו.

תמיכה נוספת לטענה כי טעות בהבנת הסמכות היא טעות במצב משפטי אפשר למצוא בעניין אדרעי.¹⁵⁴ המערער הואשם בעברה של אלימות כלפי ממלא תפקיד בכך שבהיותו כלוא היכה באגרופו בפניו של המפקד התורן בבסיס הכליאה, מתוך ניסיון לעזור לאביו שהתפרע והתנגד למעצרו. טענתו של המערער הייתה כי חלים עליו הסייגים של הגנה עצמית וטעות מאחר שבעת שהתרחש האירוע לא היה מודע לסמכותם של השוטרים הצבאיים לעצור את הוריו האזרחים. בית הדין דחה את טענתו של המערער וקבע כי טעותו של המערער בדבר סמכויותיהם של שוטרים צבאיים היא טעות במצב משפטי.

ההיקש מפסק הדין בעניין אדרעי נראה סביר יותר מההיקש מפסק הדין בעניין נסיך. ראשית, מדובר בפסק דין חדש אשר ניתן לאחר תיקון 39; שנית, פסק הדין עוסק בטעות בהבנת המונח "ממלא תפקיד", והדמיון בין המונח "ממלא תפקיד" למונח "רשות מוסמכת" הוא רב. עם זאת, גם ההיקש מפסק דין זה לא יכול להיות מוחלט. במקרה שנדון בעניין אדרעי, הנורמה הקובעת את סמכויות השוטרים לעצור אזרחים היא החש"ץ עצמו, כך שלא מתקיים אותו ריחוק בין הדינים

153 ע/192/68 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' נסיך, פד"צ 1968, 311 (1968).
154 ע/132/99 (ערעורים צה"ל) אדרעי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1999, 273 (1999).

הקיים בענייננו; כמו כן, עניין אדרעי, כמו גם עניין נסיד והדוגמה של Williams (שהביא פלר), עסקו בטעות הנוגעת להבנת רכיב של עברה פלילית, ואילו בענייננו מדובר בטעות הנוגעת לסייג בפלילים, ולכן מתעוררת השאלה אם צריך להיות הבדל בין המצבים.¹⁵⁵

היקש ישיר יותר אפשר להקיש מדינו של פלר בשאלת שילובה של הגנת הטעות עם הגנת הצידוק עקב הפעלת סמכות שבדין;¹⁵⁶

הגנה זו תופסת כאשר, בתנאים מסויימים הקבועים בחוק, התנהגות פלוגית היא מותרת או אף מחייבת, אולם בהיותה 'שלא כדין' היא עלולה להצמיח עבירה פלילית, דרישה זו – היותה של ההתנהגות 'שלא כדין' – נהפכת, איפוא, יסוד, מפורש או מכללא, ממערכת היסודות ההיפותטיית בה תלויה התהוות העבירה. הנורמה הקובעת את התנאים בהם התנהגות היא חובה או מותרת אינה – ואינה יכולה להיות – פלילית, מן הטעם הפשוט שתפקיד החוק הפלילי הוא לקבוע תחום האיסור ולא מה שמותר או אף חובה. אם כך הוא הדבר, האם תישמע טענתו של שוטר, אשה בתנאים 'שלא כדין', ירה ופגע באסיר שניסה להימלט, או טענתו של אזרח סתם, אשר עצר אדם, שלא בתנאים בהם מותר לו לעשות זאת, כי טעה לגבי הקבוע בחוק ביחס לתנאים אלה? האם תתקבל הרכבתה של טעות זו על ההגנה האמורה [...] מן הטעם שהטעות מתייחסת לנורמה 'לבר-פלילית'? שהרי, לא החוק הפלילי קובע את הנורמות בדבר הימלטות אסירים או בדבר ביצוע מעצרים. ספק רב! ואם הספק באמת יסודו, זה מכיוון שנורמה זו משמשת, בעת ובעונה אחת, תשתית לפרשנות המשפטית של יסוד מיסודות העבירה המיוחסות לאותו שוטר או לאותו אדם. לכן, היא נבלעת בתוך הגדרת עבירה זו, כחלק שבלעדיו היא – ההגדרה – לוקה בחסר, וכל איידיעה לגבי אותה נורמה היא טעות בחוק הפלילי עצמו.

ככל שהדבר נוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, בדרך של היקש מדברים אלו אפשר לגזור גם לגבי טעות בדבר הסמכות כי הנורמה הקבועה בהוראות המחייבות בצבא ומעניקה את הסמכות למפקד "משמשת, בעת ובעונה אחת, תשתית לפרשנות המשפטית של יסוד מיסודות העברה המיוחסות" לחייל אשר עבר עברה מתוך ציות לפקודה, ו"לכן, היא נבלעת בתוך הגדרת עברה זו, כחלק שבלעדיו היא – ההגדרה – לוקה בחסר". עם זאת יש לזכור כי מדובר בהיקש בלבד, מעמדה שניתנה לפני שנים רבות וקודם לתיקון 39, ואילו בפסיקה אין כל הכרעה בנושא.

לסיכום סוגיית הטעות בזהווי מפקד אפשר לומר כי ראוי לסייג את קביעתו של קדמי כי טעות כזו תהיה תמיד טעות במצב דברים; אם טעה חייל לחשוב כי ההוראות המחייבות בצבא מסמיכות חייל אחר ליתן לו פקודות, אזי יש בסיס משפטי חזק לטענה שטעות כזו היא דווקא טעות במצב משפטי.¹⁵⁷

155 ויליאמס עצמו סבור שיש חפיפה בין היסודות של העברות של ההגנות: Glanville Williams, *Offences and Defences*, 2 LEGAL STUD. 233, 244 (1982).

156 פלה לעיל ה"ש 150, בעמ' 547-546.

157 בשולי הדברים אביא פסק דין שבו נקבע כי טעות בזהווי "מפקד" היא טעות במצב משפטי. בפסק דין מדרום אפריקה בעניין Werner נדון מקרה שבו שבויים גרמנים הוציאו להורג שבוי גרמני אחר, בהוראת מרגל גרמני ששהה במחנה השבויים. בבית המשפט טענו הנאשמים כי עשו את המעשה בהוראתו של המרגל הגרמני וכי טעו לסבור כי הדין הגרמני מחייב אותם לציית להוראותיו גם בדרום אפריקה; בית המשפט קבע כי טעותם האמורה של הנאשמים הייתה טעות במצב משפטי: *R. v. Werner* 1947 (2) SA 828 (A) (S. Afr.).

10. מעשה "על פי צו"

חייל ייחשב למי שביצע את מעשהו "על פי צו" אם הצו העומד בבסיס טענתו היה רלוונטי למעשהו.

10.1 פקודה שכלל אינה רלוונטית למעשה החייל

המקרה הפשוט ביותר של היעדר רלוונטיות הוא כאשר החייל טוען להגנת צידוק עקב הוראת מפקד אשר אינה נוגעת כלל למעשה נשוא האישום.

כך, למשל, בעניין ברנרד¹⁵⁸ דובר באזרח עובד צה"ל אשר נהג ברכב צבאי והסיע נוסעים בכמות העולה על המותר, שעה שהסולמות שהיו מחוברים לרכב לא היו מאובטחים כראוי. המשיב הפנה את תשומת לבו של המפקד לסוגיית הנוסעים אך לא לסוגיית הסולמות, והמפקד אמר לו לנסוע מבלי שידע על הסולמות. המשיב הואשם בהתרשלות מפני שלא אבטח את הסולמות.

בית המשפט העליון קבע כי לא קמה למשיב הגנת הצידוק, מכיוון שפקודת המפקד לא נגעה כלל לסוגיית הסולמות, ולפיכך אינה רלוונטית להתרשלותו של הנהג. אמר בית המשפט:

אשר למעשה הרשלנות הנ"ל – הסעת מכונית משא כשסולמות הדפנות אינם קשורים – לא ניתנה כל פקודה למשיב; כלומר הפקודה שניתנה לו כלל לא הייתה שיסיע את המכונית כשהסולמות אינם קשורים. לכן ביחס למעשה הרשלנות כפי שהוא נקבע על ידי השופט המלומד, הבעיה – אם הפקודה שניתנה למשיב הייתה בלתי חוקית בעליל או אם לא – אינה מתעוררת.

ברוח זו פסק גם בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין חלמיש¹⁵⁹ שם הועמדו הנאשמים לדין בין השאר בגין תקיפת רועה צאן. הנאשמים טענו כי פעולתם נעשתה עקב הוראתו של הרבש"ץ לגרש את רועה הצאן מהמקום. בית המשפט לא קיבל את טענתם והאמין לעדותו של הרבש"ץ כי לא הורה להם לפעול כפי שפעלו.

בית הדין הצבאי לערעורים פסק באופן דומה בעניין ברוש¹⁶⁰ שם דובר במ"פ בגזרת העיר שכם, אשר נהג בהזדמנויות רבות לחקור באלימות תושבים מקומיים שעצרו. המשיב טען כי פעל בהתאם להוראות מפקדיו. בית הדין בחן את עדויות מפקדיו וקבע כי לא ניתנו הוראות שמהן אפשר היה להסיק סמכות להפעלת אלימות כזו שהפעיל המשיב, ולפיכך דחה את הטענה כי קמה למשיב הגנת הצידוק.

בעניין מאיר¹⁶¹ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתיפאדה) טען הנאשם, בין השאר, כי פעל בהתאם להוראות אלוף הפיקוד ומפקד האוגדה. בית הדין בחן את ההוראות האמורות ודחה את טענת הנאשם:

158 ע"פ 135/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברנרד, פ"ד ח(1) 218 (1954).
 159 ע"פ (מחוי י"ם) 40076/07 חלמיש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.7.2007).
 160 ע/247/96 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' ברוש, פד"צ 1996, 417 (1996).
 161 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס" 75.

מאחר שלא קיבלנו את האפשרות שאלוף הפיקוד הורה על מדיניות זאת, הנוגדת קוטבית את פקודותיו, ולא קיבלנו גם שמפקד האוגדה יזם, או הורה, או כפה על הנאשם פקודה כזו שנתן – אין אנו מקבלים את הגירסה שהפקודה שיצאה מפי הנאשם נבעה מכל גורם שמעל לנאשם.

בעניין רשף¹⁶² נדונה התהפכות משאית שבתא המטען שלה היו 48 פלטות למיגון טנקים וחמישה חיילים; עקב ההתהפכות נהרגו שני חיילים. המשיב הואשם בהתרשלות (לא בגרימת מוות ברשלנות, יש להדגיש). כיוון שהתיר לחיילים לשבת בתא המטען שלא על מושבים וכיוון שלא קשר את הפלטות, בניגוד לפקודת מטכ"ל. המערער טען כי פעל בהתאם לפקודות מפקדיו ולכן קמה לו הגנת הצידוק. בית הדין הצבאי לערעורים דחה את טענתו:

המשימה של העמסת המטען והסעת החיילים על המשאית – הוטלה על המשיב. הוא קיבל עליו את תפקיד זה, כולל הפיקוח על העמסת המטען והסעת החיילים. בבצעו תפקידו זה, לא פנה אל מי ממפקדיו בטענה או בהערה לגבי הסיכון, שבהטענת המשאית או בהסעת החיילים כאמור. לו היה המשיב מעיר את תשומת הלב של מפקדיו לסיכון כאמור, ואלה היו מורים לו, על אף הערותיו שעליו לבצע את ההטענה והסעת החיילים כאמור, וכי עליו בעניין זה למלא פקודה, או אז, הייתה מתעוררת השאלה אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אם לאו. אך לא אלו עובדות המקרה. מסתבר, שהמשימה של הטענת המטען והסעת החיילים הוטלה על המשיב על ידי המ"פ, ושזה לא היה במקום, ומבלי שזה היה ער לאופן ההטענה ואופן הסעת החיילים [...] בנסיבות אלה אין לומר שהמשיב נאלץ לבצע את ההטענה דווקא כפי שביצעה או להסיע את החיילים כפי שהוסעו מכוח פקודה של מפקדו.

בעניין אסולין¹⁶³ נשלח חייל להביא חיילים מהשדה לאחר שנהג 20 שעות ונח שעה בלבד; הוא לא מצאם, ובדרכו חזרה לבסיס ביצע תאונה. בית הדין קבע כי כיוון שמפקדיו הורו לו להביא את החיילים מנקודת האיסוף, מרגע שגילה כי החיילים אינם נמצאים בנקודת האיסוף פקודה זו לא חלה עליו יותר, והוא יכול היה לנוח לפני שנסע בחזרה לבסיס.

בעניין ג'מל¹⁶⁴ הואשם המערער בכך שאיבד שליטה על רכב ובעקבות כך נהרג חייל. המערער טען שכמה ימים לפני האירוע הודיע למפקדו כי אינו מסוגל לנהוג בשל מצבו הנפשי עקב מות גיסתו. למרות זאת פקד עליו מפקדו להמשיך לנהוג, בשל מחסור בנהגים ביחידה. בית הדין דחה את טענת הצידוק, בקבעו שמצבו הנפשי של המערער לא היה כזה שאינו מאפשר לנהוג, ולכן הוראת מפקדו לא הייתה רלוונטית כלל למעשהו הרשלני של המערער.

10.2 חריגה מתחום הפקודה

מקרה שבו התשובה לשאלה אם המעשה נעשה "על פי צו" היא מורכבת יותר, הוא מקרה שבו עשה החייל את מעשהו עקב הוראת מפקדו, אך חרג מתחום ההוראה.

162 99/87/ז (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' רשף, פד"צ 1987, 69, 77-76 (1987).

163 133/84/ז (ערעורים צה"ל) אסולין נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1984, 129 (1984).

164 246/69/ז (ערעורים צה"ל) ג'מל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1970, 4 (1970).

כך, בעניין ר'165 נקבע כי לא קמה למערער הגנת צידוק מכיוון שחרג מהפקודות. במקרה האמור שימש המערער מפקד של תצפית שנועדה לדווח על פעילות חריגה בכפר בית ליד. תושבי הכפר גילו את הכוח והתחילו להמטיר עליו אבנים. בתגובה ירה המערער כדור חי אחד כלפי אדם שנראה כמסית העיקרי, וזה מת מפצעיו. המערער טען כי פעל בהתאם להוראות הפתיחה באש, ולכן קמה לו הגנת צידוק.

בית הדין קבע כי המערער חרג מהוראות הפתיחה באש שכן אלה חייבו פעולה הדרגתית וירי רק כאשר "מתקיימת סכנה ממשית ומידית לחיים", ואילו בית הדין סבר כי סכנה כזו לא התקיימה בשטח. כמו כן, במקרה של יידוי אבנים אפשרו הוראות מבצעיות אג"ם ירי של כדור גומי שאינו מסכן חיים, וגם זאת רק לאחר נקיטת אמצעי הרתעה אחרים. לכן קבע בית הדין כי גם הוראות אלו לא יוכלו להקים למערער הגנה. בית הדין הרשיע את המערער, בקבעו כי לא קמה לו הגנת הצידוק מכיוון שחרג מסמכות הירי שניתנה לו על פי הפקודות.

בעניין מאיר¹⁶⁶ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתיפאדה) טען הנאשם כי ציית להוראת שר הביטחון שהתפרסמה באותו זמן בתקשורת – "לשבור ידיים ורגליים" של מִפְרֵי סדר. בית הדין הצבאי המיוחד דחה טענה זו, בין השאר, מהסיבה, שגם לו היה מקבל את הטענה שהנאשם פעל בהוראת השר (טענה שבית הדין דחה מבחינה עובדתית) הרי שהנאשם חרג מהוראת השר, שכן הנאשם הורה לאסוף מביתם אנשים שלפי השב"כ נהגו להשתתף בהפרות סדר ולהכותם ואילו שר הביטחון התייחס בדבריו להתנהלות המצופה לדידו מחיילים במהלך פיזור של הפרת סדר אלימה (וכן, לא היה ראוי לפרש דברים אלו באופן מילולי). אמר בית הדין:

הנאשם התיימר לפעול לפי מסר, ולפי פרשנותו שלו את המסר, והפרשנות הזו היא כולה שלו ובאחריותו – ביחוד כאשר מתברר מכלל הראיות שמסר כזה אף לא נשלח.

דברי השר מתייחסים לאופי התגובה על הפרות סדר אלימות – ואין בהם היתר לשימוש במכות כפי הפרוש שנתן להם הנאשם בפועל.

בעניין צורף¹⁶⁷ (פקודה לנהג אמבולנס צבאי לנהוג בניגוד לכללי הבטיחות), שם קיבל הנהג פקודה לעקוף טור מכוניות שעמד בפקק, ציית הנהג לפקודה והאיץ את מהירות כלי הרכב מבלי שמפקד הנסיעה הורה לו לעשות כן, ועל אף תנאי הדרך הקשים. במהלך העקיפה התנגש הנהג ברכב שנסע בכיוון הנגדי. בתאונה האמורה נהרגה נהגת הרכב. הנהג הועמד לדין בגין גרימת מוות ברשלנות וטען להגנת צידוק. בית הדין דחה טענה זו. בין השאר קבע בית הדין כי החלטתו של הנהג לנסוע במהירות מואצת חרגה מהפקודה:

עת עסקינן בפקודות הנוגעות לנהיגה, האדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו. לפיכך, גם מקום בו מדובר במתן פקודה/הוראה, הרי שבתחום זה, בית המשפט מותיר את האחריות על הנהג לגבי בטיחות הנהיגה.

165 ע/160/91 (ערעורים צה"ל) ר' ג' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1991, 156 (1991).

166 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס"ב 1.

167 עניין צורף, לעיל ה"ש 99.

אחריות זו באה לידי ביטוי בחובתו לסרב לפקודה הנוגדת את הוראות הבטיחות ובחובתו להפנות את תשומת לב המפקד למפגע בטיחות שעלול להתרחש בנסיעה.

בענייננו, ראשית, הפקודה לעקוף את טור המכוניות לא התייחסה למהירות הנסיעה. כך שבנסיונות דגן, היינו, כביש בעייתי ורטוב, בעקומה ושדה ראייה שאינו ברור לחלוטין, קיום פקודה זו שמשמעה כניסה מסוימת לנתיב הנגדי יתכן ויכול היה להתמשך תוך האטה משמעותית ביותר של האבירבולנס בעת ביצוע העקיפה.

שנית, הנאשם כנהג, היה מודע באופן ברור ביותר לסכנות הטמונות בדרך בה נהג, מה גם שמפקדו עסוק היה בדיווח לרופא. כך, שמחובתו היה לנהוג בהתאם לתנאי הדרך, או לכל הפחות להסב את תשומת לב המפקד לאי הבטיחות שבעקיפה או לאי בטיחות שבהמשך נסיעה מהירה במהלך העקיפה.

נוכח האמור לעיל, החלטנו כי על הנאשם לא חלה במקרה דגן הגנת הצידוק [ההדגשה הוספה].

בעניין אדלר¹⁶⁸ (פרשת גבעתי א) הועמדו לדין ארבעה חיילי גבעתי אשר בעת מרדף אחר מידיי אבנים פרצו לבית שבו סברו כי הם מתחבאים, היכו את בעל הבית בקתות הרובים וקפצו על מיטתו בעת שהיה מתחתיה, לעיני ילדיו.

המעשים אירעו לאחר שיצאה פקודת אג"ם ופורסמה אגרת הרמטכ"ל בדבר טיפול חוקי במפרי סדר, שאסרו ענישה פיזית שלהם, אך בשטח עדיין התקיימו פקודות מילוליות המורות על ענישה פיזית. המנוח כלל לא היה מפר סדר, ולכן הכאתו על ידי הנאשמים חרגה אף מגבולות הפקודה שהורתה על ענישה פיזית של מפרי סדר. לפיכך פסק בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום: "נדמה כי תנאי מוקדם [ל]תחולתה של הגנת הצידוק, שאומנם פעלו במסגרת ד' אמותיה. חריגה מגדר הפקודה שוב לא תוכל לסייע בידיו של הטוען שפעל בגידרה".

בעניין לויט¹⁶⁹ (פרשת גבעתי ב) דובר במקרה של הכאה קשה של שני מפרי סדר בהתאם למדיניותה של שרשרת הפיקוד, שהורתה על ענישתם הפיזית. החיילים תפסו את שני החשודים עת שהו בדירת משפחתם, היכו אותם בדירה, נסעו עמם בג'יפ ותוך כדי הנסיעה הראו לעוברי דרך כיצד הם מכים בהם. בתום הנסיעה לקחו החיילים את מפרי הסדר לחורשה ושם המשיכו במתן המכות. אחד ממפרי הסדר מת מפצעיו סמוך לאחר מכן.

בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום הגיע למסקנה כי החיילים שביצעו את המעשה חרגו מהפקודות האמורות – הן בכך שהיכו את מפרי הסדר בחורשה אף שלא היה כל צורך מבצעי להזיזם מהמקום שבו נתפסו, והן מבחינת עוצמת המכות והאיברים שהוכו, ולכן הרשיע את הנאשמים.

168 דר/248/88 (צבאי דרום) התובע הצבאי נ' אדלר, פס' 12 לחלק שכותרתו "ההיבט המשפטי" (לא פורסם, 25.5.1989) (נספח כח להלן).

169 דר/93/89 (צבאי דרום) התובע הצבאי נ' לויט (לא פורסם, 1.10.90) (נספח ל להלן). פסק הדין עוסק בפרשה שהתרחשה לפני פרשת גבעתי א אך נדונה בבית הדין לאחריה.

בעניין ס'170 דובר בתושב פלסטיני שאנשי פת"ח פנו אליו לשם רכישת נשק. המערער הודיע לסוכן שב"כ על כך, וזה הורה לו לברר פרטים נוספים. המערער מכר את הנשק בלי שיצר קשר נוסף עם איש השב"כ, וטען כי בהוראת איש השב"כ היה משום צידוק להשלמת העסקה. בית הדין הצבאי לערעורים דן בערעור על החלטת בית המשפט הצבאי בלוד, דחה את הטענה וקבע כי המערער חרג מהוראת איש השב"כ ולכן לא קמה לו הגנת הצידוק.

בעניין מנסור¹⁷¹ קבע בית הדין כי המשיב, אשר ירה ברגלו של תושב בדואי בסיני עקב ויכוח מילולי ביניהם, חרג מפקודת הפתיחה באש שעל פיה ביקש לבסס טענת צידוק. לטענת המשיב, פקודת הפתיחה באש אפשרה לירות ברגליו של אזרח התוקף חייל. אולם בבית הדין נקבע כי אף אם התקיימה פקודה כזו – המשיב חרג ממנה בכך שירה באזרח שאיים עליו איום מילולי ולא תקף אותו, ולכן לא קמה לו הגנת הצידוק.

בעניין מיכאל¹⁷² קיבל המערער פקודה לשמור על חייל שנעצר ביחידה בגין אלימות. המפקד הורה למערער כי אם ינסה החייל העצור לברוח עליו לירות שתי יריות באוויר, ואם ימשיך החייל לברוח – עליו לירות לרגליו. החייל העצור הודיע שהוא אינו מוכן להיכנס למעצר והחל מתרחק מהמקום. המערער הזהיר אותו כי אם ימשיך ללכת הוא יירה בו, אך החייל המשיך ללכת. המערער ירה שתי יריות באוויר, ומכיוון שהחייל המשיך ללכת, כיוון המערער את נשקו אל עבר רגליו וירה – ירייה שפגעה בידו של החייל העצור.

בית הדין קבע כי מכיוון שהחייל העצור התרחק מהמקום בהליכה רגילה אין להגדיר את מעשהו כבריחה, ולפיכך חרג המערער מהפקודה ולא יכולה לקום לו הגנה של צידוק.

בעניין ח'173 דובר במפקד משלט (סג"ם ר'), אשר על פי פקודת המבצע היה עליו לירות בכל מסתנן ערבי החודר אל השטח שהוגדר באחריותו. באחד מסיריהם בשטח תפסו פקודיו אישה בדואית. האישה הובאה אל הבסיס וחיילי המשלט אנסו אותה. האישה התלוננה על כך באוני סג"ם ר', אולם זה החליט, לאחר הצבעה שערך בין חייליו, ש"הערבייה תשמש למשכב", וחילק מועדים לקיום יחסי מין עם האישה כך שבכל לילה היא "תעמוד לרשות" כיתה אחרת. ביום שלמחרת, בעקבות דרישת בירור מגבוה, שאל סמל ח' את סג"ם ר' מה לעשות עם האישה, וסג"ם ר' פקד עליו להרגה. האישה הועלתה לרכב עם סמל ח' וחמישה חיילים נוספים. כעבור 500 מטר עצר הרכב, שני חיילים כרו קבה, סמל ח' ירה ברקת האישה וחייל נוסף ביצע וידוא הריגה.

סג"ם ר' טען כי פקד להרוג את האישה על פי פקודת המבצע, שאפשרה לירות בכל מסתנן העובר בשטח. בית הדין דחה טענה זו מכמה סיבות, ובין השאר מכיוון שמרגע שנתפסה האישה ונלקחה

170 עבמ"ץ 23/86 (ערעורים צה"ל) ס' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 24.11.1986) (נספח כה להלן). במקרה זה לא דובר בחייל, אך נראה כי המסקנה לא הייתה משתנה אף אילו דובר בחייל.
171 ע/189/74 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' מנסור, פד"צ 1974, 264 (1974).
172 ע/222/65 (ערעורים צה"ל) מיכאל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1965, 196 (1965).
173 ע/147/50 (ערעורים צה"ל) ח' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 25.5.1951) (נספח ג להלן). לפסק דין נוסף בפרשה בעניינים של החיילים אשר לא השתתפו במעשי האונס והועמדו לדין כיוון שלא מנעו את המעשה, ראו ע/49/50 (ערעורים צה"ל) ב' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 10.8.1950).

למשלט היא אינה עוד "מסתנן הנמצא בשטח". לפיכך קבע בית הדין "שפקודת הקצין להוציא את הערביה להורג לא הייתה מעשה שנעשה 'לשם ציות לצו של רשות בת סמך'",¹⁷⁴ משמע, סג"ם ר' חרג מפקודת המבצע.

בת"פ דמיאניוק¹⁷⁵ הועמד הנאשם לדין בחשד להיותו הפושע הנאצי איוון האיום. בהרשיעו את הנאשם בחן בית המשפט המחוזי את שאלת קיומה של הגנת צידוק אשר יכולה לשמש עילה להקלה בעונש בעברות לפי החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. וכך אמר בית המשפט:

הנאשם לא אם ואכמן מן השורה, שאך מילא פקודות, אלא, שימש בתפקיד מרכזי במחנה המוות בטרבלינקה, ובמו ידיו השתתף ברציחת המוני אדם, הוא עשה כן בנפש חפצה, בהתלהבות ותוך גילוי יוזמה, מעבר לנדרש עליידי הממונים עליו. על כן לא נתקיימו כאן העובדות המקימות את ההגנת של 'כורח' לפי סעיף 21 לחוק העונשין, 'צורך' לפי סעיף 22 לחוק האמור, ו'צידוק' לפי ס' 24 לחוק זה, ודינו היה להרשעה גם אילו לא בוטלו ההגנות הנ"ל לגבי העבירות הקבועות בחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם [ההדגשה הוספה].

נראה כי החריגה מתחום הפקודה תיקבע לפי מבחן החייל הסביר בעת קבלת הפקודה, ולא לפי הבנת המפקד (נותן הפקודה) בדיעבד. אפשר להסיק זאת מעניין קזרנובסקי,¹⁷⁶ שם דובר בבזוקאי שקיבל פקודה לירות שלושה פגזים אל עבר עמדה בצד הירדני של "הקו העירוני" בירושלים ("עמדת הפינה"). המשיב ירה פגז אחד והפסיק, מכיוון שחשש שבעת טעינת הפגזים האחרים ייחשף לאש ויפגע. על כך שלא ירה את הפגזים הנוספים הועמד המשיב לדין בגין אי-קיום פקודה. סנגורו של המשיב טען שהפקודה הייתה לירות לעבר העמדה עד שתפסק ממנה האש, ומכיוון שהירדנים הפסיקו לירות מהעמדה לאחר הפגז הראשון, לא הפר המשיב את הפקודה. הסנגור סמך את טענתו על עדות המפקד נותן הפקודה (סרן חביב). בית הדין תיאר זאת כך:

לפי עדות זו כונתו של סרן חביב, בתיתו את הפקודה, היתה שהמשיב יירה עד שיווצר מצב של הפסקת אש, כלומר, שלא תהיינה יותר לירות לעברנו מצד 'עמדת הפינה'. לעומתו טען בפנינו ב"כ התצ"ר שעל משמעותה של הפקודה יש ללמד לא מפי סרן חביב, בבואו להעיד בבית הדין ובפרשו את הדברים שם, היינו, לאחר מעשה, אלא שיש להבינה באותו אופן שחייל סביר היה מבינה בעת הינתנה ובמסיבות בהן ניתנה.

נראים לנו דברי ב"כ התצ"ר מדברי הסניגור.

לפיכך הרשיע בית הדין את הבזוקאי. אמנם פרשנות זו ניתנה בקשר לעברה של אי-קיום פקודה, אולם נדמה כי ניתן לישמה גם לעניין סייג הצידוק.¹⁷⁷

174 עניין ח', לעיל ה"ש 173, פס' 53.

175 ת"פ (מחוזי ים) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ תשמ"ח (ג) 1, 367 (1988); בערעור על פסק הדין האמור זוכה הנאשם מחמת הספק: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993).

176 ע/185/62 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' קזרנובסקי, פס' 6 (לא פורסם, 19.12.1962). (נספח כ להלן). פסק הדין לא עסק בהגנת הצידוק אלא בעברה של סירוב לקיים פקודה.

177 לביקורת על פסק דין זה ראו הדיון להלן בחלק 11.4.

מקום שניתן לפרש את פקודת המפקד בכמה דרכים, ביניהן חוקיות ובלתי חוקיות, ואף אם הפרשנות הגוררת עמה הפרת חוק סבירה יותר, ייחשב חייל המפר את החוק לחורג מהפקודה.

כך נקבע בעניין רובנוב,¹⁷⁸ שם דובר בפקודה "לטפל" בחייל. המשיבים 1 ו-2 התעללו בחייל בעת מסע (בעטו בצלעותיו, סטרו לו ודחפו אצבעות לעיניו), לאחר שלא הצליח לקום ממקומו מפאת מצבו הבריאותי. לאחר ששבו מהמסע פקד המשיב 2 על המשיב 3 "לטפל" בחייל ועזב את המקום. המשיב 3 הריצו מסביב לאוהלים עם חגור וכשנשקו בתנוחת "טול" (תנוחה שבה מחזיקים את הנשק מעל הכתפיים בידיים ישרות), והורה לו לצעוק: "אני אעשה מה שהמפקד שלי אומר לי, אני לא אפר פקודה"; כמו כן הורה לו המשיב 3 לקום וליפול למי שלולית ולהשחיר את פניו בבוץ. המשיב 3 טען להגנת הצידוק עקב הוראתו של המשיב 2.

בית הדין קבע כי כל עוד לא הוכח שמשמעות הוראת "הטיפול" הייתה לבצע את המעשים שביצע המשיב, אזי: "אם קיבל המשיב הוראה 'לטפל' במתלונן, הרי לכל היותר היה רשאי להעבירו תרגיל נוסף כדין, אך לא יותר מזה". לפיכך קבע בית הדין כי לא "עומדת למערער השלישי הטענה של ציות לפקודה", מכיוון שחרג מהסמכות שניתנה לו בפקודה.

10.3 נפקותה של הוראה שניתנה בעבר

לעתים, בעת משימה מבצעית, מעשה בלתי חוקי, שנעשה כדי לקיים הוראה שלא הורתה במפורש על הפרת החוק, ייחשב לחוסה תחת הגנת הצידוק, אם בעבר נהוג היה לפעול בדרך דומה כדי לקיים הוראות קודמות דומות.

כך נקבע בעניין חננאל.¹⁷⁹ שם דובר במשיב אשר נהג ללא רישיון בעת פעילות מבצעית, איבד שליטה, התהפך ועקב כך נהרג חייל. בית הדין קבע כי אף שהחייל לא יצא לנסיעה עקב פקודה מפורשת, קמה לו הגנת הצידוק על סמך שילוב של הפקודה ליטול חלק בפעילות המבצעית והרשאות שניתנו למשיב בעבר לנסוע ללא רישיון. שיקולים מרכזיים בהחלטתו של בית הדין היו אופייה המבצעי של המשימה והעובדה שהחייל היה בקיא בנהיגה. כך אמר בית הדין:

בתנאי מקום זמן מסוימים עלול חייל הנהוג ללא רישיון כאמור ליהנות מההגנה שסעיף 19 נותן לו וזה בין אם הוא – החייל שאין לו רישיון נהיגה – מקיים פקודה מפורשת לנהוג או שהוא עושה כן אף ללא פקודה מפורשת אלא לשם קיום חלקו במשימה שהוטלה עליו בפקודה.

10.4 טעות בדבר תחולת הפקודה על מעשה מסוים

על פי הפסיקה לא ברור אם חייל השוגה בסברו כי הוראת המפקד מורה לבצע מעשה מסוים, אולם בפועל אין זה כך, טועה טעות במצב משפטי או טעות במצב דברים.

178 ע/113/61 (ערעורים צה"ל) רובנוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 30.10.1961) (תמצית בפד"צ 1961, 328).

179 ע/245/58 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' חננאל, פד"צ 1959, 4 (1959).

בעיין ח'180 (אונס ורצח המסתננת) נקבע כי מדובר בטעות במצב משפטי (טעות בדין לפי נוסח החוק באותה תקופה). שם טען סג"ם ר' כי אף אם לא הורתה לו פקודת המבצע לירות באישה הבדואית, קמה לו הגנת הצידוק מכוח טעותו לחשוב כי כך היו פני הדברים. בית הדין קבע כי מדובר בטעות במצב משפטי, ולפיכך היא אינה יכולה לשמש לו הגנה (כפי שקבע הדין באותה עת).

מפסיקה אחרת נראה, לכאורה, כי ההתייחסות אל טעות בתחולת הפקודה על מעשה קונקרטי מסווגת כטעות במצב דברים.

כך, למשל, בעניין ס'181 (פלסטיני שהשלים עסקת נשק, לטענתו, בהוראת סוכן שב"כ). בית הדין קבע שטעותו של ס', בסברו כי הוראת איש השב"כ לברר פרטים נוספים משמעותה להשלים את העסקה, אינה טעות כנה וסבירה. משמע, בית הדין בדק את הטעות בדבר רלוונטיות הפקודה על פי המבחן שהיה קיים באותה עת לבירור טעות במצב דברים (אשר כיום, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, מסתפק בדרישה של טעות כנה).

מקרה שבו לא ברור מפסיקת בית הדין באיזו טעות מדובר הוא עניין אדלר¹⁸² (פרשת גבעתי א). כך אמר בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום:

אומנם, יש לנו ספיקות כלשהם, האם שתיקתו של סגן טוייל, מפקדם של הנאשמים, היתה יכולה להחשב כפקודה ברת תוקף, אך היות והוא דווח כל [ה]עת על ידי הנאשמים על מה שמתרחש בתוך החדר והמריצים להתגבר על אותה התנגדות ולהותיר את המנוח בחדר עד אשר יגיעו כלי הרכב למקום, אנו מוכנים לבחון את התנהגות הנאשמים שאכן פעלו במסגרת פקודתו של מפקדם.

בכל מקרה יכולנו להגיע לאותה תוצאה, על ידי אימוץ טענת הנאשמים שאף אם מפקדם לא הורה להם במפורש לנהוג כמנוח כאילו היה מפר סדר, הרי הם טעו לחשוב שזו היתה פקודתו. במקרה זה הייתה עומדת להם טענת ההגנה, של טעות בעובדה [...] זאת נוכח מה שהתרחש באותו מקום, ונסיבות אותו הזמן [ההדגשה הוספה].

ספק אם מקביעה זו של בית הדין אפשר ללמוד על נקיטת עמדה חד-משמעית בסיווג הטעות בדבר תחולת הפקודה על מעשה קונקרטי כטעות במצב דברים. לא ברור מהי טענתם של הנאשמים: האם טעו בסברם כי הפקודה הנוגעת לטיפול במפְּרִי סדר חלה על המקרה (או אז מדובר בסוגיה שבענייננו כאן), או שמא טעו בסברם כי שתיקתו של המפקד (בצירוף המרצתו להתגבר על ההתנגדות) היא פקודה.¹⁸³

בתיקון 39 לחוק העונשין שונה החוק בכל הנוגע להגנה בדבר טעות במצב משפטי ("טעות בדין" לפני התיקון); בסעיף 34 יש נקבע כי אם "הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" היא תשמש סייג לאחריות הפלילית.

180 עניין ח', לעיל ה"ש 173.

181 עניין ס', לעיל ה"ש 170.

182 עניין אדלר, לעיל ה"ש 168, פס' 11-10 לחלק שכותרתו "ההיבט המשפטי".

183 לדיון בטעות מסוג זה ראו להלן חלק 11.10.

לדידי, הקושי בסיווג הטעות בדבר תחולת הפקודה נובע מהקושי הבסיסי בסיווג פקודה כנורמה משפטית לכל דבר ועניין. לכאורה אין ספק כי פקודה היא נורמה צבאית המחייבת חייל לציית לה. אך מנגד, העובדה כי פקודה ניתנת בהליך אשר אינו דורש כל פרוצדורה רשמית מקשה עד מאוד לראותה כנורמה משפטית ולבטח מטיל ספק בשאלה אם אפשר לראות בה "דין". נוסף על כך, פעמים רבות היא מועברת לחייל מהמפקד באמצעות גורם שלישי (כגון חייל אחר המעביר לחייל הראשון את דברי המפקד) ועקב כך לשונה עשויה להתעוות בקלות, ופעמים רבות נותר בידי החייל שיקול דעת רב; לכן ניתן להבין מדוע התקשו בתי הדין להחיל על הפקודה את הכלל אשר קדם לתיקון 39, שעל פיו טעות בדיון אינה גורמת להחלת סייג לאחריית הפלילית.

עם זאת כיום שונה המצב בעקבות תיקון 39 כך ש"טעות במצב משפטי" תשמש סייג להרשעה בפלילים אם "הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר", ולכן נראה כי לא צריך להיות קושי לסווג את הטעות בדבר תחולת הפקודה כטעות במצב משפטי. בקביעה אם בנסיבות קבלתה של הפקודה יכול היה החייל למנוע את הטעות באופן סביר ראוי להתחשב באופייה האפורמלי יחסית של הפקודה הצבאית, ולאמץ מדיניות שיפוטית מקלה.

11. צו המחייב ציות – פקודה

מערכת היחסים בין מפקד לחייל מבוססת על מגוון רב של פעולות, בהן הוראות מפורשות, תשובות לשאלות, אישורים מפורשים, אישורים מכללא, עצות, הדרכה ושתיקה, לצד מתן חופש פעולה לפקוד. ככלל, הגנת הצידוק עקב ציות לצו של רשות מוסמכת תקום אך ורק אם לפעולת המפקד כלפי החייל יתלווה איום בסנקציה.

11.1 פקודה: מבחן הסנקציה

הכלל בפסיקה הוא כי צו שנתן מפקד בעת ששימש בתפקידו יקים לחייל הגנה של "צידוק עקב ציות לצו של רשות מוסמכת" אם צו זה הוא בגדר פקודה. צו המפקד ייחשב לפקודה אך ורק אם מדובר בצו אשר החייל היה מחויב לבצעו ואשר אם לא היה מבצעו הוא עשוי היה להיות מועמד לדין מכוח סעיפים 122-124 לחש"ץ. מבחן זה לזיהוי פקודה מכונה "מבחן הסנקציה".

בעניין גרינברג¹⁸⁴ פרצו לוכדי עריקים לבית לא נכון. הם אזקו את ידיו של בעל הבית שהתנגד לכניסתם, ועקב כך נגרמו לו חבלות. המערער 2 טען להגנת הצידוק, מכיוון שפעל בהוראת מפקדו. בית הדין דחה טענה זו:

אכן יתכנו מקרים בהם ניתן ללמוד על קיומה של פקודה גם אם אין מדובר בלשון ציווי, בה השתמש נותנה. זאת כאשר ברור לנותן ומקבל הפקודה כאחד, מתוך הקשר הדברים וכלל הנסיבות, כי מדובר בפקודה שהפרתה עלולה לגרור העמדתו לדין של המקבל בעבירה של אי קיום או סירוב למלא פקודה. דומה כי לא זה המצב בענייננו. סמל גל אינו טוען כלל ועיקר כי הורה לרב"ט אלון לסייע לו בכבילתו של המתלונן ואיננו סבורים כי ניתן היה להבין מהתנהגותו כי על המערער מס' 2 היה לעשות מעשה, בתוקף פקודה מחייבת. נוסף עוד כי אין לשלול את האפשרות כי בשלב הבא, היה סמל גל מורה מפורשות את רב"ט אלון להשתתף עימו בהנחת האזיקים על ידיו של המתלונן אך מאחר שהמערער 2 לא המתין לקבלת הוראה שכזו – אין הוא יכול לחסות בצילה של הגנת הצידוק. הגנה זו נועדה – בעיקרו של דבר – להגן על מי שנאלץ לבצע פקודה בלתי חוקית (ומלבד שאין מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל), מחשש שיבולע לו על ידי מפקדו. בהיעדר הצורך להכריע בין שתי דרכי פעולה, דהיינו: בין ביצוע פקודה לבין הימנעות מעשיית מעשה בלתי חוקי – אין כל טעם והגיון להגן על העבריין [ההדגשה הוספה].

בעניין הרמן¹⁸⁵ הואשם המערער בכך שהכה פלסטינים במהלך האינתיפאדה. המערער טען כי מפקדיו עסקו אף הם בהכאה כאמצעי ענישה, כי דיווח להם על מעשיו וכי המפקדים הסכימו להם. בית הדין דחה טענה זו מבחינה עובדתית, אך קבע שאף אם מפקדיו הסכימו למעשיו לא מדובר בפקודה ולכן לא קמה למערער הגנת הצידוק:

הסכמת מפקד במפורש, במשתמע או בשתיקה אינה בגדר צו. משמעות המונח 'צו' הינה

184 183/93/ע (ערעורים צה"ל) גרינברג נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1993, 280, 292 (1993).

185 96/92/ע (ערעורים צה"ל) הרמן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1992, 52, 58 (1992).

הוראה שאי קיומה יעמיד את החייל בסכנה של הרשעה בעבירה של אי קיום או סירוב למלא פקודה.

בעניין מאיר¹⁸⁶ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתיפאדה) טען הנאשם, בין השאר, כי ציית להוראת שר הביטחון שהתפרסמה באותו זמן בתקשורת "לשבור ידיים ורגליים" של מפרי סדר. בית הדין הצבאי המיוחד דחה טענה זו מכמה טעמים, ובהם זה:

על מנת לחסות בצילה של פקודה כלשהי צריך המציית לה להיות נכפה על פיה. אין הנאשם טוען שאלמלא ציית להוראת שר הביטחון היה לו לחשוש מסנקציה כלשהי [ההדגשה הוספה].

בעניין יקותיאל¹⁸⁷ דובר במפקד שלשם פיצוץ "מטעני חיקוי ירי" השתמש בפתיל באורך שמונה ס"מ במקום בפתיל באורך חמישה-עשר ס"מ, כפי שנדרש בהוראות הבטיחות. עקב כך התפוצץ אחד המטענים לפני שהחייל שהפעילו (פקוד של המערער) הספיק להתרחק. החייל איבד את ידו השמאלית, וידו הימנית נפגעה. המערער טען שמפקדו ידע על כך שהשתמש בפתילים קצרים, וכי שתיקתו של מפקדו הייתה מבחינתו אישור מכללא, ולפיכך היא נופלת לגדרו של צו מחייב של רשות מוסמכת. בית הדין דחה טענה זו בדעת רוב:

רוב השופטים סבור כי אין לראות באישור מכללא, שהמערער קיבל ממפקדו, משום צו כאמור בס' 19. אמת ונכון הוא כי במסגרת היחסים בצבא, בין מפקד לפקודו, ניתן למצוא בהתנהגות מסוימת משום פקודה, תהיה זו פקודה מפורשת או פקודה מכללא. יתכן אף כי במסיבות מסוימות ייכנס גם אישור כזה בגדר צו הנוכח בסעיף 19 לפח"פ. אולם המבחן הוא, אם חייב עושה המעשה להישמע לאותו צו, ואם קיימת סנקציה במקרה של אי מילוי, היינו, אם אפשר להביא את הפקוד לדין בשל אי קיום פקודה [ההדגשה הוספה].

בעניין יגאל¹⁸⁸ הועמד המשיב לדין באשמת אי-שמירתו של רכוש צבאי לאחר שהדליק תנור בישול בתוך אוהל וגרם לדלקה. המשיב טען כי מפקדו נכח במקום והורה לו לבשל ארוחה טרייה לחיילים, ומכיוון שהיה יום חם לא היה אפשר לבשל בחוץ. עוד טען החייל כי מפקדו ראה אותו מכניס את התנור לאוהל ולא העיר לו על כך דבר, ולכן יש לראות בשתיקתו של המפקד פקודה המקימה הגנת צידוק. בית הדין דחה טענה זו:

המבחן צריך להיות מבחן של סנקציה. השאלה היא, אם ניתנה הוראה שאי קיומה לפי המשפט הצבאי יביא את החייל בגדר סכנה של אי-ציות אם לא? ברור ששתיקת המ"פ כשראה את התנור הבוער באוהל לא הייתה בשום פנים צו אשר אי הציות לו היה מביא את המשיב הפלילים [!]. ואם כך הדבר אין מקום לטענה של ציות לצו מחייב [ההדגשה הוספה].

בהקשר זה אמר גם הדר: "פקודה הינה הבעת רצון של הגבוה בדרגה כלפי הנמוך בדרגה, המתייחסת לנושא מסוים ושאלם לא ימלא אחריה יענש".¹⁸⁹

186 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס' 5(ב1).

187 ע/152/65 (ערעורים צה"ל) יקותיאל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1967, 1, 5 (1967).

188 ע/145/60 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' יגאל, פד"צ 1960, 412, 415 (1960).

189 ראו הדר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 162.

11.2 פקודה: היעדר דרישות צורניות פורמליות

כדי שהוראת המפקד תיחשב לפקודה אין היא צריכה לעמוד בדרישה צורנית רשמית, אך על המפקד ליתן פקודותיו כך שיהיו ברורות. לא ניתן להרשיע חייל בעברה של סירוב לקיים פקודה מבלי שיוכח כי המפקד נקט אמצעים סבירים כדי להבהיר לחייל שמדובר בפקודה, משמע הבהיר לחייל את הסנקציה העלולה להינקט נגדו אם לא יציית.

הדר סיכם את ההלכה בדבר היעדר דרישה צורנית פורמלית:

אם המפקד אומר למשל: 'נא קרא לי ראובן' המילה 'נא' בעברית מביעה בקשה, ועל זה הטוען שהיתה פה פקודה הראיה. כל דבר תלוי כמובן בנסיבות העניין [...] פקודה יכולה להינתן גם בשאלה למשל – 'אתה רוצה להביא לי את כובעי? או אפילו בויכוח [...] לגבי אופן מתן הפקודה יתכנו מספר צורות: בעל פה פנים אל פנים; בעל פה אך לא פנים אל פנים למשל באלחוט או בטלפון; בכתב באופן בלתי אמצעי; ע"י הדאר; באמצעות רץ או שליח; פקודות בסימנים או קודים; דגלים וכד'.¹⁹⁰

עמד על כך בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אליהו.¹⁹¹ במקרה האמור דובר בשלושה חיילים, אשר שמרו על מבנה ציבורי ונתפסו "שוברים שמירה": שניים שיחקו קלפים ושלישי נרדם. המפקד שתפס אותם שלף את אקדחו והורה להם להישאר בתנוחה שבה נמצאו, כדי שהשוטרים הצבאיים שאותם הזעיק "יראו את המצב האמיתי שבו נתפסו החיילים". המערער, שנתפס ישן, סירב להישכב מחדש בתנוחה שבה ישן ודרש לעמוד, ולכן הואשם בבית הדין גם בעברה של סירוב לקיים פקודה. המערער טען, בין השאר, כי הוראתו של המפקד ניתנה לו "בשיחה רגילה" ולא בנוסח של פקודה, ולכן לא ניתן לראותה ככזו. בית הדין דחה טענה זו:

לא נוכל להסכים להשקפה זאת. אין כל צורך כי הפנייה מצד המפקד לפקודו בדבר עשיית או הימנעות מעשיית פעולה מסוימת תכיל בה ביטוי של 'אני מפקד' או 'אני מצווה עליך', דווקא, כי מספיק שהפקודה, או ההוראה, תהיה נובעת ומובנת מתוך דבר המפקד לפקודו.

אולם, לעניין חובתו של המפקד להבהיר לחייל כי הוראתו היא פקודה אמר בית הדין:

נראה לנו כי מחובתו של מפקד להביע תמיד את פקודותיו והוראותיו בצורה ברורה ומשכנעת ואף לדאוג לכך שהחייל יתפוס את תוכנן ויבין את כוונתן די הצורך. מן הראוי גם אחר זאת כשהחייל מהסס משום מה, להתרות בו על התוצאות הצפויות לו על אי הציות ולתת לו את ההזדמנות למלא את הפקודה. ואם בכל זאת החייל מראה התנגדות עקשנית וחזונית לפקודת הממונה עליו, רק אז יהיה מקום להאשים אותו בסירוב למלא פקודה מתוך התכחשות לסמכות בודון [ההדגשה הוספה].

חובתו של מפקד להבהיר לפקודו כי ההוראה שנתן מלווה בסנקציה נקבעה גם בעניין אלכסנדר.¹⁹²

190 שם, בעמ' 163.

191 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 88-89.

192 208/51/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' אלכסנדר, פד"צ 1951-1953 א 141, 147 (1951).

שם הואשם המשיב בעברה של סירוב לקיים פקודה לאחר שבתגובה להוראתו של האלוף לסקוב לשוב לקורס מג"דים אמר: "אתה לא תגיד לי מה לעשות". בית הדין הצבאי לערעורים, בהרכב של חמישה שופטים, זיכה את המשיב וקבע כי צריך ש"פקודה תהיה ברורה למקבלה ושהוא ידע אפילו את תוצאות הסירוב למלאה". לאמור, מחובתו של המפקד להבהיר לפקודו את הפקודה ואת הסנקציה הנלווית לסירוב לה.

עם זאת, חובתו של מפקד להבהיר לפקודיו כי הוראתו מלווה בסנקציה אין משמעותה כי כל פקודה צריכה להינתן בדרך של הוראה ישירה וכי לא יכולות להתקיים פקודות מכללל.

כך, למשל, בעניין עופר¹⁹³ (הערעור בפרשת כפר קאסם) הכיר בית הדין בתשובות לשאלות כפקודות. באותו עניין דובר בעוצר אשר עקב תחילתו של "מבצע קדש" הוטל על יישובים ערביים שונים במדינה, שהיו כפופים לממשל צבאי. מפקד הגדוד רס"ן מלינקי (אפשר שבהתאם לפקודה שקיבל ממפקד החטיבה) הנחה את חייליו כי באזורים הנתונים לאחריותם עליהם לירות בכל אדם הנמצא מחוץ לביתו לאחר שעת העוצר. לאחר שניתנו ההנחיות בדבר אופן אכיפת העוצר שאלו פקודיו של מלינקי כיצד לפעול אם מדובר בנשים וילדים וכיצד לפעול אם מדובר באנשים החוזרים מעבודתם ואינם מודעים לעוצר. על פי גרסה אחת תשובתו של רס"ן מלינקי הייתה כי "דינם כדין כולם", ועל פי גרסה אחרת נאמר כי השיב: "אללה ירחמו". בדונו בסוגיה אם דין התשובות לשאלות ההבהרה כדין פקודות, פסק בית הדין: "אין חולקין שגם לתשובות אלו היה תוקף של פקודה".

אם מהתשובה לא משתמע שאי ציות יגרור סנקציה, זו לא תיחשב פקודה. כך, למשל, בעניין עזריה¹⁹⁴ דובר בשני חיילים אשר קיבלו פקודה לפנות ארגז תחמושת שהונח קרוב לגדר הבסיס. המערער 1 היה מפקדו של המערער 2. בהגיעם למקום ראו המערערים כי מדובר ברימונים מסדרה שאינה בשימוש ביחידה, ולידם מצאו שקיות עם אלפי כדורים. עקב כך החליטו השניים לא לגעת בתחמושת ולדווח על שמצאו. בהגיעם לבסיס דיווחו המערערים על התחמושת למדריך הראשי (מד"ר) ולמפקד פלוגת המפקדה, אולם עד למחרת לא נעשה דבר. המערער 2 פנה אל המערער 1 ושאל אותו מה לעשות, והמערער 1 השיב לו: "אם הם לא רוצים לתת לנו רכב זה בעיה שלהם, אנחנו את שלנו עשינו". כעבור חודש מצאה המשטרה את הרימונים מחוץ לבסיס, אך הכדורים לא נמצאו.

המערערים הועמדו לדין בגין אי־שמירתו של רכוש צבאי. המערער 2 טען כי קמה לו הגנת הצידיק מכוח תשובתו של המערער 1. בית הדין דחה את הטענה שמדובר בפקודה וקבע כי בתשובת המערער 1 יש "לכל היותר הבעת דעה" ולא פקודה ולכן אין בה "כדי לשמש פטור ממילוי משימה".

גם הוראה מותנית יכולה להיחשב לפקודה. למשל, חייל פונה אל מפקדו בשאלה אם לבצע פעולה מסוימת; מפקדו מותיר בידו את שיקול הדעת אם לבצע את הפעולה, אך אומר לו שאם הוא מחליט לבצעה יהיה עליו לעשות זאת בדרך מסוימת. הוראה זו תיחשב לפקודה כל עוד יוכל החייל להסיק כי אם יבצע את הפעולה בדרך אחרת מוזו שהנחה המפקד עלולה להיות מוטלת עליו סנקציה.

193 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 27.

194 ע/270/81 (ערעורים צה"ל) עזריה נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1981, 252, 258 (1981).

ניתן ללמוד זאת בדרך היקש מפסיקת בית המשפט העליון בעניין ליפקה¹⁹⁵ (אם כי בהתאמות המחייבות, שכן שם דובר באורח ובשוטר), שבו התגונן המערער מפני עברה של החניית מכונית בשולי כביש בדרך בין-עירונית בטענה שקמה לו הגנת הצידוק. המערער הגיע למחנה צבאי, ושוטר אמר לו כי הוא אינו יכול להיכנס למחנה בשל מצעד שהתקיים במקום; לשאלת המערער היכן להחנות את רכבו השיב השוטר כי יחנה בשולי הדרך. נשאלה השאלה אם תשובת השוטר היא צו המחייב ציות. אמר בית המשפט:

נראה לנו כי הוראה על ידי שוטר [...] משמשת הגנה טובה לאדם המציית לה אף אם אותה הוראה לא ניתנה בלשון ציווי, ואף אם בנסיבות המקרה, הייתה הברירה בידי מקבל ההוראה לוותר על המטרה שהציב לפניו כשהגיע למקום.

משמע, המערער יכול היה לוותר על רצונו לחנות באזור; אך משהחליט לחנות באזור יש לשער שהייתה מוטלת עליו סנקציה (ד"ח) אם היה חונה במקום אחר מזה שהנחה אותו השוטר, ולכן מדובר בהוראה המחייבת ציות.

במקרים מסוימים, על פי ההלכה שנקבעה בעניין בלק,¹⁹⁶ יוכל החייל לדרוש ממפקדו אישור בכתב למתן הפקודה. באותו מקרה דובר במפקד גדוד שהורה לחייל לפעול בניגוד לפקודות מטכ"ל הנוגעות להעברת ציוד מבוקר. החייל, אשר הכיר את ההוראה הנגזרת מפקודת מטכ"ל זו, סירב לציית לפקודה אך הביע נכונות לציית לה אם ייתן לו המפקד פקודה בכתב. לעניין דרישת הפקודה בכתב אמר בית הדין:

אמנם אנו מכירים באפשרות שיהיו מקרים שע"י מילוי פקודה עלול הפקוד לעמוד בפני סכנה של אשמה פלילית או שהמעשה שהוא נדרש עלול לגרום למות או לנזקים גדולים שאין לתקנם, במסיבות שקיימים ספקות לגבי חוקיות הפעולה. כמו כן יכולים להיות מקרים שתינתן פקודה לפעול בניגוד להוראות הצבא בענייני רכוש או כספים לאדם שלפי חוקי הצבא הוא הנושא באחריות עבור הרכוש או הכספים וממנו יתבע חסרונם. במקרים כאלו ואנו מרגישים כי אין רשימה זו ממצה, יהיה זה הוגן כי נותן הפקודה ייתן אותה בכתב.

11.3 פקודה: הוראת מפקד המותירה שיקול דעת

פקודה מותירה לרוב מידה מסוימת של שיקול דעת לחייל, כדי שזה יוכל להתאימה לתנאים בשטח; אך נשאלת השאלה אם קיים מצב שבו עקב מרחב שיקול הדעת שנותר אצל החייל אי-אפשר עוד לומר שלהוראות המפקד נלווית סנקציה.

על פי גישה אחת, אם לפקודה יכולים להיות כמה פירושים סבירים, ייחשב חייל כאילו פעל בהתאם לפקודה כל עוד פעל בתחומם של פירושים סבירים אלו, אף אם גרם בפועל לתוצאה פוגענית יותר מזו שאליה התכוון המפקד.

195 המ' 510/71 ליפקה נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 797, 799 (1971).

196 141/50/ע(ל) (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' בלק, פד"צ 1950-1948, 285, 287 (1951).

כך, למשל, נקבע בעניין שריקי¹⁹⁷ (פרשת גולני), שם דובר באירוע שהתרחש בחודש הראשון של האינתיפאדה. במהלך סיור בעיר עזה הבחינו חיילי גולני בצעיר שיידה לעברם אבנים. הם הוציאו אותו מביתו, הסיעו אותו לחורשה סמוכה והיכו אותו בגפיים באמצעות אלות במשך כמה דקות. במשפט הוכח כי מפקד החטיבה הורה בתדריך בע"פ להכות עצירים בגפיים לצורכי ענישה והרתעה, אולם לא לגרום להם נזק גופני המצריך טיפול רפואי ולא להכות אדם כפות. מפקד הגדוד, אשר נתן את הפקודה הישירה לנאשמים, טען כי הוא עצמו היה מוותר על המכות שניתנו לעציר בחורשה ומסתפק באלו שניתנו לעציר כאשר נתפס, אך הוסיף כי: "בית שמאי שהבין (את הפקודה) – היה מביא עוד שתי חורשות [כלומר מכה כפליים]".

וכך אמר בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון:

צא ולמד, איפוא, כי פקודת מפקד – ככל שתהא סדורה ברורה ומפורטת – וכאלה היו פקודותיו של נוריאל – אין היא יכולה לתת מענה לכל התפתחויותיו של ארוע בשטח. [...] גם שקול דעת שנמצא בדיעבד מוטעה – שהופעל בתם לב – לא ימצא חורג מפקודה – ואין נוריאל סבור כי שריקי טעה – שכן אין הוא שם שקול דעתו שלו – ברמתו ומנקודת מבטו בדיעבד – במקום שקול דעת המפקד בשטח.¹⁹⁸

תמיכה לגישה זו אפשר למצוא גם בדעתו של אחד השופטים בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין תשובה.¹⁹⁹ המשיב, מפקד כיתה ברמת הגולן, הועמד לדין לאחר שירה באיש מילואים בעת הפסקת האש לאחר מלחמת ששת הימים. הוא קיבל הוראה לעצור מכונית שהתקרבה אל כיתת החיילים; חיילי כיתתו ירו באוויר ולעבר המכונית כדי לעצרה, משום שחשבו כי מדובר במכונית סורית. מפקד המחלקה הורה לחיילים להפסיק את הירי, אך הם לא שמעו את הוראתו. המשיב, שראה כי גם לאחר הירי של חייליו לא נעצרה המכונית, ירה לעבר מנוע המכונית. מירי זה נהרג איש המילואים שישב ליד נהג הרכב.

כלל השופטים סברו כי יש לזכות את המשיב עקב טעותו הסבירה והכנה שמדובר ברכב אויב. אחד השופטים סבר גם כי יש לראות במעשי המשיב מעשים שנעשו לשם ביצוע הפקודה לעצירת המכונית. כך נאמר בפסק הדין:

דעת אחד השופטים היא, שאכן אין לראות במעשהו של המשיב מעשה בלתי חוקי ויש לבחון את התנהגותו במסגרת אותו כלל האומר כי חייל המקבל פקודה חוקית רשאי להשתמש באותם צעדים סבירים הנחוצים לצורך ביצוע אותה פקודה. ברור שיש לבחון את אותה התנהגות על רקע הנסיבות הסובבות את המקרה. במקרה דנן קיבל המערער הוראה לעצור מכונית שסביר היה להניח כי מכונית אויב היא. המשיב נקט במספר צעדים על מנת לקדם את פניה ורק בשלב קריטי, שהיה ברור לו שלא ניתן לעצור אותה מכונית אלא ע"י שימוש באש, פתח בירי בה. במסיבות אלה אין לומר כי עבר הוא עבירה כל שהיא שיש לסלוח לו עליה. כמובן שאין דעתו של אותו שופט כי עצם מתן הפקודה

197 צפ/556/88 (צבאי צפון) התובע הצבאי נ' שריקי 64 (לא פורסם, 15.6.1989) (נספח כט להלן).
198 שם.

199 ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' תשובה, פד"צ 1967, 472, 476 (1967).

לעצור את המכוננית תצדיק את פתיחת האש. לדוגמא, סבור הוא שלו היה ברור למשיב כי עניין לו עם מכוננית ישראלית שנוסעיה לא ביצעו פשע בנוכחותו, ודאי שאסור היה לו לפתוח עליה באש.

לעומת זאת, על פי גישה אחרת, אם הוראת מפקד עשויה להוביל לתוצאה פוגענית, חייב החייל לחזור אל מפקדו כדי לקבל הבהרות לגבי אופן ביצועה, אם הנסיבות מאפשרות זאת. רק אם לאחר קבלת הבהרות האמורות צומצם מרחב שיקול הדעת של החייל עד כדי כך שרק פעולה אחת תיחשב ללא מפרה את הפקודה, והחייל ביצע פעולה זו ובכך הפר את החוק, או אז תוכל לקום לחייל הגנת הצידוק (בהנחה שהפקודה אינה בלתי חוקית בעליל). אולם אם נותר החייל עם הוראה אשר מותרת לו שיקול דעת, לא תוכל לקום לו הגנת הצידוק.

כה, למשל, בעניין גרינברג (לוכדי העריקים) קבע בית הדין כי הגנת הצידוק תקום רק אם מדובר בפקודה "הנוטלת את שיקול הדעת ממקבלה"²⁰⁰.

בעניין אסולין²⁰¹ (נהג שקיבל הוראה לאסוף חיילים לאחר שנח רק שעה והתהפך עם רכבו) קבע בית הדין: "כאשר ניתנה הפקודה לנסוע לנקודת האיסוף, גם אז לא ניתן היה להבין כי היא פוטר את המערער מהפעלת שיקול דעתו או שיש בה לטעת בליבו את המחשבה כי הוא רשאי לנהוג ברכב שלא בזהירות הדרושה". משמע, בידי החייל נותר שיקול דעת להתאים את הפקודה לתנאים בשטח ולכן היא אינה מקימה לו הגנת צידוק.

בעניין עמוס²⁰² נדון תרגיל ניהול ירי לילי של מחלקת שריון. הטנק הימני איבד קשר עם המחלקה. מפקד המחלקה (המשיב), שהיה בטנק המרכזי, דיווח על כך למפקד הפלוגה, וזה הורה לו לירות למרכז היעד כדי שהטנק הימני יזהה את מיקומם לפי הרעש. הטנק הימני שאיבד את דרכו עבר את שאר הטנקים, נפגע מהירי של הטנק המרכזי ומפקד הטנק נהרג. המשיב הואשם בגרימת מוות ברשלנות וטען להגנת הצידוק. בית הדין קמא זיכה את המשיב, ואילו בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו:

לא כל פקודה במובנה השרתי היום יומי, מעניקה מניה וביה הגנה של צידוק. כדי שפקודה תהא כזו היא צריכה לשלול ממקבל הפקודה כל שיקול דעת. ואם מדובר במעשה העלול לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון, או שיש בו סיכון, חייב מקבל הפקודה לוודא אם לנותן הפקודה ידועות כל העובדות הרלוונטיות, ואם למרות ידיעת הסיכונים עומדת הפקודה בעינה. חייל המקבל פקודה שהוא יודע או חייב לדעת שיש בה משום סיכון לאנשיו או לאנשים אחרים – ובהקשר זה נתייחס לנסיבות של אימונים – חייב לוודא באופן סביר כי למפקד ידועים כל הנתונים ובמיוחד אם קיים סיכון בטיחותי, שאולי המפקד אינו מודע לו, וכי למרות קיום אותו סיכון עומד המפקד על הוראתו. זהו אחד התנאים העיקריים להחלת הגנת הצידוק.

במקרה זה פסק בית הדין כי למפקד היה שיקול דעת להפסיק את התרגיל בשל הסיכון הטמון בו

200 עניין גרינברג, לעיל ה"ש 184, בעמ' 292.

201 עניין אסולין, לעיל ה"ש 163, בעמ' 139.

202 294/78/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' עמוס, פד"צ 1978, 455, 460 (1978).

לפני ואחרי פקודתו של מפקד הפלוגה, מבלי שהדבר ייחשב להפרת פקודה; משלא עשה זאת ולא חזר למפקד להבהרות – התרשל.

הלכה דומה נקבעה גם בעניין סגן ראובן²⁰³ ("אסון אילת"). במקרה זה הועלתה משאית עמוסה במוקשים על נחתת. לאחר שהורדה המשאית מהנחתת והגיעה לנקודת היעד שלה נפרקו המוקשים; בעת פריקתם התפוצצו המוקשים ו-24 חיילים נהרגו. הפקודות חייבו לנטרל את המוקשים לפני העמסתם על הנחתת. סגן ראובן וסג"ם יהודה טענו כי בטיפול במוקשים פעלו על פי פקודתו של מפקדם סא"ל גד, ולפיכך אין להרשיעם בגרימת מוות ברשלנות. בית הדין דחה טענה זו והרשיע את שני הקצינים:

חינם, איפוא, טורחים המערערים להסתתר בצל של סא"ל גד, שכן אפילו לא היה גד מעולם, או אפילו לא ניתנה הוראתו מעולם, או גם אם נתן הוראה בלתי סבירה, בלתי שקולה, אשר אינה תואמת את העניין והתכלית, שומה היה עליהם להפעיל שיקול דעתם שלהם, ולנהוג כפי שמידות הזהירות היו מחייבות. מכל שכן שההוראה ניתנה, והייתה נכונה, ורק לגבי מועד הביצוע עלו ספקות בליבם, ספקות אלו דינם להכריע לצד החומרה. זה הכלל: כל ספק בענייני זהירות יש להכריעו לחומרה ולא לקולא [ההדגשה הוספה].

11.4 הקושי הקיים במבחן הסנקציה

הסיבה לקיומן של שתי גישות בשאלה אם שיקול הדעת הנותר בידי החייל יאפשר לו לטעון להגנת הצידוק נעוצה, לדידי, בקושי שקיים במבחן הסנקציה: זיהויה בפועל של ההסתברות שתוטל סנקציה בגין אי-קיום הוראת המפקד.

ההסתברות כי תוטל סנקציה על חייל אם לא יקיים את הוראת מפקדו כלשונה משתנה בין מערכות יחסים שונות של מפקד ופקוד. ככלל אפשר לומר כי ההסתברות האמורה תלויה בסוג המסגרת הצבאית שבה מדובר (למשל, טירונות לעומת שגרה ביחידה עורפית), במידת ההיכרות של המפקד עם פקודו, בתפקיד המפקד ובתפקיד הפקוד, בפער הדרגות בין המפקד לפקוד, במצב הספציפי שבו ניתנה הפקודה ובגורמים רבים נוספים. ככל שמערכת יחסים זו היא רשמית פחות ומותרת שיקול דעת רב יותר בידי הפקוד, קטנה ההסתברות כי תוטל סנקציה על הפקוד אם לא יקיים את הוראת המפקד כלשונה, והאיום בהטלת סנקציה כזו הופך עמום יותר.

הקושי שנוצר עקב כך בזיהוי קיומה של הסתברות שתוטל סנקציה נוגע הן לחייל והן לבית הדין שדן בעניינו.

מבחינת החייל, בעת קבלת פקודה בלתי חוקית הוא ניצב בפני שתי "סכנות". ראשית, הוא עלול לסבור כי דברי המפקד לא היו פקודה, ולפיכך לא יציית להם כלל או יעשה זאת באופן חלקי או מקורב, ואילו בדיעבד יתברר כי המפקד ציפה שדבריו יתפרשו כפקודה, והיה על החייל לציית לה כלשונה (סכנה זו קיימת אף אם הפקודה היא חוקית). שנית, החייל עלול לסבור כי המפקד פקד עליו לפעול בדרך בלתי חוקית והוא חייב לציית לפקודה, אולם בדיעבד יקבע בית הדין כי מדברי

המפקד לא השתמע איום בסנקציה ולכן זו אינה פקודה ולא היה עליו לציית כלל.

חשש זה גובר ככל שמערכת היחסים בין המפקד לפקוד רשמית פחות. במצב כזה נוצרים יחסי אמון טובים המגבירים את המוטיבציה של החייל לציית להוראת מפקדו, אך מנגד, התחזקות האמון הופכת את האיום בסנקציה למרוחק ולעמום. אפשר אף לומר שאם מערכת היחסים רשמית פחות, החייל מבצע את הוראת מפקדו לא עקב האיום בסנקציה אלא בשל שילוב של סיבות אחרות, כגון הדבקות במשימה, החינוך לציית אשר הוטמע בו במשך שירותו הצבאי, ההזדהות עם יעדי התפקיד, הערכתו למפקד ועוד. כמו כן, ככל שמערכת היחסים בין המפקד לפקוד היא רשמית פחות, כך ייטה המפקד להשאיר יותר שיקול דעת בידי הפקוד בעת ביצוע המשימה, מכיוון שיהיה לו אמון רב יותר בפקוד ובכך שזה יבחר דרך ראויה כדי שיעדי המשימה יקוימו.

למגוון יחסי הפיקוד מידת רשמיות משתנה, ובהתאם לה משתנה עוצמתו ומידותו של האיום בסנקציה. על רקע זה עלול בית הדין להתקשות הן בזיהוי קיומה של הנסיבה העובדתית "פקודה" (או "צו מחייב ציות של רשות מוסמכת" – אם מדובר בהגנת הצידוק) והן בזיהוי היסוד הנפשי של מודעות לכך שמדובר דווקא בפקודה.

את התמודדותם של בתי הדין עם קושי זה אפשר לחלק לשני זרמים: הזרם המחמיר – הנוקט גישה אובייקטיבית, והזרם המקל – הנוקט גישה סובייקטיבית.

לזרם המחמיר אפשר לשייך את הפסיקה שלפיה כדי שהוראתו או התנהגותו של מפקד תיחשב לפקודה, עליה לשלול את שיקול הדעת מהפקוד באופן מוחלט. כאן יזכרו עניין גרינברג²⁰⁴ (לכדי העריקים), עניין אסולין²⁰⁵ (נהג שקיבל הוראה לאסוף חיילים לאחר שנת רק שעה והתהפך עם רכבו), עניין עמוס²⁰⁶ (ירי בעת תרגיל לילי של מחלקת שריון) ועניין סגן ראובן²⁰⁷ ("אסון אילת").

אל גישה זו ראוי לצרף גם את פסקי הדין שקבעו כי המפקד נדרש להבהיר לפקודו את קיומה של סנקציה.

כה, למשל, בעניין אליהו²⁰⁸ (חייל שנרדם בעת שמירה ונצטווה להישאר שכוב עד לבוא המשטרה הצבאית), בשלב הראשון צמצם בית הדין את הדרישה הרשמית לזיהוי יסוד הפקודה כך שלא יהיה צורך שהיא תכיל "ביטוי של 'אני מפקד'" או "אני מצווה עליך" וקבע כי די "שהפקודה, או ההוראה, תהיה נובעת ומובנת מתוך דברי המפקד לפקודו". אך בשלב השני הוא הוסיף והטיל חובה על המפקד "להתרות" בפקוד "על התוצאות הצפויות לו על אי הציות".

ברוח זו, בעניין אלכסנדר²⁰⁹ (חייל שסירב להוראתו של האלוף לסקוב לשוב לקורס מג"דים), בית הדין הצבאי לערעורים, בהרכב של המישה שופטים, זיכה את המשיב וקבע כי צריך ש"פקודה

204 עניין גרינברג, לעיל ה"ש 184.

205 עניין אסולין, לעיל ה"ש 163.

206 עניין עמוס, לעיל ה"ש 202.

207 עניין סגן ראובן, לעיל ה"ש 203.

208 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 88.

209 עניין אלכסנדר, לעיל ה"ש 192, בעמ' 147.

תהיה ברורה למקבלה ושהוא ידע אפילו את תוצאות הסירוב למלאה".²¹⁰ לאמור, מחובתו של המפקד להבהיר לפקודו את תוכן הפקודה ואת הסנקציה הנלווית לסירוב לה.

היתרון בזרם זה של הפסיקה הוא שהדרישות המחמירות, הן מהמפקד והן מהפקוד, מקלות על זיהוי הפקודה. חסרונו הוא בהתעלמות מהאופן הבלתי רשמי שבו ניתנות מרבית ההוראות בין מפקד לפקוד בצה"ל – הוראות אשר לרוב שני הצדדים רואים בהן פקודות מחייבות.

בעניין קזרנובסקי²¹⁰ (בווקאי שלא ירה את כל הפגזים שקיבל הוראה לירות עקב חשש לחייו) הלך בית הדין צעד נוסף בגישה האובייקטיבית. בעניין זה העיד המפקד כי פקודתו הייתה יכולה להיות מובנת כפקודה לירות לעבר העמדה עד שתפסק ממנה האש, ומכיוון שהירדנים הפסיקו לירות מהעמדה לאחר הפגז הראשון, הרי לדידו החייל לא הפר את הפקודה. בהרשיעו את הבוקאי, תיאר זאת בית הדין כך:

לפי עדות זו כוונתו של סרן חביב, בתתו את הפקודה, הייתה שהמשיב יירה עד שיווצר מצב של הפסקת אש, כלומר שלא תהיינה יותר יריות לעברנו מצד 'עמדת הפינה'. לעומתו טען בפנינו ב"כ התצ"ר, שעל משמעותה של הפקודה יש ללמוד לא מפי סרן חביב, בבואו להעיד בבית הדין ובפרשו את הדברים שם, היינו לאחר מעשה, אלא שיש להבינה באותו אופן שחייל סביר היה מבינה בעת הינתנה ובמסיבות בהן ניתנה. נראים לנו דברי ב"כ התצ"ר מדברי הסניגור.

מבחינת היסוד הנפשי, נראה כי פסק דין זה, אשר ניתן לשייכו לזרם המחמיר, דוגל בפועל במבחן האובייקטיבי: בית המשפט לא יבחן איך הבין החייל את הפקודה אלא איך חייל סביר היה מבין אותה; וכפועל יוצא מכך, ככל הנראה, גם לא יבחן אם החייל הבין שניתנה לו הוראה המלווה באיום בסנקציה, אלא אם חייל סביר היה מבין כי להוראת המפקד מתלווה איום בסנקציה. בכך, למעשה, הופך מבחן זה את העברות של אי-קיום פקודה ושל סירוב לקיים פקודה לעברות רשלנות. לאור נוסחו של סעיף 19 לחוק העונשין היום, נראה שפסיקה כזו אינה יכול עוד לעמוד.

לפיכך, גישה ראויה יותר היא לבחון כיצד החייל עצמו הבין את הוראת המפקד. גישה זו ננקטה בעניין בן-ישי²¹¹ המערער היה חייל שפתח בשביתת רעב. מפקדו של המערער שוחח עמו וניסה לשכנעו לאכול. בתום השיחה הבטיח המערער להתחיל לאכול, אך לא קיים את הבטחתו. עקב התמשכות שביתת הרעב הורה מפקד הפלוגה למפקדו של המערער לצוות על המערער לאכול. בעקבות הוראה זו של מפקד הפלוגה פנה מפקדו של המערער אליו שנית. בשיחה זו אמר המערער למפקדו כי אין לו כוח להגיע אל חדר האוכל ולכן הוא אינו הולך לאכול. בית הדין קבע כי אף שהמפקד סבר שהוא פוקד על המערער לאכול, בפועל התנהלה השיחה כשיחת שכנוע ולא כפקודה, ולפיכך אי אפשר להעמיד את החייל לדין בעברה של סירוב לקיים פקודה.

לזרם המקל אפשר לשייך את הפסיקה אשר הכירה בכך שאף אם נותר בידי החייל שיקול דעת, לא

²¹⁰ עניין קזרנובסקי, לעיל ה"ש 176. פסק הדין לא עסק בהגנת הציוד אלא בעברה של אי קיום פקודה.
²¹¹ 113/57/ע (ערעורים צה"ל) בן-ישי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 11.7.1957) (נספח י להלן). פסק הדין לא עסק בהגנת הציוד אלא בעברה של סירוב למלא פקודה.

יהיה בכך כדי למנוע מההוראה אשר ניתנה לו להיחשב לפקודה,²¹² כמו גם את פסקי הדין אשר היו נכונים להכיר גם באישור של המפקד לפעולתו של הפקוד כמקום הגנת צידוק.

פסק דין שבו בית הדין הצבאי היה נכון לעשות כן הוא עניין יפת.²¹³ שם הועמד חייל לדין על כך שנעזר בחיילים מיחידתו בעבודות פרטיות. בין שאר טענותיו טען המשיב לצידוק, שכן מפקדו הרשה לו להעסיק את החיילים (למפקדו הייתה סמכות לתת היתרי עבודה מחוץ לצבא). כך אמר בית הדין:

אומנם, בדרך כלל, רשות הניתנת על ידי מפקד אינה מכשירה מעשה אסור על ידי החוק למותה. אולם יהיה זה נכון לגבי אותם המעשים בלבד, אשר לא רק הרשות שניתנה על ידי המפקד אלא אפילו פקודתו המפורשת לעשותם תהיה בלתי חוקית בעליל ובאופן בולט. לא כן הוא המצב לגבי מעשים אשר הגיוני להניח לגביהם שהינם בגדר סמכותו של מפקד במעמד ובדרגה, כפי שבמקרה שלפנינו שמוסמך הנהו להרשות עשייתם או למנוע רשותו זו.

בדרך דומה לזו של פסק הדין בעניין יפת הלך פסק דין של בית הדין המשמעתי לערעורים של המשטרה בעניין פארס.²¹⁴ רפ"ק פארס היה ראש משרד חקירות והועמד לדין, בין השאר, על כך שהורה להחזיר רכב שהיה ברשות המשטרה לאדם שלא ממנו נלקח הרכב, וזאת בניגוד לחוק. את ההוראה האמורה נתן המערער לאחר שנועץ עם מפקדיו, ולפיכך החליט בית הדין המשמעתי לערעורים של המשטרה לזכותו מחמת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה.

כאמור, הגישה הסובייקטיבית האמורה עומדת בקנה אחד עם דרישת היסוד הנפשי של מחשבה פלילית הקיימת כיום בחוק העונשין. זאת ועוד, יתרונה של גישה זו הוא שהיא תואמת יותר את האופן שבו מתנהלות מרבית מערכות היחסים בין מפקד לפקוד. במציאות, האיום בסנקציה הוא עמום ומרוחק, וקיום ההוראות נעשה מתוך יחסי אמון ודבקות במטרה ולא בשל החשש מפני ענישה. יתרון נוסף של גישה זו הוא שהיא מתחשבת בנטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית.²¹⁵ חסרונה של גישה זו הוא שהיא אינה מעודדת מניעה של הפרות חוק. אחת ההצדקות לקיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה היא הנכונות לפטור חייל מעונש בגין הפרת חוק אם ידוע שעשה זאת מתוך חשש שאם לא יציית לפקודה – ייענש. לעומת זאת, גישה זו מכניסה למסגרת ההגנה גם מעשים שהחייל יכול היה להימנע מלעשותם מכיוון שהמפקד רק אישר את עשייתם ולא הורה עליהם, או מכיוון ששיקול הדעת שנותר בידי החייל אפשר לו להשיג את היעד שהציב המפקד מבלי להפר את החוק.

לדידי, את הקושי הקיים במבחן הסנקציה ראוי לפתור בכמה דרכים.

ראשית, ראוי לדעתי להחליף את מבחן הסנקציה במבחן של "הוראה אשר היה זה רצונו של

212 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197; עניין תשובה, לעיל ה"ש 199, בעמ' 476 (דעת היחיד).

213 239/57/ע' (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' יפת, פד"צ 1958, 4, 8 (1958).

214 ע' (ערעורים משטרה) 1/99 פארס נ' המפקח הכללי, מבחר פסקי דין של בית הדין לערעורים ג 33, 36 (2000).

215 לדין בנטייה זו ראו להלן חלק 13.2.1.

המפקד כי החייל יבצעה²¹⁶ – כך, המבחן לזיהוי "פקודה" יתחשב בסוגי מערכות היחסים הקיימות בין מפקדים ופקודים שונים ולא ינסה לתור אחרי יסוד משתמע, מרומז או מדומיין של איום בדבריו של המפקד. שנית, מרגע שחייל מועמד לדין בגין סירוב או אי קיום פקודה הופך מבחן הסנקציה להיות מבחן כמעט טאוטולוגי – שכן הנחת היסוד שלו (מדובר בפקודה אם היה איום שאם לא יבצעה הפקוד תהיה סנקציה) מחייבת, כמעט באופן אוטומטי מסקנה חיובית, שכן הפקוד אכן העומד לדין (ואם כך, מתבקשת המסקנה שזו אכן הייתה פקודה שהיה עליו לציית לה ובצדה סנקציה). שנית, לדידי, למידת הפיקוח שיש על החייל בעת הציות לפקודה צריכה להיות השפעה מרכזית על ההכרעה אם מדובר בפקודה. אם מדובר במצב שבו המפקד נמצא סמוך לחייל או שיש למפקד ולפקוד אפשרות קלה ליצור קשר זה עם זה, ראוי לדרוש מהמפקד חובות הבהרה מחמירות ומהחייל חובות בירור מחמירות (אשר יצמצמו את מרחב שיקול הדעת שלו) לפני שניתן יהיה להעמיד את החייל לדין בגין אי-קיום פקודה או להעניק לו הגנה אם עבר עברה בהוראת מפקדו. לעומת זאת, במקרים שבהם החייל אינו יכול לחזור אל מפקדו לברור, יהיה ראוי להעניק לו הגנה מפני העמדה לדין גם אם נותר בידו שיקול דעת רחב (יישום עניין זה לגבי עברות אי-ציות משמעותו שהחייל לא ייחשב למפר פקודה כל עוד סבר כי הוא מקיים את רצונו של המפקד).

שלישית – בכל מקרה, לדידי, אישור מפקד לפעולה שנקט החייל מיזמתו אין בו כל יסוד אשר יכול להצדיק את הענקתה של הגנת הצידוק אם החייל פעל בהתאם לאישור, או את העמדתו לדין בגין אי-ציות אם לא פעל בהתאם לאישור, מן הסיבות אשר יפורטו בפסקי הדין המובאים בחלק הבא.

11.5 אישור המפקד לביצוע עברה

אישור של מפקד במפורש, ולבטח במשתמע, למעשה בלתי חוקי, לרוב לא יעמוד במבחן הסנקציה. לכן, על פי הדעה שהובעה במרבית פסקי הדין, אם חייל נוקט פעולה מיוזמתו, לרוב לא תעמוד לו הגנת הצידוק, אף אם נכח מפקדו בשטח ואף אם פנה למפקד לשם קבלת אישור. בעניין אזור²¹⁷ ("טרטורים" בקורס טיס) דן בית הדין הצבאי לערעורים בהבדל הקיים בין אישור למעשה לבין פקודה וכך קבע:

הגנת הצידוק, שבחוק העונשין וס' 125 לחש"ץ, אינה אלא נוסחת האיזונים שבין עקרון

²¹⁶ משמע, מבחינת היסוד העובדתי, ישאלו את המפקד אם התכוון לתת פקודה, ומבחינת היסוד הנפשי ייבחנו אם החייל היה מודע לכוונת המפקד. עשויה להישמע הטענה כי החייל אינו מסוגל לבחון כליות ולב ולדעת מהו רצונו של המפקד. אך עברה זו אינה העברה היחידה שבה מחשבתו של האחר נכללת ביסוד העובדתי שלה. עברה נוספת כזו היא עברת האיגוס לפי סעיף 345(א) לחוק העונשין, ונראה כי יהיה ראוי ללמוד מההלכות שנקבעו לגביה בהקשר של האפשרות של מבצע העברה להיות מודע לרצונותיו של האחר; לדיון חשוב בהלכות כאלו בהקשר של עברת האיגוס ראו את מאמרם של אלון הראל וליך וגנר "על האשם התורם של קורבן האונס" פלילים 1 235 (1997).

יש שיטענו כי ראוי לתפוס את מבחן הסנקציה כמבחן אובייקטיבי שאינו בודק אם המפקד הספציפי יטיל על החייל סנקציה, אלא אם בגין הפרת הוראה מן הסוג שנתן המפקד נהגים בצבא להטיל סנקציה; אך נדמה כי בפועל, מבחן כזה אינו שונה ממבחן של "מפקד סביר", והוא מעורר קושי דומה לקושי שעלה מפסק הדין בעניינו של קורנבסקי, לעיל ה"ש 176.

²¹⁷ עניין אזור, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

החוקיות לבין צרכי המשמעת המיוחדים של הצבא. נוסחת איזונים זו אינה נדרשת במקרה שבו מפקד מאשר לפקודו לבצע עבירה. מעשה פלילי שאושר ע"י מפקד ולא בוצע, כלל אינו פוגם במשמעת הצבא. לעומת זאת עשיית מעשה, האסור על פי הדין, אף שאושר על ידי מפקד, פוגמת קשות בשלטון החוק ובערכיה של חברה נאורה.

ובהמשך:

אין להשלים עם מצב שבו תורחב הגנת הצידוק, הרחבה נוספת וניכרת, באופן שלפקוד תוענך גם הגנה בשל פעולה בלתי חוקית שנעשתה באישור מפקדו. הרחבה כזו אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף דלעיל והיא אינה נדרשת.

במקרה הספציפי לא היה ברור אם בית הדין קמא קבע כי מעשיה של המשיבה נעשו בעקבות אישור או פקודה. ערכאת הערעור שקלה להחזיר את המקרה לבית הדין קמא להבהרה, אך לבסוף החליטה שעקב הנסיבות המקלות של המקרה היא תניח כי מעשי המשיבה נעשו בעקבות פקודה.

בית הדין חזר על עמדתו בדבר מעמדו של אישור מצד המפקד בעניין פורת.²¹⁸ שם דובר במפקד צוות בסיירת גולני אשר הועמד לדין בעברה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים ובריאות בגין "טרטורים" של חייליו. מפקד הצוות טען לפטור מאחריות פלילית מאחר שלטענתו מעשיו אושרו על-ידי מפקד פלוגת הסיירת. בית הדין דחה את טענתו מן ההיבט העובדתי ואף הוסיף, בהסתמכו על עניין אזור, כי אין דין אישור המ"פ כדין פקודה.

בעניין בית אריה²¹⁹ צייטט בית הדין קביעה דומה מפי בית הדין קמא. שם התהפך המערער עם ג'יפ סיור מפני שעבר בגשר אירי בעת זרימה חזקה של הנחל. בהתהפכות נהרג פקוד של המערער. המערער הורשע בבית הדין קמא, בין השאר, בגין אי קיום הוראות מחייבות כיוון שנהג ללא היתר, וטען להגנת הצידוק. בית הדין קמא דחה טענה זו מכיוון שאמנם מפקדו ידע שאין למערער היתר אך הוא לא נתן למערער פקודה או אפילו אישור מפורש לנסוע ללא היתר.

בעניין בייקר²²⁰ דובר בתרגיל לילי "רטוב" של חטיבת הנח"ל. לחיילי הרתק ניתנה פקודה לפתוח באש רק בעת שהם רואים את הפנס שסימן את הכוח המסתער. המערער, מאגיסט בכוח הרתק, ירה מבלי שראה את הפנס, לאחר שקיבל אישור ממפקדו. ממטח המקלע נהרג חייל. בית הדין בחן את השאלה אם אישור המפקד, לצד פקודת האש הכללית שניתנה לכוחות הרתק, הקימו למערער הגנת צידוק. כך אמר בית הדין:

קשה לראות במענה החיובי שקיבל המערער לשאלה שהפנה למפקדו בדבר האפשרות לירות משום פקודה הגם שהדבר נעשה במסגרת פקודת האש הכללית שניתנה לחיילי כוח הרתק, שהרי לכל חייל בכוח זה ניתן שיקול דעת עצמאי לפתוח באש או להימנע מכך אם הוא מבחין בפנס הזיהוי או שזה נעלם מעיניו, מכאן שהרשות שניתנה לו מהמפקד לא פגעה ולא נתכוונה לפגוע בחירות שיקול הדעת שלו.

218 137/00/ע (ערעורים צה"ל) פורת נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 2000, 358 (2000).
219 238/93/ע (ערעורים צה"ל) בית אריה נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1993, 406 (1993).
220 153/86/ע (ערעורים צה"ל) בייקר נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1986, 69, 71 (1986).

בעניין ש'221 דובר במקרה טביעה של חייל. סג"ם ו' היה מדריך הטיול ו"יד ימינו" של סא"ל ש', המפקד הבכיר בשטח, לעניין "תכנון וביצוע של מסלול הטיול". סג"ם ו' טען לפטור מאחריות פלילית, מכיוון שסא"ל ש' אישר את ציר המסלול ונכח בשטח בעת האירוע. בית הדין דחה טענה זו.

בעניין ענבל²²² דובר במפקד שהיה אחראי לפריצת דרך בסיני, שהייתה כרוכה בפיצוץ סלעים. המערער לא שמר על מרחקי בטיחות כמתחייב בפקודות והואשם בהתרשלות עקב כך. המערער זוכה בבית הדין קמא, מכיוון שהמג"ד ביקר בשטח וראה כי לא נשמרים מרחקים ראויים אך לא העיר למערער על כך. בית הדין קמא קבע כי מעשה זה של המג"ד היה משום פקודה אשר חייבה את המערער. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו וקבע כי: "המג"ד ראה היכן מוקמו החיילים בעת ביצוע הפיצוץ ולא כיהה בעדם; ובכך התרשל. אולם אין לייחס לו מתן הוראה היכן למקם את החיילים".

בעניין ברמן²²³ דובר במקרה שבו חניכי קורס הכנה לקציני חי"ר יצאו לניווט במדבר יהודה ללא כמות מספקת של מים וללא אמצעי קשר. החוליות טעו בדרך ונאלצו לשתות מים מעופשים. נגד הנאשמים (סא"ל ברמן – מפקד ענף חי"ה, וסגן אטקפה – מפקד קורס ההכנה) הוגש כתב אישום על כך שלא וידאו כי לכל אחת מהחוליות יש מספיק מים, כי לאורך צירי הניווט יש נקודות שתייה, כי כל חוליה תדע היכן נקודת המים ותוכל לתכנן את מסלולה בהתאם וכו'. סגן אטקפה טען כי מכיוון שסא"ל ברמן אישר את התרגיל הוא פטור מאחריות. בית הדין דחה טענה זו: "[...] נראה שגם אם התרשל המערער הראשון, כפי שקבענו לעיל, אין בכך כדי לפטור את המערער השני מלוודא ביצוע אותם הדברים המחויבים עקב האישור שקיבל לשנוי הציר".

בעניין יהודה²²⁴ דובר בחייל שהכניס גחל לתוך אוהל למטרות תאורה, ומשסיים להשתמש בו כיבה את הגחל ברגלו, אך לא השגיח שהגחל המכובה לא נמצא בקרבת תחמושת. רימון שהיה מונח ליד הגחל התפוצץ ועקב הפיצוץ נהרג חייל. המערער טען כי חלה עליו הגנת הצידוק מכיוון שמפקדו אישר לו להכניס את הגחל לאוהל. בית הדין קבע כי במקרים מסוימים יהיה מוכן להכיר באישור מפקד כפקודה אם יהיה בו כדי להטיל חובה על החייל, וכי במקרה דנן לא כך היה המצב:

לא מצאנו ממש בטענת הצידוק. ייתכן ובמסיבות מסוימות יהווה מתן 'רשות' משום 'צו' בגדר סעיף 19 לפח"פ, אולם אין מסיבות אלו מתקיימות במקרה דידן. לא היה במתן הרשות כדי לחייב את המערער להכניס את האוד לחדר, לא במפורש ולא מכללא, ומכל מקום אף לו היה כן, הרי כאמור, לא חלה הרשות על התנהגותו של המערער שבאה לאחר הכנסתו של האוד לחדר.

בעניין גבריא²²⁵ הואשמו חיילים בגניבת כבשים בעת סיור באזור בנגב שהיה נתון אותה עת

221 ע/32/81 (ערעורים צה"ל) ש' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 16.4.1981).

222 ע/277/74 (ערעורים צה"ל) ענבל נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1974, 408, 412 (1974).

223 ע/235/65 (ערעורים צה"ל) ברמן נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 18.2.1966). (נספח כא להלן).

224 ע/111/64 (ערעורים צה"ל) יהודה נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1964, 146, 149 (1964).

225 ע/138/62 (ערעורים צה"ל) גבריא נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1962, 270 (1962).

לממשל צבאי. החיילים שהועמדו לדין טענו כי המערער 1 פקד עליהם להעלות את הכביש לקומנדוקר. בית הדין דחה טענה זו מבחינה עובדתית וקבע כי נוכחותו של המפקד אינה מספיקה כדי להקים הגנת צידוק לשאר המערערים.

בעניין יונתן²²⁶ הואשם חייל בעברה של אייקיום הוראות מחייבות בצבא כיוון שמכר בהקפה בקנטינה וטען להגנה עקב אישור של קצין השלישות. בית הדין דחה טענה זו וקבע כי אישורו של קצין השלישות אינו יכול לשחרר את המערער מאחריות.

בעניין שריון²²⁷ המערער, שבמסגרת תפקידו היה אחראי על סלילת כביש גישה בבסיס ח"א, הסכים כי ספקית החומר שבחר משרד הביטחון, חברת "סולל בונה", תספק חומר חלופי זול יותר בכמות גדולה יותר מבלי שישונו תנאי ההזמנה המקורית. בית הדין דחה את טענת המערער להגנת הצידוק עקב אישור מפקדו ופסק: "הסכמתו של ראש המדור לא היתה 'צו' והגנה של סעיף 19 ניתנת רק במקרה של 'צו'".

בעניין קלמן²²⁸ הועמד חייל לדין בגין נטישת משמרת, שימוש ברכוש הצבא שלא למטרות הצבא ואייקום הוראות מחייבות לאחר שעזב את משמרתו כקצין תורן כדי להשיב את חברתו לביתה. המערער טען כי תכנן חופשה עם חברתו והסכים להתנדב לתפקיד הקצין התורן לאחר שמ"מ מפקד הבסיס אישר לו להביא את חברתו למפקדה בשעות התורנות ולהחזירה אחר כך ברכב התורן. בית הדין קבע כי האישור אינו מקים למערער הגנה והרשיע אותו.²²⁹

ההבדל בין אישור לפקודה מתבטא בהוראה שנתן אלוף פיקוד המרכז וצוטטה בעניין מאיר²³⁰ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתיפאדה). הוראת אלוף הפיקוד הייתה כי "יש אישור להכות מתפרעים ומפירי סדר, לא מאושר להכות בכל סיטואציה אחרת" [ההדגשה במקור]. בנתחו פקודה זו אמר בית הדין הצבאי המיוחד כך: "נראה שהחלק הראשון של ההנחיה [...] אין בו משום פקודה אלא היתר שחייל/מפקד רשאי לפעול לפיו על-פי הצרכים, בעוד שהסיפא היא היא הפקודה" [ההדגשה במקור].

גם בהקשרם של עובדי ציבור נראה כי אישור הממונים לא יספק הגנה. כך עולה מעניין ערקבי²³¹ שם דובר בעובד אשר שהה בביתו בשעות העבודה, ככל הנראה בדיעתם ובאישורם של הממונים עליו. בית המשפט קבע כי לעניין עברתו של הנאשם "אין נפקא מינה, אם הממונים הישירים של העובד ידעו על-כך ואף אישרו בשתיקתם". לגבי אחריות הממונים הוסיף בית המשפט וקבע כך: "מכל מקום, מנהלים וממונים, הנותנים ידם להפרת חובותיהם של העובדים תחתם, מוחזקים כאחראים לאותם מעשים לא פחות ואולי אף יותר מאלה הכפופים להם".

226 106/60 ע' (ערעורים צה"ל) יונתן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1960, 353 (1960).

227 53/60 ע' (ערעורים צה"ל) שריון נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 2.2.1961) (נספח טו להלן; תמצית בפד"צ 1961, 48).

228 335/58 ע' (ערעורים צה"ל) קלמן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1959, 126 (1959).

229 לעניין אישור לעומת פקודה ראו גם את פסקי הדין בעניינם של הרמן, לעיל ה"ש 185; יקותיאל, לעיל ה"ש 187; ויגאל, לעיל ה"ש 188.

230 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס" 5(ב)2.

231 ע"ר 2602/90 עיריית תל-אביב-יפו נ' ערקבי, פ"ד מד(4) 441, 443-445 (1990).

לעומת כלל הפסיקה שהובאה לעיל, בכמה מקרים נקבע כי גם אישור יכול להקים הגנת צידוק. פסק דין צבאי, אשר חורג מההבחנה בין אישור לפקודה, הוא עניין יפת²³² (חייל שהשתמש בחיילים לעבודות פרטיות, באישור מפקדו). בית הדין אמר:

אומנם, בדרך כלל, רשות הניתנת על ידי מפקד אינה מכשירה מעשה אסור על ידי החוק למוותר. אולם יהיה זה נכון לגבי אותם המעשים בלבד, אשר לא רק הרשות שניתנה על ידי המפקד אלא אפילו פקודתו המפורשת לעשותם תהיה בלתי חוקית בעליל ובאופן בולט. לא כן הוא המצב לגבי מעשים אשר הגיוני להניח לגביהם שהינם בגדר סמכותו של מפקד במעמד ובדרגה, כפי שבמקרה שלפנינו שמוסמך הנהו להרשות עשייתם או למנוע רשותו זו.

בדרך דומה לזו של עניין יפת הלך פסק הדין של בית הדין המשמעתי לערעורים של המשטרה בעניין פארס²³³ (ראש משרד חקירות שהורה להחזיר רכב שהיה ברשות המשטרה שלא לאדם שממנו נלקח, בניגוד לחוק). בית הדין החליט לזכות את המערער כיוון שאת ההוראה האמורה נתן לאחר שנועץ במפקדיו.

11.6 פעולות אחרות מצד המפקד שאינן מלוות באיום בסנקציה

11.6.1 היעדר פעולה מצד המפקד ומתן חופש פעולה לפקוד

בעניין הרצוג²³⁴ טען המערער, קצין בינוי, כי מכיוון שמפקדיו לא הנחו אותו לפעול בדרך אחרת מזו שנהג, אין להטיל עליו אחריות. באותו מקרה פקוד של המערער טבע ונחנק למוות בעת תיקון מערכת ביוק. המערער הועמד לדין בגין גרימת מוות ברשלנות בשל כך שלא נקט אמצעי זהירות. בית הדין קבע: "[...] הסתמכות על אחרים אין בה כדי להסיר או לפרוק מעל שכמו של המערער את חובתו שהינה אישית והוא שחייב למלא אחריה".

11.6.2 בקשה שאינה מלווה בסנקציה

בעניין אביעה²³⁵ לבקשת סמל ביחידתו נתן נשק לסרן נשק מערמת שלל, ובשל כך הועמד לדין בגין הוצאת נשק מרשות הצבא. המערער טען להגנת הצידוק עקב בקשת הסמל. על כך אמר בית הדין:

לאמיתו של דבר, סמל גלזר כלל לא התיימר להיות מוסמך לתת הוראה כלשהי למערער ואף לא נתנה לו, וכפי שנודע מהחומר ואף מעדותו של המערער עצמו הוכח ברורות, כי סמל גלזר בקש את המערער פעמיים שמא יוכל לעזור לסרן והלה הביע נכונות לכך.

משמע, לא דובר בהוראה מלווה בסנקציה אלא בבקשה שנענתה בנכונות לעזור מצד המערער. לפיכך הורשע המערער.

232 עניין יפת, לעיל ה"ש 213.

233 עניין פארס, לעיל ה"ש 214.

234 400/81/ע (ערעורים צה"ל) הרצוג נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 6 (לא פורסם, 5.5.1982) (נספח כד להלן).

235 312/57/ע (ערעורים צה"ל) אביעד נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1958, 132 (1958).

11.6.3 עצה והדרכה

בפסיקה הצבאית נקבע כי התייעצות של החייל, בין שעם מפקד ובין שעם גורם מייעץ אחר, לא תקים לו הגנת צידוק. כך, למשל, בעניין מאיר²³⁶ (פקודה "לשבור ידיים ורגליים" באינתפאדה) טען הנאשם, בין השאר, שפעל בהנחיית השב"כ. בית הדין הצבאי המיוחד דחה טענה זו וקבע כי השב"כ הוא גוף ייעוץ ביחסיו עם חיילי צה"ל, ולכן לא קמה לנאשם הגנת צידוק:

ברור איפוא, שבמידה שהגורם של שב"כ ומינהל האזרחי השתתפו בגיבוש קו הפעולה שבו נקט הנאשם – הם עשו זאת בדרג המקומי והמייעץ בלבד. את האחריות לנקיטת הקו של הכאה לפי פקודות ורשימות יש לאתר במפקדת הכוחות שפעלו בשטח ולא אצל הגורמים המייעצים.

בעניין שאלתיאל²³⁷ דובר בחייל שנועץ במפקדו. המשיב היה טירון בגדוד נח"ל אשר קיבל הוראה להכין מטווח עבור חטיבת מילואים. במהלך הכנת המטווח קיבל המשיב מאחד מאנשי המילואים כדורים לשם שימוש במטווח של כיתתו. המטווח אמור היה להתקיים לאחר חופשה של כמה ימים. "בעצתו" ו"בהדרכתו" של מפקדו שם המשיב את הכדורים בתיקו האישי, כדי לקחתם עמו הביתה. בעת מסדר מחלקתי נמצאו הכדורים בתיקו של המשיב, ובשל כך הוא הועמד לדין בגין הוצאת רכוש מרשות הצבא. בית הדין הרשיע את המשיב, משמע, להשקפתו של בית הדין, הדרכתו ועצתו של המפקד אינם משמשים בסיס להגנת הצידוק.

לעומת זאת, בית הדין המשמעתי לערעורים של המשטרה סבר בעניין פארס²³⁸ (ראש משרד חקירות שהורה להחזיר רכב, שהיה ברשות המשטרה שלא לאדם שממנו נלקח, בניגוד לחוק) כי התייעצות בין מפקד לפקוד עשויה להקים לפקוד הגנת צידוק. אמר בית הדין:

המערער הוא קצין בדרגת רפ"ק, הממלא תפקיד של ראש משרד חקירות, ויש לצפות, שבתפקידו ובדרגתו לא יקבל החלטה בלתי חוקית, ובמיוחד שמדובר בהחלטה שגרתית, של מסירת תפוס. עם זאת, אנו סבורים, שאין להרשיע את המערער באשר להחלטה שקיבל בעצה אחת עם מפקדיו. וכך אנו קובעים.

11.6.4 שיחת שכנוע

בעניין בניישי²³⁹ (מפקד שניסה לשכנע את פקודו לחדול משביתת רעב), עקב התמשכות שביתת הרעב הורה מפקד הפלוגה למפקדו של המערער לצוות על המערער לאכול. בעקבות הוראה זו פנה מפקדו של המערער אליו פעם נוספת וביקשו לאכול. בשיחה זו אמר המערער למפקדו כי אין לו כוח להגיע אל חדר האוכל, ולכן הוא אינו אוכל.

בית הדין קבע כי אף שהמפקד סבר כי הוא פוקד על המערער לאכול, בפועל התנהלה שיחה זו כשיחת שכנוע ולא כפקודה ולפיכך לא ניתן להעמיד את החייל לדין בגין סירוב לקיים פקודה.

236 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס' 4ב(4).

237 15/58/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' שאלתיאל, פד"צ 1958, 63 (1958).

238 עניין פארס, לעיל ה"ש 214.

239 עניין בניישי, לעיל ה"ש 211.

11.6.5 שלט אזהרה

בעניין יעקב²⁴⁰ הועמד החייל לדין בגין אי-ציות לחוקי הצבא מכיוון שעישן במחסן שבו היה בנוין אף שבמקום היה שלט האוסר לעשן. פקודת הקבע האוסרת לעשן במקום פורסמה רק שבועיים לאחר מעשהו של המערער. בית הדין זיכה את המערער בקבעו כי בהיעדר פקודה מפורשת השלט האמור האוסר עישון היה "אות אזהרה בלבד" ולא פקודה.

11.7 פקודה: נסיבות מבצעיות כגורם המשפיע

לסיטואציה מבצעית יש השפעה רבה על תפיסתו של החייל את הוראות מפקדיו. בסיטואציה מבצעית גוברת חובת הציות של החייל, ועקב כך גובר הסיכוי כי הוא יסבור שלהוראת מפקדו נלווית סנקציה. עקב כך ייטה בית הדין להכיר בהוראה מסוימת שניתנה בסיטואציה מבצעית כפקודה, אף שאם אותה הוראה הייתה ניתנת בסיטואציה שאינה מבצעית, היא הייתה נחשבת למותרת שיקול דעת רחב מדי בידי החייל מכדי להיחשב פקודה.

כך, למשל, נקבע בעניין בן גיגי²⁴¹ באותו מקרה ניסו חיילים לעצור מכונית כדי לפנות מחסום אבנים שיצרו מִפְּרִי סדר על כביש ליד כפר באזור יהודה ושומרון. הרכב לא עצר. אחד החיילים פתח בנוהל מעצר חשוד, והוא הסתיים בפגיעה קשה של תושבת פלסטינית. על פי הפקודות הכתובות, במצב שבו היו החיילים אסור היה לפתוח בנוהל מעצר חשוד כלפי הרכב, מכיוון שלא היה חשד כי ברכב יש אדם שהשתתף או עמד להשתתף בפעילות חבלנית. לעומת זאת, לפי ההנחיות והתדריכים בעל פה שעברו החיילים, במצב שבו נמצאו היה עליהם לנקוט נוהל מעצר חשוד כלפי כל רכב המסרב לעצור. בית הדין דן בשאלה אם אותם תדריכים והנחיות היו פקודות מחייבות, וכך קבע:

יוצא איפוא ש'דרישת התגובה' שהושמעה בכל תדריך, לרבות זה שקדם לאירוע הנדון, צמצמה עד לאין כמעט את שיקול הדעת של החיילים. יותר משהם הודרכו כיצד לפעול הם נתבעו לדרך פעולה מסוימת עד כדי איום בסנקציה כנגד מי שלא יבצע את המוטל עליו. בנסיבות כאלה, ומתוך שאנו משווים לנגד עינינו את תנאי הפעולה הקונקרטיים של המערער (תנאי לחץ וסכנה והיעדר זמן מרובה לשיקול דעת), נראה לנו לקבוע שהוא פעל מתוך 'ציות לצו'. ההדרכה שקיבל כמוה כפקודה ממש.

בית הדין גם קבע כי בפועל היה קשה מאוד לחייל להבחין בין הפקודה הכתובה לבין התדריך בעליפה:

בנסיבות שבהן אין פער תהומי בין הפקודות הכלליות לתדריך, והאחרון מסמך את החייל לפעולה שאינה בלתי מתקבלת על הדעת כיצד ניתן להציב בפניו דרישה שהיא למעלה ממחויבותו לפעול בהתאם לדין שלגביו הוא בחזקת נסתר?²⁴²

240 ע/60/50 (ערעורים צה"ל) יעקב נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1948-1950, 163 (1950). פסק הדין לא עסק בהגנת הצידוק אלא באי-ציות לחוקי הצבא – עברה על פי חוקת השיפוט.

241 ע/218/90 (ערעורים צה"ל) בן גיגי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1990, 158, 169 (1990).

242 שם, בעמ' 168.

11.8 פקודה: תפקידו של החייל כגורם המשפיע

גם תפקידו של החייל ומערכת היחסים בין החייל לבין מפקדו הנובעת מתפקיד זה עשויים להשפיע על הקביעה אם ההוראה שנתן המפקד היא פקודה.

כה, למשל, בעניין יחזקאל²⁴³ הועמד לדין קצין אפסנאות גדודי כיוון שלא מינה מש"ק אפסנאות, ולפיכך לא היה מי שישגיח על הצידוד ונגרם חוסר. לאחר שהמש"ק הקודם אושפז בביה"ח לחולי נפש, נערכה ישיבת מטה שבה הסביר המשיב מה עלולות להיות ההשלכות של אי-מינוי מש"ק אפסנאות חדש. למרות אזהרותיו החליט המג"ד כי עד לחזרת כמה חיילים מקורס אפסנאות לא ימונה מש"ק אפסנאות. התביעה טענה כי אין לראות בסיכום ישיבת המטה משום פקודה, ולפיכך היה על המשיב למנות מש"ק אפסנאות. בית הדין דחה טענה זו, וקבע כי יש להתחשב באופי הייעוצי שקיים בתפקידו של קצין אפסנאות גדודי: "אין להתעלם מאופי תפקידו של המשיב שהינו קצין אפסנאי, היינו, קצין יועץ למפקדו, ועל כן מה שסוכם בישיבת מטה הגדוד לאחר מתן יעוץ בנדון וקיבל גושפנקא של המג"ד יש לראותו כלפיו כפקודה".

11.9 אייתחולת הגנת הצידוק בהיעדר חובת ציות

על חשיבות קיומה של חובת ציות המעוגנת בדין כדי שתקום לאדם הגנת הצידוק אפשר ללמוד מן הדיון בעניין שריון²⁴⁴ (הוצאה לפועל של הסכם להספקת אספלט בחריגה מתנאיו ללא סמכות). בעניין זה נדונה השאלה אם לאזרחים עובדי צה"ל יכולה לקום הגנה זו, מכיוון שבאותה תקופה לא היה אפשר להעמיד אזרחים עובדי צה"ל לדין בגין הפרת סעיפים 122 ו-123 לחש"ץ. כך אמר בית הדין:

[...] אין העבירה של סירוב למלא פקודה חלה על אזרח עובד צבא ואם כך הדבר כיצד יכול הוא ליהנות מן ההגנה הנתנת לפי ס' 19 לפח"פ, הגנה שנועדה לשחרר מאחריות מי שעבירתו כאלו נכפתה עליו ע"י צו של רשות ש' החוק מחייבו להשמע לה'. אם העבירה של סירוב למלא פקודה ואי קיום פקודה לא חלה על אזרח עובד צבא האם אפשר לומר שהחוק מחייבו להשמע להוראות הממונים עליו? או שנכון יותר לומר כי קיום ההוראות שהוא מקבל נעשה מכוח התחייבותו לפי חוזה העבודה. ברם, אין אנו מכריעים בשאלה זו כיוון שאינה דרושה לצורך ערעור זה [ההדגשה הוספה].

כיום, שלא כמו בעת שנכתב פסק הדין, אפשר להעמיד לדין אזרחים עובדי צה"ל בגין הפרת סעיפים 122 ו-123 לחש"ץ, ולפיכך אין עוד כל ספק כי תקום להם הגנת הצידוק עקב ציות למפקדיהם.

11.10 חייל הסבור בטעות כי הוראת מפקדו היא פקודה

אף אם הוראתו של המפקד אינה עומדת במבחן הסנקציה, קבעו בתי הדין כי לחייל עשויה לעמוד

243 127/59/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' יחזקאל, פד"צ 1959, 331, 336 (1959).

244 עניין שריון, לעיל ה"ש 227.

הגנת "טעות במצב דברים" בדבר קיומה של סנקציה. לפיכך, אם ציית חייל להוראת מפקד מפני שטעה לסבור כי גלויות לה סנקציה, עדיין תעמוד לו הגנת הצידוק אם שאר מבחני הגנה זו יתקיימו. בתי הדין דנו בסוגיה זו לפני תיקון 39 לחוק העונשין. על פי המבחן שקבעה הפסיקה לפני התיקון לחוק היה על החייל להוכיח כי טעותו הייתה טעות "סבירה וכנה". כך, למשל, בעניין לויט²⁴⁵ (פרשת גבעתי ב). שם ניתנה פקודה מפורשת להשתמש בכוח בעת פיזור הפרות הסדר, ולעומת זאת, מדיניות הענישה פיזית של מִפְרֵי סדר התפתחה פחות בדרך של פקודה ישירה ויותר בדרך של "דיאלוג" בין המבצעים בשטח לבין דרג הפיקוד. החיילים סברו כי בעקבות דיאלוג זה נוצרה פקודה המחייבת להשתמש בכוח גם למטרות ענישה של מִפְרֵי סדר. בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום קבע כי טעותם של החיילים הייתה טעות כנה וסבירה:

[...] השתכנענו כי הנאשמים אכן היו חדורי מחשבה ואמונה, כי שימוש בכוח גם אם הינו למטרת עונשין, מותר ע"י כל. דרך הפעילות של הכוחות באותם ימים, הזיקה שנוצרה בין פעילות היחידה לפעילות יחידות אחרות בשטח, המגעים התכופים של הנאשמים 1 ו-2 עם גורמים פיקודיים שמעליהם בתוך החטיבה ומחוצה לה, יכלו לטעת את ההנחה והתחושה, כי ההוראה שניתנה – כרוחה בוודאי, וכלשונה – לפחות מחמת טעותם הכנה והסבירה, לאור מה שהובהר לעיל, אכן מאפשרת שימוש ענישתי בכוח.

בעניין אדלר²⁴⁶ (פרשת גבעתי א) לא ברור מה הייתה טעותם של החיילים. מצד אחד,²⁴⁷ יכול להיות שמדובר בטעות בדבר רלוונטיות הפקודה. מן הצד האחר, ניתן להבין מדברי בית הדין כי טעותם של החיילים הייתה שהם סברו כי שתיקת מפקדם, האזנתו לדיווחיהם ולאחר מכן דברי ההמרצה שלו השתלבו יחד לכדי פקודה. נחזור ונצטט את דברי בית הדין:

אומנם, יש לנו ספיקות כלשהם, האם שתיקתו של סגן טוייל, מפקדם של הנאשמים, הייתה יכולה להחשב כפקודה ברת תוקף, אך היות והוא דווח כל [ה]עת על ידי הנאשמים על מה שמתרחש בתוך החדר והמריצים להתגבר על אותה התנגדות ולהותיר את המנוח בחדר עד אשר יגיעו כלי הרכב למקום, אנו מוכנים לבחון את התנהגות הנאשמים שאכן פעלו במסגרת פקודתו של מפקדם.

בכל מקרה יכולנו להגיע לאותה תוצאה, על ידי אימוץ טענת הנאשמים שאף אם מפקדם לא הורה להם במפורש לנהוג במנוח כאילו היה מפר סדר, הרי הם טעו לחשוב שזו הייתה פקודתו. במקרה זה היתה עומדת להם טענת ההגנה, של טעות בעובדה [...]. זאת נוכח מה שהתרחש באותו מקום, ונסיבות אותו הזמן.

לדידי, הפסיקה אשר סיווגה את טעותו של החייל בשאלה אם הוראת מפקדו היא פקודה כטעות

245 עניין לויט, לעיל ה"ש 169, פס' 78. גם במקרה זה, אם כי במידה פחותה יותר מאשר בעניינו של אדלר (לעיל ה"ש 168) שידון להלן, אפשר להבין את טעותם של הנאשמים כטעות בדבר רלוונטיות הפקודה. קושי זה ביהוי סוג הטעות של החיילים מדגים כי בשונה מן הרמה המשפטית התאורטית, בפועל הקו בין שתי טעויות אלו הוא דק; מצב זה ממחיש עוד יותר את הצורך ללבן את ההסדר המשפטי בתחום שבו משיקות הגנות הטעות השונות להגנת הצידוק, כפי שאנסה לעשות בספר זה.

246 עניין אדלר, לעיל ה"ש 168, פס' 10-11 לחלק שכותרתו "ההיבט המשפטי".

247 כפי שנדון בפרק 10.4 לעיל.

במצב דברים – היא שגויה. כפי שצוין לעיל,²⁴⁸ נראה כי קביעה זו נובעת מהקושי הנעוץ בסיווג פקודה כנורמה משפטית לכל דבר ועניין, עקב היעדר הרשמיות בהליך שבו נוצרת נורמה זו. בשל כך, כפי שצוין לעיל, ניתן להבין מדוע התקשו בתי הדין להחיל את הכלל אשר קדם לתיקון 39, ושעל פיו טעות בדין אינה יכולה לשמש סייג לביצוע עברה, על טעותו של החייל בשאלה אם הוראת מפקדו הייתה פקודה.

אך אם נבחן את המצב לאשורו, מדובר במצב שבו החייל טועה לסבור כי קיימת נורמה משפטית-צבאית המחייבת אותו לנהוג באופן מסוים, אולם בפועל אין זה המצב ולכן מדובר ב"טעות במצב משפטי". לכן, לדידי, כיום, כיוון שבהתאם לתיקון 39 יכולה "טעות במצב משפטי" לשמש סייג להרשעה בפלילים, יהיה ראוי לתקן את ההלכה ולקבוע כי טעותו של חייל בשאלה אם הוראת מפקדו הייתה פקודה היא "טעות במצב משפטי". עם זאת, סבורני כי יש להתחשב בהליך הבלתי רשמי שבו ניתנת הפקודה ולהקל עם החייל בעת ההגעה להכרעה כי הנסיבות לא אפשרו לו למנוע באופן סביר את הטעות בסיווג הוראת המפקד.

12. זיהוי פקודה כבלתי חוקית

לאחר שנקבע כי החייל קיבל פקודה, יש לבחון אם הפקודה חוקית. בדיקה זו כוללת כמה שלבים: ראשית, יש לבחון אם לא קיים חוק האוסר על ביצוע המעשה; שנית, גם אם יתברר שההוראה אינה עונה על התנאי הראשון, היא יכולה עדיין להיחשב חוקית אם קיים הצדק כדין לביצוע המעשה שעליו היא מורה.

כמו כן, כחלק מבחינת הבסיס החוקי לפקודה יש לבחון אם החוק הסמיך את המפקד לתת את הפקודה. על פי הדין הישראלי, פקודה שלא נועדה לקדם צורך צבאי תיחשב תמיד לכזו שניתנה שלא בסמכות ולכן אינה חוקית.

12.1 האם קיים חוק האוסר את המעשה שעליו מורה הפקודה?

כידוע, פקודה חוקית מחייבת ציות, ולפיכך ציות לה יקים תמיד הגנת צידוק, ואי-ציות לא יקים לעולם הגנה מכוח סעיף 125 לחש"ץ.

אחד המקרים שבו קבעו רשויות הצבא כי הפקודה הייתה חוקית ולכן נדחתה טענתם של החיילים בדבר הגנה על פי סעיף 125 לחש"ץ, הוא בג"ץ זונשיין.²⁴⁹ שבעה אנשי מילואים אשר סירבו לשרת מעבר לקו הירוק נשפטו בדין משמעתי בגין סירוב לקיים פקודה. הם פנו לפצ"ר כדי שיבטל את ההליך המשמעתי נגדם, בין השאר מכיוון שלטענתם "השירות בשטחים המוחזקים רצוף בפעולות בלתי חוקיות", ולכן הפקודה לשרת בשטחים היא בלתי חוקית בעליל. הפצ"ר דחה בקשה זו, בקבעו כי "השירות בשטחים המוחזקים הוא חוקי לחלוטין ועומד באמות המידה של המשפט הבינלאומי". נגד החלטה זו של הפצ"ר הוגשה עתירה לבג"ץ, אך בבית המשפט זנחו העותרים טענה זו, והדין נסב סביב שאלת "הסרבנות הסלקטיבית".

פסק דין שבו נדחתה טענת חייל להגנה לפי סעיף 125 לחש"ץ מכיוון שהפקודה הייתה חוקית הוא עניין בן-ארצי.²⁵⁰ (סירוב להתחיל בטענה בדבר טעמי מצפון, טענה שנדחתה על ידי גורמי הצבא האמונים על כך ועל ידי בג"ץ). בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל קבע כי "ועדת המצפון" שגתה בקביעתה שאין לפטור את הנאשם מגיוס; עם זאת, בבואו לבחון את טענת הנאשם להגנה לפי סעיף 125 לחש"ץ, ציין בית הדין כי פקודת החיול שניתנה לו על סמך טעות זו הייתה חוקית:

משבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, הורה לנאשם (למעשה) להתחיל ולהתחיל את שירותו הצבאי וקבע, כי החלטת הועדה, אם דנה בטענתו המצפונית ודחתה אותה, היא בת-תוקף, הוטלה על הנאשם חובה חוקית סופית לבצע את שירות הבטחון. ודאי, שאין ניתן לומר, שמתן פקודה לבצע פקודה ברוח זו היא פעולה שברור וגלוי (ולו לנאשם) כי הינה בלתי-חוקית.

בערעור על פסק דין זה בעניין בן-ארצי²⁵¹ אישר בית הדין לערעורים את החלטת בית הדין קמא

249 בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1) 726 (2002).

250 ראו פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 33.

251 ראו הערעור בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 34, פס' 47.

כי הפקודה הייתה חוקית, ומתח ביקורת על עצם החלטתו של בית הדין קמא להעביר תחת שבת ביקורתו את החלטות "ועדת המצפון".

גם בעניין מטר²⁵² ("סרבנים סלקטיביים" אשר נשפטו בגין סירוב לקיים פקודה להתחיל) טענו הנאשמים כי פקודה המורה להם להתגייס לצבא העוסק ב"כיבוש" היא פקודה הפוגעת בזכותם לחופש מצפון ולפיכך אינה חוקית. בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל בחן את הפקודה לאור מבחני פסקת ההגבלה וקבע כי מדובר בפקודה חוקית:

חמשת הנאשמים אשר הובאו לדין בפנינו סירבו לפקודת מפקד מוסמך לבצע את הפעולות המעשיות הנדרשות כדי להוציא, הלכה למעשה, את מעמדם כחיילי צה"ל מן הכוח אל הפועל [...] על פי משפט ארצנו הנוהג, סירוב זה איננו חוסה תחת כנפי הגנה משפטית כלשהי [ההדגשה הוספה].

כך נקבע גם בעניין כרם.²⁵³ שם דובר בחייל שנסע ללא מסמכים מתאימים וגרם לתאונה. קצין בדרגת סרן שנכח במקום בעת התאונה ניסה לעצרו והורה לו להשאיר את הרכב במקום וללכת ברגל ליחידתו. החייל ניסה לברוח; רס"ר הבסיס ומש"ק ממשטרה צבאית ניסו לסייע לקצין, אך החייל נאבק בשלושתם וברח. לטענת החייל, פקודת הקצין לנטוש את הגיפ הייתה בלתי חוקית בעליל, ולכן המערער שנבע ממנה היה בלתי חוקי ולפיכך הייתה לו זכות להתנגד למעצר. בית הדין דחה טענה זו בקבעו כי "הדרישה מן המערער להפסיק לנהוג בגיפ ללא ניירות מוצדקת הייתה בהתאם להוראות ורוח פקודות הצבא וחוק המדינה".

גם בעניין ברק²⁵⁴ (סירוב לציית לפקודה לשמש מ"כ שניתנה כעונש) נדחתה טענת החייל לסייג במשפט פלילי לאחר שנקבע כי הפקודה שניתנה לו הייתה חוקית. שם אמור היה המערער לצאת לחופשה, אולם מפקדו בחר בו למשימה כדי למנוע ממנו את היציאה לחופשה, מאחר שסבר כי מדובר בחייל "לא יוצלח". כך אמר בית הדין:

חוקיותה של פקודה אינה נקבעת על פי המפקד הנותן אותה והפקוד אליו היא מופנית ולפי הנסיבות בהן היא ניתנה [...] אלא בהתאם למהותה בהתייחס למעשה אותו נצטווה הפקוד לבצע [...] אם הסניגור הסכים, כפי שהוכח ללא כל צל של ספק, כי המפקד דגן היה בר סמכא לתת את הפקודה למערער, שהוא מפקודיו, והפקודה הנה חוקית לגבי העניין, מה הטעם בטענה, כי הייתה בלתי חוקית ומה גם באופן גלוי וברור על פי סבירותו של המערער עצמו ולא בעיני כל בר דעת רגיל.

כיוון שמדובר בפקודה הנוגעת לחובותיו ולתפקידו של החייל קבע בית הדין כי היא חוקית.

בעניין מ²⁵⁵ נבחנה סדרה של פקודות; להלן יידונו ביתר פירוט הפקודות אשר נקבע כי הן חוקיות. באותו מקרה דובר בהוראות שנתנו הרמטכ"ל ואלוף הפיקוד לנקוט יד קשה ו"לטרטור" את תושבי

252 עניין מטר, לעיל ה"ש 71.

253 162/59/ז (ערעורים צה"ל) כרם נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1959, 338, 340 (1959).

254 עניין ברק, לעיל ה"ש 87, בעמ' 53.

255 מר/325/82 (צבאי מרכז) התובע הצבאי נ' רס"ן מ' 12*11 (לא פורסם, 17.2.1983).

אזור חברון עקב התפרעויות שהתרחשו במקום.

המפקדים בשטח תרגמו הוראות אלה לפקודות המורות על ענישה ללא משפט של תושבים פלסטינים, בדרך של פגיעה בגוף וברכוש. המערערים היו חיילים אשר שירתו באזור והועמדו לדין בגין סדרת מעשים, ובהם הכאה של פלסטינים, ירי בדודי שמש כעונש על התפרעות, "נוהל שעונים" (הכאה עם אלה על מפרק היד במקום שבו נמצא השעון כדי להגביר את הכאב ובו בזמן לגרום נזק לרכוש), כפייה על עצורים לשיר את המנון מדינת ישראל ועוד.

בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכזי בחן תחילה את חוקיות ההנחיות אשר הגיעו מהרמטכ"ל והגיע למסקנה כי הן חוקיות:

מכל אשר הוכח בפנינו עולה שהפקודות בכתובים היו כולן במסגרת היד הקשה שנקט צה"ל בשטחים, אולם כולן עומדות במבחן הסבירות ובהתאם לכללי המוסר. נכון שההוראות היו לנקוט בתקיפות, אולם במסגרת החוק, ובאם התכוון הרמטכ"ל לטרטר את האוכלוסייה הרי נאמר ב"ס/12, שיש לוודא שאותם "טרטורים" יעשו במסגרת החוק ובאמצעים החוקיים האפשריים – מעצר לחקירה בלי משפט לפרק זמן בהתאם לחוק ומעצר חוזר לאחר שחרור מהמעצר הראשון גם הוא בהתאם לחוק. יד קשה נכון, אולם גם יד נבונה שפועלת במסגרת החוקית שמתירה לה את הפעולות גם אם אינה מסכרת את האוזן. חייל אשר פעל לפי מדיניות של היד הקשה יזכה להגנה, אבל אין אפשרות ואסור לקיים מדיניות שעל פניה הייתה בלתי חוקית. גם דין צו של מושל צריך לעמוד במשפט העמים והעולם המודרני, כי הרי דין הוא, ועליו לעבור את כור ההיתוך של מבחן ההגיונות, הסבירות, והמוסר.

בהמשך קבע בית הדין, כי גם פקודות למנוע הספקת מלט, לסגור גשרים, למנוע מתן רישיונות בהתאם לחוק, לפנות מחסומים על ידי תושבים מקומיים ולהיכנס לבתי ספר שמהם יוצאים מִפְרָי סדר הן חוקיות.

ראוי לציין כי המועד הקובע לעניין חוקיות הפקודה הוא המועד שבו ניתנה. על כך אומר קדמי בספרו: "חוקיותה של הפקודה נבחנת לאור המצב החוקי שהיה קיים במועד מתן הפקודה; ואין אפשרות להכשיר פקודה ע"י 'החלטה למפרע', אלא מכוחה של חקיקה מפורשת".²⁵⁶

קדמי נסמך בקביעתו זו על פסיקת בית המשפט העליון בעניין פרושינסקי.²⁵⁷ באותו מקרה הואשמו עובדי עירייה בהסגת גבול פלילית (לשם ביצוע פשע) ובפגיעה ברכוש שלא כדין, לאחר שהרסו חלק ממבנה בבעלותו של המשיב עקב צו הריסה שהוציא ראש העיר, אף שהסמכות להוציא צו הריסה נתונה למועצת העיר. כשבועיים לאחר ההריסה אישרה מועצת העיר את עמדת ראש העיר כי מדובר במבנה לא חוקי, והוציאה צו הריסה רטרואקטיבי. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערערים למרות האישור הרטרואקטיבי. בית המשפט העליון אימץ את עמדת בית המשפט המחוזי וציטט את דבריו:

256 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 456.
257 ע"פ 103/60 פרושינסקי נ' תיק, פ"ד יד(2) 1666, 1670 (1960).

לא אוכל לסיים מבלי להעיר על הצד הציבורי של העניין. המעשה ומסיבותיו גובלים עם שערווייה ציבורית, כשפקידי עירייה נשלחים להרוס רכוש של אזרח, בהשכמת הבוקר, מבלי יסוד חוקי ובלי אזהרה מוקדמת, ואף בלי שידוע מי הממונה המתיימר לבצע בדרך זו את סמכויות השלטון המקומי, ובייחוד מי אחראי במישרין למתן הפקודה לבצע את ההריסה. ההחלטה המתיימרת להיות 'ולידציה' רק מגדישה את הסאה [ההדגשה הוספה].

במשפט הצבאי האמריקני, הבדיקה אם החוק אוסר על ביצוע המעשה שעליו מורה הפקודה כוללת גם שלב נוסף: בדיקה אם הפקודה פוגעת שלא כדין בזכויותיו החוקיות או החוקתיות של החייל. כאמור במדריך עבור בתי הדין הצבאיים (MCM):²⁵⁸

Relationship to statutory or constitutional rights — The order must not conflict with the statutory or constitutional rights of the person receiving the order.

12.2 פקודה הסותרת את הדין הבין-לאומי

האם פקודה הסותרת את הדין הבין-לאומי היא פקודה בלתי חוקית?

על פי הדין הישראלי, אשר הלך בעניין זה בעקבות הדין במשפט המקובל, אם מעשה אסור על פי המשפט הבין-לאומי, אך קיימת חקיקה ישראלית מפורשת המתירה אותו – הדין הישראלי קודם לנורמה הקיימת במשפט הבין-לאומי. לכן פקודה הנוגדת את המשפט הבין-לאומי אך מותרת על פי המשפט הישראלי היא פקודה חוקית בהתאם לדין הישראלי הפנימי.²⁵⁹

אם לא קיים דין ישראלי מפורש הנוגד את המשפט הבין-לאומי, נראה כי ראוי להבחין בין מצב שבו הפקודה סותרת את המשפט הבין-לאומי המנהגי לבין מצב שבו הפקודה סותרת את המשפט הבין-לאומי ההסכמי.

לגבי המשפט הבין-לאומי המנהגי – על פי הדין הישראלי, משפט זה נחשב לחלק בלתי נפרד מהמשפט הפנימי, ללא צורך בהליך פורמלי של אימוץ הדין.²⁶⁰ לכן מעשי הרשות המנהלית אינם יכולים לסתור את הנורמות הקבועות במשפט זה. לפיכך, צו של רשות מוסמכת סותר את המשפט הבין-לאומי המנהגי, לרבות פקודה של מפקד הסותרת משפט זה, הוא צו בלתי חוקי.²⁶¹ (אך אין בכך

258 JOINT SERVICE COMMITTEE ON MILITARY JUSTICE, MANUAL FOR COURTS-MARTIAL UNITED STATES, IV-19 (2012), available at www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/MCM-2012.pdf (להלן: MCM). מעמדו של המדריך הוא של צו נשיאותי – חקיקת משנה מחייבת.

259 ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 6, 35 (1988). לדין במעמדו של המשפט הבין-לאומי, הן ההסכמי והן המנהגי, במשפט הישראלי, ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב, 924-920 (2005); וכן – Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 *ISR. L. REV.* 136, 138-141 (1994) והמקורות שאליהם מפנים כותבים אלו.

260 לפסקי דין יסודיים בנושא ראו: המ' 41/49 שמשון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ע ט 14 (1950); וע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5 (1956).

261 ראו, למשל, את דבריו של השופט ח' כהן בבג"ץ 103/67 דה אמריקן ארופין בית-אל מישון נ' שר הסעה, פ"ד כא(2) 325 (1967).

כדי לקבוע מסמרות בשאלה אם הוא בלתי חוקי בעליל אם לאו).

לגבי המשפט הבין-לאומי ההסכמי – על פי הדין הישראלי, גם אם ממשלת ישראל חתמה על אמנה ואשררה אותה, הדין הקבוע באמנה אינו הופך להיות חלק מהמשפט הפנימי. עם זאת, בפסיקה הישראלית רווחת המגמה לראות באמנות ההסכמיות נורמות שמעמדן דומה למעמדה של הנחייה מנהלית, ולכן יש בהן כדי "להנחות את רשויות השלטון בהפעלת סמכויותיהן, וחריגה מהן עלולה להיחשב פעולה בלתי סבירה ולפיכך בלתי חוקית".²⁶² אם כך נראה כי לעתים, פקודה שתסתור אמנה הסכמית שאותה אשררה ישראל תיחשב לבלתי סבירה בשל כך ולכן לבלתי חוקית.

הלכה זו מעמידה קושי רב מבחינת יכולתו של החייל לזהות את היעדר החוקיות האמורה. הקביעה כי מעשה מסוים של הרשות הוא בלתי סביר היא קביעה שאינה פשוטה כלל ועיקר, ופעמים רבות שופטים עצמם יהיו חלוקים בשאלה אם מעשה כזה או אחר של הרשות הוא מעשה הלוקה בחוסר סבירות. לפיכך, אף אם החייל יודע כי פקודת מפקדו מפרה דין בין-לאומי הסכמי שאותו אשררה ישראל, קשה לדרוש ממנו לזהות כי הפקודה מפרה את הדין האמור ברמה ההופכת אותה לבלתי סבירה ולפיכך לבלתי חוקית.²⁶³

בקבעם את מעמדו של הדין הבין-לאומי ההסכמי במשפט הישראלי יכלו בתי המשפט בישראל לנקוט אחת משתי דרכים חלופיות, אשר היו מקלות את מצבו של החייל. אפשרות אחת היא ללכת בדרך שהלך המשפט האנגלי, ולקבוע כי כל עוד לא אומצה האמנה המאשררת בחקיקה ראשית פנימית אין לאמנה זו כל מעמד במשפט הפנימי, והרשות המנהלית כלל אינה כפופה לאמנה.²⁶⁴ במקרה כזה, אם חייל קיבל פקודה הסותרת אמנה שאשררה ישראל, סתירה זו כלל לא הייתה מעניינת, והפקודה אשר ניתנה לו הייתה נחשבת חוקית לכל דבר ועניין.

האפשרות השנייה היא לנקוט את הדרך שאותה נקטו בתי המשפט באוסטרליה²⁶⁵ ובניו-זילנד,²⁶⁶ ולקבוע כי על רשויות המנהל חלה חובה לקיים את מחויבויותיה הבין-לאומיות של ישראל, ולכן כל עוד לא נקבעה בחקיקה ראשית של הכנסת הוראה הסותרת במפורש את האמור באמנה המאשררת, על רשויות המנהל לפעול על פי האמנה. במקרה כזה שוב היה הדין ברור יותר עבור החייל – הוא היה יודע כי פקודה שניתנה לו, המנוגדת לאמנות בדין הבין-לאומי ההסכמי שעליהן חתמה ישראל, היא בלתי חוקית (כל עוד אין הצדק כדין להפרה או חקיקה מדינתית מפורשת הסוטה מהאמור באמנה).

אך, כאמור, בתי המשפט בישראל בחרו בדרך ביניים אשר יוצרת חוסר ודאות רב עבור החייל

262 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 259, בעמ' 921-922. כן ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 259, בעמ' 139; יפה זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי" משפט וממשל ד 47, 64 (תשנ"ו); ופסקי הדין שאליהם מפנים מלומדים אלו.

263 חשוב לציין כי גם אם ייקבע שהפקודה המפרה את הדין הבין-לאומי ההסכמי היא בלתי חוקית, ככל הנראה היא עדיין לא תיחשב לבלתי חוקית בעליל מכיוון שהמעשה המפר לא יהיה כרוך בעברה – לשם התגבשותה של עברה נדרש מעשה חקיקה ישראלי.

R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind, [1991] 2 WLR. 588 264
Re Minister for Foreign Affairs & Trade v Magno, (1992) 112 ALR 529 (Austl.) 265
Birds Galore Ltd. v Attorney-General (1992) 90 ILR 569 266

המציית לפקודה.

תחום שבו נראה כי חוסר הוודאות האמור צומצם והדין הישראלי נוטה לכיוון הגישה אשר ננקטה במשפט האוסטרלי והניו־זילנדי, הוא תחום ההוראות המפורטות באמנת ז'נבה הרביעית. על פי עמדתה הרשמית של ישראל, לאמנת ז'נבה הרביעית אין מעמד מנהגי אלא הסכמי, וכן היא אינה חלה ביהודה ושומרון. עם זאת, מדינת ישראל התחייבה לפעול בהתאם להוראות ההומניטריות של אמנה זו ביהודה ושומרון; בהתאם לכך פסק בית המשפט כי על רשויות הצבא לפעול בהתאם להוראות אלו, וכי פעולה הנוגדת הוראות אלו תהיה לוקה מבחינה חוקית.²⁶⁷ לאור פסיקה זו, יש לשער כי חייל יכול להסיק שאם פקודת מפקדו סותרת את הסעיפים ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית אזי היא בלתי חוקית (ושוב חשוב להדגיש כי אין בזאת כדי לקבוע מסמרות בשאלה אם היא תהיה בלתי חוקית בעליל).

יש הסבורים כי כלל דומה לזה שקבעה הפסיקה בנוגע להוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית חל גם על שאר הסעיפים של אמנת ז'נבה הרביעית;²⁶⁸ ואף יש הסבורים כי הכלל האמור חל גם על האמנות העוסקות בהגנה על זכויות אדם אשר ישראל אשררה.²⁶⁹

גישה מרחיבה אף יותר יכולה להשתמע ממסקנותיה של ועדת וינוגרד. בדונה בחובת צה"ל לפעול בהתאם למשפט הבין־לאומי, אמרה הוועדה כך:²⁷⁰

לא ניכנס לשאלות הכרוכות באופן בו המשפט הבין־לאומי מחייב במדינת ישראל (כגון, אם חיוב זה הוא ישיר או שהוא נגזר מהוראות של הדין הפנימי, ואם הוא בר אכיפה או צריך להיות בר אכיפה). הנחת העבודה שלנו היא, כאמור, כי ראוי לבחון את התנהלות צה"ל לאור נורמות אלה, וכך אנו עושים.

ובהמשך:²⁷¹

נוכיר גם, כי על חייל, כל חייל, מוטלת חובה חוקית שלא לציית לפקודות בלתי חוקיות בעליל, פקודות שמעליהן מתנוסס 'דגל שחור'. המערכת הצבאית – והדרג המדיני המפקח עליה – חייבות להבטיח כי תוכניות ופקודות קבע אינן כוללות פקודות כאלה, וכי חובה זו מוטמעת בצורה מסודרת במהלך הכשרתם של הלוחמים והמפקדים. דבר זה חשוב לא רק מטעמי משפט בין־לאומי אלא גם על מנת ליצור עקביות נכונה בין החינוך ובין מערכת הפקודות בכלל, ולעת חירום ומלחמה, בפרט.

משילוב דברים אלו יחדיו ניתן להסיק שהוועדה סבורה כי ככלל, על רשויות צה"ל יש חובה לפעול

267 ראו למשל את הפסיקה שאליה מפנים רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 259, בעמ' 923, ה"ש 38.

268 ראו למשל את הפרשנות אשר מעניקים רובינשטיין ומדינה להמלצת היועץ המשפטי המובאת; שם, בסיפה לה"ש 38.

269 Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 *ISR. L. REV.* 17 (2003–2004).

270 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דין וחשבון סופי כרך א' 481, ה"ש 2 (2008) (להלן: "ועדת וינוגרד").

271 שם, בעמ' 489.

בהתאם למשפט הבין-לאומי, הן המנהגי והן ההסכמי, וכי פקודה המורה להפר דין זה היא בלתי חוקית ולעתים עשויה אף להיחשב לבלתי חוקית בעליל (במקרה שבו המעשה הנדרש בפקודה, המפר את המשפט הבין-לאומי, חמור ביותר).

אם זו הפרשנות הנכונה של דברי הוועדה, ואם בתי המשפט יקבלו פרשנות זו, תהא משמעות הדבר כי בארץ יאומץ כלל הדומה באופיו לכלל הקבוע באוסטרליה ובניו-זילנד, שעל פיו גם פקודה המורה להפר את הדין הבין-לאומי ההסכמי (אשר אושרר על ידי ממשלת ישראל) היא פקודה בלתי חוקית.

עם זאת, ניתן לפרש את דברי הוועדה גם באופן אחר, לפיו כיוון שוועדת חקירה עוסקת במישור הציבורי, את קביעתה הראשונה יש להבין במישור זה בלבד. משמע, על הרשות המנהלית לראות עצמה כמחויבת למשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי גם יחד מבחינה ציבורית, ללא קשר לבסיס החוקי של חובה זו. אם זו המשמעות של דברי הוועדה, הרי בפועל תואמים דברים אלו את ההלכה הקיימת, שעל פיה על הרשות המנהלית לראות עצמה מונחת בלבד על ידי המשפט הבין-לאומי ההסכמי. כיוון שעל פי הדין הנוכחי, פעולה של רשות בניגוד למשפט הבין-לאומי ההסכמי תהיה לעתים בלתי סבירה ולכן תהיה לעתים בלתי חוקית, ניתן לפרש את קביעתה השנייה של הוועדה כקביעה שעל פיה חוסר הסבירות יהיה לעתים כה קיצוני עד כדי כך שהפקודה תהיה בלתי חוקית בעליל.

לדידי כיוונה ועדת וינוגרד בדבריה לפרשנות השנייה. אפשר ללמוד זאת מעמדת הוועדה, שעל-פיה במקרים נדירים של צורך קיצוני רשאי הדרג הבכיר לחרוג מהקבוע במשפט הבין-לאומי.²⁷² עמדה זו תואמת את ההלכה הישראלית בדבר הנחיות מנהליות, שעל-פיה חלה על הרשות חובה לחרוג מהקבוע בהנחיות מנהליות אם השיקולים הציבוריים מחייבים זאת.²⁷³

אם כן, נראה כי אין להבין את הנחיות ועדת וינוגרד כמחזקות את מעמדו של המשפט הבין-לאומי ההסכמי בדין הישראלי. לפיכך, מלבד בתחום הפקודות אשר נוגדות את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית, שורר חוסר ודאות בדבר מעמדן החוקי של פקודות הסותרות אמנות בין-לאומיות להם מדינת ישראל צד (אך הן לא אומצו בדבר חקיקה מקומי).

12.3 האם קיים הצדק כדין לקיום הפקודה?

לאחר שמתברר כי קיים דין האוסר את המעשה נשוא הפקודה, יש לבחון אם קיים הצדק כדין אשר מתיר המעשה האמור, דהיינו סייג לאחריית הפלילית מסוג הגנה עצמית או צורך (המעוגנים כיום בסעיף 34-י"א לחוק העונשין).

בבג"ץ הולנדר²⁷⁴ נדונה עתירה נגד מינויו של סא"ל ארוז לתפקיד מפקד שייטת 13. בשנת 1993 נתן ארוז פקודה לירות במחבל כפות במהלך פעילות מבצעית בלבנון – בעת השתלטות על אדם

272 שם, בעמ' 489-490.

273 לכלל זה ראו למשל בבג"ץ 422/80 ששון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה (4) 617, 622 (1981).

274 בבג"ץ 2888/99 הולנדר נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"על (2) 99, 1407, פס' 5-4 (13.06.99).

שנחשד כמחבל, נפלט לחייל כדור ונוכחות הכוח נחשפה; היה חשש כי המחבל הכפות יקרא לעזרה, ולכן החליט סא"ל ארז לירות ברגליו, אך זה המשיך גם לאחר מכן לסכן את הכוח, ולכן הורה סא"ל ארז לאחד החיילים לירות בו כדי למנוע תנועתו, וכך נעשה. האירוע כולו אך כמה דקות. בית המשפט העליון הדגיש את הדרגתיות האמצעים שנקט סא"ל ארז וקבע:

המשיב מס' 4 פעל בשטח אויב. הוא היה נתון בלחץ רב נוכח הסכנה הקשה שנשקפה לכוח לאחר שנחשף, וזאת בשל קירבתם של כוחות גדולים של מחבלים למקום. זאת בפרט, נוכח הקשיים בהיחלצות מהמקום דרך הים. כוחות אלה היה באפשרותו של האדם הכפות להזעיק למקום, לו היה מצליח להימלט בחסות החשיכה והצמחייה. המשיב מס' 4 דאג לשלום חייליו. על פי חוות דעת הפצ"ר עמדה לו ההגנה של צורך, כמי שאחראי לשלום חייליו, ועל פי חובתו לקבלת החלטה ולבצע בתנאי לחץ ובהרף עין. על רקע תשתית עובדתית זו, פנינו בתחילת הדיון בעתירה לעותר, והצענו לו למחוק עתירתו [ההדגשה הוספה].

עמדה דומה הביע שיף:²⁷⁵

במשפטי ליטני לא היה שום קושי לקבוע שפקודה להרוג או לרצוח אנשים שאינם מסכנים את כוחותינו היא בלתי חוקית בעליל. אמנם ניתן להעלות על הדעת מצב חריג במיוחד שבו שבו מלחמה נופל בידי כוחות הצבא. לא ניתן לקחת אותו ולא ניתן לשחרר אותו, ואף לא ניתן להממו עקב נסיבות האירוע. יחד עם זאת, אם יושאר בשטח יש סכנה שישגייר את כוחותינו ואת סודות המבצע. מצב זה הוא מיוחד במינו...

מקרה נוסף שבו נקבע כי הפקודה שניתנה לחייל הייתה חוקית עקב קיומו של הצדק כדין הוא בעניין לנברג.²⁷⁶ שם דובר בחייל אשר היה אחראי על מעבדת הקשר באחת החטיבות והיה אמור להתייצב בבית הדין לפי צו זימון. המשיב לא התייצב, מכיוון שהוטל בבסיסו מצב כוננות ובעקבותיו הוטלו עליו משימות לביצוע. התביעה לא חלקה על ההצדק שהיה קיים למעשהו של המשיב כל עוד פעל לפי פקודה מפורשת של מפקדו למילוי תפקידיו במסגרת מצב הכוננות שהוכרו, אך טענה כי מכיוון שהכרזת הכוננות לא ביטלה במפורש את צו הזימון, היה על המשיב להתייצב בבית הדין לאחר שסיים את המשימות שהוטלו עליו. בית הדין דחה טענה זו:

איננו מקבלים את הדעה, שהמשיב חייב היה מיזמתו בלבד לעזוב את שטח המחנה, כדי להתייצב בבית הדין בהתאם לצו הזימון, מאחר ומצב הכוננות טרם בוטל ופקודתו המפורשת והאחרונה של המפקד האוסרת עזיבת המחנה עדיין היתה בתוקפה.²⁷⁷

גם מדבריו של בית המשפט העליון בעניין אטיאס²⁷⁸ (עובדת עירייה שסירבה לעבור תפקיד) משתמע כי לאדם יכולה לקום הגנת צידוק במקרה שהפקודה המפרה את החוק ניתנה בתנאים

²⁷⁵ לא עלה בידי לאתר את פסק הדין אליו מתייחס שיף אך תיאור ההלכה האמור מופיע בשיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 122.

²⁷⁶ 273/56/ז (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' לנברג (לא פורסם, 24.10.1956) (נספח ח להלן); גרון בו להלן.

²⁷⁷ שם, פס' 4.

²⁷⁸ עניין אטיאס, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

המקימים הצדק כדין, שכן בית המשפט נתן שם כדוגמה לפקודה בלתי חוקית בעליל: "הוראה שמילויה כרוך בסיכון חיי אדם ללא צורך".

חשוב לזכור, כי ככל שהמעשה נשוא הפקודה פוגע בערך חברתי חשוב יותר וככל שהפגיעה חמורה יותר – כך יהיה קשה יותר למצוא לו הצדק, שכן סייגי ההצדק כדין מבוססים על איזון שבין התועלת החברתית שבעשיית המעשה לבין זו שבאי־עשייתה.

12.4 המשפט הבינ־לאומי המנהגי במקום הצדק כדין

הוראות עונשיות רבות, ובהן מרבית הסעיפים של חוק העונשין, נועדו לתקופות שגרה ולא לתקופות של לחימה וחירום. לעומת זאת, דיני הלחימה נועדו לתקופות חירום, ולכן הם מתירים במצבים מסוימים פעולות אשר בעתות שלום היו נחשבות לעברה.

כאמור, על פי הדין הישראלי, מעמדו של המשפט הבינ־לאומי המנהגי הוא מעמד של דין. לכן אם נעשה מעשה המקיים את יסודות העברה לפי דיני העונשין הישראליים, ועולה מנוסחו של החוק כי הוא נועד לקבוע איסור לתקופות שגרה, אזי אף אם לא קיים דין ישראלי מפורש המתיר את המעשה, המשפט הבינ־לאומי המנהגי אשר מתירו הוא שיעניק סמכות ב"דין" לביצוע המעשה האמור. במקרה כזה לא יהיה אפשר להעמיד לדין את האנשים שהורו על ביצוע המעשה, שכן תעמוד להם ההגנה של צידוק עקב הפעלת סמכות שבדין [סעיף 34יג(1) לחוק העונשין]. פקודתם, אשר ניתנה בהתאם לסמכות שהוענקה להם מכוח דיני הלחימה, תהא חוקית ולכן למצייתים לפקודה תעמוד הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

סוגיית אחריותם של הנותנים פקודות כאלו ושל המצייתים לפקודות נדונה בבג"ץ "הסיכולים הממוקדים"²⁷⁹ שם טענו העותרים כי כיוון שסיכול ממוקד של אדם הוא "גרימת מותו של אדם בכוונה תחילה" הוא אסור על פי חוק העונשין. לכן, לדידם של העותרים, מי שפוקדים על מעשים כאלו ומי שמצייתים להם עוברים עברה של רצח על־פי חוק העונשין. בית המשפט העליון דחה טענה זו וקבע כי במקרה דנן קמה הגנה של הפעלת סמכות שבדין, בהתבססו על שילוב בין נורמות ישראליות לנורמות מן המשפט הבינ־לאומי המנהגי:

חלקים ניכרים של המשפט הבינ־לאומי העוסקים בעימות מזויין הם בעלי אופי מנהגי. דינים מנהגיים אלה הם חלק מהמשפט הישראלי [...] המשפט הבינ־לאומי המועגן כאמנות בין־לאומיות (בין אם ישראל צד להן ובין אם לאו) ואשר אין בו משום אימוץ של משפט בין־לאומי מנהגי, אינו חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל [...] המשפט הציבורי בישראל מכיר בצבא ההגנה לישראל כ"צבאה של המדינה" (סעיף 1 לחוק־יסוד: הצבא). הצבא מוסמך "לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים־לאומיים" (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948). חוק־יסוד: הממשלה מכיר בחוקתיותן של פעולות צבאיות הדרושות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" (סעיף 40(ב)). פעולות אלה כוללות, כמובן, גם

279 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, תק"על 2006(4) 3958, פס' 19 לפסק דינו של השופט ברק (14.12.2006).

עימות מזויין עם ארגוני טרור מחוץ לגבולות המדינה. כן יש להזכיר את הסייג לאחריות הפלילית הקבוע בסעיף 34ג(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לפיו לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהוא "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". כאשר חיילי צבא הגנה לישראל פועלים על פי דיני העימות המזויין, הם פועלים "לפי דין", ועומדת להם הגנת הצידוק. לעומת זאת, אם הם יפעלו בניגוד לדיני העימות המזויין הם עשויים לשאת, בין השאר, באחריות פלילית לפעולותיהם. אכן, "המקום הגיאומטרי" של סוגייתנו, הוא במשפט הבין-לאומי המנהגי הדין בעימות מזויין. ממנו יגזרו גם הדינים האחרים העשויים להיות רלבנטיים על פי משפטנו הפנימי. משפט בין-לאומי הסכמי שאין לו כוח מנהגי אינו חלק ממשפטנו הפנימי.

לדידי, כיוון שהמשפט הבין-לאומי המנהגי הוא "דין" על פי המשפט הישראלי, ההגנה של "הפעלת סמכות שבדין" הייתה קמה גם ללא השילוב בין המשפט הבין-לאומי המנהגי לסעיפי סמכויות הסל הקיימים בחוק יסוד: הממשלה, חוק יסוד: הצבא ופקודת סדרי שלטון ומשפט, אלא מכוח המשפט הבין-לאומי המנהגי לבדו. אך בפועל, תוצאתו של השילוב האמור היא אותה תוצאה – בהיעדרו של חוק ישראלי מפורש הקובע אחרת או בהיעדר חקיקה ראשית אשר מתכליתה ברור כי היא נועדה לסייג את פעולת הרשויות ולצמצם את סמכותם אף יותר ממתחם הסמכות הקבוע בדיני הלחימה (או במשפט המנהגי אחר)²⁸⁰ הרי המשפט הבין-לאומי המנהגי יכול להקים הגנת צידוק לפוקדים ולמצייתים לפקודות אשר תואמות דין זה.

יודגש, גם דין מנהגי שאינו חלק מדיני הלחימה יוכל לעתים להקנות לרשות מבצעת סמכות לעשות מעשה אשר בדרך כלל אסור על פי חוק, וזאת כל עוד לא ישתמע במפורש מתכלית החוק כי הוא נועד לאסור את אשר מתיר המשפט המנהגי.²⁸¹

12.5 טעות בדבר קיומו של הצדק כדין לקיום הפקודה

ייתכנו מצבים שבהם ישגה החייל לסבור כי קיים הצדק כדין והופך את הפקודה לחוקית או שישגה לסבור כי מפקדו יודע על הצדק כזה ואינו יכול לספר לו על כך. לדידו של שיף, טעות כזו תהיה טעות במצב דברים:²⁸²

מצב חירום יכול לגרום לכך שיתווספו הגנות נוספות, כגון טעות בעובדה. אם למשל, במהלך מלחמת לבנון אמר מפקד לפקודיו, אתם שוכבים במארב על ציר מסויים, ועליכם לפתוח באש על הטנדר הירוק הראשון שעובר במקום, על מנת להשמידו. אחר כך הסתבר שדעתו של המפקד נטרפה עליו, והוא פשוט רצה להשמיד את הטנדר ללא עילה; הוא יעמוד לדין, אבל סביר שלפקודים תהיה טענת טעות בעובדה, שכן כאשר הם מקבלים פקודה במהלך מלחמה, עליהם לצאת מנקודת הנחה שלמפקד יש נתונים לפקודתו, ובמקרה זה, שהירי בטנדר היה דרוש במצב שבו היו שרויים. אם לעומת זאת, המפקד

280 ראו לעניין זה: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 575-578 (1993), וההפניות שם.
281 כיוון שהבסיס החוקי שעליו נסמכת ההלכה בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד (לעיל ה"ש 279) הוא בסיס הנכון לכלל המשפט הבין-לאומי המנהגי ולא רק לדיני הלחימה.

282 שיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 128.

יורה להם ללכת לכביש החוף ולירות בטנדר הראשון שבו הם נתקלים ולהשמידו הרי מובן שלא תעמוד להם אותה טענה, אם אמנם ימלאו את הפקודה.

גם בעניין תשובה²⁸³ (מ"כ שירה במכונית כדי לעצרה מכיוון שסבר שמדובר במכונית סורית, והרג איש מילואים שישב בתוכה) נדון מקרה כזה. שם סברו כל השופטים כי יש לזכות את המ"כ עקב טעותו הסבירה והכנה שמדובר ברכב אויב. אך לעניינו חשובה דעת היחיד של אחד השופטים, אשר סבר גם כי יש לראות במעשי המ"כ מעשים שנעשו לשם ביצוע הפקודה לעצור את המכונית. כפי שנאמר בפסק הדין:

דעת אחד השופטים היא, שאכן אין לראות במעשהו של המשיב מעשה בלתי חוקי ויש לבחון את התנהגותו במסגרת אותו כלל האומר כי חייל המקבל פקודה חוקית רשאי להשתמש באותם צעדים סבירים הנחוצים לצורך ביצוע אותה פקודה. ברור שיש לבחון את אותה התנהגות על רקע הנסיבות הסובבות את המקרה. במקרה דנן קיבל המערער הוראה לעצור מכונית שסביר היה להניח כי מכונית אויב היא. המשיב נקט במספר צעדים על מנת לקדם את פניה ורק בשלב קריטי, שהיה ברור לו שלא ניתן לעצור אותה מכונית אלא ע"י שימוש באש, פתח בירי בה. במסיבות אלה אין לומר כי עבר הוא עבירה כל שהיא שיש לסלוח לו עליה. כמובן שאין דעתו של אותו שופט כי עצם מתן הפקודה לעצור את המכונית תצדיק את פתיחת האש. לדוגמא, סבור הוא שלו היה ברור למשיב כי עניין לו עם מכונית ישראלית שנוסעיה לא ביצעו פשע בנוכחותו, ודאי שאסור היה לו לפתוח עליה באש.

משמע, אומר השופט בדעת היחיד כי טעותו של הנאשם הייתה כנה וסבירה (כיום תידרש כנות בלבד), ומשכך יש לבחון את הציות לפקודה על פי מצב העובדות כפי שהנאשם סבר שהתקיים. במצב דברים זה מדובר במכונית אויב ולכן פקודה לירות במכונית כזו שאינה עוצרת היא פקודה חוקית (יש לה הצדק כדיון). שונה מצב הדברים שהיה בפועל, שבו דובר בפקודה לירות במכונית ישראלית; לכן לו היה הנאשם יודע שזה המצב הפקודה הייתה בלתי חוקית, ומדברי השופט משתמע שהוא סבור כי היא אף הייתה עולה כדי פקודה בלתי חוקית בעליל.

12.6 טעות במצב דברים ההופכת פקודה לבלתי חוקית בעליל מנקודת מבטו של החייל

חייל מקבל פקודה ומבין אותה כראוי, אך שוגה לסבור כי המצב העובדתי הוא כזה אשר הופך אותה לפקודה אשר ברור וגלוי שהיא לא חוקית – האם תעמוד לו הגנת טעות כלשהי אם יועמד לדין בגין סירוב לקיים פקודה או אי-קיום פקודה?

תמיכה לעמדה אשר תקים לחייל כזה הגנה של טעות במצב דברים ניתן למצוא בדבריו של קדמי אשר עסקו בהגנת הצידוק אשר בחוק העונשין: "אם נתקיימו תנאי החלטה של ההגנה האמורה, יבחן בית המשפט את שאלת היות הפקודה 'בלתי חוקית בעליל' על רקע המציאות המדומה

שבקיומה האמין הנאשם".²⁸⁴

אולם, שני עניינים הדרושים הבהרה בנוגע לטעות במצב דברים אשר הופכת את הפקודה לבלתי חוקית בעליל מנקודת מבטו של החייל. ראשית, מדובר רק במקרה שבו החייל הבין נכון את הפקודה וסבר בטעות שהמצב העובדתי הופך אותה לבלתי חוקית בעליל. אין מדובר פה במצב שבו החייל הבין נכון את הפקודה ואת המצב העובדתי וסבר בטעות שהיא עומדת בסתירה לדין באופן ההופך אותה לפקודה בלתי חוקית בעליל (במקרה כזה הוא לא יזכה לכל הגנה),²⁸⁵ ואין מדובר במקרה שבו החייל הבין נכון את המצב העובדתי אך שגה בהבנת הפקודה וסבר שהיא מורה על מעשה אחר מזה שהורתה לעשותו.²⁸⁶

שנית, היקף ההגנה שהחייל יזכה לה תלוי במידה רבה בגישה שינקוט בית הדין לגבי זיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.²⁸⁷

אם בית הדין יצטרך בגישת "הדגל השחור" (שלפיה פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה המורה על ביצוע מעשה חוקי שיש בו פגם מוסרי חמור), ייכנס עניינו של החייל בגדרו של הסייג הקבוע בחוק השיפוט הצבאי רק אם ייקבע כי במצב העובדתי שאותו דימה בכנות, הפקודה היא בלתי חוקית ברמה שדגל שחור מתנוסס מעליה.

אם בית הדין ינקוט את גישת הפגיעה בערכי היסוד (שלפיה פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה בלתי חוקית המפרה אחד מבין רשימה מצומצמת של ערכים אשר נקבעו בפסיקה במשך השנים), ייכנס עניינו של החייל בגדרו של הסייג האמור רק אם ייקבע כי במצב העובדתי שאותו דימה בכנות, הפקודה מפרה את אחד מערכי היסוד המוגנים.

אם בית הדין ינקוט גישה של ידיעה בכוח (שלפיה פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה בלתי חוקית אשר חייל סביר יכול היה לזהות את אי־חוקיותה), די שייקבע כי במצב העובדתי שאותו דימה החייל בכנות, הפקודה היא בלתי חוקית ברמה שחייל סביר אשר היה נמצא באותו מצב (משמע, המצב שהנאשם דימה שהוא נמצא בו) היה מזהה את אי־חוקיותה.

אם בית הדין ינקוט גישה של ידיעה בפועל (שלפיה פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שהנאשם ידע שהיא בלתי חוקית בעת הציות לה), די שייקבע כי במצב העובדתי שאותו דימה הנאשם בכנות הופכת הפקודה להיות בלתי חוקית.

12.7 האם קיים חוק המסמיך את נותן הפקודה לתתה?

פקודה יכולה להיות בלתי חוקית לא רק מפני שהחוק אסר על עשיית המעשה שעליו מורה הפקודה, אלא גם מפני שלנותן הפקודה לא הייתה סמכות להורות את אשר הורה. ככלל סוגיה זו

284 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 458.

285 ראו דיון בכך להלן בחלק 15.3.

286 לדין במידת ההגנה שלה יזכה חייל במקרה זה ראו חלק 10.4 לעיל.

287 לגישות השונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל ראו להלן חלק 13, על תתי־חלקיו השונים.

תהיה רלוונטית לסעיף 125 לחש"א, אך לא לסייג הצידוק שבחוק העונשין.²⁸⁸ הסביר זאת פרוש:²⁸⁹

חשוב להבחין בהקשר הזה בין שני סוגים שונים של פקודות בלתי חוקיות. בדיונים שהתקיימו סביב המושג פקודה בלתי חוקית בעליל לא הייתה בדרך כלל התייחסות להבחנה זו. אך נראה לי שהיא חשובה ביותר. ניתן לומר על אדם שהוא נותן פקודה בלתי חוקית כאשר המעשה שהוא דורש לעשות הוא מעשה שהחוק אוסר לעשותו ("מעשה" אני מתכוון כאן גם למחדל). וניתן לומר על אדם שהוא נותן פקודה בלתי חוקית כאשר אין לו, לפי חוק, סמכות לתת את הפקודה שנתן. לכאורה, בכל מקרה שאדם נותן פקודה שאין לו סמכות לתיתה, הוא נותן פקודה לעשות מעשה שאסור לעשות. אך זאת טעות. גם אם נכון שבכל פקודה לעשות מעשה בלתי-חוקי יש חריגה מסמכות, אין זה נכון שבכל פקודה החורגת מסמכות יש דרישה לעשות מעשה בלתי-חוקי. ניטול לדוגמה קצין בכיר הנותן לחייל הכפוף לו פקודה לסייע לו בכל שבת בעבודות פרטיות שהוא עושה בשיפוץ ביתו הפרטי. אם החייל מציית לפקודה זו ועושה מה שהקצין תובע ממנו, אין הוא עושה מעשה בלתי-חוקי – החוק אינו אוסר עליו לסייע לקצין שלו בשעות הפנאי. עם זאת ברור שהקצין חרג במתן הפקודה מהסמכות שהעניק לו החוק, ומבחינה זו ניתן לומר, כי הפקודה שנתן היא פקודה בלתי-חוקית. אין להניח שהעוקף הטמון בהוראה שבסעיף 34 לחוק העונשין מכון כלפי פקודות בלתי-חוקיות מסוגה של פקודה זו. שהרי סעיף זה בא לתחם את גבולות אחריותו הפלילית של אדם למעשה שעשה בצייתו לפקודה [...] כאשר עוברים להוראה שבסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, המצב הוא שונה, שהרי הוראה זו באה לתחום את גבולות המשמעת של החייל; ניתן לטעון שכאשר ברור וגלוי שהמפקד חורג מסמכותו בפקודה מסויימת [...], אין להרשיע חייל שלא ביצע את הפקודה בעבירת משמעת גם אם לא כללה הפקודה דרישה לעשות מעשה בלתי-חוקי. ייתכן אפוא שההוראה בסעיף 125 מתייחסת גם לפקודות שחוסר חוקיותן נובע מהעובדה שיש בהן חריגה מסמכות.

תחום סמכותו של כל מפקד נקבע בהתאם לתפקידו. עם זאת, נראה כי עבור כלל המפקדים בצה"ל, פקודות אשר אינן מבוססות על צורך צבאי כלשהו יהיו מחוץ לגדר סמכותם. בעניין אליהו²⁹⁰ (חייל שנרדם בעת שמירה ונצטווה להישאר שכוב עד לבוא המשטרה הצבאית), קבע בית הדין הצבאי לערעורים:

פקודה חוקית, כפי שאנו מוצאים אותה מוגדרת, משמעה שתהיה גם מוצדקת בחוק הצבאי ונוגעת לחובה צבאית, היינו, שכל אי ציות לה עלול לגרור אחריו הפרעה, איחור, או מניעת מהלך ענייני הצבא או פעולה צבאית.

קביעה דומה קיימת גם במשפט האמריקני, כפי שמצוין במדריך עבור בתי הדין הצבאיים (MCM):²⁹¹

288 חריג הינו מקרה בו עצם היעדר הסמכות הופך את המעשה לעברה (לדוגמה, פקודת מעצר שניתנה ללא סמכות, עלולה להפוך את המעצר שבוצע בציות לה למעשה תקיפה).

289 ראו פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 70-69.

290 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 88.

291 MCM, לעיל ה"ש 258.

Relationship to military duty. *The order must relate to military duty, which includes all activities reasonably necessary to accomplish a military mission, or safeguard or promote the morale, discipline, and usefulness of members of a command and directly connected with the maintenance of good order in the service. The order may not, without such a valid military purpose, interfere with private rights or personal affairs. However, the dictates of a person's conscience, religion, or personal philosophy cannot justify or excuse the disobedience of an otherwise lawful order. Disobedience of an order which has for its sole object the attainment of some private end, or which is given for the sole purpose of increasing the penalty for an offence which it is expected the accused may commit is not punishable under this article.*

זמיר מבהיר בספרו כי חובה דומה חלה בהקשר של עובדי ציבור:²⁹²

חובת הציות של עובד ציבור, ככל שהיא רחבה, אינה אלא חובה לציית, [...] להוראות 'שניתנו לו כדין'. מכאן נובעים שלושה סייגים עיקריים, מובנים מאליהם, לחובת הציות של עובד הציבור. ראשית, בדרך כלל אין עליו חובה לציית אלא להוראה שניתנה לו על-ידי מי שממונה עליו במערכת המינהלית. שנית, אין עליו חובה לציית אלא להוראה הקשורה למילוי תפקידו כעובד ציבור, אך כי לעיתים הגבול בין התפקיד הציבורי לבין החיים הפרטיים מטושטש, ובנסיבות מסוימות התפקיד הציבורי פולש לחיים הפרטיים. שלישית, כפי שהנשיא שמגר אמר [...] אין חובת הציות חלה על 'הוראה בלתי חוקית בעליל' [ההדגשה הוספה].

ראוי לציין כי קיימות עמדות שעל פיהן הוראה שניתנה ללא סמכות אינה יכולה להיחשב לפקודה כלל,²⁹³ וכן עמדות שעל-פיהן הוראה שניתנה ללא סמכות תיחשב תמיד לפקודה בלתי חוקית בעליל.²⁹⁴

12.8 פקודות סותרות

נשאלת השאלה, מה דינה של פקודת מפקד זוטר הסותרת פקודה קודמת של מפקד בכיר יותר. במקרה זה תיחשב הפקודה המאוחרת לחוקית אך ורק אם היה קיים הצדק כדין לשינוי הפקודה. אך חשוב לציין כי אף אם הפקודה האמורה אינה חוקית יהיה החייל חייב לציית לה, כל עוד היא אינה בלתי חוקית בעליל.

בעניין עזריה²⁹⁵ דן בית הדין הצבאי לערעורים ביחס שבין פקודה מוקדמת ממפקד בכיר לפקודה מאוחרת ממפקד זוטר:

292 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 600.
 293 לדיין בכך ראו חלק 9.2 לעיל.
 294 לדיין בכך ראו חלק 13.4.2.6 להלן.
 295 ראו עניין עזריה, לעיל ה"ש 194, בעמ' 257.

הוראת מפקד שניתנה לשם ביצוע משימה מסוימת ניתנת לשינוי על ידי מפקד אחר נמוך ממנו בדרגה, וזאת כאשר האחרון פועל ומבצע את המשימה, אך בעקבות שינוי הנסיבות, שלא היו ידועות קודם לכן, ולאחר הפעלת שיקול דעת, הוא החליט לסטות מההוראה המקורית [...] ברור הדבר שאותו מפקד אשר סטה מן ההוראה המקורית, עלול לתת את הדין על מעשה זה, באם פעל כך שלא כדין או ללא הצדקה. כאשר לחיילים שצייתו לאותה הוראה, הרי במלאם אחר חובת הציות, אין לבוא אליהם בטרזוניה, כל עוד ההוראה איננה בלתי חוקית בעליל [ההדגשה הוספה].

לאחריות המוטלת על המפקד שלא לתת פקודות הנוגדות את פקודותיהם של מפקדים אחרים התייחס בית הדין הצבאי לערעורים באחד מפסקי דינו הראשונים – עניין אפפל.²⁹⁶ שם דובר בחייל שפעל בהתאם לפקודת מפקדו ובניגוד לפקודת הרס"ר אשר היה בעל הסמכות מבחינה מקצועית. לגבי הצורך למנוע סתירות בין פקודותיהם של מפקדים שונים אמר בית הדין:

[...] מוטלת אחריות רבה על כל מפקד בבואו לתת פקודה. הוא חייב לשקול יפה אם מקבל הפקודה יוכל להוציאה לפועל. הוא צריך לתת את הפקודה דרך הצינורות המקובלים ככל האפשר, על מנת להבטיח שמקבל הפקודה לא יקבל פקודות סותרות וע"י כך להביא למצב שהוא יהיה מפר פקודה אחרת. סטיה מנוהג זה עלולה לגרום לערעור יסודות המשמעת בצבא.

אין לעבור על נוהג זה אלא רק במקרים יוצאים מן הכלל ולצורך חיוני ביותר.

כשם שעל המפקד מוטלת חובה לברר שפקודתו אינה סותרת את פקודותיהם של מפקדים אחרים, כך חלה על החייל חובה להבהיר למפקדו כי פקודתו סותרת פקודה קודמת של מפקד אחר. לאחר שהחייל הבהיר זאת למפקד, על המפקד להחליט אם ברצונו שהחייל יציית לפקודה בכל זאת. אם החליט שזוהו רצונו יהיה על החייל לציית לפקודה (כל עוד היא אינה בלתי חוקית בעליל) ואם יתברר בדיעבד כי לא היה הצדק לשינוי הפקודה, אפשר שהמפקד ייתן את הדין על כך. על עניינים אלו עמד בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אמנון²⁹⁷ ובעניין דן.²⁹⁸

בעניין דן שימש המערער מפקד מחלקה בגדוד אשר על פי הפקודות היה "כפוף בסיוע" לפיקוד צפון, אך תעסוקתו המבצעית נקבעה על ידי מחלקת מבצעים באג"ם. עוד נקבע בפקודות כי במקרי חירום יכול אלוף פיקוד הצפון להפעיל את הכוח ללא אישור מחלקת מבצעים באג"ם. המערער קיבל הוראה מפיקוד הצפון לבוא עם מחלקתו לסייע בחילוץ מכונית משטרה שנכנסה לשדה מוקשים. המערער דיבר עם המג"ד, וזה אסר עליו במפורש לציית לפקודה כיוון שלא הגיעה מאג"ם. המערער סירב לסייע בחילוץ ועמד בסירובו אף כאשר נאמר לו כי מדובר בהוראת האלוף. לפיכך הועמד לדין בגין עברה של סירוב לקיים פקודה; במשפטו טען כי ציית להוראת המג"ד. פסק בית הדין:

296 ע/138/48 (ערעורים צה"ל) אפפל נ' התובע הצבאי הראשי, פס' ב(2) (לא פורסם, 14.11.1948) (נספח ב להלן).

297 ע/135/55 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' אמנון (לא פורסם, 15.8.1955).

298 עניין דן, לעיל ה"ש 144, פס' 6.

[...] סבורים אנו שרשאי היה אלוף הפיקוד (וכל קצין מטה הפועל בשמו – במשמע) להחליט להפעיל כוח הנמצא במרחבו, וזה אף בניגוד לפקודה כללית שנתנה קודם לכן ע"י גורם מטכלי בצורת הוראת שגרה, ומחובת המערער הייתה להשמע להוראה זו. וזה לפי העקרון שמבין שתי פקודות נוגדות שמקבל איש צבא מגופים המוסמכים לתת לו פקודות, הפקודה האחרונה היא המחייבת, כמובן שמקבל הפקודה צריך להודיע לנותן הפקודה על הפקודה הראשונה, אולם אם נותן הפקודה השנייה עומד בכל זאת על ביצוע פקודתו, חייב מקבל הפקודה לקיימה והאחריות לבטול הפקודה הקודמת חלה על נותן הפקודה. במקרה הנדון שלפנינו חייב היה המערער לקיים את הפקודה של קצין המבצעים וזה האחרון היה נותן את הדין באם היה מעשהו בלתי מוצדק [ההדגשה במקור].

בעניין אמנון דובר בחייל שהועמד לדין בגין עברה של סירוב לקיים פקודה בשל סירובו לחתום על טופס לקבלת ציוה. המשיב קיבל פקודה ממפקד המחנה לחתום על הציוה, פקודה אשר נגדה את הוראות הקבע של הבסיס וכן את פקודת מפקדו הישיר של המשיב. בית הדין קבע כי היה על החייל להישמע לפקודה האחרונה מבין הפקודות הסותרות שהוא קיבל, וכן היה עליו להודיע למפקד על קיומה של פקודה סותרת. על המפקד השני, נקבע, חלה חובה להודיע למפקד הראשון כי נתן פקודה הנוגדת את פקודתו, והוא זה שיישא באחריות (ולא החייל) אם יתברר כי לא התקיים הצדק כדין לסתירת הפקודה הראשונה.

ראוי לציין כי חובתו של החייל להבהיר למפקדו שפקודתו סותרת פקודה קודמת תקום אך ורק אם פקודתו של המפקד תהיה ברורה דיה כדי שיוכן ממנה כי יש סתירה בינה לבין הפקודה הקודמת. כך עולה מעניין מחמד.²⁹⁹

באותו מקרה דובר בחייל אשר ניתן לו אישור שהייה מחוץ לבסיס למשך יומיים ("פס"). לעומת זאת, מפקדו נתן לו הוראה אשר השתמע ממנה כי עליו לחזור במהירות האפשרית לבסיס. החייל חזר לבסיס כעבור יומיים והועמד לדין בגין אי מילוי פקודה.

בית הדין קבע כי המפקד לא ידע על אישור השהייה שניתן למערער ליומיים; עוד קבע כי ההוראה שנתן המפקד לחייל ממנה השתמע כי עליו לחזור לבסיס לא הייתה ברורה דיה. לכן, מכיוון שמהוראתו של המפקד לא עלה בבירור ביטול אישור השהייה, קבע בית הדין כי לא ניתן להרשיע את המערער באי מילוי פקודה, וזיכה אותו (מחמת הספק).

על ההלכה האמורה, שעל פיה על החייל לציית למאוחרת מבין שתי הפקודות הסותרות, מתח הדר ביקורת מסוימת:³⁰⁰

מבחינה משפטית דווקנית יש לשאול מדוע חייב החייל בכלל לבצע אחת משתי הפקודות. אם יאשימו את החייל באי ביצוע הפקודה האחרונה, יכול הוא לטעון להגנתו שקיימת הפקודה הראשונה, ואם יאשימוהו באי קיום הפקודה הראשונה יטען שקיימת הפקודה האחרונה. אותה הגנה תסתמך [...] על הגנת צידוק. [...] אם כי הפתרון של ביה"ד הצבאי נראה הגיוני מבחינה מעשית, קשה להסבירו מבחינה תיאורטית.

299 ערעורים צה"ל) מחמד נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 10.8.1955) (נספח 1 להלן).

300 ראו הדר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 169.

לדידי, הפתרון של בתי הדין הוא פתרון ראוי מבחינה מעשית וציבורית, וניתן להצדיקו אף מבחינה תאורטית. מבחינת שיקולי משמעת צבאית ומקצועיות הצבא (שהם שיקולי הצדק³⁰¹) ההלכה האמורה מונעת מצב של סרבנות בוטה לפקודת מפקד, ומעודדת החלפה של מידע בין כלל הגורמים הנוגעים בדבר. מבחינת שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל, ההלכה האמורה מגינה על החייל מפני העמדה לדין ומטילה עליו חובה סבירה של דיווח למפקד השני על אודות הפקודה הראשונה.

מבחינת פרשנות משפטית (הצדקה תאורטית), ניתן לטעון כי אם החייל יפר את הפקודה השנייה ויפעל לפי הפקודה הראשונה, הוא לא יוכל לטעון כי פעל עקב ציות "לצו". הסיבה לכך נעוצה בהיקש אשר ממנו גזר בית הדין את הלכתו והוא כללי בררת הדין – לפי כללים אלו נורמה חוקית מאוחרת מבטלת נורמה חוקית מוקדמת.³⁰² לכן, אם כללי בררת הדין חלים גם בין פקודות שנותנים מפקדים בצה"ל (ובהנחה שלעניין זה, ולעניין זה בלבד, אנו רואים בכלל הפקודות נורמות שמעמדן זהה, למרות דרגתו הבכירה יותר של נותן הפקודה הראשונה), אזי עבור החייל, משניתנה לו הפקודה השנייה בוטלה הפקודה הראשונה. למעשה, מרגע מתן הפקודה השנייה כלל לא קיימת עבורו כל נורמה אשר ציות לה יצדיק את הפרת הפקודה השנייה (אלא אם הפקודה השניה היא בלתי חוקית בעליל, ואז על החייל להתייחס אליה כאל בטלה מעיקרה).

12.9 פקודות הסותרות את דתו או מצפונו של אדם

פקודה הסותרת את אמונתו הדתית של אדם או את צו מצפונו אינה הופכת בשל כך לבלתי חוקית, ולכן גם אינה יכולה להיחשב באופן אוטומטי לבלתי חוקית בעליל.

אף לפי הגישות הסבורות כי המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית הוא מבחן מוסרי, קיימים שני תנאים מצטברים על מנת שהחייל יוכל (ואף יהיה חייב) לא לציית לפקודה: הראשון – שהפקודה תהיה בלתי חוקית; והשני – שהפקודה תפגע בעקרונות המוסר. לפיכך, אם הפקודה היא חוקית, כלל אין צורך לבחון את מוסריותה ועל החייל חלה חובה מוחלטת לציית לפקודה אף אם הוא סבור כי היא סותרת את מצפונו, את ערכיו או את אמונתו הדתית.

עמדה זו בפסיקה בכל הנוגע לסירובו של חייל לציית לפקודה עקב טענתו כי קיימת סתירה בינה לבין צו מצפונו, באה לידי ביטוי בעניין בן-ארצי³⁰³ (סירוב להתחיל בטענה בדבר טעמי מצפון). שם קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי מכיוון ש"וועדת המצפון" לא קבלה את טענתו בדבר מגבלות מצפון המונעות ממנו להתגייס היה על המערער לציית לפקודת הגיוס.

העמדה האמורה התבטאה גם בפסיקת בית הדין קמא במחוז שיפוט מטכ"ל בעניינו של בן-ארצי³⁰⁴ שם נטה בית הדין להאמין לנאשם כי הוא עונה לקריטריונים של סרבן מצפון; אך עם זאת החליט להרשיעו מכיוון שלא ציית לפקודת הגיוס לאחר שהגורמים המוסמכים בדבר הכריעו בעניינו, שכן פקודת הגיוס הייתה חוקית.

301 לחלוקה לשיקולי הצדק והפטר ראו פרוש, לעיל ה"ש 46.

302 לכך שזה הבסיס התאורטי להלכה שקבעו בתי הדין ראו הדר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 168.

303 הערעור בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 34, פס' 47.

304 פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 33.

גם בעניין מט"ר³⁰⁵ ("סרבנים סלקטיביים" אשר נשפטו בגין סירוב לקיים פקודה להתחיל) ניתן לראות עמדה דומה. הנאשמים טענו, כי פקודה המורה להם להתגייס לצבא "הכובש", היא פקודה הפוגעת בזכותם לחופש מצפון ולפיקח אינה חוקית. בית דין הצבאי מט"ר³⁰⁶ דחה את הטענה ולגופו של מקרה, בחן את פקודת החייל לאור מבחני פסקת ההגבלה וקבע כי מדובר בפקודה חוקית ולכן הרשיע את הנאשמים.

את העמדה המשפטית האמורה בקשר לסרבנות מטעמי מצפון ניתן לראות גם ביחס הצבא לסרבנות על בסיס דתי, אשר התעוררה במהלך ה"התנתקות" – יחס זה בא לידי ביטוי בהעמדה לדין פלילי ומשמעתי של חיילים אשר סירבו לציית לפקודות הנוגעות לפינוי.³⁰⁶

נראה גם שהעמדה המשפטית שלפיה היתה מנוגדת לצו מצפוני או לאמונתו הדתית של חייל אינה הופכת את הפקודה לבלתי חוקית (ולבטח אינה מאפשרת לחייל לסרב לציית לה), היא עמדה הנטועה בכוונה מפורשת של מחוקק החש"ץ.

עד לחקיקת החש"ץ נקבע בחוקת השיפוט כך:³⁰⁷

76 א. בהתאם לכלל שנקבע בפרק הזה בתקנה 61 [כי הגורם שהניע את החייל למעשה או למחדל אינו משחרר מאשמה – ז.ב.] – טענת הנאשם כי נאלץ לעבור עבירה בגלל טעמי מצפון, לא תוכל לשחררו מהאחריות לעבירה; לכל היותר יכולה טענה כזו לשמש כמסיבה המקילה על העונש.

ב. טעמי מצפון אינם שאלת חוק אלא עובדה, ועל הנאשם לשכנע את בית-הדין שאמנם היו לו טעמי מצפון ושגרמו לעבירתו.

ג. טעמי מצפון – פירושם טעמים אשר מקורם ברגשותיו הדתיים או המוסריים של הנאשם או בעיקרי השקפת העולם שלו, אבל אינם כוללים טעמים אשר מקורם בדעותיו הפוליטיות גרידא.

305 עניין מט"ר, לעיל ה"ש 71.

306 לסיכום פעילות זו ראו: הפרקליטות הצבאית, דו"ח הפעילות לשנת העבודה התשס"ה-התשס"ו 2005, 2019 (לא פורסם), 16.8.2005, שם דובר ברב צבאי של חטיבה אשר הגיע למחסום כיסופים ומול קהל רב קרא קריאות במחאה על ההוראות שקיבלו חיילי המחסום. הנאשם הורשע בעסקת טיעון בעברות של מרי ושל התנהגות שאינה הולמת; באשרו את עסקת הטיעון, אמר בית הדין בפסק דינו (עמ' 3): "המחוייבות לציית לחוק אינה תלויה הקשר. נמצאים אנו בתקופה קשה מאוד, ועדיין מצופה מכלל חיילי צה"ל, ומהנאשם כמפקד בפרט, כי יכבוש את יצרי, ינהג בסטנדרטים הגבוהים המצופים ממנו". כן ראו את פסק הדין בתיק דר/229/05 (צבאי דרום) התובע הצבאי נ' אלברט (לא פורסם, 27.9.2005); הנאשם הורשע על פי הודאתו בגין סירוב במזיד לפקודה במהלך אירוע שהתרחש בראשית ימי ההתנתקות במתחם צומת כפר מימון ליד נתיבות. כך אמר בית הדין (עמ' 2): "חומרת המעשים רבה וברורה על פניה. משמעותם הינה למעשה קריאת תיגר על צדקת הדרך הצבאית, לפיה על צה"ל לבצע את שהוטל עליו בהחלטת ממשלת ישראל, החלטה העולה בקנה אחד עם חוק שחוקק בכנסת ישראל, ואשר הוכר כחוקי וחוקי בידי בית המשפט העליון. ציות לפקודות הוא האדן הראשוני עליו נסמך שירות צבאי. סירוב לקיים פקודה חמור שבעתיים כאשר מדובר בקצין [...]".

307 סעיף 76 לחוקת השיפוט, לעיל ה"ש 61.

בתקופה שמקום המדינה ועד לחיקוק החש"ץ ניסו כמה חברי כנסת ובראשם חבר הכנסת ורהפטיג להפוך את הכלל האמור, אשר אפשר להקל בעונשו של חייל עברייני אשר עבר עברות מטעמי מצפון, לכלל אשר יאפשר לבית הדין הצבאי לפטור חייל סרבן מאחריות פלילית במקרה כזה.³⁰⁸ ניסיונות אלו נדחו על ידי הכנסת פעם אחר פעם. כך, למשל, הגיב להצעה כזו חבר הכנסת מאיר גרובוסקי שהיה יו"ר ועדת המשנה לחקיקת חוקת השיפוט הצבאי:³⁰⁹

אנו סבורים שאם נקבל את הצעת ד"ר ורהפטיג [...] פירושו של דבר, לשחרר מאחריות כל בחור ובחורה בצבא שלא יצייתו לפקודה. כי מהו המצפון? – זה עניין הנתון לויכוח רחב [...] מדובר כאן על דברים חמורים מאוד. משמעת איננה דבר שרירותי. משמעת היא ציפור נפשו של קיום הצבא.

גם בדיוני ועדת החש"ץ הציג חבר הכנסת ורהפטיג את הצעתו אך הוועדה דחתה אותה,³¹⁰ ובחוק השיפוט הצבאי כלל לא מופיעים טעמי מצפון כטעמים אשר יש בהם לפטור חייל-נאשם מאחריות או להקל בעונשו. לפיכך נראה כי בחש"ץ הביע המחוקק את רצונו המפורש בסוגיה זו.

הלכה דומה קיימת גם בצבאות אחרים בעולם. כך למשל נקבע במדריך דיני הלחימה של הכוחות המזוינים בארצות הברית:³¹¹

[T]he dictates of a person's conscience, religion, or personal philosophy cannot justify or excuse the disobedience of an otherwise lawful order.

בבריטניה נקבעה הלכה דומה עוד בראשית המאה התשע-עשרה. באותו מקרה נשפטו חיילים פרוטסטנטים אשר הוצבו במלטה מכיוון שסירבו להוראה להיות נוכחים בטקס קתולי שנערך באי. בהרשעתם קבע בית הדין: ראשית, שהפקודה הייתה לנכוח בטקס ולא להשתתף בטקס, ולכן בפועל הם לא חויבו להשתתף בטקס הסותר את אמונתם הדתית; ושנית, כי פקודה אינה הופכת להיות בלתי חוקית מעצם העובדה שהיא סותרת את אמונתו הדתית של החייל, ולכן היה על החיילים לציית לפקודה האמורה. כך תיאר בשנת 1824 ה-Adjutant-General H. Torrens את עמדת הסמכות המאשרת:³¹²

[H]is Majesty was further pleased to observe, that if religious principles were allowed to be urged by individual officers, as a plea for disobedience of orders, the discipline of the army would sustain an injury, which might be dangerous to the welfare of the state; and that it is the duty of all those placed in authority to oppose a decided check to any departure from the principle of obedience, which forms the first duty of a soldier.

308 ראו בהקשר זה למשל: ד"כ 16, 1992, 2019 (ההתשי"ד); ד"כ 3, 180 (התש"י); ד"כ 2, 1312, 1314, 1319 (ההתש"ט).

309 ד"כ 6, 2530-2531 (התש"י).

310 ראו פרוטוקול ועדת החש"ץ, לעיל ה"ש 67, בעמ' 4.

311 MCM, לעיל ה"ש 258.

312 כפי שמופיע כאן; WILLIAM HOUGH, PRECEDENTS IN MILITARY LAW 114 (1855).

מקרה ייחודי של פקודה הסותרת את אמונתו הדתית של חייל הוא מקרה שבו ניתנה לחייל פקודה שיש בה משום חילול שבת (או חג). בהוראת הפיקוד העליון 3.0903 שבתות ומועדי ישראל בצה"ל נקבע כי בשבתות ובמועדי ישראל יופסקו כל העבודות בצה"ל, פרט לעבודות חיוניות ביותר לביטחון המדינה, הצבא ומתקניו, ואלו הן:

1. עבודות המהוות מבצע צבאי, חלק ממנו או סיוע ישיר לו;
2. עבודות הדרושות בדחיפות להגנת המדינה וביטחונה, אשר הפסקתן או אי-עשייתן עלולות לסכן את ביטחון המדינה ואת תפקידי החיוניים של הצבא ומתקניו או לגרום נזק למאמץ המלחמתי, לצבא או למתקנים צבאיים.

לאור האמור בהפ"ע זו, פקודת מפקד שיש בה משום חילול שבת והיא סותרת את ההפ"ע האמורה היא פקודה בלתי חוקית. לפיכך, יש לבחון אם פקודה כזו תהיה גם תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל.

הסוגיה של פקודה המורה לחלל שבת הגיעה לדין משפטי עוד בראשית ימיה של המדינה בעניינם של שני טבחיים אשר סירבו לציית לפקודה להכין בשבת אוכל חם לאנשי פלוגתם אשר עמדו לצאת לפעולה.³¹³ הנאשמים הועמדו לדין משמעתי, הורשעו וקיבלו רשות לערער על הרשעתם לבית הדין המחוזי. בית הדין דן בפרשה כערכאה ראשונה ולא כערכאת ערעור והרשיעם (בניגוד לפרוצדורה שהייתה קבועה בדין באותה עת). בהרשיעו את הנאשמים הסתמך בית הדין על מכתב מהמטכ"ל:

מגויסים אשר מטעמים דתיים אינם יכולים לעבוד בשבת, רשאים לעשות כן, אלא אם המצב הקרבי מחייב אחרת, וכן על ההוראה בדבר שבועה ימי עבודה בשבוע. המג"ד הוא המוסמך לקבוע אם הבישול לפני יציאת הפלוגה לפעולה קרבית הוא פיקוח נפש. חיוני להבהיר לכל ראשי השירותים שעליהם למצוא את הדרך המתאימה להעביר את הוראותיהם דרך הסולם הפיקודי של הצבא. חייל חייב לקבל הוראותיו ממפקדו הישיר ולציית לו.

בית הדין הצבאי לערעורים ביטל את פסק הדין האמור, בנימוק שבית הדין המחוזי לא היה מוסמך לדון בתיק כערכאה ראשונה אלא רק כערכאת ערעור.³¹⁴ סנגורם של הנאשמים ביקש מבית הדין להכריע גם בסוגיה המהותית אך בית הדין סירב:

אין זה מסמכותו [של בית הדין] להחליט כיצד למנוע התנגשות בין משמעת צבאית ושאלות דת. בית הדין מעיר את תשומת לבם של המוסדות המדיניים והצבאיים המוסמכים על ההכרח למצוא בהקדם האפשרי פתרון מקיף לשאלות המתעוררות אצל החייל בהתנגשות בין המצפון לבין חובות המשמעת הצבאית.

גם גורמי היעוץ והחקיקה של הפרקליטות הצבאית בחנו סוגיה זו בשנת 1976, בקשר לאפשרות

313 לדין במקרה זה, לרבות הציטוטים המובאים כאן, ראו צבי ענבר מאזניים וחרב – יסודות המשפט הצבאי בישראל ב, 714-715 (2005).

314 149/48/ע אצל ענבר, שם.

לחייב עובדי צה"ל לעבוד בשבת.³¹⁵ בחוות הדעת לא הכריעו בסוגיה באופן מוחלט, אך עם זאת, העמדה העולה ממנה היא כי לא כל פקודה המפרה את הוראת פיקוד עליון 3.0903 תיחשב באופן אוטומטי פקודה בלתי חוקית בעליל.

כך נקבע בחוות הדעת לגבי פקודות המפרות את הוראת פיקוד עליון 3.0903:

אין ספק, כי פקודות אלו הינן בלתי חוקיות, אך מבחינה משפטית יש לציית גם לפקודה בלתי חוקית (וניתן אחר כך לקבול על המפקד שנתן את הפקודה), והפקודה היחידה שאין לציית לה הינה פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל, לפקודה מסוג זה אסור לציית. השאלה אילו פקודות הינן בלתי חוקיות בעליל ואילו אינן כאלה, שימשה נושא למספר פסקי דין ואין בדעתנו לקבוע כללים בנושא. כל שנוכל לעשות הוא להפנותכם לכללים מסוימים שנקבעו בפסיקה, אך בסופו של דבר ההכרעה בכל מקרה אם לציית לפקודה אם לאו – תהיה מסורה לחייל עצמו, והוא יצטרך לקבל את ההחלטה לאור הנסיבות של המקרה שבו התעוררה הבעיה. ברור, כי אם יוחלט לאחר מכן כי אי הציות לא היה מוצדק הוא, יהיה צפוי לעמוד על כך לדין והעובדה כי מבחינה מצפונית לא יכול היה לציית לפקודה תוכל, לכל היותר, להביא לכך שקצין השיפוט או ביה"ד יתחשב בה בשיקוליו בעת הקביעה מהו העונש שיש להטיל ואולי אף אם הפקודה בלתי חוקית בעליל. הכלל העיקרי שנקבע בפסיקה (במשפט הידוע כמשפט 'כפר קאסם') הוא: 'סימן היכר של פקודה בלתי חוקית בעליל – מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל הפקודה הנתונה [...]'. ישומו של כלל זה, הוא קשה והוא תלוי במספר גורמים ובין השאר, יש לשקול את הקשר בין הפקודה ובין תפקידו של החייל. [...] בתשובה שהוציא בזמנו מי שהיה הרב הצבאי הראשי, נאמר כי כאשר ניתנת פקודה הכרוכה בחילול שבת, על המפקד לתאם זאת קודם לכן עם הרב הצבאי או קצין הדת. אם אין במקום רשות מוסמכת לפסוק הלכה על החייל לדרוש ממפקדו שיודיעו אם המצב הביטחוני אינו מרשה דחיית הפעולה ואם אי-ביצועה עלול להביא לפגיעה במצב הביטחון של אנשים, מתקנים או כל רכוש של המדינה עלי ידי האויב, ורק אז מותר לו לבצע את הפקודה בתנאי שלא יהיה משוכנע בהיפך מזה. החייל יכול להסביר למפקד כי חילול שבת הוא מעוות שאינו ניתן לתיקון ולא יתכן לנהוג לפי כלל של ביצוע הפקודה מידיית ורק אחרי כן אם החייל מוצא את הפקודה כבלתי מוצדקת או פוגעת, יגיש קובלנה נגד מפקדו, כי הדבר אינו ניתן להחזרה. ראוי לציין כי תשובה זו טרם עמדה למבחן של בתי הדין הצבאיים וכאמור לעיל, ההכרעה בכל מקרה צריכה להיות בהתאם לנסיבות של אותו מקרה – והאחריות לציות או לאי-ציות מוטלת על מקבל הפקודה.

נראה אם כך, כי השאלה אם פקודה הסותרת את הוראת פיקוד עליון 3.0903 היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל לא הוכרעה סופית – אך מחוות דעת מחלקת ייעוץ וחקיקה (ולבטח מפסק הדין שבוטל של בית הדין הצבאי המחוזי) מסתמנת מגמה שעל-פיה לא כל פקודה כאמור תיחשב לבלתי חוקית בעליל, וכל מקרה וכל פקודה צריכים להיבחן לגופם.

315 "א. עבודת אורחים עובדי צה"ל בשבת; ב. קיום פקודה הכרוכה בחילול שבת", חק"ק 20(9) 6109, חוות דעת מנחות יעוץ"ק כרך 7, 28 (חוות דעת של מחלקת ייעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית, 5.1.1976).

לעומת עמדה זו סבור אליאב שוחטמן כי על פי הדין הישראלי פקודה לחלל שבת בהיעדר תנאים של פיקוח נפש היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל:³¹⁶

לענ"ד, גם פקודה לחלל שבת שלא לצורך מבצעי היא בלתי חוקית בעליל, בהיותה נוגדת על פניה הוראות מפורשות של פקודות מטכ"ל לשמירת השבת בצבא, ובהיותה מכוונת לפגוע באחד הערכים המקודשים בחיינו הציבוריים. שמירת השבת מושרשת בצה"ל, עד שכל מי שמשרת בצבא יודע היטב שבצה"ל לא קיימת פעילות הכרוכה בחילול שבת, אלא אם כן יש בה צורך מבצעי (ואז לא זו בלבד שאין כאן חילול שבת, אלא מצוה לבצע כל הדרוש לצורך הביטחון). מבחינתו של המפקד או החייל הדתי, כל הוראה לחלל שבת שלא לצרכים מבצעיים (פיקוח נפש) 'דוקרת את העין ומקוממת את הלב', ועל-כן היא פקודה בלתי חוקית בעליל, שאליבא דכולי עלמא אין לבצעה. [...] גם ההוראה לחלל שבת שלא לצורך פעילות מבצעית היא מקוממת, ובתור שכזו הרי היא בלתי חוקית בעליל, גם אם בעיני אנשים מסויימים אין חילול השבת נתפס כמעשה כה חמור. חומרת המעשה מתבטאת, בין היתר, בכך שהוא בלתי הדין, שהרי לאחר שחילול השבת כבר נעשה אין להשיב את הנעשה. בנוסף, על פי תפיסתו של היהודי המאמין לחילול השבת עלולות להיות תוצאות חמורות לא רק ביחס לפרט שחילל את השבת אלא גם ביחס לכלל הציבור.

עמדה דומה הביע הרב הראשי הראשון לצה"ל הרב שלמה גורן, בחוות הדעת המוזכרת בחוות דעת מחלקת ייעוץ וחקיקה אשר הובאה לעיל. נביא עתה את עמדת הרב גורן כלשונו:³¹⁷

שאלה: כשמפקד פוקד עלי לבצע דבר מה הכרוך בחילול שבת, האם עלי לבצע את הפקודה או לסרב?

תשובה:

מפקד הנותן פקודה הכרוכה עם חילול שבת חייב לפני כן לתאם את הדבר עם הרב הצבאי או עם קצין הדת.

במקרה ואין במקום רשות דתית מוסמכת (רב-צבאי) לפסוק הלכה, על החייל לדרוש ממפקדו שיודיעו אם המצב הביטחוני אינו מרשה דחיית הפעולה, ואם אי ביצוע עלול להביא לפגיעה במצב ביטחון של אנשים, מתקנים או כל רכוש המדינה ע"י האויב. רק אז מותר לו לבצע את הפקודה, בתנאי שלא יהיה משוכנע שהיפך מזה.

כמו כן, על החייל להשמיע למפקדו שחילול שבת הוא מעוות שאינו ניתן לתיקון ולא יתכן לנהוג לפי הכלל של ביצוע הפקודה מיד, ורק אחרי כן, אם החייל מוצא את הפקודה כבלתי מוצדקת או כפוגעת יגיש קובלנה כנגד מפקדו.

אמנם חוות דעתו של הרב גורן אינה חוות דעת משפטית אלא חוות דעת הלכתית, אך מכיוון שהיא נכתבה על ידי הרב הצבאי הראשי, מעמדה הוא כשל פקודה צבאית מתוקף הוראות הפיקוד העליון (הוראת פיקוד עליון 2.0201). אך עובדה זו אינה פותרת את הבעיה: ראשית, משמעות הדבר היא

316 אליאב שוחטמן "פקודה צבאית לחלל שבת" תחומין בד 373, 379-380 (תשס"ד).
317 הרב שלמה גורן פסקי הלכות צבא 62, מס' 16 (תשכ"א) – כפי שהווכר שם, בעמ' 381.

כי החייל המקבל פקודה לחלל את השבת בפועל מקבל פקודה הסותרת לא רק את הוראת פיקוד עליון 3.0903 אלא גם את חוות דעת הרב הצבאי הראשי; אך עדיין, כפי שנדון לעיל,³¹⁸ בהיעדר סיבה מיוחדת על החייל לציית לפקודה המאוחרת מבין שתי הפקודות הסותרות הניתנות לו. שנית, כפי שיוסבר ביתר פירוט בהמשך,³¹⁹ שאלת חוסר החוקיות בעליל של פקודה היא שאלה שבמשפט ולא שאלה שבדעת, ולכן העמדה ההלכתית שעל פיה אל לו לחייל לציית לפקודה המורה לחלל שבת, אין בה, כשלעצמה, כדי להפוך פקודה כזו לבלתי חוקית בעליל.

בפועל, חשוב להדגיש כי חילוקי הדעות בשאלה אם פקודה לחלל את השבת היא פקודה בלתי חוקית בעליל, צצים רק אם ננקטת גישה נורמטיבית לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, וגם אז – רק אם בפועל הדרישה היא לאמץ (לפי גישת הפגיעה בערכי היסוד) כלל גורף של אי־ציות, שעל־פיו כל פקודה לחלל שבת היא פקודה בלתי חוקית בעליל.³²⁰ משכך, לשם הכרעה בסוגיה ראוי לבדוק אם קיימים שיקולי הפטר ושיקולי הצדק³²¹ חזקים דיים כדי לאמץ כלל גורף של אי־ציות כאמור.

מבחינת שיקולי הפטר, אין ספק כי אם יחויב החייל הדתי לציית לפקודה המורה לחלל שבת – הפגיעה אשר תיגרם לו היא חמורה. מבחינת החילוני, ייתכן שלא תיגרם לו פגיעה חמורה אם יחויב לחלל שבת, אך באותה מידה לא תיגרם לו פגיעה חמורה אם ייקבע כלל (אשר יכובד על ידי שרשרת הפיקוד שלה כפוף החייל) שעל־פיו אין עליו לציית לפקודות המורות על חילול שבת.

מבחינת שיקולי הצדק, קיים ערך רב לשמירת השבת בפעילות צה"ל, ולפיכך גם מבחינת האינטרס הציבורי יש ערך לאימוץ כלל גורף של אי־ציות. ואולם נוצר קושי במקרים שבהם מחזיק המפקד במידע המצדיק חילול שבת ואשר אינו מצוי בידי החייל. פתרון חלקי לבעיה זו, כפי שצוין בחוות דעתו של הרב גורן, הוא יצירת מנגנון בירור ודיווח נרחב הנועד למנוע מצבים אלו. דא עקא, דווקא במקרים הקריטיים ביותר, שבהם תוצאות הסירוב יכולות להיות הרוות אסון, ייתכנו נסיבות שבהן אילוצים של דחיפות מבצעית וצרכים של ביטחון שדה לא יאפשרו להפעיל את מנגנון הבירור והדיווח שמציע הרב גורן.

עקב כך, לדידי, על אף שיקולי הפטר וההצדק, אין לאמץ את הכלל של אי־ציות גורף במקרה של פקודות המורות לחלל שבת אם החייל סבור שניתנו לו בנסיבות של היעדר פיקוח נפש. עם זאת, יש לנקוט כמה צעדים חלופיים אשר יהיה בהם כדי להקטין את ההסתברות כי פקודות כאלו יינתנו.

ראשית, יש לעודד הליך של בירור ודיווח כפי שהציע הרב גורן: עידוד הליך כזה יקטין את הסיכוי שמפקדים יורו לחלל שבת בהיעדר צורך מבצעי; יתר על כן, הליך כזה יגביר את יחסי האמון בין המפקד לבין חייליו, ולכן אם יבהיר המפקד לחייל, כי שיקולי דחיפות מבצעית אינם מאפשרים לו לקיים את הליך הבירור אשר הוא נוקט ככלל בסוגיה, וכי שיקולי ביטחון שדה אינם מאפשרים לו

318 בחלק 12.8.

319 בחלק 15.1 להלן.

320 לגישות השונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל ראו להלן חלק 13 על תתי־חלקיו; לדיון בגישת הפגיעה בערכי היסוד ראו להלן חלק 13.4.2.

321 לחלוקה לשיקולי הצדק והפטר ראו פרוש, לעיל ה"ש 46.

להסביר לחייל את צורכי פיקוח הנפש אשר הובילו למתן הפקודה – ייטה החייל להאמין לדברי מפקדו ויקטן הסיכוי לסירוב לקיים פקודות.

שנית, יש להעניש בחומרה מפקדים המפרים בפקודתם את הוראת פיקוד עליון 3.0903, כדי להרתיע את המפקדים ממתן פקודות כאלו.

שלישית, עקב נסיבות ההפטר הכבדות ראוי לשקול במקרים המתאימים, בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, שלא להחמיר יתר על המידה בענישת חייל אשר סירב לציית לפקודה בלתי חוקית הכרוכה בביצוע פעילות בשבת, ואשר ייקבע לגביה כי לא הייתה בלתי חוקית בעליל.

לסיכום, חשוב להבהיר כי משמעות העמדה המובאת כאן אינה שכל הפקודות המורות על חילול שבת אינן בלתי חוקיות בעליל, אלא להיפך. כל שהעמדה המובעת כאן קובעת הוא שכל פקודה כזו צריכה להישקל לגופה (על פי הגישה שתאומץ בפסיקה לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל) ושאינן לקבוע כלל גורף של אי-ציות לפקודות המורות על חילול שבת. יתר על כן, עקב שיקולי ההפטר וההצדק החשובים ייתכן שבמקרים פרטניים רבים ייקבע כי פקודה ספציפית לחילול שבת הייתה בלתי חוקית בעליל, באופן שיגרום לזיכויים של החיילים במקרים אלו מעברות של סירוב לקיים פקודה ואי-קיום פקודה.

12.10 בעלי תפקידים צבאיים אשר במקרים מסוימים אינם נתונים למרותן של פקודות

קיימים כמה בעלי תפקידים צבאיים אשר הדין הצבאי מחייב אותם בתחומים מסוימים לעצמאות בשיקול הדעת, ולכן הם אינם נתונים למרותן של פקודות בתחומים אלו. כפועל יוצא מכך, אם הם מקבלים ממפקדיהם הוראה בתחומים אלו, אין הם נדרשים כלל לבחון אם ההוראה היא בלתי חוקית בעליל.

12.10.1 גורמי הפרקליטות הצבאית

חלק נכבד מהגורמים אשר הדין הצבאי מחייבם לעצמאות בשיקול הדעת בתחומים מסוימים ולכן הם אינם נתונים למרותן של פקודות בתחומים אלה הם גורמי הפרקליטות הצבאית ובראשם הפרקליט הצבאי הראשי.

בעניינו של הפצ"ר נקבע בסעיף 9(א) להוראת פיקוד עליון 2.0613 הפרקליטות הצבאית כך: "הפצ"ר כפוף פיקודית לרמטכ"ל, נמנה עם המטה המקצועי במטכ"ל, ובעניינים מקצועיים אין עליו אלא מרותו של החוק".

ובסעיף 2 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.869 א' נקבע כך:³²²

הפרקליט הצבאי הראשי הינו היועץ המשפטי היחיד במערכת הממשל בישראל שהחוק מגדיר את תפקידיו וסמכויותיו באופן כולל. ייחודיות זו, יש בה כדי ללמד שהפרקליט

322 הנחיה מיום 1 בנובמבר 1985; לציטוט שלה ודין בה ראו: צבי ענבר "הפרקליט הצבאי הראשי – מעמדו וסמכויותיו" הפרקליט 108 (תשמ"ז 1987).

הצבאי הראשי, אף שהוא נתון בדרך כלל למרות צבאית, יש לו בו בזמן מחויבות נפרדת למילוי תפקידו, כפי שנקבע בחוק, באופן עצמאי. כך, לדוגמא, החוק מחייב את הפרקליט הצבאי הראשי לפקח על השלטת המשפט בצבא, ואין חובה זו יכולה להתבטל או להצטמצם מכוח פקודה צבאית [ההדגשה הוספה].

לגבי שאר בעלי התפקידים המשפטיים בפרקליטות הצבאית, נקבע בסעיף 5 להוראת פיקוד עליון 2.0613: "במילוי תפקידו, נעזר הפצ"ר בקציני צה"ל בעלי השכלה משפטית". ובסעיף 10: "הפרקליטים הצבאיים אינם כפופים לראש המחוז השיפוטי [משמע, אלוף הפיקוד], אלא לפצ"ר".

נראה כי מטרת סעיפים אלו היא לקבוע כי בעניינים הנוגעים לתפקידיהם, בעלי התפקידים בפרקליטות כפופים להיררכיה הפיקודית של הפרקליטות בלבד; בעל תפקיד צבאי אשר אינו נכלל בהיררכיה הפיקודית של הפרקליטות אינו יכול לתת להם הוראות כלשהן בעניינים הנוגעים לתפקידם.

עם זאת, נשאלת השאלה לגבי מצב שבו בעל תפקיד בפרקליטות הצבאית מקבל פקודה בלתי חוקית מאת גורם בתוך הפרקליטות (בניח אף מהפצ"ר עצמו). האם עליו לציית? נראה כי כאן קיימות שתי פרשנויות אפשריות: האחת, מכיוון שעל הפצ"ר, בעניינים הנוגעים לתפקידו, לפעול בהתאם לחוק בלבד ומכיוון שתפקידו של המשפטן הכפוף היא לעזור לפצ"ר בתפקידו, ציית לפקודה בלתי חוקית אינו סיוע לפצ"ר בתפקידו ולפיכך אין עליו לציית. אך נראה כי פרשנות זו קלושה וזאת מכמה סיבות: ראשית, לו רצה המחוקק הצבאי כי כך יהיה הדבר, היה קובע במפורש כי מרותו של כל בעל תפקיד בפרקליטות היא הדין בלבד; שנית, לגבי חוקיות מעשה מסוים יכולות לעתים להיות דעות שונות, והפרשנות האמורה לעיל תאפשר לכל קצין בפרקליטות לנקוט עמדה משפטית עצמאית אם הוא סבור אחרת ממפקדיו – דבר אשר יפגע אנושות במשמעת בפרקליטות הצבאית. יתר על כן, המחוקק הצבאי התכוון להדגיש את כפיפותם של הגורמים בפרקליטות לפצ"ר, ולכן ספק אם כיוון למצב שבו כל אחד מבעלי תפקידים אלו ינקוט עמדה עצמאית במקרה של חילוקי דעות בדבר חוקיות עניין זה או אחר. לכן, נראה כי הפרשנות הנכונה היא הפרשנות שעל פיה גם בתחום תפקידו חלה חובה על פקוד בפרקליטות הצבאית לציית לפקודה של מפקדו גם אם הוא סבור כי היא בלתי חוקית (וזאת כמובן כל עוד הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל).

בעל תפקיד שזוכה לחופש פעולה רב יותר משאר בעלי התפקידים בפרקליטות הוא הסנגור הצבאי. על-פי סעיף 11 להוראת פיקוד עליון 2.0613: "סניגור צבאי לא יהיה נתון, בעת מילוי תפקידו, למרות מפקדיו, ותעמוד לנגד עיניו טובת הנאשם, בלבד".

12.10.2 שופטים צבאיים

קבוצה נוספת אשר הדין הצבאי מחייב לעצמאות בשיקול הדעת בתחומים מסוימים ולכן הם אינם נתונים למרותן של פקודות בתחומים אלה היא השופטים בבתי הדין ובבתי המשפט הצבאיים.

כך למשל קובע החש"ץ בעניינים של השופטים בבתי הדין הצבאיים:

אי־תלות של שופטים

184. בעניני שפיטה – אין על שופט צבאי מרות זולת מרותו של הדין ואין הוא נתון

למרות כל שהיא של מפקדיו.

ולעניין, שופטי בתי המשפט הצבאיים בשטחים נקבע בסעיף 12 להוראת פיקוד עליון 2.0613 הפרקליטות הצבאית כך: "בביצוע תפקידם, נתונים שופטי בית המשפט הצבאיים למרות הדין, בלבד, ואינם כפופים לפצ"ר"³²³.

12.10.3 גורמי רפואה צבאיים

גורמים נוספים הזוכים לעצמאות רבה ואינם כפופים למרות שאינה מקצועית הם גורמי הרפואה בצה"ל, בעת שגרה ואימונים (שלא כמו בעת קרב). בסעיף 2 לפקודת מטכ"ל 61.0104 טיפול רפואי בחייל נקבע כך:

בטיפול רפואי בחייל, בשגרה ובאימונים, יהיה מחויב הגורם הרפואי המטפל, בראש ובראשונה, לבריאות החייל. הטיפול יינתן בהתאם לעקרונות הרפואה, לאתיקה המקצועית, לפקודות הצבא ולהוראות קרפ"ר.

אף שבסעיף זה לא נקבע במפורש כי בטיפול רפואי לא יהיה הגורם הרפואי כפוף לפקודות שאינן פקודות של גורמי רפואה, נראה כי זו כוונת מתקין הפקודות; פקודה זו מעמידה בראש סדר העדיפויות של הגורם המטפל את בריאות החייל – מעל חובת הציות שלו לגבוהים בדרגה. רמז נוסף לכך שזו כוונת המתקין מצוי בחובת הציות המוטלת על המפקד בסעיף 62: "לבצע וליישם את ההוראות הרפואיות שנתן הגורם המטפל".

מקרה אשר באמצעותו ניתן לבחון את הקושי שאליו עלול להיקלע גורם רפואה בעת שהוא ניצב מול הצורך להכריע בין חובת הדאגה לבריאות החייל לבין חובת הציות, נבחן על ידי פרקליטות מטכ"ל בשנת 2006.³²⁴

באותו מקרה, במהלך תרגיל בבסיס צה"ל שבו דימו השתלטות מפגעים, פינוי פיצויים וכו', החליט סגן מפקד הבסיס (קצין בדרגת סא"ל) כי על נגד בדרגת רס"ם לדמות פצוע. הקצין הורה לצוות חובשים ולרופאה בדרגת סגן לבצע בו טיפול רפואי מדומה. לאחר מכן, הורה לרופאה להחדיר עירוי לנגד, והרופאה צייטה והחדירה את העירוי ללא הסכמתו של הנגד. בהמשך הורה הקצין לצוות הרפואי להפשיט את הנגד ולקשור אותו לאלונקה (אם כי בפועל הנגד לא נקשר ולא הופשט במלואו). כמו כן, בשלב מסוים, על מנת למנוע התנגדות מצד הנגד, דרך הקצין על חזהו של והצמידו לרצפה.

פרקליטת מטכ"ל בחנה בין השאר את שאלת ציורה של הרופאה להוראותיו של הקצין. לכאורה, לשם הכרעה משפטית בסוגיה זו היה על הפרקליטות להכריע אם גורם צבאי רפואי מטפל חייב

³²³ לטעמי הוראה זו דורשת עדכון, כיוון שעל פי המצב המשפטי כיום שופטי בתי המשפט הצבאיים בשטחים אינם כפופים עוד לפצ"ר אלא לנשיא יחידת בתי הדין הצבאיים. עם זאת, אין הדבר משנה לעניין אי-כפיפותם בעניינים הנוגעים לביצוע תפקידם.

³²⁴ "חוות דעת פרקליטה לתיק קבו"ד שעניינו חריגה מסמכות; אלימות כלפי חייל ע"י סא"ל ד'; חריגה מסמכות ע"י סגן ק", חק. 20067000325 (פרקליטות צבאית מחוז שיפוט מטכ"ל, 2006). עותק מחוות הדעת נמצא בידי אך פרטיה המלאים לא הובאו כאן מתוך רצון לשמור על פרטיות הגורמים המעורבים.

לציית להוראות של גורם צבאי שאינו רפואי בעניינים שנוגעים לטיפול רפואי בחייל, ואם כן – אם הפקודה שנתן הקצין הייתה בלתי חוקית "סתם" או בלתי חוקית "בעליל". עם זאת, נסיבות המקרה הובילו את הפרקליטות למסקנה כי ראוי שגורמי מקרפ"ר יטפלו במקרה וההכרעה אם לנווף ברופאה הועברה לידיהם. הנסיבות אשר השפיעו על הכרעת הפרקליטות היו הוותק של הרופאה (שנמצאה בצבא תקופה קצרה), פער הדרגות בינה לבין הקצין, התנגדותו הקלה יחסית של הנגד להתדרת העירוי והעובדה כי הרופאה החדירה עירויים לחיילים בתרגילים קודמים (אם כי במקרים אלו נתקבלה הסכמת החיילים קודם לתרגיל), הבעת החרטה של הרופאה עוד באותו היום בפני הנגד והבעת החרטה הכללית שלה.

מהעברת ההחלטה אם לקיים הליך של נזיפה פיקודית לגורמי מקרפ"ר ניתן להבין כי מבחינה חוקית צייתה הרופאה לפקודה שלא היה עליה לציית לה, וזאת לאור סעיף 2 לפקודת מטכ"ל 61.0104, שכן אם לא נפל פגם חוקי במעשה הפרקליטות לא הייתה ממליצה כלל לשקול צעד כלשהו בעניינה של הרופאה.

12.11 שינוי נסיבות לעומת אי-הסכמה של הפקוד עם ההגיון העומד ביסוד הפקודה

מריאיון שקיים עיתונאי מעריב עם אריאל שרון (בתאריך 25 בינואר 1974) השתמע כי הוא סבור שבנסיבות מסוימות רשאי מפקד לא למלא פקודה מבצעית שקיבל. בעקבות זאת נדרשה ועדת אגרנט לסוגיה:³²⁵

בעת קרב – ואין אנו עוסקים כאן, כמובן, בפקודה המורה על ביצוע מידי – יכולים לקרות מקרים נדירים מאוד, כאשר משוכנע הפקוד המקבל את הפקודה שאילו ידע המפקד את העובדות בשטח לאשורן, לא היה מורה על ביצועה. כך נתפס מקבל הפקודה בצבת של דיילמה בין חובתו לציית לכל פקודה, אלא אם ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית לבין היותו משוכנע שעל פי הנתונים בשטח אין מקום למתן הפקודה. כאשר נקלע הפקוד למצב שכזה, והוא מיצה את כל האמצעים המקובלים, ככל שאלה עומדים לרשותו בנסיבות, כדי להביא לשינוי הפקודה: העמדת המפקד שנתן את הפקודה על העובדות בשטח וניסיון לשכנעו לשנות את הפקודה; ערעור על הפקודה בפני דרג יותר גבוהה – והכל ללא הועיל, כי אז חייב הפקוד על פי החוק הצבאי לבצע את הפקודה כמיטב יכולתו, ולאחר מכן יכול לבקש הקמת ועדת חקירה שתחקור בנסיבות מתן הפקודה וביצועה. לא ציית לפקודה – כי אז יכול המפקד להדיחו מייד, וכן צפוי הפקוד למשפט צבאי בשל סירוב במזיד לקיים פקודה (סעיף 122 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955), ומה שנותר לו לעשות הוא להעלות את נימוקיו לאי-מילוי הפקודה בפני בית הדין, כטיעון להמתקת הדין.

במילים אחרות, הוועדה סברה כי מקום שחייל חולק על ההגיון העומד ביסוד פקודת מפקדו, עליו לפעול באותה דרך שעליו לפעול כשהוא סבור שמפקדו נתן לו פקודה בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל. עליו להפנות את תשומת לב מפקדו לכך, וכשהנסיבות מאפשרות – לפנות גם

למפקדים גבוהים בדרגה. עם זאת, אסור לו להימנע מלציית לפקודה במועדה רק מפני שהוא חולק על ההיגיון העומד ביסודה.

הוועדה הבחינה בין מצב שבו חולק פקוד על ההיגיון העומד ביסוד הפקודה לבין מצב אחר, אשר תואר על ידה כ³²⁶.

סיטואציה אחרת היא כאשר נשלח פקוד לכיצוע משימה והוא עצמאי, ובהגיעו למקום הוא מוצא עצמו במפגיע בפני נסיבות שבאופן יסודי אינן תואמות את הנתונים העובדתיים שעל פיהם שלח אותו מפקדו לבצע את המשימה, ואין לפקוד שום יכולת להתקשר עם מפקדו, כדי להניעו לשנות את הפקודה. במקרה כזה יטול על עצמו את האחריות ויפעל לפי יוזמתו ושיקול דעתו, מתוך מאמץ מירבי להיות דבק במשימה חרף שוני הנסיבות, ובהזדמנות הראשונה ידווח למפקדו על אשר קרה וינמק מדוע פעל כפי שפעל.

לדעתי, על אף ניסיונה של הוועדה להבחין בין שתי הנסיבות, הרי במציאות ככל הנראה תוצאות הסירוב לקיים את הפקודה בשני המקרים האמורים תהיינה דומות. כך, למשל, אם במצב הראשון יפעל החייל באופן שונה משהורה מפקדו, ובדיעבד יתברר כי לו היה נוהג כפי שהורה מפקדו היה נגרם נזק חמור למאמץ המלחמתי, אזי ספק רב אם בפועל במקרה כזה יועמד החייל לדין או יודח מתפקידו. ובדומה, אם במצב השני יפעל החייל שלא על פי הפקודות מכיוון שיסבור כי קיים שוני מהותי בין הנסיבות בשטח לבין הנסיבות שאותן חזו מפקדו בשולחו את החייל למשימה, אך בדיעבד יתברר כי לא כך הדבר והמפקד התכוון שפקודותיו יקוימו גם בנסיבות שאותן חווה החייל בשטח, אזי קיים סיכוי טוב שהחייל יודח מתפקידו ואף ייתכן שבנסיבות מסוימת ימצאו לנכון להעמידו לדין. אם כן, אף שיתכן שמבחינה משפטית המקרים שונים, נראה שפעמים רבות בחיי המעשה יהיה כדי לצמצם במידה רבה שוני זה.

13. בלתי חוקית "בעליל"

13.1 הגנת הצידיק ככלי לאיזון שלטון החוק עם אינטרסים ציבוריים אחרים

השלב הבא בניתוח הגנת הצידיק הוא לבחון אם הפקודה שניתנה הייתה פקודה "בלתי חוקית בעליל". על מנת להבין כיצד ראוי שתזוהה פקודה בלתי חוקית כזו – צריך להבין תחילה הן את תפקידו של מבחן "העלילות" האמור והן לזהות את האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק והמאוזנים במבחן זה.

על פי עקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי הקלאסי (עקרון חוקיות המנהל),³²⁷ על רשות מנהלית לפעול בתחום הסמכויות שנקבעו לה בחוק. אם חרגה הרשות מתחום זה לא יהיה למעשיה כל תוקף משפטי, ומבחינה משפטית הם "כלא היו".³²⁸ לאור עיקרון זה רווחה בעבר ההשקפה כי אם רשות פעלה מחוץ למתחם הסמכות החוקי שלה, יש להתעלם ממעשיה ולמען ההגנה על עקרון שלטון החוק, לגרום להתאמה בין המציאות המשפטית למציאות הגשמית.

אולם עם הזמן התחזור הצורך, בתחומי משפט שונים, להתמודד עם השאלה כיצד יש לפעול במקרה שבו הנזק הציבורי שייגרם מהתעלמות ממעשי הרשות שכבר בוצעו גדול מהנזק הציבורי שנגרם מעצם עשיית המעשים? האם גם אז יש להתעלם מהמעשים חסרי הסמכות של הרשות?

המענה שהתפתח עם השנים להתמודדות עם דילמה זו נובע מכך שבמשטר הדמוקרטי מרבית העקרונות אינם מוחלטים, אלא ניתנים לאיזון באופן שיוצר התאמה ביניהם לבין דרישות המציאות. לפיכך, פיתחו מערכות המשפט מנגנוני איזון בין עקרון שלטון החוק לבין האינטרסים הציבוריים העומדים בצדו האחר של המתרס, באמצעות כלים משפטיים שונים דוגמת דוקטרינת הבטלות היחסית³²⁹ ודוקטרינת השיהוי,³³⁰ חשוב להדגיש כי על-פי האיזון המשפטי אשר התפתח בדוקטרינות אלו, אם לא יעמדו אינטרסים ציבוריים חשובים מול עקרון שלטון החוק, או אם הפגיעה בעקרון שלטון החוק תהיה חמורה ביותר – הדוקטרינות לא תופעלנה, ומעשי הרשות יוכרזו כלא היו.³³¹ הכלל הוא ההגנה על שלטון החוק, והחריג הוא נסיגה חלקית של עיקרון זה כאשר צורכי המציאות מחייבים זאת.

327 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 60. לעקרון שלטון החוק ראו שם, בעמ' 49-64.

328 ברוך ברכה משפט מינהלי א, 35 (1997). לדין בעקרון החוקיות ראו שם, 52-35. ליישום עיקרון זה ראו, למשל, בג"ץ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337, 358 (1983): "מחוקק המשנה אינו שואב את כוחו אלא מהקניית סמכויות בחוק האם, המגדיר את מסגרת הפעולה המותרת לו"; וכן: רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 835 (2003).

329 ראו למשל: ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817, 859-861 (2003); ורע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 701 (2001); ראו גם: *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (Can.).

330 ראו למשל: ע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נד(3) 673, 679-678 (2002).

331 לעניין זה בנוגע לדוקטרינת הבטלות היחסית ראו: בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 848 (דברי השופט דורנר) (1993). לעניין זה בנוגע לדוקטרינת השיהוי ראו: בג"ץ 3939/99 שדה נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 25, פסקה 55 לפסק דינו של השופט אור (2002).

המפקד הצבאי הוא אורגן של רשות שלטונית, ועליו לפעול בתחום הסמכות שניתנה לו בחוק. אם חרג המפקד מסמכותו, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל ניתן היה לטעון שלמעשיו 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 סברו חברים בבית הלורדים עוד במאה השמונה-עשרה, כי ה-British Mutiny Act of 1717, שחייב חייל לציית לכל פקודה שנתן לו מפקדו ללא קשר להיותה חוקית או בלתי חוקית, הוא חוק הנוגד עקרונות יסוד של הממלכה:³³²

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, notwithstanding any such order or command, though from the King.

בעקבות זאת שונה החוק ב־1718, ונקבע בו כי על חייל חלה חובה לציית רק לפקודות חוקיות של מפקדו.³³³

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־ציות לפקודה גדול מהנזק שייגרם מעצם ביצוע המעשה הבלתי חוקי נשוא הפקודה. לשם איזון האינטרסים הנוגדים הללו פותחה הגנת הצידוק עקב מילוי פקודה; בגרסתה הישראלית נקבע כי יש לציית לצו של רשות מוסמכת שחובה לציית לה על פי דין, כל עוד הצו אינו בלתי חוקי בעליל.

אף שלרוב נעשה שימוש בהגנה זו בהקשר של יחסים שבין חייל למפקד, חשוב לזכור כי על פי המשפט הישראלי הגנה זו אינה מדברת רק על האורגן המנהלי המכונה "מפקד", אלא היא מספקת נוסחת איזון כללית בין עקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים בכל מקרה בו המעשה השלטוני הבלתי חוקי הוא "צו רשות מוסמכת ש[אדם] היה חייב לפי דין לציית לה".

התייחסות להגנת הצידוק ככלי משפטי נוסף, אחד מני כמה (כדוגמת: דוקטרינת הבטלות היחסית), שנועד לאזן בין עקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים (התייחסות שתאומץ מעתה להלן) מאפשרת לנו להסתכל על הגנת הצידוק באספקלריה רחבה יותר. ראוי לבחון אם הגנה זו אכן משרתת את ייעודה ומעדיפה את האינטרסים הציבוריים השונים רק אם הפגיעה בהם חמורה מהפגיעה בשלטון החוק. כן ראוי לבחון אם הגנה זו אינה גורמת להעדפת יתר של האינטרסים הציבוריים האמורים גם מקום שאין בכך צורך, ואם לא קיימת בה דווקא העדפת יתר של שלטון החוק, כך שאינטרס זה מועדף גם במחיר של פגיעה אנושה באינטרסים הציבוריים האחרים העומדים על הפרק.

עמד בית הדין על הדמיון בין הגנת הצידוק לבין דוקטרינת הבטלות היחסית בעניין ב'³³⁴ (חייל

332 ראו הדיון בבית הלורדים, לעיל ה"ש 51.

333 לדיון קצר בהיסטוריה של סעיפי הציות במשפט הצבאי האנגלי ראו לעיל בחלק 7.1.1.

334 עניין ב', לעיל ה"ש 25.

שנעדר מיחידתו כיוון שסבה בניגוד לעמדת גורמי הרפואה, שמצב בריאותו מחייב את שחרורו (משירות):

תמימי דעים אנו עם גישת הערכאה הראשונה, שלפיה, תקיפה עקיפה של החלטות של גורמים רפואיים או פיקודיים בדרך של עשיית דין עצמית לא תצלה. על חייל, אשר איננו מרוצה מהחלטות מפקדיו לגביו או אשר חש, כי נעשה לו עוול בהחלטות גורמי הרפואה בעניינו, לפנות בצינורות המקובלים על מנת לתקוף החלטות אלו. אל לו ליטול את הדין לידי, להימנע מלציית להוראות המפקדים ולהימנע מלהתייצב ביחידתו [...] פקודות מפקדיו לא היו בגדר הוראות בלתי חוקיות בעליל, אשר היה בהן כדי לסכן את חייו; וודאי שאין לומר כך על קביעות הרופאים. ואכן, גם אם נפלו פגמים בהתנהלות המפקדים או גורמי הרפואה למיניהם, אין המדובר בפגמים היוורדים לשורש הסמכות, כאלה, המאפשרים למערער להתעלם מהוראות הרשויות המוסמכות. כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, פגמים שנפלו בהחלטות מנהליות, ואף פגמים של חוסר סמכות (כפי שנטען בעניינו), אינם מביאים בהכרח לבטלות מוחלטת של ההחלטה המנהלית, ובנסיבות מסוימות יביאו הפגמים רק לבטלותה היחסית [...].

עם זאת, התבוננות בהגנת הצידוק דרך האספקלריה האמורה לעיל אל לה לגרום לנו להתעלם ממאפייניה הייחודיים של ההגנה: בעוד שבדוקטרינות השיהוי והבטלות היחסית נעשה האיוון בדיעבד על ידי גורם משפטי מקצועי, בעניינו ההכרעה אם לציית לצו הרשות המוסמכת נעשית לרוב לאלתר³³⁵ על ידי גורם שהידע המשפטי שלו הוא מזערי ולעתים גם בלחץ רב, למשל בעת לחימה.

13.2 פקודה בלתי חוקית: שתי גישות קצה אפשריות

על מנת לחשוף את האינטרסים הציבוריים אשר יש לאזנם בתוך כלי האיוון המשפטי המכונה סייג הצידוק עקב ציות לפקודה, ניתן להיעזר בבחינתן של שתי גישות קצה משפטיות, אשר כל אחת מהן מעדיפה באופן מוחלט את אחד משני האינטרסים המרכזיים המונחים על הפרק. גישה אחת מעדיפה בכל מקרה את עקרון המשמעת, והשנייה מעדיפה תמיד את עקרון שלטון החוק. בחינת היתרונות והחסרונות של שתי גישות אלו תאפשר לנו לא רק לבחון מהו האיוון הראוי הנדרש בין עקרונות אלו, אלא גם לחשוף אינטרסים ציבוריים נוספים רלוונטיים אשר עלולים להיפגע אם יועדף באופן מוחלט אינטרס זה או אחר.

335 כלי משפטי נוסף המאזן בין עקרון 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 התחייבויותיה החוזיות לבין אינטרסים ציבוריים שעלולים להיפגע עקב קיום החובה. ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000). אך ספק אם השתחררות זו ממחויבות חוזית היא מיידית ונעדרת מקצועיות של הגוף המחליט כמו הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

13.2.1 העדפת שלטון החוק: גישת האחריות המוחלטת ("הכידונים הנבוניים")

על מנת לבחון מהם האינטרסים הציבוריים שייפגעו מהתייחסות לפקודה בלתי חוקית כבטלה מעיקרה (void) – כלומר כמעשה שלא היה, ניתן לבחון את המצב המשפטי בהסדר חוקי אשר באופן גורף מתייחס לכל הפקודות הבלתי חוקיות באופן האמור: הסדר זה מחייב חייל לציית אך ורק לפקודות חוקיות ומטיל אחריות פלילית על המפקד שנתן פקודה בלתי חוקית ועל הפקוד שציית לה. מאחר שהסדר זה מטיל אחריות הן על המפקד והן על החייל, הוא מכונה בספרות גישת "האחריות המוחלטת" (absolute liability).³³⁶ הסדר משפטי כזה הוצע בהצעת חוק פרטית שהגישה לכנסת חברת הכנסת זהבה גלאון בשנת 2002.³³⁷ על פי הצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית (תיקוני חקיקה) יש לנסח את סעיפי החוק הרלוונטיים כך:

34.ג. צידוק

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

...(1)

(2) עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, וזולת אם הצו הוא שלא כדין;

125. אין חובה לקיים פקודה בלתי חוקית

לא יישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123 ו-124 אם הפקודה שניתנה לו היא לא חוקית.

גישה זו נפוצה במידה רבה בפסיקת בתי המשפט בעולם. כך, למשל, בפסק הדין הראשון שבו עסק בית המשפט העליון של ארצות הברית בסוגיית הציות, הכריע הנשיא מרשל:³³⁸

[T]he instructions cannot change the nature of the transaction, or legalize an act...

באותו מקרה, עקב מתיחות בין צרפת וארה"ב ועל מנת לאכוף איסור על סחר בין אזרחי המדינות חוקק חוק ובו נקבע כי יש לתפוס ולהחרים כל ספינה מסחרית אמריקנית אשר שטה אל עבר נמל צרפתי. מזכיר הימיה, במכתבו למפקדי ספינות הצי, הורה להרחיב את הפעולות גם כלפי ספינות מארצות אחרות, שכן לסברתו היו אלה ספינות אמריקניות מתחזות. עקב הוראה זו תפס והחרים Little, מפקד ספינה בצי האמריקני, ספינה הולנדית (Flying Fish), ובגין מעשיו אלו הוא נתבע בנויקן. בפסק הדין העיר הנשיא מרשל כי תחילה סבר שמן הראוי שלחיילים תהיה הגנה רחבה

336 ראו: Albin Eser, 'Defences' in War Crime Trials, in WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW 251, 258–259 (Yoram Dinstein & Mala Tobory eds., 1996).

337 דברי ההסבר להצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002, ה"ח פ/3641 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/15/4055.rtf

338 Little v. Bareme, 6 U.S. (2 Cranch) 170, 179 (1804) (The Flying Fish Case)

(אם כי לא מוחלטת) כאשר אלו מציינים לפקודה, אך חבריו תיקנו את טעותו וכך נפסק כי הגישה הראויה היא שלחייל לא תקום הגנה אם מדובר בפקודה לא חוקית (כפי שניתן לראות מדבריו המסכמים שהובאו לעיל).

באנגליה גישה זו זוכה לתמיכה רחבה (אם כי לא מוחלטת) כיום. כך למשל תמך בית הלורדים בגישה זו בעניין Clegg. שם הועמד חייל לדין בגין הריגה לאחר שירה ברכב שסירב לעצור במחסום. בהערת אגב בפסק הדין שלל בית הלורדים את קיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה במשפט המקובל האנגלי:³³⁹

It should be noticed that the point at issue here is not whether Pte Clegg was entitled to be acquitted altogether, on the ground that he was acting in obedience to superior orders. There is no such general defense known to English law, nor was any such defense raised at the trial.

גם בית המשפט העליון האוסטרלי הביע תמיכה בגישה זו בעניין Hayden. במקרה האמור קיים השירות החשאי האוסטרלי (ASIS) תרגיל התמודדות עם מצב שבו מוחזקים בני ערובה בבית מלון אזרחי ללא כל היתר חוקי. התרגיל כלל, בין השאר, פריצת דלת בעזרת פטיש. מפכ"ל משטרת ויקטוריה דרש כי שמות המשתתפים בתרגיל יימסרו לו, כדי לבחון אם מי מביניהם ביצע עברות. בחוזה ההעסקה של הסוכנים עם השלטון הפדרלי נקבע כי המדינה תשמור על שמות סוכני ה-ASIS חסויים, ולפיכך סירבה המדינה למסור את שמותיהם למפכ"ל. בית המשפט בחן את השאלה אם עצם העובדה שהסוכנים ביצעו את התרגיל בצייתם לפקודה מקימה להם הגנה מאישום פלילי:³⁴⁰

It is fundamental to our system that the executive has no power to authorize a breach of the law and that it is no excuse for an offender to say that he acted under the order of superior officer.

גישה זו זכתה לתמיכה רבה במשפט הבין-לאומי לאחר מלחמת העולם השנייה. כך, למשל, נקבע בסעיף 8 לאמנת לונדון שעל בסיסה הוקם ופעל בית הדין הפלילי הבינלאומי בנירנברג לאחר מלחמת העולם השנייה:³⁴¹

Article 8

The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

R v. Clegg, [1995] 1 All E.R. 334, 344 (H.L.) 339

A v Hayden (1984) 156 CLR 532, 540 (Austl.) 340

United Nations, Charter of the International Military Tribunal — Annex to 341 the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement") art. 8, Aug. 8, 1945, available at: www.refworld.org/docid/3ae6b39614.html

יתרונותיו של הסדר משפטי כזה נעוצים בכך שהוא שם דגש רב בעקרון חוקיות המנהל. הוא מקנה כלי יעיל לאכיפת חובתו של המפקד ליתן "פקודות חוקיות בלבד",³⁴² 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 כאלו. כפועל יוצא, המפקד ידאג לברר את ההסדרים המשפטיים החלים עליו על מנת שיוכל לתת פקודות חוקיות בלבד, וכך יהפוך למקצועי יותר. בהנחה שחוקי המדינה הדמוקרטית הם חוקים מוסריים, הסדר זה גם כופה הומניות ומוסר בנסיבות שבהן החשש לאבדן צלם אנוש הוא הרב ביותר – המלחמה.³⁴³ כמו כן, הסדר זה אינו דורש מהחייל לציית במודע לפקודות בלתי חוקיות, דרישה שלדעת מגישי הצעת החוק שנדונה לעיל היא "פגיעה מובהקת בכבוד האדם".³⁴⁴

מנגד, הסדר משפטי כזה מתעלם ממהשיקולים החשובים וכבדי המשקל אשר עומדים בצדו האחר של המתרס ועלולים להיפגע מהעדפה מוחלטת של עקרון שלטון החוק. את השיקולים העומדים בבסיס דחיית גישת האחריות המוחלטת ניתן לחלק לשתי קבוצות. בקבוצה האחת – שיקולי הצדק השמים דגש בפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית ולביטחון המדינה עקב גישת האחריות המוחלטת. בקבוצה האחרת – שיקולים הנוגעים למצבו הנפשי ולמצב תודעתו של החייל בעת שקיבל את הפקודה הבלתי חוקית, ולפיכך מדובר בשיקולים מסוג הפטר.³⁴⁵

את השיקולים מסוג הפטר ניתן לחלק לאלו המתמקדים בתהליכים המודעים שחוה החייל בעת שקיבל פקודה בלתי חוקית, ואלו המתמקדים 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 מזו – כי הוא מניח שמפקדו בקיא ממנו. עקב כך כונתה בעבר גישת האחריות המוחלטת בזלזול מסוים בצרפת "תאוריית הכידונים הנבונים",³⁴⁶ מכיוון שהיא מניחה הנחה, השגויה בעיני הוגי הדעות הצרפתים, כי החייל בקיא דיו ("כידון נבון") לזהות כל חריגה מהחוק.

כמו כן, לא זו בלבד שהחייל מכיר את החוק פחות ממפקדו, הוא מכיר פחות ממפקדו את המצב העובדתי שבעטיו ניתנה הפקודה, והרי פקודה יכולה להיות חוקית גם עקב קיומו של הצדק כדין להפרת החוק – הצדק הקם לעתים קרובות במצב לוחמה.³⁴⁷ לפיכך, הטלת חובה על החייל לברור מבין כל הפקודות 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 הוא יועמד לדין בעברה של סירוב לקיים פקודה או אי קיום פקודה.

342 ראו רוז צה"ל, לעיל ה"ש 22.

343 ראו: MYRES S. MCDUGAL & FLORENTINO P. FELICIANO, THE INTERNATIONAL LAW OF WAR (1994) 690.

344 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 337.

345 לחלוקה לשיקולי הצדק והפטר ראו פרוש, לעיל ה"ש 46.

346 למונח זה בעברית ולמקורו ראו: אורי שטרומן "בשם אומרים: הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל" משפט וצבא 8, 1, 9 (התשמ"ח).

347 לדיון בסייגים למשפט הפלילי על פי חלוקה לשיקולי הצדק והפטר ראו פלר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 495.

דייסי (Dicey) תיאר דילמה זו באופן ציורי ביותר:³⁴⁸

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.

בעניין עופר (פסק הערעור בפרשת כפר קאסם) תרגם בית הדין הצבאי לערעורים דברים אלו כך:³⁴⁹

מצבו של החייל קשה להלכה ועלול להיות קשה גם למעשה [...] צפוי לו מוות בירייה על ידי בית משפט צבאי אם הוא מפר את הפקודה, או מוות בתלייה על ידי שופט וחבר מושבעים, אם הוא מצייט לה.

בערעור בעניין אייכמן³⁵⁰ הציג בית המשפט את בעייתו של החייל בדרך דומה:

קיימת גם הבעיה האישית – של החייל עצמו, ביודעו 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.

לצד תהליכים 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 בניסויו המפורסם של מילגרם.³⁵¹ בסוברם שהם עושים זאת למטרה מדעית, צייתו 100% מהנבדקים לחוקר ושיגרו מכות הלם חשמלי במתח של 300 וולט לאדם המחובר לאלקטרודות מעבר לקיר (אשר למעשה היה שחקן), שעה שזה נאנק מכאב ובעט בקיר. 65% מהנבדקים נתנו הלם חשמלי אף בעוצמה מרבית גבוהה יותר, למרות שסברו כי זה יגרום לאדם

348 ראו Dicey, לעיל ה"ש 15; דברים אלו הפכו להיות טיעון בסיסי בעת דיון בסוגיית הגנת הצידיק, ובתי משפט בכל העולם חזרו עליהם בנוסחים שונים; ראו למשל את דברי בית הדין בסינגפור: R. v. Alsagoff [1946] 2 MC 191 (Ct. Assizes) (Sing.); לערעורים בארה"ב: U.S. v. Calley, 48 C.M.R. 19, 30, f.n. 2. (1973). עוד יש לציין כי דברים אלו של דייסי התייחסו למצב משפטי מיוחד שהיה קיים באותה עת באנגליה: חייל אשר הפר את החוק עקב ציות לפקודה 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. למצב שהיה קיים בעבר באנגליה, ראו: I JAMES F. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW 205 (1883) (להלן: סטיבן). גם בישראל מתקיים עדיין (אם כי במידה פחותה יותר) מצב של פער בהשקפה המשפטית בין טריבונלים, מכיוון שלרוב בגין אייכום פקודה או סירוב לקיים פקודה יועמד חייל לדין ממשעתי לפני שרשרת הפיקוד שממנה יצאה הפקודה שאינה חוקית, אולם בגין ביצוע עברה מתוך ציות לפקודה יועמד החייל לדין בבית דין צבאי.

349 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 65.

350 ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2076.

351 לדיון בניסוי זה ובתהליכים המובילים לציות ראו: RITA L. ATKINSON, RICHARD C. ATKINSON, EDWARD E. SMITH, DARYL J. BEM, & SUSAN NOLEN-HOEKSEMA, HILGARD'S INTRODUCTION TO PSYCHOLOGY 652–659 (Cengage Learning, 13th ed. 1999). לניתוח ניסוי זה בהקשר של המשפט הפלילי ראו פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 111-108.

לאבד את הכרתו. הנבדקים הפגינו מתח רב בעת הניסוי, אך צייתו לחוקר בכל זאת. מילגרם הסביר את הציות האמור בתהליכים סוציו-פסיכולוגיים שונים, ובהם חשש לפגיעה בנורמות חברתיות על ידי הודאה בטעות ונזיפה באחר, השגחה, גורם "מתווך" בין המעשה לבין תוצאתו וצידוק אידאולוגי. תהליכים אלו מתקיימים באופן חזק במיוחד בסיטואציה הצבאית.

את הקושי הפסיכולוגי של החייל שלא לציית אף כאשר הוא מודע לכך שהפקודה שניתנה לו היא פסולה, ואף כאשר יש לו הזדמנות מעשית להפר את הפקודה, הטיב לתאר הסופר ס' יזהר בסיפורו "השבוי". בסיפור מתוארת פקודה שניתנה לחייל בזמן מלחמת השחרור, ושמשמעותה סיוע בהוצאתו להורג של פלאח ערבי אשר נתפס ותוחקר והתברר שאינו יודע דבר. ס' יזהר תיאר את לבטיו הפנימיים של החייל כך:³⁵²

כמובן, אינך משחררו. ברור. דיבורים יפים. אפילו לא פחדנות, גרוע מזה: שותף לחטא. אתה. מסתתר מאחורי צחנת "מה לעשות – פקודה" – בעוד שהפעם יש ברירה, והיא ברשותך, הנה זה עתה בידיך: הברירה שלך. יום גדול. יום של מרד. יום אשר בו סוף סוף יש בידיך ברירה, וכוח החלטה. לתת חיים לאדם נעשק. הגע בנפשך. להיות נוהג לפי לבך. לפי אהבתך, לפי האמת שלך, לפי הגדול מכל גדול – שיחרורו של אדם.

שחרר.

היה אדם.

שחרר!

כבר ברור שכלום לא יהיה. עורבא פרח. ברור שתחמוק.

תעלים עיניים. ברור שהכל אבוד. חבל עליך שבוי, לא יעמוד בו הכוח לעשות.

קרמניצר סבור כי עקב תהליכים פסיכולוגיים אלו כמעט בלתי אפשרי להימנע מציות לפקודות בלתי חוקיות, ולפיכך אחריות החיילים כמעט תמיד תהיה מופחתת.³⁵³ לעומתו טען פרוש כי תהליכים פסיכולוגיים אלו אינם מונעים מהחייל לסרב לציית לפקודה, אלא מקשים על החייל בהחלטתו זו.³⁵⁴ פרוש סמך את טענתו, בין השאר, על כך שכשליש מהנבדקים בניסוי של מילגרם סירבו להוראת החוקר ולא הגיעו לעוצמה המרבית של ההלם החשמלי. נראה כי טענה זו נחלשת לאור העובדה כי מתוך ציות לחוקר נתנו 100% מהנבדקים הלם חשמלי אשר גרם כאב ממשי וחזק.

טיעון זה נחלש אף יותר לאור התוצאות בניסוי שביצעו הפלינג ואחרים.³⁵⁵ בניסוי זה נבדקו התהליכים הפסיכולוגיים שמובילים לציות עיוור בחיי היום-יום. אחיות בבית חולים קיבלו הוראה טלפונית מרופא שלא הכירו, אך ידעו שהוא נמצא בצוות הרופאים, לספק לחולה תרופה לא מורשית בכמות מסוכנת. אף שכללי בית החולים אסרו לספק תרופה על סמך הנחיה טלפונית ואף

352 יזהר סמילנסקי "השבוי" ארבעה סיפורים 115 (1996) (התפרסם לראשונה בעיתון "דבר", בנובמבר 1948). לכלל לבטיו של החייל בסיפור האמור ראו שם, בעמ' 134-138.

353 מרדכי קרמניצר "על עיקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 111 (התשנ"ו). 354 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 108-111.

355 Atkinson et al., לעיל ה"ש 351, בעמ' 658-659.

שדובר בתרופה לא מורשית ובכמות מסוכנת לחולה, 95% מהאחיות ציינו להוראה. אם כך קרה במסגרת המשמעת הקיימת בבתי חולים, נראה כי במסגרת צבאית מידת הציות תהיה אף גבוהה יותר.

השיקולים מסוג הצדק אף מרחיקים לכת יותר מן השיקולים מסוג הפטר. הם מתבססים על הקושי של החייל לזהות את חוקיות הפקודה ועל אידיעתו על קיומם של הצדקים כדין, ובוחנים כיצד תשפיע התלבטותו של החייל על המשמעת הצבאית ועל ביטחון המדינה. ראשית, לפי שיקולים אלו, עצם מתן שיקול דעת רחב לחייל בדבר ציות לפקודות הופך אותו לפוסק האחרון לגבי הביצוע ומעקר את המשמעת הארגונית.

בעניין אהרונוביץ³⁵⁶ דן בית המשפט המחוזי חיפה, בהערת אגב, בחובת הציות של שוטר (ההקשר שנדון היה פסק דין שבו הועמדו לדין ימאים שהשתתפו בשביתה בנמלים שכונתה "מרד הימאים"): "התוצאה היא שתחת לשמש כלי שרת לממונה עליו בתחום סמכותו יהפוך המצווה לפוסק אחרון על הפקודות שניתנות לו, דבר שיגרום לכך שיהיה בלתי אפשרי להחזיק משמעת".

שנית, החייל המתלבט עשוי לסכן את חייהם של שאר חיילי הכוח עקב אידיעת החוק או קיומם של הצדקים כדין לביצוע המשימה, או לסכל משימות מבצעיות לגיטימיות. לדעת בית הדין הצבאי לערעורים בפרשת כפר קאסם³⁵⁷ התלבטות זו של החייל מציבה אותו "במצב בלתי נסבל": "אין לדרוש ממנו שיברר לעצמו, מדי קבלו פקודה ממפקדו ומיד עם קבלתה, אם הפקודה היא חוקית מכל הבחינות. דבר כזה עלול לחתור באופן רציני תחת המשמעת הצבאית ולסכן את הצלחת הפעולה הצבאית".

שלישית, החייל לרוב אינו לבד בביצוע משימתו, וכמה חיילים המקבלים את אותה פקודה עשויים להתווכח בינם לבין עצמם ובינם לבין מפקדם. הצבא עלול להפוך מגוף ממושמע ל"מועדון ויכוחים" – כפי שהעיר בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אזרן ("טרטורים" בקורס טיס)³⁵⁸:

הרצינונל להחלת הגנת הצידוק בצבא, הוא הצורך בקיומו של צבא ממושמע המקיים את פקודות מפקדיו. צבא ללא משמעת אינו אלא מועדון ויכוחים, לעיתים אף צבא ליסטים, שלא יצלה למלא משימותיו. טול מהצבא את יסוד המשמעת, ונטלת ממנו את נשמת אפו.

דברים דומים אמר גם בית המשפט הפדרלי בקליפורניה בפסק הדין בעניין McCall³⁵⁹. שם דובר בתביעת נזיקין בגין כליאת שווא. בית המשפט בחן את אחריותו של אחד הנתבעים, קפטן דאגלס, אשר ציית לפקודת מפקדו, ואמר:

Except in a plain case of excess of authority, where at first blush it is apparent and palpable to the commonest understanding that the order

356 ת"פ (מחוזי חי') 6/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ, פ"מ ה' 387, 392 (1952). ההכרעה בפסק דין זה, שאינה נוגעת לעניינו, נהפכה בע"פ 34/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ, פ"ד ח' 647 (1954). לדברים דומים ראו: McDougal & Feliciano, לעיל ה"ש 343.

357 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 65.

358 עניין אזרן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

359 McCall v. McDowell, 15 F. Cas. 1235, 1240 (1867) 359.

is illegal, I cannot but think that the law should excuse the military subordinate when acting in obedience to the orders of the commander. Otherwise he is placed in the dangerous dilemma of being liable in damages to third persons for obedience to an order, or to the loss of his commission and disgrace for disobedience [...] The first duty of a soldier is obedience, and without this there can be neither discipline nor efficiency in an army. If every subordinate officer and soldier were at liberty to question the legality of the orders of the commander, and obey them or not as they may consider them valid or invalid, the camp would be turned into a debating school, where the precious moment for action would be wasted in wordy conflicts between the advocates of conflicting opinions.

רביעית, גישה זו עלולה לפגוע דווקא במקצועיות המפקד; הוא יהיה עסוק כל כך בבחינת החוקיות הפורמלית של פקודותיו, עד שלא יבחין בקיומן של נסיבות שיש בהן כדי הצדק לחרוג מהדין. כך, מרחב הפעולה שלו ייעשה צר יתר על המידה, ותיפגע הגמישות הנדרשת לכוח לוחם, כפי שציין שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית ג'קסון, בפסק הדין בעניין Korematsu³⁶⁰:

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.

יש לציין כי שיקולי ההצדק חשובים ביותר לקיומה של הגנת הצידוק, ואם מתקיימים שיקולי הפטר בלבד – נראה שלא תקום הגנה זו. ניתן לראות זאת בדרישה כי מקור הפקודה יהיה רשות שלטונית ("רשות מוסמכת").

13.2.2 העדפת המשמעת ("ישיב המפקד")

לאור הטיעונים החזקים לשלילת גישת האחריות המוחלטת, ניתן היה לסבור כי האינטרסים הציבוריים מחייבים נקיטת גישה הפוכה, שעל־פיה צריך החייל לציית לכל פקודה הניתנת לו ללא קשר לחוקיותה, והמפקד נותן הפקודה הוא שיישא בדין אם יתברר כי פקודתו לא הייתה חוקית. גישה זו מכונה בספרות גישת "ישיב המפקד" (respondeat superior). גישה זו הייתה נפוצה בעולם קודם למלחמת העולם השנייה, הן במישור הפנים־מדינתי והן במישור היחסים הבין־לאומיים. דוגמה לציוד בעמדה זו במישור הפנים־מדינתי מצויה בסעיף 327 לחוק העונשין הצרפתי, אשר עד 1966 נקבע בו כי מעשה של נטילת חיים לא ייחשב לפשע אם הוא נעשה מתוך

360 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944). באותו מקרה סבר השופט ג'קסון (Jackson) בדעת מיעוט כי מערך פקודות צבאיות אשר חייב אזרחים אמריקנים ממוצא יפני שגרו בחוף המערבי של ארצות הברית לעבור למחנות אינו חוקתי.

ציות לפקודה, וכן בסעיף 1 לתקנון המשמעת הצרפתי, אשר כך נקבע בו באותה תקופה: "הואיל והמשמעת הכח העקרי של הצבא, יש חשיבות לכך כי כל מפקד יזכה למשמעת החלטית מצד פקודיו ולקבלת מרות בכל הנסיבות, הרשות הנותנת פקודה נושאת באחריות עבורה".³⁶¹

דוגמה לצידוד בגישה זו בהנחיות אשר עיקר תכליתן ליצור הסדרים נורמטיביים במישור היחסים הבין-לאומיים מצויה במדריך למשפט צבאי של הכוחות הבריטים (בחלק העוסק בדיני הלחימה) ובמדריך דיני הלחימה של הכוחות המזוינים של ארצות הברית; בנוסחם בתקופה שמסמוך לתחילת מלחמת העולם הראשונה ועד לשלהי מלחמת העולם השנייה. כך, למשל, נקבע בפסקה 327 של המדריך של ארצות הברית משנת 1940:³⁶²

Individuals of the armed forces will not be punished for those offences when they are committed under the orders 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 may fall.

ובסעיף 443 למדריך למשפט צבאי של הכוחות הבריטים (בחלק העוסק בדיני הלחימה) נקבע עד לשלביה האחרונים של מלחמת העולם השנייה כך:³⁶³

443. Violations of laws of war by armed forces

...It is important, however, to note that a member of the armed forces who commit such violations of the recognized rules of warfare as are ordered by their Government or by their commanders are not criminals and cannot therefore be punished by the enemy. He may punish the official commanders responsible for such orders if they fall into his hands, but otherwise he may only resort to the other means of obtaining redress which are dealt with in this chapter.

דוגמה לצידוד בתי המשפט בעמדה זו מצויה בפסק דינו של בית המשפט העליון של ג'ורג'יה בעניינו של Clark. הנאשם הועמד לדין בגין שריפת בית בעת מלחמת האזרחים בארצות הברית. בית המשפט העליון של ג'ורג'יה הטיל ספק בכך שהנאשם עשה את המעשה, אך ציין כי אף עשה

361 לתרגום סעיף 1 לתקנון המשמעת ולדיון בסעיף 327 לחוק העונשין ראו: הפרקליטות הצבאית החוק הצבאי הצרפתי, חוברת 1, 16 (חוק צבאי ומשמעת צבאית – סדרת פרסומים על צבאות זרים, 1966). לתרגום לאנגלית של סעיף 327 האמור ראו: L. C. Green, *Superior Orders and Command Responsibility*, 175 MIL. L. REV. 309, 327 (2003). המשפט הצרפתי עבר לבסוף בשנת 1975 לצדד בגישת הפקודה הבלתי בעליל; לדיון בכך ראו KEIJZER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 181-182. WAR DEPARTMENT, RULES OF LAND WARFARE (Fm 27-10) (1940), available at www.loc.gov. 362 Rules of Land Warfare (להלן: gov/rr/frd/Military_Law/pdf/rules_warfare-1940.pdf Manual 1940); לדיון בהיסטוריה של עיגון הגנת צידוק עקב ציות לפקודה האמורה במדריך זה ראו: DONALD A. WELLS, THE LAWS OF LAND WARFARE: A GUIDE TO U.S. ARMY MANUALS, 115-125 (1992).

363 ראו לדוגמה: GREAT BRITAIN WAR OFFICE, MANUAL OF MILITARY LAW (7th ed. 1940)

זאת לא ניתן להטיל עליו אחריות מכיוון שצייית לפקודה:³⁶⁴

The act was unquestionably one of war, against a supposed enemy; it was ordered by an officer in command, and the private could not but obey. What else did he dare do? He cannot stop to question the authority of his superior! Obedience or death are the alternatives in military government in such cases. Military government is but another name for an absolute despotism; the subordinate almost always acts under coercion; his acts are the acts of others for which in the clear light of common sense, he cannot be held answerable in the municipal tribunals of the State.

אך כיום גישה זו אינה זוכה לתמיכה רבה בשל מגרעותיה הרבות.

ראשית, גישה זו מונעת את האפשרות להחדיר הומניות לשדה הקרב שכן מרבית מבצעי המעשים מתחמקים מענישה באמצעות היתלות בהוראות הנהגה מצומצמת.³⁶⁵

שנית, גישה זו פוגעת באופן חמור במוסר הציבורי, כפי שציין בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר (הערעור בפרשת כפר קאסם):³⁶⁶

פתרון זה מביא לתוצאות שהדעת אינה סובלת [...] הוא נותן, כביכול גושפנקא חוקית לכל מעשה תועבה אשר יבוצע על ידי חייל בציות לפקודת מפקדו.

שלישית, גישה זו פוגעת בנושאות בעקרון שלטון החוק. באותה הפרשה ציין בית הדין המחוזי, כי לוו הייתה מאומצת גישה זו:³⁶⁷

החוק הפלילי של המדינה, שתפקידו להגן בין היתר על הערכים, על חיי אדם, זכויות האזרח ועל קיום המדינה עצמה, היה נעשה פלסתר, בהיותו כפוף לכל פקודה שרירותית של כל מפקד.

רביעית, גישה זו מוסיפה ומגבירה את הפגיעה בשלטון החוק, מכיוון שבמקום שהממונה יפר את החוק לבדו, יש לו עוזרים רבים המבצעים את העברה עמו ואינם חוששים מהעמדתם לדין. כפי שתיאר זאת היועץ המשפטי לממשלה גדעון האוזנר בדיוני בית המשפט המחוזי בעניין אייכמן:³⁶⁸

”יכולים כל שאר הנאשמים [...] לומר, ידנו לא שפכו את הדם הזה ועינינו לא ראו, מפני שהוא היחידי שהיה מוסמך לתת פקודות ואנחנו כולנו חייליו, מצווים להישמע, לציית”.

כמו כן, היעדר חשש זה פוגע במקצועיותה של המערכת; במצב זה הכפוף שואף פחות להיות בקי ברזי החוק מכיוון שהוא מודע לכך שהוא מוגן מפני העמדה לדין. לעתים הכפוף אף נהנה מהפרת

364 Clark v. State, Supreme Court Georgia, 37 Ga. 191, 194 (1867).

365 MCDUGAL & FELICIANO, לעיל ה"ש 343, בעמ' 690; ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2079.

366 עניין עופר לעיל ה"ש 14, פס' 66.

367 עניין מליניקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 212.

368 ראו הצוטט מעמ' 7 לפרוטוקול הדיון מיום 14.4.1961 בת"פ 40/61 (מחוזיים) היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, כפי שמופיע אצל יורם דינשטיין, ההגנה של 'ציות לפקודות מגבוה' במשפט הבינלאומי 84-85 (תשכ"ה).

החוק; במסגרת דוקטרינה זו הוא יבצע את המעשה שאינו חוקי, ייהנה מפרותיו ולאחר מכן ייתמם ויחסה תחת הגנת הציודוק.

חמישית, גישה זו, הלכה למעשה, אינה משיגה את מטרתה המוצהרת ובפועל היא פוגעת במשמעת הצבאית. הפגיעה במשמעת הצבאית מומחשת באמירתו המפורסמת של סטיבן (Stephen):³⁶⁹

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 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.

בעניין עופר³⁷⁰ (הערעור בפרשת כפר קאסם) תרגם בית הדין לערעורים את דבריו של סטיבן כך:

קביעת עקרון שחייל חייב לציית למפקדו, תהייה המסיבות אשר תהייה, הייתה מסכלת את עצם המשמעת הצבאית, כי עקרון זה מצדיק את הטוראי שירה ברכ"סרן, או ערק לאויב בשדה הקרב לפי פקודת מפקדו הישיר.

שישית, גישה זו אף פוגעת ביעילות הצבאית. פגיעה זו נובעת ממערכת היחסים הנוצרת בין מפקד לפקודו במסגרת גישה זו. חייל המחונך לציות עיוור לא יברר עם מפקדו את חוקיות הפקודה, אך גם לא ידווח למפקדו על תנאים בשטח אשר עשויים לסכל את מטרת הפקודה, כיוון שהוא עשוי לחשוש שדיווח כזה יתפרש כהטלת ספק במרות המוחלטת של המפקד. חייל כזה לבטח לא יתאים את הפקודות הניתנות לו אל תנאי הלחימה המשתנים, ובכך יפגעו היעילות והגמישות הנדרשות לכוח צבאי.³⁷¹ דוגמה היסטורית לתוצאה כזו ניתן לראות במקרה שאירע בצי הבריטי ב-1893. יש לציין כי באותה תקופה, באופן רשמי, חייל בצי הבריטי היה חייב לציית אך ורק לפקודות חוקיות; אך בפועל נשמרה בצי הבריטי של אותה תקופה השקפה חזקה של חובת ציות. באותו מקרה נתן מפקד הימיה, בטעות, הוראה לשתי ספינות לשוט בנתיבים שהובילו אותן להתנגשות. עקב השקפת הציות החזקה שהייתה קיימת בצי הבריטי אז ואסרה לערער על פקודות, השיטו מפקדי הספינות את הספינות בנתיב האמור, התנגשו וטבעו למרות שידעו כי נתיב זה יוביל אותם לכך.³⁷²

בעדותו במשפט אייכמן, בהתייחסו לחייל הנאצי, סיכם הכומר גריבר את מצבו של חייל במסגרת גישה זו: "לנדסקנט גרמני, כשהוא לובש את מדיו, מניח בצד את שכלו ומצפונו, אומרים שהוא מניח אותם במלתחה".³⁷³

369 סטיבן, לעיל ה"ש 348, בעמ' 205.

370 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 66.

371 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 102; פרוש התייחס לפגיעה הנגרמת ליעילות הצבאית מגישה מחמירה פחות, שתכונה בהמשך "גישת חומרת המעשה".

372 מקרה זה מובא אצל KEIJZER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 242-243.

373 ראו הציטוט מעמ' 76 לפרוטוקול הדיון מיום 16.5.1961 בת"פ אייכמן, כפי שמופיע אצל דינשטיין, לעיל ה"ש 368, בעמ' 69.

13.3 פקודה בלתי חוקית בעליל – ריבוי גישות במשפט הישראלי

בין פטור מוחלט לאחריות מוחלטת נראה כי יש צורך בשביל זהב, אשר יאזן באופן ראוי בין עקרון שלטון החוק מחד גיסא, לבין המשמעת הצבאית, ביטחון המדינה ומצבו הייחודי של החייל מאידך גיסא. המשפט הישראלי, בהשפעת עמדה הקיימת במשפט האנגלי, ניסה להגיע לשביל הזהב בעזרת אימוץ גישת "הפקודה הבלתי חוקית בעליל". על פי גישה זו, בגרסתה הישראלית, על החייל לציית לפקודות חוקיות ובלתי חוקיות כאחת כל עוד הפקודה הבלתי חוקית אינה בלתי חוקית בעליל. אך מציאת שביל זהב כזה אינה משימה פשוטה כלל ועיקר.

התייחס לכך השופט ווילס (Willes) בפסק הדין האנגלי בעניין Keighly. דובר בתביעה בגין כליאת שווא של סרן שנחשד בעברות כספים בעיר כלכותה; הקצין הנתבע הורה על המעצה, וטען כי ציית לפקודה. פסק הדין האמור הוא אחד מפסקי הדין המרכזיים של המשפט המקובל האנגלי שעסקו בסוגיה זו, ובו אמר השופט כך:³⁷⁴

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 believe [...] that an officer or soldier, acting under the orders of his superior — not being necessarily or manifestly illegal — would be justified by his orders [...].

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 שלא כמו גישתו ההססנית של השופט ווילס, סבר השופט הלוי בפסק דינו של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם כי סימן ההיכר המשמש במבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל הוא "סימן היכר מובהק, ברור ופשוט בתכלית".³⁷⁵ אך נראה כי גישתו הספקנית של השופט ווילס משקפת טוב יותר מגישתו הבוטחת של השופט הלוי את המצב המשפטי בישראל כפי שהוא התפתח בתחום הגנת הצידוק מאז פרשת כפר קאסם: חוסר ודאות לגבי זיהוי סימן ההיכר ל"עלילות" וקושי רב לכפוף בהיררכיה השלטונית לזהות את דרך הפעולה החוקית שעליו לנקוט כאשר הממונה עליו דורש ממנו לבצע מעשה בלתי חוקי.

אף שגם לפני פרשת כפר קאסם עסקו בתי המשפט ובתי הדין הצבאיים בהגנת הצידוק, פסקי הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז ושל בית הדין הצבאי לערעורים הנוגעים לפרשה זו נחשבים לפסקי הדין המנחים בתחום. נראה שהדבר נובע הן מחשיבות הפרשה והן מכך שבראש ההרכבים ישבו שופטים רמי מעמד (השופט הלוי בבית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז – לימים שופט בבית המשפט העליון, השופט לנדוי בבית הדין הצבאי לערעורים – לימים נשיא בית המשפט העליון). לכן, עקב חשיבות פרשת כפר קאסם יובאו עתה פרטי הפרשה, אף על פי שכבר

Keighly v. Bell, (1866) 176 Eng. Rep. 781, 793 374
375 פסק הדין בעניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 213.

נדונו בחלקם בשלבים מוקדמים יותר של ספר זה.

ערב תחילתו של מבצע קדש הוחלט להטיל עוצר ביישובים ערביים שונים במדינה שהיו כפופים לממשל צבאי. רס"ן מלינקי, מפקד הגדוד, הנחה את חייליו (יתכן שבהתאם לפקודה שקיבל ממפקד החטיבה) כי באזורים שבאחריותם עליהם לירות בכל אדם הנמצא מחוץ לביתו לאחר שעת העוצר, בין שמדובר בגבר, באישה או בילד, ובין שידע על העוצר בין שלא. רוב המפקדים בשטח לא יישמו את פקודתו של מפקד הגדוד ונתנו הוראה לירות רק באנשים המסרבים לעצור ומנסים לברוח. כמו כן, על פי הנחיית המפקדים, בכפרים אלו אנשים אשר חזרו מעבודתם לווו לביתם. עקב כך בכל הכפרים, מלבד כפר קאסם, היו תוצאות העוצר שני הרוגים ופצוע אחד.

בכפר קאסם גברים, נשים וילדים שנמצאו מחוץ לביתם נלקחו בקבוצות לפי סדר הגעתן ונורו בעודם מתחננים על חייהם. לפיכך, עד ששינה רס"ן מלינקי את הפקודות בעקבות דיווח על מספר רב של הרוגים, נהרגו בכפר קאסם 47 אזרחים. המשפט עסק במותם של 43 אזרחים שנורו בגזרה המערבית של הכפר. הנאשמים, אנשי מג"ב במילואים – חמישה טוראים, סגן ורס"ן – הואשמו ברצח וטענו כי קמה להם הגנת הצידיק, כיוון שצייתו לפקודה; רס"ן מלינקי טען שציית לפקודת מפקד החטיבה,³⁷⁶ והשאר טענו כי צייתו לפקודתו של רס"ן מלינקי. בית הדין דחה את טענתם וקבע כי הפקודה לירות על אזרחים חפים מפשע היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

על אף מרכזיות המקרה, קיים קושי רב בחילוץ ההלכה המשפטית מפסקי הדין האמורים לגבי המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל. לקושי זה שתי סיבות עיקריות: האחת, מדובר במקרה כה ברור של פקודה בלתי חוקית בעליל, עד כדי כך שעל פי כל אחת מארבעת הגישות שהתפתחו בפסיקה הישראלית לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ואשר יוצגו להלן, ניתן להגיע לתוצאת פסק הדין. השנייה, בפסק הדין עצמו ניתן למצוא תימוכין לכל אחת מהגישות האמורות, דבר המגדיל ומחזק את חוסר הוודאות. בעניין רוטשטיין³⁷⁷ (ירי עונשי אל עבר גלגלי מכונית) התייחס בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז לעמימות המשפטית של הלכת כפר קאסם:

[...] בפס"ד הידוע והקלאסי של משפט כפר קאסם [?] ותר משיש בו הגדרה למושג, פקודה בלתי חוקית בעליל, יש בו סממאות ססגוניות [...] הגדרה משפטית ממצה ומדויקת אין למצוא באותו פס"ד ואין למצוא בכל מקרה אחר אחריו, וספק בעינינו אם בכלל ניתן להתיימר להגדיר מראש ובכל מקרה, הגדרה אחת כוללת וממצה שתתפוס את כל אותם מקרים שיכולים להחשב כפקודות בלתי חוקיות בעליל.

עקב עמימות פסקי הדין³⁷⁸ התפתחו בפסיקה ובספרות ארבע גישות שונות לזיהוי פקודה בלתי

376 בהופעתו לפני בית הדין הצבאי לערעורים נטש מלינקי טענה זו וטען כי נתן פקודה חוקית אשר החיילים בכפר לא הבינו אותה נכון. בית הדין דחה טענה זו ובחן בכל זאת אם יכולה הייתה לקום למלינקי הגנת צידיק, מתוך הנחה שפעל על פי פקודת המח"ט. עם זאת, טענתו שפעל על פי פקודת המח"ט נדחתה על ידי בית הדין הצבאי המיוחד בהליך בו הועמד המח"ט לדין. ראו: מ/58/ התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם שדמי (לא פורסם, 26.02.1959).

377 מר/85/86 (צבאי מרכז) התובע הצבאי נ' רוטשטיין (לא פורסם, 18.3.1986) (נספח כז להלן). הרשעתו של סגן רגב, הנאשם מס' 2, נהפכה בערכאת הערעור – לפסק הדין בעניינו ראו לעיל ה"ש 19.

378 ראו עדי פרוש, "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית

חוקית בעליל, ולכל גישה ניתן למצוא תימוכין בפסקי הדין בפרשת כפר קאסם.³⁷⁹ העמימות המשפטית אף החמירה לאורך השנים משום שבהיעדר רצון להכריע בין הגישות השונות יצרה הפסיקה לעתים שילוב קזואיסטי בין הגישות, ולעתים הגיעה להכרעה מבלי לנקוב במבחן הראוי.

דוגמה למקרה שבו התקשו השופטים להתמודד עם חוסר הוודאות הנובע ממגוון הדעות בפסיקה מצויה בפסק דינו של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון בעניין שריקי (פרשת גולני).³⁸⁰ באותו מקרה הגישה התביעה לבית הדין מגוון של פסקי דין בנושא של פקודה בלתי חוקית בעליל, אשר רק חלקם השתמשו במבחן "הדגל השחור" (גישת חומרת המעשה) ואילו השאר נקטו בגישות אחרות (אשר יפורטו בהמשך). חלקם אף לא ציטטו כלל את פרשת כפר קאסם. כך אמר בית הדין:

דומה כי ניתן להקדים ולומר כי מאז הונף לראשונה 'הדגל השחור' מעל הפקודה הבלתי חוקית בעליל בפסק [דין] כפר קאסם – פקודת רצח אוכלוסיה אזרחית בלתי לוחמת נדרשו בתי המשפט ברבות השנים להניף דגל זה בנסיבות קלות ללא שיעור [...] עד שדהה הדגל וכבר איבד את צבעו השחור העז והבולט.

במקרים רבים נמנעו בתי הדין מלהזכיר את הדגל השחור [...]

ובהמשך:

על מנת להתגבר על טענות צידוק [...] יצרו בתי הדין קריטריונים שנאספו ממקרה אחד למשנהו, והמאפשרים דחיית הגנת הצדוק לאו דוקא מטעמי 'דגל שחור' – ואולי מטעמי ה'דגל האפור'.

במילים אחרות, לדברי בית הדין, פעמים רבות נקטו בתי הדין גישות אחרות מהגישה הנורמטיבית של חומרת המעשה (דיון בגישה זו ראו בהמשך), כך שהמבחן המשמש גישה זו התעמעם ("הדגל השחור" האפיר). הקריטריונים שעליהם מדבר בית הדין הם קריטריונים המשמשים את הגישות העובדתיות ולא את הגישות הנורמטיביות (משמעות מונחים אלו תידון להלן). בבואו לדון במקרה שלפניו נתקל בית הדין בקושי היסודי שקיים בסוגיה, והוא: על סמך אילו מבחנים לנתח את הפקודה שלפניו על מנת לקבוע אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אם לאו.

דוגמה למקרה שבו בית הדין היה מודע למגוון הדעות בנושא אך בחר שלא להכריע ביניהם מצויה בעניין לויט³⁸¹ (פרשת גבעתי ב). שם דן בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום בגישות השונות הקיימות בפסיקה בנושא, ציטט את דעותיהם של מלומדים שונים ולאחר מכן הציג את השאלה העומדת בבסיס ההבחנה בין הגישות כך: "אם ה'עלילות' היא בעצם מבחן ראייתי למודעות בפועל או בכח של המבצע או שמא היא נועדה להצביע על אופי מהותי של אי החוקיות".

בעליל" עיוני משפט טו 245, 246 (תש"ן); כמו כן ראו פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 81; וראו דבריו של קרמניצר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 602 ו-611. לבעייתיות דומה במקומות אחרים בעולם ראו Eser, לעיל ה"ש 336, בעמ' 260.

379 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6; עניין עופר, לעיל ה"ש 14.

380 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197, בעמ' 69-70.

381 עניין לויט, לעיל ה"ש 169, פס' 78.

בית הדין לא הכריע בסוגיה, אלא קבע לגבי המקרה נושא פסק הדין כי "אין ספק – ולא יכול להיות ספק, כי ההוראה אותה נתן המג"ד לויט לפקודיו הנוגעת ליישום הכאה בדרך של ענישה, הינה בבחנת הוראה בלתי חוקית בעליל. אסור היה לתיתה ואסור היה למלאה".³⁸²

במצב הקיים אין מבחן ברור לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ועל כן מצב זה מעקר מתוכן את הגנת הצידוק ככלי משפטי לאיזון בין עקרון 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 בעקרון ודאות החוק, שלפיו חוק צריך להיות נהיר וברור, כך שאזרח שעליו מוטלת חובה על-פי חוק זה (לבטח חובה פלילית) יוכל לזהותה.³⁸³ הטלת סנקציה פלילית על אזרח על סמך נורמה עמומה ובלתי מובנת לוקה בשרירות חמורה, וספק אם היא ראויה במדינה דמוקרטית. יש לזכור כי ההכרעה הראשונית אם הפקודה שניתנה היא חוקית, בלתי חוקית "סתם", או בלתי חוקית בעליל, לא נתונה בידי שופט הבקיא ברזי משפט, אלא לרוב בידי חייל הדיוט, ולעתים תחת אש. כיצד יוכל להכריע החייל בו במקום בסוגיה זו אם אפילו במצב של רגיעה, עורך דין "טרדן ומתערב" לא יוכל להשיב לו כיצד לזהות פקודה בלתי חוקית בעליל. לפיכך קיים צורך להכריע הכרעה ברורה וחדה בדבר הגישה הראויה לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל.

להלן יוצגו פסקי הדין המייצגים את הגישות השונות שהתפתחו בפסיקה, וייבחן האיזון בכל גישה וגישה בין עקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההצדק וההפטר.

את הגישות השונות שהתפתחו במשפט הישראלי לבחינת היותה של פקודה בלתי חוקית בעליל נהוג לחלק לשתי קבוצות: גישות "נורמטיביות", הבוחנות אם תיפגע נורמה חברתית (כללית או צבאית) עקב הציות לפקודה – גישת חומרת המעשה וגישת הפגיעה בערכי היסוד; וגישות "עובדתיות",³⁸⁴ המתרכזות בידיעת החייל, ומתחשבות בנסיבות שבהן נמצא החייל – גישת הידיעה בכוח וגישת הידיעה בפועל. מכיוון שבמקרים רבים שילבו בתי הדין בין גישות שונות כדי להכריע במקרה שלפניהם, פסק דין שבו נותחה הפקודה על סמך כמה גישות יופיע תחת כל אחת מהן. לעומת זאת, אם גישה מסוימת הייתה הגישה המרכזית בפסק הדין, הוא יופיע לעתים תחת גישה אחת אף שבית הדין הזכיר באותו מקרה גישות נוספות.

382 שם, פס' 79.

383 ראו פלה, לעיל ה"ש 110, כרך א' 15. ראו גם דבריו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בקשר לפעולה שלטונית שנעשתה בהיעדר 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, 2003-III Eur. Ct. H.R. 231, para. 66 (2003).

384 חלוקה זו מתבססת על הבחנתו של אנקר בין גישה עובדתית לבין גישה נורמטיבית. כפי שיוצג בהמשך, בפועל אפשר לחלקן לכמה גישות; לחלוקתו של אנקר ראו לעיל ה"ש 65, בעמ' 598. שמות הגישות השונות בתוך הקבוצות מבוססים במידת מה על חלוקתו של פלר במאמרו "צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הצידוק", עיוני משפט טו 217, 224-237 (תש"ן).

בחנית הגישות האמורות תראה כי במצבים שונים, אחת (או יותר) מהגישות אינה מאזנת כראוי בין עקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההצדק וההפטר העומדים על הפרק.

13.4 הגישות הנורמטיביות

על פי הגישות הנורמטיביות לזיהוי היעדר החוקיות בעליל, "אין כל נפקות לשאלה אם חייל ידע או צריך היה לדעת שהפקודה חוקית",³⁸⁵ אלא נבחנות אחת משתי שאלות: אם יש באי-חוקיות הפקודה משום פגיעה חמורה במוסר חברתי – גישה שתכונה מעתה "גישת הזמרת המעשה"; ואם הפקודה הבלתי חוקית פוגעת בערך יסוד (חברתי, כללי או צבאי) – גישה שתכונה מעתה "גישת הפגיעה בערכי יסוד". גישות אלו הופרדו מכיוון שלא בכל מקרה יגיע ניתוח המתבסס על שתי גישות אלו לתוצאה זהה.

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

אך נראה כי מלבד הקשיים שמעוררות כל אחת מהגישות הללו בנפרד ואשר יידונו בהמשך, ככלל, הגישות הנורמטיביות מעוררות קשיים משותפים. שתיהן מובילות פעמים רבות לכדי תוצאה משפטית הפוגעת בעקרון שלטון החוק, במקרים שבהם תוצאה הפוכה הייתה מובילה לפגיעה פחותה בהרבה בשיקולי ההצדק או ההפטר הניצבים מנגד. זאת, מאחר שהן מצמצמות לכדי מינימום את המקרים שבהם על החייל לסרב לפקודת מפקדו. יתר על כן, גישות אלה יחייבו את החייל לציית לפקודה ולהפיר את החוק גם במקרה שבו אי-ציות לא יגרור פגיעה חמורה במשמעת, וגם במקרה שבו החייל יודע שהפקודה אינה חוקית, דהיינו כשלא קיימים שיקולי הצדק והפטר חזקים.³⁸⁶

שאלת היתרונות והחסרונות של הגישות הנורמטיביות לעומת הגישות העובדתיות נידונה בספרות לרוב באמצעות שימוש במשל המכוננת: חייל מקבל פקודה לנסוע במהירות העולה על המהירות המותרת. הפרמטרים שהשתנו ממלומד למלומד היו סיבת הנסיעה ומהירותה, והוויכוח היה אם על החייל לציית לפקודה כזו ובאילו נסיבות – כמובן בהתאם לגישה שבה צידד המלומד.³⁸⁷

מכיוון שבעניינן של פקודות בלתי חוקיות בנהיגה ניתן בפועל פתרון בפסיקה,³⁸⁸ אדון בסוגיה זו דווקא באמצעות תרחיש אחר, אשר לגביו לא הייתה הפסיקה החלטית: חייל מקבל ממפקדו פקודה

385 דברי הפרקליט הצבאי הראשי או תא"ל אורי שהם בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 602.

386 ראו ביקורת על כך מפי פלה, לעיל ה"ש 384, בעמ' 232.

387 ראו, למשל, דבריו של הפרקליט הצבאי הראשי או תא"ל אורי שהם בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 600

601; ראו פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 90; שטרומן, לעיל ה"ש 346, בעמ' 7; פרוש, לעיל ה"ש 378, בעמ' 266; וצבי ענבר "הפקודה בהיותה בלתי חוקית בעליל" משפט וצבא 10, 71-70 (תשמ"ט).

388 פתרון הפסיקה למשל המכוננת יידון להלן בחלק 17.2.4.1.

להשחית ציוד צבאי על מנת שיסופק ליחידה ציוד טוב יותר. הגישות הנורמטיביות (לבטח גישת חומרת המעשה וייתכן שגם גישת הפגיעה בערכי היסוד) יחייבו ציות לפקודה זו משום שהיא נטולת פגם מוסרי חמור. אולם ניתן לראות בנקל כי במקרה זה לא מתקיימים שיקולי ההצדק וההפטר שיש בהם כדי להצדיק פגיעה בעקרון שלטון החוק: שיקולי ההפטר חלשים כאן יחסית בשל ידיעתו החד-משמעית של החייל כי הפקודה אינה חוקית; ואילו שיקולי ההצדק מתגמדים כיוון שהפקודה להשחתת רכוש צבאי מורה לפגוע במערכת הצבאית גופה. בפועל, במקרה של פקודה לגרום בלאי לרכב צבאי זיכה בית הדין את החייל בנקטו גישה נורמטיבית;³⁸⁹ ולעומת זאת, כאשר דובר בפקודה להשחית כלי נשק, הגיע בית הדין למסקנה הפוכה מבלי לפרט את הגישה שנקט.³⁹⁰ יתר על כן, לא כל הפקודות הניתנות בצבא ניתנות בשדה הקרב תחת אש; אך נראה כי הגישות הנורמטיביות אינן מותאמות באופן ראוי למצבי שגרה. האם נרצה, למשל, שחייל המקבל פקודה ממפקדו "להשלים" ציוד ליחידתו מיחידה אחרת, ימלא פקודה זו ורק לאחר מכן ידווח על כך, כאשר קיים סיכוי שכבר לא יהיה ניתן להחזיר את הציוד? לסיכום, הגישות הנורמטיביות נותנות עדיפות רבה מדי לערך המשמעת, גם במצבים שבהם הפגיעה במשמעת קלה יחסית, ואילו הפגיעה בשלטון החוק קשה.

קושי נוסף בגישות הנורמטיביות הוא מידת התאמתן לתכלית החקיקתית של סעיף 34ג(2) לחוק העונשין. לפי הפרשנות שניתנה לה במשפט הישראלי, הגנת הצידיק הקבועה בסעיף זה אינה מיוחדת לחיילים, אלא מקנה הגנה מפני אישום פלילי לכל אדם שעבר עברה עקב צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לציית לו על פי דין.³⁹¹ ספק גדול אם מבחינתם של מנהל תקין, מקצועיות המנהל ושלטון החוק ניתן לומר כי תכלית סעיף 34ג(2) היא לחייב פקידים בכל הגופים הציבוריים בישראל לציית לכל הוראה בלתי חוקית מאת הממונים, מלבד באותם מקרים נדירים האסורים לציות לפי הגישות הנורמטיביות.³⁹² במילים אחרות – ספק רב אם נרצה כי פקיד, המקבל מרשות מוסמכת במשרד הממשלתי צו לעבור על החוק, יסרב לבצע את הצו רק כאשר יש במעשה משום פגיעה חמורה במוסר או פגיעה בערך יסודי. החלה של מבחן כה מצומצם במקרים אלו תוביל לפגיעה חמורה מדי בשלטון החוק.

עמדה כזו ניתן לראות בפסיקת בית המשפט העליון בעניין פרושינסקי (צו הריסה שהוציא ראש עיר ואישרה בדיעבד מועצת העיר).³⁹³ שם מצא בית המשפט העליון פסול בעצם הפגיעה בשלטון החוק אף במקרה שבו לא הייתה פגיעה חמורה בערך חברתי אחר. באותו מקרה הרשיע בית המשפט את המערערים למרות האישור בדיעבד של מועצת העיר ולמרות אי-חוקיות המבנה. בית המשפט העליון ציטט את בית המשפט המחוזי:

לא אוכל לסיים מבלי להעיר על הצד הציבורי של העניין. המעשה ומסיבותיו גובלים עם

389 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

390 341/82/ע' (ערעורים צה"ל) טופחי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1982, 57 (1982). פרטי פסק הדין יידונו בהמשך.

391 ראו דיון בכך להלן בחלק 16.

392 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 100.

393 עניין פרושינסקי, לעיל ה"ש 257, בעמ' 1670.

שערוורייה ציבורית, כשפקידי עירייה נשלחים להרוס רכוש של אזרח, בהשכמת הבוקר, מבלי יסוד חוקי ובלי אזהרה מוקדמת, ואף בלי שידוע מי הממונה המתיימר לבצע בדרך זו את סמכויות השלטון המקומי, ובייחוד מי אחראי במישרין למתן הפקודה לבצע את ההריסה. ההחלטה המתיימרת להיות 'ולידציה' רק מגדישה את הסאה.

משמע, על עובד עירייה סביר לדעת אם צו הריסה הוא חוקי אם לאו. אם הצו אינו חוקי, אסור לעובד הציבור לבצעו אף אם המבנה נבנה שלא כחוק (כך שהריסתו כשלעצמה אינה פוגעת בערך חברתי חשוב). עובד עירייה שביצע צו הריסה שהוצא שלא כחוק על ידי ראש העיר יועמד לדין אף אם סבר שהוא מבצע פעולת עירייה (מנגד, ראו פסיקת בית המשפט העליון בענייני משמעת לגבי עובדי מדינה ורשויות מקומיות³⁹⁴).

13.4.1 גישת חומרת המעשה – מבחן "הדגל השחור"

13.4.1.1 מבוא

כגישה נורמטיבית, גישת חומרת המעשה אינה בוחנת את ידיעתו בכוח או בפועל של החייל בדבר אי חוקיות המעשה עליו מורה הפקודה, אלא את החומרה המוסרית של המעשה הבלתי חוקי האמור. גישה זו מחזקת את המשמעת הצבאית, מכיוון שרק במקרים נדירים של חומרה מוסרית רבה יוכל החייל לסרב לפקודת מפקדו (אף אם זו אינה חוקית).³⁹⁵

המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל על פי גישה זו נקבע בעניין מלינקי³⁹⁶ (פסק הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם) ובית הדין הצבאי לערעורים הביע בו תמיכה מסוימת בעניין עופר³⁹⁷ (הערעור בפרשת כפר קאסם). מבחן זה מכונה מבחן "הדגל השחור", ועל פיו:

סימן היכרה של פקודה בלתי חוקית בעליל' – מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל

394 כפי שתידון להלן בחלק 16.1.

395 בארצות הברית נהגה בעבר גישה דומה, שנקטה מבחן ערכי הבחן אם הפקודה הייתה "palpably unlawful", כך שחייל בעל ההבנה הפשוטה ביותר ("commonest understanding") היה מזהה את היעדר חוקיותה. ראו עניין *McCall*, לעיל ה"ש 359, וכן: *Re Fair*, 100 F. 149 (C.C.D. Neb 1900); *Wadsworth v. Shortall*, 206 Pa. 165 (1903). גישה זו נדחתה בפסיקה הצבאית האמריקנית בעניין *Calley*, לעיל ה"ש 348, ובמקומה אומצה גישה הבוחנת את ידיעתו של החייל הסביר.

396 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 213-214.

397 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 67. לעניין גישת חומרת המעשה ראוי להביא גם את דבריו של אלתרמן אשר נכתבו ב"טור השביעי", בשר שפורסם לאחר שניתן פסק הדין בעניין מלינקי:

השאלה (בשלב הלזה המוקדם...)

אינה שאלת

המושג משמעת,

כי אם שאלת המושג צימאון-דם

ושאלת המושג אכזרות-מוזעת.

הבעיה (זאת הפעם) אינה בעיית

כפיפותו של חייל לפקודה וקובעיה

כי מידת כפיפותם של פקודה וחיל

להפקר הטורף...

נתן אלתרמן "עם פסק הדין" הטור השביעי, ספר שני – תשי"ד-תשכ"ב 359, 360 (תשל"ב).

הפקודה הנתונה ככתובת אזהרה האומרת: 'אסור!' לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת [...] אי חוקיות הדוקרת 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 החייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו [ההדגשה הוספה].

לפיכך, כל עוד לא מדובר באי-חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, לא תבוטל חובת הציות של החייל ולא תוטל עליו אחריות פלילית אף אם ידע או צריך היה לדעת על חוסר החוקיות הטמון בפקודה. יצוין, כי על צידודו של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם בגישה הנורמטיבית ניתן ללמוד גם מדברי המלומדים שאותם הביא השופט לאחר ציטוט זה; אלה מדברים על חובה כמעט מוחלטת של החייל לציית לפקודות מפקדיו מלבד במקרים נדירים מאוד, דוגמת ירי לתוך המון בלתי ממוש, הרג נשים וילדים, רצח מנהיג פוליטי, יצירת נזק חמור ובלתי הפיך לאדם תוך כדי הפרת החוק וכו'.

כבואנו לבחון אם בית הדין הצבאי לערעורים בפרשת כפר קאסם צידד גם הוא בגישה הנורמטיבית, ניווכח שהתמונה מורכבת יותר. לכאורה, חלק נכבד מהניתוח המשפטי בסוגיית זיהוי הפקודה הבלתי חוקית בעליל בפסק הדין עסק בפירוט הנסיבות שבהן ייקבע כי פקודה היא בלתי חוקית בעליל לפי מבחנים אובייקטיביים, ולפיכך משתמעת מחלק זה תמיכה בגישה עובדתית.³⁹⁸ אולם בית הדין הצבאי לערעורים הגדיר את דברי בית הדין המחוזי כ"מילים קולעות" אשר "ראויות להישמע ולהיזכר",³⁹⁹ ואף הוסיף משל עצמו את הדברים הבאים, באמרו כי הגנת הצידיק הקבועה בדין הישראלי מחייבת כל חייל "לבחון לפי קול מצפוננו את חוקיות הפקודות הניתנות לו לשם ביצוען כלפי הזולת".⁴⁰⁰

כפי שניתן לראות, מבחן "הדגל השחור" מוביל לשתי תוצאות מרכזיות: האחת היא שעל פי מבחן זה, ההתלבטות של החייל בפועל אינה בין ציות לחוק לציות למפקד, אלא בין ציות לצו בלתי חוקי של רשות מוסמכת לבין ציות לצו המצפוני; השנייה היא שמבחן זה כוונתו להוביל למצב שבו מיעוט קטן מאוד של פקודות תיחשבנה בלתי חוקיות בעליל.

את הצמצום הרב שנוקטת גישה זו ניתן לראות בכך שבפועל, לאחר פרשת כפר קאסם, ככלל (עם חריגים מעטים)⁴⁰¹ רק פקודות משתי קבוצות הוכרו כפקודות בלתי חוקיות בעליל על סמך מבחן "הדגל השחור", לעומת מגוון רב של פקודות שהוכרו כבלתי חוקיות "סתם". קבוצה אחת של פקודות שהוכרו כפקודות בלתי חוקיות בעליל על סמך מבחן "הדגל השחור" הינה פקודות בלתי חוקיות המורות על פגיעה פיזית באדם (כגון: פקודה להרוג מחבלים שנתפסו, ופקודות המורות

398 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 70.

399 שם, פס' 67.

400 שם, פס' 69.

401 לפסק דין חריג שכזה ראו: ת"פ (מחוזי י"ם) 260/08 מדינת ישראל נ' רוזנטל, פס' 151 (פורסם בנבו, 29.9.2014), בו נקבע שדגל שחור מתנוסס מעל הוראה להנפיק תעודות השכלה רבנית כחובת שניתנה על מנת לאפשר למקבלי התעודות לזכות שלא כדין בתקבולים מהמדינה, וזאת מפאת היקף הנוק הכספי שנגרם למדינה בגין המעשה.

על הכאה של אזרחים כאמצעי עונשי), וקבוצת הפקודות השנייה היא פקודות לשקר בפני מוסדות חקירה.⁴⁰²

במאמר מוסגר ראוי לציין 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, בעניין אבי⁴⁰³ (המקרה ידוע כ"פרשת הטנקים"), בית הדין הצבאי לערעורים הרשיע חיילים בסנדת טנקים, אשר קיבלו פקודה לחבל במנועי הטנקים המגיעים לתיקון בסדנה כדי להעבירם לטיפול מש"א, על מנת להתמודד עם עומס עבודה בסדנה. אף שבית הדין ציטט את מבחן "הדגל השחור", בפועל הוא נקט גישה של ידיעה בכוח (גישה זו תידון בהמשך):

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.

לגבי המקרה הנדון אמר בית הדין:

בענייננו מדובר בהוראה לגרום בזדון נזק למנועים של טנקים, וכידוע המנוע הוא ליבו של הטנק, ובכך נפגעים אינטרסים חיוניים של צה"ל ומאליו נפגע ביטחון המדינה. הוראה כזאת, אין ספק שתיראה כבלתי חוקית בעליל בעיניו של החייל הסביר בנסיבות שניתנה במקרה שבפנינו.

לאחר מכן פירט בית הדין את נסיבות המקרה – הכשרה מקצועית וניסיון, היעדרה של שעת חירום ואפשרות להיוועץ במפקדים הממונים – ולאור נסיבות אלו קבע כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל.

המצדדים בגישת חומרת המעשה טוענים כי מלבד חיזוק המשמעת הצבאית היא גם מצמצת את חוסר הוודאות של החייל, מכיוון שהחייל יודע כי עליו להימנע מציות לפקודה רק במקרים שבהם כל חייל היה מזהה את היעדר החוקיות והמוסריות בפקודה.⁴⁰⁴ אך נראה כי המציאות בפסיקה מוכיחה כי זיהוי פקודה ש"דגל שחור מתנוסס מעליה" אינו פשוט כלל ועיקר. לאור הפסיקה הקיימת, כפי שיודגם בהמשך פרק זה, לא ניתן לקבוע על סמך מבחן זה אם פקודה להעניש אזרחים היא פקודה בלתי חוקית בעליל,⁴⁰⁵ או אם מעל פקודה לשבור ידיים ורגליים תמיד מתנוסס דגל שחור.⁴⁰⁶ לפיכך חזרת במלוא חריפותה השאלה: אם בין השופטים הנאלצים להכריע בסוגיה יש חילוקי דעות כאלו, כיצד יוכל להכריע חייל בסוגיה זו בעת פעילות מבצעית?

בעניין רוטשטיין⁴⁰⁷ (ירי עונשי אל עבר גלגלי מכונית) התייחס בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז

402 פסקי הדין שבהם נקבעו ההלכות הללו יוצגו ויידונו בהמשך.

403 169/81/ע (ערעורים צה"ל) אבי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1981, 122, 145 (1981).

404 ראו ענבר, לעיל ה"ש 387.

405 השוו, למשל, את פסק הדין בעניין שריקי, לעיל ה"ש 197, ואת פסק הדין בעניין רגב, לעיל ה"ש 19, עם פסק הדין בעניין אדלה, לעיל ה"ש 168.

406 השוו, למשל, את פסק הדין בעניין שריקי, לעיל ה"ש 197, עם פסק הדין בעניין אדלה, לעיל ה"ש 168.

407 עניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 377; הרשעת הנאשם 2, סגן רגב, נהפכה בערכאת הערעור – ראו לעיל ה"ש

לחוסר הוודאות שיוצרת גישה זו:

[...] בפס"ד הידוע והקלאסי של משפט כפר קאסם [י]ותר משיש בו הגדרה למושג, פקודה בלתי חוקית בעליל, יש בו סממאות ססגוניות [...] הגדרה משפטית ממצה ומדוייקת אין למצוא באותו פס"ד ואין למצוא בכל מקרה אחר אחריו, וספק בעיננו אם בכלל ניתן להתיימר להגדיר מראש ובכל מקרה, הגדרה אחת כוללת וממצה שתתפוס את כל אותם מקרים שיכולים להחשב כפקודות בלתי חוקיות בעליל.

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 מעליהן.⁴⁰⁸ כך, בעניין רגב (ערעורו של נאשם מס' 2 בעניין רוטשטיין)⁴⁰⁹ קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לרכוש תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל; כמה שנים לאחר מכן קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון בעניין שריקי⁴¹⁰ כי לא כל פקודה עונשית הגורמת נזק לגוף תהיה בלתי חוקית בעליל.

גישת חומרת המעשה גם אינה מעודדת מערכת יחסים של בירור ודיווח בין החייל למפקדו, מכיוון שהחייל מורגל על פיה לציות כמעט אינסטינקטיבי. לפיכך הוא עשוי שלא להתריע בפני מפקדו על היעדר החוקיות שבפקודה או על חוסר התאמתה לתנאים בשטח.⁴¹¹

כמו כן, גישה זו גם גורמת, במידת מה, להעדפת המשמעת הפנים-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 ביחידה,⁴¹² או לגרום נזק מכון לציוד צבאי על מנת להשיג ליחידה ציוד טוב יותר.⁴¹³

לא זו אף זו, ספק אם גישת חומרת המעשה אכן מחזקת את המשמעת הצבאית במידה הנטענת. חייל שחונך כי אבן הבוחן 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, ולחלופין פקודות לשרת בשטחים, הן פקודות בלתי חוקיות בעליל מכיוון שהן סותרות, לטעמו, את המוסר.

דוגמה לטענה זו מהצד השמאלי של המפה הפוליטית ניתן לראות בטענות העותרים בעניין זונשיין.⁴¹⁴ שם דובר בעתירתם של שבעה אנשי מילואים, אשר סירבו לשרת מעבר לקו הירוק ונשפטו עקב כך בגין עברה של סירוב לקיים פקודה. העותרים פנו לפצ"ר כדי שיבטל את פסק

408 דברי קרמניצר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 612.

409 עניין רגב, לעיל ה"ש 19; עניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 377.

410 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197.

411 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 102.

412 מט/313/86 (צבאי מטכ"ל) התובע הצבאי נ' בן זקן (לא פורסם, 29.10.1986) (נספח כו להלן).

413 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

414 עניין זונשיין, לעיל ה"ש 249.

הדין המשמעתי נגדם, בין השאר מכיוון שלטענתם "השירות בשטחים המוחזקים רצוף בפעולות בלתי חוקיות", ולכן פקודת השירות בלתי חוקית בעליל.

שימוש ב"דגל השחור" כסימן לעמדת השמאל כי קיים "בכיבוש" פסול מוסרי ניתן לראות בדיווח פעילות שפרסמה תנועת השמאל "אומץ לסרב"⁴¹⁵:

עשרות פעילי שמאל הפגינו אמש (יום ב, 17.5.04) מול משרד הביטחון בתל אביב, במחאה על הריסת הבתים ההמונית, לדבריהם, ברפיח, ש"הותירה אלפי אנשים חסרי קורת גג והפכה אותם לפליטים בפעם השנייה", ועל "תוכניות הפלישה לרפיח שתגרום עוד ועוד הרס והרג נורא". הפעילים הניפו דגלים שחורים וקראו "חייל עצור-דגל שחור" ו"חייל הקשב-אפשר גם לסרב". את ההפגנה יזמה תנועת הסרבנים "אומץ לסרב" והצטרפו אליה אנשי גוש שלום, האנרכיסטים נגד החומה וקבוצות נוספות. המפגינים קראו לפנות את נצרים וטענו כי חיילי צה"ל "ממיתים ומומתים בשירות ההתנחלות". כאמור, הם קראו לחיילים לסרב להשתתף במבצע ברפיח. "מה שהצבא ביצע ומתכוון להמשיך לבצע ברפיח הם פשעי מלחמה, פקודות בלתי חוקיות בעליל שדגל שחור מתנוסס מעליהן, ואנחנו לא ניתן לנותני ומבצעי הפקודות האלה מנוחה" אמרו מארגני ההפגנה.

את השימוש ב"דגל השחור" כטיעון המשמש את הימין לעודד סירוב לקיים פקודות ניתן לראות למשל בדבריו של עמנואל שילה:⁴¹⁶

תפקידם העיקרי של הפוליטיקאים אינו להורות לציבור מה לעשות במצב הנורא בו ניתנת פקודה לעקור יישובים, אלא להשתמש בכלים פוליטיים ולדאוג שלא נגיע למצב הזה. בכל זאת, טוב שיש לנו גם את מפלגת 'עוצמה לישראל' שראשיה חופשיים לבטא את עמדתם הצודקת והמקובלת על רבים בציבור, ולפיה מעל לפקודה לעקירת יישובים מתנוסס דגל שחור ואסור לציית לה.

הן אלו המשתמשים בטיעון "הדגל השחור" מצד ימין של המפה הפוליטית והן אלו המשתמשים בטיעון זה מצד שמאל שלה שוגים אף לפי גישת "חומרת המעשה", מכיוון שעל פי גישה זו נדרש תחילה שהפקודה תהיה בלתי חוקית ורק לאחר מכן בלתי מוסרית. הואיל והן פקודה המורה לשרת בשטחים והן פקודה המורה לפנות מתיישבים יהודים הן פקודות חוקיות לפי הדין הישראלי, החייל אינו צריך להגיע כלל לשלב הבחינה המוסרית, ועליו לציית לפקודה עקב היותה חוקית.

עם זאת, במערכת משפטית שמחייבת ציות לפקודה לפי מבחן מוסרי, עלול חייל לחוש לגיטימציה רבה יותר לנקיטת צעדים כאלו. דוגמה ללגיטימציה האמורה מצויה בסקרים שעשה המכון הישראלי לדמוקרטיה;⁴¹⁷ על-פי הסקרים בשנת 2003 סברו במשולב כ-30% מהאוכלוסייה היהודית בישראל שיש לאפשר לחיילים לסרב לפקודה לשרת בשטחים או לסרב לפקודה לפנות התנחלויות,

415 רועי כוכבי "פעילי שמאל הפגינו מול משרד הביטחון במחאה על הרס הבתים ברפיח" מסרבים למען ישראל 18.5.2004 www.seruv.org.il/hebrew/article.asp?msgid=162

416 "דעה: להתחייב לקואליציה ימנית-דתית" ערוץ 7 6.1.2013 <http://www.inn.co.il/Article.aspx/10912>

417 אשר אריאן, דוד נחמיאס, דורון נבות ודניאל שני, מדד הדמוקרטיה הישראלית 2003, 183 (המכון הישראלי לדמוקרטיה ומרכז גוטמן, 2003).

וב-2004, כאשר נבדקה עמדת הנוער היהודי בנושא,⁴¹⁸ נתברר כי בקרב הנוער עומד שיעור התמיכה בסירוב על כ-50%.

כיוון שגישת חומרת המעשה – גישת "הדגל השחור" – היא הגישה המוכרת ביותר לציבור ההדיוט במדינת ישראל וכיוון שגישה זו מעודדת בחינה מוסרית של הפקודה, ניתן לשער כי השתרשותה של גישה זו בציבוריות הישראלית השפיעה על התעצמותה של העמדה המובעת בסקרים הללו.

13.4.1.2 פקודות שהוכרו כבלתי חוקיות בעליל לפי גישת חומרת המעשה

מבחן "הדגל השחור" מגדיר פקודה בלתי חוקית בעליל באופן מצומצם ביותר. ואכן, בהתאם לכך, כמות המקרים שבהם פסיקה אשר צידדה בגישה זו קבעה כי פקודה היא פקודה בלתי חוקית בעליל היא כמות מצומצמת ביותר.

אחד מהמקרים הללו הוא פרשת "קו 300". באותו מקרה קיבלה קבוצה של סוכני שב"כ פקודה להוציא להורג מחבלים כפותרים "על-מנת שמפיגוע הטיפה רצחני לא ייחלצו מחבלים חיים". מאוחר יותר קיבלו הסוכנים פקודה לשקר ולתאם עדויות בפני ועדה ממשלתית ("ועדת זורע") אשר נועדה לבדוק את הנושא. פרשה זו לא הגיעה לבתי המשפט בדרך של תביעה פלילית נגד אותם סוכנים, מכיוון שהמעורבים בפרשה זכו לחנינה. אך בג"ץ התייחס לפרשה במקרים שבהם הוגשו לפניו עתירות נגד מינוי מעורבים בפרשה לתפקידים ציבוריים.

כך, למשל, בבג"ץ בעניינו של אהוד יתום.⁴¹⁹ שם דובר בעתירה נגד מינויו של אהוד יתום, שהיה שותף להרג המחבלים בפרשת "קו 300", לתפקיד ראש המטה ללוחמה בטרור. בג"ץ התייחס לטענתו של יתום כי בזמנו לא סבר שיש פסול בפקודה שניתנה לו על ידי ראש השב"כ להוציא להורג את המחבלים, ובהתאם לגישת חומרת המעשה (אשר, כאמור, אינה מתחשבת במודעותו של מקבל הפקודה) קבע:

בכך שיתום הרג את המחבלים על פי פקודתו המפורשת של ראש השב"כ, אין כדי לגרוע מחומרת הנסיבות בהן ביצע פשע זה. פקודתו של ראש השב"כ הייתה, על פניה, בלתי חוקית בעליל, ואסור היה ליתום לציית לה. יתום כזכור טען, כי בזמן המעשה לא היה מודע לכך שעל הפקודה שניתנה לו מתנוסס 'דגל שחור'. לטענה זו אין בעיני כל משקל.

כך, גם, בבג"ץ בעניין גינוסר,⁴²⁰ שם דובר בעתירה נגד מינויו לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון של יוסי גינוסר, אשר כחבר בוועדת זורע סייע בתיאום עדויות סוכני השב"כ בפרשת "קו 300". בג"ץ קבע, כי ההחלטה על המינוי אינה סבירה. בפסק הדין צייטט בג"ץ את דו"ח ועדת לנדוי, שלפיו "מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי-חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'". דבריה המלאים של הוועדה בנושא היו כדלהלן:⁴²¹

418 אשר אריאן, פזית בן נון ושלומית ברנע, מדד הדמוקרטיה – 2004: כולל סקר עמדות הנוער, 40 (המכון הישראלי לדמוקרטיה ומרכז גוטמן, 2004).

419 בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2), 265, פס' 18 (2001).

420 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2), 229, פס' 26 (1993).

421 דין וחשבון של ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית

עתה נשוב אל נושא המגבלות המוטלות על חוקר השירות בדין הפלילי והאזרחי ונברר אילו הן טענות ההגנה שהחוקר יכול להעלות נגד אישום בפלילים על מעשה או מחדל שנעשה במהלך חקירה, או בתביעת נזיקין בשל כך.

סעיף 124(א) של חוק העונשין פוטר מאחריות נאשם אשר פעל תוך ציות לצו שניתן לו על ידי רשות מוסמכת, בתנאי שהצו לא היה בלתי חוקי בעליל. המונח הזה התפרש בפרשת כפר קאסם, שם אישר כוזר, בית הדין הצבאי לערעורים את דימויו הקולע של השופט לוי בערכאה הראשונה ש"בלתי חוקי בעליל" פירושו שדגל שחור האומר "אסור" מתנוסס מעל ההוראה, בעיני כל אדם בעל מצפון.

ובהמשך:⁴²²

[...] כאשר החוקר נתן לאחר מכן עדות שקר בפני בית משפט או בית דין על דרכי החקירה. כאן לא תעמוד לחוקר הגנה של צורך לפי ס' 22 או של ציות לצו של הממונים עליו לפי ס' 24 (א)1, שהרי מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'.

קבוצה נוספת של פקודות, שאליהן התייחסו בית המשפט העליון וחלק מבתי הדין הצבאיים כאל פקודות בלתי חוקיות בעליל על פי מבחן "הדגל השחור" הן פקודות לפגיעה בפיזית בתושבי השטחים (כדוגמת פקודות "לשבור ידיים ורגליים" שניתנו בעיקר בתחילת האינתיפאדה הראשונה).

כך, למשל, בתאריכים 19 ו-21 בינואר 1988 השתתפו קצינים וחיילים על פי פקודתו של אל"ם יהודה מאיר בפעולות שנערכו בכפר ביתא ובכפר חווארה, ושבמהלכן הוכו כעשרים צעירים תושבי אותם כפרים שהיו חשודים כמפרי סדר. הצעירים נאספו מהכפרים עפ"י רשימה שמית שהכין השב"כ, הועלו לאוטובוס והורחקו אל מחוץ לכפר שם הורדו מן האוטובוס בקבוצות קטנות והוכו. הנושא הגיע לדיון בבג"ץ צופאן⁴²³ בעתירה נגד החלטת הפצ"ר להסתפק בהליך הדין המשמעתי ולא להעמיד לדין את אל"ם מאיר, נותן פקודות ההכאה. החלטה זו של הפצ"ר נבעה, בין השאר מאי-הבהירות ששררה בשטח לגבי השאלה, מה הן ההנחיות שניתנו מהדרגים הגבוהים. לעניין שיקול זה אמר השופט ביסקי:

האם ניתן לדבר כלל על 'אי-בהירות' ו'עירפול', כאשר מדובר בהוראה להוציא אנשים מביתם, לכבול ידיהם ולחסום פיהם, להכות בהם באלות כדי לשבור ידיהם ורגליהם? איזו אי-בהירות יכולה להיות קיימת כלפי פקודה בלתי חוקית בעליל מסוג כזה, אשר כדברי הפצ"ר 'דגל שחור מתנוסס עליה' ואף חובה שלא לציית לה? מעשים מסוג זה מקוממים כל בן-תרבות ושום ערפל או אי-בהירות אינם יכולים לחפות עליהם, ובודאי לא כאשר פקודה כזו ניתנת על ידי מפקד בכיר, שחייב להיות מודע כי רמתו המוסרית של צה"ל

עוינת 45 (1987) (להלן: דו"ח ועדת לנדוי).

422 שם, בעמ' 82-83.

423 בג"ץ צופאן 425/89 'הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, פס' 10 (1989). חזרה על דברים אלו השופטת דורנר בבג"ץ 5795/97 שריד נ' שר הבטחון, פ"ד נא(4) 799 (1997) – עתירה נגד מינוי תא"ל אפי איתם למפקד עוצבת הגליל, עקב המעשים שיוחסו לו בעניין לויט, לעיל ה"ש 169. השופטת דורנר, בדעת מיעוט, סברה כי יש להוציא צו על תנאי.

אוסרת במפגיע התנהגות כזו.

והשופט קדמי ציין:⁴²⁴

אין – ולא יכולה להיות – מחלוקת על כך, כי התנהגותו של המשיב נשוא ההחלטה ראויה לכל גינוי וכי יש להוקיעה בשאט נפש ולהסתייג ממנה בכל לשון: היא עומדת בסתירה מוחלטת לערכי היסוד של עם ישראל, והיא נוגדת את נורמות ההתנהגות הבסיסיות שקובע הדין בישראל ושלאורן מבקשת החברה הישראלית לקיים את חייה. אשר על כן, אין – ולא יכול להיות – ויכוח על כך, שהפקודה שניתנה על ידי המשיב ובוצעה על ידי פקודיו, היתה פקודה בלתי חוקית בעליל, לאמור: פקודה שאי חוקיותה מזדקרת לעין כל מתוכה, ללא צורך בהתערבות 'חיצונית' בענין זה; ואשר גם אחרון החיילים יצביע עליה בתור שכזאת ללא היסוס ומבלי שיוקק לדבר הסבר נוסף כלשהו.

מבחן דומה הפעיל בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום בעניין לויט⁴²⁵ (פרשת גבעתי ב). בית הדין, בהתייחסו למג"ד באותו אירוע, אמר:

הנאשם לאור מה שתואר, אמור היה לקרוא את אי חוקיותה הגלויה והברורה של הפקודה ולזהות באמצעות כלי האבחון האחרים שבידו – ולא רק באורח חלקי כפי שהדברים נעשו בפועל, גם את אי מוסריותה הבולטת, את 'הדגל השחור' המתנוסס מעליה.⁴²⁶

ולגבי החיילים שביצעו את המעשה אמר בית הדין:

שום אדם בר דעת הצופה בארוע ממין זה אינו יכול להניח, כי קיימות נסיבות כלשהן העשויות להקנות לגיטימציה למעשים אלה. בד בבד, קשה להאמין, כי גם מן הבחינה הסוביקטיבית סברו נאשמים אלה הנוטלים חלק בארוע, כי הם באים, על פי תומם, למלא אחר הוראות צו מפקדם כשעיניהם טחות מלהבחין בפסול המוסרי, הקיצוני, הטבוע במעשה [ההדגשה הוספה].⁴²⁷

גם בעניין רס"ן ראובן⁴²⁸ (פקודה לשבור ידיים ורגליים שנתן סגן מושל טול כרם שנים לפני תחילת האינתיפאדה הראשונה) ראו שופטי הרוב בבית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפקודה בלתי חוקית בעליל על פי מבחן "הדגל השחור":

המבחן של 'הדגל השחור', המתנוסס מעל פקודה בלתי-חוקית בעליל, הינו מבחן אוביקטיבי ואין נפקא מינא לעניין שורת האחריות הפלילית מה רמתם של החיילים, ותקם בשירות-הצבאי, מערכת מושגיהם והאזירה שבה נמצאו כשפקדו עליהם מה שפקדו. הפקודה להכות אנשים חסרי-מגן, המצויים במעמד של עצורים או שבויים, הינה לעולם

424 שם, פס' ג1.

425 ראו לויט, לעיל ה"ש 169.

426 שם, פס' 81.

427 שם, פס' 82א.

428 מר/189/76 (צבאי מרכז) התובע הצבאי נ' רס"ן ראובן, פס' 13 (לא פורסם, 5.10.1976) (נספח כב להלן). ערכאת הערעור (עניין רס"ן ראובן, לעיל ה"ש 32) קבעה שאין צורך להכריע בשאלה אם פקודתו של המערער היא בלתי חוקית "סתם" או בלתי חוקית בעליל כדי להרשיעו; עונשו של המערער הופחת לשנת מאסר אחת והוא הורד לדרגת טוראי.

פקודה בלתי חוקית בעליל שמתנוסס מעליה אותו 'דגל שחור'.

בעניין בורברג⁴²⁹ הועמדו לדין המעורבים במקרה שידוע כ"פרשת הירי בנעליו"; באותו מקרה, במהלך הפגנה אלימה סמוך לכפר הפלסטיני נעליו, עוכב אחד המפגינים על ידי שוטרי מג"ב, הובא אל צומת הכניסה לכפר והושב שם על הקרקע, כשהוא אזוק ועיניו מכוסות. בעודו שם הורה מפקד גדוד, אשר חייליו סייעו בפיזור ההפגנה, לחייל, ששירת תחת פיקודו, לירות כדור גומי במפגין האזוק, מתוך כוונה להפחיד את המפגין, ובסוברו כי הפקוד הבין שאין הוא מתכוון שהפקוד אכן ירה. בעקבות חילופי הדברים האמורים, כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של העושה, וירה לעברו כדור גומי מטווח קצר. מיד לאחר הירי, דחף המג"ד את החייל, צעק עליו, וגער בו על ביצוע הירי באדם האזוק. החייל השיב לו כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן. בית הדין דחה את טענתו של הפקוד כי קמה לו הגנת צידוק, בקובעו שדברי מפקד הגדוד לא היו פקודה (שכן, הוא לא התכוון שהחייל אכן יירה). עם זאת, הוסיף בית הדין ואמר:

בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, במאמר מוסגר ולמעלה מן הנדרש, נבהיר, כי אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה לירות כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באזיקים שעניו קשורות – לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק. בנסיבות אלה, ראוי היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" שחובה על הנאשם להימנע מלציית לה, פקודה שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" [...].

בעניין פריץ⁴³⁰ הועמדו לדין שני שוטרים (מפקד ופקוד) בגין גרימת מותו ברשלנות של שוהה בלתי חוקי אשר נפגע בתאונת דרכים עת נסע ברכב גנוב. בתום חקירתו של השוהה הבלתי חוקי במשטרה לא הצליחו הנאשמים למצוא גורם אשר ייקח אותו לחזקתו או יחזיר אותו לביתו באיו"ש. לכן הם הסיעו אותו בניידת משטרה אל אזור איו"ש והותירו אותו בשעת לילה בצדו של כביש שם, על אף מצב בריאותו עקב התאונה. הנאשמים הניחו שאזרחים פלסטינים ימצאו אותו ויחזירוהו לביתו; אולם הוא מת מהתייבשות, וגופתו נמצאה כיומיים לאחר מכן במקום שבו השאירו אותו הנאשמים. בית המשפט פסק כי יש להרשיע את הפקוד בגרימת מוות ברשלנות אף אם פעל מתוך ציות לפקודת מפקדו:

אף אם אין מדובר בהחלטה משותפת, אלא המערער 2 פעל על פי הנחיית המערער 1, מדובר בהנחיה בלתי חוקית בעליל שאין לבצעה כיוון "שדגל שחור מתנוסס מעליה" ומי שמבצעה אינו חוסה תחת הגנת הצידוק. אף אם קיים נוהג של הורדת שב"חים במחסומים במטרה לשלחם בחזרה לבתיהם, בנסיבות מקרה זה ונוכח מצבו של המנוח, אסור היה לנהוג על פיו, מה גם שהמנוח לא הורד במחסום.

13.4.1.3 פקודות שלא הוכרו כבלתי חוקיות בעליל לפי גישת חומרת המעשה

429 5/08/מ (מיוחד צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' בורברג (פורסם בנבו, 27.1.2011).
430 עפ"ג (מחוזי י"ם) 12-08-31389 פריץ נ' מדינת ישראל, פס' 59 (פורסם בנבו, 24.2.2014). ראו גם רע"פ 2581/14 יקותיאלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.2.2015).

בעניין מיכאל⁴³¹ (ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה) קבע בית המשפט כי הוראה להעביר תרופות ללא אישורים ממשרד הבריאות בעת לחימה אינה פקודה שמתנוסס מעליה "דגל שחור". עוד קבע בית המשפט כי הוראה שנותן ממונה אשר נפל פגם חוקי במינויו אינה הופכת בשל כך להיות בלתי חוקית בעליל שכן אין מדובר במקרה שבו נפל בה פגם מוסרי של "דגל שחור". בהקשר של חובת הציות של עובדי המדינה אמר בית המשפט:

חכמינו אמרו (אבות ג', ב', מפי ר' חנינא סגן הכהנים), 'הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו'. גם אם איננו עוסקים בנידון דידן ב'מאקרו' של מלכות, מורכבת היא המלכות מנדבכים נדבכים של 'מיקרו', ואם בכל משרד ומחלקה יחוש העובד כי לטרוניותו באשר לסמכויות, אם אין מעליהן 'דגל שחור' של אי חוקיות גלויה, עליו ליתן ביטוי בהתנהלות העבודה, לא ירחק אותו מצב עגום של 'איש את רעהו חיים בלעו'.

בעניין אזרן⁴³² ("טרטורים" בקורס טיס) אמר בית הדין: "לא נטען בפנינו, לאור הנסיבות כפי שנקבעו ע"י בית הדין קמא, כי בפקודה בלתי חוקית בעליל עסקינן". בית הדין התייחס לגישה הרווחת כיום בבתי הדין לזיהוי פקודה בלתי חוקית:

בהגדרים את הפקודה הבלתי חוקית בעליל, מצאו בתי הדין הצבאיים לנכון לילך בדרך שבה מוגדרת פקודה זו כ'דגל שחור' כ'כתובת אזהרה האומרת – אסור!', כפקודה שאי החוקיות שבה: 'דוקרת את העין ומקוממת את הלב' [...] רוצה לומר, רק הוראות קיצוניות, כשאי החוקיות תועק ותקומם, תחשבנה לפקודות בלתי חוקיות בעליל. משמעותה של הלכה זו, שיש החולקים עליה, היא הרחבה של מסגרת הפקודה הבלתי חוקית וצמצום המקרים שבהם תוגדר הפקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין שריקי⁴³³ (פרשת גולני) היה בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון מודע לכך שבעבר נקטו בתי דין גישות עובדתיות. בית הדין פירט את הקריטריונים שהנחו את בתי הדין על-פי גישות אלו, ונראה כי הוא מיישם על המקרה הקונקרטי. אך מקריאה מדוקדקת של פסק הדין עולה, כי בפועל בית הדין השתמש בהם כדי לבחון אם בנסיבות העניין הייתה חומרה מוסרית מיוחדת בציות לפקודה להכות כאמצעי ענישה.

תחילה אמר בית הדין: "דומה בעינינו כי גם התובע איננו סבור כי מעשיהם של [הנאשמים] ראויים לגינוי כמקוממים ודוקרי לב – נוסח הדגל השחור – וכך גם סבורים אנו, אך בכך בלבד אין עדיין למלטם מאשמה".⁴³⁴

לאחר מכן פירט בית הדין את הקריטריונים המשמשים את גישת הידיעה בכוח (גישה שתפורט בהמשך), אך הוסיף קריטריון הנעוץ בעובדה שהפקודה סויגה לאי-הכאת עצור כפות ולא-הכאת עצור שהובא למכלאה: "סייגים אלו הסירו, במידה רבה, מימד של אכזריות וחסר אנושיות

431 עניין מיכאלי, לעיל ה"ש 26, פס' 2.

432 עניין אזרן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

433 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197.

434 שם, בעמ' 70.

מהפקודה – והפכוה לדרך התמודדות בדרכי אלימות – מול אלימות הבאה מן השטח". ולפיכך: "לעניות דעתנו, ומקווים ומניחים אנו כי זו תעמוד לבקורת שיפוטית נוספת – פעל סג"מ שריקי בתחומיה המוגדרים והמסוייגים של פקודה שאיננה בלתי חוקית בעליל [...]"⁴³⁵.

אם כן, נראה כי למרות פירוט הקריטריונים שמשמשים את גישת הידיעה בכוח, למעשה שם בית הדין דגש בשאלת החומרה המוסרית של המעשה.

בעניין רגב (ירי עונשי אל עבר גלגלי מכונית) קבע בית הדין כי "לא כל חריגה מהוראות פתיחה באש" וכי "לא כל פעולה עונשית הינה בלתי חוקית 'בעליל'".⁴³⁶

ובהמשך:

אין אנו מוכנים לקבל כי בנסיבות המקרה כפי שתוארו לעיל יש באופייה העונשי של הפעילות בה נצטווה המערער לנקוט, כדי להופכה לפעילות 'המקוממת את הלב ודוקרת את העין', וכי כמוה כדגל שחור הזועק 'אסור' [ההדגשה הוספה].

בעניין שלמה,⁴³⁷ כדי לזרז החלפתו של רכב צבאי ניתנה לחייל פקודה לבצע נסיעות סרק ברכב לשם צבירת קילומטרים. בית הדין ציטט את מבחן "הדגל השחור" וקבע כי פקודה שמטרתה קידום החלפת רכב פגום של היחידה לרכב טוב יותר אינה פקודה בלתי חוקית בעליל, ולפיכך זיכה את המערער.

בעניין דרור⁴³⁸ דובר בתאונה שנגרמה עקב נהיגה במצב עייפות בעת פעילות מבצעית. בית הדין זיכה את הנהג מגרימת התאונה, כיוון שנהג בצייטו לפקודה. אשר לשאלת חוקיות הפקודה פסק בית הדין:

האופי המבצעי של הנסיעה אינו נותן לומר ש'דגל שחור מתנוסס מעל הפקודה' שניתנה ע"י המפקד, כדי לבסס מסקנה כי ברור וגלוי שהפקודה היתה בלתי חוקית.

435 שם, בעמ' 73.

436 עניין רגב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 46.

437 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

438 172/69/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' דרוו, פר"צ 1969, 355, 359 (1969).

13.4.2 גישת הפגיעה בערכי יסוד

13.4.2.1 מבוא

על פי גישת הפגיעה בערכי היסוד לא נבדקת כלל חומרת הפגיעה ועוצמתה, אלא די שיש בפקודה הבלתי חוקית משום פגיעה בערך חברתי או צבאי חשוב. כמו כן, גישה זו אינה בוחנת כל ידיעה, בפועל או בכוח, מצד החייל:⁴³⁹

אין בית המשפט שואל אם ידע החייל הנאשם שהפקודה הייתה בלתי חוקית או אם חבריו ליחידה ידעו זאת. היא תובעת מן החיילים, מכל החיילים, שהם יכבדו עקרונות מסוימים שהם נכסי-צאן-ברזל של המערכת המשפטית.

בגרסתה "הטהורה" כוללת גישה זו רשימה סגורה של ערכים, ועל פיה יש לבחון בכל מקרה ומקרה אם הפקודה פגעה באחד הערכים ברשימה ולכן היא בלתי חוקית בעליל. אם הפקודה לא פגעה באחד הערכים הללו, אזי על אף אי-חוקיותה על החייל לציית לה, ותעמוד לו הגנת הצידוק.

ייתכנו מקרים שבהם יהיה המעשה המצווה בפקודה חמור אך לא יפגע באחד מהערכים שנקבעו בפסיקה כיסודיים, ולכן על פי גישה זו יהיה על החייל לציית לה. יתרה מזו, ייתכנו מקרים שבהם המעשה המצווה בפקודה יפגע פגיעה "קלה" באחד מערכי היסוד, ואז לפי גישה זו (שלא כמו לפי גישת חומרת המעשה) – תוגדר הפקודה בלתי חוקית בעליל.

אולם, חשוב להדגיש, שבמקרים מסוימים, פקודה הפוגעת לכאורה בערך יסוד לא רק שלא תוגדר פקודה בלתי חוקית בעליל אלא תהיה פקודה חוקית, אם קיים הצדק כדין לעשיית המעשה שעליו היא מורה.

כך, למשל, בבג"ץ הולנדר⁴⁴⁰ (ירי במחבל כפות בעת מבצע של השייטת) ציין בית המשפט העליון:

למותר לומר, כי פגיעה באדם כפות היא מעשה המפר כל נורמה מקובלת. גם המשיבים נתנו ביטוי לתפישה זו. עמדתם היתה כי נסיבות המקרה שלפנינו היו כה חריגות, והצורך בהחלטה היה כה דוחק, עד כי אין לבוא בטענה על המשיב מס' 4 בגין התנהגותו [ההדגשה הוספה].

לאור זאת סבר בג"ץ כי החלטת הרמטכ"ל למנות את המשיב 4 למפקד השייטת סבירה, והמליץ לעותר למשוך את עתירתו.

עמדה דומה הביע במאמרו הפצ"ר ונשיא בית הדין הצבאי לערעורים לשעבר, א' שיף:⁴⁴¹

במשפטי ליטני לא היה שום קושי לקבוע שפקודה להרוג או לרצוח אנשים שאינם מסכנים את כוחותינו היא בלתי חוקית בעליל. אמנם ניתן להעלות על הדעת מצב חריג

439 להגדרתו של אנקר לגישה שהוא מכנה הגישה הנורמטיבית ראו בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 598.

440 עניין הולנדר, לעיל ה"ש 274, פס' 5.

441 לא עלה בידי לאתר את פסק הדין אליו מתייחס שיף אך תיאור ההלכה האמור מופיע בשיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 122.

במיוחד שבו שבוי מלחמה נופל בידי כוחות הצבא. לא ניתן לקחת אותו ולא ניתן לשחרר אותו, ואף לא ניתן להממו עקב נסיבות האירוע. יחד עם זאת, אם יושאר בשטח יש סכנה שיסגיר את כוחותינו ואת סודות המבצע. מצב זה הוא מיוחד במינו אך הכלל הוא ברור ומוחלט: הרג שבויים הוא בלתי חוקי בעליל.

בפועל, במרבית המקרים גישה זו אינה מיושמת בגירסתה "הטהורה", אלא נעשה בה שימוש לצד הגישות האחרות, כך שרשימת האיסורים שלה מתפתחת, פעמים רבות, באמצעות פסיקה הנוקטת בגישות אחרות אלו. משמע, רק לעתים שופטים הדנים בפקודה אשר פוגעת בערך יסוד מבחינתם (כגון פקודה לירות באזרחים חפים מפשע ללא הצדק כדין) קובעים באופן ישיר כי פקודה זו תיחשב תמיד לבלתי חוקית בעליל. אך פעמים רבות הם עושים זאת בדרך עקיפה, באמצעות ניתוח הפקודה בעזרת אחת הגישות האחרות (בעיקר גישת חומרת המעשה או גישת הידיעה בכוח) והגעה למסקנה כי פקודה כזאת תמיד תהיה בלתי חוקית בעליל – למשל על ידי קביעה כי מעל פקודה כזו תמיד יתנוסס "דגל שחור" או קביעה שחייל סביר תמיד יזהה את היעדר החוקיות בפקודה וזאת ללא קשר לנסיבות וללא קשר לדרגת נותן הפקודה. לכן, בדוגמאות שיפורטו בהמשך יהיו הן פסקי דין אשר נקטו דרך עקיפה זו והן פסקי דין אשר קבעו במפורש כי פקודה המורה לפגוע בערך מסוים תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל.

ביטוי לגישת הפגיעה בערכי היסוד – הן בדרך ישירה והן בדרך עקיפה – מצוי בפסיקה הנוגעת לפקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות באימונים.

בעניין מורן⁴⁴² (פקודה לירות במרגמות מעל ראשי החיילים בזמן אימון) קבע בית הדין כי "המשיב לאור נסיונו, דרגתו, ומעמדו חייב היה לדעת" שהפקודה בלתי חוקית. משמע, בית הדין נקט את גישת הידיעה בכוח (דיון בגישה זו ראו בהמשך). ואולם, מעיון בפסק הדין עולה כי לדעת בית הדין פקודה המורה על הפרת הוראות הבטיחות שלא בעת פעילות מבצעית תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל, מכיוון שזו מסכנת חיי אדם שלא לצורך:

[...] דעתינו היא, כי מאחר שהמעשה שהמשיב עשה היה משום סיכון לחיי חיילים ומאחר וההוראה לעשות את המעשה המנוגד לפקודת מטכ"ל נתנה לו, לא בעת מבצעים, אלא בעת ביצוע תרגיל אמונים, חייב היה לסרב לבצעו, ואין טענת ציות לפקודה יכולה לעמוד לו במקרה זה.

בפסיקה מאוחרת בעניין יקותיאל⁴⁴³ נקבע במפורש (אם כי בהערת אגב) כי כל פקודה הסותרת הוראות בטיחות באימונים היא בלתי חוקית בעליל.

על אף השימוש שנעשה בגישה זו במונחים השאולים מגישות אחרות, קיים שוני מובחן בין גישה זו לבין גישת הידיעה בכוח (השייכת לקבוצת הגישות העובדתיות) ובין גישה זו לבין גישת חומרת המעשה.

שלא כמו לפי גישת הידיעה בכוח (השייכת לקבוצת הגישות העובדתיות, ואשר תידון בהמשך), בית

442 72/59/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' מורן (לא פורסם, 22.7.1959) (נספח יד להלן).

443 ראו יקותיאל, לעיל ה"ש 187.

המשפט אינו בודק את נסיבות המקרה, אלא פועל לפי העיקרון שנקבע בפסק הדין בתיק מ/152/1 כי "יש פקודות שהינן בלתי חוקיות בכל הנסיבות".⁴⁴⁴

גישה זו שונה אף מגישת חומרת המעשה, בשני מאפיינים: ראשית, גישת הפגיעה בערכי היסוד מגנה על עקרונות צבאיים מסוימים, אשר לגבי חלקם ספק אם תמיד יהיה פסול מוסרי חמור בהפרתם; ושנית, גישה זו כלל לא בוחנת את הנוק שנגרם מהפרת העיקרון או הערך, אלא די לה בעצם הפרתם כדי שהפקודה תיחשב לבלתי חוקית בעליל.

דוגמה להבדלים אלו בין הגישות ניתן לראות בעניין גיל⁴⁴⁵ (פרשת הלחם). חייל בדרגת טוראי התלווה לחייל בדרגת רב"ט בחלוקת כיכרות לחם ליחידות. בסיום החלוקה הורה הרב"ט לטוראי להשליך את כיכרות הלחם הנותרות, שבעים ושמונה במספר, לאורך הכביש. ספק רב אם יש חומרה מוסרית גדולה בהשלכת שבעים ושמונה כיכרות לחם וספק אם נזק חמור לצבא או לחברה מהשלכת כיכרות אלו; אך מכיוון שגישת הפגיעה בערכי יסוד אוסרת באופן מוחלט לציית לפקודות שאין בהן כל צורך צבאי ושניתנו לשם סיפוק צרכיו האישיים של המפקד, נקבע שפקודה זו היא בלתי חוקית בעליל.

על ההבדל בין שתי הגישות הנורמטיביות הללו אפשר ללמוד מתוך התבוננות בעניין רוטשטיין (ירי עונשי אל עבר גלגלי מכונית).⁴⁴⁶ בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז דן שם בפגמים הקיימים בגישת חומרת המעשה:

[...] בפסה"ד הידוע והקלאסי של משפט כפר קאסם [י]ותר משיש בו הגדרה למושג, פקודה בלתי חוקית בעליל, יש בו סממאות ססגוניות [...] הגדרה משפטית ממצה ומדוייקת אין למצוא באותו פס"ד ואין למצוא בכל מקרה אחר אחריו, וספק בעינינו אם בכלל ניתן להתיימר להגדיר מראש ובכל מקרה, הגדרה אחת כוללת וממצה שתתפוס את כל אותם מקרים [...].

אין בעיה, מבחינה משפטית להגדיר מהו מעשה בלתי חוקי, ואולם להבחין את זה ממעשה שעל פניו הוא ברור וגלוי כבלתי חוקי לכל אחד ולאו דוקא ליודעי חוכמת המשפט, העניין קשה ואולי בלתי ניתן לחלוטין, ובכל זאת, כל שנותר לנו ולאולו שקדמו לנו בפסיקה, הוא לנסות ממקרה למקרה להוציא החלטות שיהיו מעין סימני דרך, מעין אבן בוחן לגבי מקרים אחרים [...].

עקב כך סבר בית הדין כי ראוי להבהיר את המצב המשפטי ולהקל את חוסר הוודאות שבו נמצא חייל באמצעות הגדרה כי פקודות מסוגים מסוימים הן תמיד בלתי חוקיות בעליל, מתוך אמונה כי בדרך זו יהיה בגוף הפסיקה אשר יצטבר עם השנים כדי לצמצם את חוסר הבהירות. בהתאם לכך קבע בית הדין כי פקודות אשר יש בהן משום חריגה מהוראות פתיחה באש ופקודות אשר מטרתן היא ענישה ללא משפט של אוכלוסייה אורחית תהיינה תמיד בלתי חוקיות בעליל. בערעור על

444 מ/152/1, כפי שצוטט בעניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 212.

445 ע/15/65 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' גיל, פד"צ 1965, 28, 30 (1965).

446 פסק הדין של בית הדין המחוזי בעניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 377, בעמ' 3; הרשעת הנאשם מס' 2, סגן גב, נהפכה בערכאת הערעור – לעיל ה"ש 19.

פסק הדין האמור בעניין רגב דחה בית הדין הצבאי לערעורים את קביעת בית הדין קמא וקבע כי "לא כל חריגה מהוראות פתיחה באש" ו"לא כל פעולה עונשית" הן בלתי חוקית בעליל.⁴⁴⁷ במקרה דנן, כיוון שהמערער דאג שלא ייפגעו חיי אדם, קבע בית הדין כי אין לומר שהפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל, ואין לומר כי מתנוסס מעליה "דגל שחור" הזועק אסור.

השוואה בין פסיקת שתי הערכאות מראה כי בית הדין הצבאי לערעורים נקט את גישת חומרת המעשה ולכן התחשב בנסיבות המקרה – דבר אשר הוביל אותו לזיכוי החיילים ולמסקנה כי הפקודה במקרה דנן לא הייתה בלתי חוקית בעליל. לעומתו, בית הדין קמא צידד בגישת הפגיעה בערכי היסוד, שלפיה קיים איסור מוחלט על ענישת אזרחים ללא משפט, ולכן סבר כי הכף נוטה לעבר הרשעה.

לגישת הפגיעה בערכי היסוד יתרונות רבים:

ראשית, גישה זו מגבירה את הוודאות. גם בשעת לחץ יודע חייל כי אם הפקודה פוגעת ברשימה הסגורה של הערכים המוגנים היא בלתי חוקית בעליל, ואם אינה פוגעת בערכים אלו – עליו לציית לה.⁴⁴⁸

שנית, היא מגבירה אף יותר את האובייקטיביות שבקביעת אי-חוקיות בעליל. על פי גישה זו מצטמצם עד מאוד החשש בדבר רלטיביזם מוסרי.

שלישית, היא מונעת את תהליך המדרון החלקלק שעשוי להתרחש כאשר ננקטת גישת חומרת המעשה – עם השנים מזוכים חיילים מפגיעות יותר ויותר חמורות בערכי יסוד בסיסיים. דוגמה לכך מצויה בפסקי הדין המזכים שניתנו בעניין רגב⁴⁴⁹ ובעניין שריקי (פרשת גולני),⁴⁵⁰ בשניהם דובר על ענישה ללא משפט בשטחים. בעניין רגב זוכה הקצין מירי לכיוון צמיגי מכוניות של מִפְרָי עוצר לאחר שאלו הורחקו מהמכונית, ובפרשת גולני, כשנתיים לאחר מכן, זוכו החיילים ממתן מכות באלות למידי אבנים, כיוון שהאלימות "הוגבלה" להכאת מיידים שנעצרו במכות שלא נועדו להיות חמורות עד כדי אשפוז, ומבלי לאזוק אותם.

רביעית, מאחר שגישת הפגיעה בערכי היסוד עוסקת בכמה קטגוריות מוגדרות, גישה זו מאפשרת איזון עדין יותר בין עקרון שלטון החוק והמוסר החברתי מחד גיסא, לבין ערך המשמעת ומצבו של הפקוד מאידך גיסא. כמו כן, מרבית הקטגוריות הספציפיות שהתפתחו עם השנים מונעות העדפה של ערך הציות במקום שיפגעו שלטון החוק או המוסר החברתי יתר על המידה או כאשר לא קיימים שיקולים ציבוריים חזקים המטים את הכף לטובת הציות. לפיכך לגישה זו יש ערך רב ככלי איזון משפטי.

447 עניין רגב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 46.

448 ראו עמדת אנקר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 598.

449 עניין רגב, לעיל ה"ש 19.

450 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197.

אך גישה זו מעוררת אף היא קשיים מסוימים:

ראשית, ערכי היסוד נקבעים בדרך קוזואיסטית, ולכן יש לזכור שבמקרה הראשון של פגיעה בעיקרון מסוים, המגיע לבית הדין, לא מתקיימת אותה ודאות שנדונה לעיל. לכן גישה זו, כפי שתיאר אותה אנקר: "מגיעה להשגים הראויים [...] דווקא על גבו של החייל הפשוט".⁴⁵¹

שנית, גישה זו כלל אינה מתחשבת במצב שבו נמצא החייל ומחייבת לסרב לפקודה גם כשמדובר במעשים שאינם חמורים יחסית, ולכן היא עלולה לפגוע במשמעת הצבאית גם כאשר הנוק לשלטון החוק קטן ביותר. נניח, למשל, מקרה שבו רב"ט פועל על פי פקודה בלתי חוקית של אלוף בעת קרב, פקודה אשר יש בה משום פגיעה קלה עד מאוד בעקרון יסודי; האם זהו המקרה בו נרצה שהחייל יסרב לציית לפקודה, על אף פער הדרגות בין נותן הפקודה למקבלה, ואף שמדובר במעשה שיש בו רק פגיעה קלה בעקרון יסודי? עם זאת, מידת הקושי האמור נחלשת כיוון שגישה זו קלה ללימוד ולהטמעה, כך שהחייל יכול ללמוד בקלות לזהות פקודות כאלו על מנת שלא לציית להן, והמפקד, בכיר ככל שיהיה, יכול ללמוד בקלות לא לתיתן.

שלישית, קושי חמור יותר שמעוררת גישה זו הוא שחייל עשוי לא לזהות מקרים שבהם מתקיים הצדק כדין, אשר הופך לחוקית פקודה המפרה את אחד העקרונות או הערכים שעליהם מגנה גישה זו.⁴⁵² קושי זה ניתן אף הוא לפתרון חלקי באמצעות חינוך החייל, שיכלול לצד שינון סוגי הפקודות שהינן תמיד (בהעדר הצדק שבדין) בלתי חוקיות בעליל את הטמעת סוגיית ההצדק. לאחר מעשה, במשפט, ניתן להתגבר על הקושי האמור באמצעות הפעלת הדוקטרינה של טעות במצב דברים.⁴⁵³

רביעית, אופייה הקוזואיסטי של גישה זו יוצר קושי נוסף. שימוש בגישה זו לבדה לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל משמעותו חיוב החייל לציית ציות עיוור במצב שבו הפרת החוק אינה פוגעת באחד מעקרונות היסוד. אך המציאות מורכבת מכדי להיכלא בתוך מספר מצומצם של קטגוריות שנקבעו עד אותו שלב בפסיקה, ועשויים להיות מקרים רבים נוספים שבהם ראוי שחייל לא יציית לפקודות בלתי חוקיות.

לכן, מעצם טיבה לא יכולה גישה זו לבדה לשמש כלי לזיהוי פקודות בלתי חוקיות בעליל, אלא אך לשמש כלי עזר לגישה אחרת, כלי להגברת 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 מחויב החייל לציית לכל פקודה שנתן מפקד השייך לרשות מוסמכת, כל עוד הפקודה אינה המורה על עינויים או על יחס משפיל או בלתי אנושי.⁴⁵⁴

עד כה נקבע בפסיקה ובחקיקה כי אין לציית לפקודות המנוגדות לערכי יסוד מן הקטגוריות שלהלן:

451 ראו את עמדת אנקר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 598.

452 כמו פקודה לירות בלוחם אויב שנתפס, אך לאחר תפיסתו מנסה להזעיק את חבריו ומסכן בכך את הכוח השובה – ראו עניין הולנדר, לעיל ה"ש 274.

453 ראו את הדיון בחלק 12.5 לעיל.

454 ראו: Ilias G. Anagnostopoulos & Konstantin D. Magliveras *Criminal Law in Greece* 60 (2000).

1. פקודה המסכנת חיי אדם שלא לצורך;
 2. פקודות המובילות לפגיעה בחייהם ובשלמות גופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה או שחדלו מכך;
 3. פקודות המורות להפר הוראות בטיחות;
 4. פקודה שאין בה כל צורך צבאי ונעשתה למימוש מטרותיו האישיות של המפקד;
 5. פקודה שניתנה בהיעדר מוחלט של סמכות;
 6. פקודה המורה למסור עדות שקר;
 7. פקודה המורה על ענישת אזרחים שלא על ידי בית משפט;
 8. פקודות אשר על פי חוק לא תחול עליהם הגנת הצידוק (פשע השמדת עם וסיוע לנאצים).
- כמו כן, ניתן למצוא במערכת המשפט הישראלית רמזים לביסוס התחומים הבאים כתחומים שבהם פקודות אשר תינתנה תהיינה תמיד בלתי חוקיות בעליל:
- א. פקודות עונשיות אשר יש בהן יסוד של השפלה או פגיעה גופנית;
 - ב. פקודות המורות על בגידה;
 - ג. פקודות המורות על הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי.

אך השאלה העולה בקשר לתחומים הללו היא אם אכן בתוך כל אחד מהתחומים האמורים קיים איזון ראוי בין עקרון שלטון החוק לבין האינטרסים הציבוריים השונים אשר לעתים מטים את הכף לטובת ציות. לפיכך קיים צורך לבחון כל תחום של פקודות בנפרד, על מנת לבדוק אם קביעת איסור מוחלט לציית לפקודות כאלו אכן משרתת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק – וכך ייעשה להלן.

בשולי הדברים יצוין כי גם לגישה זו, כמו לכל אחת מהגישות האחרות, יש המוצאים תימוכין בפסקי הדין של פרשת כפר קאסם. כך למשל מתאר אבינרי את ההלכה שנקבעה שם:⁴⁵⁵

מה ביקשה כאן הפסיקה הצבאית לקבוע? בית הדין לא קבע כי מותר לחייל לסרב למלא פקודה כי היא סותרת את מצפונו האישי – זה דבר שאין לו שיעור. [...] ניסה כאן בית הדין הצבאי לקבוע מכנה משותף אנושי שיהא מקובל על הכל עד כדי כך שברור יהיה בעליל לכל אדם וכל חייל ששום פקודה אינה יכולה להינתן בניגוד לו, ואם קיימת פקודה הנוגדת עקרון יסודי זה, הרי שהפקודה היא במפורש בלתי חוקית, אסור להישמע לה, וחובה להפר אותה [ההדגשה הוספה].

13.4.2.2 סיכון חיי אדם שלא לצורך

ערך החיים הוא ערך ראשון במעלה ולפיכך פקודות אשר יש בהן כדי לסכן חיי אדם שלא מתוך

455 שלמה אבינרי "ציות ודמוקרטיה" בנבכי הדמוקרטיה 55, 67 (יובל לזריא וחיים מרנץ עורכים, התשנ"א).

אינטרס ציבורי חשוב, תיחשבה פקודות בלי חוקיות בעליל. כך, למשל, אמר בית המשפט העליון בהערת אגב בעניין **אטיאס**⁴⁵⁶ (עובדת שסירבה לעבור תפקיד), כי "הוראה שמילויה כרוך בסיכון חיי אדם ללא צורך" היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין **סעדי**⁴⁵⁷ הועמד הנאשם לדין בגין חברות בחוליית ג'האד אסלאמי אשר פעלה לשילוח מחבלים מתאבדים, הטמינה מטענים וביצעה פיגועי ירי. הנאשם טען כי חבר לחוליה כסוכן סמוי של המודיעין הפלסטיני ולכן קמה לו הגנת צידוק. בית המשפט הצבאי לערעורים דחה בין השאר את טענתו של הנאשם מכיוון ש"פעילות של ירי לעבר כוחות צה"ל, הנחת מטענים וניסיון לגרימת מותם הינה לכל הדעות בלתי חוקית בעליל".

בעניין **אלדילה**⁴⁵⁸ (תושב שטחים שהועמד לדין על כך שייצר נשק עבור המשטרה הפלסטינית) התייחס בית המשפט הצבאי באזח"ע לפקודה עצמה וקבע: "בודאי שמדובר היה בצו/פקודה שהינו/ה בלתי חוקי בעליל, וזאת בהתחשב אף בעובדה כי עסקינן בייצור כלי נשק, אשר הסכנה הנובעת מהם ברורה".

בעניין **יחיאל**⁴⁵⁹ (חייל שהיכה בכול עץ את מפקדו) בית הדין התמקד יתר על המידה בכלל שעל פיו יש לסרב לפקודות המסכנות חיי אדם. מפסק הדין עולה כי רק פקודות מסוג זה הן פקודות בלתי חוקיות בעליל, מכיוון שבית הדין קבע כי אם החייל מקבל כל פקודה בלתי חוקית אחרת עליו לציית לה ולהתלונן לאחר מעשה:

אפילו פקודה בלתי חוקית באופן בולט ביותר אינה משמשת הצדקה או מסיבה מקילה למעשה תוקפנות כלפי מפקד, מלבד אולי מקרה יוצא מהכלל, והוא שיש במתן פקודה בלתי חוקית כזאת, משום סכנה מידית לחייו או לשלמות גופו של חייל. בכל יתר המקרים 'תחילה מלא את הפקודה אחרי כן התלונן' [ההדגשה הוספה].

בעניין **ינוביץ** (אי-ציות להוראת שוטרת שלא לחנות במקום שבו ביקש הנאשם להחנות את רכבו)⁴⁶⁰ פסק בית המשפט כך: "טענת הוראה בלתי חוקית בעליל, היא טענה שתוצאות ביצוע ההוראה הבלתי חוקית יכולים להוביל למום או נזקים בלתי הפיכים שמא לקטל בחיי אדם".

בעניין **ב'** (חייל שנעדר מיחידתו כיוון שסבה, בניגוד לעמדת גורמי הרפואה, שמצב בריאותו מחייב את שחרורו משירות)⁴⁶¹ פסק בית הדין כך:

על חייל, אשר איננו מרוצה מהחלטות מפקדיו לגבי או אשר חש, כי נעשה לו עוול בהחלטות גורמי הרפואה בעניינו, לפנות בצינורות המקובלים על מנת לתקוף החלטות אלו. אל לו ליטול את הדין לידי, להימנע מלציית להוראות המפקדים ולהימנע מלהתייצב ביחידתו [...] פקודות מפקדיו לא היו בגדר הוראות בלתי חוקיות בעליל, אשר היה בהן כדי

456 עניין **אטיאס**, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

457 ע' (איו"ש) 3924/06 (ערעורים צה"ל) סעדי נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 17.10.2007).

458 עניין **אלדילה**, לעיל ה"ש 142.

459 עניין **יחיאל**, לעיל ה"ש 31.

460 עניין **ינוביץ**, לעיל ה"ש 28.

461 עניין **ב'**, לעיל ה"ש 25.

לסכן את חייו; וודאי שאין לומר כך על קביעות הרופאים [ההדגשה הוספה].

לגבי שתי קטגוריות של פקודות נקבע כי הן תמיד תחשבנה לבלתי חוקיות בעליל על פי גישת הפגיעה בערכי היסוד, בהיותן פוגעות בערך החיים: (1) פקודות המורות על פגיעה בחייהם ובשלמות גופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה ו-(2) פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות. להלן יידונו קטגוריות אלו בנפרד; אך יש לזכור שבשני המקרים בבסיס הקביעה כי מדובר בפקודות בלתי חוקיות בעליל עומד ערך החיים והאיסור הכללי להורות על פגיעה בו שלא לצורך. יש לשער כי בעתיד ייקבעו קטגוריות נוספות של פקודות אשר אסור לציית להן מכוח האיסור הכללי האמור.

13.4.2.3 פגיעה באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה או שחדלו מכך

פקודה המורה על נטילת חייהם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה באותה עת ללא קיומו של הצדק כדין תיחשב תמיד לפקודה בלתי חוקית בעליל, בין שמדובר באזרחים ובין שמדובר בלוחמי אויב שנתפסו. לעומת זאת, לגבי פגיעה בשלמות גופם של אנשים אלו התמונה העולה מהפסיקה מורכבת יותר.

13.4.2.3.1 פקודה להרוג אזרחים

בעניין מנסור⁴⁶² (ירי בתושב בדואי עקב ויכוח מילולי) טען החייל, בין השאר, כי קמה לו הגנת הצידוק שכן לטענתו הייתה פקודה שאפשרה לירות לעבר רגליו של אזרח התוקף חייל. בית הדין קבע כי אף אם התקימה פקודה כזו, המשיב חרג ממנה כיוון שירה באזרח עקב איום מילולי ולא עקב תקיפה, ולכן לא קמה לו הגנת הצידוק. בית הדין הוסיף: "לו היינו חושבים, כי הוצאה פקודה לירות לעבר אזרחים בשל איום שאינו אלים אלא מילולי בלבד, ודאי שחייבים היינו לשקול אם פקודה כזו אינה בלתי חוקית בעליל".

בעניין אילו ואליאס⁴⁶³ נסעו בג'יפ מפקד מחלקה במשמר הגבול (המערער 1) ופקודו (המערער 2), ובמהלך נסיעתם התנגשו כמעט בשני עובדי מע"צ ערבים. עקב כך ציווה המערער 1 על עובדי מע"צ לרדת ממכוניתם ולעלות על הג'יפ. הוא הורה למערער 2 לשמור עליהם בחלקו האחורי של הג'יפ בעוד הוא נוהג בג'יפ. בהגיעם לשדה הורה להם המערער 1 לרדת מן הג'יפ, נטל את הנשק מהמערער 2 וירה בהם למוות ברקנו את המחסנית עד תומה. אישה שעברה במקום גורשה מהאזור בבעיטות – המערער 1 אחז בה והמערער 2 בעט בה. לאחר מכן הורה המערער 1 למערער 2 לבדוק את כיסי ההרוגים. את המסמכים שנמצאו שרף, ואת הכסף חילקו השניים ביניהם. בית המשפט העליון התחשב ביחסי מפקד-פקוד בין השניים לשם קביעת היסוד הנפשי של המערער 2, אך באמרת אנב ציין כי יחסים אלו לא יכלו להקים למערער 2 הגנת צידוק, מכיוון שמדובר בפקודות בלתי חוקיות בעליל.

462 עניין מנסור, לעיל ה"ש 171, בעמ' 274.

463 ע"פ 552/68 אילו ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377 (1969).

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינו של אייכמן⁴⁶⁴ נקבע כי הן פקודות ההשמדה והן הפקודות שנגזרו מחוקי נירנברג היו בלתי חוקיות בעליל; אמר בית המשפט:

לא רק פקודת ההשמדה הפיזית היתה בלתי חוקית בעליל, אלא גם כל יתר הפקודות לרדיפת יהודים משום היותם יהודים, אפילו הן נוסחו בלשון פורמאלית של חקיקה וחקיקת משנה למיניהן כי אלה היו רק איצטלא להפליה שרירותית, שנגדה את רעיונות היסוד של החוק והמשפט.

בעניין רמילי⁴⁶⁵ היו הנאשמים, תושבי השטחים, חברים בארגון הפת"ח והועמדו לדין בגין פעולות חבלה שונות, שבין השאר הובילו למותם של שני שוטרי מג"ב. הנאשמים טענו כי מכיוון שביצעו את פעולותיהם בכפוף להוראות של הממונים עליהם בפת"ח, קמה להם הגנת הצידוק. בית המשפט הצבאי בטול כרם דחה טענה זו, מכיוון שהנאשמים לא השתייכו לצבא. לגופן של הפקודות קבע בית המשפט: "על פניהן נראות אותן פקודות כבלתי חוקיות בעליל, בהיותן רצח והשמד של אזרחים חפים מפשע – דבר הנוגד מעיקרו את היסודות האלמנטריים ביותר של הומניות והחוק הבין-לאומי המנהגי בדבר דיני מלחמה".

בעניין עופר⁴⁶⁶ (הערעור בפרשת כפר קאסם) טען הסנגור שבנסיבות שבהן ניתנה הפקודה לא היה ברור וגלוי כי היא אינה חוקית (יום ראשון למלחמה, פקודה מדרג גבוה). בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו והסכים עם דעתו של בית הדין קמא אשר הגדיר את הפקודה להרוג גברים, נשים וילדים "פקודת רצח", וקבע כי "... שום טענת צידוק לא תעמוד לנותן פקודה זו או למבצעה".

בעניין ח'י⁴⁶⁷ (אונס ורצח של מסתננת) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי המסקנה הבלתי נמנעת היא "שהפקודה שהקצין נתן לסמל להוציא את הערביה להורג היתה פקודה אשר בנסיבותיה, היתה באופן ברור וגלוי פקודה בלתי חוקית".

בעניין מלינקי⁴⁶⁸ (פסק הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם) קבע בית המשפט (בצטטו את פסק הדין בתיק מ/469/1) כי פקודה להרוג אנשים חפים מפשע היא מסוג הפקודות שהן "בלתי חוקיות בעליל בכל הנסיבות ואף אם נותן הפקודה הוא בשלב הפיקודי הגבוה ביותר".

13.4.2.3.2 פקודה להרוג לוחמים שחדלו ליטול חלק במעגל הלחימה

בעניין יתום⁴⁷⁰ (עתירה נגד מינוי אהוד יתום לראש המטה ללוחמה בטרור עקב מעשיו בפרשת "קו

464 ת"פ 40/61 (מחוזי י"ם) היועץ המשפטי נ' אייכמן, כפי שהובא בשירות הפרסומים במרכז ההסברה ירושלים

היועץ המשפטי לממשלה נגד אדולף אייכמן – פסק הדין וגזר הדין 240 (תשל"ד).

465 תיק (טול כרם) 199/67 (צבאי איו"ש) התובע הצבאי נ' רמילי, פש"מ א, 331, 340 (1968).

466 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 75.

467 ראו עניין ח', לעיל ה"ש 173, פס' 56.

468 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6.

469 לא פורסם.

470 עניין יתום, לעיל ה"ש 419.

300"), בקבעו כי המינוי אינו סביר התייחס בג"ץ לפקודתו של ראש השב"כ להרוג את המחבלים וקבע כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל:

הנורמה של טוהר הנשק, עליה התחנך וחינך צה"ל מימיו הראשונים, חלה ללא ספק גם על השב"כ ובוודאי לא הייתה זרה ליתום. הריגת אנשים כבולים וחבולים מהווה מעשה הפוגע אנושות בערך יסודי זה. גם חייל מן השורה הנוטל חלק במעשה כזה אינו יכול להישמע בטענה, כי סבר שבכך הוא משרת את ביטחונה של מדינת ישראל; קל וחומר אמורים הדברים במי שבעת מעשה כיהן כראש אגף המבצעים של השב"כ [ההדגשה הוספה].⁴⁷¹

ובהמשך:

החלטת ראש הממשלה למנות את יתום לתפקיד האמור, אינה עולה בקנה אחד עם הנורמות הבסיסיות שעל פיהן היה עליו להנחות את עצמו.⁴⁷²

בעניין הולנדר⁴⁷³ (ירי במחבל כפות בעת מבצע של השייטת) ציינו שופטי בג"ץ: "למותר לומר, כי פגיעה באדם כפות היא מעשה המפר כל נורמה מקובלת...".

בעניין מלינקי⁴⁷⁴ (פסק הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם) אמר בית הדין: "ברגע שהחייל הניח את נשקו ומסר עצמו בידי האויב הוא נהפך לאדם שאינו נוטל חלק פעיל בפעולות האיבה ומצטרף לסוג האנשים הבלתי לוחמים, שהריגתם אסורה אף במלחמה ומהווה רצח" [ההדגשה הוספה].

בית הדין השווה את המקרה שלפניו לעובדות פסק דין אחר אשר פרטי הצדדים לו ומקום פרסומו לא צוינו; מההשוואה שעשה בית הדין עולה כי בפסק הדין האחר נקבעה הלכה שעל פיה פקודה לירות ב"לוחמים בלתי חוקיים" (לוחמים בלתי סדירים או "פדיון" – כנוסח בית הדין באותו פסק דין) אשר הניחו את נשקם תהיה פקודה בלתי חוקית בעליל.⁴⁷⁵

הלכה דומה נקבעה ב"משפטי ליטני" – כך מתארה שיף:⁴⁷⁶

במשפטי ליטני לא היה שום קושי לקבוע שפקודה להרוג או לרצוח אנשים שאינם מסכנים את כוחותינו היא בלתי חוקית בעליל. [...] הכלל הוא ברור ומוחלט: הרג שבויים הוא בלתי חוקי בעליל. נושא זה עלה במהלך משפטי ליטני, שנערכו בעקבות אירועים שהתרחשו במבצע. באחד האירועים ניתנה על ידי קצין בדרגת סגן אלוף הוראה לירות בתושבים ערבים שהיו בידי כוחותינו. על פי נסיבות האירוע היה ברור שהקצין עצמו יועמד לדין ויורשע. הדילמה עסקה בחייל המבצע, שטען כי קיבל פקודה והיה חייב

471 שם, פס' 18.

472 שם, פס' 21.

473 עניין הולנדר, לעיל ה"ש 274, פס' 5.

474 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194.

475 שם, בעמ' 193; ייתכן שפסק הדין הנדון הוא פסק הדין בתיק מ/152.

476 לא עלה בידי לאתר את פסק הדין אליו מתייחס שיף אך תיאור ההלכה האמור מופיע בשיף, לעיל ה"ש

35, בעמ' 122.

כציות. בית הדין קבע שהחייל קיבל פקודה בלתי חוקית בעליל שאסור היה לו לבצעה והרשיע את החייל.

את חשיבותו של הערך המדובר הדגיש עוד בית המשפט העליון בתקופת המנדט בעניין Hajdamovitz,⁴⁷⁷ שם נדון עניינם של שני אנשים שניסו לחדור למחנה בארץ של הצבא הפולני הגולה (בעת מלחמת העולם השנייה) כדי לנסות לשכנע חיילים למכור להם נשק. שני האנשים הושמו במעצר ללא צו, ונוטרים פולנים (ביניהם המערער) שמרו עליהם בתורנות. מפקדו של המערער הודיע לעצורים בנוכחות הנוטרים כי אם יצאו מהמבנה יירו בהם מיד. אחד העצורים ניסה לברוח והמערער ירה בו. בית המשפט בחן את חוקיות הפקודה וקבע:

In so far as that was a warning to the detained persons there is, of course, nothing objectionable in it. In so far as it was intensioned as an instruction to the sentry, we are at the opinion that it would not avail the sentry as a defence to a prosecution for manslaughter. We agree on that matter with the learned trial Judge that that would be an order that is manifestly unlawful in that a reasonable sentry must be presumed to know that an order to shoot at sight at a person escaping is an unlawful order.

כפי שניתן לראות, בית המשפט העליון בתקופת המנדט לא נקט את גישת הפגיעה בערכי היסוד אלא את הגישה של ידיעה בכוח, אך בפועל קבע כי פקודה לירות לאלתר באדם לא חמוש שבורח תהיה תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל.

13.4.2.3.3 פקודה לפגוע בגופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה

גם פקודה לפגוע בשלמות גופם של אזרחים ואנשים אחרים שאינם נוטלים חלק ישיר במעגל הלחימה הוכרה, ככלל, כבלתי-חוקית בעליל.⁴⁷⁸

בג"ץ אבוירחמה⁴⁷⁹ עסק בפרשת הירי בנעלין; באותו מקרה, במהלך הפגנה אלימה סמוך לכפר הפלסטיני נעלין, עיכבו שוטרי מג"ב את העות, אחד המפגינים, הובילו אותו אל צומת הכניסה לכפר והושיבו אותו על הקרקע כשהוא אזוק ועיניו מכוסות. בעודו שם הורה מפקד גדוד, אשר חייליו סייעו בפזיזות ההפגנה, לפקודו לירות במפגין האזוק כדור גומי. לדברי המפקד ההוראה נועדה להפחיד את המפגין, והוא סבר כי פקודו הבין כי הוא אינו מתכוון שאכן ייירה. בעקבות חילופי הדברים האמורים כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של העות, וירה לעברו כדור גומי מטווח קצר. מיד לאחר הירי דחף מפקד הגדוד את החייל, צעק עליו וגער בו על הירי באדם אזוק. החייל השיב למפקדו כי הבין שפקד עליו לעשות כן. בגין מעשים אלו החליט הפצ"ר תחילה להעמיד לדין את מפקד הגדוד ואת פקודו בגין התנהגות שאינה הולמת, אך בג"ץ הורה לפצ"ר להחמיר את כתב האישום. כך אמרה השופטת פרוקצ'יה:

⁴⁷⁷ Hajdamovitz v. Attorney General, 11 P.L.R. 140, 144 (S.C., 1944)

⁴⁷⁸ חריגה מכלל זה ניתן לראות בעניין שריקי (פרשת גולני), לעיל ה"ש 197.

⁴⁷⁹ בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד (סג) 325, פס' 64 (2009).

עובדות כתב האישום משקפות, לכאורה, מעשה פגיעה קשה באדם הנתון למשמורת חיילי צה"ל, כשהוא כפות ועינו קשורות, שהופעלו כלפיו מעשי אימים והתעללות נפשית באמצעות מצג כי עומדים להפעיל נגדו נשק חם, ואף בוצע בפועל ירי לעברו. מעשים אלה נעשו בצוותא על ידי מפקד בכיר ופקודו. הם כוללים אמירה בלתי מסוייגת של מפקד בכיר לחייל הנתון למרותו הפיקודית להשתמש באש חיה כלפי מוחזק כפות, אשר הובנה, כלשונה, על ידי החייל, אשר גם ביצע אותה. אמירה זו היתה בלתי חוקית בעליל, אסור היה לאמרה, ובוודאי אסור היה לבצעה.

בעניין בורברג (פסק דינו של בית הדין הצבאי המיוחד בפרשת הירי בנעלין)⁴⁸⁰ דחה בית הדין את טענתו של הפקוד כי קמה לו הגנת צידוק, בקובעו כי דברי מפקד הגדוד לא היו פקודה. עם זאת, הוסיף בית הדין ואמר:

בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, במאמר מוסגר ולמעלה מן הנדרש, נבהיר, כי אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה לירות כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באזיקים שעניו קשורות – לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק. בנסיבות אלה, ראוי היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" שחובה על הנאשם להימנע מלציית לה, פקודה שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (...).

בבג"ץ צופאן⁴⁸¹ (פסק הדין אשר בו הורה בג"ץ להעמיד לדין את יהודה מאיר) התייחסו השופטים לפקודה לשבור ידיים ורגליים. כך אמר השופט בייסקי:

האם ניתן לדבר כלל על 'אי־בהירות' ו'עירפול' כאשר מדובר בהוראה להוציא אנשים מביתם, לכבול ידיהם ולחסום פיהם, להכות בהם באלות כדי לשבור ידיהם ורגליהם? איזו אי־בהירות יכולה להיות קיימת כלפי פקודה בלתי חוקית בעליל מסוג כזה, אשר כדברי הפצ"ר 'דגל שחור מתנוסס עליה' ואף חובה שלא לציית לה? מעשים מסוג זה מקוממים כל בן־תרבות ושום ערפל או אי־בהירות אינם יכולים לחפות עליהם, ובוודאי לא כאשר פקודה כזו ניתנת על ידי מפקד בכיר, שחייב להיות מודע כי רמתו המוסרית של צה"ל אוסרת במפגיע התנהגות כזו.

וכך אמר השופט קדמי:

אין – ולא יכולה להיות – מחלוקת על כך, כי התנהגותו של המשיב נושא ההחלטה ראויה לכל גינוי וכי יש להוקיעה בשאט נפש ולהסתייג ממנה בכל לשון: היא עומדת בסתירה מוחלטת לערכי היסוד של עם ישראל, והיא נוגדת את נורמות ההתנהגות הבסיסיות שקובע הדין בישראל ושלאורן מבקשת החברה הישראלית לקיים את חייה. אשר על כן, אין – ולא יכול להיות – ויכוח על כך, שהפקודה שניתנה על ידי המשיב ובוצעה על ידי פקודיו, היתה פקודה בלתי חוקית בעליל, לאמור: פקודה שאי חוקיותה מודקרת לעין כל מתוכה, ללא צורך בהתערבות 'חיצונית' בענין זה; ואשר גם אחרון החיילים יצביע עליה

480 עניין בורברג, לעיל ה"ש 429.

481 עניין צופאן, לעיל ה"ש 423, פס' 10 לפסק דינו של השופט בייסקי ופס' 1 לפסק דינו של השופט קדמי.

בתור שכזאת ללא היסוס ומבלי שיוזקק לדבר הסבר נוסף כלשהו.

בעניין מאיר⁴⁸² נדון עניינו של אל"ם יהודה מאיר, אשר נשפט בעקבות העתירה בעניין צופאן. בית הדין הצבאי המיוחד ציטט את טענת ראש ענף הלחימה וסגן מפקד האוגדה במרחב הפיקוד כי מכיון שהפקודה הגיעה מהדרג הגבוה ביותר (לפי הטענה – הדרג המדיני), היא אינה יכולה להיות בלתי חוקית בעליל עבור דרג הביצוע, והתייחס לטענתו כך: "כשפקודה איננה עומדת במבחן המוסריות היא בלתי חוקית אף אם היא נובעת מהדרג הגבוה ביותר, וכאשר היא בלתי חוקית בעליל – חובה שלא להישמע לה".

בעניין לויט⁴⁸³ (פרשת גבעתי ב) אמר בית הדין על החיילים שביצעו את המעשים:

תהא איפוא 'מדיניות' המכות אשר תהא, תהיינה הטענות לגבי עוביו של מסך הערפל האופף את חוקיות הפקודה אשר תהיינה. אין מעלים אנו בדעתנו, כי ניתן לקבוע מן הבחינה האוביקטיבית כי מעורבותם של הנאשמים בארוע מעורר חלחלה זה, עשויה להיתפש כפעולה שמידת אי חוקיותה שנויה במחלוקת. שום אדם בר דעת הצופה בארוע ממין זה אינו יכול להניח, כי קיימות נסיבות כלשהן העשויות להקנות לגיטימציה למעשים אלה [ההדגשה הוספה].

בעניין מ'⁴⁸⁴ (פקודות עונשיות שניתנו בעקבות הוראה של הרמטכ"ל "לטרטור" את האוכלוסייה המקומית), בהתייחסו לפקודות שכללו הכאת פלסטינים, ירי בדודי שמש כעונש על התפרעות, נוהל "שעונים" (מכה באלה בפרק כף היד במקום שבו נמצא השעון על מנת להגדיל את הכאב ובו בזמן לגרום נזק לרכוש), כפייה על עצורים לשיר את המנון מדינת ישראל ועוד, אמר בית הדין: "האם מישהו היה מעלה על הדעת שאם היה המח"ט מוציא פקודה זו בכתובים היה הופך הוא לדין שעומד בכללי המוסר והמשפט הבין-לאומי?"

בהתייחסו לנאשם 1 אמר בית הדין: "גם הדגיש בפנינו הנאשם שאם הייתה ניתנת לו סתם הוראה להכות עצורים לא היה מבצע אותה, יען כי זו הוראה לא הגיונית וברור לו לנאשם שזו הוראה בלתי חוקית בעליל". ולגבי האירוע שבו הושפלו והוכו עצורים ונכפה עליהם לשיר את ההמנון, אמר בית הדין: "האם יעלה מישהו על הדעת שהמעשים הנתעבים שנעשו על ידי אנשי מג"ב ושתוארו במהלך הכרעת הדין לפרטיהם היו בגדר מעשה חוקי, ושהיה על חייל כלשהו לבצע אותם משקיבל פקודה ממפקדו".

בעניין רס"ן ראובן⁴⁸⁵ (פקודה לשבור ידיים ורגליים שנתן סגן מושל נפת טול כרם), אמרו שופטי הרוב בבית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז: "הפקודה להכות אנשים חסרי-מגן, המצויים במעמד של עצורים או שבויים, הינה לעולם פקודה בלתי-חוקית בעליל שמתנוסס מעליה אותו 'דגל שחור'" [ההדגשה הוספה].

482 עניין מאיר, לעיל ה"ש 121, פס' 15.

483 עניין לויט, לעיל ה"ש 169, פס' 82.

484 עניין מ', לעיל ה"ש 255.

485 עניין רס"ן ראובן, לעיל ה"ש 428.

לעומת פסקי דין אלו, בעניין שריקי⁴⁸⁶ (פרשת גולני) סירב בית הדין להכיר בקביעה כללית וגורת שעל פיה בהעדר הצדק כדין פקודה לפגוע בשלמות גופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה תמיד תיחשב בלתי חוקית בעליל, וקבע שבאותו מקרה, מכיוון שהפקודה סוגה לאי־הכאת עצור כפות ולא־הכאת עצור שהובא למכלאה, "סייגים אלו הסירו, במידה רבה, מימד של אכזריות וחסר אנושיות מהפקודה – והפכו לדרך התמודדות בדרכי אלימות – מול האלימות הבאה מן השטח". לפיכך: "לעניות דעתנו, ומקווים ומניחים אנו כי זו תעמוד לבקורת שיפוטית נוספת – פעל סג"מ שריקי בתחומיה המוגדרים והמסוייגים של פקודה שאיננה בלתי חוקית בעליל [...]."

גורם מרכזי לזיכוי בעניין שריקי הייתה הטענה בדבר ה"אווירה" בשטח, אשר לא אפשרה לחיילים לזהות את חוסר החוקיות שבפקודה. לימים איבדה טענה זו מכוחה. זאת, ניתן להסיק, למשל, מעניין חנוך⁴⁸⁷ (למרות שלא נדונה שם ישירות טענת צידוק). שם דובר בחיילים אשר היכו עצורים בזמן נסיעה וניסו להסתיר זאת ממפקדם. סגורם של המערערים טען שעקב האווירה הקיימת בשטחים עשויים להיטשטש ערכי היסוד של החיילים ולכן יש להתחשב בכך ולהקל בעונשם. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו:

לא מצאנו מקום להתערב בעונש שהוטל על המערערים. סבורים אנו כי בטענות שהושמעו יש לא מעט התעלמות מן העובדה שבצה"ל מתקיימת מזה מספר שנים שגרה של התמודדות עם ההתקוממות המקומית, לגוניה השונים, באזור יו"ש ועזה. מצוקות העיתים יצרו אט אט, דפוסי תגובה נדרשים ונאותים במגע שוטף עם האוכלוסייה המקומית תוך מתן תשומת לב מדוקדקת להיתרים והאיסורים שביחסי גומלין אלה. נדמה לנו, שכיום, לאחר שתופעות למיניהן המכונות 'חריגות' מצאו ביטוי נרחב למדי בציבור הישראלי, והמפקדים הצבאיים, ברמות הפיקוד השונות, עושים כל שניתן להחזיר בתודעת פקודיהם ההגבלות הכרוכות במילוי התפקיד, לא ניתן עוד לחסות מאחורי הטענות והתירוצים למיניהם, של אי ידיעת האיסורים והלאומים המפורשים. נראה שלא יכול להיות חולק כי המערערים דגן ידעו, במלוא צלילות הדעת וחדות ההכרה כי קיים איסור מ'דאורייתא', לא רק מ'דרכנן' להכות עצורים כבולים וחסרי ישע.

בעניין ברוש⁴⁸⁸ (מ"פ בגורת שכם שנהג לחקור באלימות תושבי שטחים) נראה כי בית הדין הצבאי לערעורים אף הלך צעד נוסף קדימה לעומת עניין חנוך וקבע, כי אם עדיין קיימת נורמה בשטחים המעודדת אלימות כלפי תושבים מקומיים, אזי האינטרס החינוכי בשירות נורמה זו מצדיק התמרה בעונש:

ייתכן, ואין אנו קובעים מסמרות בנידון, שאכן במקומות מסויימים, אצל מפקדים או חיילים מסויימים, אכן קיימת נורמה של אלימות המנוגדת לדין ולהנחיות. אם אכן כך הוא המצב, כי אז יש לראות זאת בחומרה ולשדר שדר פיקודי ומשפטי חד משמעי שיסייע בשירותו של נגע זה. במילים אחרות נורמה של אלימות שלא כדין היא נסיבה לחומרה ולא לקולא.

486 ראו עניין שריקי, לעיל ה"ש 197, בעמ' 73.

487 ע/92/4 (ערעורים צה"ל) חנוך נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1992, 1, 372 (1992).

488 עניין ברוש, לעיל ה"ש 160, בעמ' 426.

בוועדת לנדוי הובעה עמדה מנוגדת לפסקי הדין המצדדים באי-חוקיות בעליל של פקודה המורה על פגיעה בשלמות גופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה או שחדלו מכך. לדעת הוועדה, אף שחלק מפעולות החקירה שנקטו חוקרי השב"כ היו בלתי חוקיות, עדיין יכולה לקום לחוקרים לעניין זה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה:⁴⁸⁹

אנו מגיעים עתה לבעיות החמורות הכרוכות בהליכים משפטיים העשויים להיפתח נגד חוקרי השירות, בשל מעשים של הפעלת לחץ שנעשו במהלך החקירה של החשודים בפח"ע, ובשל עזרת שקר שנתנו בקשר לכך בפני בית המשפט או בית הדין. אשר למעשים של לחץ פיזי או פסיכולוגי שהופעל על ידם: לכאורה היו ביניהם עבירות פליליות של תקיפה, סחיטה ואיומים [...] אולם נראה לנו שכל עוד לא חרגו מעשים אלו מן ההנחיות שהיו קיימות בשירות בעת החקירה (ואכן, בדרך כלל הם לא חרגו מן ההנחיות), תהיה לחוקר שביצע את המעשים טענת צידוק, על יסוד סעיף 24(א)1 לחוק העונשין, כי הרי החוקר ציית לצו של הממונים עליו וצו זה לא היה בלתי חוקי בעליל, מאחר שהיה יסוד לאמונתו של החוקר שהוא פעל כך כדי להשיג מידע חיוני על פעילות טרוריסטית של ארגון חבלה שבהשתייכות אליו היה נחקר החשוד. כן יוכל החוקר להסתמך על הגנת הצורך, לפי סעיף 22 לחוק העונשין.

גם בית המשפט העליון בפרשת הוועד נגד עיניוים, אשר קבע כי אמצעי החקירה הפיזיים אשר הותרו על ידי ועדת לנדוי היו בלתי חוקיים וכי הגנת ה"צורך" לא יכולה לשמש מקור סמכות מראש לשימוש באמצעי חקירה אלו, לא שלל (אף אם עשה זאת במרומוז) את האפשרות כי לחוקרים אשר ביצעו פעולות חקירה כאלו תעמוד הגנת צידוק עקב ציות לפקודה: "כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך" או סייגים נוספים לאחריות פלילית" [ההדגשה הוספה].⁴⁹⁰

13.4.2.3.4 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

לגבי פקודות לפגוע בחייהם או בגופם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה או שחדלו מכך – נראה כי ללא כל קשר לגישה אשר תאומץ לזיהוי פקודות בלתי חוקיות בעליל, תמיד תחול על החייל החובה לא לציית לפקודות כאלו מפאת הערך החשוב העומד על הפרק.⁴⁹¹ מלבד מקרים קיצוניים ביותר, המשמעת הצבאית צריכה לסגת מול החשש לפגיעה בחייהם של אנשים שאינם לוחמים או שחדלו מליטול חלק במעגל הלחימה. במקרים כאלו לא קיימים שיקולים המטים את הכף לטובת ציות. לרוב החייל יודע כי אלו פקודות לא חוקיות, או צריך לדעת זאת, וברור גם כי ללא הגנה על חייהם של אנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה, לא יכולה להישמר אפילו רמה מזערית של מוסריות בעת הקרב. לכן, בהיעדר נסיבות דוחקות של צורך או למצער בהיעדר מצב שבו החייל סובר בכנות כי קיימות נסיבות דוחקות של צורך, פקודה כזו ראוי שתיחשב תמיד לבלתי חוקית בעליל.

489 דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 422, בעמ' 81.

490 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניוים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 841-842 (1999).
491 ראו דבריו של השופט דאנקן (Duncan) בעניין Calley (לעיל ה"ש 348), לפיהם בין שתיבחן הפקודה על פי מבחן "החייל הסביר" שהציעה התביעה ובין שתיבחן לפי מבחן "החייל הפשוט ביותר" שהציעה ההגנה, ייקבע כי הפקודה שניתנה בטבח בי־Mý Lai הייתה בלתי חוקית בעליל.

13.4.2.4 הפרת הוראות הבטיחות

כפי שצוין לעיל, פקודה המסכנת חיי אדם ללא קיומו של הצדק כדין תהיינה תמיד בלתי חוקית בעליל. בהתאם לכלל זה קבעה הפסיקה הצבאית כי פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל.

את החשיבות שמייחס בית הדין הצבאי לערעורים לשמירה על הבטיחות ניתן לראות בעניין סגן ראובן⁴⁹² ("אסון אילת"), אם כי שם נדחתה טענת הצידוק עוד בשלב שאלת קיומה של פקודה (משמע, הוראה שאי קיומה גורר הטלת סנקציה). סגן ראובן וסג"ם יהודה טענו כי פעלו לפירוק המוקשים על פי פקודתו של מפקדם סא"ל ג, ולפיכך אין להרשיעם בגרימת מוות ברשלנות. בית הדין דחה טענה זו:

חינם, איפוא, טורחים המערערים להסתתר בצלו של סא"ל ג. [...] גם אם נתן הוראה בלתי סבירה, בלתי שקולה, אשר אינה תואמת את העניין והתכלית, שומה היה עליהם להפעיל שיקול דעתם שלהם, ולנהוג כפי שמידות הזהירות היו מחייבות [...] זה הכלל: כל ספק בענייני זהירות יש להכריעו לחומרה ולא לקולא [ההדגשה הוספה].

שני תחומים עיקריים שבהם עסקה הפסיקה בנושא זה הם הוראות בטיחות באימונים והוראות בטיחות בנהיגה.

13.4.2.4.1 פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות באימונים

ההלכה שלפיה פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות באימונים היא בלתי חוקית בעליל נקבעה לראשונה בעניין מורן.⁴⁹³ שם דובר במפקד סוללת מרגמות, אשר נצטווה בתרגיל לירות אש מסייעת מעל לראשיהם של חיילי הכוח המסתער. הפגז נפל כ-150 מטר לפני היעד וארבעה חיילים נפצעו. בית הדין המחוזי זיכה את הנאשם בקבעו כי קמה לו הגנת הצידוק. מכיוון שביחידה היה נהוג לעשות את הפעולה שעשה המשיב, סבר בית הדין כי לא מדובר בפקודה בעלת אופי "בלתי חוקי מובהק". בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו וקבע:

[...] דעתינו היא, כי מאחר שהמעשה שהמשיב עשה היה משום סיכון לחיי חיילים ומאחר וההוראה לעשות את המעשה המנוגד לפקודת מטכ"ל נתנה לו, לא בעת מבצעים, אלא בעת ביצוע תרגיל אימונים, חייב היה לסרב לבצעו, ואין טענת ציות לפקודה יכולה לעמוד לו במקרה זה.

הלכה זו קיבלה חיוק באמרות אגב בשני פסקי דין נוספים. בעניין יקותיאל⁴⁹⁴ (פרשת הפתיל הקצר), העיר בית הדין הצבאי לערעורים אגב אורחא, כי בהנחה שהייתה פקודה להשתמש בפתיל קצר יותר, "ברי כי היא בלתי חוקית בעליל, בהיותה נוגדת על פניה הוראות מפורשות של פקודת מטכ"ל הבאה להבטיח ביטחון חיי חיילים באימונים".

492 עניין סגן ראובן, לעיל ה"ש 203, בעמ' 30.

493 עניין מורן, לעיל ה"ש 442.

494 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 187, בעמ' 6.

ובעניין ענבל⁴⁹⁵ (פריצת דרך בסיני) אמר בית הדין הצבאי לערעורים בהערת אגב:

אפילו פקודה של מפקד לא לנהוג על פי פקודת מטכ"ל שענינה בטיחות, אינה יכולה לשמש הגנה. כ"ע/152/65 [עניין יקותיאל – ז"ב] פסק בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודה שכזו היא בלתי חוקית בעליל.

13.4.2.4.2 פקודה המורה על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה

בעניין גהן⁴⁹⁶ (פס"ד הסירה) דובר בחייל אשר הוביל סירת גומי על גג מכונית, כשהוא אוחז בסירה ביד אחת ובהגה ביד שנייה. במהלך הנסיעה איבד המשיב את השליטה על הרכב, סטה מהדרך ופגע בתמורה. המשיב טען להגנתו כי ציית לפקודת מפקדו שהורה לו להוביל את הסירה בדרך האמורה עקב מחסור בחבלים לקשירת הסירה לגג. על כך השיב בית הדין: "ברור שחובת הנהג הייתה להסיע רכבו באופן שלא יסכן עוברי דרך וחובה זו אף מתגברת על מצוות מפקדו, יהיה טיבה אשר יהיה".

בעניין ברוכי⁴⁹⁷ לאחר חילוץ ג'יפ נפל מתוכו המנוח כאשר ניסה לנער את מעילו מחוץ לדלת – בג'יפ לא היו חגורות בטיחות, והמושב שעליו ישב המנוח לא היה מחובר כראוי. המערער 1, הנהג ברכב, טען בין השאר כי מכיוון שקיבל פקודה לנסוע ברכב עומדת לו טענת הצידוק בנוגע לכך שלא הקפיד כי חגורות הבטיחות והמושב יהיו תקינים. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו וקבע כי פקודה כללית לנסוע ברכב אינה מחייבת את החייל לנסיעה כאשר החגורות והמושב אינם בטיחותיים, וכי היה על החייל לציין עובדה זאת בפני מפקדו. בית הדין הוסיף ואמר, בהסתמכו על פסיקת בית הדין קמא, כי אף אם ניתן לתפוס את דברי המפקד כהוראה מחייבת, הרי שלאור פסק הדין בעניין ענבל פקודה המורה על הפרת הוראות הבטיחות היא בלתי חוקית בעליל.

בעניין בן אברהם⁴⁹⁸ דובר בחייל שהיה בעל רישיון נהיגה במשאית אך לא היתר נהיגה בנ"ג, ואשר קיבל פקודה להסיע חיילים בכלי רכב זה. בנסיעה זו איבד המערער את השליטה ברכב, הרכב התהפך ואחד החיילים נהרג. המערער הואשם, בין השאר, באי קיום הוראות מחייבות וטען להגנת צידוק. אמר בית הדין הצבאי לערעורים:

ניתן לומר, כפי שטען התצ"ה, כי הוראה בניגוד לפקודות מטכ"ל, שמטרתה להבטיח חיי אדם ולקבוע הסדר למניעת סיכון חיו, הינה בדרך כלל בלתי חוקית בעליל, וכי ציות להוראה כזו יכול ולא ישמש צידוק בגדר ס' 19 לפח"פ.

עם זאת, במקרה ספציפי זה קבע בית הדין, כי הדרישה להיתר נהיגה בנ"ג מאדם בעל רישיון נהיגה

495 עניין ענבל, לעיל ה"ש 222, בעמ' 413.

496 ע"ת/239/84 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' גהן (לא פורסם, 17.2.1985). באופן מצער לא נותרו עותקים מפסק הדין האמור; פרטי המקרה והציטוט מפסק הדין נסמכים על סקירות פנימיות קודמות של הפרקליטות בנושא פקודה בלתי חוקית בעליל ועל פנקסי בית הדין הצבאי לערעורים. המשיב הורשע בעברות של הובלת מטען, הפרת החובה להחזיק בהגה ואי-קיום חובתו של עובר דרך ונגור עליו עונש של פסילה על-תנאי. קנס בסך 20,000 שקלים ישנים וכן פיצויים בסך 15,000 שקלים ישנים.

497 ע"ע/353/82 (ערעורים צה"ל) ברוכי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1982, 72 (1982).

498 ע"ע/58/67 (ערעורים צה"ל) בן אברהם נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1967, 174, 178 (1967).

במשאית היא דרישה פורמלית ולא בטיחותית, ולכן קמה לחייל הגנת הצידוק לגבי אישום זה.

בעניין צורף⁴⁹⁹ (פקודה לנהג אמבולנס לנהוג בניגוד לכללי הבטיחות) הורחבה בפועל ההלכה האמורה כך שתחול גם על מקרים מסוימים שאינם פעילות בשגרה. באותו מקרה קיבל הנהג פקודה לעקוף טור מכוניות על מנת להגיע מהר יותר אל אירוע שבו נדרש טיפול רפואי. אף שעקב כך לא ניתן להגדיר את הפקודה כפקודה שניתנה בעת שגרה או אימונים, חזר בית הדין על ההלכה שנקבע בפסקי הדין לעיל (בהסתמכו על עניין גהן, ועל עניין ברוכי), וקבע:

מפסקי הדין הללו נמצאנו למדים, כי חובת הנהג להסיע את רכבו בבטיחות וללא סיכון עוברי דרך, גוברת על מצוות המפקד וכי על הנהג ברכב לציין בפני מפקדו, בהינתן פקודה, כי ישנם מפגעים בטיחותיים הסותרים את קיומה של הפקודה.

ובהמשך, לגופו של מקרה:

עת עסקינן בפקודות הנוגעות לנהיגה, האדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו. לפיכך, גם מקום בו מדובר במתן פקודה/הוראה, הרי שבתחום זה, בית המשפט מותיר את האחריות על הנהג לגבי בטיחות הנהיגה.

אחריות זו באה לידי ביטוי בחובתו לסרב לפקודה הנוגדת את הוראות הבטיחות ובחובתו להפנות את תשומת לב המפקד למפגע בטיחות שעלול להתרחש בנסיעה.

בענייננו, ראשית, הפקודה לעקוף את טור המכוניות לא התייחסה למהירות הנסיעה. כך שבנסיבות דנן, היינו, כביש בעייתי ורטוב, בעקומה ושדה ראייה שאינו ברור לחלוטין, קיום פקודה זו שמשמעה כניסה מסוימת לנתיב הנגדי ייתכן שיכול היה להתממש תוך האטה משמעותית ביותר של האבירבולנס בעת ביצוע העקיפה.

שנית, הנאשם כנהג, היה מודע באופן ברור ביותר לסכנות הטמונות בדרך בה נהג, מה גם שמפקדו עסוק היה בדיווח לרופא. כך, שמחובתו היה לנהוג בהתאם לתנאי הדרך, או לכל הפחות להסב את תשומת לב המפקד לאי הבטיחות שבעקיפה או לאי בטיחות שבהמשך נסיעה מהירה במהלך העקיפה.

נוכח האמור לעיל, החלטנו כי על הנאשם לא חלה במקרה דנן הגנת הצידוק.

לדידי, צדק בית הדין בתוצאה אך קיים קושי מסוים בהנמקתו, שכן ההלכה אשר ציין נכונה לתנאי שגרה ולא לתנאים הנוגעים לפעולת נסיעה של אמבולנס למקום אירוע, פעולה שיש בה יסודות חוקים של "צורך". לדידי, במקרה דנן הסיבה לכך שהנהג לא יכול לחסות תחת הגנת צידוק עקב פקודת מפקדו נעוצה בהוראות פקודת מטכ"ל 7.0201 "בטיחות בדרכים והוראות שימוש בכלי רכב צבאיים".

פקודה זו הוזכרה בפסק הדין אך לדידי לא ניתן לה דגש מספיק. סעיף 52 לפקודה מתיר לנהג אמבולנס צבאי ולנהג צבאי של רכב ביטחון אחר להפעיל סירנה ואורות מהבהבים ולהפר הוראות הנוגעות לבטיחות בנהיגה, בתנאי שהדבר נחוץ למילוי התפקיד ובתנאי שהנהג מבצע את הפעולות

המפרות את הוראות הבטיחות בנהיגה "תוך כדי נקיטת אמצעי זהירות". לגבי נהג אמבולנס מוסיף הסעיף תנאי נוסף והוא כי הפעולות האמורות תעשנה באישור הסמכות הרפואית.

אם כן, הסיבה לכך שלנהג לא קמה ההגנה במקרה דנן נובע מכך שהמחוקק הצבאי הסדיר במפורש את התחום הספציפי של נהיגה באמבולנס לצורך תפקיד וקבע כי שיקול הדעת יוטל על שני אנשים יחדיו, כך שכל אחד מהם לא יוכל לשלול את שיקול הדעת מהאחר (למשל בדרך של מתן פקודה). האחד הוא בעל הסמכות הרפואית, היחיד שרשאי לאשר בנסיעה כזו הפרה של כללי הבטיחות בנסיעה (משמע, נהג האמבולנס לא יכול לעשות זאת על דעת עצמו, וחלה עליו חובה לעדכן את בעל הסמכות הרפואית על תנאי הדרך, על מנת שזה יוכל להחליט את החלטתו על סמך מידע מלא); והשני, הוא הנהג עצמו, אשר הפקודה מחייבת להותיר בידי שיקול דעת כיצד ליישם את החלטת בעל הסמכות הרפואית, תוך כדי נקיטת אמצעי זהירות. משמע, קיים כאן הסדר נורמטיבי ספציפי אשר אינו מאפשר שלילה של שיקול הדעת של החייל בדרך של פקודה, ולכן במקרה דנן לא יכלה הפקודה לשמש הגנה לנאשם.

שלא כמו בפסקי הדין לעיל, אשר קבעו באופן גורף כי פקודה להפר הוראות בטיחות בנהיגה היא פקודה בלתי חוקית בעליל, כאשר נדרשה לסוגיה זו מחלקת הייעוץ והחקיקה של הפרקליטות הצבאית, נקטה זו גישה של "חומרת המעשה" וסירבה לקבוע כלל גורף של אי-ציות בנושא, בחוות דעת שכותרתה: "ציות לפקודה בדבר נהיגת רכב צבאי בלתי תקין"⁵⁰⁰.

הקושי הוא לקבוע מהי פקודה שברור וגלוי שהינה לא חוקית, או כפי שהיא מכונה "פקודה בלתי חוקית בעליל"; הפסיקה והמחקר דנו ארוכות בנושא זה וקבעו שאי-החוקיות בעליל מתבטאת באי-חוקיות הזועקת לשמיים בפליליותה, שכל בר-בשר יאמר שאין לבצעה. דבר זה תלוי כמובן במכלול הנסיבות, ולכן אין אפשרות לקבוע כאן מסמרות וכללים מופשטים. לשם המחשה נביא שתי דוגמאות קיצוניות:

א. חייל מבוקש ע"י מפקדו ביום חורף גשום לנהוג ללא מגבי שמשה. בהתחשב במשימה דחופה שהוטלה על היחידה, אמנם ההוראה היא בלתי חוקית, ואולם החייל חייב לציית לה (ולכן גם לא קמה לו אחריות פלילית בגין מעשה זה).

ב. חייל נדרש ע"י מפקדו לנהוג ביום חורף גשום ללא מעצורים, ללא מגבי שמשה ועם מערכת היגוי מקולקלת 'לשם הבידור' ללא הצדקה מבצעית כלשהי. זוהי פקודה בלתי חוקית בעליל ואסור לחייל לקיימה.

13.4.2.4.3 סייג לאי-חוקיות בעליל בתחום הבטיחות: צורך מבצעי

כאשר קיים צורך מבצעי המחייב להפר את הוראות הבטיחות, ישמש צורך זה הצדק כדין להפרה האמורה; לכן לא רק שהפקודה המורה על הפרה זו של הוראות הבטיחות לא תהיה בלתי חוקית בעליל, אלא היא תיחשב לחוקית. במקרים אחרים, אף אם לא יהיה בתכלית המבצעית של הפקודה

⁵⁰⁰ "ציות לפקודה בדבר נהיגת רכב צבאי בלתי תקין", חק"ק 22(31)1414 (חוות דעת של מחלקת ייעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית, 18.8.1977).

הבלתי חוקית כדי לשמש הצדק כדין להפרה החוק, עדין יתכן ויהיה בה די כדי להסיר את יסוד "העלילות"; משמע, יהיה בה די כדי להוביל למסקנה שמדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם" המחייבת ציות.

כך, למשל, בעניין חננאל⁵⁰¹ (חייל שנהג בג'יפ ללא רישיון בעת פעילות מבצעית והתהפך) אמר בית הדין צבאי לערעורים (באשרו את פסק הדין של בית הדין קמא):

המשיב נהג בג'יפ כדי למלא משימה שהוטלה עליו בפקודת מפקדו. המשימה הייתה מבצע דחוף. ומפקדו של המשיב ידע שכל החיילים שנשלחו לביצוע המשימה עייפים לאחר שלא ישנו שני לילות וככל זאת עמד על ביצוע המשימה. בהתחשב עם מהות המשימה, אין לומר כי הפקודה הייתה בלתי חוקית ועל כל פנים לא הייתה בלתי חוקית בעליל.

כך גם בעניין תבור⁵⁰² המשיב, שהיה נהג חדש, נסע בשיירה אחרי מפקדו, ולפיכך היה זה מפקדו אשר קבע את נתיב הנסיעה ומהירותה. באחד הסיבובים בדרך העפר שבה נסעו התהפך רכבו, ועקב התהפכות זו נהרג חייל. המשיב טען כי אין להאשימו בהתרשלות מכיוון שציית למהירות שקבע מפקדו. בית הדין הצבאי לערעורים שקל את נסיבות המקרה: נהג חדש, דרך שאינו מכיה הצורך הביטחוני באותו אזור לנסוע בשיירה, זיכה את המשיב: "חלק הכביש בו נסע מחייב מסיבות ביטחוניות ולפי פקודות הצבא נסיעה צמודה של לפחות שתי מכוניות צבאיות. את מהירות הנסיעה לא המשיב קבע אלא מפקדו אשר נסע לפניו" [ההדגשה הוספה].

13.4.2.4.4 פסקי דין החורגים מהלכת היעדר החוקיות בעליל בתחום הבטיחות

את פסקי הדין החורגים, לכאורה, מהכלל הקובע כי פקודה להפר הוראות בטיחות, בהיעדר הצדק שבדין, היא תמיד בלתי חוקית בעליל, חשוב לבחון בכפוף לנסיבותיהם הייחודיות.

כך למשל בעניין סטרייץ⁵⁰³ מת חייל ממכת חום בעת מסע אימונים בצנחנים. בניגוד לפקודות מטכ"ל, נתנו המערערים לחיילים הפסקת מנוחה כעבור 60 דקות ולא כעבור 50 דקות, וכלל לא נתנו לחיילים לשתות בהפסקה הראשונה. בית הדין הצבאי לערעורים הרשיע את מפקד הפלוגה באייקום הוראות מחייבות בצבא, אך זיכה את מפקד המחלקה, מכיוון שנקבע כי ציית לפקודת מפקד הפלוגה בנושא האמור וכי אף שפקודה זו הייתה בניגוד להוראות הבטיחות לא הייתה זו פקודה בלתי חוקית בעליל. כפי שניתן לראות, כאן דובר בחריגה קלה למדי מהוראות הבטיחות, ולא נמצא קשר סיבתי בינה לבין המוות.

בעניין קוזובוביץ⁵⁰⁴ קיבל חייל בעת תרגיל פריצת יעד מבוצר פקודה לירות במטול רקטות נגד טנקים ("בזוקה"); החייל הודיע למפקדו שאינו רואה את המטרה, ומפקדו הורה לו לירות "ירייה

501 עניין חננאל, לעיל ה"ש 179, בעמ' 7. בהקשר זה ראוי להזכיר גם את עניין דרור (לעיל ה"ש 438), שם הגיע בית הדין למסקנה דומה על סמך מבחן "הדגל השחור".

502 242/57/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' תבור, פד"צ 1957, 170 (1957).

503 182/61/ע (ערעורים צה"ל) סטרייץ נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 5.4.1962) (נספח יח להלן; תמצית בפד"צ 1962, 83).

504 131/60/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' קוזובוביץ (לא פורסם, 11.10.1960) (נספח יז להלן).

משוערת". המשיב ירה במטול; הטיל פגע בסלע קרוב, ומהנתזים נפגעו המשיב וחייל נוסף. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי מכיוון שלפני התרגיל ה"רטוב" (כאש חיה) התקיים תרגיל "יבש", ובשל פקודת מפקדו, לא ניתן לקבוע כי החייל התרשל. ככל הנראה, הזיכוי האמור נובע מהעובדה שפסק הדין עסק בעברה של רשלנות. בהקשר זה, העובדה שהחייל היורה פעל מתוך ציות לפקודה נשקלה על ידי בית הדין לצורך הכרעה בדבר סבירות התנהגותו, לצד נסיבות נוספות ובראשן האימון הקודם (התרגיל "היבש").

יצויין שלגבי חובת הציות להוראות שוטר משטרת ישראל – נראה שהגישה היא, ככלל, שקיימת חובה לציית להוראותיו, אף אם אלו נוגדות את הוראות הבטיחות בנהיגה. ניתן ללמוד זאת מעניין לבנה.⁵⁰⁵

המקרה האמור אירע בפקק תנועה בכיכר בתל-אביב. שוטר תנועה במדים אשר נסע באוטובוס שעמד בפקק הורה לנהג האוטובוס לפתוח לו את דלת האוטובוס כדי שיוכל לרדת מהאוטובוס ולהסדיר את התנועה. נהג האוטובוס סירב וטען כי תקנות התעבורה אוסרות עליו לפתוח את דלתות האוטובוס שלא בתחנה. עקב סירובו הועמד הנהג לדין בגין עברה של אי-ציות להוראות שוטה, שכן לפי תקנה 3(ג) לתקנות התעבורה (סדרי תנועה)⁵⁰⁶ יש לציית ל"הוראות ולאותות הניתנים על ידי שוטר במדים אף אם הם בניגוד [...] להוראות אחרות בעניין סדרי תנועה".

הנהג טען כי התקנה האוסרת את פתיחת דלת האוטובוס שלא בתחנה היא "תקנה הדואגת לבטיחות הנוסעים באוטובוס"; לפיכך אין לראותה כעוסקת בעניין סדרי תנועה, ולכן לא הייתה עליו חובה לציית לשוטר. בית המשפט קבע כי גם הוראות הבטיחות הן הוראות העוסקות בסדרי תנועה והרשיע את המערער בגין היעדר הציות.

13.4.2.4.5 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

בבסיס מרבית הוראות הבטיחות עומד הרצון להגן על חייהם של החיילים ועל גופם. ערך חשוב זה עומד לצדו של עקרון שלטון החוק – דבר המצדיק לקבוע כלל גורף של אי-ציות לפקודות המנוגדות להוראות הבטיחות.

כאמור לעיל, הפסיקה סייגה את כלל האי-ציות האמור וקבעה כי הוא לא יחול בעת קיומו של צורך מבצעי אלא רק בעת שגרה ובתקופת אימונים, ולכן אין זה סביר כי משימה צבאית דוחקת תסוכל עקב כלל אי-ציות זה.

כמו כן, כאשר מדובר במצבי שגרה, הפגיעה במשמעת הצבאית (שיקול הצדק) אינה יכולה להיות שקולה לסיכון שעלול להיגרם לחיי אדם עקב הפרת כללים אלו.

מבחינת הקושי של החייל בבואו להחליט אם לציית אם לאו (שיקול הפטר) – כיוון שכללי הבטיחות מוכרים וידועים לרוב החיילים, ההסתברות שחייל לא יצליח להתגבר על קושי זה נמוכה.

505 בע"פ 248/59 לבנה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד (1) 648 (1960).

506 תקנות התעבורה (סדרי תנועה), התשי"ג-1953, ק"ת 356. כיום מוסדר נושא זה בסעיף 23 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, לעיל ה"ש 78.

שאלת השאלה אם ראוי שבתי דין אשר ידונו בתיקים דומים בעתיד, ירחיבו את הכלל הגורף של אי־ציות כך שיחול גם על הוראות בטיחות אשר אינן נוגעות לתחום הנהיגה או האימונים? נראה כי ההכרעה אינה צריכה להיות גורפת, וכי בכל תחום ותחום יש לבחון שני משתנים: מידת הסיכון לחיי אדם אם לא יוחל כלל גורף של אי־ציות ומידת הפרסום של כללי הבטיחות באותו תחום (משתנה המשפיע על שיקולי ההפטר).

13.4.2.5 פקודה ללא כל צורך צבאי, למימוש מטרותיו האישיות של המפקד

פקודה אשר גם על פי תכליתה וגם על פי הפעולה שהיא דורשת מהחייל אין לה כל קשר לצורכי הצבא (להלן: "פקודה אזרחית") תיחשב תמיד בלתי חוקית בעליל. את הפגיעה בעקרון שלטון החוק הנגרמת עקב ציות לפקודות אלו לא ניתן להצדיק בהגנה על המשמעת הצבאית, שכן גם היא נפגעת מן הציות לפקודות אלה.

דוגמה מבהקת לכך מצויה בעניין דגני⁵⁰⁷ (שוד כבשים), שם הורה מפקד לחייל לבצע שוד למטרת קומוזיץ. באותו מקרה טען הסנגור כי אין חומרה מוסרית בפקודה האמורה וכי לכן היה על החייל לציית לה. בית הדין הצבאי לערעורים דחה את טענת הציודק מכמה סיבות, ובין השאר קבע כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל מכיוון "שלא התייחסה לתפקידי הצבאיים ולא נגעה לעניני הצבא".

בעניין טייג⁵⁰⁸ היה המערער אזרח עובד צה"ל אשר קיבל הוראה ממפקדו, רס"ר ביחידה, להעביר בנוזן מהמחסן שבאחריותו לידי אזרח. בתמורה נתן האזרח למערער כסף וזה הועבר לרס"ר. בפעם השנייה שהורה הרס"ר למערער לעשות כן אמר המערער כי ידווח על כך למפקד הבסיס, ובתגובה איים עליו הרס"ר שאם יעשה זאת יאבד את מקום עבודתו. וכך אמר בית הדין:

[...] פקודות אלה התייחסו לשליחת יד ברכוש הזולת, מעשה שהוא בלתי חוקי בגלוי בעיני כל ב־ר־דעת, ונראו כבלתי חוקיות למערער לפי ידיעתו והכרתו הברורה, כפי שהעיד על כך לפני בית הדין. ואם המערער בכל זאת מלא אחר פקודות בלתי חוקיות אלה, ספק את הבנוזן הצבאי לנהג האזרחי וגבה כסף תמורתו עבור הרס"ר בעד הכמויות שספק, אין יסוד לטענה מצדו, כי חף מפשע הנהו, כאילו ציית לצו חוקי ללא שמץ של חשד.

בעניין גיל⁵⁰⁹ (פרשת הלחם) בית הדין הצבאי לערעורים קבע בפסק דינו כלל מוחלט, שעל פיו פקודה בלתי חוקית שניתנה בנסיבות שאינן צבאיות היא פקודה בלתי חוקית בעליל:

הכלל הוא, כפי שנטען, כי חובה על חייל למלא ולציית ללא היסוסים כל פקודה בהיותה נחשבת חוקית על פניה. כל זה בתנאי שהפקודה מתייחסת לפעולה צבאית, לחובה או לתפקיד צבאי וניתנת לפקוד בקשר לעניני הצבא ובמסגרת חובתו ותפקידו, כאמור, אבל לא כפי שקרה המקרה שלפנינו.

507 עניין דגני, לעיל ה"ש 138.

508 62/55/ע (ערעורים צה"ל) טייג ב' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 25.5.1955) (נספח ו להלן).

509 עניין גיל, לעיל ה"ש 445, בעמ' 30.

פסק דין זה ממחיש את ההבדל בין גישת הפגיעה בערכי היסוד לבין גישת חומרת המעשה. בית הדין הזכיר אמנם את הפגיעה שנגרמה לאמון הציבור בצה"ל, כיוון שהקהל ראה את הלחם נזרק מהמשאית; אך לא מדובר כאן בפגיעה חמורה אשר המצדדים בגישת חומרת המעשה היו נוטים לקבוע כי דגל שחור מתנוסס מעליה וההרשעה נעוצה בכך שמדובר בפקודה אזרחית, דהיינו, נטולת הצדק צבאי כלשהו.

בעניין בלק⁵¹⁰ אמר בית הדין בהערת אגב כי בפקודה למכור צמיג צבאי בחנות אזרחית יש משום עברה פלילית גלויה והיא בלתי חוקית בעליל.

פסק דין נוסף אשר ככל הנראה עולה בקנה אחד עם הלכה האמורה הוא עניין אליהו⁵¹¹ (חייל שנרדם בעת שמירה ונצטווה להישאר שכוב עד לכוא המשטרה הצבאית). בהתייחסו לשאלה אם יש להרשיע את המערער בגין סירוב לקיים פקודה אמר בית הדין הצבאי לערעורים דברים אשר יכולים להתפרש בשני אופנים, אך פירושם הסביר יותר תומך בהלכה האמורה:

תאור דברים זה בעצמו מספיק כדי להביא אותנו למסקנה שהפקודה הזאת, לפי מהותה, אינה נוגעת לחובה צבאית, ולפי מטרתה – יש בה משום אי חוקיות על ידי יצירת מצב של החמרה בעבירה ואי הגינות כלפי הנאשם וכפייה עליו לספק 'הוכחות' נגד עצמו. אנו משוכנעים, איפוא, שבאין פקודה חוקית, לא היה מקום להביא נגד המערער את האשמה על סירוב למלא פקודה.

...

עם קביעת העובדה כאמור לעיל כי הפקודה האמורה אין לראותה ככשירה. עלינו לציין כי אף במקרה של מתן פקודה בלתי חוקית במפורש גם אז אין מקום לזיכוחים מצד החייל עם מפקדו ואם התנהג בצורה כזאת, עליו לעמוד לדין באשמת פגיעה במפקדו או על הפרת הסדר הטוב והמשמעת בצבא, הכל לפי המסיבות. במקרה דנן נקל להיווכח מהעדויות שהנאשם השיב בעזות למפקד, אולם מאחר שדברים אלו לא נזכרו בפרטי האשמה [...] אין מקום להחלפת האשמה [...] בעבירה אחרת כנ"ל.

לכאורה, ניתן להבין את דבריו של בית הדין כאילו פקודה כגון זו שנתן מפקדו היא פקודה בלתי חוקית סתם, וכי אם מפקד נתן פקודה בלתי חוקית סתם והחייל אינו מצייט לה – אין להאשים את החייל בעברה של סירוב לקיים פקודה, אלא בעברה של פגיעה במשמעת (סעיף 132 לחש"ץ). אך נראה כי לא זו הייתה כוונת בית הדין; נראה כי כוונתו הייתה לומר כי פקודה כזו שנתן המפקד, שאין לה כל מטרה צבאית לגיטימית, היא פקודה בלתי חוקית בעליל, אך גם אם חייל מסרב לפקודה בלתי חוקית בעליל (או בלתי חוקית "במפורש" כנוסח פסק הדין) – אין משמעות הדבר שעליו להתעלם מהמשמעת הצבאית; לכן עליו לסרב בנועם וללא התחצפות למפקדו – אחרת יואשם בפגיעה במשמעת.

נראה שגם בנוגע להוראות הניתנות על ידי ממונה בשירות הציבורי קיימת הלכה דומה הקובעת כי

510 עניין בלק, לעיל ה"ש 196.

511 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85.

הוראה תחשב בלתי חוקית בעליל אם, הן לפי תכליתה, והן לפי הפעולה שהיא דורשת, אין לה כל קשר לצורכיו ותפקידיה של הגוף בו משרתים אותן ההוראה ומקבלה.

בעניין רונטל⁵¹² הועמדו הנאשמים לדין בגין מעורבותם בפרשת מרמה: מכללות שונות והרבנות הראשית הנפיקו במרמה מסמכים ותעודות שכללו נתונים כוזבים, כדי ליצור מצג שלפיו תלמידי המסלול, שהיו אנשי כוחות הביטחון, עומדים בקריטריונים של הרבנות הראשית לקבלת תעודת השכלה תורנית גבוהה (תעודת השת"ג) ובקריטריונים של גופי הביטחון לקבלת הטבות שכר בגין לימודים תורניים. הנאשם מס' 2 (אוחנה) הועמד לדין בגין עברות מרמה, בשל כך שבמסגרת תפקידו כמנהל מחלקת הבחינות ברבנות הראשית הנפיק לאנשי כוחות הביטחון תעודת השכלה תורנית גבוהה (תעודת השת"ג), אף שלא עמדו בקריטריונים לזכאות לתעודות אלה. הנאשם פעל בהוראת הממונה עליו, "הראשון לציון" הרב בקשי דורון, וטען להגנת צידוק עקב כך. בית המשפט דחה את טענתו:

לגופה של ההוראה, קבעתי, כי היא היתה בדרגה של הוראה שהיא בעליל שלא כדין וכי בשים לב להשלכותיה העתידיות – תוספות שכר של מאות מיליוני שקלים – מתנוסס מעליה "דגל מוסרי שחור". המשמעות היא, כי אסור היה לאוחנה לציית להוראתו זו של הרב בקשי דורון – אף שהוא הממונה עליו.

...

מהסיפא של סעיף 34ג(2) לחוק העונשין עולה, כי בצד חובת הציות, ישנה גם חובה שלא לציית, במצב בו ההוראה הינה בלתי חוקית בעליל. [...] כאמור, קבעתי, כי הוראתו של הרב בקשי דורון הינה הוראה בלתי חוקית בעליל. לא סתם, בחרתי להגדיר את ההוראה כהוראה שמתנוסס מעליה דגל מוסרי שחור, שכן דומני, כי אין הגדרה טובה יותר להוראה להנפיק למעלה מאלף תעודות רשמיות של מדינת ישראל למי שאינו זכאי להן, אשר היו עתידות לרוקן את קופת המדינה מסכום הנאמד בכמיליארד שקלים.

תמיכה בגישה הרואה בפקודות לסיפוק אינטרס אישי של המפקד פקודות בלתי חוקיות בעליל ניתן למצוא בעמדתו של חבר הכנסת דן מרידור בדיונים בכנסת בנוגע לתיקון⁵¹³:

אמרתי קודם שהמצב הנוכחי המוצע כאן לפנינו בהצעה על ידי רוב הועדה משאיר פתוח את השאלה, האם חייל רשאי לבצע פקודה בלתי חוקית, כאשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית לגמרי, אבל היא לא פוגעת במוסר. אני חושב שהוא לא רשאי לבצע פקודה כזאת. שאין סמכות למפקד להורות אלא מה שהחוק הותיר לו להורות. מפקד שאומר לחייל, לך תבצע בבית שלי תיקון במקום שאני אקח אינסטלטורים בחוץ, אין בזה דבר שדגל שחור מתנוסס עליו, שום דם לא יישפך. אבל הוא אומר לו במסגרת תפקידו, הוא הנהג שלו, היא המזכירה שלו, טלפני לי מהבית, עשי לי הזמנות לבר-המצווה מהבית, הכל במסגרת העבודה, אלא אם תגיד שכל זה הוא לא במסגרת העבודה מפני שהוא אסור, אבל אז לא אמרת כלום. אני חושב שדבר כזה צריך להיות אסור, ואני חושב שצריך לומר זאת במפורש.

512 עניין רונטל, לעיל ה"ש 401, פס' 151.

513 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 9844.

אני מקווה שפרשנות הדין הקיים תהיה כזאת גם כן. אבל גם פה אני מציע שלא לברוח [...]. אני חושב שצריך לכתוב במפורש את זה ולא לחכות לבית המשפט שיעשה בשבילנו את העבודה [ההדגשה הוספה].

ייתכן שגם פקודה ללא צורך צבאי אשר נועדה להיטיב עם הכפוף (ולא עם המפקד) תיחשב בלתי חוקית בעליל. זאת העמדה העולה מחוות דעתו של עוזר הפצ"ר לחקיקה⁵¹⁴ בפרשו את פסק הדין בעניין ערקבי:⁵¹⁵

הנורמה שיוצאת מביהמ"ש העליון בעניין זה ומשמעותו האמיתית של פסק הדין שבנדון, לדעתי, היא, כי הוראה או הסכמה שנתן מפקד לחייל או לעובד צה"ל שלא לבוא לשירות או לעבודה או להיעדר, בין לשעה ובין ליותר מכך, שלא לצרכי השירות או העבודה וכאשר אין הצדקה לכך מעוגנת בדין, יש בה אמות מידה של הוראה בלתי חוקית בעליל...

בכל הנוגע להלכה הקובעת כי פקודה אורחית היא פקודה בלתי חוקית בעליל, יש להזכיר כי אם הוראת המפקד ניתנה בנסיבות אורחיות לחלוטין והיא אינה נוגעת כלל לצבא, היא לא תיחשב לפקודה כלל והטיעון בדבר הגנת הציוד יידחה עקב כך.⁵¹⁶ ניתן ללמוד זאת מתוך אנלוגיה לעניין רן,⁵¹⁷ שם נפסק כי הוראת שוטר מג"ב שניתנה מחוץ למסגרת תפקידו כשוטר אינה מחייבת ציות.

כמו כן, העמדה שהובעה בספרות בנוגע לעובד ציבור היא כי הוראה שאינה נוגעת לתפקידו של מקבל ההוראה כלל אינה צו המחייב ציות. לדידו של זמיר, עובד מדינה כלל אינו צריך לציית "אלא להוראה הקשורה למילוי תפקידו כעובד מדינה, אף כי לעיתים הגבול בין התפקיד הציבורי לבין החיים הפרטיים מטושטש, ובנסיבות מסוימות התפקיד הציבורי פולש לחיים הפרטיים".⁵¹⁸

גישה דומה בדבר היעדר חובה לציית לפקודה אשר ניתנת מתוך אינטרס אישי, נקט בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין שגב,⁵¹⁹ בנוגע להיקף חובת הציות של אדם להוראותיו של שוטר הנוגעות להסדרת התנועה. המערער טען כי לא ציית להוראת השוטרת מכיוון שזו ניתנה שלא לתכלית של הסדרת התנועה אלא מתוך רצון להענישו על עברת תנועה שעבר לפני שהשוטרת עצרה אותו. בית המשפט המחוזי הפך את החלטת בית המשפט קמא וזיכה את המערער, על יסוד טענה זו:

יש לציית להוראותיהם של אלה, העושים מלאכתם נאמנה ותוך סיכון עצמי, לעיתים קרובות. יחד עם זאת, אין להטיל חובת ציות בשל הוראות המוטלות ממניעים אישיים גרידא, כבענייננו. אילולא "חתך" המערער את נתיבי הכביש בחדות שמאלה, אלא היה משתלב כראוי בנתיב הנסיעה השמאלי לגבעת שאול, לא הייתה מורה לו השוטרת לנסוע ישר, שכן הדבר לא היה נחוץ כלל. ברם, השוטרת נפגעה אל נוכח גישתו של המערער

514 "ער"מ 2602/90 – חובות עובד מדינה", חק 21(29) 2235 (חוות דעתו של עוזר הפרקליט הצבאי הראשי לענייני חקיקה, 24.7.1991).

515 עניין ערקבי, לעיל ה"ש 231.

516 ראו דיון בכך בחלק 9.2 לעיל.

517 עניין רן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 287.

518 עניין זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 600.

519 ע"פ (מחוזי י"ם) 40203/07 עמית שגב נ' מדינת ישראל (פורסם בתקדין, 20.11.2007); לביקורת על פסק הדין האמור ראו הדיון להלן בחלק 17.2.4.2.

ומשכך נתנה לו דו"ח. אך ברור הוא, כי אין המדובר בעניין של סדרי תנועה תקינים וכי הוראה כאמור לא הייתה מחויבת מכורח המציאות.

בשני פסקי דין צבאיים הורחבה ההלכה בדבר פקודה אורחית כך שתחול גם במקרים שבהם הפקודה שניתנה לא ניתנה לשם סיפוק צרכיו האישיים של המפקד, אלא לשם קידום מטרה של היחידה הנוגדת אינטרס של כלל צה"ל.

בעניין גדעון⁵²⁰ נדון מקרה שבו הוחלט ביחידה לערוך מסיבה בבית קפה. הסמג"ד נתן הוראה להשתמש במזון צבאי כדי לממן את המסיבה. המשיבים (קצין אפסנאות ורס"ר) שילמו לבעלי בית הקפה במזון צבאי (סוכר ושמן). בית הדין בחן את נסיבות המקרה, ולבסוף קבע כי פקודה להשתמש בצידו צבאי בנסיבות "אורחיות" היא תמיד בלתי חוקית בעליל:

אין זה מתקבל על הדעת שקצין אפסנאי ורס"ר ותיק טעו וחשבו שהוראת מפקדם היה בה כדי להכשיר את מה שפקודות מטכ"ל אסרו בעניין השימוש במזכרים כאמור. היו מקרים שבהם נמנעו בתי הדין הצבאיים מלחייב בדין חיילים שעברו על פקודת מטכ"ל עקב הוראת מפקדם. ברם בכל המקרים האלה השיקול היסודי היה שהנסיבות היו מבצעיות וההגיון והמציאות הצבאית מחייבים לאפשר למפקד כאשר הוא חושב שהנסיבות מחייבות זאת, להחליט ולפעול כדרוש על פי שיקוליו לאור מסיבות המקרה אפילו אם פתרונו שונה מזה שנקבע בפקודות המטכ"ל [...] אין לקבוע כלל נוקשה בעניין זה, ויש לשקול כל מקרה לנסיבותיו. במקרה שלפנינו לא יכול היה להיות צל ספק אצל שני המשיבים כי לא מדובר בנסיבות מבצעיות וכי אין שום נוהג או הוראה המתירים למפקדם להפר פקודות מטכ"ל, לפי ראות עיניו, בעניינים של שיגרה מסוג זה שאנו דנים בו.

בעניין טופחי⁵²¹ הורה המערער 1 לחייל להשחית עשרות כלי נשק כדי לקבל נשקים טובים יותר. אף שהיה מודע להלכה בעניין שלמה⁵²² שם זוכה חייל שציית לפקודה לבצע נסיעות סרק ברכב צבאי, קבע בית הדין הצבאי לערעורים כך, ללא פירוט:

הוראה לשבירת חלק של נשק, או פירוקו כך שיושבת, הניתנת בנשיקה שתפקידה לתקן כלי נשק לשפר את תפעולו או לדאוג להבאתו לסדנה מתאימה לתיקון הנשק, היא פקודה בלתי חוקית בעליל, גם אם מטרתה הסופית, הייתה בעיני נותנה, השגת כלי נשק מתאימים, אחרים, עבור היחידה.

לכאורה עומד פסק דין זה בניגוד לעניין שלמה, שאף שם דובר בניסיון להשיג ציוד טוב יותר ליחידה. ההבדל בין המקרים, אשר נראה כי לו מייחס בית הדין חשיבות, הוא שכאן דובר בסדנה אשר כל תפקידה היה לתקן כלי נשק, ולכן פקודה לשבור חלקי נשק עומדת בניגוד גמור לתפקידם של חיילי הסדנה.

520 58/59/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' גדעון, פד"צ 1959, 155, 161-162 (1959).

521 עניין טופחי, לעיל ה"ש 390, בעמ' 60.

522 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

נראה אם כך שבעניין טופחי הרחיב בית הדין את ההלכה אף מעבר להרחבה שנעשתה בעניין גדעון. בעניין גדעון היו למטרת היחידה מאפיינים "אזרחיים", ובכך אפשר להסביר את החלת הכלל של אי-ציות לפקודות "אזרחיות" באותו מקרה. לעומת זאת, בעניין טופחי מטרת היחידה לא הייתה "אזרחית" באופייה. לכן, נראה כי פסק דין זה מרחיב בברור את הכלל של אי-ציות וקובע כי גם פקודה העומדת בסתירה מוחלטת לתפקידו הצבאי של מקבל הפקודה הספציפי, תיחשב לבלתי חוקית בעליל.

פסק דין אשר חורג מההלכה בהערת אגב ואינו רואה בפקודה אזרחית פקודה בלתי חוקית בעליל הוא פסק הדין בעניין אפרת.⁵²³ שם נשפט המערער על כך שהורה לחייליו להעמיס פח שמן ולהסיע אותו לביתו כדי שיוכל להשתמש בשמן עבור משפחתו. בדונו במעשי החיילים אמר בית הדין הצבאי לערעורים:

שני החיילים הם מפקודיו של המערער וסרים להוראותיו, ואין זה מתקבל על הדעת, כי ירהרו אחר כשירותן, או לפחות יהססו מלמלא אחריהן, או שיפשפשו במעשיו של המפקד, אם כשרים הם ואם לאו, גם אם אין לראותם פטורים מהחובה להודיע לממונים על העבירה שנעשתה או עומדת להיעשות במסגרת הצבא.

משמע, בית הדין ראה בפקודה זו פקודה בלתי חוקית "סתם" ולא פקודה בלתי חוקית בעליל, ולכן ציפה מהחיילים לציית לפקודה ולהתלונן בדיעבד.

פסק דין אשר חורג עוד יותר מההלכה לעומת עניין אפרת הוא עניין יפת⁵²⁴ (רס"ר שהשתמש בחיילים ביחידה לעבודות פרטיות, באישור מפקדו). על פי פסק דין זה, לא רק פקודה אשר אין לה כל צורך צבאי תקים לחייל הגנת צידוק; גם אישור המפקד לביצוע מעשה שאין בו כל צורך צבאי ונעשה למען מימוש אינטרס אישי של החייל יקים לו הגנת צידוק:

אמנם, בדרך כלל, רשות הניתנת על ידי מפקד, אינה מכשירה מעשה אסור על ידי החוק למותר. אולם יהיה זה נכון לגבי אותם המעשים בלבד, אשר לא רק הרשות שניתנה על ידי המפקד אלא אפילו פקודתו המפורשת לעשותם תהיה בלתי חוקית בעליל ובאופן בולט. לא כן הוא המצב לגבי מעשים אשר הגיוני להניח לגביהם שהינם בגדר סמכותו של מפקד במעמד ובדרגה, כפי שבמקרה שלפנינו שמוסמך הנהו להרשות עשייתם או למנוע רשותו זו. ואם לגבי מעשים מסוג זה, לא יוכל הפקוד להרהר, אם מפקדו זה (והמדובר הוא במפקד בתפקיד ובדרגה, שיש עמהם סמכויות נרחבות למדי), התיר לו לעשות מעשה או מעשים שבנידון.

13.4.2.5.1 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

למרות היעדר הפסול המוסרי החמור בחלק מהמקרים הנופלים לגדר הקטגוריה האמורה, נראה כי לקטגוריה זו חשיבות רבה. היא מגנה על המערכת הצבאית עצמה מהחשש כי תנאי משמעת מחמירים יאפשרו למפקדים לנצל את סמכותם לרעה, ומחייבת את הפקוד להעדיף את המשמעת

523 ע/199/52 (ערעורים צה"ל) אפרת נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1952, 353, 357 (1952).
524 עניין יפת, לעיל ה"ש 213.

הכלל-צבאית על פני המשמעת הפנים-יחידתית אם יעשה מפקדו ניסיון לנצלו לרעה באופן כזה. כמו כן, מכיוון שההלכה האמורה מסויגת רק למקרים שבהם ברור כי אין כל צורך צבאי בפקודה וברור שהיא נועדה לשרת אך ורק אינטרס אישי של המפקד, מצטמצם החשש שהחייל לא יוכל לזהות את הפסול האמור בפקודה מבחינת שיקולי ההפטר.

נשאלת השאלה אם ההרחבה של ההלכה שנעשתה בפסקי הדין בעניין גדעון ובעניין טופחי כך שהאיסור לציית יחול גם במקרה שבו נועדו הפקודות לקדם מטרה יחידתית הנוגדת את האינטרס של כלל צה"ל היא הרחבה ראויה? לדידי, אין הדבר כך והרחבה זו אינה ראויה – מכיוון שלא בכל מקרה ניתן לומר כי ברור לחייל הניגוד בין אינטרס היחידה לאינטרס של כלל צה"ל. לכן נראה שצריך לסייג הרחבה זו רק למקרים שבהם הניגוד האמור הוא ברור.

13.4.2.6 פקודה שניתנה בהיעדר מוחלט של סמכות

תחום קרוב לזה של פקודות אזרחיות הוא תחום הפקודות שניתנו בהיעדר מוחלט של סמכות. גם כאן פועל המפקד מחוץ לסמכויותיו כאורגן של הצבא, ולכן גם במקרה כזה אינטרס המשמעת הצבאית רק נפגע מכך שהחייל יציית לפקודתו של מפקדו.

כה, למשל, בעניין אביעד⁵²⁵ (נשק שנתן לסרן נשק שלל לבקשת סמל) קבע בית הדין הצבאי לערעורים: "לטענה, כי המערער פעל לפי פקודתו של סמל גלזר אין על מה לסמוך, כיוון שהלה לא היה בר סמכא להורות לו על הוצאת נשק מידו, וממילא שכל פקודה מצדו, לו גם נתן כזאת, הייתה בלתי חוקית בברור ובגלוי".

בהקשרם של עובדי ציבור הביע זמיר בספרו את העמדה כי על עובד הציבור לא מוטלת כלל "חובה לציית אלא להוראה שניתנה לו על ידי מי שממונה עליו במערכת המנהלית".⁵²⁶ בהמשך, כאשר מנה את סוגי ההוראות שלהן אל לעובד ציבור לציית, ציין זמיר בין השאר כי "חובת הציות אינה צריכה לכלול הוראות שהן באופן ברור בלתי חוקיות לפי המשפט המנהלי, כגון חורגות מן הסמכות...".⁵²⁷

הלכה זו עשויה ליצור קשיים רבים עקב בעיית הסמכות הנחזית, מכיוון שלא תמיד יכול החייל לדעת אם מפקדו פועל בתחום סמכותו אם לאו. דוגמה לכך מצויה בעניין דן.⁵²⁸ המערער היה מפקד מחלקה בגדוד אשר על פי הפקודות היה "כפוף בסיוע" לפיקוד צפון, אך תעסוקתו המבצעית נקבעה על ידי מחלקת מבצעים באג"ם. עוד נקבע בפקודות כי במקרי חירום יכול אלוף פיקוד הצפון להפעיל את הכוח ללא אישור מחלקת מבצעים באג"ם. המערער קיבל הוראה מפיקוד הצפון לבוא עם מחלקתו לסייע בחילוץ מכונית משטרה שנכנסה לשדה מוקשים. המערער דיבר עם המג"ד, וזה אסר עליו במפורש לציית לפקודה כיוון שלא הגיעה מאג"ם. המערער סירב לסייע בחילוץ ועמד בסירובו אף כאשר נאמר לו כי מדובר בהוראת האלוף. לפיכך הועמד לדין בגין עברה

525 עניין אביעד, לעיל ה"ש 235.

526 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 600.

527 שם, בעמ' 602.

528 עניין דן, לעיל ה"ש 144.

של סירוב לקיים פקודה; במשפטו טען כי ציית להוראת המג"ד.

בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי לאלוף הפיקוד נתונה הסמכות הבלעדית לקבוע מהו מקרה חירום, ומרגע שקבע זאת לא הייתה עוד למג"ד סמכות על המערער. לפיכך, הפקודה שנתן המג"ד למערער היא פקודה שניתנה בהיעדר סמכות, ולכן היא פקודה בלתי חוקית בעליל:

למג"ד [...] לא היתה כל סמכות לצוות על המערער שלא לקיים הוראות מפקדת הפיקוד, הן משום שמפקדת הפיקוד היתה כאמור הרשות הפיקודית המוסמכת לתת פקודות תפעול למחלקה במדה שצרכי השעה חייבו זאת, והן משום שבמשך התקופה שהמערער היה בדרדרה, חדל [ה]מג"ד [...] להיות מפקדו בכל הנוגע לתפעול המחלקה.

אשר לטענה האחרונה והיא כי שמורה למערער ההגנה הנתונה לפי ס' 19(ב) לפח"פ. דעתינו היא, כדעת ביה"ד המחוזי, שמאחר ופקודת המג"ד בהיותו חסר סמכות כאמור היתה בלתי חוקית בעליל אין למערער כל הגנה לפי סעיף 19(ב) האמור.⁵²⁹

כפי שניתן לראות, בית הדין קבע כי הפקודה שלה ציית סגן דן הייתה בלתי חוקית בעליל, מכיוון שזו ניתנה בהיעדר סמכות. אך אם נבחן את המקרה מנקודת מבטו של סגן דן, הוא סבר באמת ובתמים כי למג"ד יש סמכות פיקודית להורות לו שלא לסייע בחילוץ מכונית המשטרה.

בניגוד לפסיקה צבאית זו קבעה השופטת בייניש בעניין מנוס⁵³⁰ (חוקר יחידת הסמים שאוחדה עם אגף המכס, אשר סירב לציית לממוניו החדשים) כי עקב אימוצה של דוקטרינת הבטלות היחסית אל תוך המשפט הישראלי, אם הפגם היחיד בהוראה הוא שזו ניתנה בהיעדר סמכות, אזי הוראה זו אינה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי עבור מקבלה. לדידה, על העובד לציית להוראה כאמור, כיוון שבית המשפט טרם הכריע מה יהיו השלכות הפגם החוקי שבגיניו נותן ההוראה נחשב כפועל בחוסר סמכות בתיתו; ובית המשפט, בבוחנו את המקרה בדיעבד, אינו חייב להכריע שדין המעשים שבוצעו בהיעדר סמכות להיות בטלים מעיקרם—בנסיבות המתאימות, הוא רשאי לקבוע שהמעשים רק ניתנים לביטול (וככאלו חסרי תוקף רק ממועד שיקבע על ידו), או אף שהם תקפים לחלוטין למרות הפגם.

בקשר לסוגיה זו ראוי גם להביא את דבריו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת"פ אהרונוביץ⁵³¹ (אשר עסק בחובת הציות של אנשי משטרה). באותו מקרה כחן בית המשפט אם כדי ששוטר יהיה חייב לציית לפקודת מפקדו, על המעשה שעליו מורה הפקודה להיות חוקי: "הן מן הצד הפורמאלי והן מן הצד הסובסטנטיבי, או ידרש חוקיות 'פורמאלית', דהיינו שיהיה מן הסמכות הכללית של נותן הפקודה לצוות על מעשה כזה, לאיש המצווה, ושהפקודה תינתן בצורה הדרושה על פי חוק". לעניין הגנת הצידיק במשפט הישראלי הכריע בית המשפט כך:

[הגנת הצידיק] מכסה ציות לכל פקודה שהיא חוקית מבחינה פורמאלית, אלא אם כן המעשה המצווה הוא בלתי חוקי בעליל. [...] התוצאה היא ששוטר מחוייב לפי חוק שחל

529 שם, פס' 87.

530 עניין מנוס, לעיל ה"ש 72.

531 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בעמ' 392-393.

בינו לבין הממונה עליו לציית לכל פקודה שניתנה לו בגדר הסמכות הכללית של מפקדו ואחת היא אם הפקודה הייתה מוצדקת לפי הסמכות של המקרה המיוחד אם לאו אלא אם גלוי וברור שהפקודה מתכוונת למעשה בלתי חוקי.

לכאורה ניתן להסיק מדברים אלו כי בית המשפט המחוזי סבר שהגנת הצידוק נועדה להתמודד רק עם מצב שבו הפקודה שניתנה אינה חוקית מבחינה מהותית, אך היא ניתנה על ידי מפקד המוסמך ליתן פקודות חוקיות דומות. משמע, הגנת הצידוק נועדה להתמודד רק עם מצב שבו עקב החוקיות "הפורמלית" הנחזית של הפקודה, הנובעת מסמכותו של המפקד בתחום, מתקשה הכפוף לזהות את היעדר החוקיות המהותית של הפקודה. מכאן ניתן לכאורה להסיק כי אם הפגם בחוקיות הפקודה נובע מהיעדר סמכות של המפקד, לדידו של בית המשפט אין חשש כי הכפוף ישגה, ולכן לא תעמוד לו הגנת הצידוק.

לי נראה כי פרשנות זו של דברי בית המשפט תהיה שגויה. מעיון כללי בפסק הדין נראה שכוונתו הייתה דווקא לומר כי הגנת הצידוק תינתן לשוטר בכל מקרה שבו יש פגם חוקי כלשהו בפקודה, בתנאי שאין בפגם האמור כדי לגרום לכך שהפקודה תהיה "בלתי חוקית בעליל".

13.4.2.6.1 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

את ההלכה הקובעת באופן גורף שאין לציית להוראות שניתנו בהיעדר מוחלט של סמכות ראוי לבחון במשולב עם ההלכה הקובעת כי הוראה כזאת כלל אינה צו מחייב של רשות מוסמכת.⁵³² בפועל מדובר בשתי הלכות אשר מובילות לאותה תוצאה: לא תקום לחייל הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שנתן מפקד, שמסיבה ארגונית זו או אחרת הוא אינו מוסמך לתתה.

בספרות, לעומת זאת, הביע שטרומן דעה 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".⁵³³ כמו כן, בעניין מנוס⁵³⁴ (חוקר יחידת הסמים שאוחדה עם אגף המכס, אשר סירב לציית לממוניו החדשים), פסקה השופטת בייניש כי עקב אימוצה של דוקטרינת הבטלות היחסית אל תוך המשפט הישראלי, אם הפגם היחיד בהוראה הוא שזו ניתנה בהיעדר סמכות, אזי הוראה זו אינה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי עבור מקבלה (וראו עמדות דומות נוספות שנידונו לעיל).

לפיכך, נשאלת השאלה אם התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק תומכות בכלל גורף השולל הגנה זו בגין ציות לכל פקודה הניתנת בהיעדר סמכות ארגונית כלשהי, או שמא יש לאמץ כלל הפוך, בהתאם לדעה שהביע שטרומן ומשתמעת מעניין מנוס.

השיקול לאימוצו של כלל גורף של אי-ציית במקרים של היעדר סמכות ארגונית הוא שברוב המקרים הללו שיקולי ההצדק הם חלשים, מכיוון שהמערכת הצבאית עצמה נפגעת ממעשי מפקד

⁵³² הלכה זו נדונה בחלק 9.2 לעיל.

⁵³³ שטרומן, לעיל ה"ש 346, בעמ' 6.

⁵³⁴ עניין מנוס, לעיל ה"ש 72.

הפועל בניגוד להיררכיה הפנימית ולסדרי העבודה הצבאיים. לעומת זאת, במקרים אלו דווקא שיקולי ההפטר חזקים: לרוב, חייל אינו יכול לדעת במדויק מהן הסמכויות המהותיות של מפקדו, ולפיכך במקרה כזה לא יהיה הוגן להטיל עליו סנקציה עקב ציות לפקודה.

בפועל, תחום הפקודות הניתנות בהיעדר סמכות הוא רחב וכולל מגוון פקודות. לפיכך, לדידי, אין לאמץ כלל גורף לכאן או לכאן, אלא יש לבחון סוגים שונים של חוסר סמכות שבהם יכולה פקודה להיות נגועה כדי לבדוק אם ראוי לאמץ לגביהם כלל ציות או אי-ציות.

סוג ראשון של חוסר סמכות בא לידי ביטוי בפקודות שציות להן כלל לא כרוך בביצוע עברה על ידי החייל המציית, הניתנות על ידי מפקד שאינו מוסמך מבחינה חוקית לתתן. במקרה זה כלל לא מתעוררת השאלה של הגנת הצידוק על פי חוק העונשין. אך נשאלת השאלה אם במקרים כאלה נרצה לאמץ כלל גורף שלפיו חייל תמיד רשאי לסרב לפקודה כזו, וכי הוא לא יועמד לדין בגין הסירוב לקיים את הפקודה.⁵³⁵ כדי להמחיש מדוע במקרה זה לא ראוי לאמץ כלל גורף של אי-ציות, נבחן שתי פקודות בגדרה של קבוצה זו. במקרה של מפקד הפוקד על חייל לעשות עבירות פרטיות – נראה כי נרצה שהחייל לא יציית לפקודה, מכיוון שהמפקד מנצל את המשמעת הפנים-יחידתית ופוגע קשות במשמעת הכלל-צבאית. לעומת זאת, אם סמל מורה לפקודו להישאר "שעות ביציאה", פקודה זו נעדרת סמכות מכיוון שככלל, אך ורק סרן ומעלה רשאים למנוע חופשה, על פי סעיפים 1א ו-3 להוראת פיקוד עליון 6.0301 "תגובה פיקודית – מניעת חופשה"; אולם נראה כי במקרה כזה מתן היתר לחייל לעזוב את הבסיס עם שאר החיילים יפגע קשות במשמעת הצבאית, ולכן דרך הפעולה הראויה לחייל היא לפנות למפקדים בשרשרת הפיקוד או להתלונן לאחר מעשה. לפיכך, לגבי סוג זה של היעדר סמכות קיימים, לעתים, דווקא שיקולי הצדק חזקים המחייבים הימנעות מקבלת כלל גורף של אי-ציות.

סוג שני של היעדר סמכות בא לידי ביטוי בפקודות לבצע מעשה שהמפקד אינו מוסמך להורות עליו וההופך לבלתי חוקי עקב היעדר הסמכות של המפקד. דוגמה לכך היא חייל המבצע מעצר על סמך צו מעצר שחתם עליו מפקד שאינו מוסמך לחתום על צווי מעצר, ועקב כך, לכאורה, ניתן להעמיד אותו 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, במקרה שבו דובר בצו עוצר לא חוקי קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר⁵³⁶ (הערעור בפרשת כפר קאסם) כי אף שהמח"ט, אל"ם שדמי, הפר את החוק בהוראתו להטיל עוצר מבלי שהחתיים מראש את המפקד המוסמך לכך בדין על צו הטלת העוצר, היו הנאשמים "רשאים להניח שהעוצר הוטל על ידי אל"ם שדמי כחוק, ועל כן עומדת להם מכל מקום טענת הצידוק במובן הזה".

כמו כן, כאשר דובר בצו מעצר, קבע בית המשפט העליון בתקופת המנדט בעניין Hajdamovitz

535 לדיון בסוג כזה של פקודות ראו חלק 7.2 לעיל.

536 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 62.

נוטר פולני שירה בסוחר נשק)⁵³⁷ כי אף שהמעצר לא היה חוקי כיוון שרשויות הצבא הפולני לא העבירו את העצורים לרשויות האזרחיות המנדטוריות, חייל סביר לא יכול היה לדעת אם מפקדו פעל בהתאם לפרוצדורה הראויה להוצאת צו מעצר לפני שנתן את פקודת השמירה:

There was nothing even unexpected, let alone manifestly unlawful, in the order to go on sentry duty outside the wash-house and watch them. From his point of view (which is all that we are concerned with) it was a perfectly reasonable and not even a particularly unusual order for a soldier to receive. It seems to us that it would be artificial and unfair to the appellant in the highest degree to come to the conclusion that the question whether Lieutenant Klemasz or any senior officer may have been wrong in law in failing to hand over these people at once to the civil authorities is a matter with which sentry should concern himself at all. Therefore, as far as the order to guard these people was concerned, we think that there was nothing manifestly unlawful in that order, and that the sentry was entitled and, in fact, bound to obey it.

משמע, בפסקי הדין בעניין עופר ובעניין Hajdamovitz נקבע כי חייל אינו יכול לזהות אם את הצווים כאמור הוציא גורם מוסמך אם לאו, ולכן זוכו החיילים.

מנגד, בעניין אביעד⁵³⁸ (נשק שנתן לסרון נשק שלל לבקשת סמל) קבע בית הדין, בין השאר, כי מכיוון שמדובר בפקודה שניתנה בהיעדר סמכות, הרי היא בלתי חוקית בעליל: "לטענה, כי המערער פעל לפי פקודתו של סמל גלזר אין על מה לסמוך, כיוון שהלה לא היה בר סמכא להורות לו על הוצאת נשק מידו, וממילא שכל פקודה מצדו, לו גם נתן כזאת, הייתה בלתי חוקית בברור ובגלוי".

בעניין פרושינסקי⁵³⁹ הרשיע בית המשפט העליון עובדי עירייה שהרסו בית על סמך צו שעליו חתם ראש העיר, אף שהגוף המוסמך לחתום על צו כזה הוא מועצת העיר. מועצת העיר העניקה למעשה ההריסה אישור רטרואקטיבי. בית המשפט קבע כי על עובד עירייה לדעת אם צו הריסה הוא חוקי אם לאו, ואם הצו אינו חוקי אסור לעובד הציבור לבצעו, אף אם המבנה נבנה שלא כחוק.

לדידי, עקב החינוך המרבי למשמעת שזוכים לו חיילי צה"ל, ועקב הקושי האמיתי של חיילים לזהות את גבולות הסמכות של מפקדיהם, ככל שהדבר נוגע לחיילי צה"ל אין זה ראוי להכיר בכלל של אי-ציות גורף במקרים הללו, אלא לבחון כל פקודה ופקודה לגופה.

סוג שלישי של חוסר סמכות בא לידי ביטוי בפקודות שנתן לחייל מי שאינו חלק משרשרת הפיקוד שאליה הוא שייך, כמו בעניין דן (מפקד מחלקה אשר קיבל הוראות סותרות מאלוף הפיקוד ומהמג"ד).⁵⁴⁰ בית הדין קבע כי מכיוון שפקודתו של מפקד הגדוד ניתנה בחוסר סמכות היא בלתי

537 עניין Hajdamovitz, לעיל ה"ש 477, בעמ' 144.

538 עניין אביעד, לעיל ה"ש 235.

539 עניין פרושינסקי, לעיל ה"ש 257.

540 עניין דן, לעיל ה"ש 144, פס' 87.

חוקית בעליל, ולפיכך הרשיע את החייל:

למג"ד [...] לא הייתה כל סמכות לצוות על המערער שלא לקיים הוראות מפקדת הפיקוד, הן משום שמפקדת הפיקוד הייתה כאמור הרשות הפיקודית המוסמכת לתת פקודות תפעול למחלקה במדה שצרכי השעה חייבו זאת והן משום שבמשך התקופה שהמערער היה בדרדרה, חדל [ה]מג"ד [...] להיות מפקדו בכל הנוגע לתפעול המחלקה.

אשר לטענה האחרונה והיא כי שמורה למערער ההגנה הנתונה לפי ס' 19(ב) לפח"פ, דעתינו היא, כדעת ביה"ד המחוזי, שמאחר ופקודת המג"ד בהיותו חסר סמכות כאמור הייתה בלתי חוקית בעליל אין למערער כל הגנה לפי סעיף 19(ב) האמור.

כפי שניתן לראות, בית הדין קבע כי הפקודה שסגן דן ציית לה הייתה בלתי חוקית בעליל מכיוון שניתנה בהיעדר סמכות. לדעתי פסק הדין שגוי, והוא ממחיש מדוע גם במקרים מסוג זה אין לאמץ כלל גורף של אי-ציות. דן היה סבור כי הוא מקבל פקודה ממפקד מוסמך, וכמו מרבית החיילים במצבו לא היה מסוגל לזהות כי נותן הפקודה נעדר סמכות. לפיכך, קיימים שיקולי הפטר חזקים אשר מחייבים דחייה של החלת כלל גורף של אי-ציות במקרים כאלה.

סוג רביעי של היעדר סמכות הוא מקרים שבהם ברור כי המפקד אינו פועל מתוקף היותו אורגן ציבורי, אלא מתוקף אינטרס אישי. בפסיקה נקבע כי הוראות המפקד במקרים כאלו כלל אינן צוים הניתנים מאת "רשות מוסמכת", ולכן אין חובה לציית להן.

כך, למשל נקבע בעניין דגני (שוד כבשים)⁵⁴¹ כי מכיוון שההוראה לשדוד כבשים כלל אינה נוגעת לצבא לא ניתן להגדירה ככזו שניתנה כאשר המפקד שימש בתפקידו כאורגן של הצבא, ולכן היא לא תיחשב ל"צו" לעניין הגנת הציידוק:

לדעתינו חסרה ההוראה שנתנה למשיב את סימני ההיכר של פקודה אשר יהא בה מן הצו של רשות בת סמך שהחוק מחייב את המשיב להשמע לו בגדר סעיף 19. ההוראה לא התייחסה כלל לפעולה צבאית כל שהיא. ולא ניתנה למשיב בקשר לעניני הצבא ומטרתה היחידה הייתה להבטיח כבשים לשם שימוש בהם כמאכל בקומזיץ ורק מטעם זה נראה לנו כי המשיב לא היה חייב להישמע ל'צו' זה.

הלכה דומה נקבעה לגבי הוראותיו של שוטר מג"ב בעניין רן⁵⁴² (פקודת ירי שנתן שוטר מג"ב שלא היה בתפקיד). במקרה זה קיבל המערער הוראה לירות באוויר משוטר מג"ב אשר השתתף עמו בתגרה אורחית. המערער הועמד לדין בגין שימוש בלתי חוקי בנשק וטען להגנת הציידוק עקב ציות להוראתו של שוטר מג"ב. בית הדין דחה טענה זו:

שעה שברור וגלוי לכל, כי השוטר פועל מחוץ למסגרת תפקידו כשוטר ופועל כאזרח רגיל – אין לו סמכות יתרה, ואין הוא רשאי להורות לאיש דבר ואין איש צריך לציית לו. בנסיבות אלו לא תעמוד למי שנענה לקריאת השוטר הגנת הציידוק.

541 עניין דגני, לעיל ה"ש 138.

542 עניין רן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 289.

לטעמי, אף במקרים מסוג זה אין לאמץ כלל גורף של אי-ציות בשל היעדר סמכות, אך מסיבה אחרת: מקרים אלו ממילא נופלים לגדרו של כלל גורף אחר של אי-ציות, הוא הכלל האוסר ציות לפקודות אזרחיות.

הסוג החמישי של היעדר סמכות הוא, לטעמי, הסוג היחיד שבו יש לאמץ כלל גורף של אי-ציות. סוג זה לא נידון בפסיקה בארץ, ולפיכך איעזר לעניין זה בפסיקה זרה. מדובר במקרים שבהם נותן הפקודה הוא אדם השייך לגוף שאין לו כל סמכות לתת פקודות בתוך אותה מערכת משפט. ברוח זו קבע בית המשפט בסינגפור בעניין Alsagoff⁵⁴³ כי לשוטרים סינגפורים לא תקום הגנת הצידוק בגין מעשים שביצעו בזמן הכיבוש היפני עקב ציות לפקודות של חיילים יפנים; ובית המשפט בדרום אפריקה קבע בעניין Werner⁵⁴⁴ כי לשבויים גרמנים לא תקום הגנת הצידוק עקב ציות להוראותיו של סוכן חשאי גרמני ששהה במחנה השבויים. במקרים כאלו למערכת המשפטית לא צומחת כל תועלת מציותו של האדם, כלומר לא מתקיימים שיקולים של הצדק. מבחינת שיקולי הפטר נראה כי במקרים אלו ברור למקבל הפקודה כי נותן הפקודה אינו מוסמך לתת לו הוראות. חששו של מקבל הפקודה הוא אחר – שיבולע לו עקב סירובו לציית. אכן, לעיתים, חשש זה הוא אמיתי וכן, אך במקרים כאלה אין צורך להידרש להגנת הצידוק, שכן לשם כך קיימת הגנת הכורח על תנאיה (במאמר מוסגר יצוין כי בפסקי הדין בעניין Werner ובעניין Alsagoff נדחתה הגנת הצידוק לא מפני שנקבע כי הפקודות שניתנו היו בלתי חוקיות בעליל, אלא מפני שלא ניתנו על ידי רשות מוסמכת).

13.4.2.7 פקודה המורה למסור עדות שקר

פקודה המורה לחייל או לעובד ציבור למסור עדות שקר לרשויות החוק תיחשב תמיד בלתי חוקית בעליל. לא מדובר רק בפקודה לשקר בעדות בבית משפט אלא בפני כל רשות לביורור אמת, כגון ועדת חקירה או משטרה.

כן, למשל, בעניין גינסור⁵⁴⁵ (עתירה נגד מינויו של יוסי גינסור למנכ"ל משרד השיכון עקב מעורבותו בפרשת "קו 300") ציטט בית המשפט את דו"ח ועדת לנדוי, שבו נקבע כי "מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי-חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'". אלה היו דבריה המלאים של הוועדה בנושא:⁵⁴⁶

שבועתיים מכאיב וטרגי הדבר שקבוצת אנשים נכשלה קשות בהתנהגותה כיחידים וכקולקטיב. באומרנו זאת אין כוונתנו לשיטות החקירה שנקטו דווקא, עליהן יש ללמד זכות במידה רבה, הן מבחינה מוסרית והן מבחינה משפטית, כפי שיוסבר להלן, אלא לשיטה של מתן עדות שקר בבתי משפט, שנתגלתה עתה במעורומיה ויש לגנותה בכל פה. גילוי השיטה הזאת הגביר את משבר האמון בחוסנו המוסרי של השירות שהחל עוד לפני כן, והוא מערער את תחושת הביטחון העצמי והכרת-ערך-עצמית של כל עובד מעובדי

543 עניין Alsagoff, לעיל ה"ש 348.

544 עניין Werner, לעיל ה"ש 157.

545 עניין גינסור, לעיל ה"ש 420, פס' 26; דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 82.

546 דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 4'3 ו'82-83 בהתאמה.

השירות. את הרעה הזאת יש לשרש, כי כנפשינו הדבה, במלוא מובנם של מילים אלה.

...

כאשר החוקר נתן לאחר מכן עדות שקר בפני בית משפט או בית דין על דרכי החקירה. כאן לא תעמוד לחוקר הגנה של צורך לפי ס' 22 או של ציות לצו של הממונים עליו לפי ס' 24 (א)(1), שהרי מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור' [...]

הלכה דומה נקבעה בעניין אופיר.⁵⁴⁷ באותו מקרה יצאו שלושה חיילים לסיור בפיקודו של סמל. בדרכם גילו כמה בחורים ערבים שהסתתרו בערמת קש גדולה. הסמל, שחשד כי בערמה מסתתרים אנשים נוספים, עלה עליה בקומנדקר. הקומנדקר נתקע בערמת הקש, ותוך כדי ניסיונות לחלצו נדלק הקש בערימה והקומנדקר נשרף. כדי שלא להסתבך שידל הסמל את החיילים לספר סיפור בדוי על הנסיבות שבהן נשרף הקומנדקר. אלה היו דבריו של בית הדין בעניין השידול:

אף אם נניח כי המשיבים, במוסרם את עדותם לפני חוקר מצ"ח לא פעלו מרצונם החופשי, אלא מתוך ציות למה שנראה להם כמו פקודה צבאית מחייבת של מפקדם [...] גם אז אין לראות בכך הגנה משפטית למשיבים, מאחר שפקודה כזו הייתה באופן גלוי וברור בלתי חוקית והם לא היו חייבים בציות לה.

פקודה של מפקד בצה"ל לפקודיו להסתיר מעיני השלטונות הצבאיים את האמת לגבי מה שקרה בשעת מילוי פעולה או תפקיד צבאי היא פקודה בלתי חוקית באופן גלוי וברור, ולא תתקבל טענה, כי החייל הסתיר את האמת בתוקף פקודה זו.

בעניין נסיכי,⁵⁴⁸ הועמד הנאשם (עובד ציבור) לדין בגין עברות של שיבוש מהלכי משפט והדחה בחקירה. בעת ששימש בתפקיד מנהל האגף לחומרים ומחקר במע"צ שמר הנאשם בסוד את דבר קיומם של מסמכים שונים, אשר היו רלוונטיים לחקירה משטרתית; החקירה התנהלה בעקבות תאונה קטלנית שבה נהרגו 17 בני אדם ונפצעו עשרות אנשים נוספים. הנאשם טען שציית להוראת הממונה עליו ולכן קמה לו הגנת צידוק. בית המשפט דחה טענה זו:

נראה כי הוראה להעלים ראיות מהמשטרה ובמיוחד כשהדבר נוגע לחקירת נסיבות התרחשותה של תאונת דרכים קטלנית, הינה הוראה שאי חוקיותה אינה נסתרת, אינה מתגלה רק לעיניהם של חכמי משפט והיא ברורה וגלויה על פניה. אי חוקיותה של ההוראה הייתה ידועה גם לנאשם עצמו, שאישר כי ידע שאסור להעלים ראיות, ואף סרב לעשות כן ככל שהדבר התייחס לתיקון הדו"ח והפצתו מחדש.

13.4.2.7.1 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

לדידי, אין כל סיבה לחלוק על ההלכה כי פקודה המורה לחייל (או עובד ציבור) להעיד עדות שקר היא תמיד פקודה בלתי חוקית בעליל. מדובר בכלל פשוט ובהגנה על אינטרס ציבורי חשוב –

547 ע/56/72 (ערעורים צה"ל) אופיר נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1956, 82, 85 (1956).

548 ת"פ (שלום נוצרת) 2260/04 מ"י נ' נסיכי, פס' 36 (פורסם בנבו, 6.7.2008).

בירור האמת. כמו כן, קיימים מנגנונים אחרים שנועדו להגן על ביטחון המדינה בהליכי החקירה, דוגמת הטלת חיסיון.⁵⁴⁹ לפיכך, לרוב תינתן פקודה כזו שלא על מנת להגן על ביטחון המדינה, אלא עקב רצונו של נותן הפקודה להציל את עורו מפני העמדה לדין פלילי. כיוון שההלכה האמורה נועדה להגן על האינטרס של בירור האמת, טוב עשתה הפסיקה בהרחבת תחולתה גם על הליכים הנוערכים בפני גופי בירור אמת נוספים מלבד בתי המשפט.

13.4.2.8 פקודה להעניש אזרחים באמצעות פגיעה ברכושם

בנוגע לפקודה לחייל להעניש אזרחים באמצעות פגיעה ברכושם הדעות חלוקות. בעניין אדלר⁵⁵⁰ (פרשת גבעתי א) קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום (בבטאו את גישת הפגיעה בערכי היסוד) כלל גורף בנושא: "כל אדם הגדל ומתחנך במדינת חוק יודע שאין סמכות, זולת לבתי המשפט, לענוש אנשים שעברו עבירות".

עם זאת, אין לשכוח כי בעניין אדלר עסקינן בענישה גופנית דווקא, ולכן נשאלת השאלה אם ניתן להסיק ממנו גם לעניין פגיעה ברכוש.

בעניין מ'551 (פקודות עונשיות לאחר פקודה של הרמטכ"ל "לטרטר" את האוכלוסייה המקומית) אסר בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז על ענישה ללא משפט, אולם הגדיר לכך חריג מסוים, שעל פיו ניתן להשתמש בכלי ענישה של הפסקת היתרים ורישיונות. פקודות לשימוש בסוגים אחרים של אמצעי ענישה הוכרו כבלתי חוקיות בעליל. בהקשר זה אמר בית הדין כך:

מתוכן העדויות שהבאנו לעיל עולה בעליל שהיו פקודות, אשר כל בר בי רב מבין ויודע שהיו פקודות בלתי חוקיות בעליל ושחובה היה לסרב למלאן. הרי לא יעלה על הדעת שהוראותיו של המח"ט [...] לירות בדודי שמש, לשבור את השעונים, לרכז עוברי אורח או אנשים שהוצאו מהבתים בכתות, בקבוצות של 8-6 איש, ולהכותם, פקודה חוקית הינה. האם היה מישהו מעלה על הדעת שאם היה המח"ט מוציא פקודה זו בכתובים היה הופך הוא לדין שעומד בכללי המוסר והמשפט הבין-לאומי? [ההדגשה הוספת].

לעומת זאת, כאמור, לגבי היתרים שונים שלמושל הצבאי קיימת סמכות שבשיקול דעת להעניקם (דוגמת היתר להובלת בטון, היתר למעבר בגשרים וכן מתן רישיונות בהתאם לחוק) קבע בית הדין כי החלטה להפסיק להעניקם הניתנת כאמצעי ענישה הינה החלטה חוקית.

בעניין בן-ארצי⁵⁵² (סירוב להתחיל מטעמי מצפון) ציין בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל בהערת אגב:

אכן, השאלה אם פקודה הינה אכן בלתי-חוקית בעליל או שהינה בלתי-חוקית באופן 'ברור וגלוי' היא שאלה לא פשוטה. דומה, שלא רק מעשים, אשר מסכנים חיי חפים מפשע נכללים בהגדרה זו; לעיתים, ייכללו בהגדרה פגיעות ברכושם של אזרחים שלא

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

550 עניין אדלר לעיל ה"ש 168, פס' 15 לחלק שכותרתו "ההיבט המשפטי".

551 עניין מ', לעיל ה"ש 255.

552 ראו את פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 33.

לצורך, השפלה של עצירים או אזרחים וכיוצא בזה [ההדגשה הוספה].

בפסק דינו של בית הדין המחוזי בעניין רוטשטיין⁵⁵³ (ירי עונשי בגלגלי מכונית) קבע בית הדין:

לנו נדמה כי על פניה, פקודה כזו באותן נסיבות ובנפשות הפועלות של נותן הפקודה ומקבלה היה ברור לנאשם שהפקודה היא בלתי חוקית בעליל.

אין הצבא עוסק בעונשים ודברי הסניגור שכביכול הנאשם יכול היה לחשוב שמוותר לו לעשות זאת משום שבמקרים אחרים הצבא מבצע אטימת בתיים, אינה דומה למקרה שלפנינו [...].

אולם בית הדין הצבאי לערעורים, אשר דן בערעורו של הנאשם מס' 2, סגן רגב, הפך את פסיקת בית הדין קמא במקרה זה, סירב להכיר בכלל גורף וקבע כי "לא כל חריגה מהוראות פתיחה באש" ו"לא כל פעולה עונשית היא בלתי חוקית בעליל". במקרה נשוא פסק הדין, כיוון שהמערער דאג שלא ייפגעו חיי אדם קבע בית הדין כי אין לומר שהפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל.⁵⁵⁴

גם מפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ המוקד להגנת הפרט⁵⁵⁵ משתמעת הבחנה בין פקודה עונשית הגורמת לפגיעה פיזית לבין פקודה עונשית הגורמת פגיעה ברכוש. שם נדונה עתירה בעניין חוקיותה של מדיניות הריסת בתי מחבלים. בג"ץ דחה את העתירה בקבעו שאין במדיניות זו משום מעשה של ענישה קולקטיבית אסורה. בשולי הדברים שלל השופט רובנשטיין את טענת העותרים כי העיקרון המוסרי שעל פיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בקטא וימתו" הקבוע בספר מלכים ב יד, ו (ובנוסחים דומים במקורות אחרים) מחייב לפסול את מדיניות ההריסה של בתי מחבלים:

בענייננו, בשונה קוטבית ומהותית מכל המובא על-ידי העותרים והמובא כאן על-ידינו, אין עסקינן בקטל, ויאמר בפה מלא כי אילו בקטל היה מדובר היה המעשה בלתי חוקי בעליל. כאן עסקינן בהריסתו או באטימתו של בית, הכוללת אמנם פגיעה כלכלית ביושביו, אך אין ניתן להשוותה כלל [...] [ההדגשה הוספה].

פסק דין נוסף שבו זוכו חיילים אשר צייתו לפקודה לפגוע באוכלוסייה אזרחית כאמצעי ענישה הוא עניין שריקי (פרשת גולני).⁵⁵⁶ באותו מקרה, בדומה לפסיקת בית הדין לערעורים בעניין רגב, נקבע על סמך גישת חומרת המעשה כי פקודות בלתי חוקיות המורות על ענישה אינן בהכרח בלתי חוקיות בעליל. אולם בעניין רגב קבע בית הדין לערעורים קביעה זו בהקשר של פקודות עונשיות המורות לפגוע ברכוש, ואילו כאן החיל זאת בית הדין גם על פקודות בלתי חוקיות המורות על ענישה גופנית: "דומה בעינינו כי גם התובע איננו סבור כי מעשיהם של [הנאשמים] ראויים לגינוי כמקוממים ודוקרי לב – נוסח הדגל השחור – וכך גם סבורים אנו [...]". לפיכך, ברור על דרך קל וחומר כי בעניין פגיעה ברכוש תהיה גישתו של בית הדין בעניין שריקי דומה.

553 עניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 377.

554 עניין רגב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 46.

555 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' כו (פורסם בנבו, 31.12.2014).

556 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197, בעמ' 70. כאמור, בפסק הדין יש יסודות של שימוש בגישות עובדתיות, אך בפועל הדגש המרכזי הושם בחומרה המוסרית של המעשה, אשר לדעת בית הדין הייתה מועטה.

13.4.2.8.1 האם קטגוריה זו היא קטגוריה ראויה?

כאמור לעיל, בסוגיה האמורה נחלקו הדעות בפסיקה. לפיכך, נשאלת השאלה איזו הלכה מההלכות אשר נדונו לעיל תואמת את התכליות העומדות בבסיס הגנת הצידוק? או במילים אחרות, האם יש לאמץ כלל גורף של אי־ציות לגבי פקודות הנוגעות לענישה ללא משפט של אזרחים?

מכיוון שענישה פיזית של אזרחים כבר נופלת לגדר הכלל המצוין לעיל, האוסר על ציות לפקודות המורות לפגוע בבני אדם שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה, בפועל השאלה היא אם ראוי לאמץ כלל הקובע כי תמיד אסור לציית לפקודות עונשיות המורות על פגיעה ברכוש. לטעמי, אף שבמרבית המקרים שדנו בסוגיה דובר בפקודות אשר ברור כי הן בלתי חוקיות בעליל לפי כל הגישות, אין לאמץ כלל גורף של אי־ציות לפקודות עונשיות כלפי אזרחים הן משיקולי הפטר והן משיקולי הצדק. אכן, העיקרון כי את עונשו של אדם צריכה לקבוע הרשות השופטת ולא הרשות המבצעת הוא עקרון יסודי בחברה דמוקרטית, אך שיקולים הנובעים מהנסיבות שבהן עלולות להינתן פקודות כאלו מחייבים כי לא יאומץ כלל גורף בנושא. פקודות עונשיות ניתנות לרוב במצב לחימה. מבחינת שיקולי הפטר, חייל במצב כזה עלול להיתקל בקושי רב בניסיון להבין אם ניתנה לו פקודה עונשית, הרתעתית או מניעתית. בפועל הלכה כזו תאלץ את החייל לבקר כל הוראת עוצר, סגר, כתר או חישוף שנתן מפקדו; חייל אינו מסוגל לעשות זאת, ומבחינת שיקולי הצדק – ניסיון לעשות זאת עלול לפגוע אנושות במשמעת הצבאית. לפיכך, לטעמי, אין לאמץ כלל גורף של אי־ציות בתחום זה.

13.4.2.9 מקרים בהם נשללה הגנת הצידוק בחוק

בסעיף 6 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם⁵⁵⁷ ובסעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם קבע המחוקק כי מבצעי העברות המצויות בדברי חקיקה אלו לא יוכלו להתגונן בטענת צידוק. ייתכן שניתן לראות בחקיקה זו חיזוק לאימוץ גישה נורמטיבית של איסור פגיעה בערכי יסוד גם בתחומים נוספים (כפי שידון בהמשך בנוגע לפקודות המורות על הפרת המשפט הפלילי הבינלאומי).

בסעיף 6 לחוק בדבר פשע השמדת עם נקבע כי הגנת הצידוק לא תחול על העברות בחוק זה (וכן כי לא יחולו הגנות נוספות). העברות על פי חוק זה (סעיף 3) הן קשה, ניסיון, הסתה והשתתפות בהשמדת עם. השמדת עם מוגדרת כך:

1. (א) בחוק זה 'השמדת עם' פירושה – אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי (להלן: 'קיבוץ'), באשר הוא קיבוץ כזה. ואלה המעשים:

(1) הריגת אנשים הגמנים עם הקיבוץ;

⁵⁵⁷ החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, ס"ח 42 (להלן: "החוק בדבר פשע השמדת עם").

- (2) גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקיבוץ;
- (3) העמדת הקיבוץ בתנאי־חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הגופנית, כולו או מקצתו;
- (4) קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ;
- (5) העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בדרך כפייה.

בחוק מומרת הגנת הצידוק בעונש מופחת:

2. עונש על השמדת עם

האשם בהשמדת עם, דינו – מיתה; אך אם עשה את המעשה, המהווה את העבירה, בנסיבות אשה, אלמלא סעיף 6, היו פוטרות אותו מאחריות פלילית או היו משמשות עילה למחילת העבירה, והוא עשה כמיטב יכולתו כדי להקל את חומרת התוצאות שנגרמו על ידי המעשה, יהיה דינו – מאסר לתקופה של לא פחות מעשר שנים.

החוק בדבר עשיית דין בנאצים ובעוזריהם קובע הסדרים דומים בנוגע לפשעי הנאצים ועוזריהם. בערעור בעניין אייכמן⁵⁵⁸ דן בית המשפט העליון בשאלה אם שלילת הגנת הצידוק במקרים אלו תואמת את המשפט הבינ־לאומי, ובהתאם לפסיקת בית הדין הבינ־לאומי בנירנברג קבע כי כך הדבר. בית המשפט הסביר כי הרציונל ביסוד שלילת ההגנה הוא ההנחה שאדם המבצע מעשים כל כך נוראים מודע לכך שמעשים אלו סותרים את הדין הבינ־לאומי. בית המשפט קבע כי "עצם הביצוע של הפשעים הנדונים מחייב נוכחות תודעה פלילית אצל המבצע".

גם באמנת רומא⁵⁵⁹ קיים כיום כלל דומה, שלפיו הגנת הצידוק לא תחול על עברות מסוימות:

33(2). For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

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

לצד כללי האי־ציות לפי גישת הפגיעה בערכי היסוד, שהוכרו במפורש בפסיקה, אפשר למצוא בפסיקה תמיכה מסוימת לקיומו של כלל גורף נוסף של אי־ציות: פקודה הניתנת לחייל להעניש חייל אחר באופן שיש בו יסוד של השפלה או של פגיעה גופנית תיחשב 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 בעליל. בעניין אליהו⁵⁶⁰ (חייל שנרדם בעת שמירה ונצטווה להישאר שוכב עד לבוא המשטרה הצבאית) אמר בית הדין:

558 ראו ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2079.

UN General Assembly, *Rome Statute of The International Criminal Court*, 17 July 559
1998 available at www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf (להלן: "אמנת רומא").

560 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85.

הפקודה הזאת, לפי מהותה, אינה נוגעת לחובה צבאית, ולפי מטרתה – יש בה משום אי חוקיות על ידי יצירת מצב של החמרה בעבירה ואי הגינות כלפי הנאשם וכפייה עליו לספק 'הוכחות' נגד עצמו. אנו משוכנעים, אפוא, שבאין פקודה חוקית, לא היה מקום להביא נגד המערער את האשמה על סירוב למלא פקודה.

תימוכין לעמדה כי פקודה עונשית שתוצאתה משפילה תהיה פקודה בלתי חוקית בעליל ניתן למצוא גם בעמדת התביעה בעניין אילון.⁵⁶¹ באותו מקרה הועמדה לדין שרשרת הפיקוד עקב מעשי התעללות שונים שהתרחשו בטירונות וכללו, בין השאר, החזקת חייל ב"מצב שתיים" (תנוחה לא נוחה) לפרקי זמן ממושכים, "קאדר אופנוע" (החייל, באפוד ובקסדה, נשען במשך 20 דקות בזווית של 90 מעלות על קיר ועל גבו הונחה אבן, ובכל פעם שהאבן נפלה נוספה לחייל "שעה ביציאה"); כפייה על החייל לעמוד במשך 45 דקות כשהוא מחזיק גריקן של 20 ליטר בכל יד, ובכל פעם שהניח את הגריקן – נוספה לו "שעה ביציאה".

את מעשי ההתעללות ביצעו מפקדי הכיתות וסמל המחלקה בפקודת מפקד הפלוגה. התביעה העמידה לדין את מפקד הפלוגה וכן את מפקדי הכיתות ואת סמל המחלקה, בטענה שהפקודות היו בלתי חוקיות בעליל ולכן היה אסור להם לציית להן. סוגיה זו לא הגיעה לכדי ליבון בבית הדין, מכיוון שהמקרה הסתיים בעסקת טיעון.

מנגד, בפסקי דין אחרים אשר עסקו בתופעה לא ננקטה גישת הפגיעה בערכי היסוד.

בעניין גוטמן⁵⁶² העניש המשיב חייל אשר נרדם במארכ וביקש העברה מהיחידה. העונש הוטל בפקודת מפקדו של המשיב – קצין בדרגת סג"ם. בתחילה פקד הקצין על החייל לזחול בתוך שלולית; בשלב זה עזב הקצין את המקום, והמשיב השגיח כי החייל מבצע את ההוראה. כאשר חזר הקצין הוא ראה שהחייל זוחל לאט מדי, ולכן הורה לארבעה חיילים לקשור את החייל בחבל ולגרור אותו הלוך וחזור בשלולית, כשעליו הונחו חגור וארבעה כובעי פלדה. באותו מקרה זיכה בית הדין את המשיב שציית לפקודת הקצין וקבע שרב"ט סביה שלא כמו קצין או חוגר בכיר סבירים, לא יכול היה לדעת כי מדובר בפקודה שאינה חוקית. משמע, בית המשפט נקט גישה עובדתית של ידיעה בכוח.

בפסק הדין בעניין אזרון⁵⁶³ ("טרטורים" בקורס טיס) צידד בית הדין הצבאי לערעורים בגישת חומרת המעשה. בהתייחסו לגישה הרווחת כיום בבתי הדין לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל אמר בית הדין:

בהגדירים את הפקודה הבלתי חוקית בעליל, מצאו בתי הדין הצבאיים לנכון לילך בדרך שבה מוגדרת פקודה זו כ'דגל שחור' כ'כתובת אזהרה האומרת – אסור!', כפקודה שאי החוקיות שבה: 'דוקרת את העין ומקוממת את הלב' [...] רוצה לומר, רק הוראות קיצוניות, כשאי החוקיות תועק ותקומם, תחשבנה לפקודות בלתי חוקיות בעליל.

561 חש/99/185 (צבאי מפח"ש) התובע הצבאי נ' אילון (לא פורסם, 22.10.2000).

562 ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' גוטמן (לא פורסם, 8.9.1959). (נספח טו להלן).

563 עניין אזרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

משמעותה של הלכה זו, שיש החולקים עליה, הינה הרחבה של מסגרת הפקודה הבלתי חוקית וצמצום המקרים שבהם תוגדר הפקודה כבלתי חוקית בעליל.

בהתייחסו למקרה שלפניו אמר בית הדין: "לא נטען בפנינו, לאור הנסיבות כפי שנקבעו ע"י בית הדין קמא, כי בפקודה בלתי חוקית בעליל עסקינן".

בית הדין חזר על קביעתו כי הגישה המחייבת כיום היא גישת חומרת המעשה גם בעניין פורת⁵⁶⁴ ("טרטורים" חמורים בסיירת גולני).

13.4.2.10.1 האם ראוי לאמץ קטגוריה זו?

בשל חוסר הבהירות הקיימת בהלכה נשאלת השאלה אם ראוי לאמץ כלל גורף של אי-ציות לפקודות הניתנות לחיילים כעונש, ואשר יש בהן יסוד של השפלה חמורה או פגיעה גופנית.

תופעת ה"טרטורים" 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, והצבא נלחם בתופעה זו בדרכים רבות. לטעמי, קביעת כלל גורף של אי-ציות בתחום תאפשר כלי נוסף להילחם בתופעה מכיוון שהיא תאפשר לחייל ה"מטורטר", או המבצע את ה"טרטור" בהוראת מפקדו, לטרב לאלתר לפקודה כזו 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 כדי לאכוף משמעת בעת קרב (וראו לעניין זה סעיף 20 לחש"ץ).

13.4.2.11 רמזים לכלל נוסף: פקודות שהן בגדר בגידה

ייתכן שעל סמך המקורות שיובאו להלן אפשר יהיה לבסס כלל גורף נוסף של אי-ציות, שעל פיו אל לו לחייל לציית לפקודות שהן בגדר מעשה בגידה.

תמיכה לכלל אי-ציות כזה מצויה בדברים שאמר חבר הכנסת מנחם בגין בדיוני ועדת החש"ץ⁵⁶⁵:

סעיף 119

[...] מ. בגין – [...] אנו משחררים חייל מעונש בסעיף זה בסרכו למלא פקודה בלתי חוקית, אם אי-חוקיותה ברור וגלוי, אבל קיימים מקרים בהם יש להטיל חובה על החייל לא למלא תפקיד. יודע אני כי הדבר מסוכן, אבל אם למשל נתן הקצין לחייליו פקודה בוגדנית: זרקו את הנשק ומסרוהו לאויב – הרי אז יש להטיל חובה על החייל לא למלא תפקיד זה. אם בגד החייל כתוצאה של פקודת מפקדו – היוכל להגן על עצמו?

היו"ר י' שפירא: 'הסעיף כשלעצמו הוא מסוכן. יש בו כדי לתת לחייל האפשרות לעשות דין לעצמו. אולם הסעיף הוא הכרחי. אין להוסיף עליו...'

564 עניין פורת, לעיל ה"ש 218.

565 פרוטוקול הישיבה, לעיל ה"ש 67.

תמיכה לכך מצויה גם בעמדת בית הדין בעניין מלינקי⁵⁶⁶ (פסק הדין של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז בפרשת כפר קאסם); שם נראה היה כי בית הדין מביע תמיכה בעמדתו של המלומד האנגלי Dicey, שעל פיה חלה על חייל חובה שלא לציית לפקודה המורה לו לבצע רצח מנהיג פוליטי.

תמיכה רבה באיסור כזה קיימת גם במדינות משפט מקובל שונות. כך, למשל, באחד מפסקי הדין היחסית מוקדמים של המשפט האנגלי בנושא, נידון עניינו של חייל אשר בהוראת מפקדו היה שותף להליך הוצאתו להורג של המלך צ'ארלס הראשון. בסיכום פסק הדין נאמר כך:⁵⁶⁷

Memorandum, that upon the tryal of one Axtell, a soldier, who commanded the guard at the king's tryal, and at his murder; he justified that all he did was as a soldier, by the command of his superior officer, whom he must obey or die. It was resolved that was no excuse, for his superior was a traitor, and all joynded him in that act were traitors, and did by that approve the treason; and where the command is traitorous, there the obedience to that command is also traitorous.

נראה שההשקפה הבאה לידי ביטוי בסיכום פסק הדין האמור התקבעה במשפט המקובל כהלכת פסק הדין, עד כדי כך שאף מאות שנים לאחר מכן, ב-1945, היא שימשה בסיס להרשעה בבית המשפט בהודו. באותו מקרה הועמדו לדין שלושת הקצינים הבכירים ביותר ב-INA (National Army) – כוח אשר בזמן מלחמת העולם השנייה סייע ליפנים להילחם בכריטים מתוך מטרה ללחום למען הודו עצמאית. כך אמר התובע הראשי (Advocate General) של המושבה ההודית:⁵⁶⁸

An act of treason cannot give any sort of right nor can it exempt a person from criminal responsibility for the subsequent acts. Even if an act is done under a command, where the act is traitorous, obedience to that command is also traitorous.

תמיכה נוספת לעמדה האמורה מצויה בסעיף 31 לקוד הפלילי של קווינסלנד⁵⁶⁹ שבו נקבע, בין השאר, מפורשות כי הגנת הצידוק לא תקום אם מדובר בהעמדה לדין בגין בגידה.

נראה כי ראוי לאמץ איסור גורף על ציות לפקודות המורות לבצע מעשה בגידה. מערכת המשפט הישראלית אינה זוכה לתועלת מביצועו של מעשה כאמור אלא ניזוקה, ולפיכך שיקולי ההצדק זניחים. כמו כן, ככלל, קל יהיה לחייל לזהות כי הפקודה הניתנת לחייל היא פקודת בגידה ולפיכך גם שיקולי ההפטר במקרה האמור מצומצמים.

⁵⁶⁶ עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 215.

⁵⁶⁷ Axtell, (1600) 84 Eng. Rep. 1060. הבדלי האיות אינם בשוגג – כך איתו המילים האמורות במקור.

⁵⁶⁸ פסק הדין לא פורסם. תיאור המקרה והציטוט האמור לקוחים ממאמרו של Green, לעיל ה"ש 361, בעמ' 313.

⁵⁶⁹ Criminal Code Act 1899 (Qld) sch 1 s 31 (להלן: הקוד הפלילי של קווינסלנד).

13.4.2.12 רמזים לכלל נוסף: פקודה המפרה את המשפט הפלילי הבינלאומי

בספרות הביע פלר עמדה שלפיה כיוון שהמשפט הפלילי הבינלאומי המנהגי נועד להגן על ערכים בסיסים אשר משותפים וידועים לכלל החברה האנושית, פקודה המורה על הפרתו (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות או רצח עם) תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל.⁵⁷⁰

עבירה מסוג *delicta juris gentium* עלולה להתבצע, כאמור, אפילו נאסרה במפורש בדיני המדינה שבשטחה נעברה, או – וזה העיקר – אפילו חוייב המעשה על פי מדינה זו, אשר ניהול ענייניה בתקופה נתונה של קיומה היה בניגוד לערכים המקובלים של המשפט הבינלאומי. משום כך, נשללת מניה וביה לגבי עבירות מסוג זה כל טענה המבוססת על "צידוק" – ביצוע הדין או ביצוע צו על פי דין – כדי לתרץ את המעשה ולהשתחרר מענישה. נורמה עליונה לדין זה, הכלולה במשפט הבינלאומי, הוזהרה והתריעה על הפסול שבמעשה ועל קיומו של האיסור, ובכך הוצהר והוכרז על כך שהדין או הצו מכוחו, על פיהם פעל העושה, הם בעליל פשע נגד משפט העמים.

חשוב להדגיש כי עמדתו של פלר רחבה יותר מגישתו של החוק החרות בישראל. בחוק מוסדר הנושא במפורש רק לגבי פקודה המורה להפר את המשפט הבינלאומי המנהגי באופן הנופל לגדר עברה של השמדת עם. עם זאת, עמדתו של פלר, השוללת את הגנת הצידוק מקום בו מדובר בפשע כלשהו נגד משפט העמים (ולא רק כשמדובר ברצח עם), היא גם העמדה שהנחתה את המחוקק בעת חיקוק החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. סעיף 8 לחוק זה שולל את הגנת הצידוק לא רק מאלו שנטלו חלק במעשי השמדת עם שבוצעו על ידי השלטון הנאצי, אלא מכל אלו אשר ביצעו עבירה על פי חוק זה; לרבות מאלו שנטלו חלק בפשעים נגד האנושות שבוצעו על ידי שלטון הנאצי (המכונים בחוק: "פשעים כלפי העם היהודי" ו"פשעים כלפי בני אדם נרדפים"), ומאלו שביצעו פשעי מלחמה "בתקופת מלחמת העולם השנייה, בארץ עויינת".⁵⁷¹

תמיכה משתמעת בעמדה האמורה ניתן למצוא גם במספר פסקי דין בהם הובאה העובדה שהפקודה שניתנה הפרה את המשפט הפלילי הבינלאומי כאחד מהבסיסים לקביעה שהיא בלתי חוקית בעליל.

בעניין מ⁵⁷² (פקודות עונשיות שניתנו בעקבות הוראה של הרמטכ"ל "לטרטר" את האוכלוסייה המקומית), בית הדין קבע שפקודות שכללו הכאת פלסטינים, ירי בדודי שמש כעונש על התפרעות, נוהל "שעונים" (מכה באלה בפרק כף היד במקום שבו נמצא השעון על מנת להגדיל את הכאב ובו בזמן לגרום נזק לרכוש), כפייה על עצורים לשיר את המנון מדינת ישראל ועוד, באומרו: "האם מישהו היה מעלה על הדעת שאם היה המח"ט מוציא פקודה זו בכתובים היה הופך הוא לדין שעומד בכללי המוסר והמשפט הבינלאומי?".

בעניין רמילי⁵⁷³ היו הנאשמים, תושבי השטחים, חברים בארגון הפת"ח והועמדו לדין בגין פעולות

570 ראו פלר, לעיל ה"ש 110, כרך א, בעמ' 29-30.

571 לדיון בכך ראו חלק 13.4.2.9 לעיל.

572 עניין מ', לעיל ה"ש 255.

573 עניין רמילי, לעיל ה"ש 465, בעמ' 340.

חבלה שונות, שבין השאר הובילו למותם של שני שוטרי מג"ב. הנאשמים טענו כי מכיוון שביצעו את פעולותיהם בכפוף להוראות של הממונים עליהם בפת"ח, קמה להם הגנת הצידוק. בית המשפט הצבאי בטול כרם דחה טענה זו, מכיוון שהנאשמים לא השתייכו לצבא. לגופן של הפקודות קבע בית המשפט: "על פניהן נראות אותן פקודות כבלתי חוקיות בעליל, בהיותן רצח והשמד של אזרחים חפים מפשע – דבר הנוגד מעיקרו את היסודות האלמנטריים ביותר של הומניות והחוק הבינלאומי המנהגי בדבר דיני מלחמה".

לעומת עמדה זו, סברה ועדת וינוגרד כי יכולה לעמוד לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה, אם קיבל פקודה המורה על הפרה של המשפט הבינלאומי המנהגי, כל עוד הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל; ובמשתמע – עמדת הוועדה היא כי לא כל פקודה המורה על הפרה של המשפט הבינלאומי המנהגי היא פקודה בלתי חוקית בעליל.⁵⁷⁴

דווקא בשל העובדה שהמשפט הבינלאומי בנושאים אלה אינו ברור וחד משמעי, ובשל העובדה שמנגנוני האכיפה שלו חסרים וחלקם מוטים מבחינה פוליטית, חשוב מאוד להתמודד גם בהקשר זה עם בעיות הקיימות לגבי כל סדר משפטי: יש מקרים בהם יש מתח גדול בין מה שמצווה הכלל המשפטי – כגון החובה לציית לפקודה, או החובה לא לפגוע באזרחים – ובין מה שמתבקש על ידי השכל הישר, צורכי הקיום או המוסר עצמו. החוק עצמו מתייחס לעתים למתחים כאלה. כך, החובה המשפטית והמוסרית לא לציית לפקודה שהיא בלתי חוקית בעליל היא מקרה בו החוק מנחה את החייל שלא לפעול בהתאם לפקודה.

לדידי, מבין שתי העמדות האמורות ראוי לבכר את עמדתה של ועדת וינוגרד, ולקבוע כי לא כל פקודה המורה על הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי היא פקודה בלתי חוקית בעליל, מכמה סיבות. ראשית, שיטת המשפט הישראלית היא שיטה דואליסטית⁵⁷⁵ ולא מוניסטית,⁵⁷⁶ ולכן לפחות מבחינה פורמלית טענתו של פלד לעליונות הדין הבינלאומי על הדין המדינתי אינה יכולה לעמוד.⁵⁷⁷ שנית, העמדה הנקטת בחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם הועתקה מאמנת לונדון שעל בסיסה הוקם ופעל בית הדין הפלילי הבינלאומי בנירנברג לאחר מלחמת העולם השנייה. אך, כיום, מלומדי המשפט הבינלאומי חלוקים בדעותיהם אם קיים כלל גורף על פיו כל פקודה המורה על הפרת המשפט הפלילי הבינלאומי לא יהיה בה כדי לספק לחייל הגנה של צידוק (ולאמיתו של דבר, כך היה גם המצב עוד בתקופה שסמוך לאחר מלחמת העולם השנייה).⁵⁷⁸ יתר על כן, מגמת

574 ועדת וינוגרד, לעיל ה"ש 270, בעמ' 487.

575 שיטת משפט הדורשת כי רשויות המדינה יאמצו באופן רשמי לדין הפנימי את הנורמה הקבועה בדין הבינלאומי לשם הפיכתה לחלק מהמשפט המדינתי.

576 שיטת משפט שבה נורמות המשפט הבינלאומי הופכות באופן אוטומטי לחלק מהנורמות של המשפט המדינתי.

577 לדיון בכך ראו את המקורות שהובאו לעיל בה"ש 259.

578 ראו למשל את חילוקי הדעות בין המלומדים גאוטה ומקאוברי: Paola Gaeta, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law*, 10 Eur. J. Int'l L. 172 (1999); Hilaire McCoubrey, *International Law*, 10 Eur. J. Int'l L. 172 (1999); *From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders*, 50(2) Int'l AND COMP. L. QUAR. 386 (2001).

הדין הבין-לאומי בשנים האחרונות, כעולה מאמנת רומא, היא להכיר בהגנה זו, במקרים מסויימים, בנוגע לפקודות המורות על ביצוע פשע מלחמה.⁵⁷⁹ שלישית, כפי שציינה ועדת וינוגרד, איסורי המשפט הפלילי הבין-לאומי (ובמיוחד חלק מדיני הלחימה שהפרתם מהווה פשע מלחמה), פעמים רבות, אינם ברורים כלל ועיקר; לפיכך, הטלת חובה על חייל לסרב לכל פקודה המפרה את המשפט הפלילי הבין-לאומי והענשתו בכל פעם שציית לפקודה כזו יש בה כדי להעמיד את החייל במצב בלתי אפשרי, שכן פעמים רבות הוא כלל לא יכול לדעת בוודאות אם ההוראה שניתנה לו מפרה דינים אלו.

13.5 גישות עובדתיות

כפי שנדון לעיל, הגישות הנורמטיביות מעוררות קשיים רבים, ואלה מטילים ספק רב ביכולתן לשמש בסיס פרשני ראוי ליסוד ה"בעליל" הנטוע בהגנת הצידוק.

לעומת זאת, הגישות העובדתיות גמישות יותר ומאפשרות התאמה רבה יותר של הגנת הצידוק לנסיבות השונות שבהן ניתנה הפקודה. הגמישות נובעת מכך שגישות אלו מתמקדות בידיעתו בכוח או בפועל של החייל בהתאם לנסיבות העניין. בחינת הנסיבות גורמת לכך שטוראי ואלוף, חייל ועובד ציבור אינם מושמים באותו סד משפטי, והיא גורמת לעידוד ההתנהגויות הראויות בכל מצב ומצב, דוגמת חובת ברור ודיווח רחבה בעתות שגרה לעומת חובת ציות כמעט מוחלטת בעתות מלחמה.

לעומת זאת, הקושי בגישות אלו הוא שהן יוצרות חוסר ודאות רב.⁵⁸⁰ חייל עלול לחשוש כי בית הדין יכריע שחייל סביר במצבו יכול היה להיות מודע להיעדר חוקיותה של הפקודה; מפקד עלול לחשוש בעת מתן פקודה ליחידתו כי חלק מהחיילים לא יצייתו לפקודתו בסוברים כי היא אינה חוקית, ובמקום לציית לפקודה לאלתר יתווכחו על כך עמו או בינם לבין עצמם (בעיית "מועדון הוויכוחים").

את ההבדל בין הגישות הנורמטיביות לגישות העובדתיות ניתן להמחיש באמצעות השוואה בין דעת הרוב לדעת המיעוט בעניין רס"ן ראובן⁵⁸¹ (פקודה לשבור ידיים ורגליים שנתן סגן מושל נפת טול כרם), אם כי ראוי להדגיש כי שם, שלא כמו בסיטואציה אשר זה עתה צויינה, דווקא הגישה העובדתית לא הכירה בפקודה מסוימת כבלתי חוקית בעליל ואילו על פי הגישות הנורמטיביות היא הוכרה ככזו. כך קבעו שופטי בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז:

אחד השופטים במותב [...] מסופק אם הטירונים, שנצטוו להכות את העצורים ומילאו הפקודה כלשונה, היו בעלי הכוונה הפלילית הדרושה לעשייתם שותפים לעבירה. שכן מניין להללו כושר ההבחנה, שהפקודה להכות את המפגינים ברחוב בעזרת האלות עד זוב דם, היא פקודה שאין בה דופי וחובה עליהם לציית לה, ואילו להכות את העצורים במשאית, זמן קצר לאחר מכן, הינה פקודה בלתי-חוקית בעליל שחובה עליהם לסרב

579 ס' 33 לאמנת רומא, לעיל ה"ש 559.

580 דברי אנקר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 598.

581 עניין רס"ן ראובן, לעיל ה"ש 428.

למלאה, שאם לא יסרכו יהיו שותפים לפשע?

שני השופטים האחרים אינם שותפים להיסוסים אלה. המבחן של 'הדגל השחור', המתנוסס מעל פקודה בלתי-חוקית בעליל, הינו מבחן אובייקטיבי, ואין נפקא מינא לעניין שורת האחריות הפלילית מה רמתם של החיילים, ותקם בשירות-הצבאי, מערכת מושגיהם והאווירה שבה נמצאו כשפקדו עליהם מה שפקדו. הפקודה להכות אנשים חסרי-מגן, המצויים במעמד של עצורים או שבויים, הינה לעולם פקודה בלתי-חוקית בעליל שמתנוסס מעליה אותו 'דגל שחור'.

משמע, שופט דעת המיעוט נקט גישה עובדתית ולכן התחשב בנסיבות המקרה וקבע כי הטירונים, שלא כמו מפקדיהם, לא יכלו לזהות כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. לעומת זאת, שופטי הרוב נקטו גישה נורמטיבית, ולכן קבעו כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל ללא קשר לנסיבות המקרה.

בתוך הגישות העובדתיות ניתן להבחין בין גישת הידיעה בכוח לבין גישת הידיעה בפועל; בהמשך נותחו שתי הגישות וייבחנו הקשיים והיתרונות בכל גישה וגישה.

13.5.1 גישת הידיעה בכוח

במסגרת גישת הידיעה בכוח נבחן אם "חייל סביר" היה יודע בנסיבות המקרה כי הפקודה היא בלתי חוקית. השאלות אם בפקודה נפל פגם מוסרי או אם הפקודה הפרה עיקרון חברתי או צבאי חשוב אינן שאלות מכריעות בקביעת "עלילות" הפקודה, אלא נשקלות עם נסיבות רבות אחרות לשם הגעה להכרעה הסופית.

הנוקטים גישה זו אינם בוחנים אם החייל עצמו ידע כי הפקודה אינה חוקית.⁵⁸² לכן:

א. ייתכנו מקרים שבהם ייקבע כי אף שהחייל לא ידע שמדובר בפקודה חוקית היה עליו לדעת זאת, ולכן החייל ייענש בגין ציותו לפקודה.

ב. תיתכן אף קביעה הפוכה כי אף שהחייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, חייל סביר מסוגו לא היה יודע זאת בנסיבות העניין, ולכן היה עליו לציית.

אם כן, על פי גישה זו, ידיעתו בפועל של החייל היא אינדיקציה בלבד בבחינה אם חייל סביר היה מזהה את היעדר החוקיות שבפקודה.⁵⁸³

בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר⁵⁸⁴ (הערעור בפרשת כפר קאסם) דן ברכיבי גישת הידיעה בכוח וקבע שתי קביעות משלימות לגבי היבטיה של פקודה בלתי חוקית:

א. בחינת היות הפקודה מנוגדת לחוק.

582 פלה, לעיל ה"ש 384, בעמ' 223, ופרוש, לעיל ה"ש 378, בעמ' 253 ("מבחן אובייקטיבי שאינו תלוי במה שחושב על הפקודה החייל המסוים שקיבל אותה").

583 לידיעתו בפועל של החייל כאינדיקציה לידעת החייל הסביר ראו, למשל, ע/63/62 (ערעורים צה"ל) ע' ג' התובע הצבאי הראשי, פס' 7 (לא פורסם, 24.7.1962) (נספח יט להלן).

584 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 70.

ב. בחינת נסיבות העניין – בית הדין קבע פרמטרים ששקלולם אמור להוביל להחלטה אם חייל סביר בנעליו של החייל הנאשם יכול היה להניח שבנסיבות העניין קיימים שיקולים המצדיקים עברה על החוק, או שהסתירו מעיניו את אי-חוקיות הפקודה.

אם כן, על פי גישה זו בחינת נסיבות המקרה נעשית כדי לבדוק שני רכיבים: הראשון, אם חייל סביר בנסיבות האירוע יכול היה לזהות שמדובר בפקודה הסותרת את הוראות הדין; והשני, אם חייל סביר בנסיבות האירוע יכול היה לזהות כי לא מתקיים כל הצדק שבדין לבצע את הפקודה שסותרת את הוראות הדין (כפי שאלו מורות בהעדרו של הצדק שבדין).⁵⁸⁵

הפרמטרים המרכזיים שפירט בית הדין במקרה האמור היו אלה:

1. הבדלי דרגות בין נותן הפקודה למקבלה;
2. יסוד סביר לחייל להניח כי למפקדו יש "טעמים טובים על פי חוק" למתן הפקודה;
3. מידיעות הפקודה לעומת השהות לבדוק את חוקיותה ואת השיקולים העומדים מאחוריה ולפנות לעזרתם של מפקדים בכירים יותר מנותן הפקודה;
4. שעת חירום לעומת שעת שגרה ואימונים;
5. האם היה למקבל הפקודה יסוד לחשוש שהוא עצמו יסבול מות או נזק גופני חמור אם יסרב למלא את הפקודה, וחשש זה פגם את יכולתו לברר לעצמו אם הפקודה חוקית?
6. האם יכול היה החייל לטעות "טעות סבירה וכנה" שקיימות נסיבות ההופכות את הפקודה לחוקית?
7. כלל נסיבות האירוע.

לגופו של מקרה קבע בית הדין כי לכאורה מתקיימים הפרמטרים המבססים את הגנת הציוד. חלק זה של פסק הדין היה חסוי ברובו, והחיסיון הוסר ממנו רק שנים רבות לאחר מכן. רוביק רוזנטל, אשר בחן את החלק החסוי, ציין במאמרו על פרשת כפר קאסם כי חלק נכבד ממנו עסק בפקודה אשר כונתה פקודת "חפרפרת" או "סעיף 59". על פי פקודה זו, כפי שזו תוכננה על ידי גופי המטה של צה"ל, במקרה של מלחמה שתפרוץ מכיוון שטחי יהודה ושומרון (שהיו כזכור בשליטת ירדן) יועברו תושביהם הערבים של יישובי המשולש למחנות מעצר כדי למנוע מהם לסייע לכוחות הערביים התוקפים. אולם במשמר הגבול, כפי שהתברר במשפט, פקודה זו הובנה כפקודה המורה כי במקרה שתפרוץ מלחמה מכיוון ירדן, יבוצעו פעולות בשטח שמטרתן להפחיד את האוכלוסייה הערבית כדי שזו תברח אל מחוץ לשטח ישראל. יתר על כן, סמוך לאירועי כפר קאסם נרקמו במשמר הגבול תכניות לגירוש – תכניות אשר בוטלו יום לפני האירועים בכפר קאסם.⁵⁸⁶ בית הדין בחן את נסיבות המקרה כולן, לרבות העובדה שברקע הדברים הייתה מצויה פקודת "חפרפרת" כפי שהבינו אותה אנשי משמר הגבול. עם זאת, בית הדין סבר כי ככל שהמעשה נשוא הפקודה פוגע

585 לשני רכיבי הבחינה – אדם סביר ונסיבות העניין – ראו פלה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 495.

586 לדין בחלק החסוי של פסקי הדין במשפטים בפרשת כפר קאסם ראו רוביק רוזנטל "מי הרג את פאטמה סרסור" כפר קאסם: אירועים ומיתוס 11, בעמ' 17-14 (2000).

בערך חברתי חשוב יותר וככל שהפגיעה חמורה יותר, כך קשה יותר למצוא לו צידוק;⁵⁸⁷

כנגד כל השיקולים לזכות המערערים עומד אופיה האכזרי והבלתי אנושי של הפקודה. פקודה כזאת הייתה חייבת לקומם את מצפון המערערים כולם, ואף את אחרון הטוראים שבהם, אפילו במסיבות המיוחדות בהן היו נתונים אותו יום.

עם זאת, בהתבססו על גישת הידיעה בכוח, קבע בית הדין לגבי שתי פקודות אחרות אשר נדונו בפסק הדין כי קמה לחיילים הגנת הצידוק. ראשית, לגבי תקרית הירי הראשונה מצא בית הדין לנכון לזכות מעברת רצח את שני הטוראים אשר קיבלו פקודת אש פתאומית:

חייל [...] המציית לפקודת אש מיידית ובלתי צפויה של מפקדו, יהא בדרך כלל פטור מאחריות פלילית לתוצאות קיפוח חיי אדם ע"י פעולתו, משום שהתרגול ההכרחי של החייל להיענות מיידית וכמעט אוטומטית לפקודות מסוג זה שולל ממנו את האפשרות לשקול את מסיבות מתן הפקודה ומאלץ אותו לסמוך בנוגע למטרת הפעלת נשקו על מפקד.⁵⁸⁸

שנית, בית הדין קבע כי המח"ט, אל"ם שדמי, הפר את החוק כאשר הורה על הטלת עוצר מבלי שהחתים מראש על צו הטלת העוצר את המפקד המוסמך לכך על פי תקנות ההגנה – סא"ל מרט. אך מנגד קבע בית הדין כי הנאשמים "היו רשאים להניח שהעוצר הוטל על ידי אל"ם שדמי כחוק, ועל כן עומדת להם מכל מקום טענת הצידוק במונח הזה".⁵⁸⁹

גם בעניין שריקי⁵⁹⁰ (פרשת גולני) בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון נקט אמנם גישה נורמטיבית בעיקרה, אולם סקר את הנסיבות השונות אשר על פי הפסיקה ישפיעו על ההכרעה אם חייל סביר יכול היה לזהות את היעדר החוקיות של הפקודה אם לאו:

[...] נמנה בתמצית את הקריטריונים לבחינת דיוקנה של הנורמה המשפטית המופשטת – שמבחנה אוביקטיבי – מודל החייל הסביר ברמתו ובדרגתו של הנאשם:

1. הפרשי הדרגות בין נותן הפקודה למקבלה – אשר ככל שהנו גדול – מקטין אחריותו של מבצע הפקודה.
2. האם היה למקבל הפקודה יסוד לאמונה סבירה כי לנותן הפקודה סמכות להורות לו לפעול כפי שפעל.
3. האם מדובר בימים כתקונם – או בשעת חרום.
4. האם צפוי מקבל הפקודה לסכול נזק גופני חמור אם יסרב לה – וחשש כזה פגם ביכולתו לברר לעצמו חוקיות הפקודה.

587 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 79. שיקול מרכזי להקלה עם הנאשמים היה העובדה כי המעשה נעשה בערכו של מבצע קדש.

588 בית הדין המחוזי קבע דברים אלה בעניין מליניקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 121, והם אומצו בעניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 74.

589 שם, פס' 62.

590 עניין שריקי, לעיל ה"ש 197.

5. תעמוד למלא הפקודה הגנת טעות בעובדה.
6. מבחן הסנקציה לסרוב למלא הפקודה – והאבחנה בינה לבין התר לבצע מעשה.
7. מעשה הפוגע באדם – המגדיל חובתו של ממלא הפקודה להמנע מעשותו – לעושת[!]
מעשה הפוגע אך ברכוש.
8. מעשה הנועד לפגוע באדם המונע ממגמה פסולה – הרתעתית או עונשית.
9. פקודה שלא לצורך צבאי או בטחוני – לעולם לא תחסה בצל הגנת צידוק.
10. חריגה מהפקודה עשוייה להפקיע ההגנה – אא"כ הוכח קשר בין מלוי הפקודה ובצוע החלק החריג.⁵⁹¹

אם נשלב את הרשימות שנקבעו בשני פסקי הדין לעיל, נוסיף להן נסיבות נוספות אשר נדונו במשך השנים בפסקי דין שונים (אשר יידונו בהמשך) ונשמיט מן הרשימה פרטים אשר בפועל אינם משמשים נסיבות לקביעת ה"עלילות", אלא גורמים הנוגעים לשלבים אחרים בבחינת הגנת הצידוק (דוגמת שאלת הלבשת הגנת הטעות על הגנת הצידוק), אפשר יהיה לסכם כי עיקר הנסיבות אשר נדונו במשך השנים על פי גישה זו הן אלה:

1. האם מדובר בפעילות מבצעית או במצב שגרה?⁵⁹²
2. האם לחייל היו אפשרויות לברר את היעדר החוקיות שבפקודה?⁵⁹³
3. פערי הדרגות בין נותן הפקודה למקבל הפקודה;
4. האם חוסר החוקיות נובע מפגם פרוצדורלי בהליך או מפגם מהותי?⁵⁹⁴
5. מידת הניסיון של מקבל הפקודה במערכת הארגונית האמורה;⁵⁹⁵
6. הנוהג והמדיניות הכללית שעמדו ברקע למתן הפקודה (שכן אם אלו תואמים לפקודה הרי שיש בהם כדי להגביר את הערפול המשפטי בנושא עבור החייל, ולכן עלולים לשלול את המודעות בכוח);⁵⁹⁶

591 שם, עמ' 70-71.

592 לסוגיית הפעילות המבצעית ראו עניין עופר, לעיל ה"ש 14; עניין בן גיגי, לעיל ה"ש 241; עניין תבור, לעיל ה"ש 502; ועניין ב', לעיל ה"ש 136. לסוגיית הפעילות בעת שגרה ראו פרשת הטנקים, לעיל ה"ש 403. 593 לזיכוי עקב היעדר אפשרות בירור ראו עניין עופר, לעיל ה"ש 14 (פקודת הירי הראשונה). לזיכוי עקב ניסיונות בירור רבים שכשלו ראו עניין הורסנדי, להלן ה"ש 610. להרשעה עקב היעדר ניסיונות בירור למרות שהיו זמן ושהות לברר, ראו פרשת הטנקים, לעיל ה"ש 403.

594 עניין עופר, לעיל ה"ש 14 (לעניין העוצר); עניין *Hajdamovitz*, לעיל ה"ש 477, בעמ' 144 (לעניין צו המעצר).

595 בצבא ראו עניין תבור, לעיל ה"ש 502, ועניין גוטמן, לעיל ה"ש 562. במשטרה ראו ע' (ערעורים משטרה) 68/95 בן אברהם נ' המפקח הכללי, מבחר פסקי דין של בית הדין לערעורים א 281 (1997). להתחשבות בגורם זה בטריבונלים בין-לאומיים לצד התחשבות בגורמי גיל ואינטליגנציה ראו: L. C. GREEN, THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT 305 (2nd ed. 2000).

596 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 562.

7. הפגם המוסרי בפקודה;⁵⁹⁷
8. האם הפקודה מורה לבצע מעשה שפליליותו מובהקת?⁵⁹⁸
9. האם הנסיבות עשויות להצביע על הצדק כדין לקיום הפקודה?
10. האם החייל חשש לסבול נזק גופני חמור אם לא יציית לפקודה, וחשש זה הקשה עליו לזהות את היעדר החוקיות שבפקודה?
11. האם היה יסוד סביר לחשוב כי המפקד אינו מוסמך לתת את הפקודה?⁵⁹⁹
12. פקודה המורה לפגוע באדם – סביר שיצפו מחייל לזהות את היעדר חוקיותה יותר מאשר את זו של פקודה המורה לפגוע ברכוש;⁶⁰⁰
13. התכלית העומדת בבסיס הפקודה (אזרחית לעומת צבאית, הגנה לעומת ענישה).⁶⁰¹

גישה זו, כאמור, מאפשרת איזון עדין יותר המתחשב בנסיבות העניין, ולפיכך פוגעת פחות בשלטון החוק; אולם היא אינה מספקת מענה משפטי ראוי למקרים בהם: מחד, היעדר החוקיות הוא ברור וגלוי לחייל סביר, אך, מאידך, הפגיעה הנגרמת למשמעת בעקבות אי-ציית לפקודה היא חמורה. נניח לרגע שבעתיד טירון סביר יידע כי רק מפקד מחלקה מוסמך לשלול את חופשתו. אם טירון בבסיס כלשהו מקבל פקודה ממפקד הכיתה להישאר "שעות ביציאה" – האם נרצה שחייל כזה יעזוב את הבסיס ולא יפעל בדרך של דיווח ותלונה בדיעבד? האם הנזק במקרה כזה למשמעת הצבאית אינו רב מהנזק שייגרם מהישארות החייל לעוד כמה שעות בבסיס?

קושי נוסף בגישה זו, הוא חוסר הוודאות והבהירות שמרגיש החייל. לכאורה, חוסר ודאות זה אינו מיוחד לסוגיית הפקודה דווקא, אלא קיים כפועל יוצא מהמבחן האובייקטיבי המופעל גם בעברות רשלנות.⁶⁰² אך קיים הבדל תהומי בין השניים: כדי להימנע מהעמדה לדין בעברת רשלנות יכול אדם מן השורה להגביר את זהירותו אף מעבר לסביר (שעה שהגברת זהירות הציבור היא מטרת קיומן של עברות רשלנות); אולם חייל שקיבל פקודה אינו חופשי להגביר את זהירותו ולהימנע מהמעשה: מול האיסור הפלילי לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל עומדת חובתו לציית לפקודות שאינן כאלה. אם יגזים לכיוון אחד – יפגע מהכיוון האחר.

יתרה מזו, אם החייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, אזי לפי גישת הידיעה בכוח נדרש ממנו לעשות מעשה שהוא כמעט בלתי אפשרי – "לצאת מנעליו" ולהיכנס לנעליו של החייל הסביר, ולשקול באופן אובייקטיבי אם חייל סביר הוא בקיא דיו ברזי החוק ויכול היה לזהות את היעדר החוקיות

597 ראו למשל את עניין שריקי, לעיל ה"ש 197.

598 ראו למשל את פרשת הטנקים, לעיל ה"ש 403.

599 ראו הזיכוי בעניין אפפל, לעיל ה"ש 296, שנבע מכך שבאותה יחידה טרם נקבעו נהלים וסמכויות.

600 השוו את עניין *Hajdamovitz*, לעיל ה"ש 477, בעמ' 144 (פקודה לירות באדם לאלתר) עם עניין נחום, לעיל ה"ש 21 (פקודה לשרוף שטיחים חסרי ערך כספי).

601 כך, למשל, סיבה מרכזית לזיכוי בעניין נחום, שם, הייתה כי הפקודה ניתנה לשם שמירה על המשמעת ביחידה ולמניעת ביוח.

602 להקבלה לסטנדרט הרשלנות ראו פלה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 495.

שהוא עצמו זיהה. ספק אם ניתן לדרוש מחייל מידה כזו של היעדר פניות.

אם כן, גישת הידיעה בכוח בגרסתה הקיימת, ללא סיוג וללא הבהרת דרך הפעולה של החייל במסגרתה, פוגעת הן בחייל והן במשמעת הצבאית יתר על המידה. לכן, ספק אם ניתן להשתמש בה ככלי הפרשני הראוי עבור יסוד ה"עלילות" שבבסיס הגנת הציידוק.

13.5.1.1 חשיבות נסיבותיו הייחודיות של המקרה

גישת הידיעה בכוח מדגישה את חשיבות נסיבותיו הייחודיות של המקרה. כפי שציין בית הדין בפרשת כפר קאסם, יש להכריע על סמך "כלל נסיבות האירוע"⁶⁰³. לפיכך, אף אחת מהנסיבות שפורטו לעיל אינה נסיבה מכרעת לקביעה אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל; בכל מקרה ומקרה בוחן בית הדין את הנסיבות הייחודיות של אותו מקרה ומכריע אם באיזון הסופי של נסיבות אלו ניתן לקבוע כי חייל סביר יכול היה לזהות את היעדר חוקיותה של הפקודה, אם לאו.

13.5.1.1.1 מקרים שבהם נקבע כי חייל סביר לא היה מזהה את אי-חוקיות הפקודה

בעניין יוסף⁶⁰⁴ שימש המשיב ש"ג בבסיס וקיבל פקודה שלא להתיר כניסה או יציאה של כלי רכב. קבוצה של חיילים שהמשיב הכיר סירבה לציית לו לאחר שאסר עליהם לצאת מהבסיס. כיוון שהמשיכו לנסוע ירה המשיב באוויר ולאחר מכן לעבר גלגלי הרכב; בפועל פגע כדור שנורה בשלדת הרכב, ומרסיסי המתכת נפגעו חלק מהנוסעים. בית הדין קבע כי המשיב פעל מתוקף תפקידו בהתאם לסמכות שניתנה לו בנספח 2 לפקודות מטכ"ל, שעסק בהוראות פתיחה באש. אך עוד נקבע, כי אף אילו חרג החייל מהאמור בנספח 2 לפקודות מטכ"ל, קמה לו הגנת הציידוק מתוקף הציות לפקודות מפקדו:

לנו נראה שכל חייל סביר, מסוגו של המשיב, היה נוהג כפי שנהג במסיבות מקרה זה [...] אין ספק שכל חייל סביר, מסוגו של המשיב היה חושש בצדק לכך שיובא לדין על אי מילוי פקודה אם לא ימנע בכל האמצעים הסבירים יציאתה של מכונית, ולא היה רואה בפקודת הקצין התורן, אף לו הוראות הנספח היו ידועות לו, פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין גוטמן⁶⁰⁵ העניש המשיב חייל אשר נרדם במארב וביקש לעבור מהיחידה. העונש היה בפקודת מפקדו של המשיב – קצין בדרגת סג"ם. בתחילה פקד הקצין על החייל לזחול בתוך שלולית; בשלב זה עזב הקצין את המקום, והמשיב השגיח כי החייל מבצע את ההוראה. כאשר חזר הקצין הוא ראה שהחייל זוחל לאט מדי, ולכן הורה לארבעה חיילים לקשור את החייל בחבל ולגרור אותו הלוך וחזור בשלולית, כשעליו הונחו חגור וארבעה כובעי פלדה.

בית הדין הצבאי לערעורים לא בחן את הפגם המוסרי במעשה, והחליט לזכות את המשיב עקב דרגתו הנמוכה ובשל הנוהג ביחידה לבצע מעשים כאלו:

603 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 70.

604 196/60/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' יוסף, פד"צ 1961, 119, 123 (1961).

605 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 562.

עצם היות הפקודה בלתי חוקית עדיין אינו מונע את המשיב מלהתגונן בטענה כי פעל לפי פקודה. אלא אם כן הפקודה היא 'בלתי חוקית בעליל'. הוה אומר שאי חוקיותה היה כל כך בולט שרב"ט ממוצע וסביר בצה"ל היה עומד על אי חוקיותה כדבר מובן מאליה. השאלה המתעוררת ביסודה היא אם רב"ט סביר בצה"ל היה יודע – בנסיבות המקרה הנדונות – כי אסור היה לפי החוק [למפקדן] להעניש את המתלונן בצורה בה הענישו אם משום שהגיש בקשה להעברה מהיחידה ואם משום שישן במארכים או עשה מעשים פסולים דומים אחרים. התלבטנו קשה בשאלה זו. לו היה מעורב במשפט זה קצין או חוגר בכיר לא היינו מפקקים לרגע להחליט כי לפי מבחן אובייקטיבי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל מאחר ויש ליחס לכל קצין וחוגר בכיר ידיעה והבנה ברורה בשאלה הנדונה. ברם בגלל שני גורמים פקפקנו לגבי המקרה שלפנינו: א. בגלל דרגתו הנמוכה, בסולם הפקוד, של המשיב; ב. בגלל היחידה בה הוא משרת והנהוגים המיוחדים של יחידה זו.

בעניין נחום⁶⁰⁶ (שרפת שטיחי שלל) שקל בית הדין הצבאי לערעורים את נסיבות המקרה: פגיעה ברכוש, ערכו הנמוך של הרכוש, התכלית הצבאית – שמירה על המשמעת – וקבע שבנסיבות אלו לא היה צריך להיות ברור וגלוי לנגד שמדובר בפקודה שאינה חוקית. בית הדין גם דחה את קביעתו של בית הדין קמא, שלפיה ניסיונו הרב של הנגד צריך היה לגרום לו לזהות את אי-חוקיותה של הפקודה, וקבע שניסיונו הרב של הנגד תרם דווקא למודעותו לחשיבות המשמעת הצבאית ולכן השפיע דווקא בכיוון ההפוך מזה שסבר בית הדין קמא.

בעניין Hajdamovitz (נוטר פולני שירה בסוחר נשק)⁶⁰⁷ נקבע שמכיוון שרשויות צבא פולין הגולה לא העבירו את העצורים למשטרת המנדט, מעצרו של המנוח היה בלתי חוקי. עם זאת, בית המשפט העליון בתקופת המנדט קבע כי חייל סביר לא יכול היה לדעת אם מפקדו פעל בהתאם לפרוצדורה הראויה להוצאת צו מעצר לפני שנתן לו פקודה לשמור על העצורים:

There was nothing even unexpected, let alone manifestly unlawful, in the order to go on sentry duty outside the wash-house and watch them. From his point of view (which is all that we are concerned with) it was a perfectly reasonable and not even a particularly unusual order for a soldier to receive. It seems to us that it would be artificial and unfair to the appellant in the highest degree to come to the conclusion that the question whether Lieutenant Klemasz or any senior officer may have been wrong in law in failing to hand over these people at once to the civil authorities is a matter with which sentry should concern himself at all. Therefore, as far as the order to guard these people was concerned, we think that there was nothing manifestly unlawful in that order, and that the sentry was entitled and, in fact, bound to obey it.

קיימים גם פסקי דין שבהם לא מוזכר מבחן החייל הסביר, אולם בפועל קבע בית המשפט כי קמה

606 עניין נחום, לעיל ה"ש 21, בעמ' 128.

607 עניין Hajdamovitz, לעיל ה"ש 477, בעמ' 144.

לנאשם הגנת הציודק על סמך נסיבות העניין. כך, למשל, בעניין בן גיגי⁶⁰⁸ (נוהל פתיחה באש בעת פינוי מחסום) – שם, אף שבית הדין הצבאי לערעורים לא השתמש בביטוי "החייל הסביר", הוא בחן את נסיבות המקרה: נהג נמלט המסרב לעצור לאחר ירי באוויר, חשש שהוא עומד להזעיק אחרים, מצב שבו לחייל אין זמן להפעיל שיקול דעת מקיף והוא פועל בהחלטה של שבריר שנייה. בשל כך נקבע כי פקודת הירי לא הייתה בלתי חוקית בעליל.

בעניין תבור⁶⁰⁹ דובר בחייל שהיה נהג חדש ונסע בשיירה אחרי מפקדו, ולפיכך היה זה מפקדו אשר קבע את נתיב הנסיעה ומהירותה. באחד הסיבובים בדרך העפר שבה נסעו התהפך המערער, ועקב התהפכות זו נהרג חייל. המשיב טען כי אין להאשימו בהתרשלות מכיוון שציית למהירות שקבע מפקדו. בית הדין שקל את נסיבות המקרה: נהג חדש, דרך שאינו מכיר, הצורך הביטחוני באותו אזור לנסוע בשיירה – זיכה את המערער:

במקרה שלפנינו הייתה זו הנסיעה הראשונה של המשיב בכביש הנדון ולא הייתה לפניו כל אזהרה או התראה כי הנה הוא עולה על קטע כביש משובש [...] חלק הכביש בו נסע מחייב מסיבות ביטחוניות ולפי פקודות הצבא נסיעה צמודה של לפחות שתי מכוניות צבאיות. את מהירות הנסיעה לא המשיב קבע אלא מפקדו אשר נסע לפניו.

בעניין הורסנדי⁶¹⁰ הועמד המערער לדין, בין השאר, בגין כך שכבל באזיקים בחדר המשמר חייל שהתפרע. הוא אזק את החייל בהוראת סמל המשמעת, אף שהפקודות קבעו כי כבילה באזיקים מותרת רק אם הורה על כך קצין בכתב. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי מכיוון שהמערער חיפש אחר המפקדים הממונים עליו לפני שאזק את החייל ולאחר מכן ושחרר אותו מהאזיקים בהוראת הקצין התורן כאשר מצאו, בנסיבות אלו לא ניתן לראות בהוראה שקיבל מסמל המשמעת הוראה "בלתי חוקית על פניה", ולפיכך זיכה את המערער.

בעניין ב'⁶¹¹ (חציית הגבול והיתקלות בסוור של כוח אויב) קבע בית הדין: "הפקודה לצאת לסוור שהמשיב קבל מסמל ד' המנוח איננה בנסיבות המקום והשעה יוצאת דופן ובודאי שאין לראות בה פקודה בלתי חוקית על פניה".

בעניין אפפל⁶¹² פעל המערער בהתאם לפקודת מפקדו ובניגוד לפקודת הרס"ה, אשר היה בעל הסמכות מבחינה מקצועית. בית הדין הצבאי לערעורים זיכה את החייל עקב הנסיבות המיוחדות של המקרה – סמכויות הרס"ר פורסמו רק ארבעה ימים לפני המקרה ובאותה עת טרם פורסמה הפקודה המסדירה את סמלי הדרגות בצה"ל. בית הדין קבע כי לאחר פרסום סמלי הדרגות "לא תתקבל כל הגנה המבוססת על איידיעת הדרגה של נותן הפקודה".

גישה דומה המתחשבת בנסיבות היחודיות של המקרה ננקטה גם בפסק דינו של בית הדין

608 עניין בן גיגי, לעיל ה"ש 241.

609 עניין תבור, לעיל ה"ש 502, בעמ' 172.

610 ע' 175/57 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' הורסנדי (לא פורסם, 26.8.1957) (נספח יא להלן).

611 עניין ב', לעיל ה"ש 136.

612 עניין אפפל, לעיל ה"ש 296.

המשמעת לערעורים של המשטרה, בעניין בן אברהם.⁶¹³ במקרה זה שני שוטרים מתחילים עיכבו אדם שלא כדין על סמך רשימה שנתן להם רכז המודיעין ועל סמך הוראת מפקדם שנכח במקום. בית הדין התחשב בכך שמדובר בשוטרים מתחילים, בכך שהעיכוב נעשה על יסוד שגרת העבודה של רכז המודיעין ובכך שמפקדם הוא שיום את העיכוב, ולכן קבע כי קמה לשוטרים הגנת הצידוק במקרה האמור.

13.5.1.1.2 מקרים שבהם נקבע כי חייל סביר היה מזהה את אי-חוקיותה של הפקודה

בעניין אבי⁶¹⁴ (פרשת הטנקים) הרשיע בית הדין הצבאי לערעורים חיילים בסדנת טנקים אשר קיבלו פקודה לחבל במנועי הטנקים המגיעים לתיקון בסדנה כדי להעבירם לטיפול מש"א. אמנם בית הדין ציטט את מבחן "הדגל השחור", אולם בפועל הוא נקט גישה של ידיעה בכוח: "[...] 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".

לגבי המקרה הנדון אמר בית הדין:

בענייננו מדובר בהוראה לגרום בזדון נזק למנועים של טנקים, וכידוע המנוע הוא ליבו של הטנק, ובכך נפגעים אינטרסים חיוניים של צה"ל ומאליו נפגע ביטחון המדינה. הוראה כזאת, אין ספק שתיראה כבלתי חוקית בעליל בעיניו של החייל הסביר בנסיבות שניתנה במקרה שבפנינו.

לאחר מכן פירט בית הדין את נסיבות המקרה – הכשרה מקצועית וניסיון, היעדרה של שעת חירום, ואפשרות להיוועץ עם המפקדים הממונים – ולאור נסיבות אלו קבע כי הפקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין Hajdamovitz (נוטר פולני שירה בסוחר נשק)⁶¹⁵ בחן בית המשפט העליון בתקופת המנדט את הפקודה לירות לאלתר בסוחר הבורח על פי מבחני החייל הסביר (בהתאם למבחן הידיעה בכוח בנסיבות העניין), אם כי הלכה למעשה קבע כלל שעל פיו פקודה זו תמיד תהיה בלתי חוקית בעליל (בהתאם לגישת הפגיעה בערכי היסוד):

[...] as an instruction to the sentry, we are at the opinion that it would not avail the sentry as a defence to a prosecution for manslaughter. We agree on that matter with the learned trial Judge that that would be an order that is manifestly unlawful, in that a reasonable sentry must be presumed to know that an order to shoot at sight at a person escaping is an unlawful order.

613 עניין בן אברהם, לעיל ה"ש 595.

614 עניין אבי, לעיל ה"ש 403, בעמ' 145.

615 עניין Hajdamovitz, לעיל ה"ש 477, בעמ' 145.

במקרה הספציפי נקבע כי הנוטר לא פעל לפי הפקודה הלא חוקית האמורה, אלא ירה כאשר היה בכך צורך, ולכן זוכה.

13.5.1.2 האם אי-חוקיות הפקודה ברורה וגלויה? הכרעה אובייקטיבית שיפוטית

לאחר ששקל בית המשפט את נסיבות המקרה, הוא בוחן אם חייל סביר בנסיבות אלו היה מגיע להחלטה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית. אם כך הדבר, אזי פקודה זו היא בלתי חוקית בעליל. בבואו להכריע בשאלה אם חייל סביר היה מזהה את חוסר החוקיות שבפקודה קובע בית המשפט את סטנדרט ההתנהגות הנדרש בדומה למבחן הרשלנות. בקביעת סמכותו לנהוג כך התבסס בית המשפט בין השאר על כך שעד לתיקון 39 נקבע בחוק כי השאלה אם צו הוא בעליל לא חוקי היא שאלה שבמשפט.

כך, למשל, אמר בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר⁶¹⁶ (הערעור בפרשת כפר קאסם):

השאלה איזוהי פקודה בלתי חוקית בעליל היא לא רק 'שאלה משפטית' במובן הטכני, היינו עניין של קביעת סטנדרט על ידי בית המשפט, אלא זוהי, לפחות בחלקה, שאלה משפטית גם במובן צר יותר, היינו מהו החוק הנוגע לעניין ומה הייתה מידת סטייתו של הנאשם מן החוק; ואשר לקביעת רמת ההתנהגות הסבירה שעל בית המשפט לקבעה, אין שום מקום לגבות עדות מפי עדים, שעדותם אינה אלה חוות דעת על התנהגות הנאשם.

בעניין בריא⁶¹⁷ דובר בחייל אשר במהלך תרגיל הבחין ברעש ממנוע משאית המעיד על בעיה. הוא דיווח על כך למפקדו אולם זה הורה לו להמשיך בתרגיל, בניגוד לפקודת מטכ"ל שקבעה כי במקרה של רעשים ממנוע יש לעצור את הרכב. המנוע נהרס והחייל הואשם באי שמירתו של רכוש צבאי. בית הדין הצבאי לערעורים קבע: "את הפתרון לשאלה, מתי הצו הוא בלתי חוקי בעליל ומתי לא, יש למצוא לפי מבחנים אובייקטיביים בהתחשב בכל מכלול המסיבות של המקרה הנדון".

לגבי מקרה זה קבע בית הדין כי בשל החשיבות שהייתה בנסיבות העניין להמשיך את הנסיעה לא ניתן לומר שהיה ברור וגלוי כי הפקודה אינה חוקית, ולכן קמה הגנת הצידוק.

בעניין ח'י⁶¹⁸ (אונס ורצח של מסתננת) טען המערער 1 כי קמה לו הגנת הצידוק שכן פעל על פי פקודתו של המערער 2. המערער 1 טען עוד כי בשל הבדל שהיה קיים בזמנו בין נוסח סעיף 19 לפח"פ לבין נוסח סעיף 69 לחוקת השיפוט, יש לאמץ מבחן סובייקטיבי לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל בכל הנוגע לסעיף 19 לפח"פ (משמע, יש לאמץ גישה על פיה הענקת ההגנה תלויה אך בהאם החייל שציית לפקודה לא ידע שהיא בלתי חוקית). בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו:

אין אנו סבורים שהבדל הנוסח הקיים בין סעיף 69 לסעיף 19 יש בו כדי לעקור משרשו

616 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 72. ראו גם עניין מלינק, לעיל ה"ש 6, פס' 20.
617 87/64/ע' (ערעורים צה"ל) בריא נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1964, 122, 124 (1964).
618 עניין ח', לעיל ה"ש 173, פס' 54.

את הדין שהמבחן לא־החוקיות ה'ברורה והגלויה' של הפקודה הוא אובייקטיבי ולנטוע במקומו את הנטע הזר להלכה הנקוטה אצלנו, אשר לפיה ההכרעה אם פקודה מסויימת היא בלתי חוקית בעליל, מסורה לשקולו האישי של כל חייל וחייל בכל מקרה ומקרה.

בעניין לוי⁶¹⁹ עיכבו המערערים, חיילי הממשל הצבאי, אדם ערבי שנע ללא תעודות. משהוברר להם שמדובר באזרח ישראלי הוחלט לשחררו, אולם המערער 1 פקד על המערער 2 לקחת ממנו את ארנקו ולאחר מכן חילק בין חיילי הסיור את הכסף שנמצא בארנק. המערערים הואשמו בשוד מזוין. המערער 2 טען, בין השאר, כי לא ידע שפקודתו של המערער 1 הייתה בלתי חוקית וכי לפיכך קמה לו הגנת הצידוק. בית הדין דחה טענה זו מבחינה עובדתית, וקבע כי המערער ידע שמדובר בפקודה בלתי חוקית שאין לה קשר לצבא. לגבי המבחן שבו צריך להשתמש בעת בחינת סוגיה זו אמר בית הדין:

כבר קבענו לא אחת כי השאלה בדבר היות פקודה בלתי חוקית בעליל נתונה להכרעת בית הדין ולא להכרעת הנאשם, במילים אחרות בית הדין צריך לשאול את עצמו: באם במסיבות שהוכחו נראתה הפקודה למעשה לנאשם בלתי חוקית בעליל או לא. היינו מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

בעניין נחום⁶²⁰ (שריפת שטיחי השלל) אמר בית הדין באותו נושא:

הביטוי 'ברור וגלוי' מגלם בו מבחן אובייקטיבי ואין להסיק ממנו בשום פנים שיש בו משום הענקת סמכות לנוגע בדבר לבחון את טיבה ומהותה של הפקודה שקיבל ובהתאם לשיקוליו להחליט אם לבצעה או שלא לבצעה.

13.5.1.3 ידיעת החייל בפועל כאינדיקציה לידיעה בכוח

כאמור לעיל, ההכרעה אם חייל סביר היה מזהה את היעדר החוקיות שבפקודה היא הכרעה שיפוטית, והמבחן הננקט דומה למבחן הרשלנות – דהיינו, מודעותו או אי־מודעותו של החייל בפועל אינה תנאי הכרחי לשם הכרעה בסוגיה.

לפיכך קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר⁶²¹ (הערעור בפרשת כפר קאסם):

לא זו בלבד שאין על התביעה להוכיח כי לנאשם היה ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית, אלא גם אם הנאשם האמין שהפקודה איננה בלתי חוקית בעליל, לא תעמוד לו אמונה זו, אם היא לא היתה סבירה, כלומר מוצדקת מבחינה אובייקטיבית.

אך בפועל, אם התביעה הצליחה להוכיח כי החייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, חשד בכך או עצם את עיניו – תשמש ההוכחה אינדיקציה בידי בית המשפט בהכרעתו אם חייל סביר היה מזהה את חוסר החוקיות שבפקודה.

619 64/50/ע (ערעורים צה"ל) לוי נ' התובע הצבאי הראשי פד"צ 1950-1948, 167, 173 (1950).

620 עניין נחום, לעיל ה"ש 21, בעמ' 130.

621 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 71.

כך, למשל, בעניין ע'622 דובר בחיילים אשר היו מפקדי חוליות במארב. המערער 1 היה מפקד המארב בכללותו. המערערים אמורים היו להישאר במארב עד השעה 24:00, אך עזבו את המקום ב־20:00 עקב סופות חול. בדרכם חזרה פגשו במפקדם (המ"פ), והוא הורה להם לחזור למארב. המערערים החלו לחזור עם חייליהם, אך כיוון שהמערער 1 שכח את חגורו הם התעכבו, ולבסוף החליטו שלא לחזור לנקודת המארב. המערערים הועמדו לדין, בין השאר בגין אי־קיום פקודה. המערער 2 טען כי עזב את המארב בפקודת מפקדו (המערער 1), ולכן קמה לו הגנת הצידוק. בית הדין הצבאי לערעורים, ברוב דעות, דחה טענה זו:

כל התנהגותם של המערערים לאחר שעזבו את מקום המארב מוליכה למסקנה אחת ויחידה והיא כי הם ידעו שעשו מעשה פסול מבחינה צבאית בזה שעזבו את המארב, והמשמעות היחידה שיש לתת לכך היא כי הפסול היה בזה שלא עשו את המאמץ הדרוש על מנת להשאר במקום המארב על אף סופת החול, בנסיבות כאלה לא יכול המערער מס' 2 להצליח בטענתו כי לא עמד על כך שהפקודה היתה בלתי חוקית בעליל. זאת ועוד אין לנו ספק שכל חייל סביר במעמדו ובדרגתו של המערער מס' 2 [...] היה מבין שהפקודה של המ"פ [...] חייבה אותו, בנסיבות המקרה, להשאר במקום [...] וכי לא קרה שום ארוע מיוחד אשר יצדיק, ומבחינה צבאית יסמיק, משום כך, את המערער מס' 1 להפר הוראה יסודית לגבי קיום המארב ולסגת מן המקום.

כך גם בעניין לויט⁶²³ (פרשת גבעתי ב) הכריע בית הדין לגבי המג"ד:

על פי קביעתנו, ניתן לסבור, כי המג"ד לויט, לא היה ער למלוא אי חוקיותה של הפקודה. לא ניתן להחיל עליו את '[ה]מבחן האישי' גם לשיטתם של אלה הסוברים כי, עקרונית, ניתן להחילו. אלא שנראה שגם לשיטתו של המג"ד לויט, ניבעו באותו 'מסך מאפיל' די פרצות באורח שהיה בהם[!]. כדי להאיר את מידת הקיצוניות והפסול השורשי הטבוע ביסוד ההוראה על אורח יישומה כפי שהובהר לעיל. אין מדובר רק במה שאמור היה 'מג"ד סביר' להבין, אלא כפי שפיו של הנאשם ענה בו, מצוי היה הוא עצמו ב'תחום הדימדומים' שבין ידיעה ברורה והחלטית את מידת אי החוקיות של ההוראה לבין ערפל חוסר ידיעתה המוחלט. הנאשם לאור מה שתואר, אמור היה לקרוא את אי חוקיותה הגלויה והברורה של הפקודה ולזהות באמצעות כלי האבחון האחרים שבידו – ולא רק באורח חלקי כפי שהדברים נעשו בפועל, גם את אי מוסריותה הבולטת, את 'הדגל השחור' המתנוסס מעליה [ההדגשה הוספה].

ולגבי החיילים שביצעו את המעשה:

תהא איפוא מדיניות המכות אשר תהא, תהינה הטענות לגבי עוביו של מסך הערפל האופף את חוקיות הפקודה אשר תהינה, אין מעלים אנו בדעתנו, כי ניתן לקבוע מן הבחינה האובייקטיבית כי מעורבותם של הנאשמים באירוע מעורר חלחלה זה, עשויה להיתפס כפעולה שמידת אי חוקיותה שנויה במחלוקת. שום אדם בר דעת הצופה באירוע

622 עניין ע', לעיל ה"ש 583.

623 עניין לויט, לעיל ה"ש 169, פס' 82-81.

ממין זה אינו יכול להניח, כי קיימות נסיבות כל שהן העשויות להקנות לגיטימציה למעשים אלה. בד בבד, קשה להאמין, כי מן הבחינה הסובייקטיבית סברו נאשמים אלה הנוטלים חלק באירוע, כי הם באים, על פי תומם, למלא אחר הוראות צו מפקדם כשעיניהם טחות מלהבחין בפסול המוסרי הקיצוני הטבוע במעשה [ההדגשה הוספה].

כעניין דגני⁶²⁴ (שוד כבשים) אמר המשיב למפקדו שהמשימה שהטיל עליו היא "מעשה שלא יעשה", והמפקד בתגובה אמר למשיב שיסמוך עליו. המשיב ציית להוראה ועל כך הועמד לדין. בעדותו בבית הדין אמר כי "זה לא נראה לי חוקי אבל לא גם כמעשה פשע". בית הדין הצבאי לערעורים דחה את טענת הצידוק מכמה סיבות; הוא נקט גישה של ידיעה בכוח משולבת עם גישת הפגיעה בערכי היסוד, אך עם זאת ייחס חשיבות רבה לידיעתו בפועל של המשיב: "[...] אנו סבורים שלא רק מבחינת המבחן האובייקטיבי צריך היה להיות ברור למשיב שהפקודה היא בלתי חוקית בעליל, אך גם מבחינת המבחן הסובייקטיבי, לאור החומר העדי [העדויות] שהיה בפני בית הדין, חייב היה בית הדין דלמטה להגיע למסקנה זו".

13.5.2 גישת הידיעה בפועל

13.5.2.1 כללי

גישת הידיעה בפועל אינה גישה הסותרת באופן חזיתי את הגישות האחרות, אלא מתירה אותן כגישות ששוריות. לפי גישה זו, אם מתברר שהחייל ידע בפועל כי הפקודה בלתי חוקית, אזי כדברי פלר: "אין מקום כלל [...] להידרש עוד למבחן החיצוני של האדם מהישוב. במקרה זה המבחן הבלעדי הוא המבחן האישי [...] הצו הוא 'בעליל' שלא כדין, משום שככזה הוא נקלט בהכרתו של המופקד על מילוי".⁶²⁵

רק אם הנאשם עצמו לא ידע כי מדובר בפקודה בלתי חוקית תוכל לקום לו הגנת הצידוק, כל עוד לא ייקבע על סמך אחת הגישות האחרות כי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל. בפועל, ככלל, משמשת גישת הידיעה בכוח כגישה השוירית לגישה זו; לפיכך, לפי השימוש הרווח בגישה זו, כל הפקודות שתוגדרנה בלתי-חוקיות בעליל לפי גישת הידיעה בכוח תוכרנה לבטח ככאלה גם לפי גישת הידיעה בפועל, אך ההפך אינו נכון: גישת הידיעה בפועל תגדיר בלתי-חוקיות בעליל גם פקודות שחייל סביר לא היה מודע לאי-חוקיותן, אם אי-חוקיותן הייתה ידועה לנאשם.

גישת הידיעה בפועל מבטאת איזון עדין יותר ביחס לגישות אחרות בין עיקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל. ההגנה הרבה הניתנת לשלטון החוק נובעת מכך שאל המקרים שבהם נאסר על החייל לציית לפקודה על פי הגישות האחרות נוספים המקרים שבהם נאסר על החייל לציית עקב ידיעתו את היעדר החוקיות שבפקודה. האיזון העדין עם שיקולי ההפטר נובע מכך שאם חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, לא קיימים אצלו אותם לבטים וחששות

624 עניין דגני, לעיל ה"ש 138.

625 פלר, לעיל ה"ש 384, בעמ' 224.

העומדים בבסיס שיקולי ההפטר התודעתיים.⁶²⁶

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 הסוגיה באופן חסר פניות. על החייל לשאול את עצמו אם הוא מודע להיעדר החוקיות שבפקודה; ורק אם לא היה מודע לכך ייבחנו מעשיו בדיעבד במבחן השיורי של החייל הסביר.⁶²⁷

בהצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית, שנועדה לעגן בארץ את גישת ה"אחריות המוחלטת" של חייל (גישת "הכידונים הנבונים"), הועלה טיעון נוסף שניתן למצוא בו תמיכה גם בנקיטת גישת הידיעה בפועל: חיוב חייל לציית לפקודה שהוא יודע כי אינה חוקית "מהווה פגיעה מובהקת בכבוד האדם שכן יוצא, שכופים אותו לעשיית עבירה במודע".⁶²⁸

המלומד פלר תומך בגישת הידיעה בפועל, עקב יתרונותיה האמורים.⁶²⁹ לטענתו יש לייחס חשיבות מרכזית לשלטון החוק, ולכן אין לאפשר הגנה לחייל אשר ציית לפקודה המנוגדת לכל הוראת חוק, תהא אשר תהא, שעה שהיעדר החוקיות ברור לחייל עצמו. כמו כן, על פי גישתו, סייג הצידוק לא צריך לחול על סטיות קטנות מהחוק (דוגמת פקודה לנסוע במהירות החורגת במעט מהמהירות המותרת), ואלה צריכות להקים הגנת "זוטי דברים".

החסרונות העיקריים בגישת הידיעה בפועל נובעים מכך שגישה זו פוגעת פגיעה חמורה במשמעת הצבאית, בכמה דרכים שונות.⁶³⁰ ראשית, החייל יכול לשגות הן בסברו כי הפקודה סותרת דין, גם אם זה אינו המצב, והן בסברו כי לא מתקיימים שיקולי הצדק כדין לקיום הפקודה. את מחיר טעותו לא ישלם החייל לבדו בדיעבד במשפט, שכן סירובו לציית לפקודה עלול לסכן פעולה מבצעית, לפגוע בביטחון המדינה ולעלות בחייו ובחיי חבריו. שנית, מכיוון שהחייל צריך תמיד לבחון אם קיים הצדק כדין להפרת החוק, אזי בפועל החייל הזוטר הופך להיות הגורם האחרון המאשר את הפעולה ובוחן (לאור מידע מועט יותר מזה שיש למפקדו) אם קיים צורך ביטחוני בפעולה. שלישית, גם במצבים שאינם מבצעיים יכולות להינתן פקודות בלתי חוקיות אשר הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית עקב הפרתן רבה מן הפגיעה הנגרמת לשלטון החוק עקב ציות להן; למשל, במקרה שבו מפקד שאינו מוסמך לכך (למשל, מפקד כיתה) שולל חופשה מטירוון, וזה, כיוון שהוא מודע לאי חוקיות הפקודה, במקום לציית ולהתלונן בדיעבד פשוט עוזב את הבסיס.

דוגמה למצבים כאלה מצויה בעניין *ישראל*⁶³¹ – המערער, קצין בדרגת סגן, הפליג באנייה מישראל לניו-יורק. באנייה שעליה הפליג לא היה תקן לנוסע קצין, ולכן סוכם שהמערער יפליג כאשר הוא מתחזה לרס"ר ונושא התקן יוסדר עד מועד ההפלגה בחזרה. אולם בפועל לא הוסדר העניין במועד

626 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 103; ודבריו של פלר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 596.

627 רון שפירא "פסק דין 'גבעתי' ושאלות של שכל ישר" פלילים א 121, 123 (תש"ן).

628 ראו את דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 337.

629 פלה לעיל ה"ש 384.

630 להתנגדות לגישה זו ראו עמדת ענבה, לעיל ה"ש 387.

631 ע/239/51 (ערעורים צה"ל) *ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי*, פס' 2 (לא פורסם, 25.1.1952) (נספח ה להלן).

האמור, ובשל כך סירב המערער לעלות על האנייה כאשר זו עזבה את הנמל בניו-יורק. המערער הואשם בעברה של היעדר מהשירות שלא ברשות; להגנתו טען שמכיוון שהפקודה לעלות על האנייה ולהתחזות לרס"ר הייתה לא חוקית והוא ידע זאת, הוא לא היה צריך לציית לה וקמה לו הגנת הצידוק. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו וקבע כי "יסוד המשמעת הצבאית מחייב כל חייל וקצין לציית קדם כל להוראות מפקדו ולערער רק לאחר מילוי הפקודה". ברור כי במקרה דנן הפגיעה אשר נגרמה למשמעת עקב היעדרותו של הקצין מן האנייה הייתה רבה מהפגיעה שהייתה נגרמת לשלטון החוק לו היה מתחזה לרס"ר בשיט מניו-יורק בחזרה לישראל; עם זאת, לו ננקטה גישת הידיעה בפועל היה המערער מזוכה מאשם.

גישת הידיעה בפועל גם אינה מתחשבת דיה בשיקולי ההפטר הפסיכולוגיים (הבלתי מודעים) של החייל משום שהיא מתעלמת מנטייתו החזקה והבלתי נשלטת כמעט של חייל לציית לפקודותיו של מפקדו אף אם מדובר בפקודות בלתי חוקיות, ומחייבת אותו לסרב לפקודות כאלו אך ורק עקב מודעותו להיעדר החוקיות גם אם אין בציות משום פגיעה חמורה בשלטון החוק או בערכי החברה.

עקב חסרונות גישה זו רבים במערכת הצבאית אינם תומכים בה. כך, למשל, עמדת הפרקליטות בשנת 1990, כפי שהביעה הפרקליט הצבאי הראשי אז תא"ל אורי שהם בסימפוזיון בנושא "הגנת הצידוק בשל ציות לפקודות", הייתה כי לשם הרשעה אין להסתפק במודעותו בפועל של החייל, אלא יש לבחון את מודעותו בכוח של החייל הסביר.⁶³²

את הנטייה בקרב רבים במערכת הצבאית שלא לתמוך בגישת הידיעה בפועל ניתן לראות גם באופן בו בחר בית הדין בעניין אזרין⁶³³ ("טרטורים" בקורס טיס) לתאר את דין הישראלי בסוגיית הגנת הצידוק ואת גישתם הפרשנית של בתי הדין הצבאיים בסוגיה:

המחוקק הישראלי [...] סבר כי דרך המלך שבין הצורך להשיג משמעת בצה"ל, לבין עקרון החוקיות והצורך לחייב את כולם לציית לחוק, היא לקבוע חובת ציות לפקודה חוקית ובלתי חוקית, וחובת סירוב לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל.

...

בהגדרים את הפקודה הבלתי חוקית בעליל, מצאו בתי הדין הצבאיים לנכון לילך בדרך שבה מוגדרת פקודה זו כ'דגל שחור' [...] רוצה לומר, רק הוראות קיצוניות, כשאי החוקיות תועק ותקומם, תחשבנה לפקודות בלתי חוקיות בעליל.

משמעותה של הלכה זו, שיש החולקים עליה, היא הרחבה של מסגרת הפקודה הבלתי חוקית וצמצום המקרים שבהם תוגדר הפקודה בלתי חוקית בעליל [ההדגשה הוספה].

במאמר מוסגר יצויין שסברתו של בית הדין כי קיים קונצנזוס רחב בפסיקה הצבאית בדבר תמיכה בגישת חומרת המעשה אינה מדויקת כלל ועיקר. יתרה מכך, ישנם אף פסקי דין צבאיים בהם אומצה גישת הידיעה בפועל (ואלו יוצגו בהמשך).

632 ראו דבריו של שהם בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 600*604.

633 עניין אזרין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413.

13.5.2.2 האם תיקון 39 שולל את גישת הידיעה בפועל?

טענה נוספת נגד החלת גישת הידיעה בפועל היא שלכאורה המחוקק הישראלי שלל אותה. לטענה זו ישנן שתי גרסאות. על פי הגרסא הראשונה: בעברות הציות הצבאיות לא כלל המחוקק דרישה שהציות יהיה לפקודות חוקיות בלבד, ומכך אפשר ללמוד שכוונתו הייתה שהחייל יציית גם לפקודות בלתי חוקיות (כל עוד הן אינן בלתי חוקיות בעליל). אך, כעולה מבחינת ההיסטוריה החקיקתית של סעיפים אלו, לטענה זו אין בסיס היסטורי.⁶³⁴

על פי הגרסא השנייה לטענה האמורה (אשר טרם זכתה להתייחסות בספר זה): המחוקק הביע את דעתו במפורש נגד גישת הידיעה בפועל בעת שנחקק תיקון 39, בכך שדחה חלופה שהוצעה לסעיף 34ג(2) לחוק העונשין אשר אימצה גישה זו.⁶³⁵ חיזוק לטענה כי הדבר נעשה בכוונת מכון אפשר לכאורה למצוא בכך שדחיית חלופה זו נבעה מהתנגדות אנשי הצבא לה ומתמיכתם בגישת חומרת המעשה.⁶³⁶ התנגדות אנשי הצבא באה לידי ביטוי, למשל, בדברים שנאמרו בפורום מטכ"ל:⁶³⁷

1. המערכת הצבאית, מצב יעודה, ברמה הכי יסודית, אינה יכולה לקבל כלל כלשהו אחר [מגישת חומרת המעשה]. לא יכון צבא מנצח, ולא יקיים צבא מנצח את יכולתו לאורך זמן, אם הוא אינו מקיים את יסוד הציות בצורה חזקה מאוד, ומפנים אותו שנים לפני המבחן של המלחמה. ואין שום סיכוי לנצח בקרב – מול הדברים שמבחן האש דורש מהיחיד לעשות, בתחום המסכן את היחיד בסיכונים בלתי הפיכים בעיניו (ובצדק), ומניע אותו בניגוד לכל מה שהאינסטינקטים שלו, והשכל הישר שלו, והרצון שלו, אומרים לו באותו רגע – בלא היסוד של ציות, שהופנם באופן עמוק לאורך כל תקופת שירותו, לעיתים לאורך שנים.

2. אין שום סיכוי להפנים את הערכים האלה, שהם הכרחיים לשמירת רצון הלחימה של היחיד תוך כדי קרב, ו"חישוקי" היחידה בכל הרמות, בלא שהכלל הפועל יהיה – חובת הציות חלה, אלא אם מקבלים פקודה לבצע משהו, שמתנוסס מעליו "דגל שחור" שעצם מהותו דוקרת את העין (אם אינה עיוורת) ומקוממת את הלב (אם אינו אטום) כמאמרו של השופט העליון (בדימוס) בנימין הלוי.

3. כל כלל אחר (כולל הכלל שהוצע או נרמז על ידי האקדמיה), מכניס יסוד מסוים של התדיינות, ספקנות וערעור. יסוד שפעולתו תתחיל בשגרה ותתחלל לתוך הלחימה. וצה"ל הינו גוף שאינו יכול להרשות לעצמו, אלא שאלות לאחר מעשה על ההיגיון העומד ביסוד הפקודות (בערוץ הפיקודי), או על חוקיותן של הפקודות (בערוץ המשפטי).

4. בשום פנים ואופן אין להתיר במערכת הצה"לית איזה שהוא תהליך מחייב, שבו

634 בחלק 7.1.1 לעיל.

635 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 137 (להלן: הצעת חוק תיקון 39).

636 לדחיית החלופות ראו פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 103-97. פרוש סבור כי סיבת הדחייה הייתה סברתם של גורמי הצבא כי הגישה השלטת במשפט הישראלי היא גישת חומרת המעשה.

637 סיכום דיון פורום מטכ"ל מ"7 בנובמבר 1993.

נשאלת השאלה מראש, ושקבלת התשובה היא זכותו של מקבל הפקודה ומתנה את ציותו לה (להבדיל מהמלצה למפקדים, שכשיש זמן, יסבירו את הפקודות שלהם. זה כמובן עוזר מאוד, אבל זה אינו – ולא ראוי שיהיה – חלק מחובתם עפ"י חוק).

5. לכן ביסוד המהות – הרמטכ"ל אינו מאמין שאפשר לקיים צבא בכלל, וצבא ישראל בפרט, שיהיה לוחם ומנצח לאורך זמן, ושיכון על יסודות מהותיים אחרים מהחוק הקיים היום.

עמדה זו אף הובילה, עוד בטרם הדיון האמור, לשינוי בעמדת הממשלה אשר תמכה תחילה בחלופה המצדדת בגישת הידיעה בפועל.⁶³⁸

שינוי זה הוביל גם לשינוי בנוסחים אשר הוצגו בפני הכנסת.⁶³⁹ קודם לקריאה הראשונה כללה הצעת החוק שתי חלופות: אחת המצדדת בגישת הידיעה בכוח (ואשר הוצגה בדברי ההסבר כהצעה המותרת את המצב המשפטי הקיים על כנו). ואחרת המצדדת בגישת הידיעה בפועל. להלן נוסח ההצעה ודברי ההסבר:

... (1) .49

גרסה א' לפסקה (2)

(2) עשהו על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לציית לה, אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיניו או בעיני אדם מהישוב כי הוא מצווה לעבור, במילוי הצו, עבירה פלילית;

גרסה ב' לפסקה (2)

(2) עשהו על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לציית לה, אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיני אדם מהישוב שהצו אינו כדין;

דברי הסבר:

פסקה (2) בגרסתה הראשונה, מסייגת את תחולת הגנת הציות לצו של רשות מוסמכת, כי הוא מצווה לעבור במילוי עבירה פלילית. יסודה של ההוראה המוצעת בהשקפה כי במקרים שבהם ברור וגלוי ראשית לכל לאדם, שהוא מצווה לעבור עבירה פלילית, חובה עליו, לשם שמירה על שלטון החוק, לסרב לבצעה. אם לא כן, הוא ישא באחריות פלילית לעבירה זו. רק אם מקבל הצו לא היה מודע באורח ברור וגלוי שהצו הנו שלא כדין, רק במקרה זה יש להיזקק למבחן החיצוני של אדם מן הישוב – ואם גם לפי מבחן זה אי חוקיותו של הצו לא הייתה ברורה וגלויה, יעמוד לנאשם הסייג; אם לאו – כלומר אם היה ברור וגלוי לפי המבחן של האדם מן הישוב שהצו הוא שלא כדין – גם הנאשם היה חייב, תחת אחריות פלילית, לסרב לבצעו. גרסא זו שואפת גם לעצב את החוק כך שימשש גורם מרתיע לבעלי שררה מפני שימוש לרעה במרותם.

638 לשינוי העמדה האמור ראו הודעת הממשלה כאן: פרוטוקול ישיבה מס' 13 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, הכנסת ה-13 (18.10.1993) (הוועדה להלן: ועדת תיקון 39).

639 ראו הצעת חוק תיקון 39, לעיל ה"ש 635, בעמ' 137. לחלופות השונות ראו גם ש"ז פלה, מרדכי קרמיניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד 127, 145 (תשמ"ו).

פסקה (2) בגרסתה השנייה, איננה משנה מן הדין הקיים (סעיף 24(א)(2) ו-(ב) לחוק העונשין כפי שנתפרשו בפסיקה), וכלשונו המפורשת של סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. פסקה זו מסייגת את הגנת הציות לצו של רשות מוסמכת, רק לגבי צו שברור וגלוי על פי מבחן האדם מן הישוב, שהוא בניגוד לדין.

שר המשפטים אז, דן מרירות, הציג גרסאות אלו בפני הכנסת כך:⁶⁴⁰

בסעיף 49 אנחנו מביאים שתי גרסאות לשאלת הצידוק. הגנת הצידוק היא הגנה שדנו בה הרבה. גם במשפט הבין לאומי עלה הדבר, לצערנו, בנסיבות חמורות מאוד. במשפט של ארצנו שלנו זה עלה במשפט כפר קאסם, זה מועלה לאחרונה במשפטים בבתי המשפט הצבאיים – החובה לציית לפקודה, הפקודה הבלתי חוקית בעליל וכן הלאה. אנחנו מגישים בסעיף 49 שתי גרסאות. היו על כך ויכוחים בתוכנו, אני מוכרח לומר, שאני הייתי בדעה אחת, ואנשי הצבא היו בדעה אחרת. דונו בשאלה גם אתם.

...

אני רוצה להסביר את הגרסאות. בעיני זה עניין בעל חשיבות. אולי אקדים כמה מילים. הביטוי "בלתי חוקי בעליל" – הביטוי שמופיע היום בחוק – שהוא ביטוי שונה במקצת מן המקביל לו בחוק השיפוט הצבאי – נדמה לי בסעיף 125 – אני לא בטוח במספר המדוייק של הסעיף – פורש בפסיקה. בוודאי בפסקי הדין של כפר-קאסם, גם בבית הדין הראשון, בראשות השופט הלוי, וגם בבית הדין לערעורים, בראשות השופט לנדוי, על רקע מוסרי, היו ביטויים כמו "דגל שחור", "מקומם את הנפש", וכן הלאה.

פירוש דומה ניתן גם בחלק מפסקי הדין הצבאיים האחרונים, במשפטי "גבעתי" ו"גולני", שבוודאי חלק מהנוכחים פה קראו אותם. נשאלת שאלה, שנדונה בעולם המשפט, גם במאמרים שפלר כתב, גם במאמרים שפרופסור פרוש כתב לפני זמן מה ואחרים. כאשר נותנים הוראה לבצע פקודה שהיא בלתי חוקית לחלוטין, באופן ברור לגמרי, אבל אין בה שום בעיה מוסרית, האם אין חובה שלא לבצע אותה? האם יש צידוק או אין צידוק בגין המעשה?

הדוגמה הקלסית: נותנים הוראה לנהג לנסוע במהירות של 120 קילומטר לשעה כדי להגיע לחברה של המפקד, לא משום משימה מבצעית. זה בלתי חוקי בעליל, ואין שום בעיה מוסרית בה. מה נכון לכתוב? האם האלמנט המוסרי צריך להכריע או שהרי שברור שאסור לנסוע במהירות שמעל 90 קילומטר לשעה, ואין הגנה כמו צורך, בהנחה שכל העובדות ידועות.

היו שתי גרסאות בעניין הזה. מצד אחד אפשר לומר: איך אפשר להגיד לחייל שהוא חייב לבצע הוראה שהיא מחוץ לחוק, ואם ביצע, יהיה לו פטור? האם יש למפקד בכלל סמכות לתת הוראה שהחוק לא מסמיך אותו לתת? זה כאלו תרתי סתרי. החוק לא הסמיך מפקד בצבא או במשטרה לתת הוראה שהיא לבצע עבירה פלילית. מצד שני, יש שאלת

640 דיון בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (קריאה ראשונה), ד"כ 124, 2297, 2301 (התשנ"ב).

המשמעת בגוף צבאי או גוף אחר הבנוי על משמעת – שירות הביטחון אולי, המשטרה, משמר הגבול, צבא. אלה גופים שבהם לא כל אדם יכול כל הזמן לשקול את השאלה האם זה חוקי או לא חוקי. אומרים לו: אם קבלת פקודה, שאין מעליה "דגל שחור", בצע אותה. אל תתחיל להתפלמס עם השאלה אם הפקודה חוקית או לא-חוקית.

שתי הגישות האלה באות לידי ביטוי כאן. אני, שאני בוודאי רגיש כמו כל אחד אחר מאתנו לעניין המוסרי, אין לי ספק שבעניינים המוסריים בוודאי אסור לבצע, כמעט בכל העניינים המוסריים, גם העניין הבלתי-חוקי ברור מאוד. לא רק בגלל היותו בלתי מוסרי. נראה לי שהפרוש הנכון יותר – זאת דעתי בכל אופן – שפקודה שהיא באופן ברור בלתי חוקית, גם אם אין איתה שום בעיה מוסרית, סייג הצידוק אינו צריך לחול עליה, כאשר אדם מבצע אותה. אני חושב שאסור לבצע הוראה כזאת. אני חושב שהכלל צריך להיות ברור מאוד.

אבל, אני מודה שיש בנושא זה שתי דעות, הנושא פתוח לדיון. אני מציע לוועדה, שתדון בכך כפי שתמצא לנכון. היא תשמע בוודאי אנשים שונים, את הגופים שעוסקים בדברים האלה, וגם אנשי אקדמיה, שגם להם גרסאות שונות בעניין זה.

לעומת זאת, בעקבות שינוי עמדת הממשלה לקריאה שנייה ושלישית כבר הוגשו חלופות אחרות – חלופת דעת הרוב של הוועדה, אשר שמרה על הנוסח שהיה קיים קודם לתיקון 39, וכן חלופה שהוגשה כהסתייגות פרטית של דן מרידור (אשר לא היה עוד שר המשפטים), שתמך בגישת הידיעה בפועל.⁶⁴¹ את עמדת הרוב הציג דן מרידור כך:⁶⁴²

פה יש גרסה שהוועדה קיבלה. אני מפנה את תשומת לבכם לזאת, כי זה שונה מהנוסח שהממשלה הגישה לכם לפני שלוש שנים. בא אלינו הצבא, הרמטכ"ל בכבודו ובעצמו ואתו שר המשפטים, וחשבו שטוב לשמר את הדין שהיה קיים עד אז, והוא מנוסח כאן לפנינו, ולא לעשות את השינוי שאנחנו הצענו. זה המצב ואני מנמק את החלטת הרוב. אני רוצה לומר, שיש שאלה, והיא שאלה פתוחה, מה היא הפרשנות של הסעיף הזה, האם פרשנות הדברים היא שאדם לא יישא באחריות פלילית, אם הוא עושה מעשה על פי צו רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה זולת אם הצו בעליל שלא כדין – והביטוי "שלא כדין" פירושו רק מקרים שמתנוסס מעליהם דגל שחור בנוסח הדברים של השופט לוי, שאומצו על ידי השופט לנדוי בפסק הדין כפר קאסם, דהיינו שמקוממים את הנפש, שדוקרים את העין, שהנפש נוקעת מהם – אם שגם דברים אחרים, שברור וגלוי שהמעשה שנעשה הוא בלתי חוקי לחלוטין, גם אם אין מעליו דגל שחור, האם לא יחול לגביו אותו סייג?

דהיינו, חייל שנאמר לו: סע עכשיו 130 ק"מ בשעה כדי שאני, המפקד, אספיק להגיע לחברה שלי – אין פה בעיה מוסרית – האם פקודה כזאת מותר לחייל לקיים? האם יש הגנה לאלו שקיימו אותה?

641 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 10179-10187 (הנוסח שהתקבל – זהה לנוסח שלפני תיקון 39) ו-10190 (הסתייגות של י' דיין וד' מרידור – נוסח המצדד בגישת הידיעה בפועל).

642 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 9831-9832.

יש ויכוח בין שתי אסכולות של מחשבה. אני רוצה לומר שהנוסח, שמופיע כאן איננו שינוי של הדין הקיים ואין בו שום חידוש. הדין הקיים כפי שהתגבש בפסיקה הישראלית וגם בפסיקה הצבאית עסק בעיקרו של דבר במקרים הידועים, שבהם היתה התקוממות מוסרית נגד המעשה. הוא לא קבע, למיטב הבנתי, שאלה המקרים היחידים שבהם אסור לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל. הביטוי "בלתי חוקי בעליל" או "בעליל שלא כדין" המתורגם מאנגלית, manifestly unlawful, הוא פתוח לפרשנות, ואני לא מציע לומר יותר מזה, אלא לומר שהשאלה לא הוכרעה והיא נשארת בנוסח הקיים.

ואת הסתייגותו הפרטית הציג כך:⁶⁴³

ההסתייגות האחרונה שלי, ברשותכם, נוגעת לסעיף 34 לגבי פסקה (2). מדובר פה על מה שקוראים לו "הצידוק הצבאי", הצידוק במקרה של מרות, כמו שקראנו קודם. היום הצעת החוק חוזרת על הדין הקיים, שאדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה כשעשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לציית לה לפי דין, וזולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין. שימו לב, אין מדובר על חייל, מדובר על כל מי שיש לו דין משמעת, שהוא חייב לציית לרשות מוסמכת. לפי פסיקה מסוימת מדובר גם בפקידי ממשלה. אני חושב שצריך להיות ברור הפירוש לעניין. אמרתי קודם שהמצב הנוכחי המוצע כאן לפנינו בהצעה על ידי רוב הוועדה משאיר פתוח את השאלה, האם חייל רשאי לבצע פקודה בלתי חוקית, כאשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית לגמרי, אבל היא לא פוגעת במוסר. אני חושב שהוא לא רשאי לבצע פקודה כזאת. שאין סמכות למפקד להורות אלא מה שהחוק הותיר לו להורות. מפקד שאומר לחייל, לך תבצע בבית שלי תיקון במקום שאני אקח אינסטלטורים בחוץ, אין בזה דבר שדגל שחור מתנוסס עליו, שום דם לא יישפך. אבל הוא אומר לו במסגרת תפקידו, הוא הנהג שלו, היא המזכירה שלו, טלפני לי מהבית, עשי לי הזמנות לבר המצווה מהבית, הכל במסגרת העבודה, אלא אם תגיד שכל זה הוא לא במסגרת העבודה מפני שהוא אסור, אבל אז לא אמרת כלום.

אני חושב שדבר כזה צריך להיות אסור, ואני חושב שצריך לומר זאת במפורש. אני מקווה שפרשנות הדין הקיים תהיה כזאת גם כן. אבל גם פה אני מציע שלא לברוח ולומר את הדברים במפורש, ולומר כמו שאנחנו מציעים, שהפטור שהיה אם עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה לפי דין – זה כמו שאמרנו כאן – אלא אם היה ברור וגלוי בעיני אדם מהישוב כי הוא מצווה לעבור במילוי הצו עבירה פלילית. אם יודע לו שזאת עבירה פלילית, אפילו אין בה פגם מוסרי, והחייל ביצע, לא תהיה לו הגנה. הוא יודע שזו עבירה פלילית, ברור לכל אדם שזו עבירה פלילית. למה הוא חייב לבצע? למה הוא חייב לעשות למפקד טובות אישיות? למה הוא חייב להיכנע לשוחד שאין בו עניין של דגל שחור? למה? אני חושב שצריך לכתוב במפורש את זה ולא לחכות לבית המשפט שיעשה בשבילנו את העבודה.

הערה שנייה בנוסח שלנו: הנוסח הקיים מדבר בלשון אובייקטיבית, ואני מציע מבחן סובייקטיבי, גם אם אדם רגיל אינו יודע שזאת עבירה שאסור לעשות זאת, אבל האדם

שאנחנו מדברים בו, מקבל הפקודה, והוא במקרה יודע, מפני שעסק בנושאים האלה, הוא יודע שאומרים לו לעשות עבירה, בעיניו גלוי וברור שזו עבירה, גם אז נגיד לו, תעשה את העבירה ותהיה זכאי? הוא יודע שזאת עבירה והתברר שהוא צדק – אם הוא טעה, אין עבירה ואין העמדה לדין. מדובר במקרה שהוא צדק. הייתה עבירה, אחרי כן – העמדה לדין. הוא ידע שזו עבירה להרוג או לפגוע, הוא ידע את כל העובדות, הוא ידע שהדין אומר שזה אסור, והוא עשה בכל זאת. משום מה המתנגדים למבחן הסובייקטיבי אומרים שישאירו רק את המבחן האובייקטיבי, האדם מהישוב, האדם הסביר.

אני חושב שההצעה שלנו טובה יותר ולכן – בסעיף 34יג פסקה (2), במקום האמור היום אנחנו מציעים לכתוב: "לא תחול אחריות פלילית אם האדם עשהו על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לפי דין לציית לה" – עד כאן ברור – "אלא אם" וזה הסייג לסייג, "אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיניו", זה המבחן הסובייקטיבי, "או בעיני אדם מהישוב", זה המבחן האובייקטיבי, כי הוא מצווה לעבור במילוי הצו עבירה פלילית". לא רק גלוי וברור שזה לא כדין אלא עבירה פלילית, דבר שאסור על פי חוק, ברור לגמרי שהמבחן המוסרי קיים פה. כל המעשים שהזכרנו, למשל פסק דין כפר קאסם, או משפטי האינתיפאדה השונים, שם היו מעשים שנקבע שדגל שחור מתנוסס עליהם – באמת היה צריך למנוע אותם. הם גם עבירה פלילית: זה ברור וגלוי. אבל צריך שיהיה ברור שמדובר על מקרים שאין בהם דגל שחור אבל הם עבירה פלילית.

אני חושב שאנחנו עוסקים פה בשלטון החוק, אין לצבא סמכות, אין למפקד סמכות להורות אלא מה שמותר לו להורות. אין לו סמכות להורות לעשות עבירות. גם אם צבא פירשו את זה פרושים מפליגים, אני חושב שטעו בכך, ואני מציע שתתקבל ההסתייגות שלנו כדי שנכתוב בדיוק מה שלדעתי בית המשפט יכתוב אחר כך בפסיקתו, תודה רבה.

נראה כי לאור הליך החקיקה אשר הוצג לעיל, הופכת הטענה שלפיה המחוקק דחה בתיקון 39 את גישת הידיעה בפועל במפורש לטענה חלשה. דבריו של דן מרידור, אשר הובאו לעיל באריכות עקב חשיבותם, מראים בבירור כי התמונה המשפטית אשר הוצגה בפני חברי הכנסת הייתה כי החלופה אשר התקבלה היא חלופה אשר משאירה פתח לקבלתן של כל אחת מהגישות הפרשניות אשר התפתחו קודם לתיקון 39.

בשולי הדברים אפשר לכאורה לטעון באותה מידה שגם גישת הידיעה בכוח נשללה בשל שינוי הגרסאות בין הקריאה הראשונה לקריאה השנייה והשלישית – אך נראה שטענה זו תהיה חלשה באותה מידה.

13.5.2.3 פסקי דין שבהם הובעה תמיכה בגישת הידיעה בפועל

בבג"ץ יתום⁶⁴⁴ (עתירה נגד מינוי אהוד יתום לראש המטה ללוחמה בטרור עקב מעורבותו בפרשת "קו 300") התייחס בג"ץ לטענתו של יתום כי בזמנו לא סבר שיש פסול בפקודה שנתן לו ראש השב"כ:

בכך שיתום הרג את המחבלים על פי פקודתו המפורשת של ראש השב"כ אין כדי לגרוע מחומרת הנסיבות בהן ביצע פשע זה. פקודתו של ראש השב"כ הייתה, על פניה, בלתי חוקית בעליל, ואסור היה ליתום לציית לה. יתום כזכור טען, כי בזמן המעשה לא היה מודע לכך שעל הפקודה שניתנה לו מתנוסס 'דגל שחור'. לטענה זו אין בעיני כל משקל [...] אכן, לעתים תתחייב המסקנה בדבר היותה של פקודה בלתי חוקית בעליל, אף ש'דגל שחור' לא התנוסס עליה [...] ואולם השאלה, אם למי שביצע את פקודת מפקדו הייתה מודעות לאי חוקיותה בעליל של הפקודה שניתנה לו, עשויה להתעורר רק כשהמדובר בפקודה שסימני ההיכר של אי החוקיות בעליל אינם ניכרים בה [ההדגשה הוספה].

מציטוט זה עולה, כי בג"ץ מאמץ גישה שיש בה רכיבים של ידיעה בפועל, אך בסדר שונה מזה שהוצג לעיל. על פי גישה זו הפקודה תיבחן תחילה על פי גישות נורמטיביות (במקרה זה נקבע כי הפקודה הייתה בלתי חוקית מכיוון שפגעה בעקרון היסוד של טוהר הנשק); לאחר מכן, אם יתברר שאין בפקודה פסול נורמטיבי יבחן בית המשפט אם החייל (או איש השב"כ במקרה זה) ידע שהפקודה אינה חוקית, ואם באחד מהשלבים האלה תהיה התשובה חיובית – יקבע בית המשפט כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

תמיכה בגישת הידיעה בפועל, יתכן ועולה גם מהערת אגב בבג"ץ די.בי.אס.,⁶⁴⁵ שעסק בגבולות הציות להחלטה מנהלית:

במסגרת המשפט הפלילי עלתה השאלה מתי קמה חובה שלא לציית. שאלה זו נדונה בעת בירור גבולותיה של 'הגנת הציות לפקודה' (המעוגנת כיום בסעיף 34ג(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). המשפט הכיר בהעדרה של חובה לציית – ובקיומה של חובה שלא לציית – להוראה שהינה הוראה בלתי חוקית בעליל. הוראה בלתי חוקית בעליל הוגדרה כהוראה שאי חוקיותה הינה גלויה ומובהקת, בעלת אופי פלילי ברור; הוראה שדגל שחור מוסרי מתנוסס מעליה, שאי חוקיותה אינה פורמלית או נסתרת או מתגלה אך לעיני חכמי משפט (ראו, ביד"ץ מר/57/3 תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פסקים מחוזיים, כרך יז, 90, 213-214 (1958) (להלן: פרשת מלינקי); ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2075-2080 (1962); בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו (2) 265, 281-282 (2001) (להלן: עניין שריד)). יועה כי בעניין זה של פקודה בלתי חוקית הובעה העמדה לפיה מקום בו אי החוקיות של הפקודה ברורה וגלויה על פניה, היא עשויה להוות פקודה בלתי חוקית בעליל, במובן שעליו מדובר בחוק העונשין, גם אם אין דגל שחור מוסרי מתנוסס מעליה (ראו, עניין שריד, ע' 282 והמאמר אליו מפנה פסק הדין, עדי פרוש 'פסקי הדין בפרשת כפריקאסס, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל', עיוני משפט טו 245, 264-268 (1990)).

מאידך, יתכן ובית המשפט לא התכוון בדברים אלו לצדד בגישת הידיעה בפועל אלא רק לציין אותה כאפשרות הקיימת בפסיקה, זאת במיוחד כיוון שבהמשך פסק הדין אמר בית המשפט את הדברים הללו:⁶⁴⁶

645 בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פס' 15 (פורסם בנבו, 9.9.2007).
646 שם, פס' 18.

בכל הנוגע לדיון בגבולות חובת הציות שנערך בדין הפלילי והמשמעת, הרי ששם דובר בציות במסגרת גופים היררכיים אשר המשמעת היא מאבני היסוד שלהן [...]. הן לעניין השירות הצבאי או המשטרתי והן לעניין שירותם של עובדי ציבור אחרים נקבע שחשיבותה של המשמעת מחייבת פירוש מצמצם של המונח הוראה בלתי חוקית בעליל ויצירת חריג צר ככל הניתן לחובת הציות.

תמיכה יותר ברורה ומפורשת מצד בית המשפט העליון בגישת הידיעה בפועל עולה מפסיקתו בערעור בעניינו של א״פ אייכמן.⁶⁴⁷ אף שבסעיף 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם נקבע כי הגנת הצידוק לא תחול על עברות על פי החוק האמור, בחן בית המשפט העליון בכל זאת את טענתו של המערער ״כי הוא מילא אך תפקיד של ׳בורג קטן׳ בגלגל ההשמדה הנאצית, כי בכל הפרשות הנזכרות פעל כפקיד נמוך וחסר יוזמה עצמית, ושרק כורח הפקודה וציות עיוור לצו מגבוה הם שהדריכוהו לעשות את עבודתו בכל שלביה״.⁶⁴⁸

בית המשפט דחה את הטענה בנקטו את גישת הידיעה בפועל: ״[...] הבעיה אם כדאי להכשיר את ההגנה האמורה, תלויה בשאלה אם, ובאיזה מידה, יש להתחשב במצבו הנפשי של הנאשם בשעת המעשה – בעובדה שלא ידע אותה שעה שהפקודה שמילא הייתה מנוגדת לחוק״ [ההדגשה הוספה].⁶⁴⁹ ובהמשך:

מסכימים אנו לדעת בית הדין המחוזי שגם אם היה עליו לפסוק את הדין על סמך הוראתו של המשפט הפלילי הכללי, גם אז היה חייב לדחות את ההגנה הנ״ל וזאת לא רק משום ש׳פקודת ההשמדה הפיזית היתה בלתי חוקית בעליל׳ וגם כל יתר הפקודות לרדיפת היהודים נגדו ׳את רעיונות היסוד של החוק והמשפט׳. אלא גם מפני שלמערער הייתה תודעה מלאה בשעת המעשה שהוא נותן יד לביצוע מעשים חמורים ונוראים ביותר [ההדגשה הוספה].⁶⁵⁰

לאחר מכן, כדי להוכיח את ידיעתו של אייכמן, ציטט בית המשפט את אייכמן בעדותו בבית הדין המחוזי: ״כבר בשעתו ראיתי בפתרון זה דבר שאינו כחוק, דבר איום אך לדאבוני הייתי מחוייב לעסוק בו...״⁶⁵¹

בית הדין הצבאי לערעורים פסק במפורש על סמך גישת הידיעה בפועל בעניין אלקובי.⁶⁵² באותו מקרה, דובר בחייל שנהג במשאית צבאית בהוראת מפקד הפלוגה. בהגיעם ליחידה אחרת הורה לו המפקד שלא לדומם את המנוע, ואלקובי הבין מדברי המפקד שבכוונתו לגנוב תחמושת. במהלך העמסת התחמושת על הרכב התעורר חשדם של השומרים. מפקד הפלוגה הורה לאלקובי לנסוע, והם חמקו מהמקום.

647 ע״פ אייכמן, לעיל ה׳ ש 13.

648 שם, בעמ׳ 2039.

649 שם, בעמ׳ 2976.

650 שם, בעמ׳ 2077.

651 שם.

652 264/84/ע (ערעורים צה״ל) אלקובי נ׳ התובע הצבאי הראשי, פד״צ 1984, 251, 254 (1984).

בית הדין הרשיע את הנאשם בקבעו כי אם החייל מודע בוודאות לאי־חוקיות הפקודה אזי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל, ואין מקום להיזקק למבחן האדם הסביר:

הטעם לכך הוא, שפיו של המערער ענה בו כי ידוע ידע [...] שמפקדו משתף אותו במעשה בלתי־חוקי. כיוון שנתוודע לדבר ולמשמעותו [...] היה עליו למושך ידו ממנו [...] אין לנו יסוד לחשוב שהמערער פעל כפי שפעל מחמת שאי־חוקיות הפעולה לא הייתה נהירה לו או שסבר כי טעמים נסתרים מצדיקים אותה. לפיכך כל מבחן חיצוני אינו נחוץ ובהודיית הנאשם סגי.

עניין אלקובי הוא פסק הדין הצבאי היחיד בו שימוש מפורש בגישת הידיעה בפועל היה בברור חלק מהלכת הפסק, אולם תמיכה בגישה זו עולה גם ממספר פסקי דין נוספים של בתי דין הצבאיים. בעניין עופר⁶⁵³ (הערער בפרשת כפר קאסם) הסביר בית הדין הצבאי לערעורים את הרציונל העומד מאחורי הגנת הצידוק כך:

מחמת התנאים המיוחדים, בהם שרוי אדם הכפוף לחובת הציות לציום הניתנים לו על ידי רשות מוסמכת הממונה עליו, מוחל לו המחוקק על אי־ידיעת החוק, היינו חוסר ידיעה שהצו הוא בלתי חוקי, אך בתנאי שאי־החוקיות אינה מגיעה לדרגת 'בלתי חוקי בעליל' [ההדגשה הוספה].

משמע, מהלאו ניתן ללמוד את ההן: אם אדם מכיר את החוק ויודע כי הפקודה שניתנה לו אינה חוקית, אין על מה למחול לו ולכן לא תחול עליו הגנת הצידוק.

תמיכה מסויימת בגישת הידיעה בפועל ניתן למצוא גם בעניין בורברג (פסק דינו של בית הדין הצבאי המיוחד בפרשת הירי בנעלין).⁶⁵⁴ לאחר שדחה בית הדין את טענתו של הפקוד כי קמה לו הגנת צידוק, בקובעו כי דברי מפקד הגדוד לא היו פקודה, הוא הוסיף "אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה לירות כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור כפות [...] פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" [...] שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (...).". אך הוא לא הסתפק בכך ואמר:

לא למותר להזכיר את דבריו של נאשם מספר 2 בעדותו בבית הדין, לפיהם היה מודע לכך שבדומה להכאת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדור חי, אף ירי כדור גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה בולטת", העשוי לגרום לנזק פיזי חמור (לשאלת הזיקה בין מודעותו של החייל ביחס לאי חוקיות הפקודה לבין הגדרת הפקודה כ"פקודה הבלתי חוקית בעליל" ראו ע/264/84 טור' אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי (1984) ומאמרו של פרופסור ש.ג. פלר "צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הצידוק", עיוני משפט טו' 217). אשר על כן, יש לדחות את טענת ההגנה בדבר קיומה של הגנת הצידוק ולהרשיע את הנאשם בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, בהתאם להוראת סעיף 85 סיפא לחש"ץ [ההדגשה הוספה].

653 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 67.

654 עניין בורברג, לעיל ה"ש 429.

גם בעניין לוי⁶⁵⁵ (פקודה לשדוד אורח ערבי שנתפס ללא תעודות) הובעה תמיכה מסוימת בגישת הידיעה בפועל. שם טען המערער 2, בין השאר, כי לא ידע שהפקודה שנתן לו המערער 1 היא בלתי חוקית ולכן קמה לו הגנת הצידוק. הן בית הדין המחוזי והן בית הדין הצבאי לערעורים דחו טענה זו מבחינה עובדתית, וקבעו כי המערער ידע שמדובר בפקודה בלתי חוקית שאין לה קשר לצבא. בית הדין הצבאי לערעורים אף התייחס לפסיקת בית הדין קמא בעניין:

אם סבור היה בית הדין דלמטה כפי שנראה מפסק דינו שהחייל מאבד את הגנת הצידוק [...] רק במקרים שמוכיחים כי למעשה אומנם ידע כי הפקודה שפעל על פיה היא בלתי חוקית – הרי שטעה בית הדין. כבר קבענו לא אחת כי השאלה בדבר היות פקודה בלתי חוקית בעליל נתונה להכרעת בית הדין ולא להכרעת הנאשם, במילים אחרות בית הדין צריך לשאול את עצמו: באם במסיבות שהוכחו נראתה הפקודה למעשה לנאשם בלתי חוקית בעליל או לא. היינו, מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי [ההדגשה הוספה].

בקריאה ראשונה נראה כי בית הדין דחה את גישת הידיעה בפועל לטובת גישת הידיעה בכוח; אך יש לשים לב למילה "רק" – ממנה עולה כי במקרים שבהם ידע הנאשם כי הפקודה היא בלתי חוקית לא תעמוד לו הגנת הצידוק, וכך גם במקרים שבהם חייל סביר יכול היה לדעת שמדובר בפקודה בלתי חוקית. משמע מדובר בגישת הידיעה בפועל, כפי שהוצגה לעיל.

בעניין טייג⁶⁵⁶ (פקודה למסור בנוזן לאזרח) הרשיע בית הדין הצבאי לערעורים את המערער בנקטו גישת ביניים בין גישת הידיעה בכוח לגישת הידיעה בפועל. מצד אחד קבע בית הדין כי כל בר דעת היה יודע שהפקודה אינה חוקית, אך מן הצד האחר ייחס חשיבות מכרעת לידיעת המערער עצמו, וקבע כי זו שללה את היסוד לטענה ש"ציית לצו חוקי ללא שמץ של חשד".

עניין פרידמן⁶⁵⁷ הוא פסק דין לא צבאי בו פסק בית המשפט על סמך גישת הידיעה בפועל. הנאשמים היו מנהל ומזכירה של מרכזייה פדגוגית שהיא מוסד עירוני. לשם פיתוחה של המרכזייה מכרו הנאשמים מוצרים שונים של המרכזייה ללא אישור העיריה. בתמורה הם השתמשו כדי לרכוש ציוד למרכזייה, ללא דיווח או קבלת רשות. הנאשמת 2 (המזכירה) פעלה בהוראות הנאשם 1 (המנהל), ושניהם ידעו שהם פועלים בניגוד לנהלים. הנאשמים לא זכו לטובת הנאה אישית מפעולתם. הנאשמת 2 טענה להגנת צידוק, אך השופטת בן-עיתו קבעה כי זו לא קמה לנאשמת עקב ידיעתה בדבר אי-חוקיות המעשים:

עכשיו הגיע הזמן לומר, מדוע אני מרשיעה את הנאשמת 2 בעבירה של מעילה באמון, למרות טענתה שפעלה על פי הוראות הממונה עליה. כבר אמרתי שאני מקבלת כי היא היתה צריכה לפעול לפי הנחיות הנאשם 1, והנאשם 1, בהגנות רבה, לקח על עצמו את מלוא האחריות לפעולות שעשתה בהנחיתו. אבל אין לקבל בשום פנים את הטענה שעובד ציבור רשאי לעבוד על החוק רק משום שהממונה עליו אומר לו לעשות כן, כאשר ברור וידוע לו שהוא עושה מעשה אסור והוא משתף עצמו במעשה האסור בעיניים פקוחות

655 עניין לוי, לעיל ה"ש 619, בעמ' 173.

656 עניין טייג, לעיל ה"ש 508.

657 ת"פ (מחוזי ת"א) 141/75 מדינת ישראל נ' פרידמן, פ"מ תשל"ו (2) 368, בעמ' 382 (1976).

ואפילו מסייע להעלימו מעיני הממונים על הביקורת באותו מוסד. הסניגור הסתמך על ס' 19 לפ"פ, אולם גם הסעיף הזה אינו מדבר על ציות עיוור לרשות בת סמך ולא פוטר מאחריות אדם שעשה מעשה שהוא באופן ברור וגלוי בלתי חוקי.

בשולי הדברים יצויין עוד, כי לגבי עובדי מדינה הובעה בעבר עמדה שעל פיה מחשבתו הסובייקטיבית של עובד המסרב לציית להוראת הממונה כי ההוראה האמורה היא בלתי חוקית תשמש שיקול לקולא בעת הטלת עונשו (בגין אי ציותו להוראת הממונה), אף אם בדיעבד יתברר שהפקודה הייתה חוקית. בעש"ם לויט⁶⁵⁸ סירבה המערערת פעמיים לעבור תפקיד. בפעם ראשונה נדונה העברתה לתפקיד מנהלת חשבונות ומכיוון שלא הייתה לה הכשרה מתאימה קבעה ועדת המשמעת כי ההוראה ניתנה בחוסר תום לב ולכן אין לראות בסירוב לה הפרת משמעת. בפעם השנייה סירבה המערערת לעבור לתפקיד אשר היו לה את הכישורים לבצעו, ובשל כך הועמדה לדין בבית הדין המשמעתי והורשעה. על הרשעה זו ערערה, וערעורה נדחה. בערעור טען סנגורה של המערערת כי אף אם ההוראה חוקית יש לזכותה מכיוון שהיא סברה באופן סובייקטיבי כי ההוראה אינה כזו; השופט כהן דחה טענה זו, אולם ציין כי מדובר בשיקול לעניין העונש:

אם כי אין אני מקבל את טענתו של ד"ר וינס כאילו מקום שיש לעובד סיבה סובייקטיבית סבירה שלא לציית להוראת הממונים עליו, שניתנה לו כדין, אין הוא יכול להיות אשם בעבירת משמעת – על כל פנים פשוט הוא שיש להתחשב בסיבה סובייקטיבית סבירה שכזאת לעניין מידת העונש. כאן ברור הוא שסירובה של המערערת לעשות את המוטל עליה לפי חוק, לא נבע מתוך רצון רע או זדון או מניע פסול אחר, כי אם מתוך טעות במעמדה ובזכויותיה מתוך אי ידיעת חובותיה לפי חוק; ואם כי איידיעה זו אינה יכולה לשחרר אותה מאחריותה, הרי יש להתחשב בה לעניין ענישתה.

13.5.2.4 פסקי דין אשר גישת הידיעה בפועל נשללה בהם במפורש

כשם שניתן לומר כי עניין אלקובי הוא פסק הדין המייצג באופן מובהק ביותר את התמיכה בגישת הידיעה בפועל (מכיוון שזו מהווה באותו פסק דין רכיב מרכזי בהלכת הפסק), ניתן לומר כי פסק דינו של בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל בעניין בן זקן⁶⁵⁹ הוא פסק הדין המייצג באופן המובהק ביותר את העמדה השוללת את גישת הידיעה בפועל.

באותו מקרה פיצל הנאשם חוסר אפסנאי בפריטי רכוש בין כמה טפסים בניגוד לפקודות מטכ"ל, בצייתו לפקודת מפקדו. התביעה הוכיחה כי הנאשם ידע על היעדר חוקיותה של פקודת מפקדו ואף נקט אמצעים מסוימים (שאותם הגדיר בית הדין "קלושים") כדי למנוע את המשך הזרמת הטפסים המפוצלים. התביעה טענה שמרגע שהנאשם ידע כי מפקדו פוקד עליו לבצע מעשה בלתי חוקי היה עליו לסרב לציית לפקודה, ומשציית לה לא תעמוד לו הגנת הצידוק. בית הדין הצבאי מטכ"ל דחה טענה זו וזיכה את הנאשם מפרט אישום זה:

[...] טיעונו של התובע לפיו ידיעתו הברורה של הנאשם שמדובר בהוראה בלתי חוקית

658 עש"ם 3/66 לויט נ' סופר, פ"ד (3) 331, בעמ' 335-336 (1966).

659 עניין בן זקן, לעיל ה"ש 412.

אינה מקנה לו לכאורה את ההגנה המבוקשת על ידו, אין בה ממש.

...

הקריטריון היחיד שהינו בר הפעלה נוגע לידיעה המחויבת להיות אצל מקבל הפקודה – עפ"י קריטריונים אובייקטיביים – לפיה מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

גם בעניין בלק⁶⁶⁰ פסק בית הדין בניגוד לגישת הידיעה בפועל. באותו עניין דובר במג"ד שהורה לחייל לפעול בניגוד לפקודות מטכ"ל הנוגעות להעברת ציוד מבוקר. החייל, אשר הכיר את הוראת כוח האדם (הכ"א) הנגזרת מפקודת מטכ"ל זו סירב לציית לפקודה, ולחלופין הסכים לציית אם יורה לו המפקד על כך בכתב. בית הדין הרשיע את המשיב בעברה של סירוב לקיים פקודה:

פקודתו של המג"ד [...] לא הפכה להיות פקודה בלתי חוקית [צ"ל כנראה – בעליל ז.ב.]. אך ורק משום שלא הייתה בהתאם לפקודת מטכ"ל [...] אומנם המג"ד עצמו עלול לתת את הדין על שנתן פקודה שכזו אולם כלפי המשיב זו פקודה מחייבת שמחובתו היא למלאה, ואחר כך אם ימצא לנכון, להגיש תלונה.

אמנם אחרת היה לו ניתנה פקודה זו במסיבות שבביצועה היה משום עבירה פלילית גלויה, כגון שאמר לפקודו למכור את הצמיג בחנות אורחית, שאז יכול היה המשיב לסרב למלא בכלל את הפקודה כפקודה בלתי חוקית בעליל.

לפיכך, לדעת בית הדין, אין זה משנה אם החייל ידע שהפקודה בלתי חוקית – כל עוד אין בה פגם נומטיבי של "פליליות גלויה" על החייל לציית לה, ובאפשרותו להגיש תלונה לאחר מכן.

בעניין בן-ארצי⁶⁶¹ (סירוב להתחיל בטענה בדבר טעמי מצפון, טענה שנדחתה על ידי גורמי הצבא האמונים על כך ועל ידי בג"ץ) שלל בית הדין הצבאי לערעורים את גישת הידיעה בפועל במפורש. סנגורו של הנאשם טען כי קיים שוני בין ההגנה מכוח סעיף 125 לחש"ץ לבין זו מכוח סעיף 34ג(2) לחוק העונשין, וכי חייל יכול שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בכל עת ש"ברור וגלוי" לו כי הפקודה אינה חוקית. לעומת זאת, אם ציית לפקודה ועקב כך עבר עברה, לא תקום לו הגנת הצידוק שבחוק העונשין אלא אם הפקודה לוקה בפגם חוקי ומוסרי חמור ההופך אותה לבלתי חוקית בעליל. לגופו של מקרה טען הסניגור כי מכיוון שהחייל ידע שהוועדה שנתה בקביעתה כי הוא אינו זכאי לפטור מן השירות מטעמי מצפון, אזי היה לו ברור וגלוי כי פקודת החייל אינה חוקית, ולפיכך לא ניתן להעמידו לדין.

בית הדין דחה את טענת הנאשם ושלל את גישת הידיעה בפועל:

רף 'הפקודה הבלתי חוקית בעליל', שנקבע לחייל, הוא אכן נמוך. מבחנו הוא מבחן אובייקטיבי והוא משקף את הסטנדרט המינימאלי – נורמה כללית של התנהגות, שאין לסטות ממנה – שבו גובר שלטון החוק על פני 'קדושת המשמעת'. הוא אינו מתיר מקום לשיקול דעת סובייקטיבי של כל חייל וחייל בדבר חובתו לציית לפקודה שקיבל.

660 עניין בלק, לעיל ה"ש 196, בעמ' 287.

661 ראו הערעור בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 34, פס' 48.

יצויין שגישה דומה אומצה גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מילוא,⁶⁶² שעסק אף הוא בסרבנות מצפון. אם כי שם דחתה השופטת פורקצ'יה את גישת הידיעה בפועל לא במפורש אלא רק במשתמע – על ידי כך שהביעה תמיכה חזקה בגישת חומרת המעשה:

שולי ההכרה החברתית בצורך ובאפשרות לגשר בין צו המצפון האישי לציווי החוק היו מאז ומעולם שוליים צרים עד מאוד. צרות זו מתחייבת מצרכים קיומיים של חברה אנושית, המבקשת לנהל את חייה על פי סדר מוסכם המחייב את כיבוד שלטון החוק תוך החלה שוויונית של מערכת זכויות וחובות על כלל האזרחים. אולם גם בתחומי הצורך הקיומי להחיל את חובת כיבוד החוק על הכול מכירות מסגרות משפט שונות בקיומם של מצבים חריגים לכלל זה, שבתחומם מוכרת בתנאים מסוימים זכותו של הפרט שלא לציית לחוק. מצבים אלה הם מעטים ונדירים, וגם הם מצויים בתחומי המשפט ולא מחוצה לו. כך למשל מוכר פטור של אדם מאחריות פלילית מקום שהפר צו בלתי חוקי בעליל (סעיף 34ג לחוק העונשין, תשל"ז-1977). צו הוא בלתי חוקי בעליל מקום שהוא בלתי מוסרי באופן קיצוני, ואי-החוקיות שבו זועקת על פניה.

ישנם גם פסקי דין של בית המשפט העליון בהם נדחתה גישת הידיעה בפועל מפורשות. בעניין מנוס⁶⁶³ (חוקר יחידת הסמים שאוחדה עם אגף המכס, אשר סירב לציית לממוניו החדשים) דחתה השופטת בייניש במפורש את טענתו של הנאשם כי מכיוון שידע על אי-חוקיות האופן שבו אוחדה יחידתו עם אגף המכס, לא היה צריך לציית להוראות ממוניו החדשים. השופטת קבעה כי עקב דוקטרינת הבטלות היחסית היה על המערער לציית להחלטה אף שהיה מודע לפגם החוקי בה, כל עוד לא הכריע בית המשפט מהי הדרך הראויה לתיקון הפגם האמור.

בעניין מיכאלי⁶⁶⁴ (ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה) דחה בית המשפט את הטענה כי עובד היה רשאי לסרב לציית להוראה להעביר תרופות לרצועת עזה כיוון שהיה מודע לפגם חוקי בהליך העברת התרופות, וכן את הטענה כי העובד היה רשאי לסרב להוראות של ממנה אשר נפלו פגמים חוקיים בהליך מינויו, והעובד היה מודע להם. בית המשפט קבע קביעותיו אלו על סמך גישת חומרת המעשה (מבחן "הדגל השחור").

גם מפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינו של אייכמן⁶⁶⁵ עולה דחייה של גישת הידיעה בפועל:

מובן מאליו שהנאשם ידע יפה כי הפקודה להשמדתם הפיזית של היהודים הנה בלתי חוקית בעליל, ושכבצעו פקודה זו הוא עוסק במעשי פשע בקנה מידה עצום. לא מפיו של הנאשם אנו חיים, כדי לקבוע זאת, כי הרי לפי ס' 19(ב) השאלה אם פקודה היתה בלתי חוקית בעליל, היא שאלת חוק, הנתונה להכרעת בית המשפט על פי מבחנים אוכייקטיביים.

662 בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166, פס' 6 (2004).

663 עניין מנוס, לעיל ה"ש 72.

664 עניין מיכאלי, לעיל ה"ש 26.

665 ת"פ אייכמן, לעיל ה"ש 464, בעמ' 240.

13.5.2.5 סייג לגישת הידיעה בפועל: פקודה הנוגעת למשימותיו הרגילות של החייל

שלילת גישת הידיעה בפועל, בהנחה שמקבלים את גישת הידיעה בכוח, מציבה את החייל במצב בעייתי מאוד, שכן גם אם חייל יודע כי פקודת מפקדו אינה חוקית הוא עדיין אינו יודע אם לציית לפקודה אם לאו, אלא עליו לשקול אם חייל סביר יכול היה לדעת שהפקודה אינה חוקית. ספק אם דרישה זו מהחייל "לצאת מנעליו" ולבחון את המקרה מנקודת מבט אובייקטיבית היא דרישה אפשרית בפועל. דרך אחת להקל על החייל היא קביעת סייג לגישת הידיעה בפועל, שלפיו בתחומים מסוימים שבהם עלולה המשמעת להיפגע במיוחד עקב סירובו לציית לפקודה, על החייל לציית אף אם הוא יודע כי הפקודה בלתי חוקית.

תחום אחד שנראה כי בית הדין נוקט בו גישה זו הוא פקודות הנוגעות למשימותיו הרגילות של החייל. משמע, אם מפקד חורג חריגה מסוימת מהוראות הדין או מורה לחייל לבצע משימה עקב תכלית פסולה, אך התוצאה בפועל היא כי החייל מבצע את תפקידו הרגיל – הפקודה תיחשב בלתי חוקית "סתם" אף אם ידע החייל כי תכליתה פסולה או כי היא חורגת מהדין.

למשל, בעניין שלח⁶⁶⁶ (עונש בדמות פקודה לשמור בתדירות העולה על זו הקבועה בפקודות מטכ"ל) זיכה בית הדין המחוזי את החייל מכיוון שהיה ברור וגלוי כי הפקודה אינה חוקית, עקב היותה מנוגדת לפקודות מטכ"ל. בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו:

חוקיותה של פקודה או אי חוקיותה נקבעת על פי העניין המצווה לביצוע. אין מה שיצדיק חייל להשתמש מלמלא פקודה המתייחסת לחובה או לתפקיד בצבא, שיעודו לכך, אשר ניתנה לו על ידי מפקד המוסמך מכוח תפקידו. מרגיש חייל עצמו מקופח על ידי הפקודה או הוראה שניתנה לו – זכותו שמורה לו לקבול על כך בפני המפקד הממונה, מבלי שהדבר יגרע במשהו מחובתו לציית ללא כל היסוסים לפקודה כל עוד היא קיימת ולא בוטלה על ידי רשות מוסמכת. תוכר קבילתו בזמנה כמוצדקת יהיה על המפקד ליתן את הדין.

אמנם הפקודה הייתה מנוגדת לפקודות מטכ"ל, אך ההוראה הייתה לשמור במשך זמן סביר שאין בו כל התעללות. אם כן, מדובר בפקודה המורה לחייל לבצע את אחד מתפקידיו הרגילים, ולפיכך מדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם".

בעניין ישראל⁶⁶⁷ (קצין שסירב להתחזות לרס"ר בהפלגה מניו-יורק לישראל) טען המערער שמכיוון שהפקודה לעלות על האנייה ולהתחזות לרס"ר לא הייתה חוקית והוא ידע זאת, הוא לא היה צריך לציית לה וקמה לו הגנת הצידוק. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו וקבע כי "יסוד המשמעת הצבאית מחייב כל קצין לציית קודם להוראות מפקדו ולערער רק לאחר מילוי הפקודה". עוד אמר בית הדין:

אין אנו מקבלים את דעתו של הסניגור כי בכל מקרה אפשר להביא בתור צידוק את

666 עניין שלח, לעיל ה"ש 23.

667 עניין ישראל, לעיל ה"ש 631, פס' 4-3.

הנימוק כי הצו הנו בלתי-חוקי, ולכן חייל אשר אינו נשמע לצו ממין זה מקבל על עצמו סכון מסוים, רק במקרה וסברתו אינה נכונה. לו היינו מקבלים השקפה זו היינו מתבלים בצבא שלנו חבלה חמורה מאד ופוגעים בכל ישותו, כחו ויעילותו.

[...] מחובתו של המערער היה להישמע לפקודה ואם לא ציית יש להעמידו לדין.

בעניין צחור⁶⁶⁸ הועמד המערער לדין, בין השאר, בשל הזנחת תפקיד קצין תורן. המערער מונה לקצין תורן למשך כמה ימים אך המינוי לא פורסם, ונאמר לו כי הדבר נעשה כדי להענישו. בית הדין קבע: "מחובת קצין למלא פקודה של מפקדו גם אם נראית לו בנגוד להוראות משטר ונוהג", ולפיכך הרשיע את המערער וקבע כי היה עליו להגיש תלונה בדיעבד.

בעניין שי⁶⁶⁹ (מפקד שסירב לפקודת פקודו הש"ג) טען המשיב כי מכיוון שהוראת הקצין התורן בדבר עוצר יציאות שונתה, ומכיוון שכוונת הש"ג הייתה להענישו על שהציב אותו בתורנות הש"ג, אזי לא היה עליו לציית לפקודת הש"ג. לעניין הפקודה אמר בית הדין הצבאי לערעורים: "העובדה שהמשיב סבר שהפקודה שונתה לא פסלה את דרישת הזקיף כלל ועיקר".⁶⁷⁰ ובהמשך:

מבחינת שיקולי הנוהל הצבאי הטוב ברור שאין המשפט הצבאי יכול לראות מעשה חוקי בהפרת הוראה של זקיף לגבי מעבר בשער רק משום שמקבל ההוראה חושד שמניע פסול ולא פקודות מחייבות, מדריכים את הזקיף בהצגת דרישתו. אם זו היא תשובתו של השיקול הצבאי הטהור אין ההוראה של הזקיף יכולה בשום פנים ואופן להחשב כבלתי חוקית בעליל והחשד, לכן, של המשיב, לא יכול לבסס את ההגנה שהוא מנסה להסתמך עליה.⁶⁷¹

משמע, המשיב ידע כי הפקודה שונתה, וכן סבר כי הסיבה שהש"ג לא אפשר לו לצאת את השער הייתה סיבה פסולה, אך התוצאה היא שניתנה פקודה שהיא פקודה רגילה במערכת היחסים בין ש"ג לעובר בשער, ולכן היה על המשיב לציית לה.

ההבחנה שעושה בית הדין בין פקודות הנוגעות למשימותיו הרגילות של החייל לבין פקודות שאינן כאלה באה לידי ביטוי גם בעניין אליהו⁶⁷² (חייל שנדרם בעת שמירה ונצטווה להישאר שכוב עד לבוא המשטרה הצבאית). שם נקבע כי הפקודה שנתן המפקד הייתה בלתי חוקית בעליל מכיוון שלא נגעה למשימותיו של החייל, וכל מטרתה הייתה להשפילו.

13.6 הגישות השונות: המגמות בפסיקה

כיום לא ברור מהו המבחן אשר על פיו צריך החייל להכריע אם הפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית "בעליל" או בלתי חוקית "סתם". מדובר בקושי מעשי: על החייל להכריע לאלתר אם לציית לפקודה; הוא אינו יכול להמתין ולגלות בדיעבד אם צדק או טעה, אם יורשע או יצא זכאי בדין.

668 12/51/ע (ערעורים זה"ל) צחור נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 4 (לא פורסם, 20.2.51) (נספח ד להלן).

669 עניין שי, לעיל ה"ש 137.

670 שם, בעמ' 12.

671 שם, בעמ' 14.

672 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85, בעמ' 85.

גם המערכת הצבאית נפגעת מחוסר ההכרעה. המשמעת הצבאית תלויה בוודאות הציות. ללא ודאות זו יסוכלו פעולות ראויות מפאת חששם של חיילים להיענש, ויבוצעו מעשים אשר החוק והדעת אינם סובלים.

יש לזכור, כי המטרה המרכזית של העדפת גישת "חוסר החוקיות בעליל" על גישת ה"כידונים הנבונים" הייתה צמצום חוסר הוודאות שבו נמצא החייל בקבלו פקודה. אולם במצב הקיים, שבו לא נבחרה גישה לזיהוי חוסר החוקיות בעליל, נוצר חוסר ודאות כפול. ראשית, כמו המצב שהיה מתקיים לו אומצה גישת "הכידונים הנבונים", באופן מעשי החייל אינו יכול לזהות במקרים רבים אם הפקודה שניתנה לו היא חוקית אם לאו; ושנית, אף אם זיהה החייל כי מדובר בפקודה בלתי חוקית הוא אינו יודע אם עליו לציית לה, מכיוון שאין הוא יודע על פי איזו גישה עליו להכריע בשאלה אם מדובר ב"חוסר חוקיות בעליל".

נראה כי חוסר ודאות זה דורש הכרעה שיפוטית, בשל הפגיעה הקשה הנגרמת במצב הקיים לחייל, למשמעת הצבאית ולתכלית החקיקה. הכרעה בנושא זה יכולה להיות אחת משתיים: בחירה באחת הגישות הקיימות ונטישת גישות אחרות, או בחירה בשילוב שיטתי בין הגישות. למען ההבהרה, שילוב כזה אין פירושו כי בית הדין בוחן כל מקרה המגיע לפניו על פי יותר מגישה אחת, אלא מדובר בשילוב הגישות למערכת מבחנים סדורה שתאפשר לחייל להכריע בזמן אמת אם לציית או לסרב.

נראה כי בשנים האחרונות בתי הדין הצבאיים לרוב נוקטים בדרך הראשונה, ומעדיפים את גישת חומרת המעשה על פני הגישות האחרות.⁶⁷³ אולם, בשל חסרונותיה של גישה זו, עשוי אימוצה להוביל לקשיים רבים, ובהם הקושי הנובע מרלטיביזם מוסרי ומהעדפת הציות גם במקרים שבהם הפגיעה בשלטון החוק חמורה ואילו הפגיעה במשמעת הצבאית מצומצמת.

עם זאת, קיימים גם פסקי דין צבאיים מהשנים האחרונות בהם נעשה ניסיון לשלב בין גישות שונות. למשל, בעניין בורברג (פסק הדין הצבאי בפרשת הירי בנעלין),⁶⁷⁴ לאחר שבית הדין דחה את הטענה להגנת צידוק בקובעו כי לא ניתנה כלל פקודה לחייל, הוא הוסיף ושלל את תחולתה של הגנה זו על בסיס גישת חומרת המעשה, ולבסוף הוא שלל את תחולתה גם על בסיס גישת הידיעה בפועל:

בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, במאמר מוסגר ולמעלה מן הנדרש, נבהיר, כי אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה לירות כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באזיקים שעניו קשורות – לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק. בנסיבות אלה, ראוי היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" שחובה על הנאשם להימנע מלציית לה, פקודה שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (...). בהקשר זה, לא למותר להזכיר את דבריו של נאשם מספר 2 בעדותו בבית הדין, לפיהם היה מודע לכך שבדומה להכאת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדור חי, אף ירי כדור גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה

673 ראו למשל: עניין אורן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 413; עניין פורת, לעיל ה"ש 218.

674 עניין בורברג, לעיל ה"ש 429.

בולטת, העשוי לגרום לנזק פיזי חמור (לשאלת הזיקה בין מודעותו של החייל ביחס לאי חוקיות הפקודה לבין הגדרת הפקודה כ"פקודה הבלתי חוקית בעליל" ראו ע' 264/84 טור' אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי (1984) ומאמרו של פרופסור ש.ז. פלר "צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הצידוק", עיוני משפט טו' 217). אשר על כן, יש לדחות את טענת ההגנה בדבר קיומה של הגנת הצידוק ולהרשיע את הנאשם בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, בהתאם להוראת סעיף 85 סיפא לחש"ץ.

גם בית המשפט העליון נקט בדרך של שילוב בין גישות שונות וזאת בהערת אגב בבג"ץ בעניין יתום:⁶⁷⁵

אכן, לעתים תתחייב המסקנה בדבר היותה של פקודה בלתי-חוקית בעליל, אף ש'דגל שחור' לא התנוסס עליה [...] ואולם השאלה, אם למי שביצע את פקודת מפקדו הייתה מודעות לאי-חוקיותה בעליל של הפקודה שניתנה לו, עשויה להתעורר רק כשהמדובר בפקודה שסימני ההיכר של אי החוקיות בעליל אינם ניכרים בה.

מציטוט זה עולה, כי בית המשפט אימץ עמדה המשלבת בין הגישות הנורמטיביות לגישה של ידיעה בפועל. על פי עמדה זו, תיבחן הפקודה תחילה על פי גישות נורמטיביות (במקרה זה נקבע כי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל מכיוון שהיא פוגעת בעקרון היסוד של טוהר הנשק). לאחר מכן, אם יתברר שאין בה פסול נורמטיבי, יבחן בית המשפט אם החייל (או איש השב"כ במקרה זה) ידע שהפקודה אינה חוקית. אם באחד מהשלבים הללו תהיה התשובה חיובית – יקבע בית המשפט כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

יתרונו של השילוב בין הגישות הוא ביכולת ליהנות מיתרונותיה של כל אחת מהגישות, ומכך שגישה אחת מפצה על חסרונותיה של הגישה האחרת. החיסרון בדרך הספציפית שבה בחר בית המשפט העליון לשלב בין הגישות הוא שדרך זו מעדיפה את שלטון החוק אף במקרים שבהם ניתן לטעון כי ראוי שערך המשמעת יגבר. כך, למשל, על פי הגישה שנקט בית המשפט העליון, אם בעת קרב חייל מקבל פקודה ממפקד בכיר ויודע שהיא בלתי חוקית, אסור לו לציית לה אף אם אין בה כל פגם מוסרי.

בשולי הדברים יודגש, שאין להבין מהעמדה האמורה שנקטה בעניין יתום כי זוהי עמדתו הכללית של בית המשפט העליון. כך, למשל, בעניין מילוא⁶⁷⁶ (סרבנית מצפון) הביעה השופטת פרוקצ'יה תמיכה בגישת חומרת המעשה דווקא:

שולי ההכרה החברתית בצורך ובאפשרות לגשר בין צו המצפון האישי לציווי החוק היו מאז ומעולם שוליים צרים עד מאוד. צרות זו מתחייבת מצרכים קיומיים של חברה אנושית, המבקשת לנהל את חייה על פי סדר מוסכם המחייב את כיבוד שלטון החוק תוך החלה שוויונית של מערכת זכויות וחובות על כלל האזרחים. אולם גם בתחומי הצורך הקיומי להחיל את חובת כיבוד החוק על הכול מכירות מסגרות משפט שונות בקיומם של מצבים חריגים לכלל זה, שבתחומם מוכרת בתנאים מסוימים זכותו של הפרט שלא לציית

675 עניין יתום, לעיל ה"ש 419, פס' 18.

676 עניין מילוא, לעיל ה"ש 662, פס' 6.

לחוק. מצבים אלה הם מעטים ונדירים, וגם הם מצויים בתחומי המשפט ולא מחוצה לו. כך למשל מוכר פטור של אדם מאחריות פלילית מקום שהפר צו בלתי חוקי בעליל (סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977). צו הוא בלתי חוקי בעליל מקום שהוא בלתי מוסרי באופן קיצוני, ואי-החוקיות שבו זועקת על פניה.

אם כן, נראה כי יש צורך בהכרעה שיפוטית חדה וברורה כיצד תזוהה פקודה בלתי חוקית בעליל, כדי לצמצם את חוסר הודאות אשר פוגע בצבא, בחייל ובתכלית שביסוד הגנת הצידוק.

13.7 גישות טווח

בספרות ובפסיקה מועלות שוב ושוב גישות אשר מציעות להתמודד עם חוסר הודאות הקיים בנוגע לשאלת זיהוי מבחן ה"עלילות" באמצעות ניתוק הזהות שבין המונח "בעליל" לבין המונח "ברור וגלוי". גישות אלו סבורות שיצירת מבחן מקל יותר עבור סעיף 125 לחש"ץ ומחמיר יותר עבור חוק העונשין תפתור את הקושי העומד בפני החייל כשניתנת לו פקודה בלתי חוקית. גישות אלו יכוננו להלן "גישות טווח".

את גישות הטווח ניתן לחלק לשלוש קבוצות. קבוצה אחת של גישות טווח זכתה לתמיכה מרומזת בפסק דין אחד של בית המשפט העליון ולתמיכה מפורשת של אסא כשר. על פי קבוצת גישות זו יש לפרש הן את המונח "ברור וגלוי" והן את המונח "בעליל" בהתאם לגישות הנורמטיביות: אם יש בפקודה בלתי-חוקית פגם מוסרי קל היא תחשב כבלתי חוקית באופן "ברור וגלוי" ולכן לא יהיה אפשר להעמיד את החייל לדין בגין סירוב לקיים פקודה, ואילו רק פקודה בלתי-חוקית שאי-מוסריותה זועקת לשמיים תחשב פקודה "בלתי חוקית בעליל" ולכן רק פקודה שכזו תהיה פקודה אשר לא תקנה לחייל שציית לה הגנה מפני העמדה לדין בגין העברה שביצע. קבוצה זו תכונה להלן "גישות טווח נורמטיבי נמוך-גבוה".

לעומתה קיימת קבוצה שנייה של גישות טווח, שזכתה לתמיכה רבה בספרות אך עד כה נדחתה על ידי בתי הדין הצבאיים, המפרשות את המונח "ברור וגלוי" בהתאם לגישות העובדתיות (משמע, אם החייל ידע שהפקודה אינה חוקית והחליט לסרב לציית לה, לא יהיה אפשר להעמידו לדין); ואילו את המונח "בעליל" מפרשות בהתאם לגישות הנורמטיביות (משמע, רק אם קיים פגם מוסרי חמור בפקודה לא יזכה החייל להגנה מפני העמדה לדין בפלילים). קבוצה זו תכונה להלן "גישות טווח עובדתי-נורמטיבי".

בין שתי קבוצות גישות אלו קיימת גישת ביניים שלישית, אשר הוצעה בדעת המיעוט בעניין מלינקי.⁶⁷⁷

להלן ינתחו הגישות האמורות ותיבחן השאלה אם הן אכן מתגברות על הקושי הקיים במצב המשפטי הנוכחי.

13.7.1 גישות טווח נורמטיבי נמוך-גבוה

מלומד אשר תומך במפורש בתפיסה זו הוא אסא כשר. כשר מציע להחליף את הסטנדרט המשפטי העמום של פקודה בלתי חוקית בעליל בשני מונחים אחרים. האחד – סטנדרט אתי של פקודה החורגת מגבולות הדמוקרטיה. מדבריו של כשר משתמע כי חייל יהיה רשאי שלא לציית לפקודה כזו. האחר הוא סטנדרט משפטי גבוה יותר – פגיעה קיצונית בערכי הדמוקרטיה. רק ציות לפקודה החורגת מסטנדרט זה יגרור אחריו הטלת סנקציות משפטיות של העמדה לדין פלילי.⁶⁷⁸

בעניין מנוס⁶⁷⁹ יצרה השופטת בייניש תוצאה דומה עבור עובדי המדינה, אם כי נראה שהדבר נעשה שלא במתכוון. באותו מקרה התעלמה השופטת ממקורות המונחים "בעליל" ו"ברור וגלוי" וציינה כי היא מוכנה להכיר באפשרות שעבור עובדי מדינה הרמה המאפשרת אי-ציות היא רמה של "ברור וגלוי", ולא רמה של היעדר חוקיות "בעליל". רמה זו, לדידה, היא נמוכה יותר, ולפיכך רשאי עובד מדינה לא לציית לפקודות בלתי חוקיות אף אם לא מתנוסס מעליהן "דגל שחור". כיוון שהשופטת התעלמה ממקורותיהם של המונחים, התוצאה שנוצרה היא כי עובד מדינה רשאי שלא לציית להוראה בלתי חוקית אם אי-חוקיותה "ברורה וגלויה" (במשמעותו של המונח על פי פסק הדין); עם זאת, כיוון שהמונח "בעליל" (שאותו פרשה השופטת בהתאם לגישת חומרת המעשה (משמע, מבחן "הדגל השחור")) קבוע במפורש בחוק העונשין החל על עובדי מדינה, משמעות הדבר היא כי נוצר טווח של פקודות שהעובד רשאי לא לציית להן (כי חוקיותן "ברורה וגלויה"), אך הוא לא יועמד לדין אף אם הציות להן הוא בגדר עברה (שכן הן אינן בלתי חוקיות "בעליל" על פי מבחן "הדגל השחור").

דברי השופטת, שלפיהם כשמדובר בחיילים ראוי כי ייוותר הסטנדרט הגבוה של "בעליל", יוצרים קושי נוסף בשל הנוסח המפורש של סעיף 125 לחש"ץ, הנוקט את המונח "ברור וגלוי".

היתרון של גישות טווח נורמטיבי נמוך-גבוה הוא שהן מעניקות הגנה רחבה למשמעת, מפני שהן מחייבות את הכפוף לציית גם לפקודות שאינן חוקיות, ומנגד מצמצמות את הפגיעה בשלטון החוק הקיימת בגישות הנורמטיביות, מכיוון שהן מאפשרות לכפוף לחדול מלציית גם אם הפגם המוסרי אינו זועק לשמיים בחומרתו. כמו כן, גישות אלו מעניקות משקל רב לשיקולי הפטר כיוון שהן מספקות לכפוף הגנה רחבה כל עוד הפקודה אינה בעלת פגם מוסרי הזועק לשמיים. יתרון נוסף של גישתו של כשר הוא שהיא מנסה להתגבר על העמימות שבמונח "בעליל" באמצעות המרתו במבחן של פגיעה קיצונית בערכי הדמוקרטיה.

עם זאת, קיימים שלושה פגמים מרכזיים בגישות אלו, אשר מטילים בספק את האפשרות לעשות בהן שימוש.

ראשית, נניח לרגע כי חייל יודע שניתנה לו פקודה בעלת פגם מוסרי קל ולא חמור – במקרה כזה הוא נהנה בלבד הופך להיות הפוסק בשאלה אם יש לציית לפקודה אם לאו. יצירת טווח פקודות

678 לעמדתו ראו: אסא כשר, "בין ציות למשמעת: בין חוק ואתיקה" משפט וצבא 16, 479, בעיקר עמ' 501-503 (התשס"ג).

679 עניין מנוס, לעיל ה"ש 72.

שלחייל שיקול דעת מלא אם לציית לו עלולה לפגוע פגיעה אנושה במשמעת – כפי שהזהיר בית המשפט המחוזי חיפה בעניין אהרונוביץ⁶⁸⁰ (שם דובר בחובת הציות של שוטר): "התוצאה היא שתחת לשמש כלי שרת לממונה עליו בתחום סמכותו יהפוך המצווה לפוסק אחרון על הפקודות שניתנות לו, דבר שיגרום לכך שיהיה בלתי אפשרי להחזיק משמעת".

שנית, המונחים "ברור וגלוי" כסטנדרט של פגם מוסרי קל ו"בעליל" כסטנדרט של פגם מוסרי חמור, כמו גם מונחי של כשר בדבר "פקודה החורגת מגבולות הדמוקרטיה" ו"פגיעה קיצונית בערכי הדמוקרטיה", אינם מונחים ברורים כלל ועיקר. כל חייל מציב לעצמו סטנדרט מוסרי משלו, ולכן הוא עלול לקבוע את סטנדרט הציות שלו ברמה אחרת. מכיוון שכמה חיילים עלולים לקבל את הפקודה יחד, בפועל גישה זו מעצימה עוד יותר את בעיית "מועדון הוויכוחים" ופוגעת אנושות במשמעת גם בדרך זו.

שלישית, יש לזכור כי קושי מרכזי בגישת חומרת המעשה היה שהיא שמה דגש רב מדי בהיבט המוסרי של חוסר הציות ולא בהיבט החוקי – דבר העלול לעודד סרבנות לפקודות חוקיות הנראות לחייל בלתי מוסריות. כמו כן, הדבר עלול (כפי שהוכיח הניסיון) ליצור לגיטימציה ציבורית לפוליטיזציה של אי-הציות. לפיכך, גישות טווח השמות דגש נוסף בהיבט המוסרי עלולות אף להחמיר בעיות אלו.

13.7.2 גישות טווח עובדתי-נורמטיבי

גישות המצדדות בפירוש עובדתי למונח "ברור וגלוי" ובפירוש נורמטיבי למונח "בעליל" זכו לתמיכה רבה בספרות. המלומד הראשון שהציע פרשנות זו היה אנקר, בסימפוזיון בנושא הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה. לגבי סעיף 125 אמר אנקר כך:

אין בין זה ובין סוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל ולא כלום. פקודה שברור וגלוי כי היא בלתי חוקית, אין חובה לציית לה. זה מה שאומר החוק על פי פשוטם של הדברים הנאמרים באותו ס' 125, בין אם אותה פקודה מצווה עליו לעשות מעשה שאי-חוקיותו מתנוססת כדגל שחור ובין אם מעשה זה הוא בגדר עבירה קלה. השאלה היא רק אם ברור וגלוי לחייל שהפקודה היא בלתי-חוקית, ושניסוחו של סעיף 125 מחזק את המסקנה הזו.

לגבי המונח "בעליל" שבחוק העונשין, לעומת זאת, הציע אנקר פרשנות נורמטיבית שעל פיה לא יזכה החייל להגנה אם הפקודה פגעה ב"עקרונות מסויימים שהם נכסי-צאן-ברזל של המערכת המשפטית".⁶⁸¹

בהמשך זכתה גישה זו לתמיכה גם ממלומדים אחרים. גור אריה, למשל, הפנתה לגישתו של אנקר והביעה עמדה בעניינה:⁶⁸²

680 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בע' 392. ראו דברים דומים: MCDUGAL & FELICIANO, לעיל הערה 343. חשוב להזכיר כי המשמעת חיונית לכל גוף ציבורי; בעניין זה ראו את דברי בית המשפט בעניין רובין, לעיל ה"ש 10.

681 ראו דברי אנקר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 597-600.

682 מרים גור אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 66 (1994).

הפשרה היא לאפשר למי שמאמין כי הפקודה איננה חוקית לסרב לציית לה, אלא שהסירוב יהיה על אחריותו. אם יתברר כי הוא צדק בהערכתו והפקודה אכן הייתה בלתי חוקית, הוא לא ישא באחריות על הסירוב לציית לפקודה. אולם אם הוא טעה ומתברר כי צורך צבאי או אחר שלא היה ידוע לו הצדיק את מתן הפקודה, הוא ישא באחריות של סירובו לציית. מאחר שלא ניתן לחייב פקודים לקחת על עצמם סיכונים, כאמור, לא ניתן גם לאסור על מי שידוע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה לציית לה: את הברירה אם לציית או לסרב לפקודה יש להשאיר בידי. ברירה כזו מחייבת לשבור את ההתאמה, [...] בין גבולותיה של הגנת הצידוק לבין היקף הפטור במקרה של סירוב לציית לפקודה שבסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי. הפטור בסעיף 125 יועיל למי שבחר לקחת סיכון וסירב לציית לפקודה שהוא העריכה כבלתי חוקית, ובלבד שלא טעה בהערכתו. לעומת זאת, הגנת הצידוק תעמוד למי שהעדיף לציית הגם שידוע על אופיה הבלתי-חוקי של הפקודה.

גם רון שפירא הביע תמיכה בתפיסה זו:⁶⁸³

אלמלא החלוקה הדיכוטומית בין פקודות המחייבות ציות ובין אלו המחייבות סירוב, ולו הייתה מוכרת קבוצת ביניים של פקודות בלתי חוקיות בעלמא, אשר הן המציית להן והן המסרב לעשות כן היו פטורים מעונש – הייתה הטרילמה חריפה פחות. ברם, משקבע החוק כי כל פקודה שאין חובה לציית לה אסור לציית לה – כיצד ניתן לדרוש מכל חייל לקבוע בעצמו את קו הגבול בין סוגי הפקודות, כאשר אף משפטנים ושופטים צבאיים מנוסים שוגים בכך?

לעומת התמיכה בתפיסה זו בספרות, בפסיקת בתי הדין הצבאיים היא נדחתה שוב ושוב. כך, למשל, בעניין בן-ארצי⁶⁸⁴ (סירוב להתחיל בטענה בדבר טעמי מצפון, טענה שנדחתה על ידי גורמי הצבא האמונים על כך ועל ידי בג"ץ) טען סנגורו של הנאשם כי קיים שוני בין ההגנה מכוח סעיף 125 לחש"ץ לבין זו מכוח סעיף 34ג(2) לחוק העונשין. כך, חייל רשאי שלא לציית לפקודה בלתי חוקית בכל עת ש"ברור וגלוי" לו כי הפקודה אינה חוקית. לעומת זאת, אם ציית לפקודה ועקב כך עבר עברה, לא תקום לו הגנת הצידוק שבחוק העונשין אלא אם הפקודה לוקה בפגם חוקי ומוסרי חמור ההופך אותה לבלתי חוקית בעליל. לגופו של מקרה טען הסניגור כי מכיוון שהחייל ידע שהוועדה שגתה בקביעתה כי הוא אינו זכאי לפטור מן השירות מטעמי מצפון, היה לו ברור וגלוי כי פקודת החיול הייתה בלתי חוקית, ולפיכך לא ניתן להעמידו לדין.

בית הדין הצבאי לערעורים דחה את טענת הסניגור:

את טענת הסניגור – כי הפקודה שניתנה למערער פוגעת בזכותו, כסרבן מצפון, לפטור משירות צבאי ועל כן 'ברור וגלוי', שהיא בלתי חוקית, במידה המקנה זכות לסרב לה – יש לדחות. ההבחנה המקובלת, מני שנות דור, הינה בין פקודה חוקית הניתנת לחייל לבין זו שהינה בלתי חוקית בעליל. רק חייל המקבל את האחרונה חייב לסרב לה [...]. את

683 שפירא, לעיל ה"ש 627, בעמ' 122.

684 ראו הערעור בעניין בן-ארצי, לעיל ה"ש 34, פס' 48.

יתר הפקודות, גם אלו שאינן חוקיות, שומה על החייל המקבלן לבצען. עמדת הסניגור – לפיה, חייל חייב לסרב לפקודה בלתי חוקית בעליל אך רשאי לסרב לפקודה, שעל פי הבנתו הינה בלתי חוקית – עומדת בניגוד מוחלט לדין הנוהג. סעיף 125 פורש בפסיקה רבת שנים כמתייחס לפקודה בלתי חוקית בעליל, זו 'שברור וגלוי', שהינה בלתי חוקית בעליל...

בקביעתו זו הלך בית הדין אחרי פסיקת בית הדין קמא בעניין בן-ארצי,⁶⁸⁵ אשר דחה את טענת הסנגור בציינו את הזהות הפרשנית הקיימת בין המונחים "ברור וגלוי" ו"בעליל". גם בעניין מטר⁶⁸⁶ (סרבנות סלקטיבית) נטענה ונדחתה הטענה האמורה.

כפי שנדון לעיל,⁶⁸⁷ הטענה בדבר קיומו של שוני בין משמעות המונח "ברור וגלוי" למשמעות המונח "בעליל" גם אינה תואמת את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי ושל סעיף 34ג(2) לחוק העונשין. עם זאת, כיוון שבתי המשפט אינם כבולים להיסטוריה של החקיקה וכיוון שעד כה נדחתה הטענה האמורה בעיקר על סמך טיעון פורמליסטי של תקדימי עבר, נראה כי ראוי לבדוק אם היא ראויה.

גישות טווח אלו, כמו גישת הידיעה בפועל, מגנות היטב על עקרון שלטון החוק ומאזנת איוון עדין בין עיקרון זה לבין שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל. ההגנה הרבה על שלטון החוק נובעת מכך שאל המקרים שבהם נאסר על החייל לציית על פי הגישות האחרות, נוספים המקרים שבהם רשאי החייל לסרב כיוון שהוא יודע כי הפקודה אינה חוקית. האיוון העדין עם שיקולי ההפטר נובע מכך שאם חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, לא קיימים אצלו אותם לבטים וחששות העומדים בבסיס שיקולי ההפטר התודעתיים.⁶⁸⁸ כמו כן, שלא כמו גישת הידיעה בפועל, גישות טווח אלו מתחשבות גם בשיקולי ההפטר הפסיכולוגיים (נטייתו של החייל לציית) מכיוון שהן משאירות, במקרים הללו, את שיקול הדעת אם לציית בידי החייל.

אימוץ גישות טווח כאלה גם מונע את חוסר הוודאות וחוסר הבהירות שיוצרות הגישות הנורמטיביות. כמו כן, בשונה מגישת הידיעה בכוח, גישות טווח כאלה אינן מחייבות חייל בקבלו פקודה להתחקות אחר ידיעתו של החייל הסביר, שכן גישות אלה, בדומה לגישת הידיעה בפועל, דורשות מהחייל רק לבחון בעצמו אם הוא מודע להיעדר החוקיות שבפקודה.⁶⁸⁹

בהצעת חוק אחריות בגין פקודה בלתי חוקית, שנועדה לעגן בארץ את גישת ה"אחריות המוחלטת" (גישת "הכידונים הנבונים"), הועלה טיעון נוסף, שניתן למצוא בו תמיכה גם בנקיטת גישות הטווח עובדת-נורמטיבי, והוא שחיוב חייל לציית לפקודה בלתי חוקית בידעו זאת "מהווה פגיעה מובהקת בכבוד האדם שכן יוצא, שכופים אותו לעשיית עבירה במודע".⁶⁹⁰

685 ראו פסיקת בית הדין המחוזי קמא בן-ארצי, לעיל ה"ש 33.

686 עניין מטר, לעיל ה"ש 71.

687 בחלק 7.2.

688 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 103; ודבריו של פלר בסימפוזיון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 596.

689 שפירא, לעיל ה"ש 627, בעמ' 123.

690 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 337.

במילים אחרות, לקבוצת גישות זו יש את כלל היתרונות של גישת הידיעה בפועל, אך שלא כמו גישת הידיעה בפועל – גישות אלה מתחשבות בנטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית.

החסרונות העיקריים בקבוצת גישות זו דומים באופיים לחסרונות של גישת הידיעה בפועל, אך כאן הפגיעה במשמעת הצבאית אף חמורה יותר.

ראשית, החייל יכול לשנות הן בסברו כי הפקודה סותרת דין אף שזה אינו המצב, והן בסברו כי לא מתקיימים שיקולי הצדק כדין לקיום הפקודה. אם יחליט החייל לא לציית, את מחיר טעותו לא ישלם לבדו בדיעבד במשפט – סירובו לציית לפקודה עלול לסכן פעולה מבצעית, לפגוע בביטחון המדינה ולעלות בחייו ובחיי חבריו.

שנית, מכיוון שהחייל צריך תמיד לבחון אם קיים הצדק כדין להפרת החוק, בפועל החייל הזוטר הופך להיות הגורם האחרון המאשר את הפעולה הצבאית והבוחן (לאור מידע מועט יותר מזה הקיים למפקדו) אם קיים צורך ביטחוני בביצועה.

שלישית, גם במצבים שאינם מבצעיים יכולות להיות פקודות בלתי חוקיות אשר הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית עקב הפרתן רבה מהפגיעה הנגרמת לשלטון החוק מהציות להן; למשל, במקרה שבו מפקד כיתה פוקד על טירון להישאר "שעה ביציאה" אף שהגורם המוסמך להטיל עונש שכזה הוא מפקד מחלקה.

נוסף על כך, שלא כמו גישת הידיעה בפועל, קבוצת גישות זו יוצרת טווח של פקודות שבהן החייל חופשי לחלוטין להכריע אם לציית לפקודה אם לאו – מצב אשר עלול לפגוע בצורה חמורה במשמעת הצבאית. בקבוצת גישות זו הבעיה חמורה אף יותר מאשר במקרה של קבוצת גישות הטווח הנורמטיבי נמוך-גבוה, מכיוון ששם העמימות של המונחים "פגם מוסרי חמור" ו"פגם מוסרי קל" עלולה לגרום לחייל להתלבט יותר בטרם יחליט שלא לציית; ואילו כאן החייל יודע שהפקודה אינה חוקית, ולכן לבטיו אם לסרב יהיו מעטים יותר. כמו כן, בפועל, גם כאן הענקת שיקול דעת לחיילים אם לציית לפקודת מפקדיהם עלולה ליצור בעיה של "מועדון ויכוחים", תופעה שגם לה השלכות שליליות חמורות על המשמעת הצבאית.

13.7.3 גישת דעת המיעוט בעניין מלינקי

שופט המיעוט בעניין מלינקי נקט גישה שונה בנושא:⁶⁹¹

אינני רואה את הקשר שחברי רואים בין הסעיפים 19(ב) לפ.ח.פ לבין סעיף 125 לחש"ץ ואין אני מסכים לאותה מסקנה שהסיקו חברי מהקשר הזה בין שני הסעיפים. סעיף 125 הוא סעיף 'צידוק' כסעיף 19 למקרים בהם נאשם עובר את העבירות המנויות בסעיפים 122, 123, ו'124 שהם הסעיפים הדנים באחריות על הפרת המשמעת הצבאית, בלשון אחרת אי קיום פקודות לכל דרגותיו השונות. אין להסיק מכך כי סעיף 125 מבטל את זכותו של נאשם להתגונן ע"י סעיף 19 באם אינו נוקט בדרך, שכאילו, סעיף 125 פותח לפניו, בשעה שהוא חושד בפקודה שהוא מקבל כי אינה חוקית באופן ברור וגלוי.

לדידו של שופט המיעוט, די לו לחייל שיראה כי דרגת היעדר החוקיות של הפקודה הייתה קלה כדי שתקום לו הגנת סעיף 125, ואילו מהגנת הצידוק שבחוק העונשין ימשיך החייל ליהנות כל עוד הפקודה אינה בלתי חוקית בעיני אדם סביר (עדויות בכמות מתקבלת על הדעת של אנשים דוגמת הנאשם יכולות, לדידו, לשמש אינדיקציה לסבירות).⁶⁹²

שופט דעת המיעוט סבר כי לגישת טווח זו ארבעה יתרונות המצדיקים לצדד בה:

1. השופט סבר כי יצירת זהות בין המונחים תיצור חוסר ודאות אצל הכפוף, אשר לא יידע מתי עליו לציית לפקודה ומתי להימנע מכך.⁶⁹³

פירוש הקובע גבול משותף לסעיפים 19 לפ.ח.פ ו-125 לחש"ץ מטיל כאילו על מקבלי פקודות (ואני מתייחס בחלק זה לחיילים בדרגות נמוכות בעיקר) חובה של פסיחה על שני הסעיפים בקבלם פקודות שלכאורה – מראיתם הסובייקטיבית הן בלתי חוקיות, דבר שאינו מציאותי כי מחייב כאילו שיקול דעת של מקבל הפקודה ביחס לכל פקודה שהוא מקבל.

2. החייל מחונך לציית באופן אינסטינקטיבי. לכן, לדעת השופט, אם תוטל על החייל חובה בדין לשקול כל פקודה ופקודה שהוא מקבל, הוא לא יכול לעמוד בה.⁶⁹⁴

3. השופט הניח כי יצירת זהות בין המונחים תוביל להורדת הסטנדרט אשר על פיו יידרש החייל להימנע מצייות (ובהתאם גם לא יזכה החייל להגנה בפלילים). השופט חשש כי הורדה כזו של הסטנדרט תוביל לפגיעה חמורה במשמעת.⁶⁹⁵

4. השופט יצא מנקודת הנחה שהמבחן שבו צידדה דעת הרוב הוא מבחן אובייקטיבי שבדק את דעתו של אדם סביר ולא של אדם סביר בעל מאפייניו של הנאשם, ולכן הניח שעל ידי יצירת גישת טווח הוא מעלה את הסטנדרט אשר על פיו לא יזכה חייל להגנה, לעומת עמדת הרוב: "הפירצה – שאני רואה אותה, בחומה הסובבת את תחום הפשע ומבדילה אותו מתחום הצידוק המשחרר מאחריות פלילית רחבה יותר מזו שרואים חבריו".⁶⁹⁶

נבחן עתה, מהסוף להתחלה, את הנחותיו של שופט המיעוט – האם צדק?

לגבי ההנחה הרביעית, גלגולו של גורל היה שהפרשנות הרווחת לפסק הדין בעניין מלינקי היא שההלכה על פיו היא מבחן "הדגל השחור", אשר מספק לחיילים הגנה רחבה אף יותר מהמבחן שהציע שופט המיעוט.

לגבי ההנחה השלישית, נראה שעקב מרכזיותו של סייג הצידוק בחוק העונשין לעומת סייג הקיים בחובות הציות שבחוק השיפוט הצבאי, בחלק נכבד מהפסיקה דווקא הועלה הסטנדרט המחייב ציות ולא הורד בעקבות יצירת הזהות בין המונחים.

692 שם, בעמ' 253.

693 שם, בעמ' 250.

694 שם, בעמ' 251.

695 שם, כעולה מהאמור בעמ' 250-251, פס' 9-7.

696 שם, בעמ' 253.

לגבי ההנחה השנייה, זו נכונה רק באופן חלקי: אמנם החייל לא נדרש לבחון אם כל פקודה היא חוקית אם לאו, כיוון שיש טווח של פקודות שלגביהן יהיה מוגן בין שיציית ובין שלא. אך מנגד, אם הרצון הוא להגן על נטייתו של החייל לציית, גישה זו מגנה על נטייה זו ברמה שהיא גבוהה יותר רק מגישת הידיעה בפועל, אך שווה לגישת הידיעה בכוח ונמוכה מגישת חומרת המעשה.

לגבי ההנחה הראשונה – נראה שזו נכונה, ואכן גישה זו תפחית את חוסר הוודאות של החייל, מכיוון שיהיה לו טווח של פקודות שיוכל לציית להן או לסרב לציית להן לפי בחירתו.

לגישה האמורה יש כמה יתרונות אשר לא צוינו על ידי שופט דעת המיעוט שהציע אותה. יתרונות אלו דומים באופיים ליתרונות של גישות הטווח העובדת-נורמטיבי. גישה זו מגנה היטב על עיקרון שלטון החוק ומאזנת איוון עדין בין עיקרון זה לבין שיקולי ההפטר, שנועדו להגן על החייל. ההגנה הרבה הניתנת לשלטון החוק נובעת מכך, שאל המקרים שבהם נאסר על החייל לציית על פי הגישות האחרות, נוספים המקרים שבהם רשאי החייל לציית אף שידע כי הפקודה אינה חוקית. האיוון העדין עם שיקולי ההפטר נובע מכך שאם חייל יודע כי הפקודה אינה חוקית, לא קיימים אצלו אותם לבטים וחששות העומדים בבסיס שיקולי ההפטר התודעתיים. כמו כן, גם גישת טווח זו מתחשבת בשיקולי ההפטר הפסיכולוגיים (נטייתו של החייל לציית), מכיוון שהיא משאירה את שיקול הדעת בידיו של החייל.

אימוץ גישה זו גם מונע את חוסר הוודאות הקיים בגישת הידיעה בכוח, אשר מחייבת את החייל להתחקות אחר ידיעתו של החייל הסביר. גישה זו, כמו גישת הידיעה בפועל, דורשת מהחייל רק לבחון אם הוא מודע להיעדר החוקיות שבפקודה ואז להחליט אם לציית אם לאו, ואינה כופה על החייל לבצע עברות ביודעין.

במילים אחרות, לגישה זו כלל היתרונות של גישת הידיעה בפועל ושל גישות הטווח העובדת-נורמטיבי; אך שלא כמו גישת הידיעה בפועל, גישה זו מתחשבת בנטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית. כמו כן, גישה זו פוגעת בצורך הצבאי בציות פחות מגישת הידיעה בפועל, מכיוון שהיא מפחיתה את מקרי הסירוב. עם זאת, גישה זו פוגעת בציות הצבאי יותר מגישת הטווח העובדת-נורמטיבי, מכיוון שהיא מפחיתה את כמות המקרים שבהם יזכה החייל להגנה בגין ציות לפקודה בלתי חוקית.

החסרונות העיקריים בגישה זו דומים באופיים לחסרונות הקיימים בגישת הידיעה בפועל וגישת הטווח העובדת-נורמטיבי: ראשית, החייל יכול לשגות הן בסברו כי הפקודה סותרת דין אף שזה אינו המצב, והן בסברו כי לא מתקיימים שיקולי הצדק כדין לקיום הפקודה; שנית, מכיוון שהחייל צריך תמיד לבחון אם קיים הצדק כדין להפטר החוק, בפועל הופך החייל הווטר להיות הגורם האחרון שמאשר את הפעולה; שלישית, שלא כמו גישת הידיעה בפועל, גישה זו יוצרת טווח של פקודות שהחייל חופשי לחלוטין להכריע אם לציית להן אם לאו, ופוגעת בכך במשמעת הצבאית; רביעית, שיקול הדעת המוענק לחיילים אם לציית לפקודת מפקדיהם עלול ליצור בעיה של "מועדון ויכוחים".

נוסף על כך, גם במצבים שאינם מבצעיים יכולות להיות פקודות בלתי חוקיות אשר הפגיעה הנגרמת למשמעת הצבאית עקב הפרתן רבה מהפגיעה הנגרמת לשלטון החוק מהציות להן. גישתו

של שופט דעת המיעוט עשויה לעודד את החייל לא לציית לפקודות כאלו.
אם כן, נראה כי גישות הטווח אשר הוצעו בספרות ובפסיקה אינן מתגברות באופן מספק על הקשיים הקיימים במצב המשפטי כיום בנוגע למבחן "עלילות" הפקודה.

14. לקראת גישה חדשה

כפי שראינו, עד כה, כל אחת מהגישות הקיימות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל מעוררת קשיים אשר מטילים ספק ביכולתה לשמש כלי איזון ראוי בין התכליות הציבוריות הנוגדות בסוגיה משפטית זו. לפיכך נדרשת גישה חדשה אשר תשלב את היתרונות הקיימים בגישות הקיימות ואשר תנסה להתמודד עם הקשיים שמעוררת כל גישה.

להלן אנסה להציע גישה כזו, שתתבסס על מגמות הקיימות בפסיקה הישראלית במשך השנים: הדגשת חובת בירור ודיווח, התחשבות במצב המבצעי, פסילת פקודה הלוקה בפליליות חמורה וחיוב ציות לפקודות בלתי חוקיות הנוגעות לפעילותו הרגילה של חייל. תחילה אדון במגמות האמורות ואפתח אותן בהתאם לאיזון הנדרש בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר; לאחר מכן אציג את גישתי.

14.1 מגמות בפסיקה המשמשות בסיס לגישה החדשה

14.1.1 חובת הבירור והדיווח

מערכת יחסים צבאית בין מפקד לפקוד, המתבססת על ציות עיוור ללא יחסי בירור, דיווח (הפקוד למפקד) והבהרה (המפקד לפקוד), היא מערכת שהמקצועיות הצבאית נפגעת בה. אם לא תינתן בידי החייל האפשרות לדווח למפקדו על מידע שבידו שעשוי לשנות את הפקודה, עלולה המטרה הצבאית להיכשל; ללא מאמץ מצד המפקד להבהיר לחייל את הפקודה ואת צרכיה כדי שזה יבין את מטרתה, עלול החייל שלא להשקיע את כל כולו ולא לבצע את הפעולה על הצד הטוב ביותר. לפיכך יש ליצור שילוב ראוי בין מערכת יחסים של בירור, דיווח והבהרה לבין מערכת יחסים המבוססת על ציות מהיר.

במשך השנים יצרה הפסיקה חובות בירור, 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 לקיים פקודה. לעומת זאת, אם החייל פועל בהתאם לחובות הבירור והדיווח, או אם מבחינת המצב בשטח הוא אינו יכול לברר ולדווח, תקום לו הגנת הצידוק.

הפסיקה הטילה על החייל חובות דיווח ובירור רבות:

1. כאשר פקוד סבור שמפקדו נתן לו פקודה ממוקדת אשר הוא חושש שהיא סותרת את החוק חלה על החייל חובה לדווח למפקד על החשש האמור ולברר עמו כיצד לנהוג, כדי שיוכל לחסות תחת הגנת הצידוק.

בעניין בורברג (פסק דינו של בית הדין הצבאי המיוחד בפרשת הירי בנעלין),⁶⁹⁷ דחה בית הדין את טענתו של הפקוד כי ציית לפקודה:

[...] הנאשם עצם עיניו מלברר מהו מצב הדברים לאשורו, האם ניתנה לו פקודה ומה

תוכנה. בעניין זה נפנה להלכה הפסוקה ביחס לקשר בין הדרישה לכנותה של "טעות במצב דברים", כאמור בהוראת סעיף 34 לחוק העונשין, לבין הכלל בדבר "עצימת עיניים", כאמור בהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לפיה: "בית משפט זה קבע לא אחת כי כאשר קיימות נסיבות המקימות בסיס לחשד סביר הרי שהימנעות מבדיקת החשד שוללת את האפשרות להחלטה של הגנת טעות במצב הדברים [...]". לא זו אף זו, נאשם מספר 2, שכאמור לא קיבל פקודה לירות כדור גומי לעבר אשורף, אלא חשד שמפקדו מעוניין בכך, התקשה להבין מה בדיוק מצופה ממנו והפעיל שיקול דעת, עת בחר על דעת עצמו, לירות לעבר סוליית נעליו של אשורף [...] עולה מן המקובץ, כי לא ניתנה לנאשם מספר 2 פקודה לירות כדור גומי לעבר אשורף ואף לא ניתן לטעון, כאילו הנאשם טעה לחשוב שניתנה לו פקודה שכזו. הנאשם הבין שתכלית מעשיו של נאשם מספר 1 הייתה להפחיד את אשורף, כך שידמה כי עתיד להתבצע ירי של כדור גומי לעברו. בהמשך, מבלי שניתנה לו הוראה לירות כדור גומי, לאחר שנאשם מספר 1 אחז באשורף והובילו למקום אחר, החל תוהה בינו לבין עצמו וחושד שמא מפקדו מעוניין שיירה כדור גומי לעבר העצור. הנאשם לא עצר על מנת לברר איזו פקודה ניתנה לו ומה תוכנה, אם בכלל, אלא הפעיל שיקול דעת ופעל ע"פ בחירתו שלו.

פסיקה דומה ניתנה גם בהקשרם של עובדי ציבור. בעניין הנגבי⁶⁹⁸ נדונו מעשיו של שמואל הרשקוביץ בעת ששימש מנכ"ל המשרד להגנת הסביבה בתקופת כהונתו של צחי הנגבי בתפקיד השר להגנת הסביבה. הרשקוביץ הועמד לדין בגין כך שסייע לשר הנגבי למנות מינויים פוליטיים בלתי תקינים במשרדו; אחת מטענותיו של הרשקוביץ הייתה כי אף שהפר את החוק, עשה זאת בהוראת השר ולכן קמה לו הגנת צידוק עקב ציות להוראה של רשות מוסמכת. בית המשפט דחה טענה זו בקבעו שהרשקוביץ לא קיים את חובת הבירור והדיווח המוטלת עליו:

אלא שסבורים אנו, שגם כאשר מדובר בצו אשר אי החוקיות הטמונה בו היא בדרגה של אי חוקיות "סתם", אין מקבל הצו יכול לציית לו ציות עיוור. אי חוקיות "סתם", אינה מעניקה הגנה מוחלטת. במקרה של אי חוקיות "סתם", יזכה מקבל הצו, מבצע העבירה, להגנת הצידוק, רק בהתקיים מספר תנאים: התנאי הראשון הוא, שככל שהנסיבות מאפשרות זאת, על מקבל הצו מוטלת "חובת בירור ודיווח", היינו החובה לברר את חוקיות הצו שניתן לו, וככל שהנסיבות מחייבות זאת, עליו לפעול, בדרכים העומדות בפניו, לביטול הצו או להביא לשינויו

...

האם עמד הרשקוביץ בתנאים עליהם עמדנו? אנו סבורים שלא. כאמור, התנאי הראשון עליו עמדנו, עניינו בחובה של מקבל הצו לקיים בירור בשאלת חוקיות הצו שניתן לו, וככל שהנסיבות מחייבות זאת, עליו לפעול לביטול הצו שקיבל, או להביא לשינויו. לגבי עניין זה אין חולק על כך, שהרשקוביץ לא העלה בפני הנגבי כל שאלה או תהייה לגבי מה שהתבקש לעשות, ולגבי מה שעשה בפועל.

...

מכל האמור עולה, שלא התקיים התנאי הראשון עליו עמדנו [...] לא הובאה בפנינו סיבה ראויה לעובדה שהרשקוביץ לא קיים בירור, אפילו מינימלי, בשאלת חוקיות ההנחיה שניתנה לו, ולא פעל לביטול ההנחיה שניתנה.

בעניין רוזנטל (פרשת תעודות ההשכלה הרבנית הכוזבות),⁶⁹⁹ הנאשם מס' 2 (אוחנה) הועמד לדין בגין עברות מרמה בשל כך שבמסגרת תפקידו כמנהל מחלקת הבחינות ברבנות הראשית הנפיק לאנשי כוחות הביטחון תעודת השכלה תורנית גבוהה (תעודת השת"ג), אף שלא עמדו בקריטריונים לזכאות לתעודות אלה. הנאשם פעל בהוראת הממונה עליו, "הראשון לציון" הרב בקשי דורון, וטען להגנת צידוק עקב כך. בית המשפט דחה את טענתו:

אשר להוראתו של הרב בקשי דורון, נקבע, כי אוחנה ידע, שההוראה עומדת בניגוד להחלטתה המחייבת של מועצת הרבנות הראשית ואף על פי כן – עשה כדברו של הרב בקשי דורון והנפיק לאנשי כוחות הביטחון תעודות השת"ג, למרות שלא עמדו בקריטריונים לזכאות לתעודות אלה.

...

חשוב גם לזכור, כי עמדה בפני אוחנה האפשרות לפנות בנדון לממונה השני עליו – הרב הראשי לישראל השני שכיהן באותה עת, הרב לאו, לו הוא משמש כיום כעוזר אישי. כל אלה מובילים אותי למסקנה, כי הסיטואציה בתיק זה אינה קרובה כלל לסייג לאחרייות פלילית [...].

2. כאשר נותן מפקד פקודה כללית, והפקוד יודע כי נגזרות ממנה הפרת החוק או יצירת מצב מסוכן, עליו להפנות את תשומת לב המפקד לכך; אם לא עשה זאת – מעשהו מפר החוק לא יהיה מוגן בשל הציות לפקודה.

כך למשל נקבע בעניין רשף⁷⁰⁰ (התהפכות משאית אשר בתא המטען שלה היו חיילים ופלטות למיגון טנקים). החייל טען כי קמה לו הגנת צידוק כיוון שניתנה לו פקודה לנסוע. בית הדין הצבאי לערעורים קבע:

המשימה של העמסת המטען והסעת החיילים על המשאית – הוטלה על המשיב. הוא קיבל עליו את תפקיד זה, כולל הפיקוח על העמסת המטען והסעת החיילים. בבצעו תפקידו זה, לא פנה אל מי ממפקדיו בטענה או בהערה לגבי הסיכון, שבהטענת המשאית או בהסעת החיילים כאמור. לו היה המשיב מעיר את תשומת של מפקדיו לסיכון כאמור, ואלה היו מורים לו, על אף הערותיו שעליו לבצע את ההטענה והסעת החיילים כאמור, וכי עליו בעניין זה למלא פקודה, או אז, הייתה מתעוררת השאלה אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל או אם לאו.

699 עניין רוזנטל, לעיל ה"ש 401, פס' 151, 166.

700 עניין רשף, לעיל ה"ש 162.

הלכה דומה בעניין חובת החייל להפנות את תשומת לב המפקד למפגע נקבעה גם בעניין ברוכי⁷⁰¹ (חייל שנפל מג'יפ בעת שניער את מעילו).

3. אם הפקודה מותירה לחייל שיקול דעת רחב, ואחת החלופות האפשריות לפעולה היא הפרת החוק, על החייל לחזור למפקדו ולבקש הבהרה עד שיצטמצם שיקול דעתו לכדי אפשרות אחת. יש לשער כי במרבית הפעמים תהיה זו האפשרות החוקית, אך אם לאחר צמצום שיקול הדעת על ידי המפקד האפשרות שנתורה אינה חוקית – רק אז יהיה בית הדין מוכן לדון בהגנת הצידוק.

כך, למשל, בעניין עמוס⁷⁰² דובר בתרגיל ניהול ירי לילי של מחלקת שריון. הטנק הימני איבד קשר עם המחלקה. מפקד המחלקה (המשיב), שהיה בטנק המרכזי, דיווח על כך למפקד הפלוגה, וזה הורה למפקד המחלקה לירות למרכז היעד, כדי שהטנק הימני יזהה את מיקומם על פי הרעש. הטנק הימני, שאיבד את דרכו, עבר את שאר הטנקים ולכן נפגע מהירי האמור, ומפקד הטנק נהרג. המשיב הואשם בגרימת מוות ברשלנות וטען להגנת הצידוק. בית הדין קמא זיכה את המשיב, ואילו בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו:

לא כל פקודה במובנה השגרתי היום יומי, מעניקה מניה וביה הגנה של צידוק. כדי שפקודה תהא כזו היא צריכה לשלול ממקבל הפקודה כל שיקול דעת. ואם מדובר במעשה העלול לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון, או שיש בו סיכון, חייב מקבל הפקודה לוודא אם לנותן הפקודה ידועות כל העובדות הרלוונטיות, ואם למרות ידיעת הסיכונים עומדת הפקודה בעינה. חייל המקבל פקודה שהוא יודע או חייב לדעת שיש בה משום סיכון לאנשיו או לאנשים אחרים – ובהקשר זה נתייחס לנסיבות של אימונים – חייב לוודא באופן סביר כי למפקד ידועים כל הנתונים ובמיוחד אם קיים סיכון בטיחותי, שאולי המפקד אינו מודע לו, וכי למרות קיום אותו סיכון עומד המפקד על הוראתו. זהו אחד התנאים העיקריים להחלת הגנת הצידוק.

במקרה זה פסק בית הדין כי למפקד היה שיקול דעת להפסיק את התרגיל עקב הסיכון הטמון בו לפני פקודת הירי של מפקד הפלוגה וגם אחריה, מבלי שהדבר ייחשב להפרת פקודה, ומשלא עשה זאת ולא ביקש ממפקדו הבהרות – התרשל.

4. כאשר הפקודה מאפשרת פעולה בדרך חוקית ובלתי חוקית, והפקוד לא חזר למפקדו לשם הבהרה, על הפקוד לפעול בדרך החוקית, אף אם נראה על פני הדברים כי הוראת המפקד כוונה למעשה בלתי חוקי.

כך למשל בעניין רובנוב⁷⁰³ (פקודה "לטפל" בחייל) קבע בית הדין הצבאי לערעורים, כי אם ניתנת למפקד זווטר פקודה "לטרטור" חייל, על המפקד הזוטר לבצע אך ורק תרגול חוקי נוסף, אלא אם הובהר לו במפורש אחרת, אף שבמקרה האמור הפירוש הסביר של הוראת המפקד היה כי המפקד הזוטר נדרש לבצע מעשים לא חוקיים.

701 עניין ברוכי, לעיל ה"ש 497, וכן להלן בחלק 17.2.2.

702 עניין עמוס, לעיל ה"ש 202, בעמ' 460.

703 עניין רובנוב, לעיל ה"ש 178.

5. אם הפקודה סותרת את פקודתו של מפקד אחר, מחובת הפקוד להבהיר למפקד עובדה זו.

בית הדין הצבאי לערעורים עמד על כך בעניין אמנון⁷⁰⁴ (פקודה לחתום על ציוד שסתרה הוראת קבע) ובעניין דן⁷⁰⁵ (מפקד מחלקה אשר קיבל הוראות סותרות מאלוף הפיקוד ומהמג"ד).

כך אמר בית הדין בעניינו של דן:

[...] סבורים אנו שרשאי היה אלוף הפיקוד (וכל קצין מטה הפועל בשמו – במשמע) להחליט להפעיל כוח הנמצא במרחבו, וזה אף בניגוד לפקודה כללית שנתנה קודם לכן ע"י גורם מטכ"לי בצורת הוראת שגרה, ומחובת המערער הייתה להשמע להוראה זו. וזה לפי העקרון שמבין שתי פקודות נוגדות שמקבל איש צבא מגופים המוסמכים לתת לו פקודות, הפקודה האחרונה היא המחייבת, כמובן שמקבל הפקודה צריך להודיע לנותן הפקודה על הפקודה הראשונה, אולם אם נותן הפקודה השניה עומד בכל זאת על ביצוע פקודתו, חייב מקבל הפקודה לקיימה והאחריות לבטול הפקודה הקודמת חלה על נותן הפקודה. במקרה הנדון שלפנינו חייב היה המערער לקיים את הפקודה של קצין המבצעים וזה האחרון היה נותן את הדין באם היה מעשהו בלתי מוצדק.

בעניין אמנון קבע בית הדין כי על חייל להישמע לפקודה האחרונה מבין פקודות סותרות שהוא מקבל, ועליו להודיע למפקד על קיומה של פקודה סותרת. עוד נקבע כי על המפקד השני חלה חובה להודיע למפקד הראשון כי נתן פקודה הנוגדת את פקודתו, והוא יישא באחריות (ולא החייל) אם יתברר כי לא התקיים הצדק כדין לסתירת הפקודה הראשונה.

6. ביצע החייל מאמץ בירור סביר ובכל זאת נאלץ לבצע מעשה בלתי חוקי בצייתו פקודה – תקום לו הגנת הציודוק (בהנחה שהפקודה אינה בלתי חוקית בעליל).

בעניין רב"ט הורנסנדי⁷⁰⁶ הועמד המערער לדין, בין השאר, על כך שכבל באזיקים חייל שהתפרע בחדר המשמר. הוא אזק את החייל בהוראת סמל המשמעת, אף שהפקודות קבעו כי כבילה באזיקים מותרת רק אם הורה על כך קצין בכתב. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי מכיוון שהמערער חיפש אחר המפקדים הממונים עליו לפני שאזק את החייל ולאחר מכן ושחרר אותו מהאזיקים בהוראת הקצין התורן כאשר מצאו, בנסיבות אלו לא ניתן לראות בהוראה שקיבל מסמל המשמעת הוראה "בלתי חוקית על פניה", ולפיכך זיכה את המערער.

ניתן לסכם חובות בירור ודיווח אלו לכדי כלל אחד: בקבלו ממפקדו פקודה (כללית או ממוקדת) אשר סותרת את החוק או פקודה קודמת שקיבל או יוצרת סכנה בשטח, חלה על החייל חובה לדווח למפקד על כך ולברר עמו כיצד לנהוג, כדי שיוכל לחסות תחת הגנת הציודוק. יתרה מזו, ככל שהפרת הדין או הנוק מהפקודה חמורים יותר, מתגברת חובת הבירור והדיווח, והיא כוללת (ובתנאי שמגבלות הזמן והנסיבות מאפשרות זאת) – לאחר שיוודע על כך למפקד נותן הפקודה – גם פניה אל המפקד הממונה אם המפקד נותן הפקודה מסרב לשנות את פקודתו.

704 עניין אמנון, לעיל ה"ש 297.

705 עניין דן, לעיל ה"ש 144, פס' 6.

706 עניין הורנסנדי, לעיל ה"ש 610.

למראית עין נראה כי הטלת חובה זו מחזקת את החשש שהובע בעניין אהרונוביץ⁷⁰⁷ 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, במקרים הרבים שבהם המצע העובדתי והמשפטי ברור לחייל ולמפקדו, והפקודה עצמה, מלכתחילה, מותרת לחייל דרך פעולה אחת אפשרית, חובה זו תדרוש מהצדדים הליך קצר ביותר.

חיזוק חובות הבירור והדיווח עשוי לחזק את עיקרון שלטון החוק מבלי ליצור התנגשות חזיתית בין חובות אלה לבין חובת הציות. בהנחה שבמרבית המקרים ניתנות פקודות בלתי חוקיות בשגגה ולא בזדון, המפקדים יתקנו או יבהירו את פקודתם בעקבות פניית פקודיהם. חיזוק חובת הבירור גם יקטין את חוסר הוודאות של החייל מקבל הפקודה, וכך גם ייחלשו שיקולי ההפטר.

לטעמי, חיזוק חובת הבירור והדיווח צריך להיעשות בשלוש דרכים: ראשית, יש לחנך את החיילים ברוח חובה זו ובדבר חשיבותה למקצועיות הצבא; יתרה מזו, יש לחנך את המפקדים כי הפנייה 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 מהשניים לא פעל בהתאם לחובות אלו, ונגרמו נזק או הפרת חוק, יש להעמידו לדין בגין התרשלות בביצוע תפקיד נוסף על העמדתו לדין בגין הפרת החוק. כך תובהר חשיבותן הנפרדת של חובות אלו. ושלישית, אם הנסיבות אפשרו לחייל לפנות לברר ולדווח והוא לא עשה זאת, ראוי לקבוע כי לא תקום לו הגנת הצידוק.⁷⁰⁸ כך יוענק לחובה זו משנה תוקף, ומידת ההתנגשות בין האינטרסים הציבוריים הנוגדים תקטן. כמובן, אם אין באפשרותו של החייל לבצע בירור ודיווח עקב הנסיבות, דוגמת מצב של לוחמה, אין להטיל על החייל חובת ברור כזו כתנאי לקיומה של הגנת הצידוק.

14.1.2 צורך מבצעי לעומת שגרה

רבות מהטענות נגד הטלתה של חובת אי-ציות לפקודה בלתי חוקית ונגד 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 מיד. שיהוי בציות לפקודה, ולבטח אי-ציות, מסכנים את ביטחון המדינה ואת חיי החיילים; לפיכך 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 בכך. קייז'ר התייחס לכך בספרו, ופירט את ההשלכות הפסיכולוגיות של לחץ הקרב אשר

707 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בעמ' 392.

708 הנימוק להימנעות מהחלת הגנת הצידוק יהיה אחד משלוש, בהתאם לנסיבות המקרה: (1) קביעה כי הוראת המפקד הותירה בידי החייל שיקול דעת רב מדי מכדי להיות מוגדרת "צו המחייב ציות"; (2) קביעה כי הפקודה הייתה כללית מדי מכדי לחול על המעשה המסוים; או (3) שימוש בדוקטרינה שהוצעה בעניין הנגבי, לעיל ה"ש 698, פס' 2128, 2131, 2138.

עשויות לחזק את נטייתו של החייל לצייתנות.⁷⁰⁹

ראשית, בעת קרב "מתמוג" החייל עם יחידתו הגרעינית. כך מחזק החייל את תחושת הביטחון העצמי שלו ואת יעילות פעולתו בתנאי הלחץ וחוסר הוודאות השוררים סביבו. בשל כך, לרוב, יעדיף החייל את ערכי יחידתו על ערכים כלליים 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 תהיה נטייה ל"בריחה לתוך העבודה", משמע הוא יתמקד במשימה הישירה שמולו, וכתוצאה מכך הוא עלול לאטום לבו אל גירויים אחרים ולהימנע מהצפת אותם גירויים למודע.

שלישית, במצבים מאיימים תהיה 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 כאלו החייל יבצע הערכה מחודשת של ערכיו: כיוון שבקרב מתקיים דיסוננס בין ערכים שונים ייווצר אצל החייל מתח נפשי, והוא יפתור אותו בדרך של 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 הישיר.

בדונם בהגנת הצידוק התחשבו בתי הדין ובתי המשפט בשאלת קיומה של נסיבה מבצעית. בתי המשפט ובתי הדין עשו זאת בשתי דרכים: האחת – קביעה כי עקב המצב הבטחוני התקיים הצדק כדין לציית לפקודה; משמע, אין מדובר כלל בפקודה בלתי חוקית, אלא בפקודה חוקית אשר החייל היה חייב לציית לה. האחרת – קביעה כי הפקודה אמנם אינה חוקית, אך עקב המצב הביטחוני מדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם" ולא בלתי חוקית "בעליל", ולפיכך היה על החייל לציית לה ולהתלונן על היעדר חוקיותה לאחר הביצוע.

נקיטת דרך זו או אחרת מושפעת מנסיבות המקרה, אך גם במידה רבה מהגישה שנוקט בית הדין לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל. כך, למשל, הגישות הנורמטיביות מייחסות חשיבות מעטה יותר לשאלה אם בנסיבות המקרה יכול היה חייל לזהות את היעדר החוקיות שבפקודה, ולכן יעדיפו לנקוט את הדרך הראשונה, ואילו גישות עובדתיות, המייחסות חשיבות רבה לשאלה זו, ינקטו לרוב את הדרך השנייה.

עם זאת, ראוי לציין כי בתי הדין לא ראו במצב הביטחוני משום שיקול המאפשר לבצע כל עברה ולהפך כל דין. בחלקו החסוי של פסק דין כפר קאסם (אשר הפך גלוי רק שנים לאחר המקרה), דן בית הדין הצבאי לערעורים בסוגיה זו. שם טענו הנאשמים כי כיוון שדובר היה בערב מלחמת סיני, וברקע רחפה פקודת "חפרפרת" (אשר הובנה בשוגג על ידי גורמי משמר הגבול כפקודה לביצוע גירוש במקרה של מלחמה ואשר תכנית שגובשה במשמר הגבול ליישומה בוטלה רק יום לפני

האירועים בכפר קאסם)⁷¹⁰ אין לראות בפקודות שניתנו בכפר קאסם פקודות בלתי חוקיות בעליל. בית הדין דחה טענה זו וקבע כי ככל שהמעשה נשוא הפקודה פוגע בערך חברתי חשוב יותר וככל שהפגיעה חמורה יותר, כך קשה יותר למצוא לו צידוק, אשר על כן אמר בית הדין:⁷¹¹

כנגד כל השיקולים לזכות המערערים עומד אופיה האכזרי והבלתי אנושי של הפקודה. פקודה כזאת הייתה חייבת לקומם את מצפון המערערים כולם, ואף את אחרון הטוראים שבהם, אפילו במסיבות המיוחדות בהן היו נתונים אותו יום.

14.1.2.1 קביעות בפסיקה: מצב ביטחוני הוא בגדר הצדק

בעניין לנברג⁷¹² (חייל שלא התייצב לזימון של בית הדין עקב כוונות ביחידה) התביעה לא חלקה "על ההצדק שהיה קיים למעשהו המשיב, כל עוד פעל לפי פקודה מפורשת של מפקדו למילוי תפקידיו במסגרת מצב הכוננות שהוכרז"; אך טענה כי מכיוון שהכרזת הכוננות לא ביטלה במפורש את צו הזימון, היה על המשיב להתייצב בבית הדין לאחר שסיים את המשימות שהוטלו עליו. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו:

איננו מקבלים את הדעה, שהמשיב חייב היה מיוזמתו בלבד לעזוב את שטח המחנה, כדי להתייצב בבית הדין בהתאם לצו הזימון, מאחר ומצב הכוננות טרם בוטל ופקודתו המפורשת האחרונה של המפקד האוסרת עויבת המחנה עדיין הייתה בתוקפה.

בעניין חננאל⁷¹³ (התהפכות ג'יפ בעת פעילות מבצעית), לא הכריע בית הדין הצבאי לערעורים אם הפעילות המבצעית שמשה הצדק כדין או גרמה לכך שהפקודה תהיה "רק" פקודה בלתי חוקית "סתם", אך נדמה כי הוא העדיף את החלופה הראשונה:

המשיב נהג בג'יפ כדי למלא משימה שהוטלה עליו בפקודת מפקדו. המשימה הייתה מבצע דחוף, ומפקדו של המשיב ידע שכל החיילים שנשלחו לבצוע המשימה עייפים לאחר שלא ישנו שני לילות ובכל זאת עמד על ביצוע המשימה. בהתחשב עם מהות המשימה, אין לומר כי הפקודה הייתה בלתי חוקית ועל כל פנים לא הייתה בלתי חוקית בעליל [ההדגשה הוספה].

בבג"ץ הולנדר⁷¹⁴ (ירי במחבל כפות בעת מבצע של השייטת) ציין בית המשפט העליון את דעת הרמטכ"ל והפרקליט הצבאי הראשי כי נסיבות המבצע והחשש לחשיפת הכוח היו נסיבות כל כך חריגות אשר יצרו צורך דוחק ששימש הצדק למעשה, ובעקבות כך המליץ לעותרים למשוך את העתירה.

710 לדיון בחלק החסוי של פסקי הדין במשפטים בפרשת כפר קאסם ראו רוזנטל, לעיל ה"ש 586, בעמ' 14-17.

711 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 79. שיקול מרכזי להקל עם הנאשמים היה כי המעשה נעשה בערכו של מבצע קדש.

712 עניין לנברג, לעיל ה"ש 276, פס' 4-3.

713 עניין חננאל, לעיל ה"ש 179, בעמ' 7.

714 עניין הולנדר, לעיל ה"ש 274.

עמדה דומה הביע שיף:⁷¹⁵

ניתן להעלות על הדעת מצב חריג במיוחד שבו שבוי מלחמה נופל בידי כוחות הצבא. לא ניתן לקחת אותו ולא ניתן לשחרר אותו, ואף לא ניתן להממו עקב נסיבות האירוע. יחד עם זאת, אם יושאר בשטח יש סכנה שיסגיר את כוחותינו ואת סודות המבצע. מצב זה הוא מיוחד במינו...

ובעניין מורין⁷¹⁶ (ירי מרגמות מעל ראשי חיילים) אמר בית הדין הצבאי לערעורים:

דעתינו היא, כי מאחר שהמעשה שהמשיב עשה היה משום סיכון לחיי חיילים ומאחר וההוראה לעשות את המעשה המנוגד לפקודת מטכ"ל נתנה לו, לא בעת מבצעים, אלא בעת ביצוע תרגיל אמונים חייב היה לסרב לבצעה, ואין טענת ציות לפקודה יכולה לעמוד לו במקרה זה [ההדגשה הוספה].

14.1.2.2 קביעות בפסיקה: מצב ביטחוני מעמעם את אפשרות הזיהוי של איי החוקיות

בעניין דרוור⁷¹⁷ (נהיגה במצב של עייפות בפעילות מבצעית) פסק בית הדין הצבאי לערעורים: "האופי המבצעי של הנסיעה אינו נותן לאמר ש'דגל שחור מתנוסס מעל הפקודה' שניתנה ע"י המפקד, כדי לבסס מסקנה כי ברור וגלוי שהפקודה היתה בלתי חוקית". בעניין תבור⁷¹⁸ (חייל שהתהפך בזמן נסע אחרי מפקדו) זוכה החייל, מכיוון שמבחינה ביטחונית הפקודות חייבו נסיעה בשיירה ומפקדו של החייל נסע לפניו וקבע את מהירות הנסיעה.

בעניין ב'י⁷¹⁹ (חציית גבול והיתקלות בסוור אויב) נקבע כי בנסיבות המקום והשעה, אין לראות בפקודה לחצות את הגבול "בלתי חוקית על פניה".

בעניין מיכאלי⁷²⁰ ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה הועמד לדין משמעת, בין השאר בגין כך שסירב להוראה להעביר תרופות לרצועת עזה וניסה למנוע את העברתן בדרכים שונות. העובד טען כי התרופות הועברו ללא מסמכים מאשרים מטעם משרד הבריאות, ומכיוון שעסקינן בתרופות ומדובר בדיני נפשות, פעל כראוי בכך שניסה למנוע את העברת התרופות על-אתה. בפני בית המשפט הסבירה המדינה את אופן העברת התרופות בכך שהיה "צורך בהעברת התרופות" עקב מצב הלחימה ששרר בעזה, טענה שממנה משתמע כי ההוראה הייתה חוקית עקב קיומו של הצדק כדין. בית המשפט לא הכריע בשאלה אם דובר בהוראה חוקית אם לאו, וקבע:

אשר לפרשת התרופות, אולי החלק המרכזי בהרשעה: אכן, מטבע הדברים כשמועלית טענה בדבר חשש הקשור בתרופות, עשויה הטענה לשבות לב; אלא שבית הדין שמע

715 שיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 122.

716 עניין מורין, לעיל ה"ש 442.

717 עניין דרוור, לעיל ה"ש 438.

718 עניין תבור, לעיל ה"ש 502.

719 עניין ב', לעיל ה"ש 136.

720 עניין מיכאלי, לעיל ה"ש 26, פס' ז(7).

את עדותם של הממונים על המערער, לרבות מר סגל, סגן מנהל המכס שלגביו לא היתה תלונה על בעיית סמכות כמו לגבי מר לוגסי, והגיע למסקנה כי לא היה מדובר בהוראה שהיא בלתי חוקית "באופן ברור וגלוי", וכבר הבאנו מדברי השופטת בייניש בפרשת מנוס. אכן במקרה דנא לא היתה הוראה כזאת, בלתי חוקית באופן "ברור וגלוי", שהרי משניתנה מאת בעלי הסמכות, ובודאי מר סגל שלגבי סמכותו אין עורר, לא היה המערער רשאי לעשות שבת לעצמו.

יש לציין, כי פסק הדין בעניין מיכאלי ייחודי ושונה משאר פסקי הדין האחרים שבהם נקבע כי תנאי "צורך" לא אפשרו לזהות את חוקיות הפקודה, בשני מאפיינים מרכזיים: ראשית, כלל פסקי הדין אשר נקטו גישה זו (שלא כמו גישה של קביעה כי תנאי "צורך" הפכו את ההוראה לחוקית) היו פסקי דין אשר נקטו גישות עובדתיות, ואילו פסק הדין האמור מצדד באופן ברור בגישת הפגם המוסרי ("דגל שחור"). שנית (עובדה אשר יכולה להסביר במידת מה את המאפיין הראשון), פסק דין זה עסק בשאלה של אי-ציות ולא בשאלה של הגנת צידוק – בסיטואציה כזו גישה נורמטיבית פחות תהיה מעוניינת לבחון את חוקיות הפקודה, והמצדדים בה יסתפקו לרוב בבחינה אם בפקודה הבלתי חוקית נפל פגם מוסרי חמור אם לאו.

14.1.3 פליליות חמורה

אם משמעות הציות לפקודת המפקד היא שעל החייל לעבור עברה פלילית חמורה דוגמת רצח, שוד, חבלה, עדות שקר, השחתת רכוש, גניבה של רכוש יקר ערך וכו', בית הדין ייטה לראות בפקודה כזו פקודה בלתי חוקית בעליל, ללא קשר לגישה שאותה ינקוט. זאת מכיוון שבציות לפקודה המורה על ביצוע מעשים שכאלו יש פגם מוסרי חמור, ומכיוון שאף בלי היכרות רבה עם החוק יודע חייל כי אסור לשדוד, לגנוב או לעבור עברות פליליות חמורות אחרות.

בבג"ץ גינוסר⁷²¹ (עתירה נגד מינוי יוסי גינוסר למנכ"ל משרד השיכון עקב מעורבותו בפרשת "קו 300") הגדיר בג"ץ, בהסתמכו על דו"ח ועדת לנדוי, פקודה למתן עדות שקר "עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי-חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'" [ההדגשה הוספה].

בעניין אבי⁷²² (פרשת הטנקים) קבע בית הדין הצבאי לערעורים: "[...] פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שמטרתה ביצוע מעשה פלילי, ולפי תפיסתו של החייל הסביר באותן נסיבות – ולא דווקא בעיניו של המשפטן – היא בעלת אופי פלילי מובהק" [ההדגשה הוספה].

בעניין דגני⁷²³ (פקודה לשדוד כבשים) קבע בית הדין הצבאי לערעורים:

[...] הרי אנו סבורים, שברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית לא רק משום שלא התיחסה לתפקידיו הצבאיים ולא נגעה לענייני הצבא אלא שבמהותה היה בה כדי שדול לבצע שוד על ידי ההוראה שאם יתנגדו הבדואים למסירת הכבשים על המשיב להשתמש בכח [ההדגשה הוספה].

721 עניין גינוסר, לעיל ה"ש 420, פס' 26; דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 82.

722 עניין אבי, לעיל ה"ש 403.

723 עניין דגני, לעיל ה"ש 138.

בעניין טייג⁷²⁴ (פקודה למסור בנוזן לאזרח) קבע בית הדין: "פקודות אלה התייחסו לשליחת יד ברכוש הזולת, מעשה שהוא בלתי חוקי בגלוי בעיני כל בר־דעת" [ההדגשה הוספה].

בעניין בלק⁷²⁵ קבע בית הדין באמרת אגב כי פקודה ש"במסיבות שבביצועה היה משום עברה פלילית גלויה, כגון מפקד שאמר לפקודו למכור את הצמיג בחנות אזרחית" – היא פקודה בלתי חוקית בעליל [ההדגשה הוספה].

בעניין ריונטל (פרשת תעודות ההשכלה הרבנית הכוזבות),⁷²⁶ הנאשם מס' 2 (אוהנה) הועמד לדין בגין עברות מרמה בשל כך שבמסגרת תפקידו כמנהל מחלקת הבחינות ברבנות הראשית הנפיק לאנשי כוחות הביטחון תעודת השכלה תורנית גבוהה (תעודת השת"ג), אף שלא עמדו בקריטריונים לזכאות לתעודות אלה. הנאשם פעל בהוראת הממונה עליו, "הראשון לצינן" הרב בקשי דורון, וטען להגנת צידוק עקב כך. בית המשפט דחה את טענתו: "אני סבור, כי אופייה הפלילי המובהק של ההוראה מציב את מי שמילא אחריה, במקום רחוק מהסייג לאחזיות פלילית: לא רק שלא היה מחובתו של אוהנה לציית לה, אלא שלמעשה, היה מחובתו שלא לציית לה" [ההדגשה הוספה].

תימוכין לעמדה שעל פיה לחייל (או לעובד ציבור) לא תקום הגנת צידוק במקרים בהם הוא ציית לפקודה שהורתה על ביצועו של מעשה פלילי חמור אפשר למצוא גם בדבריו של חבר הכנסת דן מרידור, אשר נאמרו בכנסת בעת שהביע את תמיכתו בכך שכחלק מתיקון 39 תאומץ גישת הידיעה בפועל באופן מפורש:⁷²⁷

בסעיף 34 פסקה (2), במקום האמור היום אנחנו מציעים לכתוב: "לא תחול אחריות פלילית אם האדם עשהו על פי צו של רשות מוסמכת כשהוא חייב לפי דין לציית לה" – עד כאן ברור – "אלא אם" זה הסייג לסייג, "אלא אם כן היה ברור וגלוי בעיניו", זה המבחן הסובייקטיבי, "או בעיני אדם מהישוב", זה המבחן האובייקטיבי, כי הוא מצווה לעבור המילוי הצו עבירה פלילית". לא רק גלוי וברור שזה לא כדין אלא עבירה פלילית, דבר שאסור על פי חוק, ברור לגמרי שהמבחן המוסרי קיים פה. כל המעשים שהזכרנו, למשל פסק דין כפר קאסם, או משפטי האינתיפאדה השונים, שם היו מעשים שנקבעו שדגל שחור מתנוסס עליהם – באמת היה צריך למנוע אותם. הם גם עבירה פלילית: זה ברור וגלוי. אבל צריך שיהיה ברור שמדובר על מקרים שאין בהם דגל שחור אבל הם עבירה פלילית.

לכאורה אפשר לטעון כי לאור דברים אלו, מכיוון שהגרסה אשר התקבלה בתיקון 39 עושה שימוש במונח "שלא כדין" ולא במונח "עברה פלילית", אל לבתי המשפט לסמוך על מבחן זה של פליליות חמורה. אך נדמה כי טענה זו חלשה, שכן המרחב הפרשני הקיים בסעיף מאפשר לפרש את המונח "שלא כדין" כדרישה ל"פליליות חמורה".

פירוש זה של המונח "בעליל שלא כדין" יכול לפתור קושי מרכזי שמעוררת גישת הפגיעה בערכי

724 עניין טייג, לעיל ה"ש 508.

725 עניין בלק, לעיל ה"ש 196, בעמ' 287.

726 עניין ריונטל, לעיל ה"ש 401, פס' 166.

727 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 9843-9844.

היסוד, המונע ממנה להיות המבחן היחיד לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, והוא שהמציאות מורכבת מכדי שתוכל "להיכלא" בתוך רשימה של כמה כללים ספורים. חיסרון זה ממחיש את הצורך בקיומו של "מונח שסתום" מסוים שיאפשר לפתח כללי אי-ציות נוספים ולהתמודד עם תחומים שבהם ראוי כי רק חלק מהפקודות הבלתי חוקיות יוגדרו בלתי חוקיות בעליל.

אפשר היה לטעון כי מבחן "הדגל השחור" יכול לשמש כמונח שסתום כזה, אך כאמור לעיל, מבחן "הדגל השחור" מעורר קשיים רבים, ובהם היעדר בהירות והדגשת המוסר על פני החוק.

לדעתי ניתן להשתמש במבחן החלופי, "מבחן הפליליות החמורה". מבחן זה, אשר כאמור מבוסס על נטייתה של הפסיקה עד היום לראות בחומרה פקודות המורות על ביצוע מעשים כאלו, הוא פתוח מספיק כדי לכלול מצבים מגוונים, ומנגד ברור מספיק כדי שרוב החיילים יוכלו לזהות מתי מדובר במעשה פלילי חמור.

14.1.4 פעילותו הרגילה של החייל

חייל יודע כי הפקודה שניתנה לו אינה חוקית ומבצעה בכל זאת. במקרה זה, כאמור לעיל, שיקולי ההפטר להקמת הגנת הציודק 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, כדי שגישת הידיעה בפועל תוכל לשמש חלק מכלי האיזון המשפטי בסוגיה דגן, יש צורך לסייגה כך שלא תחול על פקודות אשר הפגיעה הנגרמת לאינטרס הציבורי מאי-ציות להן רבה מן הפגיעה שתיגרם לשלטון החוק אם החייל יציית ויתלונן בדיעבד.

כפי שנדון לעיל,⁷²⁸ מן הפסיקה עולה כי גישת הידיעה בפועל נדחתה בעיקר במקרים שבהם הורו לחייל לבצע פעולה מפעולות העבודה הרגילות שלו או פעולה שנבעה ממערכת היחסים הרגילה בינו לבין מפקדו. בפסיקה נדונו מקרים שעסקו בחובתו של חייל להימצא היכן שמפקדיו מורים לו ("חובת ההימצאות"),⁷²⁹ בפעולות שמירה⁷³⁰ ובפקודות עונשיות כלפי חייל שאין בהן יסוד משפיל או פוגעני.⁷³¹

עם זאת, ניתן להקיש מפסיקה זו כלל רחב יותר שלפיו אם חייל יודע שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית, הפקודה תיחשב בלתי חוקית בעליל רק אם היא אינה נוגעת לפעילותו הצבאית הרגילה או למערכת היחסים הרגילה בין חייל למפקד. כלל זה הינו כלל ראוי, שכן אם עניינה של הפקודה בפעילותו הרגילה של החייל הפגיעה במסגרת הצבאית עקב אי-ציות תהיה רבה, ולפיכך ראוי להורות לחייל לציית אף שהוא יודע כי הפקודה אינה חוקית. כך נוצר איזון עדין יותר בין עיקרון שלטון החוק (שנפגע במידה יחסית מצומצמת מציות לפקודות שכאלו) לבין ביטחון המדינה, המשמעת הצבאית ונטייתו הפסיכולוגית של החייל לציית.

גישה זו גם מעניקה לחייל ודאות רבה, מכיוון שהוא מכיר את עבודתו ואת סוגי הפעילויות

728 בחלק 13.5.2.5.

729 עניין ישראל, לעיל ה"ש 631, ועניין צחור, לעיל ה"ש 668.

730 עניין צחור, שם, ועניין שלח, לעיל ה"ש 23.

731 עניין שלח, שם, ועניין שי, לעיל ה"ש 137.

הצבאיות הכרוכים בה ולפיכך יוכל להבחין מתי מדובר בפקודה הנוגעת לפעילותו הרגילה. מבחן זה ודאי ברור יותר עבור החייל מאשר המבחן האובייקטיבי, שמאלץ אותו לשים עצמו בנעלי החייל הסביבה. גישה זו גם מתחשבת בסוג הפעילות 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.

מנגד, אפשר לטעון כי על סמך כלל זה חייל היודע כי פקודה להרוג אזרחים היא בלתי חוקית יציית לה בכל זאת מכיוון שהיא נוגעת לפעילות הלחימה, וכי נהג המקבל פקודה לנסוע במהירות מופרזת יציית לפקודה זו מכיוון שהיא נוגעת לתפקידו הצבאי. קושי זה ייפתר באמצעות שילוב כלל זה עם המגמות האחרות שהוצגו עד כה (כפי שיוצג להלן).

14.2 הצעה: הגישה המשלבת

כפי שהודגש עד כה, הגנת הצידיק היא מבחן משפטי לאיזון בין עקרון שלטון החוק לבין אינטרסים ציבוריים אחרים. ייחודו של מבחן זה בכך שהוא נבחן על ידי שני גופים בעלי כישורים שונים בנקודות זמן שונות: החייל – בעת קבלת הפקודה, ובית המשפט – בדיעבד. לפיכך, אפרט להלן הן כיצד על החייל לנהוג לדעתו, והן כיצד אני סבור שעל בית המשפט לבחון את התנהגותו. נוסף על כך אראה כיצד משליכות על כך נסיבות מבצעיות. יצויין שהצעה זו במכוון נסמכת בעיקרה על הפסיקה הישראלית הקיימת בנושא – על אף שניתוח פחות דוקטרינרי ויותר תיאורטי ככל הנראה היה מוביל למסקנה שנדרשת רפורמה עוד יותר מקיפה – וזאת במטרה להגדיל את הסיכוי שההצעה לרפורמה אכן תאומץ בפועל.⁷³²

14.2.1 התנאי הראשוני להחלת הגנת הצידיק: בירור ודיווח

על כל חייל חלה חובת בירור ודיווח. חובה זו נועדה לשפר את רמת המקצועיות של מערכת היחסים בין החייל לבין מפקדו. על החייל לדווח למפקדו את הנתונים העובדתיים והחוקיים הנמצאים בידיו. בסיום הליך זה על המפקד לקבל החלטה על סמך בסיס הידע הרחב ביותר האפשרי, להנחות את הפקוד באופן שימצאם את שיקול דעתו לכדי מינימום דרכי פעולה אפשריות,⁷³³ ובהתחשב באילוץ הזמן, המקום וביטחון שדה – לדאוג לכך שהפקוד יבין את הרציונל העומד מאחורי הפקודה.

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

732 לניתוח תיאורטי שכזה על ידי ולרפורמה אשר הצעתי על בסיסו, ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 2. יצויין שהרפורמה המוצעת שם, על אף היותה מקיפה יותר, דומה ברכיבים רבים לרפורמה המוצעת כאן.

733 אין זה מתחייב כי בתום התהליך ייוותר החייל עם דרך פעולה אחת, מכיוון שהמציאות המשתנה מחייבת, פעמים רבות, להעניק לחייל גמישות בביצוע הפקודה; אך כדי שההוראה תיחשב לפקודה לעניין הגנת הצידיק, נדרש כי אפשרויות הפעולה יצומצמו למינימום האפשרי. מובן שבעת קרב טווח אפשרויות הפעולה רחב יותר.

1. נסיבות הנובעות מהרקע שבו ניתנה הפקודה:
 - א. פעילות בשגרה, אימון או פעילות מבצעית – חובת הבירור מתחזקת אם לא מדובר בפעילות מבצעית.
 - ב. האם הפקודה ניתנה על רקע נוהג או מדיניות כללית? אם הפקודה תואמת אותם, נחלשת חובת הבירור.
 - ג. האם הנסיבות מצביעות על קיומו של הצדק כדין לביצוע הפקודה? אם כן, נחלשת חובת הבירור.
 - ד. האם החייל נמצא בפני איום בפגיעה גופנית אם יסרב לפקודה, ואיום זה פוגע בשיקול דעתו באופן המפריע לו לברר ולדווח?
 2. נסיבות הנובעות מההליך שבו ניתנה הפקודה:
 - א. ככל שפער הדרגות בין מקבל הפקודה לנותנה רב יותר, כך נחלשת חובת הבירור.
 - ב. מידת היותו של המפקד בעל סמכות למתן פקודות כאלו: ככל שגובר החשד כי הפקודה ניתנת בהיעדר סמכות, כך מתחזקת חובת הבירור והדיווח.
 3. נסיבות הנובעות מתוכן הפקודה:
 - א. מידת הפליליות של הפקודה.
 - ב. מידת מוסריות הפקודה.
 - ג. האם הפקודה נוגעת לפעילותו הרגילה של החייל? אם כן מצטמצמת חובת הבירור.
 4. סיבות הנובעות מתכלית הפקודה: אם לאורך הבירור עולה חשד כי התכלית הייתה ענישת אזרחים או רווחתו האישית של המפקד, מתחזקת חובת הבירור.
 5. נסיבות הנובעות מהתוצאה המסתברת של הפקודה: אם הפקודה עלולה לגרום לנזק לגוף, להשפלת אדם או לנזק חמור לרכוש, מתחזקת חובת הבירור והדיווח של החייל.
- כפי שניתן לראות, נסיבות אלו מבוססות על גישת הידיעה בכוח ועל גישת הפגיעה בערכי היסוד. בתום הליך הבירור והדיווח תיוותר בידי החייל פקודה ברורה (במגבלת הנסיבות), ותיתכנה אחת משלוש אפשרויות: החייל סבור שהפקודה חוקית; החייל חושד שהפקודה אינה חוקית; החייל יודע באופן פוזיטיבי שהפקודה אינה חוקית.

14.2.2 החשד והידיעה הפוזיטיבית של החייל בדבר אי-חוקיות הפקודה

אם לאחר מילוי חובת הבירור והדיווח סבור החייל שהפקודה חוקית, עליו לציית לה. לעומת זאת, אם לאחר שפעל בהתאם לחובת הבירור והדיווח שפורטה לעיל הוא חושד כי ניתנה לו פקודה לא חוקית – עליו לציית לפקודה אלא אם כן היא שייכת לאחת מקבוצות הפקודות הללו:

– פקודות המסכנות אדם ללא הצדק לכך בדין;

- פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך מבצע;
- פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה;
- פקודות "אזרחיות" (ללא תכלית צבאית כלשהי, למטרתו הפרטית של המפקד);
- פקודות שניתנו מאדם שאינו שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל;
- פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה;
- פקודות המורות לבצע מעשה פלילי חמור;
- פקודות המורות על ביצוע מעשה בגידה;
- פקודות המורות על השמדת עם.

עקב הערכים החברתיים והעקרונות הצבאיים החשובים שעלולים להיפגע עקב ציות לפקודות אלו, די בחשד כן של החייל כי הפקודה נמנית עם אחת מהקטגוריות לעיל 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 כדי להצדיק אי ציות להן.

חייל היודע פוזיטיבית, בין בשל ידע קודם ובין עקב הליך הבירור והדיווח, כי הפקודה שניתנה לו אינה חוקית חייב להימנע מציות באחד משני מקרים: הפקודה נופלת לגדר אחת מהקטגוריות שפורטו לעיל, או שעניינה של הפקודה אינו פעילותו 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 מתשע הקטגוריות האמורות. לפיכך, למשל, אף שפעילותו הרגילה של נהג היא נסיעה, הוא לא יציית לפקודה להפך את הוראות הבטיחות בנהיגה שלא עקב צורך מבצע.

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

14.2.3 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"חושד" 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 לאותו 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 לה.

על החייל ה"חושד" לציית לפקודות למרות ספקותיו, אלא אם כן הפקודות שייכות לאותן הקטגוריות שפורטו לעיל. כאן יש לשים לב כי חלק מהקטגוריות אינן נוגעות לחימה, והשאר מצטמצמות או מתאימות עצמן למצב לחימה. כך, הקטגוריה של פקודות המסכנות חיי אדם שלא

לצורך אינה רלוונטית יותר מכיוון שאם מדובר באזרחים, אלו נופלים לגדר הקטגוריה של איסור על פגיעה באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה; ואם מדובר בחיילים, הסכנה נובעת מעצם הימצאותם בקרב, ואין להתיר לחייל לבקר את שיקול דעת מפקדו לגבי מידת הסיכון הננקטת. במקרים הנדירים שבהם עדיין חל איסור ציות ונוגעים לקטגוריה זו, דוגמת פקודה שנותן מפקד לחייל אחד לירות בחייל אחר, תחול קטגוריית הסל של פקודות פליליות חמורות. כך גם לגבי פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות ולגבי פקודות עונשיות. מכיוון שקטגוריית אלה סויגו לעתות שגרה ואימונים, בעת לחימה יהיה על החייל לציית למרבית הפקודות המפרות חוק בתחומים אלו. על מקרים קיצוניים הנופלים לגדר קטגוריית אלו – פקודות שאל לחייל לציית להן אף במצב לחימה – תחול עתה הקטגוריה האוסרת ציות לפקודות בעלות פליליות חמורה. פקודות "אזרחיות", לעומת זאת, שייכות לקטגוריה שניתן להתאימה למצב הלחימה. פקודה "אזרחית" בעת לחימה היא, למשל, פקודת ביזה, ואין ספק כי לא נרצה שהחייל יציית לה.

בעת פעילות מבצעית פעילותו הרגילה של חייל היא לחימה, ולכן 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 אם הפקודה שייכת לאחת הקטגוריות הללו בהתאמה למצב הלחימה, ורק אם התשובה לכך היא חיובית יהיה עליו לסרב לציית לפקודה. כך, בפועל, מצטמצמות מאוד בעת הקרב חובות החייל ה"חושד" והחייל ה"יודע" לא לציית לפקודות. הן מצטמצמות לפקודות המורות על פגיעה באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה, לפקודות "אזרחיות", לפקודות שנתן אדם שאינו שייך לגוף המורשה לתת פקודות לחייל, לפקודות המורות על השמדת עם, לפקודות המורות על בגידה ולפקודות המורות על מעשה פלילי חמור. בכל שאר המקרים על החייל לציית לפקודות ללא קשר לידיעתו או לספקותיו.

14.2.4 בית המשפט: בחינה בדיעבד

לאחר פירוש דרך הפעולה של הפקוד יש לבחון עתה כיצד על בית המשפט לנהוג בהגיע אליו בדיעבד עניינו של הפקוד. על בית המשפט לבחון תחילה את מעשי הברור והדיווח של החייל לאור נסיבות המקרה. בחינה זו היא כפולה: ראשית, יש לבדוק אם לאור נסיבות המקרה הוראת המפקד הייתה פקודה (הוראה המלווה בסנקציה); ללא תנאי זה לא תוכל לקום לחייל הגנת הצידוק. שנית, יש לבדוק אם 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 שידע על כך באופן פוזיטיבי. לגבי חייל "שאינו יודע" או "חושד", על בית המשפט לשאול אם חייל סביר בנסיבות המקרה יכול היה לזהות כי הפקודה הורתה על ביצוע מעשה פלילי חמור. אם הפקודה תשתייך לאחת הקטגוריות שזכרו – פקודות המסכנות אדם ללא הצדק כדין לכך; פקודות המורות להפר את הוראות הבטיחות בנהיגה או באימונים שלא עקב צורך ביטחוני; פקודות המורות לפגוע באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה; פקודות "אזרחיות"; פקודות שניתנו מאדם שלא שייך לגוף המורשה לתת פקודות; פקודות עונשיות בשגרה שתוצאתן השפלה חמורה; פקודות המורות על בגידה; ופקודות המורות על השמדת עם – בית המשפט יקבע כי הפקודה בלתי חוקית בעליל מבלי להתחשב בנסיבות נתינתה, מלבד במקרים חריגים ונדירים

שבהם קיים הצדק כדין לציית לפקודה (שאו תיחשב הפקודה לחוקית).

אם, לעומת זאת, יוכח כי החייל ידע פוזיטיבית שהפקודה היא בלתי חוקית – מצב שבו שיקולי ההפטר המחייבים התחשבות מצומצמים יותר – יכתן בית המשפט אם הפקודה האמורה נגעה לתחום הפעילות של החייל, ואם הפקודה אינה פקודה מתוך הקטגוריות שנידונו לעיל. רק אם התשובה לשתי השאלות חיובית תקום לחייל הגנת הצידוק. על בית המשפט לפרש את המונח "פעילות החייל" באופן רחב, הן כדי לאפשר לצבא גמישות רבה בתפקודו והן מתוך התחשבות בנטייתו של החייל לציית.

14.2.5 יתרונות הגישה המשלבת

את המבחן לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל על פי הגישה המשלבת, שהוצגה זה עתה, אי-אפשר 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, בניגוד לשאר 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 שהתעוררו בשטח על סמך הכלל האמור.

הגישה המשלבת היא גישה שמנסה, על סמך הבעיות שהתעוררו בשטח בעקבות הניסיונות ליישם את הגישות האחרות, לקבוע כלי משפטי ראוי לאיזון בין שלטון החוק לשיקולי ההצדק וההפטר הקיימים בעניין זה. פירוט זה אינו מחליף את הבהירות, אלא להפך: הוא מנסה לתת בידי החיילים ובידי בתי 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), שלטון החוק אינו נפגע במקרים בהם שיקולי ההפטר או ההצדק אינם חזקים. ההתחשבות בנסיבות גם מאפשרת ליצור הבחנה ראויה בין חיילים בתפקידים שונים ובין עתות שגרה ואימונים לבין עתות מלחמה ופעילות מבצעית.

חיזוק חובת הבירור תוך כדי פירוט הנסיבות השונות המשפיעות על עוצמתה משפר את בהירות המצב המשפטי והעובדתי עבור הכפוף בהיררכיה ומחזק את המקצועיות במערכת היחסים בינו לבין הממונה עליו. הכנסת רכיבים מגישת הפגיעה בערכי היסוד, כחלק חשוב בבחינה שנעשית לפי הגישה המשלבת, יוצרת תמונה נהירה יותר עבורו ושומרת על הערכים החברתיים והצבאיים הגרעיניים, דוגמת הכלל האוסר ציות לפקודות "אזרחיות" (שמגן מפני החשש שהציות יוביל להעדפת המשמעת היחידתית הגרעינית על המשמעת הכלל-מערכתית), או הכלל האוסר על ציות לפקודה המורה על פגיעה באנשים שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה.

הכנסת יסוד "הפליליות החמורה בנסיבות העניין" מאפשרת מבחן גמיש לתחומים שבהם נרצה שרק חלק מהפקודות ייחשבו לבלתי חוקיות בעליל, ומאפשרת פיתוח עתידי של כללי אי-ציות גורפים נוספים. לעומת מבחן "הדגל השחור" של גישת חומרת המעשה, מבחן "הפליליות החמורה בנסיבות העניין" ברור יותר ומצוי יותר בקונצנזוס.

הכנסת יסוד של ידיעה לגישה המשלבת מגנה בצורה טובה יותר על שלטון החוק במצבים שבהם

שיקולי ההפטר מצומצמים. 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 של חייל לציית.

קביעת מבחן שונה למקבל פקודה "חושד" ולמקבל פקודה "יודע" מתחשבת בכך שבמצבים אלו קיימים שיקולי הפטר שונים. בשני המקרים המבחן המוצע מקנה הגנה טובה לערכים החברתיים, המערכתיים והצבאיים החשובים ביותר.

15. "עלילות" הפקודה – סוגיות נוספות

15.1 אי-חוקיות בעליל כ"שאלה שבמשפט"

לפני תיקון 39 נקבע בחוק מפורשות לעניין הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה כי השאלה אם צו הוא בלתי חוקי בעליל היא "שאלה שבמשפט". משמע, החוק קבע כי לא מדובר בשאלה עובדתית. נראה כי מקורה של קביעה זו היא במשפט המקובל ומטרתה לוודא כי בשאלה האמורה יכריע שופט האמון על שאלות משפטיות ולא חבר המושבעים האמון על שאלות עובדתיות. כך, למשל, הסעיף המקביל בקוד הפלילי של קווינסלנד מוסבר כך ב-Carter's Criminal Law of Queensland: "By subsection (3) whether an order is or is not manifestly unlawful is a question of law for the judge"⁷³⁴. [ההדגשה הוספה].

נוסח הסעיף שבו נקבע כי מדובר בשאלה משפטית יכול היה להתפרש כשולל את גישת הידיעה בפועל מכיוון שהוא מכוון את בית המשפט לכך שההכרעה בדבר "עלילות" הפקודה היא הכרעה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. רמז לשלילה כזו מצוי בעניין לוי⁷³⁵ (פקודה לשדוד אורח ערבי שנתפס ללא תעודות), שם דחה בית הדין מבחינה עובדתית את טענתו של המערער 2 כי לא ידע שהפקודה אינה חוקית. לגבי המבחן שבו עליו להשתמש לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, אמר בית הדין:

כבר קבענו לא אחת כי השאלה בדבר היות פקודה בלתי חוקית בעליל נתונה להכרעת בית הדין ולא להכרעת הנאשם, במילים אחרות בית הדין צריך לשאול את עצמו: באם במסיבות שהוכחו נראתה הפקודה למעשה לנאשם בלתי חוקית בעליל או לא. היינו מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

עם זאת, בפועל, לא נשללה בסעיף האפשרות לאמץ גישה של ידיעה בפועל. כך, למשל, פירש בית הדין הצבאי לערעורים את הסעיף האמור בעניין עופר⁷³⁶ (הערעור בפרשת כפר קאסם):

השאלה איזוהי פקודה בלתי חוקית בעליל היא לא רק 'שאלה משפטית' במובן הטכני, היינו עניין של קביעת סטנדרט על ידי בית המשפט, אלא זוהי, לפחות בחלקה, שאלה משפטית גם במובן צר יותר, היינו מהו החוק הנוגע לעניין ומה הייתה מידת סטייתו של הנאשם מן החוק; ואשר לקביעת רמת ההתנהגות הסבירה שעל בית המשפט לקבעה, אין שום מקום לגבות עדות מפי עדים, שעדותם אינה אלא חוות דעת על התנהגות הנאשם.

פרשנות זו לא מנעה מבית הדין להביע במקום אחר בפסק הדין דברים אשר עולה מהם תמיכה בגישת הידיעה בפועל. כך הסביר בית הדין את הרציונל העומד מאחורי הגנת הצידוק:⁷³⁷

MICHAEL J. SHANAHAN ET AL., R.F. CARTER'S CRIMINAL LAW OF QUEENSLAND 1557 734 (2003). מקורו של החוק הפלילי בישראל, על הגנת הצידוק שבו, הוא בחוק הפלילי של קווינסלנד;

לעניין זה ראו: יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי" עיוני משפט 75 (תשל"ט).

735 עניין לוי, לעיל ה"ש 619, בעמ' 173.

736 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 72; עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, פס' 20.

737 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 67.

מחמת התנאים המיוחדים, בהם שרוי אדם הכפוף לחובת הציות לציום הניתנים לו על ידי רשות מוסמכת הממונה עליו, מוחל לו המחוקק על איידיעת החוק, היינו חוסר ידיעה שהצו הוא בלתי חוקי, אך בתנאי שאי-החוקיות אינה מגיעה לדרגת 'בלתי חוקי בעליל' [ההדגשה הוספה].

מדברי בית הדין עולה שמהלאו אפשר ללמוד על ההן, ולכן כשאדם מכיר את החוק ויודע כי הפקודה שניתנה לו אינה חוקית, אין על מה למחול לו ולכן לא תחול עליו הגנת הצידוק.

אם כן, נראה שלאור פרשנותו של בית הדין בפרשת כפר קאסם, משמעות הסעיף היא כי בית המשפט הוא שיקבע את הסטנדרט בדבר היעדר חוקיות בעליל. סטנדרט זה יכול להיות, למשל, סטנדרט של "ידע או היה צריך לדעת", "אדם סביר", "דגל שחור" או "פגיעה בערכי יסוד". לגבי חלקיו האובייקטיביים של הסטנדרט בית המשפט אינו נדרש לאסוף עדויות, וההכרעה נתונה בידי.

לקביעה שהשאלה אם הצו הוא בלתי חוקי בעליל היא שאלה שבמשפט יש השלכות נוספות. כך, למשל, יש לה השלכה על סוגיית נטל ההוכחה ונטל השכנוע הן בנוגע להגנת הצידוק בחוק העונשין והן בנוגע להגנה הקבועה בסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי.

כפי שנדון לעיל,⁷³⁸ לעניין הגנת הצידוק בחוק העונשין קיומו של ספק ישרת את הנאשם ככל שמדובר באלמנטים העובדתיים של סייג הצידוק; אך אם ההכרעה בדבר היותה של הפקודה "בלתי חוקית בעליל" היא הכרעה שיפוטית (שאלה שבמשפט), לעניין זה לא יוכל הספק לסייע לנאשם. קדמי התייחס לכך בגרסה קודמת של ספרו:⁷³⁹ "וידוגש שוב: השאלה אם פקודה הינה 'בלתי חוקית בעליל' – הינה שאלה של חוק; לכן, הספק שממנו זכאי הנאשם ליהנות בהקשר זה צריך שיתייחס ל'עובדות'".

במהדורת ספרו שיצאה לאחר תיקון 39 ציין קדמי: "השאלה אם פקודה הינה 'בלתי חוקית בעליל' הינה שאלה של חוק",⁷⁴⁰ והוסיף באופן כללי לעניין הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה: "על פני הדברים נראה, שאין בהוראה החדשה בהקשר זה – על אף השוני הלשוני – משום שינוי ביחס לקודמתה".⁷⁴¹

מכיוון ששאלת היעדר החוקיות בעליל היא "שאלה של חוק" (או במילים אחרות שאלה הדורשת הכרעה שיפוטית), סוגיית הספק הסביר אינה רלוונטית לשאלה זו והיא נוגעת לשאלות העובדתיות בלבד.

עוד כפי שצוין לעיל,⁷⁴² להכרעה אם שאלת היעדר החוקיות בעליל נותרה שאלה הטעונה הכרעה שיפוטית אם לאו חשיבות רבה לגבי סעיף 125 לחש"ץ, מכיוון שיהיה בה כדי להכריע על מי מהצדדים יוטלו נטל השכנוע ונטל ההוכחה לגבי הגנה זו.

738 בחלק 8; ראו גם חוק 13.5.2.5.

739 קדמי, לעיל ה"ש 113.

740 קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 458 – בהתייחסו להלכה שנהגה לפני התיקון.

741 שם, בעמ' 552. ראו גם ה"ש 217 באותו עמוד; קדמי מציין שם כי "לעניין המשמעות – נראה כי ההלכה לפני כניסת התיקון לתוקף נשאר בעינה" ומפנה לחלק בספרו הדין בהלכה שהתקיימה לפני התיקון.

742 בחוק 8.

לאור זאת נשאלת השאלה כיצד יש להתייחס לכך שבתיקון 39 הושמט הסעיף המציין כי מדובר בשאלה הטעונה הכרעה שיפוטית. השמטה זו אינה מוסברת בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון 39. כיוון שמנסחי ההצעה תמכו בגישת הידיעה בפועל ייתכן שהדבר נעשה כדי להקל את קליטתה של גישה זו. בכל מקרה, נראה כי כיוון שלא קיים הסבר בהיסטוריה החקיקתית להשמטה זו, אי אפשר להסיק ממנה כי השאלה אם צו הוא בלתי חוקי אם לאו הפכה להיות בעקבות ההשמטה שאלה שבועובה. משמעות הדבר היא כי בכל הנוגע לשאלת נטלי ההוכחה, יש להמשיך ולהתייחס לשאלת ה"עלילות" כאל שאלה משפטית.

15.2 מקרה קצה שבו אין זהות בין "ברור וגלוי" ל"בעליל"

סוגיית הפער בין המונח "ברור וגלוי" (המצוי בחש"ץ) לבין המונח "בעליל" (המצוי בחוק העונשין) כבר נדונה לעיל;⁷⁴³ הוצגה עמדתו של פרוש שעל פיה ראוי להתיר לחייל לא לציית לפקודה שניתנה שלא בסמכות ומתוך מטרה לקדם את האינטרסים האישיים של המפקד (משמע, ראוי לקבוע כי "ברור וגלוי" שהפקודה בלתי חוקית), אף אם הציות לפקודה אינו כרוך בביצוע עברה (ולכן, הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל במובנו של מונח זה בחוק העונשין).⁷⁴⁴

ייתכן שיהיה זה ראוי לאמץ סייג צר ומצומצם שעל פיו ראוי כי פער זה בין משמעות המונח "ברור וגלוי" לבין משמעות המונח "בעליל" יתקיים גם אם הפקודה הבלתי חוקית מובילה לביצוע עברה, וזאת בנוגע לקטגוריה מאוד מצומצמת של פקודות בלתי חוקיות אשר תפורט להלן. משמע, יתכן שראוי שאומץ כלל הקובע כי קיימת קטגוריה מצומצמת ביותר של פקודות בלתי חוקיות אשר החייל יזכה להגנה מפני העמדה לדין הן אם ציית להן והן אם סירב לציית. קטגוריה מצומצמת זו ראוי שתכלול פקודות המורות על ביצוע עבירה אשר הניזוק המרכזי מביצועה הוא החייל לו ניתנה הפקודה. עמדה כזו הביע המלומד האמריקני רובינסון. לדידו, גם במדינות שנקבע בהן כי לא קיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודות בלתי חוקיות "סתם", יש לסייג זאת כך שתינתן לחייל הגנה אם פקדו עליו לבצע פעולה בלתי חוקית המפרה באופן חמור את זכויותיו, דוגמת פקודה לרוץ עירום או פקודה ליטול סמים נגד רצונו של החייל. לדעתו, גם במדינות הללו אין להעמיד לדין במקרים האמורים את החייל המציית בגין התערטלות או שימוש בסמים.⁷⁴⁵

בעמדתו של רובינסון יש מידה רבה של צדק. במקרים שבהם הניזוק המרכזי מן הציות לפקודה הבלתי חוקית הוא החייל אשר לו ניתנה הפקודה מצד אחד נרצה לאפשר לו לסרב לפקודה, עקב הפגיעה החמורה בזכויותיו; מן הצד האחר, כיוון שבמצב כזה שיקולי ההפטר חזקים, כיוון שראוי להתחשב בעובדה שמבצע הפקודה הוא במידה רבה הקרבן ומפאת הפגיעה המצומצמת יחסית שנגרמה לציבור בכללותו, קיימים שיקולים חזקים המטים את הכף לטובת אי-העמדתו לדין של חייל שציית לפקודה שכזו בגין העברות שביצע. אם נאמץ את המלצתו של רובינסון בדין הישראלי, משמעותה תהיה כי לעניין פקודות המורות על ביצוע עבירות כאלו בלבד ייווצר פער בין המונח

743 ראו חלק 7.2 לעיל.

744 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 70-69.

745 ROBINSON, לעיל ה"ש 76. יצויין כי אם יתקיימו שיקולים דחופים של הצדק כדין להורות על ביצוען של פעולות שכאלו, הרי שהפקודות האמורות כלל לא תהיינה בלתי חוקיות והפקוד יהיה חייב לציית.

“ברור וגלוי” והמונח “בעליל”, כך שבנוגע לפקודות אלו בלבד ייווצר טווח שבו החייל יוכל להכריע אם לציית לפקודה אם לאו. יודגש, לטעמי ראוי לאפשר חריג כזה רק בתנאי שמדובר בפקודה שהניזוק המרכזי והיחיד כמעט מן העברה הוא החייל המציית לפקודה.

15.3 טעות בדבר חוקיות הפקודה

טעותו של חייל בדבר חוקיות הפקודה שקיבל – האם היא טעות במצב דברים או טעות במצב המשפטי? והאם כלל ראוי לבחון טעות זו על סמך סיגי הטעות הללו?

בעניין ח'⁷⁴⁶ (אונס ורצח של מסתננת) טען המערער כי אף אם הפקודה שנתן לו מפקדו להוציא להורג את המסתננת הייתה בלתי חוקית, הוא ציית לה בסברו כי היא חוקית. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי מדובר בטעות בדין, ולכן (במצב המשפטי באותה עת) היא אינה יכולה לשמש לו הגנה.

אם אכן מדובר בטעות במצב המשפטי, אזי כיום, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, לא תוכל טעות זו לשמש הגנה זולת אם מדובר בטעות שהייתה “בלתי נמנעת באורח סביר”. נשאלת השאלה כיצד מתיישבת הגנה זו של טעות במצב משפטי עם הגישות השונות לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל. נראה כי הגנה זו אינה מעוררת כל קושי אם מאמצים גישות עובדתיות, מכיוון שיסוד הסבירות כבר טבוע בתוכן. אך, לעומת זאת, היא מעוררת קושי אם מאמצים גישות נורמטיביות (שבהן לא קיים יסוד של סבירות): למשל, במסגרת גישת הפגיעה בערכי היסוד, לחייל שציית לפקודה הנוגדת את הוראות הבטיחות באימונים לא תקום הגנת הצידוק אף אם פנה למפקדים בכירים כדי לברר אם הפקודה חוקית ואלו הטעו אותו לסבור כי אכן כך הדבר. אך, לאור השינוי שנעשה בחוק בתיקון 39, במקרה זה, אם טעות בדבר חוקיות הפקודה היא טעות במצב משפטי, אזי עשויה לקום לחייל שכזה בכל זאת הגנת הצידוק (בשילוב עם הגנה של טעות במצב משפטי), אם נקט את כל האמצעים הסבירים לברור חוקיות הפקודה.

בפסיקת בית הדין בעניין עופר⁷⁴⁷ (הערעור בפרשת כפר קאסם) הובעה לכאורה עמדה הפוכה לזו שהובעה בעניין ח'; בית הדין קבע שם כי מבחן היעדר החוקיות בעליל נועד להשוות את מצבו של החייל הטועה בחוקיות הפקודה לזה של הטועה במצב עובדתי.

הקביעה כי הגנת הצידוק צריכה בפועל להשוות את מצבו של החייל הטועה בשאלת חוקיות הפקודה לזה של אדם הטועה טעות במצב דברים, מעוררת קושי משפטי רב בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, שבו הוסרה דרישת הסבירות מהגנת הטעות במצב דברים. משמעות הדבר היא טשטוש מוחלט של היסודות האובייקטיביים בהגנת הצידוק, כך שאף אם יקבע בית המשפט כי אובייקטיבית מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, החייל יוכל עדיין לטעון כי סבר בכנות שהפקודה חוקית. כך, למעשה, לא יהיה כל ערך לבחינה אובייקטיבית של מידת “העלילות” שבאיי-חוקיות הפקודה.

746 עניין ח', לעיל ה"ש 173.

747 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 67.

לדידי, לא זו הייתה כוונתם של בתי הדין. כדי להסביר מה הייתה כוונת בתי הדין ראוי יהיה להביא את דברי בית הדין בפרשת **כפר קאסם** בסוגיה במלואם. סבורני שדברים אלו מראים כי בפועל לא קיימת סתירה בין פסיקת בית הדין בעניין ח' לבין פסיקת בית הדין בפרשת **כפר קאסם**; ובפועל מטרת בית הדין בשני המקרים הייתה שונה מהמשתמע לעיל. מטרתם הייתה לקבוע כי אין להחיל את סייגי הטעות על מצבים בהם חייל ציית לפקודה בלתי חוקית בסוברו בשוגג שמדובר בפקודה חוקית, שכן מצבים אלו מוסדרים על ידי דין ספציפי והוא הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

בעניין **עופר**⁷⁴⁸ (הערעור בפרשת **כפר קאסם**) הסביר בית הדין הצבאי לערעורים את הרציונל העומד מאחורי הגנת הצידוק:

לשון אחרת, ויתורו של המחוקק, עליו דברנו לעיל, נעוץ בכך, שהפעם הוא מוותר על הפעלת העקרון הכללי כי 'אי ידיעת החוק אינה משמשת הצדקה לכל מעשה או מחדל אשר אחרת היה מהווה עבירה...' (ראה סעיף 8, פח"פ). מחמת התנאים המיוחדים, בהם שרוי אדם הכפוף לחובת הציות לצווים הניתנים לו על ידי רשות מוסמכת הממונה עליו, מוחל לו המחוקק על אי-ידיעת החוק, היינו חוסר ידיעה שהצו הוא בלתי חוקי, אך בתנאי שאי-החוקיות אינה מגיעה לדרגת 'בלתי חוקי בעליל'. לצורך זה השווה המחוקק טעות שבחוק אל ההלכה הכללית, שטעות כנה וסבירה ביחס לעובדות פוטרת את הטועה מאחריות פלילית (ס' 12, פח"פ).

אם נזכור כי באותה העת טעות במצב משפטי לא סיפקה הגנה, מדברי בית הדין בפרשת **כפר קאסם** עולה כי לסברתו, כוונת המחוקק הייתה ליצור חריג בסוגיה ולספק לחייל הטועה בשאלת חוקיות הפקודה הגנה במקרים שבהם טעותו הייתה סבירה.

בעניין ח' הגיע בית הדין לאותה תוצאה בשני שלבים: תחילה קבע כי טעותו של החייל אינה רלוונטית מכיוון שהיא טעות במצב משפטי (והדין קודם לתיקון 39 לא להכיר בסייג בפלילים בגין טעות שכזו), ולאחר מכן בדק אם קמה לו הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה (משמע, בדק אם הפקודה בלתי חוקית בעליל לפי מבחן שיפוטי אובייקטיבי).

לאור האמור – נראה כי משני פסקי הדין עולה הלכה שעל פיה את טעותו של החייל בדבר חוקיות הפקודה יש לבחון אך ורק בתוך גבולות הסייג של הגנת הצידוק לפי מבחן "היעדר החוקיות בעליל". כיוון שמתיקון 39 לא עולה כל כוונה לשנות מצב זה, לא יהיה ראוי לקבל טענה של חייל כי בד בבד עם הגנת הצידוק יש לבחון את טענתו בדבר טעות במצב משפטי, וכך גם לא יהיה ראוי לקבל טענה כי ההקבלה בין טעות במצב עובדתי לבין מבחן היעדר החוקיות בעליל עדיין קיימת (ולכן ראוי לבחון כיום רק אם טעותו של החייל הייתה כנה).

תימוכין לעמדה אשר לפיה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה היא דין ספציפי (Lex Specialis) ולכן אם תקום לא יחולו סייגי הטעות ככל שהדבר נוגע לטעותו של הפקוד בדבר חוקיות הפקודה אפשר למצוא בדבריו של פלר:⁷⁴⁹

748 שם.

749 פלר, לעיל ה"ש 150, בעמ' 546.

בא סעיף 19(ב) האמור וקובע חריג לכלל על פיו טעות בחוק הפלילי איננה מצדיקה, במקרה המיוחד האמור בסעיף זה. אולם, גם בהגבלה מסויימת, היה הצו 'שלא כדין בעליל', אזי לא תעזור לאדם כל טענת טעות, אפילו מאמינים לו; שכן, במקרה זה, המבחן, כפי שעולה, אינו אישי כלל.

תימוכין לעמדה זו מצויים גם בעמדתו של קדמי.⁷⁵⁰

כאמור, השאלה אם פקודה הינה 'בלתי חוקית בעליל' הינה שאלה של חוק, והתשובה לשאלה זו ניתנת על פי מבחן אובייקטיבי כללי. אין זה מעלה ואין זה מוריד מה שחשב הנאשם בעניין זה; שאפילו האמין סובייקטיבית ובכנות כי הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל – אין בכך כדי לפטרו מאחריות.

אולם קדמי מסייג קביעה זו:⁷⁵¹

עם זאת: המבחן האובייקטיבי מיושם על רקע המציאות; ולקביעת המציאות אין מניעה להחלת ההגנה של טעות בעובדה. לשון אחר: אם נתקיימו תנאי החלטה של ההגנה האמורה, יבחן בית המשפט את שאלת היות הפקודה 'בלתי חוקית בעליל' על רקע המציאות המדומה שבקיומה האמין הנאשם.

אם כן, נראה שככלל לא ראוי לשלב בין סייגי הטעות לבין הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, ככל שהדבר נוגע לשאלת טעותו של החייל בדבר חוקיות הפקודה, ויש להכריע בסוגיה על סמך הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בלבד.

16. תחולת הגנת הצידוק על אוכלוסיות מיוחדות

16.1 עובדי מדינה ועובדי רשויות מקומיות

עובד מדינה או עובד רשות מקומית העוסק בתפקיד שאינו בטחוני באופיו (להלן – "עובד ציבור")⁷⁵² מקבל הוראה בלתי חוקית מהממונה עליו – האם הוא חייב לציית? ואם ציית, האם תקום לו הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה? שאלות אלו, עד כה, כמעט שלא נדונו לעומקם בספרות ובפסיקה בישראל, כיוון שהדיון בסוגיית הציות להוראות מגבוה התמקד בהקשר הצבאי. מטרת חלק זה היא לסייע בהשלמת חסר זה, באמצעות בחינת הדין הראוי והמצוי בסוגיה. לאור בחינה זאת, תוצע פרשנות חדשה לדין הישראלי בנושא, המאזנת באופן יותר בין האינטרסים הציבוריים העומדים על הפרק, מקום בו עובד ציבור מקבל הוראה בלתי חוקית.

16.1.1 התפתחות ההלכה

בסעיף 17 (1) ו־(2) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, נקבע:⁷⁵³

17. עברות משמעת

עובד מדינה שעשה בישראל או בחוץ לארץ אחת מאלה אשם בעבירת משמעת:

(1) עשה מעשה, או התנהג, באופן שפגע במשמעת שירות המדינה;

(2) לא קיים את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור [ההדגשה הוספה];

באופן דומה, בסעיף 9 (1) ו־(2) לחוק הרשויות המקומיות (משמעת), תשל"ח-1978, נקבע:⁷⁵⁴

9. עבירות משמעת

עובד רשות מקומית שעשה אחת מאלה אשם בעבירת משמעת:

(1) עשה מעשה או התנהג באופן שפגע במשמעת עובדי הרשות המקומית;

(2) לא קיים את המוטל עליו כעובד הרשות המקומית על פי חוק, תקנה, נוהג, הוראה כללית או הוראה מיוחדת שניתנה לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור [ההדגשה הוספה];

נשאלת השאלה אם בסעיפים אלו מוטלת חובה על עובדי ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות אשר

752 בחלק זה עובדי מדינה ועובדי הרשויות המקומיות יכוננו יחדיו "עובדי ציבור" והוא יעסוק בסוגיית הציות להוראות בלתי חוקיות הניתנות על ידי ממונה כפי שהיא נוגעת לעובדי ציבור העוסקים בתפקידים "אזרחיים" באופיים. הדיון בחלק זה נסמך במידה מסויימת על מאמרי: זיו בורה, "כן, אדוני השר: על חובתו של עובד ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות שניתנו לו מגבוה, ועל ההגנה בפלילים עקב ציות כזה" עייני משפט לה 185 (התשע"ב).

753 ס"ח 390 [להלן: חוק שירות המדינה (משמעת)].

754 ס"ח 153 [להלן: חוק הרשויות המקומיות (משמעת)].

ניתנו להם מאת הממונים עליהם? וכן נשאלת השאלה: אם צייתו להוראות בלתי חוקיות כאלו האם יזכו להגנה של סייג הצידוק עקב ציות לפקודה?

בפסיקה בנושא, עד שנות השמונים, נראה כי הדרישה אשר הוחלה על עובדי ציבור הייתה כי עליהם לציית לפקודות חוקיות בלבד. כך, למשל, בעניין מזור⁷⁵⁵ פסק בית המשפט כי "כל עוד לא נדרש מן העובד דבר הנוגד את החוק, עליו לקיים את הוראות הממונים עליו..." [ההדגשה הוספה]. מכך ניתן להבין כי מקום שיידרש העובד לבצע דבר הנוגד לחוק, לא יהיה עליו לבצעו.

באותו מקרה עבדה המערערת שעות קצרות מאלו הקבועות בתקשי"ה, לטענתה בהתאם לנוהג שהיה קיים במקום עבודתה. לאחר שהעירו לה ממוניה על כך, העניין נדון בין השאר בבית הדין לעבודה. בזמן הדיונים בבית הדין לעבודה המשיכה המערערת לעבוד שעות עבודה קצרות יותר למרות הוראת ממוניה, ובשל כך הועמדה לדין משמעת. בית המשפט התייחס לחובת הציות של עובד מדינה ואמר:

כל עוד לא נדרש מן העובד דבר הנוגד את החוק, עליו לקיים את הוראות הממונים עליו, תוך שמירת זכותו לערער ולנקוט הליכים משפטיים לשם הבטחת זכויותיו. שירות המדינה בנוי על חובת משמעת של העובדים כלפי הממונים עליהם והדבר נובע לא רק מהוראות המפורשות של חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, ושל התקשי"ה, אלא גם טמון, מניה וביה, באופיו של שירות המדינה, אשר לא יוכל למלא תפקידו ולקיים ייעודו – אשר שמו מעיד עליו – אם לא יקיימו העובדים את ההוראות החלות עליהם [ההדגשה הוספה].

רמזים מסוימים לגישה כזו (המחייבת את עובד הציבור לציית להוראות חוקיות בלבד) ניתן לראות גם בפסקי דין נוספים. כך, למשל, בעניין פלוני⁷⁵⁶ סירב המערער לעבור מתפקידו באגף מס הכנסה לתפקיד במשרד התחבורה בטענה של פחיתות כבוד. בית המשפט ולפניו בית הדין למשמעת קבעו כי למערער לא הייתה סיבה סבירה שלא לציית להוראה שניתנה לו ולכן הרשיעו אותו. משמע, אבן הבוחן ששימשה את הרשויות השופטות לא הייתה אבן בוחן של היעדר חוקיות בעליל אלא אבן בוחן מקלה בהרבה, והיא אבן בוחן של סיבה סבירה לסירוב.

בעש"ם לויט⁷⁵⁷ סירבה המערערת פעמיים לעבור תפקיד. בפעם ראשונה דובר בהעברתה לתפקיד מנהלת חשבונות; מכיוון שלמערערת לא הייתה הכשרה מתאימה, קבעה ועדת המשמעת כי ההוראה ניתנה בחוסר תום לב ולכן אין לראות בהפרתה הפרת משמעת. בפעם השנייה סירבה המערערת לעבור לתפקיד שהכשרתה התאימה לו, ובשל כך הועמדה לדין בבית הדין המשמעתי והורשעה. הערעור הוגש בגין הרשעה זו. השופט כהן דחה את הערעור, אך לצד קביעתו כי ההוראה הייתה חוקית, הוא הוסיף וקבע כי אם העובד סבור מסיבה סובייקטיבית סבירה כי ההוראה שניתנה לו אינה חוקית, ישמש הדבר שיקול לקולא בעונש. פסקי הדין אשר יידונו להלן, ואשר נקטו עמדה שעל פיה חלה חובה על עובד לציית גם להוראות בלתי חוקיות, לא חזרו על עמדתו זו של השופט כהן.

755 עש"ם 7/79 יפה מזור נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2), 533, עמ' 536-537 (1979).

756 עש"ם 2/64 פלוני נ' נציב שירות המדינה, פ"ד יח(4), 694, עמ' 697 (1964).

757 עש"ם לויט, לעיל ה"ש 658, בעמ' 335-336.

ככל הנוגע לעובד ציבור שציית להוראה בלתי חוקית – נראה שבאותה העת בית המשפט העליון לא הכיר בהגנת ציידוק לעובדים כאלו. כך, למשל, בעניין פרושינסקי (צו הריסה שהוצא על ידי ראש עיר במקום על ידי מועצת העיר)⁷⁵⁸ הורשעו המערערים למרות האישור הרטרואקטיבי שנתנה מועצת העיר להריסה ואף שהמבנה לא היה חוקי. בית המשפט העליון ציטט (תוך אימוץ) את דברי בית המשפט המחוזי:

לא אוכל לסיים מבלי להעיר על הצד הציבורי של העניין. המעשה ומסיבותיו גובלים עם שעורוייה ציבורית, כשפקידי עירייה נשלחים להרוס רכוש של אזרח, בהשכמת הבוקר, מבלי יסוד חוקי ובלי אזהרה מוקדמת, ואף בלי שידוע מי הממונה המתיימר לבצע בדרך זו את סמכויות השלטון המקומי, ובייחוד מי אחראי במישרין למתן הפקודה לבצע את ההריסה. ההחלטה המתיימרת להיות 'ולידציה' רק מגדישה את הסאה.

משמע, מפסיקת בית המשפט העליון עולה כי עובד עירייה צריך לדעת אם צו הריסה הוא חוקי אם לאו. אם הצו אינו חוקי, אסור לעובד לבצעו אף אם המבנה נבנה שלא כחוק (כך שהריסתו כשלעצמה אינה פוגעת בערך חברתי חשוב), והוא יורשע בדין אם קיים את הצו.

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין אייכמן⁷⁵⁹ אמר בית המשפט בהערת אגב דברים שמהם עולה בבירור עמדה שעל פיה לעובדי ציבור לא תקום הגנת ציידוק עקב ציות לפקודה:

לפי המשפט הפוזיטיבי הישראלי אינה [!] קיימת הגנה כזאת, שתפטור את הנאשם מאחריותו לפשעים שביצע, אף שביצעם בפקודת אחת מרשויות המדינה. אחריותו האישית של עובד המדינה למעשיו מונחת ביסודו של שלטון החוק, שקבלנוהו בהשראת המשפט המקובל, כמו שמסביר Dicey [...]: 'המיניסטר או עובד הכתר [...] הינו אחראי על פי החוק למעשה בו הוא עוסק, ואין הוא יכול לפטור עצמו מאחריותו על ידי טענה שהוא פעל בצייתו לפקודת המלך. נניח שהמעשה שנעשה הינו בלתי-חוקי – מיד הוא צפוי להליכים פליליים או אזרחיים בפני בית משפט'.

פסק דין נוסף הממחיש את שני רכיבי העמדה שרווחה באותה תקופה – הן את העמדה כי על עובדי הציבור לציית רק להוראות חוקיות והן את העמדה כי הוראות בלתי חוקיות לא יקימו לעובד שציית להן הגנה – הוא פסק דין מא' 15/81 של בית הדין האזורי למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות.⁷⁶⁰ באותו מקרה קיבלה מזכירתו של סגן ראש העיר הוראה לעבור מתפקידה בעת שהממונה עליה שהה בחו"ל. המזכירה סירבה לציית להוראה מכיוון שקיבלה הוראה הפוכה הן מסגן ראש העיר והן ממועד העובדים. בית הדין הרשיע את המזכירה באי-ציית להוראת המעבר. מפסיקת בית הדין אפשר ללמוד שננקטה גישה של היעדר חוקיות ולא של היעדר חוקיות בעליל, מכיוון שאם הייתה ננקטת גישה היעדר חוקיות בעליל – הוראת הסגן בהיותה הוראה בלתי חוקית "סתם" הייתה משמשת ציידוק למזכירה. כמו כן, בית הדין קבע כי על העובד מוטלת חובה לציית

758 עניין פרושינסקי, לעיל ה"ש 257, בעמ' 1670.

759 ת"פ אייכמן, לעיל ה"ש 464, בעמ' 237.

760 מא' 15/81 (משמעת רשויות מקומיות אזורי) (שמות הצדדים לא מצויינים בפס"ד), פסקי דין של בית הדין האזורי למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות, א' 14, 15 (1982).

להוראות כל עוד אלו "חוקיות וניתנו כדין":

רבות התלכטנו האם יש או אין להרשיע את הנאשמת על העבירות שיוחסו לה, בעיקר בגלל המצב בו הועמדה על ידי הממונה הישיר שלה שהורה לה לא לעבור וכן בגלל הוראת ועד העובדים לא לציית להוראת התובעת. במצב זה היא הועמדה בין הפטיש ובין הסדן כאשר איננה יודעת להוראות מי לציית. אך בסופו של דבר הכרענו, כפי שהכרענו, כי במנהל ציבורי תקין צריך להיות ברור מי מוסמך לתת הוראות ועל העובד לציית להוראות אלה בכל הנסיבות ותהיינה אשר תהיינה, וזאת כל עוד שהוראות אלה חוקיות וניתנו כדין.

לעומת פסקי הדין הללו, העמדה שהחלה להתפתח באופן הדרגתי מאמצע שנות השבעים של המאה העשרים, והגיעה לכדי מעמד של הלכה מבוססת בראשית שנות השמונים, היא העמדה שעל פיה עובד ציבור חייב לציית גם להוראות בלתי חוקיות, כל עוד לא ברור וגלוי שההוראות בלתי חוקיות או כל עוד הן אינן בלתי חוקיות בעליל.⁷⁶¹

רמזו לשינוי גישה בפסיקת בית המשפט העליון מצוי בעש"ם כהן.⁷⁶² המערערת זכתה ל"יחס בלתי אוהד" מצד הממונים עליה ומצאה את עצמה שעות רבות ללא תעסוקה, ולכן החליטה לקצר לעצמה את יום העבודה. בשל כך הועמדה לדין בגין פגיעה במשמעת. בית המשפט, בדחותו את הערעור, נקט עמדה מרחיבה לגבי משמעותה של עברת הפגיעה במשמעת:

הראשונה שבעבירות המשמעת היא מעשה או התנהגות הפוגעים במשמעת שירות המדינה [סעיף 1(1)]. אין צריך לומר שאין מעשה או התנהגות הפוגעים במשמעת השירות כמו החתימה, המאורגנת או המתמדת, תחת סדרי העבודה הקבועים: אם כל עובד, או כל סוג או קבוצה של עובדים, יקבע לו סדרי עבודה או שעות עבודה או דרכי עבודה, משלו, כי אז יבוא במקום המשמעת תוהו ובוהו, ואנארכיה של איש הישר בעיניו יעשה. לענין טיבה וחומרתה וסכנתה של פגיעה כזאת במשמעת השירות, אין נפקא מינה מה היו מניעי הפוגעים: אפילו היו מניעיהם "טובים", למשל להביא לידי שיפור תנאי העבודה או סדריה, נפגעת המשמעת על ידי עצם ערעורה. העבירה הקבועה בחוק איננה בפגיעה במשמעת "שלא כדין" או "שלא כהוגן" או "שלא למטרה סבירה": כל פגיעה במשמעת השירות עבירה היא, תהא אשר תהא מטרתה. ויש דברים בגו, שהמשמעת בשירות המדינה (כמו, ביתר שאת, המשמעת בצבא) ערך בפני עצמו היא: שירות המדינה אינו יכול להתנהל אלא מתוך המשמעת, ואין חיי המדינה או חיי אזרחיה חיים אלא כל עוד מתנהל שירות המדינה. ואולי מן הראוי לציין, דרך אגב, שהמשמעת שבלשוננו אינה

761 יש לציין, כי קיים חריג יחיד במקורות המשפטיים שעסקו בנושא מאז שנות השמונים של המאה הקודמת, בו מובעת עמדה משפטית, על ידי גורם רשמי, על פיה יש להטיל על עובדי ציבור חובה לציית להוראות חוקיות בלבד; זאת בעמדת מבקר המדינה ב"ד"ח ביקורת על מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה 75 (2004). עוד יש לציין כי בעניין הנגבי, לעיל ה"ש 698, פס' 2123, הכיר בית המשפט בכך שהחלת הגנת הצידוק על עובדי ציבור אינה חפה מספקות, באמרו שהוא מוכן: "להניח – מבלי להכריע בדבר – שהגנת הצידוק חלה לא רק במערכות צבאיות אלא גם במערכות אזרחיות" [הדגשה הוספה].

762 עש"ם 1/76 כהן נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד (3) 500, 503 (1976).

מתמצה בציות בלבד ואין כיוונה רק מלמטה למעלה, כמי שסר למשמעתו של הממונים עליו (שמואל א', כ"ב, 14), אלא מצינו את המשמעת גם כביטוי להרמוניה, שהקולות הרבים והמגוונים של תזמורת גדולה נעשו "משמעת נעימה, היא הנקראת קונסונאנצה, ומשם המציא חכמת הניגון" [...]. אמנם כן: "המשמעת" שבשירות מדינה דמוקרטית אינה רק בציות ובכניעה כלפי מעלה, כי אם – ובעיקר – בקבלת עול עבודת הצוות, מתוך ההרמוניה ולשם האדרת השירות והפעלתו היעילה והמתמדת [ההדגשה הוספה].

במילים אחרות, בית המשפט הבחין בין העברה על פי סעיף 17(1) לחוק שירות המדינה (משמעת) לבין העברה על פי סעיף 17(2) לחוק וקבע כי דרישת ה"כדין" אינה חלה על סעיף 17(1). בפועל, בכך פתח בית המשפט פתח להטלת חובת ציות על הוראות בלתי חוקיות דרך חובת המשמעת מכוח סעיף 17(1).

צעד נוסף אל עבר ההלכה שעל פיה חייבים עובדי ציבור לציית גם להוראות בלתי חוקיות נעשה בעניין בן שמעון,⁷⁶³ המערערת, עובדת נקיון, סירבה לעבור מתפקידה. מדבריו של השופט שמגר בדחותו את הערעור עלתה הבחנה בין הוראות ממונים הסותרות את החוק לבין אלו הסותרות את התקשי"ה. השופט ציטט את הכלל שנקבע בפסק דין מזור: "כל עוד לא נדרש מן העובד דבר הנוגד את החוק, עליו לקיים את הממונים עליו". אך לגבי הוראות הסותרות את התקשי"ה אמר השופט:

אם סברה המערערת, כי אינה חייבת לבצע את העבודה האחרת מטעם כלשהו, המעוגן בהסדרי תקשי"ה וכדומה, היו פתוחות לפניה הדרכים להביא השגותיה לפני המופקדים על כך. כך יכלה לפנות אל הממונים עליה, אל האיגוד המקצועי, אל ועד העובדים או אפילו אל בית הדין המוסמך, אך הסברות שלה בדבר מהות חובותיה לא העניקו לה את הזכות לעשות דין לעצמה ולסרב לקיים הוראה שניתנה לה.

משמע, השופט שמגר הטיל בפועל חובה על עובדים לציית להוראות הנוגדות את תקנון שירות המדינה.

פסק הדין של בית המשפט העליון שבו אומצה ממש ההלכה שעל עובדי ציבור לציית גם להוראות בלתי חוקיות שאינן בלתי חוקיות בעליל הוא פסק הדין בעניין רובין.⁷⁶⁴ שם דובר במציל בחוף הים של תל-אביב אשר סירב לעבור לנהל תחנת הצלה בחוף שרתון. המציל הועמד לדין בגין אי-קיום הוראות ממונים. בית המשפט העליון, מפי השופט שמגר, הפך את החלטת בית הדין למשמעת של עובדי המדינה והחליט להרשיעו:

המשמעת היא מרכיב יסודי בשירות הציבורי כאמור, ובלעדיה לא ייכון השירות ולא יוכל לקיים את המוטל עליו בהתאם לחוקים [...]. לעובד שמורה הזכות לערער על החלטה [...]. אך הערעור אינו פוטר מחובת מילוי ההוראה [...]. לא למותר גם לשוב ולהזכיר, כי חובת המשמעת חלה על קיום אותן הוראות שאינן בלתי חוקיות באופן ברור וגלוי. [...]. המחלוקת, אשר שימשה רקע להגשת התובענה, בה דן בית הדין למשמעת, הייתה, לפי

763 עש"ם 7/80 בן שמעון נ' נציב שירות המדינה, פ"ד לה(2) 622, 631 (1981).

764 ראו לעיל ה"ש 10, פסקה 4א. קיים פסק דין מוקדם יותר של ערכאה נמוכה בו הונח כי הגנת הציידוק חלה על עובדי ציבור, ראו עניין פרידמן, לעיל ה"ש 657.

מהותה, ויכוח על תנאי עבודה בין העובדים ונציגותם לבין העירייה. לא היה בה סממן של חיוב לקיים הוראה בלתי חוקית בעליל, אותו ביקש סניגורו המלומד של אליהו רובין לשוות לעניין. [...] הוראה יכולה להיות נבונה או בלתי נבונה. היא יכולה להימסר בדרך נאותה או בלתי נאותה מבחינת היחס בין העובד לבין המעביד, אולם כל עוד אינה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי, על העובד לקיימה ולהגיש השגותיו, ערעוריו והסתייגותיו לאחר מכן [ההדגשה הוספה].

מעניין לציין כי בעת שקבע הלכה זו, סבר השופט שמגר כי הוא שב ומזכיר הלכה קיימת, בעוד שלאשורם של דברים היה זה פסק הדין הראשון בו נקבעה מפורשות ההלכה האמורה.⁷⁶⁵ כך השתנתה מקצה לקצה ההלכה בישראל בנושא המדובר: מדין המחייב את עובד הציבור לסרב לכל הוראה בלתי חוקית ומאיים עליו בסנקציה אם לא יעשה כן, לדין המחייב אותו לציית כמעט לכל הוראה בלתי חוקית ומאיים עליו בסנקציה אם לא יעשה כן. כל זאת נעשה מבלי שבית המשפט העליון ידון במוצדקות ההלכה, בקשיים שהיא יוצרת ובמידת התאמתה לנוסח דברי החקיקה הרלוונטיים, או להיסטוריה החקיקתית של דברי חקיקה אלו. זאת הואיל והשופט שמגר, בקובעו את ההלכה האמורה, סבר שהוא שב ומזכיר הלכה קיימת, ולכן כלל לא ראה צורך בדיון מעמיק שכזה. לאחר פסק דין זה חזר בית המשפט על הלכה זו בפסקי דין נוספים. בעניין גולדברגר⁷⁶⁶ למשל, דובר בעובד בבית החולים ממשלתי שלא ציית להוראות הממונים עליו. אמר הנשיא שמגר:

העבודה בשירות המדינה מחייבת קיום כללי המשמעת של השירות ובראשם של אלה ניצבת החובה לקיים את הוראותיהן של הרשויות המוסמכות לכך המורות לעובד מה העבודה אשר על העובד לבצע. ההוראה יכולה ללבוש צורה כללית, כגון הגדרת חובות הנובעות מאופי התפקיד ומן החובות המתלוות אליו מיניה וביה והיא יכולה להיות ספציפית, היינו הוראה מפורשת בעל פה המתייחסת לחובות אשר אותן על העובד למלא במועד מוגדר. כל עוד לא נדרשת מן העובד פעולה שהיא באופן ברור וגלוי בלתי חוקית, על העובד לקיים ההוראות הניתנות לו. שמורה לו, כמובן, הזכות להתלונן או לנקוט בהליכים משפטיים אם הוא סבור כי יש מקום לכך, אך כל אלה אינם פוטרים אותו מן החובה לקיים את ההוראות כלשונן וכרוחן. בלעדי הקפדה על כללי המשמעת כאמור, שירות המדינה לא יוכל למלא תפקידו ועל כן יש לראות את קיום ההוראות כראש וראשון מבין החיובים הנובעים מנטילת תפקיד במסגרת האמורה.

בעניין ציטיאט⁷⁶⁷ דובר בעובד בבית חולים שסירב לעבור לעבוד בביתן החיות בטענה שהעבודה אינה לרמתו, ובשל כך הועמד לדין בפני בית הדין למשמעת של עובדי המדינה. הן בית הדין

765 כמובן, שאין לדעת בוודאות מה הוביל את השופט לסבור שהוא שב ומזכיר הלכה קיימת. יחד עם זאת, קיימת אינדיקציה חזקה לכך שהדבר נבע מעברו הצבאי (השופט שמגר סיים את תפקידו כפרקליט הצבאי הראשי בשנת 1968). השופט השתמש במונח הוראות בלתי חוקיות באופן "ברור וגלוי"; זאת על אף, שעם חקיקת חוק העונשין, בשנת 1977, שונה המונח שם מ"ברור וגלוי" ל"בעליל", ורק בחוק השיפוט הצבאי (שחל על חיילים ולא חל על עובדי ציבור) נותר המונח "ברור וגלוי".

766 עש"מ 7/83 גולדברגר נ' נציב שירות המדינה, (22.11.1983), כפי שפורסם אצל נחמיה בן-תור, דיני משמעת בשירות הציבורי 405, 406 (1992).

767 עניין ציטיאט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 77-76.

למשמעת והן בית המשפט העליון חזרו על ההלכה שנקבעה בפסק דין רובין והרשיעו את העובד. בית המשפט העליון סיכם את קביעתו ואמר: "מחובתו של המערער היה לקיים את ההוראה, שניתנה לו על-ידי מי שמוסמך לכך, ומשנמנע מעשות כן, ולא קיים הוראה שלא הייתה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי, חטא בכך בעבירת משמעת..."

בעניין קוקה⁷⁶⁸ סירב יושב ראש ועד העובדים לשדר כתבה מכיוון שסבר שהיא הוכנה באמצעות ציוד שנאסר על פי ההסכם הקיבוצי. בית המשפט ציטט את ההלכה שנקבעה בעניין רובין, שעל פיה על עובד לציית להוראות הממונים עליו כל עוד לא ברור וגלוי שהן אינן חוקיות, והוסיף וקבע: "מעשה או מחדל שהם בגדר הפרת חובה אישית, שלא במסגרת סכסוך קיבוצי שאושר כדין ואשר אינו לובש צורה שאושרה על ידי המסגרת המאורגנת, יהיו, על-כן, לגבי עובד ציבור בגדר עבירת משמעת".

בעניין אטיאס⁷⁶⁹ דובר בעובדת שסירבה לעבור תפקיד מכיוון שלא פירטו בפניה את הסיבות המשמעתיות אשר הובילו לצעד זה. בית המשפט העליון, מפני השופט שמגה, הפך את החלטת בית הדין למשמעת של עובדי המדינה והרשיע את המשיבה בעבירת משמעת. לעניין חובת הציות של עובד ציבור אמר בית המשפט:

יש לאבחן בין חוקיות ההוראה לבין חובתו של עובד לקיימה. העובד חייב לקיים כל הוראה למעט הוראה בלתי חוקית בעליל. אין בקיום ההוראה כדי לגרוע מזכויותו להתלונן, לערער, לפנות לבית משפט או לבית דין ולנקוט פעולות כיוצא באלה, אך זכותו להשיג, למחות ולערער אינה פוטרת אותו מחובת המשמעת, וביטוייה של זו היא בכך שהוא מקיים הוראה הניתנת לו.

בית המשפט העליון ציין שם כי "הוראה שמילויה כרוך בסיכון חיי אדם ללא צורך" היא בגדר הוראה בלתי חוקית בעליל.

על הלכה זו חזרו גם בתי הדין למשמעת. בבר"מ 97/02⁷⁷⁰ למשל, דובר במורה אשר קיבל הוראה ללמד במשך שמונה שעות שפוצלו לשני ימים, בבית ספר אחר מזה שלימד בו עד אותה העת. המורה לא ציית להוראה זו. תחילה לא התייצב כלל ולאחר מכן התייצב רק ליום אחד מן השניים. המורה הועמד לדין בגין אי קיום הוראות והתנהגות שאינה הולמת. הוא טען, בין השאר כי ההוראות שניתנו לו בדבר התייצבות בבית ספר החדש ניתנו בניגוד לנוהלי משרד החינוך, ולפיכך לא הייתה לו חובה לציית להן. בית הדין למשמעת של עובדי המדינה היה מוכן להניח כי נפל פגם בהוראות האמורות, אך קבע:

יש לאבחן בין חוקיות ההחלטה לבין חובת העובד לקיימה. הנאשם כעובד השירות נתון למרותם של הממונים עליו וחייב לקיים את הוראותיהם. כמי שנתקבל לשירות המדינה הפך הנאשם להיות חלק מהמערכת וקיבל על עצמו את הוראות התקשי"ר ואת סמכות

768 עניין קוקה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 415.

769 עניין אטיאס, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

770 בר"מ 97/02 (שם הנאשם חסר), פסקי דין והחלטות של ביהמ"ש העליון ובית הדין למשמעת, 55, עמ' 82'81 (נובמבר-דצמבר 2003).

הממונים עליו ליתן לו הוראות, לרבות בכל הנוגע למקום שיבוצו או לדרך שבה עליו לנצל את השעות הפרסונליות. אם לעובד השגות, טענות או אי שביעות רצון מהחלטה כלשהי שניתנה לו, פתוחה בפניו הדרך לפתוח בהליכים משפטיים. אך כל אלה אינם פוטרים אותו מן החובה לקיים את ההוראות כלשונו וכתוצאה מכך, כאמור לעיל, אין שירות המדינה יכול להתנהל ללא משמעת ולא יעלה על הדעת, שעובד יעשה הישר בעיניו ויחליט אימתי לציית להוראות הממונים עליו ואימתי לסרב להם. כבר קבע בית המשפט העליון כי, חובת המשמעת חלה על קיום אותן הוראות שאינן בלתי חוקיות בעליל או באופן בלתי ברור וגלוי.

יש לציין כי בית הדין נסמך בהחלטתו על מבחן "הדגל השחור", וציטט מפסקי הדין בעניין עופר וצופאן; בית הדין ציין גם את מבחן האדם הסביר והפנה לפסק הדין בעניין מלינקי.

בעניין בן עטר⁷⁷¹ הנאשם – מפקח מניעת שריפות – הועמד לדין, בין השאר, בגין הפרת פקודות מפקדיו. בית הדין, בהרשעו את הנאשם, נקט גישה של היעדר חוקיות בעליל:

אין הנאשם יכול לתלות את הקולר לעבירותיו בהתנהגות מפקדיו כלפיו ותהיינה הוראות המפקדים אשר תהיינה. הוא עובד זוט וועליו לציית להוראות. אם הוראות אלה בלתי חוקיות וניתנות ללא סמכות, עליו לפנות למוסדות המוסמכים כדי לקבול עליהן, אך קודם כל עליו למלא את חובותיו ולהתנהג התנהגות ההולמת עובד ציבור.

בעניין סביר⁷⁷² הועמד הנאשם לדין בגין אי-ציות וטען כי ההוראות שניתנו לו היו בניגוד לפסק בורות ולהחלטת בית הדין לעבודה וכי ביטול משרתו היה בניגוד לחוק. בית הדין ציטט את פסק הדין בעניין רובין וקבע כי טענותיו של המערער אינן בגדר צידוק לאי-ציות.

גם בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע חזר על ההלכה האמורה בעניין יחב⁷⁷³ שעסק בתביעה אשר נגעה לטענות בדבר מינויים פוליטיים באופקים: "תהא אשר תהא החלטת הנתבעת ביחס לתפקידים המוטלים על התובע בפועל, אין התובע רשאי לעשות דין לעצמו ועליו להישמע להוראות ראש המועצה, כל עוד מדובר בהוראות שאינן בלתי-חוקיות בעליל".

לגבי צדו האחר של המטבע – משמע, הענקת הגנת צידוק לעובד ציבור שעבר עברה מתוך ציות להוראה בלתי חוקית, מאז שנות השמונים (ובמקרה אחד אף לפני כן), פסקו ערכאות נמוכות תחת הנחה כי יכול ותקום הגנה שכזו לעובד ציבור. עמדה זו זכתה גם לתמיכה בהערות אגב בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקת בתי הדין למשמעת של עובדי הציבור.

בעניין ברזילי⁷⁷⁴ היו הנאשמים אחראים ללכידת כלבים משוטטים העלולים לסכן את הציבור או

771 מ/84/1 (משמעת רשויות מקומיות) איגוד ערים אזור ב"ש (שרותי כבאות) נ' בן עטר, פסקי דין של בית הדין האזורי למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות ד 27, 29 (1988).

772 מ/81/9 (משמעת רשויות מקומיות) עיריית אשדוד נ' סביר, פסקי דין של בית הדין האזורי למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות ג 3 (1986). על החלטה זו הוגש ערעור, וזה נדחה בער"ם 2/86 סביר נ' עיריית אשדוד (לא פורסם, 29.1.1986).

773 דב"ע (ארצי) תשן/53-2 יחב נ' המועצה המקומית אופקים, פד"ע כו, יז (1993).

774 ת"פ (שלום יים) 6410/08 מדינת ישראל נ' ברזילי (פורסם בנבו, 22.3.2011).

לגרום למפגע תברואתי. נאשם מס' 2 (אביסרור) הועמד לדין, בין השאר, בגין כך שעזב את השטח בלי להמתין למותם של כלבים אשר הרעיל. בית המשפט קבע שבעזיבת השטח היה משום ביצוע עברה של הפקרת חומר מרעיל בדרך רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה, אך זיכה את הנאשם מכיוון שפעל בהוראת הממונה עליו:

[...] גרסתו של הנאשם 2, בנוגע לסיבת עזיבתו את המתחם, גרסה שכאמור מהימנה ומקובלת עלי – מקימה לו את הגנת הציודק, הקבועה בסעיף 34 יג(2) לחוק העונשין, [...] עניינה של הגנה זו הוא במצב בו העבירה בוצעה ע"י הנאשם עקב ציטו ל"הוראה שמבחינה ארגונית פורמאלית עליו לציית לה ולמלאה" (י' קדמי, על הדין בפלילים, חלק ראשון (תשס"ה:2004) עמ' 456), ובלבד שהוראה זו איננה בגדר "פקודה בלתי חוקית בעליל". ההלכה בענין זה, היא כי מקבל ההוראה אינו חייב לבדוק את חוקיותה הסובסטנטיבית של ההוראה שניתנה לו, הוזה אומר – לבדוק שתוכנה של ההוראה לא עומד בסתירה לדין [...]. המונח 'פקודה בלתי חוקית בעליל' הוטבע בפרשה הידועה של כפריקאסס, בה נפסק, כי "סימן היכר של פקודה בלתי חוקית בעליל מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת 'אסור!'. לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה... אלא הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב" [...]. מונח זה הלקוח מתחום המשמעת הצבאית, אומץ גם לתחום הענישה הפלילית [...]. המבחן להיותה של הוראה או פקודה 'בלתי חוקית בעליל', הוא מבחן אובייקטיבי כללי. כלומר השאלה היא, האם אדם סביר היה מבחין בסימן ההיכר של פקודה בלתי חוקית בעליל, אם לאו. דומני, כי במקרה דנן, לא יכול להיות ספק, כי ההוראה שניתנה לנאשם 2 ע"י הממונה עליו, מר קלמן נווה, לעזוב את השטח, בלי להמתין למותם של הכלבים המורעלים, כפי שנדרש ע"פ הנהל 1/1 – איננה הוראה בלתי חוקית בעליל, אשר הנאשם 2 היה צריך ואף חייב להפר אותה. אדרבא, נוכח הסכנה הברורה והמיידית שנשקפה לחיי אדם ברחוב [אחר], ולאור העובדה ששני הכלבים [...] כבר אכלו את הפתיונות שהניח לפניהם הנאשם 2 ומשכך הרעל לא הופקר למעשה בשטח, ומאחר והכלבים הצליחו לברוח לתוך הואדי – נראה, כי ציטו של הנאשם 2 להוראה שקיבל מהממונה עליו היה ציות הכרחי ומתבקש.

בענין פרידמן,⁷⁷⁵ הנאשמים היו מנהל ומזכירה של מרכזייה פדגוגית שהיא מוסד עירוני, אשר לשם פיתוחה מכרו מוצרים שונים של המרכזייה ללא אישור העירייה. בתמורה שקיבלו הם השתמשו כדי לרכוש ציוד למרכזייה, מבלי לדווח או לבקש רשות. הנאשמת 2 (המזכירה) פעלה על פי הוראות הנאשם 1 (המנהל), ושניהם ידעו שהם פועלים בניגוד לנהלים. הנאשמים לא זכו לטובת הנאה אישית מפעולתם. הנאשמת 2 טענה להגנת הציודק, השופטת בן-עיתו (למרות שמדובר בפסק דין שניתן לפני הלכת רובין) הייתה מוכנה להכיר בכך, שככלל, יכולה לעמוד הגנה זו לעובדי ציבור אך קבעה כי במקרה הספציפי ההגנה לא קמה לנאשמת כיוון שידעה כי המעשים אינם חוקיים:

עכשיו הגיע הזמן לומר, מדוע אני מרשיעה את הנאשמת 2 בעבירה של מעילה באמון, למרות טענתה שפעלה על פי הוראות הממונה עליה. כבר אמרתי שאני מקבלת כי היא היתה צריכה לפעול לפי הנחיות הנאשם 1, והנאשם 1, בהגינות רבה, לקח על עצמו את מלוא האחריות לפעולות שעשתה בהנחיתו. אבל אין לקבל בשום פנים את הטענה שעובד ציבור רשאי לעבור על החוק רק משום שהממונה עליו אומר לו לעשות כן, כאשר ברור וידוע לו שהוא עושה מעשה אסור והוא משתף עצמו במעשה האסור בעיניים פקוחות ואפילו מסייע להעלימו מעיני הממונים על הביקורת באותו מוסד. הסניגור הסתמך על ס' 19 לפ"פ, אולם גם הסעיף הזה אינו מדבר על ציות עיוור לרשות בת סמך ולא פוטר מאחריות אדם שעשה מעשה שהוא באופן ברור וגלוי בלתי חוקי.

יש לשים לב, כי, מחד, בשונה מההלכה שרווחה באותה עת, השופטת הייתה מוכנה לשקול את קיומה של הגנת צידוק לעובדי ציבור; מאידך, בשונה ממרבית הפסיקה כיום בנושא, ההגנה שסברה השופטת כי הדין מעניק לכלל החוסים תחת הגנת הצידוק היא ההגנה המצומצמת הניתנת לפי גישת הידיעה בפועל.

הגישה הרווחת במרבית פסקי הדין שניתנו מאז שנות השמונים, רואה את חובת הציות של עובדי ציבור כדומה ברמתה לזו של חיילים, ולכן כפועל יוצא מכך מרמזת כי תספק לעובד הציבור שעבר עברה מתוך ציות להוראה הגנה ברמתה לזו הניתנת לחייל.

כך למשל בעניין אטיאס⁷⁷⁶ (עובדת שסירבה לעבוד תפקיד מכיוון שלא פירטו בפניה את הסיבות המשמעותיות אשר הובילו לצעד זה), לאחר שקבע כי על עובד ציבור לציית גם להוראות בלתי חוקיות כל עוד אלו אינן בלתי חוקיות בעליל, הביא בית המשפט העליון מפי השופט שמגר כדוגמה להוראה שאותה הגדיר בלתי חוקית בעליל: "הוראה שמילויה כרוך בסיכון חיי אדם ללא צורך (ראה ע/279-283/58 [5])." ניתן להבין מכך שאם יקבל עובד הציבור הוראות בלתי חוקיות אשר אינן מסכנות חיי אדם, חובה עליו לציית להן וכפועל יוצא מכך הוא גם יזכה להגנה בפלילים. יתר על כן, בית המשפט מפנה בהכרעתו לפסק דין עופר – משמע, הוא גוזר גזירה שווה בין אלו הנתונים למרות חוק השיפוט הצבאי לבין אלו הנתונים למרות חוק שירות המדינה (משמעת).

בבד"מ 97/02⁷⁷⁷ (מורה שלא ציית להוראה שניתנה לו בניגוד לנהלים ללמד בבית ספר אחר), בית הדין למשמעת של עובדי המדינה היה מוכן להניח כי נפל פגם בהוראות האמורות, אך קבע כי על עובד לציית להוראות כל עוד "אינן בלתי חוקיות בעליל או באופן בלתי ברור וגלוי". בנתחו את הסוגיה ובהגיעו להחלטה נסמך בית הדין על מבחן "הדגל השחור", וציטט מפסק הדין בעניין עופר ומפסק הדין בעניין צופאן. כמו כן, בית הדין ציין את מבחן האדם הסביר והפנה לפסק הדין בעניין מלינקי. משמע, בית הדין גזר גזירה שווה בין היקף חובת הציות של חיילים לזו של עובדי ציבור.

בהקשר זה יש לציין גם את המלצות ועדת לנדוי בהקשרם של חוקרי השב"כ. הוועדה סברה כי אף שחלק מפעולות החקירה אשר נקטו חוקרי השב"כ היו בלתי חוקיות, עדיין יכולה לקום לחוקרים

776 עניין אטיאס, לעיל ה"ש 11, פס' 2.

777 בבד"מ 97/02 (שם הנאשם חסר), לעיל ה"ש 770, בעמ' 81-82.

לעניין זה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה:⁷⁷⁸

אנו מגיעים עתה לבעיות החמורות הכרוכות בהליכים משפטיים העשויים להיפתח נגד חוקרי השירות, בשל מעשים של הפעלת לחץ שנעשו במהלך החקירה של החשודים בפח"ע, ובשל עדות שקר שנתנו בקשר לכך בפני בית המשפט או בית הדין. אשר למעשים של לחץ פיזי או פסיכולוגי שהופעל על ידם: לכאורה היו ביניהם עבירות פליליות של תקיפה, סחיטה ואיומים (ראו לעיל פסקה 3.4) אולם נראה לנו שכל עוד לא חרגו מעשים אלו מן ההנחיות שהיו קיימות בשירות בעת החקירה (ואכן, בדרך כלל הם לא חרגו מן ההנחיות), תהיה לחוקר שביצע את המעשים טענת צידוק, על יסוד סעיף 24(א)(1) לחוק העונשין, כי הרי החוקר ציית לצו של הממונים עליו וצו זה לא היה בלתי חוקי בעליל, מאחר שהיה יסוד לאמונתו של החוקר שהוא פעל כך כדי להשיג מידע חיוני על פעילות טרוריסטית של ארגון חבלה שבהשתייכות אליו היה נחקר החשוד. כן יוכל החוקר להסתמך על הגנת הצורך, לפי סעיף 22 לחוק העונשין.

יש לזכור שדובר בתקופה אשר קדמה לחיקוקו של חוק שירות הביטחון הכללי,⁷⁷⁹ ולפיכך, מבחינה נורמטיבית רשמית, מקור חובת הציות של חוקרי השב"כ היה רק חוק שירות המדינה (משמעת). עוד יוזכר כי בהיעדר חובת ציות בדין לא קמה הגנת צידוק – משמע, הוועדה גורה חובת ציות מחוק שירות המדינה (משמעת). עם זאת, אין להתעלם מהשוני העצום בין מידת המשמעת הנדרשת בשב"כ לבין זו הנדרשת בתפקידים הרגילים של השירות הציבורי; ייתכן שדבר זה הוביל את הוועדה להמלצתה האמורה.

16.1.2 האם הלכת רובין תואמת את נוסח החקיקה הרלוונטית

עובדה אשר בתי המשפט התעלמו ממנה עת קבעו את ההלכה המחייבת עובד מדינה לציית גם להוראות בלתי חוקיות, היא השוני בין נוסח חובת הציות של עובד ציבור לבין נוסח חובת הציות של חייל. בעברות אי-הציות שבחש"ץ חוקיות הפקודה אינה רכיב,⁷⁸⁰ ואילו עברות הציות של עובדי ציבור מנוסחות כך שעל עובד ציבור לקיים את "את המוטל עליו כעובד [...] על פי [...] הוראה מיוחדת שניתנה לו בדין".

נראה כי הפרשנות המתבקשת יותר של נורמות אלו מחייבת את עובד הציבור לציית להוראות חוקיות בלבד. אם זו הפרשנות, אזי בהיעדר חובה לציית להוראות בלתי חוקיות ספק רב אם תקום לעובד הגנת צידוק אם עבר עברה עקב ציות. התייחס לכך הפרקליט הצבאי (כתוארו אז) שיף

778 דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 81.

779 חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 1823, 179 (להלן: חוק השב"כ). חוק זה מאפשר לראש השב"כ להטיל על עובדי השב"כ חובות משמעת ייחודיות בנוסף לאלו החלות עליהם כעובדי ציבור מתוקף חוק שירות המדינה; כמו כן, חוק זה פוטר את ראש השב"כ מהצורך לפרסם את ההוראות המטילות חובות שכאלו ברשומות. לפיכך, יתכן וכיום קיים בסיס משפטי נפרד לחובת הציות של אנשי השב"כ, מכוח הוראת משמעת שיתכן שהוצאה על ידי ראש השב"כ על סמך הסמכות שניתנה לו בחוק השב"כ.

780 עם זאת ראו את הדיון בחלק 7.1.1 לעיל לעניין הקושי להסיק מכך כוונה מפורשת של המחוקק כי חייל צייית גם לפקודות שאינן חוקיות.

בעת דיוני ועדת תיקון 39:781

בפסיקה הישראלית של בית המשפט העליון, ישנה אמירה שממנה ניתן להסיק שלעובד ברשויות מקומיות או בשירות המדינה יש הגנה כאשר הוא מציית להוראות מעבידו, ובלבד שזה לא בלתי חוקי בעליל. לדעתי זו טעות מוחלטת, אך זה לא קשור לדיון כאן. אני חושב שהפסיקה הזו בטעות יסודה, אבל היא קיימת.

...

ההבדל הוא פשוט: אפשר לומר כי על פי התקשי"ר חייב עובד מדינה לציית להוראות מנכ"ל, אבל אין זה על פי הדין, וכך גם כשמדובר בחוזה עבודה.

...

כאשר בית המשפט העליון קבע מה שקבע, הוא התעלם מכך שבחוק שירות המדינה – משמעת ובחוק הרשויות המקומיות – משמעת כתוב שעבירת משמעת היא מקום שעובד אינו מציית להוראות הממונה עליו, מקום שהוא חייב על פי דין לציית לה. אין על פי הדין הוראה שהוא חייב לציית לה.

על העמדה שלפיה ללא חובת ציות לא יזכה עובד ציבור להגנת צידוק אפשר ללמוד מעניין שריון⁷⁸² (הוצאה לפועל של הסכם להספקת אספלט בחריגה מתנאיו ללא סמכות). באותה תקופה לא חלו עברות הציות בחש"ץ על אזרחים עובדי צה"ל, ולכן סבר בית הדין הצבאי שם כי הגנת הצידוק לא קמה לאזרחים עובדי צה"ל:

[...] אין העבירה של סירוב למלא פקודה חלה על אזרח עובד צבא ואם כך הדבר כיצד יכול הוא ליהנות מן ההגנה הנתנת לפי ס' 19 לפח"פ, הגנה שנועדה לשחרר מאחריות מי שעבירתו כאלו נכפתה עליו ע"י צו של רשות ש' החוק מחייבו להשמע לה'. אם העבירה של סירוב למלא פקודה ואי קיום של פקודה לא חלה על אזרח עובד צבא האם אפשר לומר שהחוק מחייבו להשמע להוראות הממונים עליו? או שנכון יותר לומר כי קיום ההוראות שהוא מקבל נעשה מכוח התחייבותו לפי חוזה העבודה. ברם, אין אנו מכריעים בשאלה זו כיוון שאינה דרושה לצורך ערעור זה.

עם זאת, נראה כי קיימות שלוש דרכים אפשריות להתגבר על הקושי האמור ולפרש את ההסדר הנורמטיבי החל על עובדי ציבור כמחייב אותם לציית גם להוראות בלתי חוקיות. זמיר נקט את אחת הדרכים: להשקפתו, החובה של עובד ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות נקבעה בפסיקה ומכיוון שפסיקה יכולה להיחשב ל"דין", הוראה שניתנה לעובד שהיא בלתי חוקית אך לא בלתי חוקית בעליל היא "הוראה מיוחדת שניתנה לו בדין". על כך אמר זמיר:⁷⁸³

כיצד זה מוטלת על עובד הציבור חובה לציית להוראה בלתי חוקית, שעה שסעיף 17 לחוק

781 פרוטוקול ישיבה מס' 9 של ועדת תיקון 39, לעיל ה"ש 638 (23.5.1993), עמ' 32 (פרוטוקול הישיבה להלן: פרוטוקול 23.5.1993).

782 עניין שריון, לעיל ה"ש 227.

783 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 601.

שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, מטיל חובה לציית להוראה שניתנה לו 'כדין'? מסתבר כי התשובה היא ש"הדין", כלומר ההלכה שנפסקה על-ידי בית המשפט, מחייב את העובד לציית גם להוראה בלתי חוקית שניתנה לו על ידי הממונה. לשון אחרת, גם הוראה בלתי חוקית, אם אין היא בלתי חוקית בעליל, הרי היא, לעניין זה, הוראה 'כדין'.

יש לציין, שדרך פרשנית זו בעייתיות, שכן היא מאפשרת חופש פעולה מוחלט לרשות השופטת לקבוע אילו מעשים בלתי חוקיים יהיה על עובד ציבור לבצע, ובכך היא מאפשרת חתירה תחת מעמדו של המחוקק. לפיכך, הסתמכות על דרך זו תהייה חייבת להיות מרוסנת ומוגבלת, על מנת למנוע פגיעה בוטה בעקרון הפרדת הרשויות.

דרך שנייה אפשרית היא ללכת בעקבות פרשנותו של בית המשפט המחוזי בת"פ אהרונוביץ⁷⁸⁴ (אשר עסק בחובת הציות של אנשי משטרה). בית המשפט שם נדרש לפרשנות תקנות המשטרה⁷⁸⁵ שבהן "אי ציות לפקודות שניתנו [לשוטר] כחוק ע"י שוטר הגבוה ממנו בדרגה" הוגדר כעברת משמעת. בית המשפט בחן את הביטוי "פקודה שניתנה כחוק" ושאל:

האם ביטוי זה מתכוון רק לפקודות לביצוע מעשה חוקי מכל הבחינות, הן מהצד הפורמאלי והן מהצד הסובסטנטיבי, או ידרש חוקיות 'פורמאלית', דהיינו שיהיה מן הסמכות הכללית של נותן הפקודה לצוות על מעשה כזה, לאיש המצווה, ושהפקודה תינתן בצורה הדרושה לפי החוק?

בית המשפט הגיע למסקנה בדבר החלופה הפרשנית הראויה:

יש לקבל לגבי סעיף 19 לפ.ח.פ. את הפירוש שהוא מכסה ציות לכל פקודה שהיא חוקית מבחינה פורמאלית, אלא אם כן המעשה המצווה הוא בלתי חוקי בעליל. ואותו דבר חל על פירוש המילים 'פקודה שניתנה לו כחוק' בתקנות המשטרה (עבירות על המשמעת). התוצאה היא ששוטר מחוייב לפי חוק שחל בינו לבין הממונה עליו לציית לכל פקודה שניתנה לו בגדר הסמכות הכללית של מפקדו ואחת היא אם הפקודה הייתה מוצדקת לפי הסמכות של המקרה המיוחד אם לאו אלא אם גלוי וברור שהפקודה מתכוונת למעשה בלתי חוקי [ההדגשה הוספה].

דרך שלישית אפשרית היא לקבוע כי כאשר עובד ציבור אינו מצייט להוראה בלתי חוקית "סתם", הוא אינו מבצע עברה של אי-ציות לפי סעיף 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת) או סעיף 9(2) לחוק הרשויות המקומיות (משמעת), אלא עובר עברה של פגיעה במשמעת לפי סעיף 17(1) לחוק שירות המדינה (משמעת) או לפי סעיף 9(1) לחוק הרשויות המקומיות (משמעת), בהתאם לאמור בעש"ם כהן.⁷⁸⁶ שם זכתה המערערת ל"יחס בלתי אוהד" מצד הממונים עליה ומצאה את עצמה שעות רבות ללא תעסוקה, ולכן החליטה לקצר לעצמה את יום העבודה ועקב כך הועמדה לדין בגין פגיעה במשמעת. בית המשפט, בדחותו את הערעור, נקט עמדה מרחיבה לגבי משמעתה של עברת הפגיעה במשמעת:

784 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בעמ' 392-393.
785 תקנות המשטרה (עבירות על המשמעת) (הגדרה) 1941, ע"ר תוס' ב 204.
786 עש"ם כהן, לעיל ה"ש 762.

הראשונה שבעבירות המשמעת היא מעשה או התנהגות הפוגעים במשמעת שירות המדינה [סעיף 17 (1)]. אין צריך לומר שאין מעשה או התנהגות הפוגעים במשמעת השירות כמו החתירה, המאורגנת או המתמדת, תחת סדרי העבודה הקבועים: אם כל עובד, או כל סוג או קבוצה של עובדים, יקבע לו סדרי עבודה או שעות עבודה או דרכי עבודה, משלו, כי אז יבוא במקום המשמעת תוהו ובוהו, ואנארכיה של איש הישר בעיניו יעשה. לענין טיבה וחומרתה וסכנתה של פגיעה כזאת במשמעת השירות, אין נפקא מינה מה היו מניעי הפוגעים: אפילו היו מניעיהם "טובים", למשל להביא לידי שיפור תנאי העבודה או סדריה, נפגעת המשמעת על ידי עצם ערעורה. העבירה הקבועה בחוק איננה בפגיעה במשמעת "שלא כדין" או "שלא כהוגן" או "שלא למטרה סבירה" [ההדגשה הוספה].

יש לציין כי בפועל, הפסיקה שדנה בסוגיה האמורה לא שקלה אף אחת מהחלופות האמורות.

אף אם נצליח ליישב את הילכת רובין עם הדין הקובע את היקף חובת הציות של עובדי ציבור, באחת מן הדרכים הפרשניות שהוצעו לעיל, עדיין עולה השאלה, האם הלכה זו מתיישבת עם הדין העוסק בהגנת הצידוק עקב ציות להוראה מגבוה.

סעיף 34(ג) (ב) לחוק העונשין קובע כי: "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה" ש"עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". לכאורה, משמצאנו בסיס אפשרי בדין לחובתו של עובד הציבור לציית להוראות בלתי חוקיות, הרי שאין כל קושי להעניק לו הגנת צידוק עקב ציות להוראות מגבוה. יחד עם זאת, קיים ספק אם ראוי להחיל את ההגנה שבסעיף 34(ג) (2) לחוק העונשין על עובדי ציבור לאור ההיסטוריה החקיקתית של הגנה זו.

מקורה של הגנת הצידוק עקב ציות להוראה מגבוה, כפי שזו קיימת במשפט הישראלי, נעוץ במשפט המקובל האנגלי. מכך אין להבין, כי במשפט המקובל קיימת הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה, שכן במשפט המקובל קיימים חילוקי דעות בשאלה, האם חיילים וכפופים אחרים המשרתים בגופי ביטחון שונים של הממלכה, זכאים להגנה זו.⁷⁸⁷ הדין הישראלי בנושא הושפע מהעמדות במשפט המקובל, הדוגלות בקיומה של הגנה שכזו.

לעומת חילוקי הדעות הקיימים במשפט המקובל האנגלי בשאלה האם חיילים וכפופים אחרים המשרתים בגופי ביטחון בממלכה זכאים להגנת צידוק עקב ציות להוראות מגבוה, הרי שהתמונה המשפטית במשפט המקובל האנגלי, בנוגע לעובדי ציבור אזרחיים, הינה ברורה מזה מאות שנים. עמדה השוללת הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה מעובדי ציבור, שאינם משרתים בכוחות הביטחון, נחשבת לאבן יסוד במשפט החוקתי האנגלי ולחלק בלתי נפרד מעיקרון שלטון החוק.⁷⁸⁸

787 ראו להלן חלק 19.3.

788 JOHN GARDNER, JUSTIFICATION UNDER AUTHORITY 42-44 (Oxford's Legal Research Papers Series, 2009, No. 5). יתר על כן, פסק הדין, אשר נחשב לפסק הדין המכונן, שענין סופית במשפט המקובל את עקרון שלטון החוק, היה למעשה פסק דין שדחה את הטענה כי קמה לעובדי

לעניין הגבלת תחולתה של ההגנה לחיילים ניתן להפנות, למשל, לעמדת השופט האנגלי ווילס (אשר היה מחשובי המצדדים בהענקת הגנת הציודוק עקב ציות לפקודה לחיילים במשפט המקובל האנגלי) באחד משני פסקי הדין המרכזיים שלו בתחום, אשר עסק בכליאת שווא. בפסק הדין דחה השופט את התביעה על הסף אך העיר בהערת אגב כך:⁷⁸⁹

Now, it would be a platitude for me to lay down the necessity, and the absolute necessity, for the maintenance of the constitutional liberties of the subjects of this country. Those constitutional liberties will, however, be found to be best maintained by each department of the Government keeping within its own proper limits, as assigned by law. It is clear that, with respect to those matters placed within the jurisdiction of the military forces, so far as soldiers are concerned, military men must determine them. Ordinary citizens, who do not constitute a part of the army, are not bound by anything in the Articles of War with respect to them; and, if the military should injure them in their persons or their property, not even the command of a superior officer will justify a soldier in what he does, unless the command should turn out to be legal, and to be within the limits of the protection given by the Mutiny Act and the Articles of War. It is only by reason of the 88th section, to which reference has been made, that a soldier acting bona fide, and in discharge of what he supposes to be his duty, could ever set up, as against a citizen not a soldier, the justification of superior command. But, with respect to persons who enter into military state, who take Her Majesty's pay, and who are content to act under her commission, although they do not cease to be citizens in respect of responsibility, yet they do, by a compact which is intelligible, and which requires only the statement of it to recommend it to the consideration of any one of common sense, become subject to military rule and military discipline.

עדות נוספת לכך שזו עמדת המשפט המקובל מצויה בפרשנות שניתנה בקווינסלנד להגנת הציודוק הקבועה שם בחוק הפלילי. כזכור, החוק הפלילי של קווינסלנד הוא המקור לחוק העונשין הישראלי, וכפועל יוצא מכך הגנת הציודוק אשר בדין של קווינסלנד היא המקור להגנת הציודוק במשפט הישראלי.⁷⁹⁰ פסק הדין היחיד עד כה שבו נדון סעיף זה בבית המשפט הגבוה של קווינסלנד הוא

ציבור שאינם חיילים הגנת הציודוק עקב ציות להוראות מגבוה. פסק הדין האמור הינו: Entrick v. Carrington (1765) 19 St. Tr. 1029, 1063 (Eng.); ולמרכזיותו של פסק הדין האמור בעיגון עקרון שלטון החוק במשפט המקובל האנגלי, ראו: A. W. BRADLEY & K. D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 95-96 (14th ed., 2007).

Dawkins v. Lord Rokeby, (1866) 176 Eng. Rep. 800, (C.P.) 811 789 (להלן: עניין Dawkins).
790 שחר, לעיל ה"ש 734.

עניין Hunt. במקרה האמור הועמדו לדין עובד בבית מלון ומעסיקו כיוון שהעובד הגיש ללקוח כוס בירה אשר לא הייתה שטופה כראוי, בניגוד לחוקי התברואה. בית המשפט זיכה את בעל בית המלון מאחר שלא ידע על מעשי העובד. בהערת אגב התייחס השופט סטנלי (Stanley) להגנת הצידוק ונקט פרשנות מצמצמת מאוד למונח "רשות מוסמכת" (competent authority):⁷⁹¹

I know of no decision that an ordinary master or principal would be a 'competent authority' within the meaning of the section. It is not necessary to determine the precise limit of s 31(2), but I think is directed to a subordinate's obedience to orders e.g. a soldier or a sailor, or constable, a gaoler. An ordinary agent is not necessarily bound to obey his principal's orders; he may terminate his agency.

אם כן, השופט צמצם את פרשנות המונח "רשות מוסמכת", לעניין הגנת הצידוק בקווינסלנד לרשות השייכת לכוחות הביטחון בלבד.

ייתכן שעמדת המשפט המקובל בנושא היא הסיבה לכך שבארצות הברית, מערכת המשפט היחידה המעניקה הגנת צידוק עקב ציות לפקודה לעובדי ציבור שאינם נמנים עם מערך הביטחון היא פורטוריקו, אשר שורשי מערכת משפט בה אינם נעוצים במשפט המקובל האנגלי.⁷⁹²

אף שהגנת הצידוק עקב ציות לפקודה לא קיימת לעובדי ציבור במשפט המקובל, נראה כי המחוקק הישראלי, בדונו בשאלה, לא שלל אפשרות תחולה זו, אלא החליט להשאיר את השאלה אם הגנת הצידוק חלה גם על עובדי ציבור, כשאלה פרשנית הפתוחה להכרעת בתי המשפט (נראה שהיה קונצנזוס רחב יותר לגבי הענקת ההגנה לגופים ביטחוניים דוגמת השב"כ והמוסד). אפשר ללמוד על כך מהדיונים בנושא בוועדת תיקון 39:⁷⁹³

היו"ר ד' מרידור: [...] לאור הדברים שנאמרו כאן בענין חוק שירות המדינה – משמעת, אני מבקש לדעת מה חל על השב"כ. לא יתכן ששם לא תחול אותה הגנה.

תא"ל א' שיף: גם למשטרה אין אותה הגנה.

היו"ר ד' מרידור: למשטרה יש את פקודת המשטרה המפורשת, על פיה הם עובדים. במשטרה צריך לציית, אך בחוק שירות המדינה-משמעת, אין חובת ציות עד כמה שזכור לי. השב"כ והמוסד עובדים מכוח שירות המדינה – משמעת, למרות שאלו ארגונים בטחוניים שהמשמעת היא נשמת אפם. צריך לחשוב אם גם כאן צריך תיקון.

ובהמשך:⁷⁹⁴

791 (Austl.) (Crim. App.) [1959] Qd R 164, 173 (Hunt v Maloney (להלן: עניין Hunt)).
 792 P. R. LAWS ANN. tit. 33, §§ 3093; לכך שוו מערכת המשפט היחידה בארצות הברית העושה כן ראו רובינסון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 209-210.
 793 פרוטוקול 23.5.1993, לעיל ה"ש 781, עמ' 35.
 794 פרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת תיקון 39, לעיל ה"ש 638 (30.5.1993), עמ' 17-12 (פרוטוקול הישיבה להלן: פרוטוקול 30.5.1993).

היו"ר ד' מרידור: יש פה שאלה מהותית, לא ניסוחית והיא עלתה בדברים של הפצ"ר שחשב שפסק דין מסויים הוא לפעמים מוטעה. אני לא חושב שהוא מוטעה. השאלה היא מה קורה כאשר המשמעת איננה צבאית או משטרתית. ראשית, האנומליה. יש גופים שהם כמו רשות: שירות הביטחון הכללי, המוסד וגופים מיוחדים שהם גופי משמעת פר-אכסלנס אבל המשמעת בהם היא של שירות המדינה, אין משמעת אחרת. לא נראה לי סביר שמי שקיבל הוראה ממפקדו במוסד או בשב"כ לעשות משהו לא יהיה זכאי להגנה שהוא חייב לקבל, זה לא הגיוני. אבל זה המקרה הקל כי אולי הפתרון הוא בקביעת הוראות משמעת. שנית, שאלה רחבה יותר. מי שעובד בשירות המדינה ביחידה שאינה עוסקת בנושאי ביטחון ויש עליו חובת משמעת – שהנשיא שמגר אוהב להדגיש אותה בפסקי הדין השונים שלו – מקבל הוראה ומבצע אותה, האם תעמוד לו ההגנה של סעיף 49 או לא? כי חובת הציות היא אחת מהחובות שיש לאדם בשירות המדינה כלפי הממונה עליו. נדמה לי שבפסיקה של שירות המדינה מופיע הביטוי "מפר הוראות", מישוה נתן לו הוראה והוא מפר אותה, כלומר הוא היה חייב לכבד הוראות. נניח שהוא נתן לו הוראה בלתי חוקית והוא ביצע אותה, והיא לא בלתי חוקית בעליל – האם תעמוד לו הגנה. אני מבין שבפסיקה נקבע שזה חל גם שם.

...

פרופ' מ' קרמניצר: כשטיפלנו בסעיף חשבנו על זה ונקודת המוצא שלנו הייתה באמת שיש מקום לפטור מאחריות גם בשירות הציבורי – הדבר מקובל גם במקומות אחרים – אבל הפטור צריך להיות בהיקף מוגבל יותר מאשר היה מקובל לחשוב כמו הדגל השחור כי הקונספציה הזאת לא מתאימה לשירות הציבורי. אם תתקבל עמדת הצבא שבתחום הצבאי צריך להשאיר את הדגל השחור – עמדה שאתה לא נוטה לקבל – יהיה צריך לקבוע מבחן שונה לשירות הציבורי בו אין סיבה לדרוש אותו סוג של משמעת ואותה חובת ציות מוחמרת שנדרשת בצבא או בגופים מעין צבאיים. אם יתקבל הכיוון שההצעה הולכת בו כשמדברים על חוקיות וגם על סוביקטיביות, זה פתרון שיכול להתאים גם לשירות הציבורי וגם הצבא יכול להיות איתו. יכול להיות שהצבא יצטרך לעשות רוויזיה מסויימת בפקודות מסויימות בצבא ולתת היתרים לסטיות וייתכן שצריך לנסח את סעיף 133 של אי-קיום הוראות מחייבות בצבא באופן שיתאים לצרכים שלהם, אם יש להם צרכים אמיתיים, שבנסיבות מסויימות מצדיקים סטיות.

...

היו"ר ד' מרידור: למה בשירות המדינה צריך לקבל יתרון על עבודה בקופת חולים או בית חולים?

...

פרופ' מ' קרמניצר: כי יש חוקת חוקיות לגבי פעילות שלטונית ואני לא מכיר חוקת חוקיות לגבי פעילות של מעביד או ביחסים פרטיים, ויש הצדקה לחוקת חוקיות לגבי פעילות שלטונית.

פרופ' א' אנקר: המאפיין של הצבא, של המשטרה, של השב"כ של המוסד ושל גופים כאלה שמצדיק את ההגנה היא המסגרת המשמעתית, ההיררכית הנוקשה של אותם

מוסדות שלא רק מחייבת את הפקוד לצייט אלא אף נותנת בסיס להעמיד לדין אותו מפקד שנתן פקודה בלתי חוקית. כשאנחנו עוברים לגופים מסחריים, פרטיים, קוויזי-פרטיים כמו אוניברסיטאות, חברות מסחריות ואולי גם רשויות אחרות של המדינה – המשמעת היא רופפת ופחות נוקשה ואין צד שני שמאזן את הדברים ואם תעניק הגנה לאותם עובדים לא בטוח שתאכוף את הדין על נותני הפקודה.

...

היו"ר ד' מרידור: רק אותו שירות מדינה שהוא צבאי או כמו צבאי שם המשמעת יותר חמורה. פרופ' אנקר אומר שרק אינטרס של משמעת חמורה מאוד מאפשר הגנה. יש אנשים שנמצאים בשירות המדינה או בשירות הפרטי לצורך פרנסה ולדעתי בשירות המדינה יש יותר הגנות לאדם מאשר בשירות הפרטי. אי אפשר לזרוק אותו בקלות, הוא יכול לסרב ולבקש שמוסדות יבדקו את זה; לעומת זה, אדם שעובד בחברה פרטית כלשהי – חברה גדולה או בית חולים, או אוניברסיטה, או חברה פרטית שעוסקת בשמירה ושם צריך משמעת חזקה מפני שנותנים נשק – וזה לא משטרה – ואומרים לו: אתה חייב לקיים את כל ההוראות של הממונה עליך. האם שירות המדינה צריך לקבל עדיפות? אני לא בטוח בכך, אולי הדין יכול להיות שווה אבל לא להיפך כפי שעשוי להשתמע לאור פסקי הדין, שבשירות המדינה צריך יותר משמעת מאשר בשירות פרטי. זו שאלה קשה בעיני.

בהצגת הצעת החוק לפני הכנסת בקריאה שנייה הציג חבר הכנסת דן מרידור את הסוגיה כך:⁷⁹⁵ "שימו לב, אין מדובר רק על חייל, מדובר על כל מי שיש לו משמעת, שהוא חייב לצייט לרשות מוסמכת. לפי פסיקה מסיימת מדובר גם בפקידי ממשלה" [ההדגשה הוספה].

אם כן, נראה כי סוגיית תחולתה של הגנת הצידוק על עובדי ציבור הושארה פתוחה בעת חקיקת תיקון 39, ולגבי העיגון הנורמטיבי של חובת עובד הציבור לצייט להוראות בלתי חוקיות קיימים ספקות. לפיכך קיים צורך לבדוק מבחינה מהותית אם ראוי כי תוטל על עובדי הציבור חובה לצייט להוראות לא חוקיות ואם ראוי לספק להם הגנה אם עשו כן (בחינה שכזו תעשה בהמשך).

16.1.3 גישת הנשיאה ביניש בפסק הדין מנוס וגישתו של זמיר

הילכת רובין אומצה על ידי הערכאות השיפוטיות כמעט באופן גורף, כך שמאמצע שנות השמונים ואילך לא ניתן למצוא פסקי דין בהם נפסק שחובת הציות של עובדי הציבור מוגבלת להוראות חוקיות בלבד. יתר על כן, ברוב פסקי הדין שעסקו בנושא נגזרה גזירה שווה בין מצבם של חיילי צה"ל לבין מצבם של עובדי הציבור, או לכל הפחות לא סברו השופטים שיש לאבחן בין מצבם של אלו לבין מצבם של אלו. יחד עם זאת, בשונה מהמגמה הרווחת בפסיקה, בעניין מנוס⁷⁹⁶ (חוקר יחידת הסמים שאוחדה עם אגף המכס, אשר סירב לצייט לממוניו החדשים) נקטה השופטת ביניש

795 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 9843.

796 עניין מנוס, לעיל ה"ש 72. לאחר שכתובת ספר זה (כמעט) הסתיימה, ניתן ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פס' 29-31 (08.12.15), בו הטיל השופט הנדל ספק בדבר תחולת הגנת הצידוק בהקשרם של עובדי ציבור.

בגישה מעט שונה.

על פי גישתה, אף שהן חיילים והן עובדי ציבור חייבים בחובת ציות גם להוראות בלתי חוקיות, רמת היעדר החוקיות שפוטרת עובד מחובת הציות היא נמוכה יותר מזו הפוטרת חייל. ככל הנראה, התוצאה המשתמעת של גישה זו היא כי גם היקף ההגנה בפלילים שלה יזכה עובד מדינה יהיה מצומצם יותר מזו של חייל. באותו מקרה, טען המערער כי הסטנדרט המאפשר לעובד מדינה שלא לציית הוא "ברור וגלוי" ולא היעדר חוקיות "בעליל". לדעתו זהו סטנדרט נמוך יותר, ולפיכך יכול עובד מדינה שלא לציית לפקודות בלתי חוקיות אף אם לא מתנוסס מעליהן "רגל שחור". השופטת הייתה מוכנה להכיר בכך שטענתו נכונה בכל הנוגע לעובדי מדינה (אך לא לחיילי צה"ל). עוד קבעה השופטת כי עקב אימוץ גישת הבטלות היחסית אל המשפט הישראלי עשוי בית המשפט לקבוע כי מעשה שנעשה בחוסר סמכות אינו בטל – ולכן הוראות אשר יש פגם בהליך המנהלי שבאמצעותו נקבעו, אך אין בהם פגם חוקי-מהותי המגיע לרמה של "ברור וגלוי", יהיו תמיד מסוג ההוראות הלא חוקיות שלהן יהיה חייב עובד לציית. משמעות פסיקה זו היא כי חובת הציות של עובד ציבור נקבעת על פי סטנדרט שכינתה השופטת "ברור וגלוי", ואילו חובת הציות של חייל נקבעת על פי סטנדרט גבוה יותר, שאותו כינתה השופטת "בעליל".

חשוב להדגיש, שפס"ד מנוס מהווה חריג ביחס לפסיקה שניתנה מאז שנות השמונים של המאה הקודמת. יתר על כן, ככלל, בפסקי דין מאוחרים יותר הסתייגו שופטי בית המשפט העליון האחרים, בין אם במפורש ובין אם במשתמע, מעמדתה של הנשיאה בייניש.⁷⁹⁷

כך למשל בעניין מיכאלי⁷⁹⁸ (ראש מדור בדיקות במעבר גבול ניצנה) עולה מדבריו של השופט רובינשטיין כי הוא חולק על קביעתה של השופטת בייניש וסבור כי יש דימיון רב במשמעות המונחים "בעליל" ו"ברור וגלוי" גם כשהדבר נוגע לעובדי מדינה:

השופטת בייניש הוסיפה [...] כי במקום אחר דיבר הנשיא שמגר על רף גבוה יותר, של "הוראה בלתי חוקית בעליל" (ער"מ 2/87 עירית אשדוד נ' אטיאס, פ"ד מא(4) 322, 325). אך נכונה היא להציב את הרף ב"הוראה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי", ולהניח "כי הרף לעניין זה עשוי בנסיבות מסוימות להיות נמוך מהרף בהוראה בלתי חוקית בעליל".

אוסף, כי "הוראה בלתי חוקית בעליל" אכן נתפסת כהנחת אי חוקיות חדה במיוחד, אך דומני כי "בעליל" פירושו הבסיסי אינו רחוק מ"ברור וגלוי"; מלון אבן שושן (מה' 9) מגדיר בעליל "כפועל, באופן ממשי, בגלוי, ללא ספק וללא טשטוש", ומביא מדברי המשנה (ראש

797 התמונה בערכאות הנמוכות מעט יותר מורכבת. השופטים בערכאות אלו, במקרים רבים, לא דאגו לאבחון בין פס"ד מנוס להלכת רובין. לאור זאת, שופטים שתמכו בהלכת רובין פשוט קראו את פס"ד מנוס ברצף עם הפסיקה שניתנה לפניו, מבלי שהם מאבחנים בין המבחן המשפטי שנקבע בפסק דין מנוס לבין המבחן שנקבע בפסקי הדין שקדמו לו (ראו, למשל: ת"מ (משמעת רשויות מקומיות אזורי) 12/06 יהודי-מנסון נ' זלמה, פס' 4-5(1) (לא פורסם, 30.10.2007)). לעומתם, שופטים שתמכו בעמדה שנקטה בפסק דין מנוס, גם קראו את פסק הדין האמור כחלק מרצף הפסיקה שקדם לו, אך הם פירשו את הפסיקה הקודמת לאור פסקתה של הנשיאה בייניש - תוך שהם מתעלמים מהעובדה שבפסיקה קודמת זו, ככלל, נגזרה גזירה שווה בין חיילים לבין עובדי ציבור (ראו, למשל: עניין נסיבי, לעיל ה"ש 401, פס' 166).

798 עניין מיכאלי, לעיל ה"ש 26, פס' ז(1).

השנה א', ה') לעניין קידוש החודש "בין שנראה (הירח) בעליל, בין שלא נראה בעליל...". וכפי שמפרש הרב פ' קהתי, "בעליל – בכירור ובגלוי". ראו גם מלון גור – "בעליל – ברור, גלוי, בבהירות, בפרהסיה, נראה לעיניים" (ומובאת אותה דוגמה מן המשנה).

בית המשפט העליון חזר וציין את הגישה שהובעה בעניין מנוס בהערת אגב בבג"ץ די.בי.אס.,⁷⁹⁹ שעסק בגבולות הציות להחלטה מנהלית, באומרו: "בפסיקה המשמעית הועלתה האפשרות כי הואיל ומדובר במשמעת בשירות המדינה, להבדיל ממשמעת צבאית, ניתן יהיה להכיר בהעדרה של חובה לציית כשמדובר בהוראה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי, אף אם אינה מגיעה לרמה של הוראה בלתי חוקית בעליל (ראו, עש"ם 318/04 מנוס נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נח (3) 470 (2004))." אך לא ברור מדברים אלו אם בית המשפט צידד בגישה זו או פשוט ציין אותה כאפשרות הקיימת בפסיקה, במיוחד לאור הדברים שנאמרו בהמשך פסק הדין:⁸⁰⁰

בכל הנוגע לדין בגבולות חובת הציות שנערך בדין הפלילי והמשמעתי, הרי ששם דובר בציות במסגרת גופים היררכיים אשר המשמעת היא מאבני היסוד שלהן [...]. הן לעניין השירות הצבאי או המשטרתי והן לעניין שירותם של עובדי ציבור אחרים נקבע שחשיבותה של המשמעת מחייבת פירוש מצמצם של המונח הוראה בלתי חוקית בעליל ויצירת חריג צר ככל הניתן לחובת הציות.

אף שיש היגיון בהבחנה בין רמת הציות הנדרשת מעובד ציבור לזו הנדרשת מחייל, קיימים ארבעה קשיים מרכזיים בהחלטה שנקבעה בעניין מנוס.

הקושי הראשון הוא קושי במינוח, והוא השימוש במונח "ברור וגלוי" כסטנדרט הציות עבור עובדי ציבור ובמונח "בעליל" כסטנדרט הציות עבור חיילים. נראה כי השופטת לא הייתה מודעת לכך שדווקא המונח "ברור וגלוי" הוא מונח אשר מקורו בחוק השיפוט הצבאי (החל בעיקרו על חיילים) ואילו המונח "בעליל" הוא מונח מהגנת הצידוק אשר בחוק העונשין. לכן, מבחינת המינוח הנורמטיבי לא ניתן לקבוע כי סטנדרט הציות החל על חיילים הוא "בעליל" ואילו סטנדרט הציות החל על עובדי מדינה הוא "ברור וגלוי". יתר על כן, יצירת שוני בין המונחים יש בה משום התעלמות מהעובדה שמבחינת ההיסטוריה החקיקתית מדובר בשני תרגומים נרדפים למונח האנגלי "manifestly unlawful". כמו כן, בניגוד לפסיקה הצבאית העקבית בנושא, פותח פסק דין זה פתח ליצירת שוני פרשני בין מונחים אלו.⁸⁰¹

קושי שני, אם כי מצומצם יותר, שמעורר פסק דין זה, נובע מהפירוש שניתן בו בפועל למונח "בעליל", אשר מקורו כאמור בחוק העונשין. נניח לרגע מצב שבו עובד מבצע עברה עקב ציות להוראה בלתי חוקית על פי הסטנדרט הנמוך שמכנה השופטת "ברור וגלוי", אך לא על פי הסטנדרט הגבוה, ולכן ההוראה אינה בלתי חוקית "בעליל". האם עובד כזה יהיה זכאי להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה הקבועה בחוק העונשין, אף שהמבחן הקבוע שם לשלילתה הוא היעדר חוקיות "בעליל"? אפשר להתגבר על קושי זה באמצעות הטענה כי לעובד לא הייתה חובה לציית להוראה

799 עניין די.בי.אס., לעיל ה"ש 645, פס' 16.

800 שם, פס' 18.

801 לחסרונות הכרוכים ביצירת שוני כזה ראו לעיל בחלק 13.7.

בלתי חוקית החורגת מהסטנדרט הנמוך (לא היה צו אשר חייב ציות) ולכן הוא אינו זכאי להגנה. עם זאת, קושי זה לא נשקל כלל בפסק הדין.

קושי שלישי נובע מקביעתה של השופטת, כי עקב אימוצה של דוקטרינת הבטלות היחסית, לא כל הוראה שניתנה שלא בסמכות תהיה כזו שתסיר את חובת הציות מעובד הציבור. נזכיר על קצה המזלג את הרציונאל שעמד מאחורי אימוץ דוקטרינת הבטלות היחסית. קודם לאימוץ דוקטרינה זו, צידדה הפסיקה בדוקטרינה שאבחנה בין סוגים שונים של פגמים חוקיים במעשי רשות. מעשי רשות שאי-חוקיותם נבעה מפגם בשיקול הדעת של הרשות היו נפסדים (voidable); וככאלו, הם היו מאבדים את תוקפם רק לאחר פסיקת בית המשפט. לעומת זאת, מעשי רשות שאי-חוקיותם נבעה מהפרה של דין מהותי או מהעדר סמכות נחשבו כבטלים (void); ככאלו, מבחינה משפטית היה קיים צורך להתייחס אליהם כאילו הם מעולם לא התקיימו. דוקטרינת הבטלות היחסית שמה קץ לאבחנה האמורה. אחת הסיבות המרכזיות שהובילו לאימוצה הייתה העובדה שקביעה שמעשה הוא בטל והתייחסות אליו כאל מעשה שלא היה, יש בה כדי להתעלם מהשלכות שהיו בפועל למעשה הפגום, ומהנוק שיגרם הן לרשות והן לאזרחים שהסתמכו על המעשה עקב ביטול המעשה למפרע. במקום זאת, על פי דוקטרינת הבטלות היחסית, בית המשפט יצר הבחנה בין שני שלבים. בשלב הראשון, יש לבחון האם מלכתחילה התקיים פגם חוקי במעשה הרשות (בין אם מסוג של העדר סמכות, הפרת דין מהותי, או טעות בשיקול הדעת). בשלב השני, יש לבחון, לאחר מעשה, כיצד יש לאזן בין השיקולים התומכים בהתייחסות אל המעשה כבטל (ובראשם עקרון החוקיות), לבין השיקולים התומכים במתן תוקף משפטי (מלא או מוגבל) למעשה הרשות הפגום. משמע, לאחר שנבקע שהפרה הרשות את הדין, בוחן בית המשפט, האם יגרם יותר נזק ציבורי בהשאת המצב על כנו לעומת החזרת המצב לקדמותו.⁸⁰²

פסיקתה של הנשיאה, אינה מתיישבת עם הרציונאל של דוקטרינת הבטלות היחסית. זאת משום שמשמעות דבריה של הנשיאה היא הפיכת דוקטרינה זו מדוקטרינה המכירה בדיעבד בפגם, שלא נמנע מראש, ושבהקשרו ניסיונות להשיב את המצב לקדמותו יגרמו ליותר נזק מתועלת, לדוקטרינה המקטינה את אפשרות המניעה מראש של מעשים לא חוקיים; זאת כאשר המאזן בין השיקולים התומכים בהתייחסות אל המעשה כבטל (ובראשם עקרון החוקיות), לבין השיקולים התומכים במתן תוקף משפטי למעשה הרשות הפגום (ובראשם השיקול של הסמכות), שונה בין שני המצבים הללו. לאור פרשנותה של הנשיאה, דוקטרינה זו מחייבת את עובדי הרשות לקיים בזמן אמת את החלטת הרשות להפר את החוק (כל עוד ההחלטה אינה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי). זאת למרות העובדה שמידת ההסתמכות על ההחלטה האמורה, אם תישאר רק בגדר הוראת ממונה שסורבה, תהיה מצומצמת ביותר. הרי אם ימנע מלכתחילה ביצוע המעשה הלא חוקי (על ידי סירוב של העובד לציית להוראה הבלתי חוקית) לא תבוצע כל פעולה בשטח אשר בעטיה תיווצר הסתמכות חזקה לאזרחים ולרשות ואשר ביטולה למפרע יגרום להם נזק רב (עקב ההסתמכות האמורה). בכך מצמצמת הנשיאה (אך ורק להוראות שהינן בלתי חוקית באופן ברור וגלוי) את היכולת להסתייע

802 ראו, למשל: בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 306 (1994); רב"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 309 (2004).

בכפופים במערכת השלטונית על מנת לסכל את המעשה הבלתי חוקי טרם נעשה וטרם נוצרה עקב ביצועו הסתמכות חזקה. בכך, מחלישה הפסיקה האמורה את חוסנו של עקרון שלטון החוק.

הקושי הרביעי והעיקרי ביצירת ההבחנה בין "בעליל" לבין "ברור וגלוי" הוא היעדר הבהירות שבהבחנה כזו. כפי שנדון בחלק מוקדם יותר,⁸⁰³ כבר כיום, כאשר הפסיקה דוגלת בזהות בין המונחים "בעליל" ו"ברור וגלוי", יש חוסר בהירות מהותי בזיהוי משמעותם של מונחים אלו – חוסר בהירות המקשה עד מאוד על הכפוף לזהות מתי עליו לציית ומתי עליו לסרב. אל חוסר הבהירות הקיים הוסיפה השופטת חוסר בהירות נוסף. נראה כי בפועל יהיה קשה מאוד לזהות בזמן אמת מהו אותו "פגם מהותי" ההופך הוראה מבלתי חוקית "סתם" לבלתי חוקית באופן "ברור וגלוי". כך גם יהיה לכפוף קשה לחזות מראש אילו מהוראות הרשות יקבעו כבטלות מעיקרן ולא ניתנות לביטול; וכך גם יהיה לעובד קשה לזהות מהו השוני בין "ברור וגלוי" ל"בעליל" (מלבד ידיעתו הכללית שהשני חמור מהראשון). בפועל, אם כך, קביעת השופטת מגבירה את חוסר הבהירות שקיים מלכתחילה בתחום הציות להוראות בלתי חוקיות, ומתירה את הכפוף בסבך מונחים – ללא כלל הכרעה ברור בידו.

פתרון חלקי לקשיים שמעוררת גישה של השופטת ביניש מצוי בגישה דומה לזו של השופטת אשר הביע בספרות זמיר.⁸⁰⁴ זמיר פירט את היתרונות שבהטלת חובת ציות להוראות לא חוקיות על עובדי ציבור. לדידו, הלכה זו מחזקת את חובת הציות במנהל הציבורי ובכך מגדילה את היעילות המנהלית; כמו כן היא מונעת חשיפה של העובד לסיכון אישי, שאם יציית להוראה של הממונה ובדיעבד יתברר שהיא בלתי חוקית, הוא יועמד לדין פלילי או ייתבע בנוזיקין.

עם זאת אמר זמיר:⁸⁰⁵

כנגד יתרונות ההלכה, ניצב קושי הנובע מעצם החובה המוטלת על עובד הציבור לציית להוראה בלתי חוקית, ובלבד שאין היא בלתי חוקית בעליל. האומנם חייב עובד ציבור לציית להוראה הודרשת ממנו לבצע עבירה פלילית, אם אין היא בלתי חוקית בעליל, במובן הצר שניתן לביטול זה בסעיף 34 לחוק העונשין? האם אין הברד לעניין זה בין חייל לבין עובד ציבור אחר? והאם עובד ציבור חייב לבצע הוראה שאיננה כרוכה בביצוע עבירה לפי המשפט הפלילי, אך היא בלתי חוקית לפי המשפט המנהלי, כגון שיש בה הפליה ברורה על יסוד מין או דת, או שהיא בלתי סבירה באופן קיצוני? לדעת, שיקול היעילות המנהלית אינו דורש למתוח את חובת הציות של עובדי המדינה עד כדי כך, ומכל מקום אין זה ראוי להקל עד כדי כך על מתן הוראות בלתי חוקיות ועל ביצוע של הוראות שכאלה, במסגרת המינהל הציבורי. אני סבור כי באופן עקרוני חובת הציות של עובדי מדינה אינה כוללת הוראה לביצוע עבירה פלילית, קלה כחמורה, ולו רק משום שהוראה כזאת אינה נדרשת לביצוע התפקיד. כמו כן, אני סבור כי חובת הציות אינה צריכה לכלול הוראות שהן באופן ברור בלתי חוקיות לפי המשפט המנהלי, כגון, חורגות מן הסמכות או יוצרות הפליה על בסיס פסול. לכן דומה כי אין זה רצוי לומר שעובד

803 לעיל בחלק 13.3.

804 זמיר, לעיל ה"ש 129.

805 זמיר, שם, בעמ' 602-603.

ציבור פטור מן הציות להוראה רק אם היא בלתי חוקית בעליל. ביטוי זה נוטה להתפרש במשמעות צרה מאוד, כמו הביטוי הדומה בהגנת הציידוק שלפי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (לעיל). לפיכך, יתכן שעדיף לומר כי עובד הציבור חייב לציית להוראות של הממונים עליו, אלא אם ברור (דגש על ברור) כי ההוראה בלתי חוקית.

ובהערת שוליים, שבה מסביר זמיר את בחירתו במונח "ברור", הוא מוסיף:⁸⁰⁶

אפשר שזו הייתה כוונתו של הנשיא שמגר כאשר דיבר על הוראה בלתי חוקית בעליל. ראו ער"מ 1/82 עיריית תל-אביב נ' רובין, פ"ד לו(3) 579, 582. שם אמר הנשיא שמגר כי 'חובת המשמעת [של עובדי הציבור] חלה על קיום אותן הוראות שאינן בלתי חוקיות באופן ברור וגלוי [ההדגשה במקור].

גישתו של זמיר פותרת שניים מהקשיים שמעוררת גישתה של בייניש.

ראשית, הקושי שנוצר מן השימוש במונח "בעליל" בגישתה של בייניש נפתר בגישתו של זמיר, מכיוון שלפי גישתו לא תינתן כלל הגנה לעובד ציבור שעבר עברה פלילית עקב ציות. שנית, העמימות בגישתו מעטה, ועובד ציבור מוגבל בחובת הציות שלו, כך שאסור לו לציית להוראות שהן בגדר עברה פלילית, חריגה מסמכות או הפליה בוטה.

עם זאת, גישת זמיר אינה חסרת קשיים בעצמה: ראשית, גם בגישתו יש שימוש במונח "ברור" בהשאלה מפסק דין רובין והתעלמות ממקורו של ביטוי זה בחש"ץ ותוך יצירת הבחנה פרשנית בין מונח זה לבין המונח "בעליל". שנית, בלי לדון בכך, זמיר נסוג מאחד מהיתרונות הקיימים לדבריו בגישה המחייבת עובד ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות: ההגנה שיקבל העובד מפני העמדה לדין. שלישית, גם בגישתו של זמיר קיימת עמימות, והיא נוגעת לזיהוי "הוראות שהן באופן ברור בלתי-חוקיות לפי המשפט המנהלי". כך, למשל, זמיר סבר כי הוראות שניתנו בחוסר סמכות יהיו כאלה אשר אין לציית להן, ואילו בייניש בפסק דין מנוס קבעה כי אף שהחלטה לבטל את היחידה נעשתה בחוסר סמכות, היה על העובד לציית לה. אם השופטים חלוקים בזיהוי הוראות כאלו, כיצד ניתן לצפות מהעובד לזהות בזמן אמת הוראות שאין עליו לציית להן?

נראה כי גישותיהם של בייניש ושל זמיר נובעות מחוסר הנוחות הקיים בחיוב עובדי ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות לפי הלכת רובין. השאלה היא, אם כן, אם ההלכה שנקבעה בפסק דין רובין אכן ראויה, ומה צריכה להיות מידת הציות אשר ראוי לדרוש מעובד ציבור.

16.1.4 האם מוצדק לחייב עובד לציית להוראות בלתי חוקיות? והאם מוצדק להגן עליו אם ציית להן?

כפי שנדון לעיל,⁸⁰⁷ הגנת הציידוק עקב ציות לפקודה היא דוקטרינה אחת מבין כמה וכמה דוקטרינות משפטיות הקיימות במשפט הישראלי, אשר מטרתן היא לאזן בין נזק שעלול להיגרם לשלטון החוק לבין נזק שעלול להיגרם לתכליות ציבוריות אחרות אם תינתן העדפה מוחלטת לשלטון החוק.

806 שם, ה"ש 9, בעמ' 603.

807 בחלק 13.1.

הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה נועדה לאזן בעיקר בין עקרון שלטון החוק לבין שתי קבוצות של תכליות ציבוריות אשר היו נפגעות לו היה מאומץ כלל גורף אשר היה מחייב כפוף לסרב תמיד להוראה לבצע מעשה לא חוקי. קבוצה אחת של תכליות מדגישה את הנזק אשר עשוי היה להיגרם למשמעת מכלל גורף כזה של אי-ציות (קבוצה זו כונתה לעיל "שיקולי הצדק") וקבוצה נוספת קוראת להתחשב במצבו הייחודי של הכפוף בעת שקיבל הוראה בלתי חוקית (קבוצה זו כונתה לעיל "שיקולי הפטר").

השיקולים לקיומה של הגנת הצידוק נבחנו לעיל בעיקר בהקשר של סיטואציות צבאיות. עתה ראוי לבחון אם שיקולים אלו קיימים בסיטואציה אזרחית של עובד ציבור, ואם כן – עד כמה.

אחד משיקולי הפטר הראשיים שקיימים בהקשר הצבאי הוא הרצון להתחשב בהיעדר הבקיאיות של החייל ברזי החוק. הנחת היסוד בבסיס שיקול זה, על סמך ניסיון החיים, היא כי החייל הממוצע אינו בקיא בנבכי החוק, ויתרה מזו – כי הוא מניח שמפקדו בקיא ממנו. אך הנחה זו, על שני חלקיה, לרוב אינה נכונה לגבי עובדי ציבור. לגבי חלקה הראשון, נכון יותר לומר כי במנהל הציבורי פעמים רבות החוק, התקנה והנהול הפנימי מנחים את עבודתו של העובד מדי יום ביומו, וכחלק מהתמקצעותו של העובד במשך שנות עבודתו מתפתחת בקיאות בנורמות אלו. לגבי חלקה השני של ההנחה – עקב עקרון ההתמקצעות במנהל הציבורי, פעמים רבות יהיה הממונה בקיא פחות מהכפוף בנורמות החוקיות המנחות את עבודת הכפוף. כך, למשל, בעניין מנוס⁸⁰⁸ חוקר יחידת הסמים ידע טוב יותר ממנהל המכס כיצד הוקמה יחידתו, ובהתאם גם ידע מה הדרך החוקית לבטלה.

בהקשר הצבאי, לטיעון היעדר הבקיאיות בחוק מתווסף גם טיעון של היעדר הבקיאיות בתנאים של צורך צבאי. על פי טיעון זה, הצבא מותאם לתפקד בתנאי לחימה; בתנאים אלו קיימים הצדקים שבדין להפר את החוק. הצדקים אלו ידועים למפקד יותר מאשר לחייל. ולכן גם אם החייל מכיר את החוק, יכול להיות שהוא אינו מודע לקיומו של צורך צבאי המאפשר להפר את החוק – צורך הידוע למפקד אך זה אינו חושף אותו לחייל משיקולי דחיפות או ביטחון שדה. טיעון זה אינו רלוונטי באותה מידה במנהל הציבורי, שכן ייעודו המרכזי הוא מתן שירות לאזרח וביצוע פעולות שלטוניות דווקא בעתות שגרה – עתות שבהן לא קיימים הצדקים רבים להפר את החוק.

סיבה נוספת להתחשבות במצבו של החייל היא שאלמלא דוקטרינת היעדר החוקיות בעליל, בכל פעם שחייל היה מקבל פקודה שלדעתו הייתה בלתי חוקית, הוא עלול היה להימצא בין פטיש פלילי לסדן פלילי – אם ציית לפקודה והיה מתברר שהיא הייתה בלתי חוקית, הוא היה מועמד לדין פלילי בגין העברה שביצע, ואם היה מסרב לציית לפקודה והיה מתברר שזו הייתה חוקית, הוא היה מועמד לדין ולעיתים אף נשלח למאסר או למחבוש בגין הסירוב לקיים את הפקודה.

דילמה זו חמורה אף יותר מכיוון שחייל, בקבלו את הפקודה, מחויב לבחור בין שתי האפשרויות הללו, ואין באפשרותו לפתור עצמו מהדילמה בדרך של התפטרות. עובד הציבור, לעומת זאת, נמצא בין פטיש פלילי לסדן תעסוקתי: אם יציית להוראה ויתברר שהיא אינה חוקית, הוא עלול

להיות מועמד לדין; אך אם יסרב לציית – הסנקציה החמורה ביותר שאפשר יהיה להשית עליו היא סנקציה תעסוקתית של פיטורים מעבודתו. נוסף על כך, שלא כמו החייל, עובד הציבור רשאי בכל עת להתפטר ובכך לפתור עצמו מהדילמה האמורה.

שיקול אשר רלוונטי הן לחיילים והן לעובדי הציבור הוא הנטייה הפסיכולוגית לציית. מחקרים פסיכולוגיים מראים כי לאדם קיימת נטייה פסיכולוגית חזקה לציית להוראות הבאות ממקור סמכות, כפי שנדון בחלק מוקדם יותר.⁸⁰⁹ נטייה זו הובילה את קרמניצר לטעון כי ככל שהדבר נוגע לחיילים, עקב תהליכים פסיכולוגיים אלו כמעט בלתי אפשרי שיימנעו מציות לפקודות בלתי חוקיות, ולפיכך אחריותם הפלילית כמעט תמיד תהיה מופחתת.⁸¹⁰

דוגמה לעוצמת הנטייה הפסיכולוגית לציית מצויה במחקר שערכו הפלינג ואחרים ואשר נדון בחלק מוקדם יותר של הספר.⁸¹¹ בניסוי זה נבדקו התהליכים הפסיכולוגיים שמובילים לציית עיוור בחיי היום-יום. באותו מקרה אחיות בבית חולים קיבלו הוראה טלפונית מרופא שלא הכירו – אך ידעו שהוא נמצא בצוות הרופאים – לספק לחולה תרופה לא מורשית בכמות מסוכנת. אף שכללי בית החולים אסרו לספק תרופה על סמך הנחיה טלפונית, ואף שדובר בתרופה לא מורשית ובכמות המסכנת את החולה – 95 אחוזים מהאחיות צייתו להוראה.

אמנם הנטייה הפסיכולוגית לציית קיימת הן אצל עובדי הציבור והן אצל חיילים, אולם אי-אפשר לומר כי עוצמת נטייה זו זהה בשתי הקבוצות. ראשית, על פי המחקרים, גורם מרכזי בנטייה לציית הוא גורם "הציידוק האידאולוגי", המוטמע אצל המציית בדרך של חינוך. ספק אם ניתן לומר כי קיימת זהות בין החינוך לציית הניתן לחייל לאורך שירותו הצבאי והמספק לו את הציידוק האידאולוגי האמור, לבין החינוך לציית הניתן לעובד הציבור לאורך שנות עבודתו. שנית, יש לזכור כי ההגנה המשפטית המוקנית לחייל לא נועדה רק לעתות שגרה אלא גם לעתות מלחמה, ומחקרים פסיכולוגיים מראים כי בעת קרב מתגברת הנטייה לציית. הסיבה לכך היא שתנאי הלחץ הקיימים בקרב גורמים להתלכדות הקבוצה הגרעינית, להתמקדות במשימה הישירה תוך כדי היאטמות להשלכותיה, לנטישת עמדות וערכים העומדים בסתירה לפעולות שאותן נאלץ החייל לעשות, וכן לחיפוש אחר מקור סמכות – לרוב בדמות המפקד הישיר.⁸¹² לפיכך, גם בהיבט זה, ספק אם נטייתו הפסיכולוגית של עובד הציבור לציית מחייבת התחשבות משפטית באותה רמה שמחייבת נטייתו זו של החייל.

הפסיקה הישראלית, אשר החילה את דוקטרינת היעדר החוקיות בעליל על עובדי הציבור, עסקה ברובה במצבים שבהם הועמד אדם לדין משמעתי עקב היעדר ציות. בשל כך לא נדונו בפסיקה זו הטיעונים הנוגעים לצורך להתחשב במצבו הייחודי של המציית, אלא בעיקר טיעונים הנוגעים לצורך בשמירה על המשמעת בארגון (משמע, נבחנו בעיקר שיקולים מסוג הצדק ולא שיקולים מסוג הפטר). אך גם בהקשרם של שיקולי ההצדק לא נעשתה בחינה מעמיקה דיה, שכן במנהל

809 לדין בכך ראו חלק 13.2.1 לעיל.

810 קרמניצר, לעיל ה"ש 353, בעמ' 111.

811 לדין בניסוי האמור ראו Atkinson et al., לעיל ה"ש 351, בעמ' 658-659.

812 Keijzer, לעיל ה"ש 50, בעמ' 64-61.

הצבאית לא נדרשת אותה רמת משמעת שנדרשת בצבא, וקיים בה צורך חזק יותר במחשבה עצמאית ובחופש הבעת דעה. כפי שציין רובינסון:⁸¹³

This may be unwise expansion. The special social interest in an effective military force, requiring strict discipline and nearly unquestioned obedience to orders is not always applicable to general public service. Indeed, unquestioned obedience in public service is not necessarily to be encouraged; some measure of independent judgement and personal reflection may be preferable.

גם מבחינת הטיעונים הנלווים לטיעון השמירה על המשמעת קיים שוני מהותי בין המערכת הצבאית למערכת הציבורית-האזרחית. כך, למשל, לגבי המערכת הצבאית מתעורר החשש כי קבוצת חיילים המתווכחת על חוקיות פקודת מפקדם עשויה להפוך את היחידה הצבאית ל"מועדון ויכוחים", וכי חייל המתלבט אם פקודת מפקדו היא חוקית עשוי לסכל את ביצוע המשימה הצבאית ולסכן את חייו ואת חיי חבריו.⁸¹⁴ לעומת זאת, ספק אם במערכת הציבורית-האזרחית קיימים לרוב אותה סכנת חיים, אותה דחיפות בביצוע המשימות ואותו חשש מפני אובדן משמעת; ולעומת זאת קיים בה צורך בטיעור מוחות ובהשמעת דעה. כפי שאמר בהקשר זה פרוש:⁸¹⁵

למשרד החינוך ולארגונים ממשלתיים רבים אחרים אין מבנה היררכי נוקשה כזה הקיים בצבא. העובדים בארגונים אלה אינם פועלים בתנאי הלחץ שחיילים בצבא נתונים בהם במקרים רבים, ומעטה הסודיות העוטף במקרים רבים פקודות צבאיות אינו עוטף את ההוראות הניתנות להם (אכן, המושג הוראות מתאים כאן יותר מהמושג פקודות) אם הם יודעים שהמעשה שהם מצטווים לעשות הוא בלתי-חוקי, אפשר לתבוע מהם לא לעשותו מבלי לחשוש מפגיעה מסוכנת במשמעת.

לגבי המערכת הצבאית נטען גם כי חיוב החייל לציית לפקודות חוקיות בלבד עשוי לפגוע במקצועיות המפקד, מכיוון שמתוך חשש כי פקודיו לא יצייתו להוראותיו, הוא עשוי לעסוק יתר על המידה בשאלת החוקיות הפורמלית במקום לבחון את קיומם של הצדקים שבדין המאפשרים את הפרת החוק. כפי שניתן לראות בדברי שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית ג'קסון בעניין Korematsu:⁸¹⁶

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.

813 רובינסון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 209.

814 ראו דברי בית הדין בעניין אזרן, לעיל ה"ש 17.

815 פרוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 100.

816 עניין Korematsu, לעיל ה"ש 360.

ספק אם במערכת הציבורית-האזרחית רבה הרלוונטיות של טענה זו, כיוון שמעטים המקרים שבהם מתקיימים בה תנאי "צורך".

אפשר לטעון כי גם אם קיים שוני בין המערכת הציבורית-האזרחית לצבאית בתנאי חירום, שוני זה מצטמצם עד מאוד בתנאי שגרה, ולכן אם במערכת הצבאית גם בעתות שגרה קיימת חובה לציית לפקודות בלתי חוקיות שאינן בלתי חוקיות בעליל, מן הראוי שחובה זו תחול גם במערכת הציבורית-האזרחית. טענה זו מתעלמת מעיקרון צבאי חשוב: עקרון המשמעת הבלתי ניתנת לחלוקה. על פי עיקרון זה יש להחמיר בהקפדה על המשמעת הצבאית גם בשגרה, כדי להכשיר את החייל לתנאי המשמעת הגבוהים הדרושים למערכת בעת חירום. אמרה "ועדת אגרנט"⁸¹⁷:

המשמעת אינה ניתנת לחלוקה: חייל שהתרגל בימי רגיעה שלא לשמור על כללי המשמעת "הקטנה", כגון אי-ביצוע משימה שיגרתית או אי-שמירת פקודות בעניין הופעתו האישית. בלי שמפקדו הגיב על-כך. יתרושל לבסוף גם במילוי פקודות מבצעיות. לשון אחרת, משמעת פגומה משפיעה לרעה על יכולת הלחימה של החייל.

במילים אחרות, במערכת הצבאית אנו מוכנים לשלם מחיר נוסף של פגיעה מסוימת בשלטון החוק ובזכויות החייל גם בעתות שגרה, כדי להכין את החייל לנדרש ממנו בעת קרב. לפיכך נראה כי גם בכל הנוגע לעתות שגרה השוואה בין המערכת הצבאית לבין המערכת הציבורית-האזרחית אינה נכונה.

נוסף על כך, באימוץ דוקטרינת היעדר החוקיות בעליל כרוך גם מחיר לארגון, ולא רק מחיר של פגיעה בשלטון החוק. הטלת חובה על הכפוף לציית להוראות בלתי חוקיות פוגעת הן ביעילות המערכת והן במשמעת הכלל-ארגונית. הפגיעה ביעילות נובעת ממערכת היחסים הנוצרת בין הממונה לכפוף בגישה המחייבת ציות רב וכמעט עיוור. במסגרת שבה חובת הציות נוקשה הכפוף עשוי לא לדווח לממונה עליו על שינוי תנאים בשטח אשר עשוי לסכל את מטרת הוראה, כיוון שהוא עלול לחשוש כי דיווח כזה יתפרש כהטלת ספק במרות הממונה. כפוף כזה לא יתאים את ההוראות הניתנות לו אל התנאים המשתנים בשטח ובכך תיפגע היעילות והגמישות הנדרשות למערכת הציבורית.⁸¹⁸ המערכת הצבאית מוכנה לשלם מחיר זה, בשל הצורך הרב במשמעת צבאית קפדנית אשר בלעדיה לא יכון צבא. אך נדמה שבמערכת הציבורית-האזרחית המאזן בין העלות לתועלת שונה.

הפגיעה במשמעת הכלל-ארגונית נגרמת מכיוון שבמסגרת דוקטרינה זו על הכפוף לציית להוראות בלתי חוקיות של הממונה הישיר עליו אף אם אלו נוגדות את המדיניות הכללית של המערכת, כל עוד הן אינן בלתי חוקיות בעליל. כך, בפועל, מועדפת המשמעת הפנים-ייחידתית על פני המשמעת הכלל-ארגונית – דבר הגורם לפגיעה במערכת. במקרים שבהם הכפוף מצייט להוראה הבלתי חוקית (שאינה בלתי חוקית בעליל) וזוכה להגנה מפני העמדתו לדין בגין העברה שעבר כרוך מחיר ציבורי נוסף אשר הינו תוצר של כמה מרכיבים.

817 דו"ח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103.

818 לדין בכך ראו חלק 13.2.2 לעיל.

ראשית, הגנה זו מגבירה את הפגיעה בשלטון החוק, מפני שבמקום שהממונה יפר את החוק לבדו, עתה יש לו עוזרים רבים העושים זאת עמו ואינם חוששים מהעמדה לדין. כפי שתיאר זאת היועץ המשפטי גדעון האוזנר בדיונים בבית המשפט המחוזי בעניינו של אייכמן, בהתייחסו לגישה המספקת אף הגנה רחבה יותר "גישת "ישיב המפקד"⁸¹⁹: "יכולים כל שאר הנאשמים [...] לומר, ידינו לא שפכו את הדם הזה ועינינו לא ראו, מפני שהוא היחידי שהיה מוסמך לתת פקודות ואנחנו כולנו חיילי, מצווים להישמע, לציית".

שנית, היעדר החשש מהעמדה לדין פוגע במקצועיותה של המערכת, מכיוון שבמצב זה הכפוף שואף פחות להיות בקי ברזי החוק.

שלישית, יש לזכור כי לעתים הכפוף נהנה מהפרת החוק; במסגרת דוקטרינה זו הוא יבצע את המעשה שאינו חוקי, יינה מפרותיו ולאחר מכן יחסה תחת הגנת הצידוק.

המערכת הצבאית מוכנה לספוג את המחירים האמורים במידה מסוימת, בשל הצורך בציות מידי בעת קרב ובשמירה על עקרון המשמעת הבלתי ניתנת לחלוקה – וכאמור, צרכים אלה אינם מתקיימים באותה מידה במערכת הציבורית-האזרחית.

ניתן להדגים את השוני בין המערכת הצבאית למערכת הציבורית-האזרחית בעזרת דיון קצר בפסק הדין בעניין שלמה ובפסק הדין בעניין פרושינסקי.

בפסק הדין בעניין שלמה⁸²⁰ נדון מקרה שבו קיבל חייל פקודה לגרום בלאי לרכב השייך ליחידה כדי שיסופק לה רכב חדש. החייל הועמד לדין ובית הדין הצבאי זיכה אותו, בקובעו כי על אף היעדר חוקיותה, הפקודה שניתנה לחייל לא הייתה בלתי חוקית בעליל. עתה ננסה לבחון סיטואציה זו בהקשר אזרחי – אין זה ראוי שנהג של מנכ"ל משרד ממשלתי יציית להוראה של אחראי מחלקת רכב באותו משרד להשחית את רכב המנכ"ל כדי לגרום להחלפתו. במילים אחרות, ספק רב אם בהקשרה של המערכת הציבורית-האזרחית נרצה לשלם את המחיר הציבורי הכרוך בכך.

בעניין פרושינסקי (צו הריסה שהוציא ראש עיר ולא מועצת העיר)⁸²¹ הרשיע בית המשפט את המערערים בהסגת גבול פלילית (לשם ביצוע פשע) ובפגיעה ברכוש שלא כדין, למרות האישור הרטרואקטיבי ממועצת העיר ולמרות שהמבנה היה בלתי חוקי. בית המשפט העליון אף הסכים עם בית המשפט המחוזי, אשר הגדיר את המקרה "שערורייה ציבורית" וייחס חשיבות רבה לכך שהנאשמים לא ידעו "מי הממונה המתיימר לבצע בדרך זו את סמכויות השלטון המקומי, ובייחוד מי אחראי במישרין למתן הפקודה לבצע את ההריסה". נשאלת השאלה אם בית המשפט היה דורש מחיילים אותה מידת בקיאות בשאלת בעל הסמכות להוציא צו כאמור לו דובר בהריסת בית בנסיבות צבאיות. נראה שהתשובה לכך היא שלילית, וכפי שנדון לעיל בפסיקה שעסקה בצווי מעצר ובעוצר שהוציאו גורמים צבאיים שלא הוסמכו לכך, קבעו בית המשפט ובית הדין הצבאי כי

819 ראו הציטוט מהדיונים בת"פ אייכמן כפי שמופיע אצל דינשטיין, לעיל ה"ש 368. יודגש שהאוזנר אמר את דבריו בהתייחסו לגישת "ישיב המפקד".

820 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

821 עניין פרושינסקי, לעיל ה"ש 257, בעמ' 1670.

לא ניתן לצפות מחייל לידיעה כזו.⁸²²

נראה, אם כך, כי קיימת בעייתיות רבה בהלכה שהתפתחה בבית המשפט העליון מראשית שנות השמונים של המאה הקודמת, על-פיה ניתן לגזור גזירה שווה בין מצבו של החייל לזה של עובד הציבור, מכיוון שלא קיימים באותה עוצמה אצל עובדי הציבור התכליות ציבוריות, שבגינן ראוי לספוג את המחיר הכרוך באימוץ דוקטרינת הפקודה הבלתי חוקית בעליל.

יחד עם זאת, האם עובדה זו צריכה להוביל אותנו למסקנה כי תמיד צריך להטיל חובה על עובד הציבור לסרב לכל הוראה בלתי חוקית שניתנה מגבוה? נראה שהתשובה לכך היא שלילית. הסיבה המרכזית לכך הינה שהשיקול של שמירה על משמעת וכפיפות היררכית קיים (אם כי בעוצמה חלשה יותר) גם בהקשר של מוסדות המדינה האזרחיים. לכן גם בהקשר זה, לעיתים, הנזק מהסירוב להוראה בלתי חוקית עלול להיות גדול יותר מהנזק שיגרם במקרה של ציות ודיווח לאחר המעשה.

אפשר להדגים זאת באמצעות מקרים אשר נדונו בפסיקת בית המשפט העליון בהקשר של ערעורים על בית הדין למשמעת של עובדי המדינה. כך, למשל, לא נרצה שיו"ר ועד העובדים יסרב להוראה לשדר כתבה אם יסבור שהכתבה הוכנה באמצעות ציוד שנאסר לשימוש על פי הסכם קיבוצי, או שעובדת בעייתית תסרב לעבור מתפקידה מכיוון שבתהליך ההעברה נפל פגם במתן זכות העיון.⁸²³ במקרים אלו המחיר הגלום בפגיעה במשמעת במנהל הציבורי רב מהמחיר הכרוך באי-חיוב העובדים לציית להוראות אלו, מתוך הבנה שפתוחה בפניהם הדרך ולהתלונן ולפנות לערכאות בדיעבד. כפי שאמר זמיר:⁸²⁴

הלכה זו יש לה יתרונות ברורים. מצד אחד, היא מחזקת את חובת הציות, בכך שהיא מונעת ויכוחים בין העובד למעביד, ויכוחים כנים או בלתי כנים, בשאלת חוקיות ההוראה. האם הוראת ממונה בעניין זה או אחר מפרשת את החוק באופן נכון; האם היא מקיימת את חובת השימוע כנדרש; האם לקחה בחשבון את כל השיקולים הענייניים; האם אין היא לוקה בחוסר סבירות? אכן, טענות כאלה עשויות לפסול החלטה מנהלית. אך אם עובד הציבור יהיה רשאי להיאחז בהן כדי להימנע מציות להוראת הממונה, הן עשויות לסכל גם את חובת הציות.

יתרה מכך, עקב כך שהשיח המשפטי בפסיקה שעסקה בנושא מאז שנות ה-80 גזר גזירה שווה בין מצבם של חיילים לבין מצבם של עובדי הציבור, לא נבחנה דיה שאלת חובת הציות של עובד הציבור באופן נפרד. לפיכך, חשוב להדגיש שבהקשר האמור עולים גם שיקולים ייחודיים בנושא. שיקול מרכזי שכזה הוא עקרון הייצוגיות הדמוקרטית. בהקשר הצבאי קיים צורך שהצבא יישאר ניטראלי מבחינה פוליטית.⁸²⁵ עקב כך, נעשים במשפט החוקתי מאמצים רבים כדי למנוע מעורבות יתר של הדרג הפוליטי במה שמכונה "הספירה הפנימית" של הצבא;⁸²⁶ וכמו כן, הדין

822 לדיון בכך ראו להלן בחלק 17.5.

823 עניין ציטיאט, עניין קוקה, עניין אטיאס ועניין תעיוז, לעיל ה"ש 11.

824 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 601.

825 ראו Barak Medina, *Political Disobedience in the IDF*, 36 *ISR. L. REV.* 73, 96-97 (2002).

826 בהקשר הישראלי הדבר בא לידי ביטוי בכך שרמטכ"ל מוגדר כ"דרג הפיקודי העליון בצבא" (ס' 13)

רואה בחומרה רבה חריגה של בעלי תפקידים בשרשרת הפיקוד מהחובה לשמור על ניטרליות פוליטית.⁸²⁷ בהקשרה של האדמיניסטרציה האזרחית, לעומת זאת, עיקרון הייצוגיות הדמוקרטית, מחייב לאפשר לדרג הפוליטי לקדם את מדיניותו בדרך של מתן הנחיות לדרג המקצועי – ולפיכך מותרת התערבות גדולה יותר של הדרג הפוליטי בפעילות המנהל.⁸²⁸ יתר על כן, רציונאל זה גם תומך בהגברת חובת הציות לאורך כל שלבי ההיררכיה הבירוקרטית ולא רק ביחס להוראות שניתנות ישירות מפי הפוליטיקאי. זאת מפאת העובדה, שככל שמשרת הציבור בכיר יותר, כך יש יותר סיכוי שמעשיו מבוקרים על ידי הפוליטיקאי, ושהוא יהיה מודע למהות רצונותיו של הפוליטיקאי.⁸²⁹ לפיכך, ככל שנטיל חובת ציות רחבה יותר הרי שיש יותר סיכוי שנחזק את עקרון הייצוגיות הדמוקרטית.

נכון הוא הדבר שעקרון הייצוגיות הדמוקרטית אינו מצדיק מתן היתר לממונה במנהל הציבורי לתת הוראות בלתי חוקיות. אך כפי שהדוגמאות שהובאו לעיל מפסיקת בית המשפט העליון מעידות, לעיתים, הנזק שיגרם מציותו של עובד הציבור להוראות מסוימות שנפל בהן פגם (לדוגמא פגם אדמיניסטרטיבי פשוט) עלול להיות קטן מהנזק שיגרם עקב אי-ציות לתפקודו התקין של הגוף המנהלי הרלוונטי (ועימו לאפשרותו של נבחר הציבור העומד בראשו לקדם את מדיניותו).

יש לציין כי כנגד שיקול זה, בהקשרו של המנהל הציבורי האזרחי, קיים שיקול נגדי. מתן אוטונומיה רבה לבעלי התפקידים במנהל הציבורי, לעיתים, יהיה בו כדי לאפשר שימוש בעובדי הציבור כ-"שומרי סף" שיוכלו לסכל ניסיונות פסולים מצד נבחר הציבור (או עושי דבריהם בהיררכיה המנהלית) לניצול לרעה של תפקידם. אך קשה לראות מדוע תוצאת האיזון בין שיקולים אלו צריכה להיות "ניצחון" מוחלט של רציונאל "שומרי הסף" על רציונאל הייצוגיות הדמוקרטית.⁸³⁰ יתר על כן, עוצמתם של השיקולים הללו משתנה בהקשרם של בעלי תפקידים שונים. בהקשר של עובד זוטרי קיים חשש שלא יהיה באפשרותו לראות את התמונה הכוללת בדבר ההקשר בו ניתנה לו ההנחיה שהוא סבור שנפל בה פגם חוקי. לפיכך, קיים חשש גדול יותר לפגיעה בתפקודו התקין של הגוף המנהלי הרלוונטי מפאת סירוב הנובע מסברתו של הכפוף שנפל פגם חוקי-אדמיניסטרטיבי (פשוט) בהוראה.⁸³¹ לעומת זאת, ככל שהעובד בכיר יותר, ניתן להניח כי יש בידי יכולת טובה יותר לראות

לחוק יסוד: הצבא. אם כי חשוב לציין כי גם במדינות בהם הדרג הפוליטי מוגדר כדרג הפיקודי העליון (דוג' ארה"ב) המשפט הציבורי קובע מנגנונים שונים (דוגמת בקרה פרלמנטארית נוקשה) על מנת למנוע מעורבות יתר של הדרג הפוליטי בספירה הפנימית של הצבא.

827 ראו לדוגמה ע'256/96 (ערעורים צה"ל) התצ"ר נ' ביבאס, פד"צ 1996, 436 (1997).

828 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 357-359.

829 ראו בהקשר זה את ההדגשה של הקשר שקיים בין הגורם הנבחר לפקידות הבכירה, והעדר דיון ביחסים בינו לבין הפקידות הזוטרה, ב: McNollgast, *The Political Economy of Law: Decision Making by Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies*, in *LAW AND ECONOMICS HANDBOOK 72-73* (A. M. Polinsky & Stephen Shavel, eds., 2007).

830 בספרות הקלאסית העוסקת במשפט המנהלי המתח בין שני הרציונאליים הללו בא לידי ביטוי בחילוקי דעות בין שתי אסכולות: אלו המכונים פרוגרסיביים (התומכים במתן חופש פעולה רחב לדרג האדמיניסטרטיבי המקצועי), ולעומתם, לאלו המכונים דמוקרטיים (התומכים בהגברת השליטה של הדרג הנבחר על הדרג האדמיניסטרטיבי המקצועי). לדיון בחילוקי דעות אלו, ראו: שם, עמ' 76-78. יחד עם זאת, בפועל, המשפט המנהלי הוא תוצר של ניסיון לאזן בין הרציונאליים הנוגדים הללו (ראו: שם, עמ' 85-86).
831 פסקי הדין המשמעותיים בהם נקבעה ואושררה הילכת רובין ממחישם נקודה זו היטב; שכן פסקי

את ההקשר הכולל (עקב מיקומו בהיררכיה הארגונית, עקב קיומם של פחות מתווכים בינו ובין נבחר הציבור, עקב האחריות המערכתית הכבדה יותר המוטלת על כתפיו, ולעיתים גם עקב ניסיונו העודף), ולפיכך, החשש האמור קטן.

אם כך ניתן לסכם ולומר, שהכיוון אליו כיוונו זמיר ובייניש ואשר נדון לעיל, המטיל על עובדי הציבור חובה מצומצמת לציית להוראות בלתי חוקיות, הינו כיוון ראוי. יחד עם זאת, כפי שנדון לעיל, הן בגישת בייניש והן בגישת זמיר קיימים קשיים מסוימים, ולפיכך יהיה זה ראוי לנסות ולאחר גישה אשר יהיה בה כדי לפתור קשיים אלו. ניסיון זה לבחון את הגישה הראויה ייעשה בנפרד לשני חלקי הסוגיה – ההגנה אשר ראוי להעניק לעובד ציבור שעבר עברה עקב ציות ומידת הציות אשר ראוי לדרוש ממנו.

16.1.5 הפתרון הראוי

16.1.5.1 מידת ההגנה שיש לספק לעובד ציבור בגין עברות שעבר מתוך ציות להוראה

כאמור, השירות הציבורי האזרחי נועד לפעול בעיקר בעתות שגרה ונדרש בו חופש מחשבה גדול ומרחב פעולה. מכאן עולה שרמת המשמעת הנדרשת בו נמוכה מרמת המשמעת הנדרשת בצה"ל, ולכן משקלם של שיקולי ההצדק בתחום זה כבד פחות.

עובד ציבור אינו ניצב בין פטיש פלילי לסדן פלילי, אלא בין פטיש משמעי לסדן פלילי; עובד, שלא כמו חייל, יכול להתפטר; בשירות הציבורי הסבירות שיהיו הצדקים שבדין להפרת החוק נמוכה יותר ויש פחות מצבי לחץ וחירום – כל אלו מעידים על כך כי בהקשרם של עובדי הציבור עצמם של שיקולי הפטר פחותה.

זאת ועוד, עקב קיומו של עקרון ההתמקצעות במנהל הציבורי, עובד ציבור הופך פעמים רבות לבקיא יותר בחוקיות פעולות הנוגעות לתפקידו מאשר הממונה עליו, ולכן להטיל עליו חובה לזהות את הפליליות בהוראות הממונה אינו בלתי סביר. יתר על כן, העובדה שמרבית ההוראות ניתנות בעתות שגרה ולא "תחת אש" מעניקה לעובד שהות לברר את חוקיות ההוראה אם הוא מתלבט בסוגיה.

אם כן, נראה שזמיר צדק ואין זה ראוי לחייב עובד לציית להוראות אשר ביצוען כרוך בפלילים.⁸³²

קביעת כלל כזה מותחת קו אי-ציות ברור יותר עבור עובדי ציבור מאשר הקו הקיים במבחנים כמו "ברור וגלוי" או "בעליל". יתר על כן, כיוון שלרוב לעובד ציבור שהות לברר אם ההוראה חוקית, הוא יכול לפנות ליעוץ משפטי. פעמים רבות ייעוץ כזה יכול לסייע לו להבין אם הוראה היא פלילית יותר מאשר יכול ייעוץ כזה לסייע לו להבין אם היא בלתי חוקית "בעליל" או באופן

דין אלו עסקו בעיקר במעשי סירוב מצד עובדים זוטרים, מקום בו הנוק להתנהלות התקינה של הגוף האדמיניסטרטיבי הרלוונטי בגין הסירוב היה גדול מהנוק שהיה נגרם לו היה העובד מצייט להוראה הפגומה ומתלונן בדיעבד.

832 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 602-603.

”ברור וגלוי”⁸³³

אך האם משמעות הדבר הינה שאין להעניק לעובד הציבור כל הגנה מקום בו ביצע עבירה עקב ציות להוראה שניתנה לו על ידי ממונה? שני שיקולים קיימים עדיין לטובת התחשבות במצבו של העובד המבצע עבירה תחת ציות. שני השיקולים הללו קיימים בהקשרם של עובדי הציבור לא באותה עוצמה בה הם קיימים בהקשרם של חיילים, אך עדיין קיים צורך לבחון את האופן בו על מערכת המשפט לקחת אותם לכדי חשבון. ראשית, כפי שנדון לעיל, גם בהקשרם של עובדי הציבור עשויה להתפתח נטייה פסיכולוגית לציית (אם כי בעוצמה נמוכה יותר מזו שעלולה להתפתח בהקשרם של חיילים) ולפיכך, מן הראוי שעובדה זו תילקח בחשבון על ידי מערכת המשפט. שנית, כפי שעוד נדון לעיל, מידת האוריינות בדין שניתן לצפות (ואף לדרוש) מעובד ציבור הינה גבוהה יותר ביחס למה שניתן לדרוש מהחייל. יחד עם זאת, עדיין יתכנו מקרים מסוימים בהם מודעותו של עובד הציבור להשלכות החוקיות של מעשיו תיפגם בהשפעת הנחיה שניתנה לו על ידי הממונה עליו. לפיכך, גם שיקולי הפטר מסוג טעות במצב משפטי עדין קיימים (אם כי בעוצמה נמוכה) בהקשרם של עובדי הציבור.

על אף קיומם של שני שיקולי הפטר אלו, הרי שבעוצמה בה הם קיימים בהקשרם של עובדי הציבור, הצורך להתחשב בהם אינו מצריך יצירת סייג מיוחד בפלילים לעובדי ציבור שביצעו עבירה תחת ציות. זאת מכיוון, שקיימות דוקטרינות משפטיות אחרות דרכן ניתן לקחת שיקולים אלו לכדי חשבון - בעוצמה בה הם נמצאים בהקשרם של עובדי הציבור.

ראשית, במצבים בהם עובד הציבור סבר בשוגג עקב הוראת הממונה עליו שהמעשה שהוא מבצע הינו חוקי, שני שיקולי הפטר האמורים יילקחו לכדי חשבון על ידי בתי המשפט בהקשר של סייג הטעות במצב משפטי; שכן, קיים צורך לקחת שיקולים אלו לכדי חשבון, יחד עם שיקולים נוספים, לצורך בחינת סבירות טעותו של העובד.

שנית, בהקשרן של עבירות רבות, שני השיקולים האמורים יילקחו לכדי חשבון (יחד עם שיקולים נוספים) על ידי בתי המשפט בעת שאלו יידרשו להכריע בשאלה האם התקיים בעובד היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה.⁸³⁴

דוגמא להשלכות שיש בהקשרם של עובדי ציבור ללקיחת שאלת הציות לכדי חשבון בעת בדיקת התקיימות היסוד הנפשי מצויה בדיון המשפטי שהתקיים בפסק דין אנגלי בעניין Janaway.⁸³⁵ הקושי המשפטי באותו מקרה נוצר עקב חוק הפלות הבריטי מ-1967, אשר התיר ביצוען של הפלות בנסיבות שפורטו בו.⁸³⁶ עוד נקבע בחוק כי לא תהיה זו עילה לפיטורין אם סירב אדם להשתתף בהליך הנוגע להפלות חוקיות עקב טעמים שבמצפון. בעניין Janaway פוטרה מעבודתה מזכירה בבית חולים כיוון שסירבה להקליד מכתב הנוגע להפלות. המזכירה פנתה לבית המשפט בטענה כי פוטרה שלא כדין מכיוון שפעלה על פי זכותה הקבועה בחוק הפלות. בית המשפט

833 שם, בעמ' 603-604.

834 ראו בהקשר זה את הדיון בחלק 18.3.

835 R. v. Salford Health Auth., Ex. p. Janaway, [1989] A.C. 537 (C.A. 1987)

836 Abortion Act, 1967, c. 87, UK

קבע כי הזכות לסרב להשתתף בהליך הנוגע להפלות היא זכותו של כל אדם, אשר לפני 1967 היה מועמד לדין אילו השתתף במעשים שעד לאותו תאריך היו בלתי חוקיים והותרו בחוק האמור. לפיכך בחן בית המשפט אם לפני 1967 אפשר היה להעמיד לדין את המזכירה בגין סיוע להפלה והגיע למסקנה כי התשובה לכך שלילית, מכיוון שלמזכירה המצייתת לרופא המורה לה להקליד מכתב הנוגע להפלות אין את המחשבה הפלילית שהייתה דרושה, לפי המצב המשפטי קודם לשנת 1967, כדי שתיחשב לשותפה בביצוע הפשע. לפיכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי לאחות לא הייתה זכות לסרב להקליד את המכתב ולפיכך הפיטורין הם כדין. אמר השופט סלייד (Slade):⁸³⁷

[M]ens rea is a necessary ingredient in procuring. Whatever might have been said to the doctor whose letter she was being asked to type, she herself, in typing the letter, would have been intending merely to carry out the obligations of her employment, and not endeavouring to produce a result consisting of an abortion. Thus, whether or not there would have been a sufficient causal link between her typing and any ensuing abortion, she would not have had the necessary intent to render her a procurer.

להתחשבות בעובדת הציות כדי לבחון אם התקיים בנאשם היסוד הנפשי הדרוש לשם ביצוע העברה ישנן השלכות בעיקר ב: עברות שהיסוד הנפשי שלהם אינו מודעות, דוגמת עברות רשלנות; בעברות שנוסף למודעות נדרש מניע; או בעברות אשר חלק מהיסוד העובדתי שלהן הוא נסיבת ה"כדין" (שכן העובד יכול לטעון כי עקב הציות הוא לא היה מודע לכך שהמעשה שלו אינו כדין).

חשוב לציין, שגם במקרים בהם הציות אינו רלוונטי ליסוד הנפשי, או אינו מקים טענה בדבר טעות במצב משפטי, יהיה זה ראוי לבחון את האופן בו עוצמת שיקולי הפטר הקיימים בהקשרו של עובד הציבור משפיעה על רמת החומרה בה יש לראות את מעשה העבירה שביצע תחת ציות. בחינה זו יהיה בה, במקרים מסוימים, להוביל למסקנה, שעקב הציות, חומרת המעשה אינה מספקת על מנת להפעיל הליך פלילי, אלא ראוי להסתפק בהליך משמעותי. כמו כן, שיקולי הפטר אלו, בין אם בהליך פלילי ובין אם בהליך משמעותי, במקרים מסוימים, ראוי שיילקחו בחשבון כשיקולים לקולא בשלב קביעת העונש.⁸³⁸

יחד עם זאת, חריג אחד לשלילת הגנה הציודק מעובד הציבור, בכל זאת צריך להתקיים, וזאת במצבים בהם הממונה טוען בפני העובד שההוראה שנתן, אשר ככלל אינה חוקית, הינה חוקית עקב קיומו של הצדק בדין (כדוגמת "צורך"). מבחינת שיקולי הצדק; במצבי צורך וחירום (ובמדינת ישראל מצבי צורך וחירום שכאלו הינם אף שכחים יותר מאשר במדינות אחרות) לא מתאפשר אותו דיאלוג חופשי המאפיין את המנהל הציבורי האזרחי בשגרה, וניהולו התקין מצדיק לעיתים

837 עניין *Janaway*, לעיל ה"ש 835; ראו גם דבריו של השופט סטוקר (Stocker) בעמ' 459. 838 אינני קובע במקרה זה כללים גורפים, אלא רק מציין שבכל מקרה ומקרה שיקולים אלו צריכים להילקח לכדי חשבון. בשלב ההחלטה על העמדה לדין, ובשלב הענישה, שכן, שלבים אלו בהליך אכיפת הדין, ביחס לשלבים אחרים, נחשבים שלבים בהם ההכרעה צריכה להיות פחות מונחית על ידי כללים קבועים מראש, ויותר על ידי ניסיון לאון בכל מקרה ומקרה את מכלול השיקולים הרלוונטיים לאותו מקרה.

ציות להוראות בלתי חוקיות. לאור זאת, במצבים שכאלו, יש צורך להטיל חובה רחבה על עובד הציבור לציית גם להוראות שהוא עצמו סבור שהן בלתי חוקיות. במקביל יש להעניק לו, במצבים אלו, הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה, מקום בו יתברר בדיעבד כי על אף קיומם של תנאי הצורך ההוראה הייתה עדיין בלתי חוקית. מבחינת שיקולי הפטה, הרי שבמצבים שכאלו ניתן לצפות: הן שתגבר נטייתו הפסיכולוגית של העובד לציית לממונים עליו, והן שתגבר המידה בה יהיה זה סביר לצפות ממנו לסמוך על דברי הממונים. לפיכך, גם מבחינת שיקולי ההפטה, ראוי במצבים שכאלו להעניק לעובד הציבור הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה. חובה זו אל לה להיות חובה מוחלטת – אלא יש לקבוע שבמצבים שכאלו יחול על עובדי הציבור דין דומה לזה החל על חיילים.

16.1.5.2 לאילו סוגים של הוראות בלתי חוקיות יש לחייב עובד ציבור לציית?

שיקולי המשמעת והיעילות במנהל הציבורי האזרחי, כמו גם העיקרון הדמוקרטי של ייצוגיות, מחייבים במקרים מסוימים ציות להוראות ממונים על אף היותן פגומות מבחינה חוקית. על כן, נשאלת השאלה, היכן עובר הקו המתחם את חובת הציות.

ראשית, כפי שכבר צוין, בעיתות צורך וחירום המשפיעות על פעילותו של עובד הציבור, יש להטיל על עובד הציבור חובת ציות זהה לזו החלה על חיילים בעיתות שכאלו.

שנית, בשגרה, יש לאבחן בין הוראות בלתי חוקיות שביצוען כרוך בביצוע עבירה פלילית לבין הוראות בלתי חוקיות שביצוען אינו כרוך בביצוע עבירה.

לגבי הוראות שביצוען כרוך בביצוע עבירה פלילית, כפי שצוין לעיל, אין מקום לחייב עובדים לציית להוראות פליליות שכאלו. ההיפך הוא הנכון, לאור הדיון לעיל, כשם שאין להעניק לעובדי הציבור הגנת צידוק עקב ציות להוראה מגבוה בעיתות שגרה, הרי שיש להטיל עליהם חובה לסרב להוראות פליליות. מתיחת קו שכזה, תואמת את שיקולי ההפטה וההצדק כפי שהם רלוונטיים לעובדי הציבור בעיתות שגרה. כמו כן, קביעת כלל שכזה מותחת קו אי-ציות ברור יותר עבור עובדי הציבור מאשר הקו הקיים במבצבים עמומים כמו "ברור וגלוי" או "בעליל". יתר על כן, נוכח השהות הקיימת לרוב לרשות העובד לבירור חוקיות ההוראה, בשגרה, הוא יכול לפנות ליעוץ משפטי, ואף ראוי לחייבו לעשות כן. עוד יצוין, שגם עבור היועץ המשפטי מלאכת זיהוי הוראה הנגועה בפלילים קלה יותר מזיהוי הוראה בלתי חוקית "בעליל" או באופן "ברור וגלוי".

אך מה בנוגע להוראות שהינן בלתי חוקיות אך ביצוען אינו כרוך בביצוע עבירה פלילית? לטעמי, גם בהקשרן של הוראות אלו לא יהיה זה ראוי להשתמש במונחים דוגמת "ברור", "ברור וגלוי" או "בעליל" על מנת לקבוע את קו גבול הציות של עובדי הציבור. שימוש במונחים אלו עלול ליצור עמימות מונחית, הפוגעת בעיקרון ודאות הדין. לפיכך, נשאלת השאלה, האם ניתן לשרטט קו ברור יותר, אשר יקבע אילו הוראות בלתי חוקיות, שביצוען אינו כרוך בביצוע עבירה פלילית, חייבות בציות?

כפי שנדון לעיל, בייניש סבורה כי הוראות שניתנו בהיעדר סמכות אך אין בהן פגם חוקי "מהותי" הן הוראות המחייבות ציות. אך מבחן זה לוקה בעמימות רבה ולכן אינו מסייע רבות.

זמיר סבור כי ההוראות אשר אינן מחייבות ציות, הן "הוראות שהן באופן ברור בלתי חוקיות לפי המשפט המנהלי, כגון חורגות מסמכות או יוצרות הפליה פסולה". מבחנו של זמיר אף הוא עמום במידה רבה. יתר על כן, עמדתו של זמיר בסוגיה של הוראות החורגות מסמכות משקפת עמדה אשר בית המשפט אינו מצדד בה יותר, והיא שקיים פער בחומרה בין מעשה שבו נפל פגם מנהלי בסמכות לבין מעשה שבו נפל פגם מנהלי בשיקול הדעת. עדות לשינוי גישה זו מצויה בדבריה של השופטת בייניש בעניין מנוס. בהקשר של הוראה שניתנה ללא סמכות ציינה שם השופטת כי עקב אימוץ דוקטרינת הבטלות היחסית, עובד אינו יכול לדעת מה יקבע בית המשפט לעניין תוצאת הפגם החוקי, ולכן עליו לציית להוראה. זאת לעומת המצב בעבר על פיו מעשים שבוצעו בהיעדר סמכות נחשבו לבטלים מעיקרם.⁸³⁹

עם זאת, כפי שצוין לעיל, הרעיון לקשור את חובת הציות של העובד לדוקטרינת הבטלות היחסית הוא רעיון פגום מיסודו, אשר יש בו כדי לפגוע בעקרון שלטון החוק: קשר זה מצמצם את האפשרות למנוע מראש הפרות חוק ומתמקד אך ורק בבחינתן בדיעבד.

נראה ששיקול אשר לא נלקח לכדי חשבון בבחינת תיחום חובת הציות של עובד מדינה הוא אפשרותו של העובד לקבול על הפרת החוק מבלי שייגרם נזק לאינטרסים ציבוריים חשובים. על כן, נראה שאבחנה ראויה יותר הינה אבחנה בין מקרים בהם עקב הציות להוראה עלול להיגרם נזק לאינטרסים החשובים של גוף ורכוש, אשר אף אם תתברר הפרת החוק בדיעבד לא יהיה ניתן לרפאם, לבין מקרים בהם, אם העובד יציית להוראה ומייד לאחר מכן ידווח על הפרת החוק, יהיה בדרך זו כדי לרפא את עיקר הנזק שנגרם לשלטון החוק ולאינטרסים ציבוריים אחרים. לפיכך, לדידי, ראוי לקבוע, כי מקום בו לא תבוצע עבירה פלילית ולא יגרם נזק בלתי ניתן לריפוי לגוף או לרכוש, הרי שעל העובד לציית להוראות הממונים עליו. באשר לרכוש ראוי להבהיר כי לדידי בנוגע לנכסים מוחשיים חובת הסירוב קמה גם אם הנזק ניתן לפיצוי כספי בדיעבד וזאת כל עוד עלול להיגרם נזק מוחשי לרכוש. לעומת זאת, הוראה בלתי חוקית שאינה פלילית שתוצאתה עיכוב בתשלומי כספים לאזרח, או בפגיעה בשכרו של עובד הציבור, הינה מסוג ההוראות שיהיה על העובד לציית להן ומייד (בהקדם האפשרי) לדווח על הפרת החוק. זאת הואיל, ובהעברת הכספים לאדם בדיעבד יש כדי לפצות על הנזק שנגרם, וגם לרפא חלק נכבד ממנו. נוסף על כך, יצירת כלל הקובע, כי על עובד הציבור לציית גם להוראה בלתי חוקית, שאינה פלילית, אשר משמעותה פגיעה בשכרו או בתנאי העסקתו משאירה כר רחב לציות, אשר מגן על התנהלותו היעילה של המנהל. כר זה מכסה את כלל המקרים שנדונו לעיל בפסקי הדין המשמעותיים של עובדי הציבור, אך אין הוא רחב יתר על המידה – ולכן אינו נפרס על מקרים בהם יש חשש לפגיעה שאינה ניתנת לריפוי באינטרסים החשובים של גוף ורכוש. יתר על כן, קו הגבול המוצע כאן – המבחין בין הוראות בלתי חוקיות שיש לציית להן לבין אלו שאין לציית להן על סמך השאלות: האם ההוראה נגועה בפלילים והאם ציות להוראה יוביל לנזק בלתי ניתן לריפוי לגוף או לרכוש – הינו קו גבול ברור יותר מקווי הגבול שהוצעו על ידי בייניש וזמיר, ולפיכך יהיה בו כדי להקל על יכולת הזיהוי של המקרים השונים על ידי העובד.

מגבלה נוספת שראוי להטיל על חובת הציות של עובד הציבור עניינה הוראות בלתי חוקיות, אשר על פניהן לא נועדו לשרת אינטרס ציבורי כלשהו. הסיבה לאיסור לציית להוראות בלתי חוקיות שכאלו נעוצה בעובדה שהסמכות ניתנה לממונה למען קידום האינטרס הציבורי, ומטרה זו אינה מושגת מקום בו הממונה מנצל את סמכותו לרעה על מנת לקדם את רווחתו הפרטית. יתר על כן, מדובר במקרים בהם הפרת החוק, פעמים רבות, תהיה קלה לזיהוי, ולכן, הוספת כלל כאמור לרוב לא תקשה על עובד הציבור באבחנה בין הוראות להן עליו לציית לבין הוראות להן עליו לסרב.⁸⁴⁰

עם זאת, גם במסגרת המבחן המוצע כאן עדיין קיים חשש לפגיעה רחבה ונמשכת בשלטון החוק. לפיכך, לדידי, יש להשלים כלל זה באמצעות הטלת חובה על העובה, המקבל הוראה אשר נראית לו בלתי חוקית, להיוועץ ביועץ המשפטי הרלוונטי, במידת האפשר לפני הביצוע, וכן לדווח לגורמים המוסמכים על ביצוע מעשה הפרת החוק – אם אפשר לפני הביצוע ואם לא ניתן לעשות כן הרי במועד המוקדם ביותר האפשרי לאחר מעשה. חובה זו לא רק תספק הגנה לשלטון החוק, בכך שכדי לתקן את דרכי המנהל לא תידרש תלונה של צד ג' ובית משפט לא ייבחן זאת בדיעבד, אלא היא מתבקשת גם מעקרון המקצועיות וההתמקצעות של המנהל הציבורי, מכיוון שהיא מאפשרת למנהל כגוף וכן לעובד ולממונה עליו כפרטים ללמוד ולהשתפר.⁸⁴¹

לגבי העיגון הנורמטיבי של חובה זו, נראה שראוי להתבסס על פרשנותו של זמיר למונח "דין" שבסעיפים 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת), ו-9(2) לחוק הרשויות המקומיות. משמע, מרגע שהדבר ייקבע בפסיקת בתי המשפט, תקום לעובד הציבור חובה ש"בדין" לציית להוראות פגומות מבחינה חוקית, כל עוד הציות להן לא יגרום לביצוע עברה פלילית ולא יגרום פגיעה נזיקת או פגיעה ברכוש העובד או ברכושו של צד ג' (עם סייג לגבי פגיעה בשכרו של העובד). באותה לשון, מרגע שייקבע הדבר בפסיקה, תהיה הוראה "בדין" אשר תחייב את העובד לדווח על ההוראות הלא חוקיות שקיבל מהממונה עליו ליועץ המשפטי הרלוונטי ולהתייעץ עמו, ואי-קיום חובה זו יאפשר להעמידו לדין בגין הפרה של סעיף 17(2) או סעיף 9(2).

כמובן, שלאור חובה זו, יש להוסיף כלל אי ציות נוסף. על פי כלל זה: הוראה הניתנת לעובד ציבור המורה עליו שלא לפנות ליועץ משפטי או לא לדווח על מעשה בלתי חוקי היא הוראה שאסור לציית לה. יתר על כן, ראוי להרחיב כלל זה, ולקבוע, בנוסף, שהוראות שמטרתן להסתיר מידע מרשויות החוק (משטרה, מבקר מדינה, ועדות חקירה וכו'), הן הוראות שאסור לעובד ציבור לציית להן. איסור לציית להוראות שמטרתן להסתיר מידע מרשויות החוק כבר נכלל, בפועל, באיסור הציות להוראות פליליות, אך בציון כלל זה באופן מפורש ונפרד יש כדי למנוע אי בהירויות בנושא. איסור מפורש וספציפי שכזה כבר נקבע בהקשרם של חיילים, בהקשרם של עובדי הציבור המשרתים בגופי הביטחון, ואף במספר פסקי דין שעסקו בעובדי ציבור "אזרחיים".⁸⁴² מדובר בכלל

840 לעניין חובה זו בהקשרם של חיילים, ראו לעיל חלק 13.4.2.5. כפי שדנתי במקום אחר, יש לראות בהוראה בלתי חוקית למנות מינויים פוליטיים משום הוראה אשר חל עליה כלל הסירוב האמור, ראו, בורה, לעיל ה"ש 752, בעמ' 227 (שם ביקרתי עמדה הפוכה שנפסקה בעניין הנגבי, לעיל ה"ש 698, פס' 2127).

841 ראו לעניין זה, זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 603-604. עוד ראו, לעניין חובה זו בהקשרם של חיילים, לעיל חלק 14.1.1.

842 ראו לעיל חלק 13.4.2.7.

פשוט ובהגנה על אינטרס ציבורי חשוב – בירור האמת. כמו כן, בהחלתו של כלל זה אין כדי לפגוע בתכליות ציבוריות חשובות, שהרי קיימים מגוונים חוקיים שונים המעניקים הגנה מפני פגיעה בתכליות שכאלו בהליכי החקירה, כדוגמת: זכות השתיקה, הטלת חיסיון ועוד.⁸⁴³

אני מודע לכך, שלעיתים, יתקשה עובד הציבור לזהות האם מדובר בהוראה שלא נועדה לשרת אינטרס ציבורי, או לחוות האם בציות להוראה יגרם נזק בלתי ניתן לריפוי לגוף או לרכוש, או האם הציות כרוך בפלילים או אם לאו. יחד עם זאת, אין בקושי האמור כדי להפוך את ההסדר המוצע כאן לבלתי ראוי, וזאת מארבע סיבות.

ראשית, אין כל ספק כי ההסדר המוצע כאן מספק לכפוף יותר וודאות משפטית מאשר המבחנים המוצעים כיום, המשתמשים במונחים עמומים דוגמת "בעליל", "ברור וגלוי", או "ברור".

שנית, עם הזמן, הניסיון שיצטבר בדבר פרשנותם של מונחים אלו יקטין את עמימותם. יתר על כן, כיוון שהמונחים האמורים עוסקים בקטגוריות מתוחמות של מצבים יש יותר סיכוי שהניסיון המצטבר יוביל להבהרתם; זאת ביחס לסיכוי שניסיון מצטבר יוביל להבהרתם של מונחים כוללניים דוגמת "ברור וגלוי" או "בעליל".

שלישית, חובת הבירור והדיווח הרחבה, שצוין לעיל שיש להטיל על עובד הציבור, כמו גם העובדה שלרוב תהיה לעובד הציבור את השהות לבצע בירור מספק, ו/או לפנות לייעוץ משפטי, מקטינות במידה רבה את אי-הוודאות בה הוא עלול להימצא. הרי, למשל, מקום בו פנה עובד הציבור לייעוץ המשפטי של הגוף המנהלי הרלוונטי וזה קבע כי עליו לציית, או לא לציית, תחייב את העובד עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי.⁸⁴⁴

רביעית, אשר למקרים המעטים בהם למרות ביצוע פעולות בירור סבירות, עדיין יפרש הכפוף באופן שגוי את הכללים המוצעים האמורים – הנזק שיגרם מקיומם של מקרים אלו הינו יחסית נמוך. זאת מפאת העובדה שבנוגע לפגיעה בשיקולי ההצדק: כיוון שניתן לשער שמקרים בהם פירוש שגוי שכזה מצד העובד יוביל לסירוב לא ראוי יהיו נדירים, הרי שהפגיעה שתגרם עקב ההסדר המוצע לתפקוד התקין של המנהל הציבורי צפויה להיות נמוכה (לבטח נמוכה ביחס להסדרים המשפטיים שהוצעו עד כה). אם כך, קביעת חובות ציות שכאלו, ככללי התנהגות עבור עובד הציבור, הינה ראויה כיוון שהיא מספקת וודאות לעובד ומכוונת את התנהגותו באופן ראוי בחלק הארי של המקרים. יתר על כן, חשוב לציין בהקשר זה כי חובת הציות (כלל ההתנהגות הנקבע עבור עובד הציבור) וכללי ההכרעה עבור בתי המשפט (ורשויות התביעה) שנדונו לעיל קשורים האחד לשני. לפיכך, ככל שהדבר נוגע לפגיעה בשיקולי הפטר הנובעת מאי-הוודאות המסוימת הנותרת בכללי ההתנהגות המוצעים: במקרים המעטים בהם עובד יפרש את הכללים המוצעים באופן שגוי, למרות ביצוע פעולות בירור סבירות, יהיה זה ראוי, כפי שנדון לעיל, לקחת עובדה זו, כשיקול בעת קבלת ההחלטות הנוגעות להערכת חומרת המעשה. משמע, בעת בחינת השאלות: האם יש עניין לציבור

843 בשולי הדברים אציין כי, כפי שדנתי ביתר הרחבה במקום אחר (ראו בורה, לעיל ה"ש 752, בעמ' 224-226), יש להטיל חובת סירוב יותר רחבה על עובדי ציבור בכירים ולחייבם לסרב לכל פקודה בלתי חוקית.

844 עוד יש לציין בהקשר זה כי היה ויקבע מאוחר יותר שהיה על עובד הציבור לנהוג באופן שונה ממה שייעץ לו היועץ המשפטי האמור, הרי שייעוץ משפטי זה יספק לו, ככלל, הגנה מפני העמדה לדין (שכן, לרוב יהיה מדובר במצב מובהק של טעות סבירה במצב משפטי).

בהעמדה לדין פלילי? ומהי מידת העונש שיש להשית על עובד הציבור?

16.2 שוטרים

16.2.1.1 הבסיס הנורמטיבי

הבסיס החוקי המגדיר את היקף חובת הציות של שוטרים קיים בסעיף 1 לתוספת לחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות): "אי מילוי הוראה מהוראות פקודות משטרת ישראל או כל הוראה אחרת שניתנה כדין, או סירוב למלא הוראה כאמור"⁸⁴⁵.

אף שמדובר במעשה חקיקה יחסית חדש, אין הוא שונה בנוסחו באופן ניכר מנוסחים שהיו קיימים בחיקוקים קודמים.⁸⁴⁶ לפיכך, בבחינת השאלה האם הפרשנות הראויה של מעשה חקיקה זה כוללת חובה לציית להוראות בלתי חוקיות (כל עוד אלו אינן בלתי חוקיות בעליל), ניתן להיעזר בפסיקה שקדמה לחיקוקו.

יש שסברו כי חובת הציות הקבועה בדין הישראלי בנוגע לשוטרים אינה כוללת חובה לציית להוראות בלתי חוקיות. כך, למשל, השופט הנדוי בעניין וייס⁸⁴⁷ אמר, בהערת אגב, כי סירוב של שוטר לציית להוראה של הממונים עליו שניתנה ללא סמכות אין בו משום הפרת חובה.

עמדה זו הושמעה גם בדיונים שהתקיימו בוועדת תיקון 39 על ידי היועצים המשפטיים של משטרת ישראל. דבריהם נאמרו כחלק מדין בשאלות אם ראוי שהגנת הצידוק תחול גם על עברות משמעת ואם בדין המשמעתי קיימת חובה לציית להוראות בלתי חוקיות "סתם"⁸⁴⁸.

"קרפ (בשאלה לסגן פצ"ר י' תל רז): אתם מתכוננים לתקן את סעיף 125 לחש"ף ולומר שהעבירה על אי-ציית לפקודות היא למעט אי-ציית לפקודה שהיא בלתי חוקית. זה מתבקש אם תתקבל הגירסה הזאת.

רפ"ק א' מזוז: אני מציינת את הפן המשטרתי שהוא רלוונטי גם לצבא, כי יש לנו שוטרי מג"ב שכפופים לדין המשטרתי ולא לדין הצבאי ולמאטריה דומה יש דינים אחרים. במשטרה לגבי עבירת המשמעת של אי מילוי הוראה העבירה היא מוגבלת ונאמר בה: אי-מילוי הוראה מהוראות או פקודות משטרת ישראל או כל הוראה אחרת שניתנה כדין. זאת אומרת, העבירה המשמעתי עצמה מוגבלת בכך שההוראה ניתנה כדין וזה פותר את הפאן המשמעתי.

לעומת זאת, בית המשפט העליון השמיע עמדה מנוגדת בהערת אגב בעניין די.בי.אס.⁸⁴⁹.

845 חוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות), התשס"ו-2005, ס"ח 2045 (להלן: חוק המשטרה). לעניין "שוטרים מיוחדים" ראו גם ס' 40 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, דיני מדינת ישראל 17, 390.

846 ראו למשל את נוסח תקנות המשטרה, לעיל ה"ש 785.

847 בג"ץ 100/57 וייס נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד יב(1) 179, 189 (1958).

848 פרוטוקול 30.5.1993, לעיל ה"ש 794, עמ' 7.

849 עניין די.בי.אס, לעיל ה"ש 645, פס' 18.

בכל הנוגע לדיון בגבולות חובת הציודק שנועדך בדין הפלילי והמשמעת, הרי ששם דובר בציודק במסגרת גופים היררכיים אשר המשמעת היא מאבני היסוד שלהן [...]. הן לעניין השירות הצבאי או המשטרה והן לעניין שירותם של עובדי ציבור אחרים נקבע שחשיבותה של המשמעת מחייבת פירוש מצמצם של המונח הוראה בלתי חוקית בעליל ויצירת חריג צר ככל הניתן לחובת הציודק [ההדגשה הוספה].

בית המשפט המחוזי בחיפה דן בעמדה זו בפירוט רב יותר עוד בימי ראשית המדינה, בעניין אהרונוביץ.⁸⁵⁰ בית המשפט נדרש לפרשנות תקנות המשטרה (עבירות על המשמעת) (הגדרה) 1941,⁸⁵¹ בהן הוגדרה כך עברת משמעת של שוטר: "אי ציודק לפקודות שניתנו לו כחוק ע"י שוטר הגבוה ממנו בדרגה". בית המשפט בחן את הביטוי "פקודות שניתנו [...] כחוק" ושאל:

האם ביטוי זה מתכוון רק לפקודות לביצוע מעשה חוקי מכל הבחינות, הן מהצד הפורמאלי והן מהצד הסובסטנטיבי, או ידרש חוקיות 'פורמאלית', דהיינו שיהיה מן הסמכות הכללית של נותן הפקודה לצוות על מעשה שכזה, לאיש המצווה, ושהפקודה תנתן בצורה הדרושה לפי החוק.

בית המשפט הגיע למסקנה בדבר החלופה הפרשנית הראויה:

יש לקבל לגבי סעיף 19 לפ.ח.פ. את הפירוש שהוא מכסה ציודק לכל פקודה שהיא חוקית מבחינה פורמאלית, אלא אם כן המעשה המצווה הוא בלתי חוקי בעליל. ואותו דבר חל על פירוש המילים 'פקודה שניתנה לו כחוק' בתקנות המשטרה (עבירות על המשמעת). התוצאה היא ששוטר מחוייב לפי חוק שחל בינו לבין הממונה עליו לציית לכל פקודה שניתנה לו בגדר הסמכות הכללית של מפקדו ואחת היא אם הפקודה הייתה מוצדקת לפי הסמכות של המקרה המיוחד אם לאו אלא אם גלוי וברור שהפקודה מתכוונת למעשה בלתי חוקי [ההדגשה הוספה].

נראה כי אפשר להשתמש בפרשנות זו גם לגבי חוק המשטרה. יתר על כן, נראה כי גם כאן, בעניינם של שוטרים, אפשר להשתמש בפרשנותו של זמיר שעל פיה הפסיקה היא "דין", ולפיכך בית המשפט רשאי להטיל על שוטרים חובה לציית להוראות בלתי חוקיות "סתם". בהקשרם של עובדי ציבור אמר זמיר:⁸⁵²

כיצד זה מוטלת על עובד הציבור חזקה לציית להוראה בלתי חוקית, שעה שסעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, מטיל חובה לציית להוראה שניתנה לו 'כדין'? מסתבר כי התשובה היא ש"הדין", כלומר ההלכה שנפסקה על-ידי בית המשפט, מחייב את העובד לציית גם להוראה בלתי חוקית שניתנה לו על ידי הממונה. לשון אחרת, גם הוראה בלתי חוקית, אם אין היא בלתי חוקית בעליל, הרי היא, לעניין זה, הוראה 'כדין'.

נראה כי גישה זו יכולה לעמוד גם לעניין החקיקה הנוגעת למשטרה, אם בית המשפט יראה לנכון

850 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בעמ' 392-393.

851 תקנות המשטרה, לעיל ה"ש 785.

852 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 601.

להטיל על שוטרים חובה כזו.

גם בשאלה אם קמה לשוטרים הגנת הצידוק חלוקות הדעות. ייצוג לעמדה שלפיה שוטרים אינם זכאים להגנה זו מכיוון שלא מוטלת עליהם חובה לציית להוראות בלתי חוקיות "סתם" מצוי בדברי הפצ"ר אז, אילן שיף, בפני ועדת תיקון 853:39.

היו"ר ד' מרידור: [...] לאור הדברים שנאמרו כאן בענין חוק שירות המדינה – משמעת, אני מבקש לדעת מה חל על השב"כ. לא יתכן ששם לא תחול אותה הגנה.

תא"ל א' שיף: גם למשטרה אין אותה הגנה.

לעומת עמדה זו, בתי המשפט ובתי הדין למשמעת של המשטרה סברו כי קמה לשוטרים הגנה כזו. תמיכה משתמעת בעמדה זו ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון בעניין אילוז ואליאס,⁸⁵⁴ שם דובר במפקד מחלקה במשמר הגבול (המערער 1) ופקודו (המערער 2) שנסעו בג'יפ, ובמהלך נסיעתם כמעט התנגשו בשני עובדי מע"צ ערבים. עקב כך ציווה המערער 1 על עובדי מע"צ לרדת ממכוניתם ולעלות על הג'יפ. הוא הורה למערער 2 לשמור עליהם בחלקו האחורי של הג'יפ בעוד הוא נוהג בג'יפ. בהגיעם לשדה הורה להם המערער 1 לרדת, נטל את הנשק מהמערער 2 וירה בהם למוות כשהוא מרוקן את המחסנית עד תומה. אישה שעברה במקום גורשה מהאזור – המערער 1 אחז בה והמערער 2 בעט בה. לאחר מכן הורה המערער 1 למערער 2 לבדוק את כיסי ההרוגים. את המסמכים שנמצאו שרף, ואת הכסף חלקו השניים. בית המשפט העליון התחשב ביחסי מפקד-פקוד בין השניים לשם קביעת היסוד הנפשי של המערער 2, אך באמרת אגב ציין כי יחסים אלו לא יכלו להקים למערער 2 הגנת צידוק מכיוון שמדובר בפקודות בלתי חוקיות בעליל. משמע, בית המשפט העליון הניח כי ככלל יכולה לקום הגנת צידוק עקב ציות לפקודה לשוטרים, אולם במקרה זה היא אינה קמה בגלל אופי המעשה המצווה.

כאמור לעיל, עוד בימי ראשית המדינה קבע בית המשפט המחוזי בחיפה, בעניין אהרונוביץ,⁸⁵⁵ כי הגנת הצידוק שהייתה קבועה אז בסעיף 19 לפקודת החוק הפלילי חלה על שוטרים. בערעור על פסק הדין הפך בית המשפט העליון את הכרעת בית המשפט המחוזי, בנימוק אשר אינו רלוונטי לענייננו. בשאלת תחולת הגנת הצידוק על שוטרים ציין בית המשפט העליון כי כדי ששוטר יזכה בהגנת צידוק עקב ציות לפקודה בהליך פלילי, די אם יוכיח כי הפקודה שניתנה לו לא הייתה בלתי חוקית בעליל – משמע, גם בית המשפט העליון באותו מקרה הכיר בתחולת הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה על שוטרים.⁸⁵⁶

תמיכה משתמעת בעמדה זו ניתן למצוא בפסקי הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין חדיד ובעניין ג'ורנו.⁸⁵⁷ בשניהם הועמדו הנאשמים לדין בגין ביצוע עברה הכוללת את הרכיב "שלא כדין". שני הנאשמים לא העלו טענה של צידוק, אך בית המשפט זיכה אותם, בקבעו כי התעורר

853 פרוטוקול 23.5.1993, לעיל ה"ש 781, עמ' 35.

854 עניין אילוז, לעיל ה"ש 463.

855 ת"פ אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356, בעמ' 393.

856 ראו הערעור בעניין אהרונוביץ, לעיל ה"ש 356.

857 עניין חדיד ועניין ג'ורנו, לעיל ה"ש 111.

ספק סביר אם חלה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, ומכאן ספק לגבי התקיימות הרכיב "שלא כדין" הדרוש לשם הרשעה. מפסיקה זו נראה כי בית המשפט סבר שהגנת הצידוק עקב ציות לפקודה חלה על שוטרים. עם זאת, יש להיזהר במסקנה זו, שכן קביעתו של בית המשפט המחוזי נגעה להעמדה לדין בעברה הכוללת רכיב "שלא כדין", ולכן אין ודאות כי מסקנתו זו חלה על כלל העברות.

בפסקי הדין של בית הדין המשמעתי לערעורים של המשטרה מוצגת עמדה ברורה, שעל פיה הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה חלה על שוטרים. למשל, בעניין *בן אברהם*⁸⁵⁸ דובר בשני שוטרים מתחילים אשר עיכבו אדם שלא כדין על סמך רשימה שנתן להם רכז המודיעין ועל סמך הוראת מפקדם שנכח במקום. בית הדין התחשב בכך שמדובר בשוטרים מתחילים, בכך שהעיכוב נעשה על יסוד שגרת העבודה של רכז המודיעין ובכך שמפקדם הוא שיוזם את העיכוב, ולכן קבע כי קמה לשוטרים הגנת הצידוק במקרה האמור.

בעניין *פארס*⁸⁵⁹ הגדיל בית הדין לעשות וקבע כי הגנת צידוק חלה לא רק כשמדובר בפקודה, אלא גם כשמדובר בהתייעצות. רפ"ק פארס היה ראש משרד חקירות והועמד לדין, בין השאר, על כך שהורה להחזיר רכב שהיה ברשות המשטרה שלא לאדם ממנו נלקח הרכב, וזאת בניגוד לחוק. המערער נתן הוראה זו לאחר שנועץ עם מפקדיו, ולפיכך זוכה.

כיוון שהדין בנושא אינו חד־משמעי, נראה כי יש לבדוק אם מבחינת האינטרס הציבורי יהיה ראוי להחיל הגנת צידוק על שוטרים.

16.2.1.2 האם ראוי להחיל הגנת צידוק על שוטרים ובאיזו מידה?

לשם הבנת הקושי המיוחד הקיים בנוגע להחלת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה גם על שוטרים, נדמיין לרגע כי המשטרה אינה עוסקת בנושאים ביטחוניים אלא אך ורק במניעת עברות, ונבחן כיצד בסיטואציה כזו מאזנת הגנת הצידוק בין עקרון שלטון החוק לבין שיקולי ההצדק וההפטר.⁸⁶⁰

במקרה של שוטר במשטרה אשר עוסקת במניעת עברות בלבד, שיקולי ההפטר חלשים יותר מאשר לגבי חייל. כך, למשל, השיקול של היעדר בקיאות לא קיים לגבי השוטר באותה מידה שהוא קיים לגבי החייל. אכן, שלא כמו המצב בשירות הציבורי־האזרחי, כאן סביר יותר כי הבכיר בדרגה יהיה בקיא יותר ברזי החוק מאשר מקבל הפקודה. עם זאת, שוטר נמצא בתפקידו שנים רבות ולכן עם הזמן בקיאותו בדין גדלה. אך יתרה מזו ואף חשוב מכול, מהות תפקידו של השוטר היא לאכוף את החוק. לכן נשאלת השאלה מדוע לאפשר לשוטר לתת יד להפרת חוק רק משום שיוזם הפרת החוק הוא הממונה עליו. עמדה על כך שופטת בית המשפט לערעורים של קולומביה הבריטית אשר בקנדה בפסק הדין בעניין *Doren*,⁸⁶¹ שם נדונה אחריותו של מפקד במשטרה למעשי פקודיו.

858 עניין *בן אברהם*, לעיל ה"ש 595.

859 עניין *פארס*, לעיל ה"ש 214.

860 לשקילת איוון זה בנוגע לחיילים ראו חלק 13.2 לעיל.

861 *Doern v. British Columbia (Police Complaint Comm'r)* (2001), 92 B.C.L.R. (3d) 76 861 (C.A.) (Can.).

בהערת אנג' יצאה השופטת נגד אנלוגיה בין הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה הקמה לחיילים לבין החלתה על שוטרים, באומרה:⁸⁶²

A peace officer's individual duty is to see that the Queen's peace is maintained and that those who breach it, whether they be other peace officers or civilians, are brought to account.

משמע, מכיוון שהשופטת קובעת כי חובתו של השוטר, שלא כמו זו של החייל, היא למנוע עברות – הן של אזרחים והן של שוטרים אחרים – זוהי חובתו של הפקוד במטרה כפי שזו חובתו של המפקד. לכן ניתן להבין מדבריה שעל השוטר הפקוד לסרב לציית להוראות בלתי חוקיות של מפקדו ולמנוע את הפרת החוק, ואם ציית להוראה בלתי חוקית – לא יזכה לכל הגנה מפני העמדה לדין.

תמיכה בעמדה זו ניתן למצוא גם בפסק הדין האנגלי בעניינו של Brennan. שם דחה בית המשפט את אפשרות קיומה של הגנת צידוק לשוטר אשר עבר עברה מתוך ציות להוראות מפקדיו, אף שמטרת הפרת החוק הייתה סיכול עבריינות. באותו מקרה דובר בשוטר אשר נשלח להמר בפאב כדי "לתפוס על חם" את הברמן מנהל הימורים בניגוד לחוק. הברמן הסכים לקבל את הימוריו של השוטר ולפיכך הועמד לדין. בית המשפט זיכה את הברמן, לאחר שקבע כי פאב אינו "מקום פומבי" כהגדרתו בחוק הבריטי, אשר אסר על הימורים במקומות פומביים. בהערת אנג', כחלק מדברי ביקורת שהשמיע בית המשפט על כך שהשוטר נשלח לעבור עברה כדי להוכיח כי אחר עבר עברה, יצא בית המשפט נגד הענקת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה לשוטרים:⁸⁶³

I hope the day is far distant when it will become a common practice in this country for the police officers to be told to commit an offence themselves for the purpose of getting evidence against someone; if they do commit offences they ought also to be convicted and punished, for the order of their superior would afford no defense.

רמז מסוים לצידוד בגישה זו בארץ אפשר למצוא, בדרך ההיקש, בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין דוד,⁸⁶⁴ שם הועמד המערער לדין בגין כך שלא ציית לפקודת מעצר שנתן לו שוטר צבאי. בית הדין קמא קבע כי לאור המשמעת הקיימת בצבא רשאי חייל שלא לציית לפקודת מעצר של שוטר צבאי רק אם זו בלתי חוקית בעליל. בית הדין הצבאי לערעורים הפך פסיקה זו וקבע כי בשל חובתו של שוטר צבאי לאכוף את הדין (כמו גם בשל זכויות הפרט של החייל) רשאי החייל שלא לציית לכל פקודת מעצר בלתי חוקית שנתן שוטר צבאי.

כאשר דנים בטיעון היעדר הבקאות בהקשרו של חייל (טיעון שאינו קיים לרוב בעניינו של שוטר בפעולתו למניעת עברות), מתווסף גם טיעון של היעדר בקאות בתנאים של צורך. על פי טיעון

862 שם, פס' 20.

863 Brennan v. Peek, [1948] 1 K.B. 68, 69–70 (D.C.)

864 130/03/ע (ערעורים צה"ל) דוד נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 4.12.2003).

זה, בתנאי קרב קיימים הצדקים שבדין להפר את החוק – הצדקים אשר המפקד מודע להם יותר מהחייל, ולעתים אף אינו מורשה לגלותם לחייל עקב שיקולי ביטחון שדה. במקרה של שוטר, המתמקד במניעת עברות, נראה כי גם השפעתו של שיקול זה מצומצמת יותר, אם כי ניתן להניח שעוצמתו רבה יותר מזו הקיימת לגבי עובדי ציבור.

שיקול ההפטר המרכזי הקיים בהקשר של שוטר הוא הנטייה הפסיכולוגית לציית. יש לשער כי בתנאי ההיררכיה והמשמעת של המשטרה נטייה זו חזקה במידה רבה מזו הקיימת בהקשר של עובד ציבור.

מבחינת שיקולי הצדק, גם כאן, מתוך הנחה שמדובר במשטרה העוסקת במניעת עברות בלבד, מתקיים במידה פחותה עקרון "המשמעת אינה ניתנת לחלוקה", שעל פיו יש להקפיד על משמעת חמורה בעתות שגרה כדי להתכונן לשעת חירום. אמנם קיים במשטרה אינטרס של שמירה על משמעת ארגונית, אולם יש צורך גדול יותר בפתיחות מחשבתית ויש שהות רבה יותר לקיים סיעור מוחות ולברר את חוקיות המעשים מאשר בעת פעילות מבצעית צבאית. יתרה מזו, כנובע מעמדת השופטים בפסיקה מקנדה ומאנגליה שהובאה לעיל – כאשר מדובר במשטרה העוסקת במניעת עברות בלבד, הרשאה לשוטרים להפר את החוק חותרת תחת יעודה של המשטרה עצמה.

אך כמובן שבחינה כזו על המשטרה היא בחינה חלקית בלבד. במדינות רבות, ובמיוחד במדינת ישראל, המשטרה עוסקת גם בעניינים ביטחוניים ולא רק במניעת עברות כמובנה הקלאסי. במצבים אלו יהיו הצדקים שבדין שמפקד במשטרה לא יוכל לספר עליהם לפקודו משיקולי סודיות, ולפיכך נראה כי בעיסוקים הביטחוניים של המשטרה ראוי ששוטריה יהיו זכאים להגנת צידוק וייתכן שיהיה גם ראוי לחייבם לציית לפקודות בלתי חוקיות "סתם".

עקב דיסוננס זה בין שני תחומי העיסוק של המשטרה נשאלת השאלה איזה מבין התחומים ראוי שיגבר. לשאלה זו שלושה פתרונות אפשריים.

הראשון – אם ניתן להפריד בין יחידות של המשטרה העוסקות במניעת עברות בלבד לבין יחידות העוסקות בתחומים ביטחוניים, לרבות מניעת הפרות סדר, נראה כי ראוי למתוח את הקו באופן זה הן בנוגע לחובת הציות לפקודות בלתי חוקיות והן בנוגע להגנת הצידוק. פרשנותו של זמיר למונח "דין" מאפשרת לפסיקה חופש פעולה לעשות הבחנה כזו.⁶⁰⁵ עם זאת, נראה שבמדינת ישראל הבחנה זו אינה ישימה, מכיוון שמעת לעת מוזעקים שוטרים מתפקידים מונעי עברות לתפקידים של ביטחון ושמירת סדר.

השני – בשל הקושי הטמון בפתרון הראשון, ייתכן שיהיה ראוי יותר להבחין בין נושאים. משמע, בתחומים של מניעת עברות יהיה הציות לפקודות בלתי חוקיות אסור "סתם", ובתחומים של אכיפת סדר וביטחון יהיה הדבר מותר. בהתאם, הגנת צידוק תקום לשוטרים רק בתחומים שבהם הם מחוייבים לציית להוראות שאינן חוקיות "סתם".

הקושי בפתרון זה נובע מקיומם של תחומים אפורים שבין מניעת עברות לבין שמירה על הביטחון.

ניתן להשיב לכך כי ספק צריך לפעול לטובת השוטר ולטובת המשמעת הארגונית של המשטרה, ולכן דין תחומים אלו יהיה כדין התחומים הביטחוניים. אך הקושי בכך הוא, שבפועל, הבחנה זו תיצור עמימות וחוסר ודאות עבור השוטר אשר יתקשה לדעת מתי עליו לציית, ואלה יפגעו אנושות במשמעת במשטרה. יתר על כן, אפשר לטעון כי כדי לשמור על המשמעת הראויה לשם התמודדות המשטרה עם מצבי חירום, העקרון שלפיו "המשמעת אינה ניתנת לחלוקה" מחייב להחיל את חובת הצייות לפקודות בלתי חוקיות "סתם" על כלל תחומי עיסוקה של המשטרה. אם טענות אלו נכונות (והדבר דורש ראיות כבדות משקל אשר הנטל להבאתן מוטל על כתפי המשטרה) נראה שלא תהיה בררה אלא לקבל פתרון שלישי, שעל פיו חלה על השוטרים חובת ציות דומה לזו של חיילים וקמה להם הגנת צידוק דומה.

16.3 שב"כ

מבחינת הדין הנורמטיבי, על פי סעיף 14 לחוק השב"כ "רשאי ראש השירות לקבוע בהוראות השירות, הוראות נוספות בדבר משטר ומשמעת שיחולו בשירות".⁸⁶⁶ נשאלת השאלה אם ראש השירות רשאי לקבוע כלל שעל פיו חייב איש השירות לציית לכל הוראה בלתי חוקית כל עוד הוראה זו אינה בלתי חוקית בעליל. תמיכה לעמדה זו מצויה בעמדתו של חבר הכנסת דן מרידור בדיוני ועדת תיקון 39:⁸⁶⁷

היו"ר ד' מרידור: "יש גופים שהם כמו רשות: שירות הביטחון הכללי, המוסד וגופים מיוחדים שהם גופי משמעת פר-אכסלנס אבל המשמעת בהם היא של שירות המדינה, אין משמעת אחרת. לא נראה לי סביר שמי שקיבל הוראה ממפקדו במוסד או בשב"כ לעשות משהו לא יהיה זכאי להגנה שהוא חייב לקבל, זה לא הגיוני. אבל זה המקרה הקל כי אולי הפתרון הוא בקביעת הוראות משמעת".

יתר על כן, נראה כי הדבר אינו נדרש כיוון שבהלכת רובין⁸⁶⁸ נקבע כי על כלל עובדי הציבור לציית להוראות בלתי חוקיות כל עוד הן אינן בלתי חוקיות בעליל, וכיוון שאנשי השירות הם עובדי מדינה (אשר חוק שירות המדינה [משמעת] חל עליהם), חלה עליהם הלכה זו.

אך נשאלת השאלה: אם תשתנה הלכת רובין, האם אפשר יהיה לסייג את השינוי כך שעדיין תחול על אנשי השירות חובה לציית להוראות בלתי חוקיות "סתם"? נראה שדרך אחת אפשרית לעשות זאת היא כי ראש השירות ייקבע הוראת משמעת אשר תקים חובה כזו. דרך שנייה היא באמצעות פסיקה אשר תקבע כי על אנשי השירות מוטלת חובה לציית להוראות כאלו. דרך זו תואמת את השקפתו של זמיר, הסבור כי לעניין חוק שירות המדינה (משמעת) לבתי המשפט סמכות לקבוע בפסיקה את מידת חובת הצייות של העובדים שעליהם חל החוק;⁸⁶⁹

כיצד זה מוטלת על עובד הציבור חזקה לציית להוראה בלתי חוקית, שעה שסעיף 17

866 חוק השב"כ, לעיל ה"ש 779.

867 ראו פרוטוקול 30.05.93, לעיל ה"ש 794.

868 עניין רובין, לעיל ה"ש 10.

869 זמיר, לעיל ה"ש 129, בעמ' 601.

לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, מטיל חובה לציית להוראה שניתנה לו 'כדין'? מסתבר כי התשובה היא ש"הדין", כלומר ההלכה שנפסקה על-ידי בית המשפט, מחייב את העובד לציית גם להוראה בלתי חוקית שניתנה לו על ידי הממונה. לשון אחרת, גם הוראה בלתי חוקית, אם אין היא בלתי חוקית בעליל, הרי היא, לעניין זה, הוראה 'כדין'.

אם כן, כיום חלה ההלכה על כלל עובדי הציבור, כי כך קבעה הפסיקה. אם תחליט הפסיקה לחרוג מההלכה הקיימת ולהגביל את חובת הציות להוראות חוקיות, רשאים השופטים לסייג עצמם ולקבוע כי מבין כלל העובדים אשר חוק שירות המדינה (משמעת) חל עליהם, רק לגבי אנשי כוחות הביטחון (מוסד, שב"כ וכו') תיוותר החובה לציית גם לפקודות בלתי חוקיות "סתם".

נראה שהמחוקק ראה צורך להטיל חובת ציות רחבה על אנשי שב"כ ולצדה להעניק להם הגנת צידוק עקב ציות לפקודה, אם כי הותיר את שיקול הדעת הסופי בנושא בידי בתי המשפט. ניתן ללמוד זאת מהדינים הנוגעים לתיקון 39 לחוק העונשין:⁸⁷⁰

היו"ר ד' מרידור: [...] לאור הדברים שנאמרו כאן בענין חוק שירות המדינה – משמעת, אני מבקש לדעת מה חל על השב"כ. לא יתכן ששם לא תחול אותה הגנה.

תא"ל א' שיף: גם למשטרה אין אותה הגנה.

היו"ר ד' מרידור: למשטרה יש את פקודת המשטרה המפורשת, על פיה הם עובדים. במשטרה צריך לציית, אך בחוק שירות המדינה-משמעת, אין חובת ציות עד כמה שזכור לי. השב"כ והמוסד עובדים מכוח שירות המדינה – משמעת, למרות שאלו ארגונים בטחוניים שהמשמעת היא נשמת אפם. צריך לחשוב אם גם כאן צריך תיקון.

ובהמשך:⁸⁷¹

היו"ר ד' מרידור: יש פה שאלה מהותית, לא ניסוחית והיא עלתה בדברים של הפצ"ר שחשב שפסק דין מסויים הוא לפעמים מוטעה. אני לא חושב שהוא מוטעה. השאלה היא מה קורה כאשר המשמעת איננה צבאית או משטרתית. ראשית, האנומליה. יש גופים שהם כמו רשות: שירות הביטחון הכללי, המוסד וגופים מיוחדים שהם גופי משמעת פרי-אכסלנס אבל המשמעת בהם היא של שירות המדינה, אין משמעת אחרת. לא נראה לי סביר שמי שקיבל הוראה ממפקדו במוסד או בשב"כ לעשות משהו לא יהיה זכאי להגנה שהוא חייב לקבל, זה לא הגיוני. אבל זה המקרה הקל כי אולי הפתרון הוא בקביעת הוראות משמעת.

...

פרופ' מ' קרמניצר: כשטיפלנו בסעיף חשבנו על זה על זה ונקודת המוצא שלנו הייתה באמת שיש מקום לפטור מאחריות גם בשירות הציבורי – הדבר מקובל גם במקומות אחרים – אבל הפטור צריך להיות בהיקף מוגבל יותר מאשר היה מקובל לחשוב כמו

870 פרוטוקול 23.5.1993, לעיל ה"ש 781, בעמ' 35.

871 פרוטוקול 30.5.1993, לעיל ה"ש 794, בעמ' 17-12.

הדגל השחור כי הקונספציה הזאת לא מתאימה לשירות הציבורי. אם תתקבל עמדת הצבא שבתחום הצבאי צריך להשאיר את הדגל השחור – עמדה שאתה לא נוטה לקבל – יהיה צריך לקבוע מבחן שונה לשירות הציבורי בו אין סיבה לדרוש אותו סוג של משמעת ואותה חובת ציות מוחמרת שנדרשת כצבא או בגופים מעין צבאיים. אם יתקבל הכיוון שהצעה הולכת בו כשמדברים על חוקיות וגם על סוביקטיביות, זה פתרון שיכול להתאים גם לשירות הציבורי וגם הצבא יכול להיות איתו. יכול להיות שהצבא יצטרך לעשות רוויזיה מסויימת בפקודות מסויימות בצבא ולתת היתרים לסטיות וייתכן שצריך לנסח את סעיף 133 של אייקום הוראות מחייבות בצבא באופן שיתאים לצרכים שלהם, אם יש להם צרכים אמיתיים, שבנסיבות מסויימות מצדיקים סטיות.

...פרופ' א' אנקר: המאפיין של הצבא, של המשטרה, של השב"כ של המוסד ושל גופים כאלה שמצדיק את ההגנה היא המסגרת המשמעתית, ההיררכית הנוקשה של אותם מוסדות שלא רק מחייבת את הפקוד לצייט אלא אף נותנת בסיס להעמיד לדין אותו מפקד שנתן פקודה בלתי חוקית. כשאנחנו עוברים לגופים מסחריים, פרטיים, קוז"י פרטיים כמו אוניברסיטאות, חברות מסחריות ואולי גם רשויות אחרות של המדינה – המשמעת היא רופפת ופחות נוקשה ואין צד שני שמאזן את הדברים ואם תעניק הגנה לאותם עובדים לא בטוח שתאכוף את הדין על נתני הפקודה.

...

היו"ר ד' מרידור: רק אותו שירות מדינה שהוא צבאי או כמו צבאי שם המשמעת יותר חמורה. פרופ' אנקר אומר שרק אינטרס של משמעת חמורה מאוד מאפשר הגנה. יש אנשים שנמצאים בשירות המדינה או בשירות הפרטי לצורך פרנסה ולדעתי בשירות המדינה יש יותר הגנות לאדם מאשר בשירות הפרטי. אי אפשר לזרוק אותו בקלות, הוא יכול לסרב ולבקש שמוסדות יבדקו את זה; לעומת זה, אדם שעובד בחברה פרטית כלשהי – חברה גדולה או בית חולים, או אוניברסיטה, או חברה פרטית שעוסקת בשמירה ושם צריך משמעת חזקה מפני שנותנים נשק – וזה לא משטרה – ואומרים לו: אתה חייב לקיים את כל ההוראות של הממונה עליך. האם שירות המדינה צריך לקבל עדיפות? אני לא בטוח בכך, אולי הדין יכול להיות שווה אבל לא להיפך כפי שעשוי להשתמע לאור פסקי הדין, שבשירות המדינה צריך יותר משמעת מאשר בשירות פרטי. זו שאלה קשה בעיני.

בעת שהוצגה הצעת החוק בפני הכנסת, בקריאה שנייה, הציג חבר הכנסת דן מרידור את הסוגיה בפני חברי הכנסת כך: "שימו לב, אין מדובר רק על חייל, מדובר על כל מי שיש לו משמעת, שהוא חייב לציית לרשות מוסמכת. לפי פסיקה מסויימת מדובר גם בפקידי ממשלה."⁸⁷²

אם כן, נראה כי בסופו של דיון החליטה הוועדה ולאחריה הכנסת להשאיר את הסוגיה פתוחה להכרעת בתי המשפט, אך הביעה תמיכה רבה בעמדה שלפיה יש להעניק הגנה זו לאנשי השירות. גם מפסיקת בית המשפט העליון עולה במרומוז כי אנשי שירות הביטחון הכללי זכאים להגנת

הציידוק עקב ציות לפקודה. אפשר ללמוד על כך למשל מפסקי הדין אשר עסקו בפרשת "קו 300". בעניין יתום⁸⁷³ (עתירה נגד מינויו של אהוד יתום, שהיה שותף להרג המחבלים, לתפקיד ראש המטה ללוחמה בטרור), התייחס בית המשפט העליון לטענתו של יתום כי באותה עת לא סבר שיש פסול בפקודה שנתן לו ראש השב"כ להוציא להורג את המחבלים, וקבע:

בכך שיתום הרג את המחבלים על פי פקודתו המפורשת של ראש השב"כ, אין כדי לגרוע מחומרת הנסיבות בהן ביצע פשע זה. פקודתו של ראש השב"כ הייתה, על פניה, בלתי חוקית בעליל, ואסור היה ליתום לציית לה. יתום כזכור טען, כי בזמן המעשה לא היה מודע לכך שעל הפקודה שניתנה לו מתנוסס 'דגל שחור'. לטענה זו אין בעיני כל משקל.

אם כן, נראה כי בג"ץ הניח שאם הפקודה לא הייתה בלתי חוקית בעליל היה יתום זכאי להגנה עקב ציותו לה. פסיקה דומה ניתנה בעניינו של גינוסר⁸⁷⁴ (עתירה נגד מינוי יוסי גינוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון, מפני שכחבר בוועדת זורע סייע בתיאום עדויות סוכני השב"כ בפרשת "קו 300"). בג"ץ קבע כי החלטת מינויו של גינוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון אינה סבירה. בפסק הדין ציטט בג"ץ את דו"ח ועדת לנדוי, שבו נקבע כי "מתן עדות שקר היא עברה פלילית חמורה ומעשה בלתי-חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'".

ועדת לנדוי הניחה במפורש כי אנשי השירות זכאים להגנה האמורה:⁸⁷⁵

עתה נשוב אל נושא המגבלות המוטלות על חוקר השירות בדין הפלילי והאזרחי ונברר אילו הן טענות ההגנה שהחוקר יכול להעלות נגד אישום בפלילים על מעשה או מחדל שנעשה במהלך חקירה, או בתביעת נזיקין בשל כך.

סעיף 24(א1) של חוק העונשין פוטר מאחריות נאשם אשר פעל תוך ציות לצו שניתן לו על ידי רשות מוסמכת, בתנאי שהצו לא היה בלתי חוקי בעליל. המונח הזה התפרש בפרשת כפר קאסם, שם אישר כזכור, בית הדין הצבאי לערעורים את דימויו הקולע של השופט לוי בערכאה הראשונה ש"בלתי חוקי בעליל" פירושו שדגל שחור האומר "אסור" מתנוסס מעל ההוראה, בעיני כל אדם בעל מצפון.

ובהמשך:⁸⁷⁶

[...] כאשר החוקר נתן לאחר מכן עדות שקר בפני בית משפט או בית דין על דרכי החקירה. כאן לא תעמוד לחוקר הגנה של צורך לפי ס' 22 או של ציות לצו של הממונים עליו לפי ס' 24(א1), שהרי מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'.

בפסק הדין בפרשת הוועד נגד עינויים קבע בית המשפט העליון כי אמצעי החקירה הפיזיים אשר הותרו על ידי ועדת לנדוי היו בלתי חוקיים, וכי הגנת ה"צורך" אינה יכולה לשמש מקור סמכות

873 עניין יתום, לעיל ה"ש 419, פס' 18.

874 עניין גינוסר, לעיל ה"ש 420, פס' 26; דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 82.

875 שם, בעמ' 45.

876 שם, בעמ' 82-83.

מראש לשימוש באמצעי חקירה אלו. אולם נראה כי במרומו, בית המשפט לא שלל את האפשרות כי לחוקרים אשר ביצעו פעולות חקירה כאלו תקום הגנת צידוק עקב ציות לפקודה: "כשם שקיומו של הסייג בדבר 'צורך' אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה'צורך' או סייגים נוספים לאחריות פלילית" [ההדגשה הוספה].⁸⁷⁷

אם כן, נראה כי מבחינה נורמטיבית אפשר הן לחייב את אנשי השירות לציית להוראות בלתי חוקיות "סתם" והן להחיל עליהם את הגנת הצידוק, במנותק משאלת תחולתן של חובת ציות והגנה אלו על כלל עובדי הציבור. עם זאת, נשאלת השאלה אם הדבר ראוי.

מבחינה שיקולי הפטר נראה כי אכן, שלא כמו חייל, אם איש השב"כ יסרב לציית להוראה בלתי חוקית, הוא יועמד רק לדין משמעתי ולא לדין פלילי; כמו כן, יש באפשרותו להתפטר ומידת המקצועיות שלו רבה מזו של חייל. אך עם זאת, מבחינת שיקולי הצדק נראה כי אופיו הביטחוני של התפקיד מחייב משמעת קפדנית, וראוי כי יתלוו אליה חובה לציית והגנת צידוק עקב ציות לפקודה דומות בהיקפן לאלו הקיימות בהקשרם של חיילים; נראה שאם כך ראוי בכל הנוגע לשוטרים הממלאים תפקידים ביטחוניים,⁸⁷⁸ על אחת כמה וכמה ראוי שיהיה כך בנוגע לאנשי שירות הביטחון הכללי.⁸⁷⁹

16.4 כוחות ביטחון אחרים

קיימים גופים ציבוריים נוספים במדינה אשר אופי תפקידם מחייב משמעת הקרובה באופייה למשמעת הקבועה בצה"ל. ברשימת גופים אלו מצויים, למשל, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, שירות בתי הסוהר ואולי אף הרשות הארצית לכבאות והצלה. לגבי שירות בתי הסוהר, למשל, אמר בית המשפט העליון כי הוא "גוף בעל אופי מיוחד, מעין צבא, שבו היררכיה פיקודית ומשמעת מיוחדת".⁸⁸⁰

נראה כי אין צורך לייחד לגופים אלו דיון נפרד, ודי לומר כי בהתאם לדין לעיל לגבי המשטרה ושירות הביטחון הכללי, אפשר לשער כי גם בהקשרם של גופים אלה ראוי להחיל חובה לציית לפקודות והגנת צידוק עקב ציות לפקודה דומות בהיקפן לאלו אשר ראוי להחיל בהקשרם של חיילים.

877 פרשת הוועד נגד עינויים, לעיל ה"ש 490, בעמ' 841-842.

878 לדין בכך ראו חלק 16.2.1.2 לעיל.

879 בשולי הדברים ראוי לציין כי חוק השב"כ מעניק עוד לאנשי השירות הגנה ייחודית הקבועה בסעיף 18 לחוק;

סייג לאחריות

18. עובד השירות או הפועל מטעם השירות לא ישא באחריות פלילית או אזרחית למעשה או למחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מילוי; ואולם אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מאחריות משמעתית לפי כל דין.

880 בג"ץ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד מ(4) 645, 655 (1986).

16.5 אזרחים עובדי צה"ל

בסעיף 2(8) לחוק השיפוט הצבאי נקבע כך:

8. גם על אלה יחול חוק זה, אף אם אינם חיילים כהגדרתם בסעיף 1:

(1)...

(2) העובד בשירות הצבא, או העובד במפעל המשרת את הצבא ושושר הבטחון קבע אותו בצו כשירות צבאי לענין סעיף זה;

ברוב פקודות הצבא עובדים בשירותו מכונים בשם "אזרחים עובדי צה"ל", ולכן הם יכוננו כך גם כאן.

כיום מצויה בסעיף 13 לחוק השיפוט הצבאי רשימה סגורה של סעיפים אשר בגינם אפשר להעמיד לדין אזרחים עובדי צה"ל.⁸⁸¹ אך בעבר, עד שנת 1964 הוקנה בסעיף 13(ב) לחוק שיקול דעת לבית הדין הצבאי לקבוע אם עברה זו או אחרת חלה על אזרחים עובדי צה"ל.⁸⁸² בית הדין השתמש בסמכותו האמורה וקבע כי עברות הציות (סירוב לקיים פקודה ואי-קיום פקודה) אינן חלות על אזרחים עובדי צה"ל.⁸⁸³

בדיון שנערך בעניין שריון⁸⁸⁴ (הוצאה לפועל של הסכם להספקת אספלט בחריגה מתנאיו ללא סמכות) ציין בית הדין בהערת אגב כי הגנת הציידוק לא קמה לאזרחים עובדי צה"ל, מכיוון שבאותה תקופה, כאמור, לא ניתן היה להעמיד אותם לדין בגין הפרת סעיף 122 ו-123 לחש"צ. פסיקה זו מצביעה על הצורך שיתקיים איום בסנקציה בגין היעדר ציות כדי שאדם יזכה בהגנת הציידוק עקב ציות לפקודה אם ציית. אמר בית הדין:

[...] אין העבירה של סירוב למלא פקודה חלה על אזרח עובד צבא ואם כך הדבר כיצד יכול הוא ליהנות מן ההגנה הניתנת לפי ס' 19 לפח"פ, הגנה שנועדה לשחרר מאחריות מי שעבירתו כאלו נכפתה עליו ע"י צו של רשות ש'החוק מחייבו להשמע לה'. אם העבירה של סירוב למלא פקודה ואי קיום של פקודה לא חלה על אזרח עובד צבא האם אפשר לומר שהחוק מחייבו להשמע להוראות הממונים עליו? או שנכון יותר לומר כי קיום ההוראות שהוא מקבל נעשה מכוח התחייבותו לפי חוזה העבודה. ברם, אין אנו מכריעים בשאלה זו כיוון שאינה דרושה לצורך ערעור זה [ההדגשה הוספה].

כאמור, בשנת 1964 תוקן סעיף 13 וכיום אפשר להעמיד לדין אזרחים עובדי צה"ל בגין הפרת סעיפים 122-123 לחש"צ. לפיכך קמה להם הגנת הציידוק עקב ציות למפקדיהם.

גם מבחינת הדין הראוי, שני ההבדלים היחידים הקיימים בין אזרחים עובדי צה"ל לחיילים הם כי

881 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 13), התשמ"א-1981, ס"ח 998, 72.

882 הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 3), תשכ"ג-1962, ה"ח 537, 84.

883 ערעורים 219/56/ע (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' אביאל, פד"צ 1956, 206 (1956); ע/151/57 (ערעורים

צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' עוזי, פד"צ 1958, 1 (1958).

884 עניין שריון, לעיל ה"ש 227.

אזרח עובד צה"ל יכול להתפטור, וכן כי פעמים רבות הוא מקצועי יותר בתפקידו. בשני הבדלים אלו אין די כדי לשלול את הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה מאזרחים עובדי צה"ל.

סוגיה נוספת העולה בהקשרם של אזרחים עובדי צה"ל נוגעת לפקודות הסותרות את הסדרי העבודה. על עובדי צה"ל חל הסכם קיבוצי⁸⁸⁵ על פי סעיף 41 להסכם הקיבוצי רשאית ועדה הפריטטית לצרף נספחים להסכם הקיבוצי, ודינם של נספחים אלו הוא כדין סעיפי ההסכם. בהתאם לסעיף זה חתמה הוועדה הפריטטית במשך השנים על עשרות נספחים להסכם, המכונים "פרטיכולים".

בסעיפים 2 ו-3 לפקודת מטכ"ל 41.0101 תעסוקת אזרחים – עקרונות העסקת עובדי צה"ל נקבע כך:

2. הסכם העבודה ייקרא עם הפקודות הנוגעות לתעסוקת אזרחים עובדי צה"ל, כפי שהן מתפרסמות מעת לעת, בהוראות הפיקוד העליון, בפקודות המטה הכללי או בהוראות הפנימיות של מרכז תעסוקת עובדי צה"ל (להלן – "תע"ץ") במקרה של סתירה בין הפקודות לבין ההסכם הוראות ההסכם גוברות.

3. מפקדי היחידות שבהן מועסקים אזרחים עובדי צה"ל יפעלו בהתאם להוראות ההסכם והפקודות.

מטרת סעיפים אלו היא להגביל את אפשרות מערכת הביטחון וצה"ל כמעסיקים לשנות באופן חד-צדדי את תנאי ההעסקה של העובדים (בתחומים אשר הוסדרו בהסכמה בין המעסיק לארגון העובדים). נוסחם של הסעיפים יכול היה להוביל עובד לטעון כי הוא אינו מחוייב לציית להוראות אשר סותרות את ההסכם הקיבוצי. כדי לספק מענה לטענה זו נקבע בסעיפים 4(א) ו-4(ה) להסכם הקיבוצי כך:

א. על עובד לבצע כמיטב יכולתו את עבודתו ולמלא את הוראות הממונים עליו בכל הנוגע לענייני העבודה.

...

ה. כל ערעור, הן מצד עובד והן מצד הועד, אין בכוחו לעכב ביצוע הוראות הממונים עד לברור.

משמעותם של סעיפים אלו היא שעובד אינו יכול לטורח לבצע הוראות ופקודות בטענה שקיימת סתירה בינו לבין הסכמי העבודה החלים עליו. יתר על כן, גם אם בעתיד תאומץ גישת הידיעה בפועל, לא יוכל העובד לטעון כי מכיוון שידע שפקודה כלשהי סותרת את הסכמי העבודה החלים עליו, ומכיוון שמכוח סעיף 2 לפקודת המטכ"ל האמורה לעיל מדובר בפקודה בלתי חוקית, הוא אינו חייב לבצעה – סעיף 4(ח) שולל את התוקף מטענה כזו.

כך, בפועל, מחיל הדין הן בחקיקה והן בהסכמי עבודה חובת משמעת קפדנית על אזרחים עובדי צה"ל, הנדרשת מתוקף עבודתם במקום עבודה צבאי.

885 הסכם קיבוצי בין מערכת הביטחון לבין ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – הארגון הארצי לעובדי צה"ל (1970-1972); הסכם זה עודכן ב"עיקרים להסכם קיבוצי בין מערכת הביטחון לבין ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – הארגון הארצי לעובדי צה"ל (1978-1980). להלן יכונה הסדרים אלו ביחד "ההסכם הקיבוצי".

16.6 חייל אויב (שבוי מלחמה)

לעניין חיילי אויב ראוי להבחין בין מצב שבו רוצים להעמידם לדין בגין הפרות של הדין הבין-לאומי קודם לנפילתם בשבי, לבין עברות על הדין הישראלי אשר ביצעו לאחר נפילתם בשבי. זאת ועוד, בכל אחד מהמקרים הללו יש לבחון מהו הפורום המוסמך להעמידם לדין, ומהו היקף הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה אשר יינתן להם באותו פורום.

אם הפרת הדין הבין-לאומי נעשתה בשטח ישראל, הסמכות המהותית להעמידם לדין תהיה מכוח סעיף 12 לחוק העונשין, שבו נקבע כי "דיני העונשין של ישראל יחולו על כל עבירת-פנים". במקרה זה, המעשים שבגנם יועמדו לדין חיילי האויב צריכים להיות הן בגדר הפרה של דיני המשפט הבין-לאומי הפלילי והן לקיים את היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של עברה כלשהי הקבועה בדיני מדינת ישראל (דרישה זו ידועה כ-"דרישת הפליליות הכפולה"). מבחינת פורמלית, ההעמדה לדין תהיה בעברה על פי דיני מדינת ישראל, ואם תקום להם הגנת הצידוק – תהיה זו הגנה מכוח חוק העונשין הישראלי.⁸⁸⁶

אם ההפרה של דיני המשפט הבין-לאומי נעשתה מחוץ לשטח הטריטוריאלי של ישראל, לשם העמדתו לדין של חייל האויב יידרש על פי סעיף 9 לחוק העונשין אישור היועץ המשפטי לממשלה. במקרה כזה, הסמכות המהותית בדין הישראלי להעמיד לדין בגין הפרה כזו של המשפט הבין-לאומי מצויה בעיקרה בסעיף 16 (א) לחוק העונשין (עבירות נגד משפט העמים):

דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא.

לפי לשונו של חוק העונשין, במקרים מסוימים אפשר יהיה להעמיד לדין חייל אויב אשר ביצע פשע מלחמה מחוץ לשטח מדינת ישראל ולאחר מכן נפל בשבי, גם על פי סעיפים 13, 14 ו-17 לחוק העונשין; קדמי אף מגדיר את הוראת סעיף 16 מעין הוראה שיוורית.⁸⁸⁷ אך נראה שבעניינו של חייל האויב יהיה ראוי דווקא כי סעיף זה יזכה לבכורה, וכי שאר הסעיפים ישמשו כסעיפים שיווריים, ויעשה בהם שימוש אם עקב כשל כזה או אחר בניסוחו של סעיף 16 לא יהיה אפשר להעמיד לדין את חייל האויב בגין פשעי המלחמה שביצע מכוח הסעיף.⁸⁸⁸

886 אם הם ביצעו מעשה המקיים יסודות של עברה לפי דיני העונשין הישראליים אך הוא מותר על פי המשפט הבין-לאומי המנהגי לא יהיה אפשר להעמידם לדין, מכיוון שמעמדו המשפטי של המשפט הבין-לאומי המנהגי בדין הישראלי הוא של "דין", ולכן תעמוד להם ההגנה של צידוק עקב ביצוע מעשה שאדם "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו" [ס' 34ג(1)]. ניתן ללמוד על כך באמצעות היקש מדבריו של השופט ברק בעניין הסיכול הממוקד (לעיל ה"ש 279, פס' 19 לפסק דינו) שם התייחס השופט ברק להגנה המוקנית לחיילי צה"ל.

887 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 36.

888 כשל כזה יכול להתקיים למשל אם מעשהו של חייל האויב הוא בגדר הפרה של איסור מאיסורי המשפט הבין-לאומי המנהגי (כגון, בעיקר, פשע מלחמה) אך האיסור האמור אינו קבוע בשום אמנה, או שישאל, מסיבה זו או אחרת, אינה חתומה על האמנה (למשל, מקום שבו מדובר באמנה כדוגמת אמנת האג הרביעית) אשר זכתה למעמד מנהגי קודם להקמת מדינת ישראל ולכן ישראל לא ראתה כל צורך לחתום עליה, והיא נתפסת כחלה על מדינת ישראל לכל דבר ועניין).

עקב הבכורה שראוי להעניק לסעיף 16 לגבי חייל אויב אשר עבר עברה קודם לנפילתו בשבי, אדון להלן אך ורק בהיקף הגנת הצידוק שתעמוד לחייל האויב במסגרת סעיף זה.

היקף הגנה זו קבוע בסעיף 16(ב): "הסייגים האמורים בסעיף 14(ב)(2) ו-3(3), ו-ג) יחולו לגבי תחולת דיני העונשין של ישראל גם לפי סעיף זה".

ובסעיף 14(ב)(2) לחוק העונשין נקבע:

(ב) נעברה העבירה בשטח הנתון לשיפוטה של מדינה אחרת, יחולו עליה דיני העונשין של ישראל רק בהתקיים כל אלה:

... (1)

(2) אין חל לגבי העבירה סייג לאחריות פלילית לפי דיני אותה מדינה.

הפניה זו יוצרת ספק פרשני: בשל נוסחו של סעיף 16, לא ברור אם במקרה שבו מועמד לדין חייל אויב מתוקף סעיף 16 הוא יזכה, לאור סעיף 14(ב)(2), להגנת הצידוק רק אם זו קיימת במדינה שבשטחה בוצע הפשע ובהיקף שזו קיימת באותה מדינה, או שחייל האויב יזכה להגנה רק אם היא קיימת במשפט הבין-לאומי ובמידה שבה היא קיימת בו.

מפרשנותו של קדמי לסעיף משתמע שחייל האויב יזכה להגנה זו אם היא קיימת במדינה שבה בוצעה העברה: "יש להתחשב: במעשה בית דין זר (אם העבריין כבר הועמד לדין) ובסייגים המקומיים (קרי: במקום ביצוע העבירה) לאחריות הפלילית..." [ההדגשה הוספה].⁸⁸⁹

לעומתו סבור רייכמן כי השאלה היא אם ההגנה קיימת במשפט הבין-לאומי.⁸⁹⁰

It is interesting to note that the Israeli law does not refer to the defenses recognised by the 'law of the place', but rather to the defenses recognized by international law.

תכלית הסעיף הייתה לא לייחס חשיבות למקום ביצוע העברה (וראו לעניין זה את הנוסח של סיפת סעיף 16) אלא למהותה של העברה כפשע נגד משפט העמים. לכן, לדידי, נראה כי יהיה ראוי לפרש את ההפניה של סעיף 16(ב) אל סעיף 14(ב)(2) כך שמקום בו קיימת סמכות להעמיד לדין חייל אויב מכוח סעיף 16, יינתנו לו ההגנות הקיימות במשפט הבין-לאומי ולא ייווצר מצב שבו ההגנה שתינתן לו תהיה תלויה בשאלה השרירותית באיזו מדינה נעברה העברה ואילו הגנות וסייגים מצויים בדין הפלילי של אותה מדינה.⁸⁹¹

מכל מקום, יש לשים לב כי מתוקף ההסדר המשפטי האמור לעיל, על בית משפט ישראלי הדין

889 ראו קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 37.

890 ראו: Amnon Reichman, *When We Sit To Judge We Are Being Judged: The Israeli GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation*, 9 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 41, 76 (2001).

891 שאלה זו היא שרירותית למשל מפני שההיסטוריה הוכיחה כי קרבות עם חיילי מדינה אחת (למשל חיילים סורים) יכולים להתנהל על אדמות מדינה אחרת (למשל לבנון), ולעתים בגבול שני המדינות.

בענייניו של חייל האויב אשר הפר את דיני המשפט הבינלאומי לבחון הן אם בגין העברה האמורה קמה הגנת צידוק במשפט הישראלי והן אם קמה הגנת צידוק במשפט הבינלאומי (או במדינה שבה בוצעה העברה אם מקבלים את פרשנותו של קדמי) ומה היקפה, והנאשם ייחנה תמיד מהחלופה המספקת לו את ההגנה הרחבה יותר.

לכן, קיים צורך לדון בקצרה בהיקף הגנת הצידוק במשפט הבינלאומי.

במשפט הבינלאומי חלוקות הדעות בדבר עצם קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה וכן בדבר היקפה. העמדות המרכזיות בנושא יפורטו להלן.⁸⁹²

גישת אחריות מוחלטת – בגין ביצוע פשעים בינלאומים גרעיניים (משמע, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, ותוקפנות) לא תקום הגנת צידוק עקב ציות לפקודה. עמדה זו ננקטה לאחר מלחמת העולם השנייה⁸⁹³ ובהחלטות אשר מכוחן הוקמו בתי הדין הפליליים הבינלאומיים לעניין רואנדה ולעניין יוגוסלביה.⁸⁹⁴

גישת היסוד הנפשי – על פי גישה זו במשפט הבינלאומי לא תקום הגנת צידוק עקב ציות לפקודה כשלעצמו; אך העובדה כי חייל הפר את המשפט הבינלאומי מתוך ציות לפקודה תוכל לסייע לו להוכיח כי לא התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעברה שבגינה הועמד לדין. גישה זו זכתה לתמיכה בספרות בעיקר במחצית השנייה של המאה העשרים.⁸⁹⁵

גישת הידיעה בפועל – על פי גישה זו אדם לא יזכה להגנת צידוק אם ידע או צריך היה לדעת על היעדר החוקיות הפקודה לה ציית. אמנת רומא של ה-ICC קובעת כי אדם אשר ביצע פשע מלחמה תחת ציות לפקודה לא יזכה להגנת צידוק אם ידע על היעדר חוקיות הפקודה לה ציית או הפקודה האמורה הייתה בלתי חוקית בעליל. העמדה הרווחת היא שיש לפרש את המונח בעליל בסעיף זה כך שיהיה בו כדי לתמוך בגישת הידיעה בפועל. יצויין כי אמנת רומא קובעת בנוסף שאדם לא יזכה להגנת צידוק אם העבירה שאותה ביצע תחת ציות היא רצח עם או פשע נגד האנושות.⁸⁹⁶

עד שלא יוצר קונצנזוס בדבר היקף הגנת הצידוק במשפט הפלילי הבינלאומי, יהיה על השופט הדן בענייניו של חייל אויב אשר ביצע פשע בינלאומי גרעיני, והטוען שביצע את המעשה תחת ציות לפקודה: (1) להכריע מהו לדידו היקף הגנת הצידוק הקיים במשפט הבינלאומי; (2) להכריע מהו לדידו היקף הגנת הצידוק הקיים במשפט הישראלי⁸⁹⁷; (3) לבחון איזו מבין ההגנות האמורות רחבה יותר (זו הקיימת במשפט הישראלי או זו הקיימת במשפט הפלילי הבינלאומי) ו-(4) לבחון האם

892 לעניין היעדר הכרעה בנושא ראו דיון ב: MINISTRY OF DEFENCE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT 443-444 (2004)(U.K.).

893 ראו לעיל ה"ש 341.

894 לדיון בכך ראו: Gaeta, לעיל ה"ש 578, בעמ' 172-173.

895 ראו למשל דינשטיין, לעיל ה"ש 368, בעמ' 108-109. לדיון בגישה זו בהקשר הישראלי ראו להלן חלק 18.3.

896 אמנת רומא, לעיל ה"ש 559, סעיף 33.

897 לדיון בהיעדר ההכרעה במשפט הישראלי בדבר אופן זיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל ראו חלק 13.3 לעיל.

יש בהגנה (הרחבה יותר) האמורה כדי להביא לזיכוי של חייל האויב האמור.

יש לציין, כי לצורך לבחון את ההגנות בחינה כפולה קיים חריג, במקרה שבו יועמד לדין חייל האויב בגין עברות על פי החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם. במקרה כזה הסמכות להעמיד לדין את החייל לא תהיה מכוח סעיפי חוק העונשין אלא מכוח סעיף 5 לחוק האמור: "מי שעשה מחוץ לישראל מעשה שהוא עבירה לפי חוק זה, אפשר להביאו לדין ולהענישו בישראל, כאילו עשה את המעשה בישראל".

כמו כן, במקרה כזה לא תקום לחייל האויב כל הגנת צידוק, כאמור בסעיף 6 לחוק:

תפקיד משפטי, הכרח, צורך וצידוק אינם הגנה

6. הוראות הסעיפים 16, 17, 18 ו-19 לפקודת החוק הפלילי, 1936, לא יחולו לגבי עבירות לפי חוק זה.

לכן, גם אם יקבע השופט כי לדידו במשפט הבין-לאומי גם בעברה של רצח עם חלה הגנת צידוק עקב ציות לפקודה, מפאת הוראת סעיף 6 לעיל חייל האויב לא יהנה מן ההגנה האמורה. כל שיוכל חייל אויב כזה לעשות הוא לבקש כי יקלו בעונשו כיוון שעבר את העברה מתוך ציות לפקודה, וזאת מתוקף סעיף 2 לחוק:

2. האשם בהשמדת-עם, דינו – מיתה; אך אם עשה את המעשה, המהווה את העבירה, בנסיבות אשה, אלמלא סעיף 6, היו פוטרות אותו מאחריות פלילית או היו משמשות עילה למחילת העבירה, והוא עשה כמיטב יכולתו כדי להקל את חומרת התוצאות שנגרמו על ידי המעשה, יהיה דינו – מאסר לתקופה של לא פחות מעשר שנים.

לעניין הפורום המשפטי אשר ידון בעניינו של חייל אויב אשר הפר את המשפט הבין-לאומי – בין שהעברה בוצעה בשטח ישראל ובין שבוצעה מחוץ לשטחה של ישראל, לבתי הדין הצבאיים לא תהיה סמכות לדון במקרה. זאת לאור נוסחי סעיפים 10, 16 ו-14 לחש"צ. בסעיף 10 לחוק נקבע כך:

10. חוק זה יחול על שבוי מלחמה בהתחשב עם כל הוראה שנקבעה בתקנות שהותקנו על ידי שר הבטחון, בהסכמת שר המשפטים, לשם התאמת הוראות חוק זה עם האמנות הבינלאומיות שישראל התקשרה בהן.

בסעיף 16 נקבע כך:

מי שאינו חייל כהגדרתו בסעיף 1, וחוק זה חל עליו – יהיה דינו לענין חוק זה, כדין חייל; וכל מקום שמדובר בחוק זה על חייל, גם אדם כאמור במשמע; והוא, כשאין הוראה אחרת.

ובסעיף 14 נקבע כך:

14. בית-דין צבאי מוסמך לדון חייל, פרט למי שחוק זה חל עליו על פי סעיף (2) ו-(3), שעבר בין במדינה ובין מחוצה לה עבירה כל שהיא שאיננה עבירה צבאית, אולם אם היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא רשאי הוא בכל עת, עד להחלטה בדבר הרשעה או זיכוי (להלן: הכרעת הדין), לצוות כי דינו יתברר בבית-משפט אחר.

משילובם של סעיפים אלו יחדיו עולה כי חוק השיפוט הצבאי חל על שבוי מלחמה (משמע, על חייל אויב מרגע שזה נשבה), ולכן בבית דין צבאי אפשר יהיה להעמידו לדין רק בגין עברות (צבאיות ושאין צבאיות) אשר ביצע לאחר נפילתו בשבי. בחוק לא מוענקת לבית הדין הצבאי כל סמכות לדון בעברות אשר עבר חייל אויב לפני שהפך לשבוי. מכיוון שסמכות שיפוט יכולה להיות מוענקת רק בחוק,⁸⁹⁸ משמעות הדבר היא כי עניינו של חייל האויב ידון בבית משפט פלילי ישראלי אחר.⁸⁹⁹

חשוב לציין כי הפיצול האמור בסמכויות לשפוט חיילי אויב אינו עומד בניגוד למשפט הבין-לאומי. כך נקבע ברישה לסעיף 84 לאמנת ז'נבה השלישית, העוסקת בשבויי מלחמה:⁹⁰⁰

A prisoner of war shall be tried only by a military court, unless the existing laws of the Detaining Power expressly permit the civil courts to try a member of the armed forces of the Detaining Power in respect of the particular offence alleged to have been committed by the prisoner of war.

לכן, כל עוד בעברות אשר בגינן הועמד לדין חייל אויב החוק הישראלי מתיר להעמיד לדין חייל צה"ל בבית משפט פלילי שאינו צבאי, העמדתו לדין של חייל האויב בבית משפט כזה לא תהיה משום הפרה של הדין הבין-לאומי. כיוון שסעיף 14 לחש"ץ מתיר ליועץ המשפטי לממשלה להעביר את הדיון בעניינו של חייל אשר עבר עברה שאינה צבאית לבית משפט אחר, המצב המשפטי בישראל אינו בגדר הפרה של הדין הבין-לאומי.

עם זאת, לטעמי יהיה ראוי לשקול תיקון בחש"ץ ולהעביר לבתי הדין הצבאיים את הסמכות לדון בעניינו של חייל האויב אשר הפר את הדין הבין-לאומי קודם לנפילתו בשבי, מכמה סיבות.

ראשית, ספק אם המחוקק התכוון ליצור פיצול כזה בין סמכויות ההעמדה לדין של שבויי מלחמה, ונראה כי בפועל זוהי תוצאה של היעדר שימת לב.

שנית, אף שאין בכך משום הפרה של המשפט הבין-לאומי, התוצאה האמורה אינה תואמת את רוחו של הכלל אשר נקבע במשפט הבין-לאומי. תכליתו של הכלל הייתה ליצור מצב שבו השבוי יועמד לדין בפני אותו טריבונל אשר בפניו יועמד לדין חייל המדינה המחזיקה את השבוי, לו ביצע את אותה עברה שביצע השבוי. כלל זה נועד לצמצם את ההטיה נגד השבוי, מכיוון שאותם שופטים ידונו גם בעניינם של חיילי מדינתם אשר עברו עברות דומות. כיוון שבפועל, ככלל, חייל צה"ל אשר עבר עברה בשדה הקרב יועמד לדין בבית דין צבאי ועניינו לא יועבר לבית משפט, לשם קיום

898 ראו הסיפה לסעיף 1(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

899 אם העברה נעברה בישראל, אזי בית המשפט המוסמך יהיה בית המשפט שבאזור שיפוטו היא נעברה. לעתים, בין שהעברה נעברה בארץ ובין שהעברה נעברה בחו"ל, בית המשפט המוסמך יהיה בית המשפט הצבאי אשר ניתן להקים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ע"ר תוס' ב 855 (בעיקר תקנה 57 ותקנה 58). לדיון בסמכויות בית משפט זה ראו בג"ץ 4562/94 אבוידקה נ' בית המשפט הצבאי בלוד, פ"ד מח(4), 742 (1994), וכן בג"ץ 861/87 אבוירשה נ' בית המשפט הצבאי בלוד, פ"ד מב(1) 810 (1988). מקום שבו לא תהא סמכות לאף בית משפט אחר – תהא הסמכות בידי בית המשפט המחוזי בירושלים.

900 אמנת ז'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949).

התכלית שביסוד סעיף 84 לאמנה ראוי לתקן את המצב ולהעניק לבתי הדין הצבאיים את כלל הסמכות לדון בעניינם של חיילי אויב.

שלישית, המצב הקיים מקשה על מציאת עברה ההולמת את מעשהו של חייל האויב. כזכור, בהתאם לסעיף 16 לחוק העונשין, מעשהו של חייל האויב צריך להפר אמנה שעליה חתומה ישראל, אך החייל יועמד לדין בגין עברה בדין הישראלי אשר היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שלה הם לכל הפחות בגדר המעשה האסור על פי האמנה (עקרון הפליליות הכפולה). במצב הקיים, מכיוון שהחש"ץ אינו חל על חייל האויב בכל הנוגע למעשים שעשה טרם נפילתו בשבי, אי-אפשר להעמידו לדין בגין עברות מכוח החש"ץ. לכן, אם חייל אויב ביצע פשע מלחמה ברמות ביוז, אי-אפשר להעמידו לדין על פי סעיף 74 לחש"ץ (ביזה) אלא יהיה צורך למצוא עברה "אזרחית" מקבילה (ככל הנראה עברת הגניבה), ולרוב יהיה העונש בגינה נמוך יותר.⁹⁰¹

בנוגע לעברות אשר ביצע שבוי המלחמה לאחר נפילתו בשבי, כפי שעולה מההסדר המשפטי אשר פורט לעיל (סעיפים 10, 16 ו-14 לחש"ץ), ניתן להעמידו לדין הן בגין ביצוע עברות צבאיות והן בגין ביצוע עברות שאינן צבאיות, וככלל, הוא יועמד לדין בפני בית דין צבאי. יתר על כן, כיוון שהחש"ץ לא חל על שבוי לפי סעיף 2)8 או 3)8 אלא לפי סעיף 10, בהתאם לנוסחו של סעיף 14 לא תצטרך התביעה להוכיח שהעברה שאותה ביצע השבוי בוצעה במסגרת הצבא כדי להעמידו לדין בבית דין צבאי.⁹⁰² לעניין תחולתה של הגנת הצידוק נקבע בסעיף 17 לחש"ץ:

17. מבלי לגרוע מהוראות סעיף 541, יחולו לגבי עבירות צבאיות הוראות פרק א' ופרק ב' בחלק המקדמי והוראות חלק א': כללי, לחוק העונשין התשל"ז-1977, בתיאומים המחויבים לפי הענין.

ולפיכך, הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה כפי שזו קיימת במשפט הישראלי תחול הן על עברות צבאיות והן על עברות שאינן צבאיות אשר יבצע חייל האויב לאחר נפילתו בשבי.

לסיכום סוגיה זו, יש להבחין בין המצבים הללו:

- חייל אויב אשר קודם לנפילתו בשבי ביצע פשע של השמדת עם – יועמד לדין בבית משפט פלילי "רגיל" (משמע, לא בתי הדין הצבאיים) ולא יזכה להגנת צידוק עקב ציות לפקודה.
- חייל אויב אשר קודם לנפילתו בשבי ביצע פשע מלחמה או פשע נגד האנושות (או יתכן גם פשע של תוקפנות) מחוץ לשטח ישראל – יועמד לדין בבית משפט פלילי "רגיל" מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 16 לחוק העונשין, בגין עברה לפי המשפט הפלילי הישראלי (אך לא בגין עברות לפי החש"ץ) אשר היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שלה הם לכל הפחות בגדר מעשה ההפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי שאותו ביצע. במקרה כזה יהיה על השופט לקבוע אם במשפט הפלילי הבינלאומי קיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה ומה היקפה,

901 עברת הגניבה מעוגנת בסעיף 383 לחוק העונשין, ועל פי סעיף 384 העונש בגינה הוא שלוש שנות מאסר. בטקסט צוין כי ככל הנראה יועמד חייל האויב לדין בגין גניבה כיוון שיתכן שבנסיבותיו הספציפיות של המקרה יהיה ראוי יותר להעמידו לדין בגין עברת רכוש אחרת.

902 ראו הדר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 39, 44-45.

וכן מהו לדידו היקף הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה אשר מקנה המשפט הישראלי (בסעיף 34 לחוק העונשין), והנאשם יזכה בכך שבית המשפט יבחן את מעשיו לאור ההגנה הרחבה מבין שתי הגנות אלו.

- חייל אויב אשר קודם לנפילתו בשבי הפר את המשפט הפלילי הבין-לאומי בתוך שטח ישראל – יועמד לדין בבית משפט פלילי "רגיל", ולא בבית דין צבאי, מכוח סעיף 12 לחוק העונשין בגין עברה לפי המשפט הפלילי הישראלי (אך לא בגין עברות לפי החש"ץ) אשר היסוד העובדתי והיסוד הנפשי שלה הם לכל הפחות בגדר מעשה ההפרה של המשפט הפלילי הבין-לאומי שאותו ביצע. במקרה כזה הוא יזכה להגנת צידוק עקב ציות לפקודה כפי שזו קיימת בדין הישראלי בסעיף 34 לחוק העונשין.

- שבוי מלחמה אשר עבר עברה לאחר נפילתו בשבי – יועמד לדין בבית דין צבאי בגין העברה שעבר (תהא זו עברה לפי חוק השיפוט הצבאי או לפי חוק העונשין). במקרה כזה הוא יזכה להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה כפי שזו קיימת בדין הישראלי בסעיף 34 לחוק העונשין.

יש לציין כי תקנות השיפוט הצבאי שהותקנו בעקבות אשרור אמנת ז'נבה השלישית⁹⁰³ מוסיפות לשבוי כמה הגנות אשר יעמדו לו אם יועמד לדין בגין עברות שעבר לאחר הנפילה בשבי:

4. שבוי שברח מהשבי בריחה מוצלחת, כמשמעותה בסעיף 91 לאמנה, וחזר ונשבה, לא יועמד לדין בשל אותה בריחה.

5. שבוי שניסה לברוח וחזרו ושבו אותו בטרם היתה בריחתו מוצלחת, כמשמעותה בסעיף 91 לאמנה, לא יועמד בשל אותו מעשה אלא לדין משמעותי בלבד, ואפילו היתה זו עבירה חוזרת.

6. (א) שבוי שעבר עבירה מתוך כוונה יחידה להקל על בריחתו ולא כרוכה בה שום פגיעה בחיי אדם או באיבר מאיבריו – כגון עבירות כלפי רכוש הציבור, גניבה שלא לשם התעשרות, עריכת מסמכי שקר או השימוש בהם, לבישת בגדים אזרחיים – לא יועמד בשל כך אלא לדין משמעותי בלבד.

(ב) שבוי העוזר או המסייע לבריחה, או לניסיון בריחה, לא יועמד בשל כך אלא לדין משמעותי בלבד.

הגנות אלו הן למעשה הגנות צידוק עקב ציות לפקודה, המניחות שחלה על השבוי חובה כללית לאומית לנסות לברוח מהשבי. כפי שמנסח זאת המלומד הינגורני:⁹⁰⁴

It is the moral right of every prisoner of war to escape. Some international writers even call it as the duty of every prisoner to escape.

סעיף 6(א) לתקנות, העתקו של סעיף 93 לאמנת ז'נבה, אף מקים הגנת צידוק עקב ציות לאותה

903 תקנות השיפוט הצבאי (התאמת החוק עם האמנה בדבר טיפול בשבויי מלחמה), התשכ"ו-1966, ק"ת 796, 1833.

904 R. C. HINGORANI, PRISONERS OF WAR 105 (1963) 904.

”חובה לברוח” גם בגין עברות רכוש שנעברו במהלך הבריחה. יש הסבורים כי בבסיס סעיף זה עומדים שיקולי הפטר חזקים; לידם, מכיוון שהשבוי עושה את מעשיו עקב רצון לציית לחובה נעלה זו, כלל לא מתקיים בלבו יסוד נפשי פלילי בעת ביצוע המעשה.⁹⁰⁵

הגנת צידוק זו טרם זכתה להתייחסות במשפט הישראלי, אך נראה כי ניתן ללמוד עליה מהיחס אשר ניתן לה במדינות המשפט המקובל.

באנגליה, עוד קודם לחתימת אמנת ז'נבה הביע הלורד קמפבל (Campbell) את דעתו בהערת אגב בעניין Sattler,⁹⁰⁶ כי ספק אם שבוי אשר יורה בשומר בעת בריחה יימצא אשם ברצח. המלומד סטיבן פירש את דבריו של הלורד קמבל כך:⁹⁰⁷

[P]rotection and allegiance are co-extensive, and [...] obedience to the law is not exacted in cases in which it is avowedly administered, not for the common benefit of the member of the community of which the alleged offender is for the time being a member, but for the benefit of a community of which he is an avowed and open enemy.

...

In the case suggested by Lord Campbell of the prisoner of war shooting the sentry the prisoner of war would be deprived of his liberty as an act of war and his attempt to regain it would be an act of war.

הערת האגב של הלורד קמבל הפכה להלכה באונטריו, בפסק דין שניתן בתקופת מלחמת העולם השנייה בעניין Krebs. דובר בשבוי מלחמה שברח ממחנה השבויים, פרץ לבית וגנב כמה פריטים כדי שיוכלו לשמש אותו בזמן שהוא בורח מרשויות אכיפת החוק. בית המשפט קבע, על סמך הערת האגב של הלורד קמבל, כי שבוי מלחמה אשר בורח ממחנה שבויים פועל על סמך חובתו לחזור ולסייע למדינתו ולכן אין להטיל עליו אחריות פלילית בגין פשעים שביצע כדי לסייע לו בבריחה:⁹⁰⁸

In my opinion — although as I have said I can find no authority directly in point — the accused is not punishable at common law for an attempt to escape. He is not punishable at common law for doing anything reasonably calculated to assist in that escape, and in my opinion the same holds for anything done in an endeavour to preserve his liberty once gained.

This accused owes no allegiance to the Crown. He is an open and avowed

JEAN DE-PREUX ET AL., COMMENTARY — III GENEVA CONVENTION 454 (1960) 905

R. v. Sattler, [1858] Eng. Rep. 1112, § 543 906

907 ראו סטיבן לעיל ה"ש 348, כרך 2, בעמ' 8.

R. v. Krebs (1943), 80 C.C.C. 279, 283–284 (Can. Ont. Cnty. Ct.) 908

enemy of the Crown, a man taken in war and a man who, if it is not his duty, may quite reasonably feel that it is his duty to escape from the domains of his captor state, and, if he can, return to the state to which he owes allegiance and perform his duty to that state.

שנתיים לאחר מכן, בעניין Brosig הועמד לדין שבוי מלחמה אשר גנב כמה פריטי דואר.⁹⁹ בית המשפט באונטריו חזר על ההלכה בעניין Krebs אך קבע כי באותו מקרה פריטי הדואר לא נגנבו כדי לסייע לשבוי בבריחתו ולפיכך לא קמה לו הגנה מפני הרשעה פלילית.

בהמשכה של אותה שנה דחה בית המשפט באלברטה את ההלכה האמורה, בעניין Kaehler.¹⁰ באותו מקרה הועמדו שני שבויי מלחמה לדין בגין פריצה וגנבת מכונית – מעשים שביצעו כדי לסייע להם במנוסתם. בית המשפט באלברטה בחן את המשפט המקובל וכן את אמנת ז'נבה מ-1929, וקבע כי בית המשפט באונטריו שגה וכי לא קמה לשבוי הגנה בפלילים בגין פשעים שביצע כדי לסייע לו במנוסתו. עם זאת, לאור שינויי הניסוח בסוגיה זו בין אמנת ז'נבה מ-1929 לזו משנת 1949, נראה כי שבויי המלחמה הללו היו מזוכים על פי נוסח האמנה הנוכחי (אשר נוסח תקנות השיפוט הצבאי הוא תרגום שלו). עם זאת, בשונה מעמדתו של הלורד קמבל, על פי הדין הבין-לאומי החל כיום (ולאורו גם על פי נוסח תקנות השיפוט הצבאי) הגנה זו תחול רק מקום בו מדובר בעברה ש"לא כרוכה בה שום פגיעה בחיי אדם או באיבר מאיבריו".

17. סקירת הפסיקה לפי נושאים מרכזיים

מכיוון שבתי המשפט ובתי הדין אינם נוקטים גישה אחידה בזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, חלוקת הפסיקה לנושאים יכולה לסייע להבין אם בתחומים מרכזיים קיים קו מנחה בפסיקת בתי המשפט ובתי הדין.

לפיכך נסקור את הפסיקה בנושאים הבאים:

1. פקודות בלתי חוקיות הנוגעות לפגיעה ברכוש;
2. פקודות בלתי חוקיות הנוגעות לנהיגה;
3. פקודות בלתי חוקיות הנוגעות לירי ולהוראות פתיחה באש;
4. פקודות בלתי חוקיות שמטרתן עונשית;
5. ביצוע צו שלטוני שלא הותקן כדין.

17.1 פקודות הנוגעות לעברות רכוש

את הפקודות הבלתי חוקיות הנוגעות לרכוש אפשר לחלק לארבע קבוצות, לפי מטרת הפקודה:

1. פקודות שמטרתן צבאית;
2. פקודות שמטרתן "אזרחית" (כלומר פקודות שאין להן כל קשר לצורכי הצבא ונועדו לשרת את צרכיו האישיים של המפקד);
3. פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה הצבאית לה שייך המפקד ו/או הפקוד אך מנוגדות לתכליות של צה"ל;
4. פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה לה שייך המפקד ו/או הפקוד אך מנוגדות באופן בוטה ליעודה של היחידה.

בחינת פסקי הדין אשר עסקו בפקודות הנוגעות לעברות רכוש מגלה כי ככל שהתכלית אשר עומדת מאחורי הפקודה היא "אזרחית" יותר, אישית יותר ונוגדת באופן מובהק יותר את התכליות הצבאיות – כך ייטה בית הדין לראות בה פקודה בלתי חוקית בעליל.

17.1.1 פקודות שנועדו למטרה צבאית

כאשר חייל מקבל פקודה להשתמש ברכוש באופן שאינו חוקי למטרה הנחזית כמטרה צבאית לגיטימית, אף אם יתברר כי למפקד לא היה הצדק כדין להורות על כך, תיחשב הפקודה לבלתי חוקית "סתם".

בעניין יהודה⁹¹ הועמד חייל לדין על כך שהפר את פקודתו של ראש יחידתו "להתחייב ברישומי

היחידה על כל מכשירי הטלוויזיה שהיו ברשותו כקצין אפסנאי של היחידה". המשיב דיווח על פקודה זו למפקדו הישיר וזה הורה לו להמתין עם הרישום עקב משא ומתן להעברת המקלטים מהיחידה. בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי לפקודה שניתנה למשיב ממפקדו הישיר לא נתלוו "סממנים של פקודה בלתי חוקית בעליל", ולכן זיכה את המשיב.

בעניין בריא⁹¹² (חייל שקיבל פקודה להמשיך לנסוע ברכב למרות רעש במנוע) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי בשל חשיבות הנסיעה אי-אפשר לומר שהיה ברור וגלוי כי הפקודה אינה חוקית, ולכן קמה לחייל הגנת הצידוק. בהתאם זוכה החייל מעברת אי-שמירתו של רכוש צבאי.

בעניין נחום⁹¹³ (פקודה לשרוף שטיחי שלל) הדגיש בית הדין הצבאי לערעורים את תכלית השמירה על המשמעת ביחידה שעמדה ביסוד שרפת השטיחים – למנוע מנהגים ביחידה לבזוז את השטיחים – וזיכה את הרס"ה בקבעו שאין מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

17.1.2 פקודות "אזרחיות"

בניגוד לפקודות בלתי חוקיות שנועדו למטרות צבאיות, פקודות "אזרחיות" בהקשר זה הן פקודות אשר תוצאתן היא שימוש ברכוש בנסיבות שכלל אינן נוגעות לצבא. לרוב, מטרתן של פקודות אלו היא לממש אינטרס אישי של המפקד או של המפקד וחייליו. מכיוון שתכליתן של פקודות אלו מנוגדת באופן מוחלט לתכלית של הפקודות הבלתי חוקיות שנועדו למטרות צבאיות, גם התוצאה המשפטית הפוכה – לחייל המציית לפקודה כזו לא תעמוד הגנת הצידוק.

מכיוון שהפקודות האזרחיות בכללותן נסקרו לעיל⁹¹⁴ להלן יפורטו בקצרה רק פסקי הדין אשר עסקו בפקודות "אזרחיות" הנוגעות לעברות רכוש.

בעניין גדעון⁹¹⁵ (פרשת המסיבה) הרשיע בית הדין את המשיבים בקבעו כי פקודה להשתמש ברכוש צה"ל בניגוד לפקודות הצבא ושלא לצרכים מבצעיים היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין דגני⁹¹⁶ (שוד כבשים) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל, בין השאר מכיוון "שלא התיחסה לתפקידיו הצבאיים ולא נגעה לעניני הצבא".

בעניין טייג⁹¹⁷ (פקודה למסור בנזין לאזרח) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי מכיוון שמדובר בפקודה שהתייחסה לשליחת יד ברכוש הזולת היא בלתי חוקית בעליל.

בעניין גיל⁹¹⁸ (פרשת הלחם) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי מכיוון שמדובר בפקודה שאינה נוגעת לפעולה צבאית היא בלתי חוקית בעליל.

912 עניין בריא, לעיל ה"ש 617.

913 עניין נחום, לעיל ה"ש 21, בעמ' 128.

914 ראו חלק 13.4.2.5 לעיל.

915 עניין דוד, לעיל ה"ש 520.

916 עניין דגני, לעיל ה"ש 138.

917 עניין טייג, לעיל ה"ש 508.

918 עניין גיל, לעיל ה"ש 445.

בעניין בלק⁹¹⁹ (פקודה להעביר ציוד מבוקר בניגוד לפקודות הצבא) ציין בית הדין הצבאי לערעורים באמרת אנגב כי פקודה שבכיצועה "היה משום עברה פלילית גלויה" כגון פקודה למכור צמיג (רכוש צבאי) בחנות אזרחית היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

פסק הדין היחיד החורג מהלכה זו הוא עניין אפרת⁹²⁰ (פקודה שניתנה להעמיס פח שמן). בית הדין הצבאי לערעורים דן במעשי החיילים וכך קבע:

שני החיילים הם מפקודיו של המערער וסרים להוראותיו, ואין זה מתקבל על הדעת, כי יהרהרו אחר כשירותן, או לפחות יהססו מלמלא אחריהן, או שיפששו במעשיו של המפקד, אם כשרים הם ואם לאו, אם גם אין לראותם פטורים מהחובה להודיע לממונים על העבירה שנעשתה או עומדת להעשות במסגרת הצבא.

משמע, בית הדין ראה בפקודה זו פקודה בלתי חוקית "סתם" ולא פקודה בלתי חוקית "בעליל".

17.1.3 פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה אך מנוגדות לתכליות של צה"ל

בין שני הקטבים של מטרה אזרחית מצד אחד ומטרה צבאית מן הצד האחר קיים תחום ביניים של פקודות. מדובר בפקודות אשר תכליתן היא לקדם את היחידה הצבאית על פני יחידות צבאיות אחרות. לרוב מדובר בפקודות שנועדו להשיג ליחידה רכוש שהיא אינה זכאית לו. מכיוון שהתכלית העומדת מאחורי פקודות אלו היא מעין תכלית ביניים בין התכלית האזרחית לצבאית, שלא כמו בפסיקה הברורה והחדה הנוגעת לשתי התכליות הללו – במקרה זה חלוקות הדעות, וקיימות בפסיקה הכרעות לכאן ולכאן.

דוגמה לכך מצויה בהשוואה בין עניין אלקובי⁹²¹ (פקודה להשלים ציוד) לעניין בן זקן⁹²² (פקודה לפצל חוסר אפסנאי בפריטי רכוש לכמה טפסים). בשני המקרים דובר בנקיטת אמצעים בלתי חוקיים להתמודדות עם חוסר אפסנאי. בשני המקרים ידעו החיילים כי מטיל הפקודה דורש מהם לבצע מעשה בלתי חוקי. אך בעוד שבעניינו של אלקובי קבע בית הדין שלא תעמוד לו הגנת צידוק עקב ידיעתו זו, בעניינו של בן זקן קבע בית הדין כי למרות ידיעתו על אי-חוקיות הפקודה, תעמוד לו הגנת הצידוק.

הבעיתיות שבעניין בן זקן אף גוברת לאור הפסיקה בעניין נאור⁹²³ באותו עניין הועמד חייל לדין בגין סירוב לקיים פקודה מכיוון שסירב לשמש בתפקיד נשק ביחידתו. החייל טען כי הפקודה שניתנה לו הייתה לחתום על טופס שבו הוא מצהיר כי הנשק במחסן תקין, דיווח שלא היה נכון מכיוון שקניהם של עשרה מכלי הנשק היו חלודים. המערער טען כי מכיוון שהמפקד דרש ממנו למלא את הטופס באופן כוזב, הפקודה היא בלתי חוקית באופן ברור וגלוי, ולכן טוב עשה שלא

919 עניין בלק, לעיל ה"ש 196.

920 עניין אפרת, לעיל ה"ש 523.

921 עניין אלקובי, לעיל ה"ש 652.

922 עניין בן זקן, לעיל ה"ש 412.

923 147/55/ע (ערעורים צה"ל) נאור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1954-1955 ב 561, 565 (1955).

קיימה. בית הדין קבע כי מבחינה עובדתית הפקודה התייחסה לעצם המינוי לתפקיד נשק ולא למילוי הטופס; לכן סיבת סירובו של החייל להתמנות לנשק לא הייתה רלוונטית והוא הורשע.

עם זאת, בהערת אגב אמר בית הדין: "נסכים שלא היה מקום לראות בסירובו של המערער לחתום על הקבלה, לו לכך התייחסה הפקודה, בטענה שאינה מכילה פרטים נכונים, סירוב למלא פקודה..." משמע, אילו הייתה הפקודה למסור דיווח כוזב בטופס אפסנאי (פקודה כמו שניתנה בעניין בן זקן), הייתה זו פקודה שהחייל לא צריך היה לציית לה.

קיים פסק דין נוסף שבו נקבע כי פקודה שנועדה למימוש תכלית יחידתית בלתי חוקית אינה פקודה בלתי חוקית בעליל – עניין שלמה⁹²⁴ (פרשת הקילומטרז'). שם קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודה שמטרתה יצירת נזק ברכב יחידה פגום כדי לקדם את החלפתו ברכב טוב יותר אינה פקודה בלתי חוקית בעליל.

17.1.4 פקודות שנועדו לשרת את טובת היחידה אך מנוגדות ליעודה של היחידה

כאשר התכלית העומדת מאחורי הפקודה אינה מנוגדת רק לתכלית של צה"ל אלא ליעודה של היחידה הספציפית בה היא ניתנה, ככל הנראה, לאור הפסיקה בנושא, הפקודה תחשב לפקודה בלתי חוקית בעליל. יצויין שהקביעה כי זו המגמה בפסיקה אינה חפה מספקות, מכיוון שבשני המקרים שמהם היא עולה התקיימו שתי נסיבות מחמירות נוספות: בשניהם דובר (א) בהשחתת שיטתית של רכוש רב וכן בשניהם (ב) הרכוש שהושחת היה כלי נשק.

המקרה הראשון הוא עניין טופח⁹²⁵ (פקודה להשחית עשרות כלי נשק כדי לקבל כלים טובים יותר ליחידה). אף שהיה מודע להלכה שנקבעה בפרשת הקילומטרז'⁹²⁶ קבע בית הדין הצבאי לערעורים כך:

הוראה לשבירת חלק של נשק, או פירוקו כך שיושבת, הניתנת בנשקיה שתפקידה לתקן כלי נשק, לשפר את תפעולו או לדאוג להבאתו לסדרנה מתאימה לתיקון הנשק, היא פקודה בלתי חוקית בעליל, גם אם מטרתה הסופית הייתה בעיני נותנה השגת כלי נשק מתאימים, אחרים, עבור היחידה [ההדגשה הוספה].

המקרה השני הוא עניין אבי⁹²⁷ (פרשת הטנקים). גם שם נקבע כי פקודה לגרום נזק לכלי נשק הניתנת בסדרנה לתיקון כלי הנשק היא בלתי חוקית בעליל.

17.2 פקודות הנוגעות לנהיגה

הנחת המוצא של בית המשפט בדונו בתחום הפקודות הנוגעות לנהיגה היא שהאדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו. בשל הנחת מוצא זו שואף בית המשפט להרחיב את

924 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

925 עניין טופח, לעיל ה"ש 390.

926 עניין שלמה, לעיל ה"ש 38.

927 עניין אבי, לעיל ה"ש 403.

שיקול הדעת אשר ראוי שיישאר בידי הנהג. שאיפה זו מתבטאת בכך שבית המשפט אינו מכיר בפקודות נסיעה כללית כמבססות את הגנת הצידוק, אלא מתייחס לפקודותיו של המפקד כפקודות נקודתיות הנוגעות רק למרכיב מסוים בנהיגה.

בשל הנחת מוצא זו בית המשפט גם שואף להטיל אחריות רבה על הנהג בעניין הדאגה לבטיחות בנסיעה, אחריות המתבטאת בשתיים: האחת – בחובה לסרב לציית לפקודה הנוגדת את הוראות הבטיחות בנהיגה, והשנייה – בחובה להפנות את תשומת לב המפקד למפגע בטיחותי שעלול להתרחש בנסיעה.

בעניין צורף⁹²⁸ (פקודה לנהג אמבולנס לנהוג בניגוד לכללי הבטיחות) סיכם בית הדין הצבאי את ההלכה האמורה:

עת עסקינן בפקודות הנוגעות לנהיגה, האדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו. לפיכך, גם מקום בו מדובר במתן פקודה/הוראה, הרי שבתחום זה, בית המשפט מותיר את האחריות על הנהג לגבי בטיחות הנהיגה.

אחריות זו באה לידי ביטוי בחובתו לסרב לפקודה הנוגדת את הוראות הבטיחות ובחובתו להפנות את תשומת לב המפקד למפגע בטיחות שעלול להתרחש בנסיעה.

17.2.1 הכלל: פקודה הנוגדת הוראות בטיחות בנהיגה היא פקודה בלתי חוקית בעליל

מכיוון שסוגיית הפקודות הנוגדות הוראות בטיחות בנהיגה נדונה בחלק מוקדם יותר,⁹²⁹ פסקי הדין בנושא זה יובאו להלן בקצרה כדי להשלים את התמונה הכללית בנוגע לפקודות הנוגעות לנהיגה.

בעניין גהן⁹³⁰ (פקודה לשאת סירת גומי על גג המכונית) קבע בית הדין הצבאי לערעורים: "ברור שחובת הנהג הייתה להסיע רכבו באופן שלא יסכן עוברי דרך, וחובה זו אף מתגברת על מצוות מפקדו, יהיה טיבה אשר יהיה".

בעניין ברוכי⁹³¹ (חייל שנפל מג'יפ בעת שניער את מעילו) ציין בית הדין הצבאי לערעורים בהערת אגב, בהסתמכו על עניין ענבל,⁹³² כי פקודה המורה על הפרה של הוראות בטיחות בנהיגה היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין צורף⁹³³ (פקודה לנהג אמבולנס לנהוג בניגוד לכללי הבטיחות) הורחבה בפועל ההלכה האמורה כך שתחול גם על מקרים מסוימים שאינם שגורתיים (כגון נהיגה של אמבולנס למקום אירוע). שם, בהסתמכו על עניין גהן ועל עניין ברוכי, קבע בית הדין:

928 עניין צורף, לעיל ה"ש 99.

929 בחלק 13.4.2.4.2 לעיל.

930 עניין גהן, לעיל ה"ש 496.

931 עניין ברוכי, לעיל ה"ש 497.

932 עניין ענבל, לעיל ה"ש 222.

933 עניין צורף, לעיל ה"ש 99; לביקורת על פסק הדין האמור ראו הדין בחלק 13.4.2.4.2 לעיל.

מפסקי הדין הללו נמצאנו למדים, כי חובת הנהג להסיע את רכבו בבטיחות וללא סיכון עוברי דרך, גוברת על מצוות המפקד וכי על הנהג ברכב לציין בפני מפקדו, בהינתן פקודה, כי ישנם מפגעים בטיחותיים הסותרים את קיומה של הפקודה.

חשוב לציין כי כאשר מדובר בפקודה המורה להפר הוראה הנוגעת לנהיגה אך לא לבטיחות בנהיגה, פקודה זו לא תיחשב באופן אוטומטי בלתי חוקית בעליל. כך, בעניין בן אברהם⁹³⁴ (פקודה לנהוג בכלי רכב צבאי [נ"נ] ללא היתר נהיגה מתאים) ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודות המורות על הפרת הוראות בטיחות בנהיגה הן בלתי חוקיות בעליל; אך לגבי המקרה נשוא פסק הדין קבע בית הדין, כי הדרישה מנהג משאית להיתר נהיגה בנ"נ היא דרישה פורמלית אשר אינה פוגעת בבטיחות, ולפיכך פקודה המורה על הפרת דרישה זו אינה פקודה בלתי חוקית בעליל.

17.2.2 פקודת נסיעה כללית אינה פקודה לחרוג מהוראות הבטיחות

עקב שאיפת מערכת המשפט לחייב את הנהג להפעיל שיקול דעת בכל הנוגע לבטיחות נהיגתו, הפסיקה אינה מוכנה לבסס את הגנת הצידוק על פקודות נסיעה כלליות, אלא מתייחסת לפקודותיו של המפקד כפקודות נקודתיות הנוגעות רק למרכיב מסוים בנהיגה.

כך, למשל, בעניין ברוכי⁹³⁵ (חייל שנפל מג'יפ בעת שניער את מעילו) טען הנהג, בין השאר, כי מכיוון שקיבל פקודה לנסוע ברכב, עומדת לו הגנת הצידוק בנוגע לכך שלא הקפיד שחגורות הבטיחות והמושב יהיו תקינים. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זאת וקבע כי פקודה כללית לנסוע ברכב אינה מחייבת את החייל לנסוע כאשר החגורות והמושב אינם בטיחותיים.

בעניין ברנרד⁹³⁶ (נסיעה כשהסולמות אינם מאובטחים) קבע בית המשפט העליון כי פקודה להסיע מספר נוסעים חורג מן המספר המותר אינה מקימה לנהג הגנת צידוק בנוגע לסולמות שלא היו מאובטחים כראוי לרכב.

בעניין אסולין⁹³⁷ (פקודה לנסוע לאסוף חיילים לאחר שעת מנוחה אחת בלבד) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי פקודה כללית המורה על נסיעה אינה נוטלת מהחייל את שיקול הדעת כיצד לנהוג באופן בטוח.

17.2.3 חובת הנהג להפנות את מפקדיו למפגע שעשוי להיגרם עקב הנהיגה

מכיוון שבית המשפט אינו מכיר בפקודות נסיעה גורפות כמבססות את טענת הצידוק לעניין חריגה מהוראות הבטיחות (אלא בתנאים מבצעיים⁹³⁸) – כדי שתקום לחייל הגנת הצידוק עקב ציות לפקודת הנסיעה שנתן לו מפקדו, חלה עליו החובה להפנות את תשומת לב מפקדו למפגע הבטיחותי. רק אם עשה זאת והמפקד הורה לו לנסוע בכל מקרה תוכל לקום לו הגנת הצידוק,

934 עניין בן אברהם, לעיל ה"ש 498.

935 עניין ברוכי, לעיל ה"ש 497.

936 עניין ברנרד, לעיל ה"ש 158.

937 עניין אסולין, לעיל ה"ש 163, בעמ' 139.

938 כמפורט בחלק 17.2.4.1 להלן.

כמובן מתוך הנחה שבית המשפט לא יראה בפקודה זו פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין רשף⁹³⁹ (התהפכות משאית אשר בתא המטען שלה היו חיילים ופלטות למיגון טנקים), טען החייל כי קמה לו הגנת צידוק כיוון שניתנה לו פקודה לנסוע. בית הדין הצבאי ערעורים דחה את הטענה:

המשימה של העמסת המטען והסעת החיילים על המשאית – הוטלה על המשיב. הוא קיבל עליו את תפקיד זה, כולל הפיקוח על העמסת המטען והסעת החיילים. בבצעו תפקידו זה, לא פנה אל מי ממפקדיו בטענה או בהערה לגבי הסיכון, שבהטענת המשאית או בהסעת החיילים כאמור. לו היה המשיב מעיר את תשומת הלב של מפקדיו לסיכון כאמור, ואלה היו מורים לו, על אף הערותיו שעליו לבצע את ההטענה והסעת החיילים כאמור, וכי עליו בעניין זה למלא פקודה, או אז, הייתה מתעוררת השאלה אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אם לאו. אך לא אלו עובדות המקרה. מסתבר, שהמשימה של הטענת המטען והסעת החיילים הוטלה על המשיב על ידי המ"פ, ושזה לא היה במקום, ומבלי שזה היה ער לאופן ההטענה ואופן הסעת החיילים [...] בנסיבות אלה אין לומר שהמשיב נאלץ לבצע את ההטענה דווקא כפי שבצעה או להסיע את החיילים כפי שהוסעו מכוח פקודה של מפקדו.

הלכה דומה לגבי חובת החייל להפנות את תשומת לב המפקד למפגע נקבעה גם בעניין ברוכי (חייל שנפל מג"פ בעת שניער את מעילו)⁹⁴⁰ ובעניין צורף (נהג אמבולנס צבאי שקיבל פקודה לעקוף מכוניות כדי להגיע בהקדם למקום שבו נדרש טיפול רפואי).⁹⁴¹

17.2.4 החריגים: צרכים מבצעיים והוראת שוטר

כפי שצוין לעיל, בית המשפט מניח כי האדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו ולכן מחייב אותו שלא להתנער משיקול דעתו. אך לשאיפה להשאיר בידי הנהג שיקול דעת רחב יש שני חריגים: האחד צבאי – צרכים מבצעיים, והאחר אזרחי – חובת הציות לשוטר.

17.2.4.1 צרכים מבצעיים כהיתר להפר הוראות בטיחות

בנסיבות מבצעיות ניטלים סיכונים אשר אין ליטול אותם בעתות שגרה או אימונים, בשל האינטרס הביטחוני החזק הקיים בנסיבות אלו. בהתאם, במצב זה גם נדרשת מהחייל חובת ציות קפדנית יותר למפקדו, ובשל כך מכיר בית המשפט בצורך לצמצם את שיקול הדעת הנשאר בידי החייל במצבים אלו. התוצאה המשפטית היא שבית המשפט לא יראה בפקודת נסיעה בניגוד להוראות הבטיחות פקודה בלתי חוקית בעליל בנסיבות הללו, וכן – שבית המשפט עשוי להכיר בכך שבנסיבות הללו פקודת נסיעה כללית, ואף פקודת נסיעה שניתנה בעבר, יקימו לחייל את הגנת הצידוק.

בכל המקרים שנדונו בפסיקה היו הנסיבות דומות: עקב פקודה (מפורשת או משתמעת) של מפקד

939 עניין רשף, לעיל ה"ש 162.

940 עניין ברוכי, לעיל ה"ש 497, וכן חלק 17.2.2 לעיל.

941 עניין צורף, לעיל ה"ש 99.

נהג חייל באופן שאינו בטיחותי וביצע תאונה, ובית הדין הצבאי זיכה את החייל מכיוון שהפקודה ניתנה עקב צורך צבאי חשוב. כך היה בעניין דרוה⁹⁴² בעניין בריא⁹⁴³, בעניין חננאל⁹⁴⁴ ובעניין תבור.⁹⁴⁵

באמצעות הבחנה בין עתות שגרה לעתות חירום פתרו בפועל בתי הדין את הבעיה התאורטית המוצגת ב"משל המכונית"⁹⁴⁶ המשמש בוויכוח בין המצדדים בגישות העובדתיות לבין אלו המצדדים בגישות הנורמטיביות. על פי משל זה חייל קיבל פקודה לנסוע במהירות העולה על המהירות המותרת; סיבת הנסיעה ומהירותה השתנו בין המלומדים המצדדים בגישות נורמטיביות למלומדים המצדדים בגישות עובדתיות, והוויכוח היה אם על החייל לציית לפקודה כזו ובאילו נסיבות. מהפסיקה המוצגת כאן עולה כי מצבו המשפטי של החייל נקבע בפועל בהתאם לשאלה אם הפרת דיני התעבורה נבעה מצורך מבצעי או מקוצר רוחו של המפקד.

17.2.4.2 חובת הצייות לשוטר

ההנחה שעל פיה האדם המודע ביותר לסכנות הטמונות בנהיגה הוא הנהג עצמו, אינה נכונה אם את הפקודה הסותרת את הוראות הבטיחות נתן שוטר. עקב כך נקבע בתקנה 23 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961,⁹⁴⁷ כי קיימת חובה לציית לאות או להוראה של שוטר "אף אם ההוראה או האות הם בניגוד לתקנות או בניגוד לתמרורים או להוראות כלליות אחרות בענין סדרי תנועה שניתנו על ידי כל רשות מוסמכת".

בעניין לבנה⁹⁴⁸ (נהג אוטובוס שסירב לפתוח את דלת האוטובוס לשוטר שלא בתחנה) קבע בית המשפט העליון כי הוראות בטיחות נכללות בהגדרה של "סדרי תנועה". עוד קבע בית המשפט העליון בעניין ליפקה⁹⁴⁹ (החניית רכב בשולי הדרך על פי הוראת שוטר) כי קמה לאדם הגנת צידוק אם ציית להוראת שוטר הנוגדת הוראות בטיחות בדרכים, אף אם אותו אדם יכול היה לוותר על התכלית אשר לשמה היה צורך בקיום ההוראה.

שילוב של שתי הלכות אלו מוביל למסקנה כי, בהקשר זה, קיימת חובת ציות מוגברת להוראות שוטרים, כך שאם ציית אדם לשוטר שהורה לו להפר הוראת בטיחות בנהיגה – תקום לו הגנת הצידוק, ולא תקום הגנה לאדם אשר סירב להוראה כזו.

בת"פ שגב,⁹⁵⁰ בעניין אינדיק⁹⁵¹ ובעניין ינוביץ⁹⁵² הועלתה טענה בדבר גבולות הצייות האמור לשוטר.

942 עניין דרוה, לעיל ה"ש 438.

943 עניין בריא, לעיל ה"ש 617.

944 עניין חננאל, לעיל ה"ש 179.

945 עניין תבור, לעיל ה"ש 502.

946 ראו המקורות בה"ש 387.

947 תקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1128, 1425.

948 עניין לבנה לעיל ה"ש 505.

949 עניין ליפקה, לעיל ה"ש 195.

950 ת"פ (שלום ב"ש) 1174/05 מדינת ישראל נ' שגב (פורסם בנבו, 31.1.2007).

951 ע"פ (מחוזי י"ם) 40700/07 אינדיק נ' מדינת ישראל (פורסם בתקדין, 25.12.2007).

952 עניין ינוביץ, לעיל ה"ש 28.

בשלושת פסקי הדין הועמד לדין נהג בגין אי-ציות לשוטר וטען כי ההוראה שניתנה לו הייתה מובילה לסיכון חיי אדם ולכן היא בלתי חוקית בעליל. בתי המשפט הכריעו עובדתית כי לא היה בהוראות משום סיכון חיי אדם ולכן לא דנו לגופה בטענה המשפטית בדבר גבולות הציות לשוטר. עם זאת, נראה כי קיים הגיון רב להגביל את חובת הציות לשוטר להוראות הנוגעות להנחיות תנועה, כך שבהיעדר תנאים חמורים של "צורך" לא תוכל הוראה זו להוביל לסיכון חיי אדם, ואפשר יהיה לסרב לה אם תוצאת הציות היא אכן סיכון חיי אדם.

עניין שגב הוביל לדין בתיחום אפשרי נוסף של גבולות הציות להוראות שוטר הנוגעות להסדרת התנועה. שגב ערער על הרשעתו⁹⁵³ וטען כי לא ציית להוראת השוטרת מכיוון שזו ניתנה שלא לתכלית של הסדרת התנועה אלא מתוך רצון להענישו על עברת תנועה שביצע קודם לכן. בית המשפט המחוזי הפך את החלטת בית המשפט קמא וזיכה את המערער:

יש לציית להוראותיהם של אלה, העושים מלאכתם נאמנה ותוך סיכון עצמי, לעיתים קרובות. יחד עם זאת, אין להטיל חובת ציות בשל הוראות המוטלות ממניעים אישיים גרידא, כבענייננו. אילולא "חתך" המערער את נתיבי הכביש בחדות שמאלה, אלא היה משתלב כראוי בנתיב הנסיעה השמאלי לגבעת שאול, לא הייתה מורה לו השוטרת לנסוע ישר, שכן הדבר לא היה נחוץ כלל. ברם, השוטרת נפגעה אל נוכח גישתו של המערער ומשכך נתנה לו דו"ח. אך ברור הוא, כי אין המדובר בעניין של סדרי תנועה תקינים וכי הוראה כאמור לא הייתה מחויבת מכורח המציאות.

בעקבות הזיכוי פנה שגב לבית המשפט השלום בבית שמש בבקשה כי יפסקו לזכותו הוצאות משפט. בית משפט השלום⁹⁵⁴ דחה את הבקשה בעודו מביע עמדה נוגדת לעמדת בית המשפט המחוזי בנוגע להיקף חובת הציות האמורה להוראות שוטר:

יצוין כי הנאשם בעצמו בדרך ניהול הגנתו, לא העלה טענת אי החוקיות שבהוראת השוטרת והיא הועלתה על ידו אך לראשונה בבית המשפט המחוזי. אציין כי הסוגיה של אי ציות להוראת שוטר שניתנה בנסיבות כבענייננו לא נטענה בפניי, ודעתי היא כי התשובה עליה, אינה חד משמעית. סוגייה זו מזכירה במשהו את הסוגייה של אי ציות להוראה בלתי חוקית הניתנת על ידי מפקד לפקודו. שם, כזכור, חייב הפקוד להישמע לה, אף אם הפקודה הייתה בלתי חוקית, והסייג לכך הוא רק כאשר אותה פקודה הייתה בלתי חוקית בעליל.

נדמה לי, כי בסיטואציה של הכוונת התנועה על ידי שוטר תנועה, האפשרות שהנהג האזרח יחליט להישמע לה או לסרב לה מהנימוק שלדעתו ההוראה הניתנת על ידי השוטר הינה בלתי חוקית, עשויה ליצור אנדרלמוסיה בדרך בין בהקשר של הסדרת התנועה באותו זמן ובין בהקשר של אי ציות בוטה לשוטר העלול להשפיע לרעה על יתר עוברי הדרך הנמצאים במקום ועדים לסירוב האמור. ער אני להבדל שבין פקודה הניתנת לחייל במסגרת הצבאית לבין הוראה הניתנת על ידי שוטר לאזרח בהתנהגות היום יומית,

953 עניין שגב, לעיל ה"ש 519.

954 ת"פ (שלום ב"ש) 1174/05 מדינת ישראל נ' שגב (פורסם בנוב, 9.1.2008).

אולם, כאמור, הדברים אינם פשוטים. אינני מוציא מכלל אפשרות שהדרך בה על האזרח לנקוט היא בציות לאותה הוראה, ולאחר מכן לפעול בהגשת תלונה לגורמים המוסמכים שתפקידם לטפל בתלונות מעין אלה.

לדידי, בהקשר של הוראות הנוגעות להכוונת תנועה עמדתו של בית משפט השלום ראוייה יותר מזו של בית המשפט המחוזי, כיוון שמטרת הוראות אלו ככלל היא מטרה בטיחותית, וכיוון שהנוק העלול להיגרם לאדם מציות להנחיות השוטה, אף אם יתברר כי ההוראה היא בלתי חוקית, הוא לרוב קטן. לפיכך, לדידי, אין לאפשר לאזרח שיקול דעת כה רחב כך שיוכל להחליט שלא לציית להנחיות השוטה בכל פעם שהוא סבור כי ההוראה לא ניתנה ממניעי בטיחות.

17.3 פקודות ירי והוראות פתיחה באש

עקב הסכנה הרבה לחיי אדם הנובעת מפקודת ירי ומהוראות פתיחה באש, שואף בית הדין להותיר שיקול דעת בידי החייל המציית לפקודה כדי להקטין את הסיכון לפגיעה בחיי אדם שלא לצורך. עקב כך, השאלה אם יזכה החייל להגנה ולאיוו הגנה יזכה תלויה בשאלות: מה מידת שיקול הדעת שהותירה הפקודה לחייל ומה היו הנסיבות בהן ניתנה ובוצעה הפקודה?

17.3.1 הוראת פתיחה באש השוללת מראש את שיקול הדעת של החייל

שלא כמו פקודות ירי, הוראות פתיחה באש ניתנות מראש ולרוב החייל מבצע אותן כעבור זמן, כאשר המפקד אינו נוכח בשטח. עקב כך על פקודה זו להותיר בידי החייל שיקול דעת לבחון אם יש צורך להשתמש בנשק, וכן שהות לבחון שימוש באמצעים חמורים פחות. לפיכך, הוראה הקובעת כי במצב שבו החייל אינו בסכנת חיים (ואינו מצב לחימה), עליו לירות ללא אזהרה כדי להרוג – תהיה תמיד בלתי חוקית בעליל.

כך, למשל, בעניין Hajdamovitz (נוטר פולני שירה בסוחר נשק)⁹⁵⁵ קבע בית המשפט העליון בתקופת המנדט כי פקודה, שניתנה מראש, לירות לאלתר, ללא שיקול דעת, באדם היה זה ינסה לברוח, היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

בעניין מנסור⁹⁵⁶ (ירי בתושב בדואי בסני עקב ויכוח מילולי) ציין בית הדין הצבאי לערעורים: "לו היינו חושבים כי הוצאה פקודה לירות לעבר אזרחים בשל איום שאינו אלא מילולי בלבד, ודאי שחייבים היינו לשקול אם פקודה כזו אינה בלתי חוקית בעליל".

ובעניין ח'⁹⁵⁷ (אונס ורצח של מסתננת), אף שבית הדין ציין כי אין הוא צריך לקבוע אם פקודת מבצע המורה לירות בכל אדם הנמצא בשטח מסוים היא בלתי חוקית בעליל, הוא כינה פקודה זו "ראויה לביקורת בנוגע למוכנה וסגנונה".

חיוק נוסף לטענה כי פקודה המורה מראש לחייל לירות מבלי לשקול שימוש באמצעים חלופיים

955 עניין Hajdamovitz, לעיל ה"ש 477.

956 עניין מנסור, לעיל ה"ש 171, בעמ' 271.

957 עניין ח', לעיל ה"ש 173, פס' 71.

ובהיעדר סיכון היא בלתי חוקית בעליל מצוי בעניין מיכאל⁹⁵⁸ (ירי בחייל עצור שעזב את מקום המעצר בהליכה). שם נקבע כי חייל עצור אשר הולך ממקום המשמורת אינו חייל שבורח ולכן אין לירות בו. משמע, מכיוון שאפשר היה להשתמש באמצעים קיצוניים פחות כדי לעצרו – אין להגדיר את מעשהו בריחה, ולכן הירי שבוצע לעברו אינו בגדר ציות מצד החייל היורה לפקודה שניתנה מראש לירות לעבר חיילים הבורחים ממשמורת ולכן לא תקום לחייל האמור הגנת הצידוק.

17.3.2 פקודת ירי מידית

שלא כמו הוראות פתיחה באש, פקודות ירי דורשות ציות מדי. לפיכך אין לדרוש כי הפקודה תותר שיקול דעת בידי החייל כדי שיוכל לבחון שימוש באמצעים חמורים פחות. לכן פקודת ירי מידית במצב מבצעי, לעיתים, תקים לחייל הגנת צידוק אף בסיטואציה שבה אם הייתה ניתנת לו שהות לבחון את המצב, הוא היה מגלה כי השימוש בנשק באותו מצב אינו חוקי בעליל. כך קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין עופר⁹⁵⁹ (הערעור בפרשת כפר קאסם) בהחלטתו לזכות שני טוראים שצייתו לפקודת הירי הראשונה:

חייל [...] המציית לפקודת אש מיידית ובלתי צפויה של מפקדו, יהא בדרך כלל פטור מאחריות פלילית לתוצאות קיפוח חיי אדם ע"י פעולתו, משום שהתרגול ההכרחי של החייל להיענות מיידית וכמעט אוטומטית לפקודות מסוג זה שולל ממנו את האפשרות לשקול את מסיבות מתן הפקודה ומאלץ אותו לסמוך בנוגע למטרת הפעלת נשקו על מפקד.

פקודת ירי מידית שתינתן בנסיבות אזרחיות לחלוטין, לעומת זאת, כלל לא תיחשב לפקודה. כך נקבע בעניין רן⁹⁶⁰ (פקודת ירי שנתן שוטר מג"ב שלא היה בתפקיד).

17.3.3 אישור ירי בזמן אימונים

פעילות האימונים היא מצב ביניים בין המצב המבצעי שתואר בעניין עופר (הערעור בפרשת כפר קאסם),⁹⁶¹ לבין המצב האזרחי שתואר בעניין רן.⁹⁶² מצד אחד, פעילות האימונים דורשת ציות רב מהחייל כדי שיוכל לתרגל את המשימות הנדרשות ממנו, אך מן הצד האחר, אין לסכן את חיי החיילים בזמן אימונים באותה מידה המותרת בעת קרב.

בעת אימון הכולל ירי כדורים חיים לעתים ניתנת לחיילים פקודת ירי כללית. פקודה זו לא תקים לחיילים הגנת צידוק, מכיוון ששיקול הדעת המתלווה אליה הוא רחב ביותר, כך שבפועל לא קיים איום בסנקציה על החייל אם לא יירה. נשאלת השאלה אם אישור ספציפי שנתן המפקד לירי נקודתי בתוך האימון, ובכפוף לאותה פקודת ירי כללית, יקים לחייל את הגנת הצידוק.

958 עניין מיכאל, לעיל ה"ש 172.

959 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 74.

960 עניין רן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 287.

961 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 74.

962 עניין רן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 287.

בית הדין קבע כי אך ורק כאשר החייל פנה אל מפקדו, פירט בפניו את כל הסכנות הכרוכות בירי והמפקד הורה לו לירות בכל זאת, ובכך שלל ממנו את שיקול הדעת אם לירות – רק אז תיחשב הוראת המפקד לפקודה אשר עשויה להקים לחייל הגנת צידוק.

כך, למשל, נקבע בעניין בייקה⁹⁶³ באותו עניין דובר בתרגיל לילי של חטיבת הנח"ל שכלל ירי כדורים חיים. כדי שהכוחות היורים (כוחות הרתק) יראו את הכוחות המסתערים נקבע כי החייל הימני ביותר בכל כוח מסתער יישא פנס על כתפו. כן נאסר על החיילים לירות אם אינם רואים את הפנסים האמורים. המערער, מקלען מאג בכוח הרתק, מעד והתעכב, וכשהגיע לכוח לא ראה את הפנס. לכן פנה אל מפקדו לשם קבלת אישור ירי. ממתח מקלע המאג נהרג חייל. בית הדין בחן את השאלה אם השילוב של אישור המפקד לירי ופקודת האש הכללית שניתנה לכוחות הרתק הקימו למערער הגנת צידוק, וכך קבע:

קשה לראות במענה החיובי שקיבל המערער לשאלה שהפנה למפקדו בדבר האפשרות לירות משום פקודה הגם שהדבר נעשה במסגרת פקודת האש הכללית שניתנה לחיילי כוח הרתק שהרי לכל חייל בכוח זה ניתן שיקול דעת עצמאי לפתוח באש או להימנע מכך אם הוא מבחין בפנס הזיהוי או שזה נעלם מעיניו. מכאן שהרשות שניתנה לו מהמפקד לא פגעה ולא נתכוונה לפגוע בחירות שיקול הדעת שלו.

כך נקבע גם בעניין עמוס⁹⁶⁴ שם דובר בניהול תרגיל ירי לילי של מחלקת שריון. הטנק הימני איבד קשר עם המחלקה. מפקד המחלקה (המשיב), שהיה בטנק המרכזי, דיווח על כך למפקד הפלוגה, וזה הורה למפקד המחלקה לירות לעבר מרכז היעד, כדי שהטנק הימני יזהה את מיקומם על פי הרעש. הטנק הימני, שאיבד את דרכו, עבר את שאר הטנקים ולכן נפגע מהירי האמור, ומפקד הטנק נהרג. המשיב הואשם בגרימת מוות ברשלנות וטען להגנת הצידוק. בית הדין קמא זיכה את המשיב, אך בית הדין הצבאי לערעורים הפך החלטה זו:

לא כל פקודה במובנה השגרתי היום יומי, מעניקה מניה וביה הגנה של צידוק. כדי שפקודה תהא כזו היא צריכה לשלול ממקבל הפקודה כל שיקול דעת. ואם מדובר במעשה העלול לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון, או שיש בו סיכון, חייב מקבל הפקודה לוודא אם לנותן הפקודה ידועות כל העובדות הרלוונטיות, ואם למרות ידיעת הסיכונים עומדת הפקודה בעינה. חייל המקבל פקודה שהוא יודע או חייב לדעת שיש בה משום סיכון לאנשיו או לאנשים אחרים – ובהקשר זה נתייחס לנסיבות של אימונים – חייב לוודא באופן סביר כי למפקד ידועים כל הנתונים ובמיוחד אם קיים סיכון בטיחותי, שאולי המפקד אינו מודע לו, וכי למרות קיום אותו סיכון עומד המפקד על הוראתו. זהו אחד התנאים העיקריים להחלת הגנת הצידוק.

במקרה זה פסק בית הדין לערעורים כי בפקודתו של מפקד הפלוגה לא היה כדי לצמצם את שיקול הדעת של המשיב להפסיק את התרגיל עקב הסיכון הקיים, ולכן החלטה כזו, לו היה מבצעה המשיב, לא הייתה בגדר הפרת פקודה. משלא עשה זאת המשיב ואף לא פנה למפקד לשם קבלת הבהרות – התרשל.

963 עניין בייקה לעיל ה"ש 220.

964 עניין עמוס, לעיל ה"ש 202.

17.3.4 פתיחה באש: הפעלת סמכות שבדין או ציות לצו?

חייל פעל בהתאם להוראות הפתיחה באש. נשאלת השאלה באילו נסיבות תקום לו הגנת הצידוק עקב הפעלת "סמכות שבדין" ובאילו נסיבות תהיה זו הגנת הצידוק עקב "ציות לצו של רשות מוסמכת".

בפסיקה קיימות שתי גישות באשר להכרעה בשאלה זו.

על פי גישה אחת תוכרע השאלה על פי שיקול הדעת הנותר בידי החייל: אם נותר לחייל שיקול דעת רחב, אזי הוא מפעיל סמכות שבדין, ואילו אם שיקול הדעת שנותר לחייל הוא צה, מדובר בציות לצו של רשות מוסמכת.

על פי הגישה הנוספת, ההבדל בין שתי החלופות הוא פורמלי, ואינו נובע ממידת שיקול הדעת שנותרה לחייל אלא ממקור ההוראה. אם ההוראה ניתנה בעל-פה או בכתב ממפקדיו של החייל מדובר בציות לצו של רשות מוסמכת. לעומת זאת, אם מדובר בפקודה כללית, ההגנה שתקום לחייל תהיה עקב הפעלת סמכות שבדין.

ביטוי לגישה הראשונה מצוי בעניין אנקונינה.⁹⁶⁵ באותו מקרה הוטלה על המערער המשימה לחסום את צומת בית להייה. תושב פלסטיני, שראה את הפקק שנוצר עקב המחסום, ניסה להתחמק ממנו ולסוב לאחור. המערער פתח בנוהל מעצר חשוד, וזה הסתיים במותו של התושב הפלסטיני.

על פי הפקודות הכתובות מותר היה להתחיל בהפעלת נוהל מעצר חשוד רק כלפי רכב אשר יש חשד כי נמצא בו אדם שהיה מעורב או עומד להיות מעורב באירוע חבלני. אולם על פי ההנחיות שניתנו למערער בעל פה היה נתון בידי שיקול הדעת להתחיל בהפעלת נוהל מעצר חשוד כלפי כל רכב שמנסה להתחמק מהמחסום. כל שלושת השופטים סברו כי ההוראות שניתנו למערער העניקו לו שיקול דעת, ולכן אין לראותן כפקודה המלווה בסנקציה. שופט המיעוט סבר כי קמה למערער הגנת הצידוק עקב הפעלת סמכות שבדין (ובהמשך קיבל בית המשפט העליון דעה זו⁹⁶⁶). כך קבעו שופטי הרוב:

ראש לכל אין בסיס לטענת המערער כאילו הוא היה חייב לפתוח באש כלפי עוקף מחסום וכאילו נצירת אש מצדו הייתה בגדר הפרת פקודה מחייבת. שיקול הדעת שהוקנה לו מסיר מעם מערכת הפקודות המקדימות את אופיין המנדטורי.

ושופט המיעוט: "לא יכול להיות ספק שהמסגרת הנורמטיבית (היינו מערכת הפקודות בכתב ובע"פ) שבמסגרתה פעל המערער הסמיכה אותו (דוק, הסמיכה ולא כפתה) ועל כן אין מקום להתחיל את הגנת הציות לפקודה".

בעניין בן גיגי⁹⁶⁷ (ירי לעבר מכונית בעת פיגוי מחסום אבנים) קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי במצב שבו נמצאו החיילים הצטמצם שיקול הדעת שלהם, ועקב כך הם סברו כי לתדריכים

965 24/88/ע (ערעורים צה"ל) אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1988, 427, 439, 442 (1988).

966 ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2), 353 (1990).

967 עניין בן גיגי, לעיל ה"ש 241.

ולהנחיות שניתנו להם בנוגע לפתיחה באש הוצמדה סנקציה. משכך קבע בית הדין כי קמה להם הגנת הצידוק עקב ציות לצו של רשות מוסמכת.

משמע, סוג הגנת הצידוק אשר תקום לחייל המבצע ירי במחסום תלוי במידת שיקול הדעת שהותירו לו הוראות הפתיחה באש.

הגישה השנייה מרומזת בפסיקה שבה בית המשפט אינו מייחס חשיבות לשיקול הדעת שנותר בידי החייל או אינו רואה כל חשיבות לדון בשאלה איזו מבין החלופות הקימה לחייל הגנת צידוק.

ביטוי לגישה השנייה מצוי בעניין שפיק.⁶⁸ שם הועמד הנאשם לדין בעברת חבלה חמורה בגין כך שבמסגרת תפקידו כשוטר מג"ב במחנה הפליטים בחאן-יונס, ירה לעבר אדם כדורי גומי מטווח קצר וגרם לעיוורון בעינו השמאלית. הנאשם וכמה שוטרי מג"ב נוספים נסעו ברכב אל מחנה הפליטים כדי לסייע למפקדם אשר רכבו הפסיק לפעול. רכב שנסע לפנייהם ניסה לעכבם. הם הודיעו לו לפנות את הדרך, אך הוא לא נענה. שוטרי מג"ב חשדו בנוסעי המכונית ולכן ניסו לעקפה ותוך כדי כך ירה הנאשם על הרכב כדור גומי וזה פצע את אחד מיושב המכונית. כך קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מפי השופט טימור: "אין מחלוקת, לפי תשתית הראיות שהניחה התביעה, שהנאשם התיימר, במקרה זה, לפעול לביצוע הדין, או בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא כפוף לה" [ההדגשה הוספה].

אמירה דומה הושמעה גם בעניין ג'ורנו.⁶⁹ הנאשם, אף הוא שוטר מג"ב, נותר לאחר מרדף לבדו בסמטה עם שני מְפָרֵי סדה ולטענתו אלה ניסו לחטוף את נשקו. כדי למנוע זאת דקר הנאשם בסכיניו הפרטי את מְפָרֵי הסדר ובשל כך הועמד לדין. כך קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, אף כאן מפי השופט טימור: "במקרה הנדון מדובר בשוטר משמר הגבול אשר פעל במסגרת תפקידו. הוא היה אמור לפעול עפ"י דין או במסגרת צו של רשות מוסמכת במטרה לשמור על שלום הציבור" [ההדגשה הוספה].

משמע, בית המשפט אינו סבור כי קיים שוני במידת שיקול הדעת הנותר בידי המבצע בכל אחת משתי החלופות של הגנת הצידוק, והוא סבור כי די בפקודה לחלץ מפקד או "לשמור על שלום הציבור" כדי להקים לנאשם הגנת צידוק עקב "ציות לצו של רשות מוסמכת" בגין מעשה הירי או הדקירה, אף שמרחב שיקול הדעת של הנאשמים היה רחב ביותר. בית המשפט קבע כי מכיוון שהתביעה לא הוכיחה במקרים הללו כי הנאשמים פעלו בניגוד להוראות הפתיחה באש או בניגוד להוראות השימוש בכוח של מג"ב, קמה להם הגנת הצידוק ולו מחמת הספק.

17.3.5 הוראות פתיחה באש – שילוב בין הגנת הצידוק להגנת הצורך או להגנה עצמית

כיום, על פי הוראות הפתיחה באש החלות במרבית המקרים, אין מעבר אוטומטי משלב נוהל מעצר חשוד לשלב הירי – ירי מתבצע רק במצבים של סכנת חיים ממשית ומיידית. בשל כך, אם חייל

968 עניין שפיק, לעיל ה"ש 111, בעמ' 724.

969 עניין ג'ורנו, לעיל ה"ש 111, בעמ' 698.

טוען לסייג בפלילים עקב ציות להוראת פתיחה באש, ייבחן בית המשפט אם קם לו סייג שכזה על סמך שילוב בין הגנת הצורך או הגנה עצמית להגנת הצידוק.

כך, למשל, ניתח בית הדין את טענת ההגנה בעניין האזור.⁹⁷⁰ שם דובר במפקד פלוגת מילואים שעסקה בפיקוח על הסדר והביטחון השוטף בנפת רמאללה. המערער ריכז את הגברים הבוגרים של הכפר באזור אחד כדי להעמידם "בפיקוח ובהשגחה" על פי פקודות שקיבל. המערער זרק חזיז לעבר הקהל וכחצי שעה לאחר מכן הפעיל את צופר הרכב בעוצמה רבה. לאחר הפעלת הצופר החלה התפרעות, והיה על המערער ועל כוח קטן של 11 חיילים להתמודד עם המון רב. המערער זיהה צעיר אשר נע בין קבוצות האנשים ואשר לדעתו "דחף את העניינים מאחור", וצעק לו לעצור. משלא עצר הצעיר ירה המערער באוויר בזווית של 60 מעלות אך הצעיר עדיין לא עצר, ולכן ירה המערער לעבר פלג גופו התחתון של הצעיר. בשל כך הועמד לדין בעברה של שימוש בלתי חוקי בנשק.

בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי בהתאם לנוסחן של הוראות הפתיחה באש (אשר התירו ירי רק אם נשקפת סכנת חיים "ממשית ומידית") יש לבחון אם מעשיו של החייל נופלים לגדר הגנת "הצורך". כמו כן, קבע בית הדין שגם במקרה שבו ייקבע כי לאזרח לא תקום הגנת הצורך מכיוון שהיה עליו לסגת, לחיילים תעמוד ההגנה מכיוון שהישארותם במקום נעשית בשל החובה לציית לפקודה. כך אמר בית הדין: "המערער וחייליו הוצבו בכפר שהוא על המשמר במקום. ההמצאות במקום הייתה עבורם בגדר חובה. הייתכן לגרום כי מפקד וחייליו יתבעו לסגת כל אימת שעמידתם על המשמר נמצאת מאוימת בדרך כלשהי? נהפוך הוא".

בית הדין חזר על הלכה זו בעניין ר',⁹⁷¹ אם כי שם קבע כי סמ"ר ר' לא פעל בתנאים של צורך וחרג מהוראות הפתיחה באש הרלוונטיות.

17.3.6 פקודות לחרוג מהוראות פתיחה באש שהוכרו כבלתי חוקית "סתם"

קיימים שני פסקי דין, אשר מקלים דווקא את הדרישות בתחום הוראות הפתיחה באש לעומת הדרישות הקיימות בתחומי בטיחות אחרים. פסקי דין אלה חורגים מהקו שלפיו פקודה הסותרת הוראות בתחומים הנוגעים לבטיחות היא פקודה בלתי חוקית בעליל. מכיוון שפסקי דין אלו נדונו בהרחבה בשלב מוקדם יותר, נזכיר את ההלכה שנפסקה בהם בקצרה.

בעניין רוטשטיין⁹⁷² (ירי עונשי לעבר גלגלי מכונית) קבע בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז כי הפקודה "נוגדת בצורה בוטה ומפורשת את הוראות הפתיחה באש [...] כך שיוצא בצורה ברורה שהפקודה שקיבל נאשם מס' 2 היתה על פניה בלתי חוקית כלומר ברורה ושקופה שהיא נוגדת את

970 ע/277/90 (ערעורים צה"ל) האזור נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1990, 15, 36 (1990). השוו ל-ע/67/98 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' מ', פד"צ 1998, 105 (1998) – בו הביע בית הדין הצבאי לערעורים דעה כי יש לבחון את המעשה דרך הגנת הצידוק עקב ביצוע סמכות שבדין ולא דרך הגנה עצמית.

971 עניין ר', לעיל ה"ש 165.

972 עניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 377.

החוק ושלא יעלה על הדעת לפעול בהתאם לה". אולם בית הדין הצבאי לערעורים שדן בערעורו של הנאשם מס' 2, סגן רגב, הפך קביעה זו ופסק כי לא כל פקודה המורה על הפרת הוראות פתיחה באש היא פקודה בלתי חוקית בעליל. בית הדין ביסס את זיכויו של סגן רגב במיוחד על העובדה כי האנשים הוצאו מהרכב לפני הירי.⁹⁷³

בעניין יוסף⁹⁷⁴ (ירי של ש"ג לעבר מכונית שפרצה את השער) קבע בית הדין כי לא כל פקודה המורה על הפרה של הוראה מהוראות הנספח לפקודות מטכ"ל העוסק בהוראות פתיחה באש היא פקודה בלתי חוקית בעליל.

17.4 פקודות בלתי חוקיות שמטרתן ענישה

כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית שניתנת לתכלית עונשית, נראה כי תכלית זו לא תוביל ישירות למסקנה כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. חוסר החוקיות בעליל, בפועל, ייקבע על סמך המעשה הנדרש על פי הפקודה "העונשית".

17.4.1 פקודות "עונשיות" בתחום תפקידיו הרגילים של החייל

כאשר מפקד מעוניין להעניש את פקודו ולשם כך מורה לו לבצע משימה צבאית רגילה שאין בה יסודות משפילים, דוגמת שמירה נוספת בניגוד לנהלים או פעילות גופנית נוספת שאינה משפילה ואינה פוגעת בגופו של החייל, בית המשפט ייטה לראות בפקודה האמורה פקודה בלתי חוקית "סתם", ולפיכך יהיה על החייל לציית לה ולהתלונן אחר כך. חובת הציות של החייל אינה משתנה אף אם הוא יודע כי הפקודה אינה חוקית וכי מטרתה היא להענישו.

בעניין שלח⁹⁷⁵ (חייל שכעונש קיבל פקודה לשמור במשך מספר השעות העולה על המותר על פי פקודות מטכ"ל), קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי השאלה אם הפקודה בלתי חוקית היא עניין למפקדים הממונים, והם יחליטו אם להעניש את נותן הפקודה, אך על החייל לציית לפקודה שניתנה לו:

הטלת עונש של תרגול נוסף כעונש על ידי הסמל הוא עניין לממונים עליו לטפל בו אולם משהופיע שמו של המשיב ברשימת המיועדים לשמירה למחרת בערב ולא יצא לתפקיד מבלי שהשיג שחרור מרשות מוסמכת, עבר על החוק.

בעניין ברק⁹⁷⁶ הורשע חייל כיוון שלא קיים פקודה עונשית לאבטח את יחידתו בזמן שאמור היה להיות בחופשה.

בעניין צחור⁹⁷⁷ (סירוב לפקודה עונשית לשמש קצין תורן למשך כמה ימים) קבע בית הדין כי "מחובת קצין למלא פקודה של מפקדו גם אם נראית לו בנגוד להוראות משטר ונוהג".

973 עניין רגב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43.

974 עניין יוסף, לעיל ה"ש 604.

975 עניין שלח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 348.

976 עניין ברק, לעיל ה"ש 87, בעמ' 52.

977 עניין צחור, לעיל ה"ש 668.

בעניין אזור⁹⁷⁸ דובר ב"טרטורים" בלתי חוקיים שלא היה בהם כל יסוד משפיל או מזיק מבחינה גופנית, ולכן קבע בית הדין כי קמה למשיבה הגנת הצידוק לגבי ה"טרטורים" שביצעה בהוראת מפקדיה.

17.4.2 פקודה "עונשית" שתוצאתה השפלת חייל

כאשר בוחר המפקד להעניש את החייל בדרך שאינה חוקית, הגורמת לכיזויו ולהשפלתו, ייטה בית הדין לראות בפקודה המורה על ביצוע ענישה שכזו פקודה בלתי חוקית בעליל. כך נקבע עוד בראשית ימיה של המדינה. בעניין אליהו⁹⁷⁹ (חייל שנרדם בעת שמירה ונצטוו להישאר שוכב עד לבוא המשטרה הצבאית) אמר בית הדין:

[...] הפקודה הזאת, לפי מהותה, אינה נוגעת לחובה צבאית, ולפי מטרתה – יש בה משום אי חוקיות על ידי יצירת מצב של החמרה בעבירה ואי הגינות כלפי הנאשם וכפייה עליו לספק 'הוכחות' נגד עצמו.

אנו משוכנעים, אפוא, שבאין פקודה חוקית, לא היה מקום להביא נגד המערער את האשמה על סירוב למלא פקודה.

תימוכין לעמדה כי פקודה עונשית שתוצאתה משפילה תהיה פקודה בלתי חוקית בעליל, מצויים בעמדת התביעה בעניין אילון⁹⁸⁰ באותו מקרה הועמדה לדין שרשרת הפיקוד עקב מעשי התעללות שונים שהתרחשו בטירונויות, וכללו בין השאר החזקת חייל ב"מצב שתיים" (תנוחה לא נוחה) לפרקי זמן ממושכים, "קאדר אופנוע" (החייל, באפוד ובקסדה, נשען על קיר במשך 20 דקות ובוזווית של 90 מעלות; על גבו הונחה אבן, ובכל פעם שהאבן נפלה נוספה לחייל "שעה ביציאה"); כפייה על החייל לעמוד במשך 45 דקות כשהוא מחזיק ג'ריקן של 20 ליטר בכל יד, ובכל פעם שהניח החייל את הג'ריקן – נוספה לו "שעה ביציאה".

את מעשי ההתעללות ביצעו מפקדי הכיתות וסמל המחלקה בפקודת מפקד הפלוגה. התביעה העמידה לדין את מפקד הפלוגה וכן את סמל המחלקה ומפקדי הכיתות, בטענה שפקודות מפקד הפלוגה היו בלתי חוקיות בעליל ולכן אסור היה להם לציית להן. סוגיה זו לא הגיעה לכדי ליבון בבית הדין מכיוון שהמקרה הסתיים בעסקת טיעון.

תמיכה נוספת לכך שפקודה עונשית משפילה תהיה בלתי חוקית בעליל מצויה גם בעניין אליאב⁹⁸¹ ובעניין גוטמן⁹⁸².

בעניין אליאב, המערער אילץ חייל שנפקד ליומיים לרוץ בחדר במשך חצי שעה, ותוך כדי הריצה לקפוץ מספסל ולציית לפקודות "פול", "זחל", "קום". כאשר נפל החייל וטען שאינו יכול עוד דרך המערער על ידיו. לאחר מכן איבד החייל את הכרתו. מעשים אלו נעשו בנוכחות סגן מפקד הפלוגה,

978 עניין אזור, לעיל ה"ש 17.

979 עניין אליהו, לעיל ה"ש 85.

980 עניין אילון, לעיל ה"ש 561.

981 ע/צ 30/60 (ערעורים צה"ל) אליאב נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1960, 220, 225 (1960).

982 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 562.

וזה אישר את המעשים בשתיקתו. המערער לא טען לצידוק, אך טען כי נוכחותו של סגן מפקד הפלוגה גרמה לו לטעות ולחשוב כי מעשיו חוקיים. בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענה זו, וקבע כי "תרגיל שמטרתו השגת מטרה עונשית הוא בלתי חוקי ומהווה התעללות". אף שבית הדין לא אמר זאת במפורש, משתמע מדבריו כי לדעתו אם היו המעשים נעשים מתוך ציות לפקודה, הייתה זו פקודה בלתי חוקית בעליל: "המעשה לו נעשה על ידי הסגן היה בלתי חוקי ופסול ואין הסכמתו יכולה לכן להקנות זכות חוקית לרס"פ לעשות את מה שאסור לסמ"פ".

בעניין גוטמן ("טרטור" חייל שנרדם בשמירה) זיכה בית הדין את המשיב עקב ציותו לפקודת מפקדו, וקבע שרב"ט סביר, שלא כמו קצין או חוגר בכיר סבירים, לא יכול היה לדעת כי מדובר בפקודה שאינה חוקית. עם זאת, בית הדין המליץ להדריך את החיילים הזוטרים וליידע אותם בדבר חוסר החוקיות שבמעשים כאלה, ומפסק הדין עולה כי לאחר שייעשו הדרכות שכאלו, פקודות כדוגמת אלו אשר ניתנו באותו מקרה ייחשבו בלתי חוקיות בעליל גם אם יינתנו לחיילים זוטרים. עקב המודעות הרבה כיום לזכויות החייל, נראה כי כיום מתקיים התנאי שקבע בית הדין לשם החלת ההלכה האמורה גם על חיילים זוטרים; לפיכך נראה כי אם בית הדין היה בוחן את המקרה כיום, הוא היה קובע כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל ללא קשר לדרגת מקבל הפקודה.

חיזוק מסוים נוסף לקביעה כי פקודה בלתי חוקית שמטרה עונשית תהיה בלתי חוקית בעליל אם קיים בה יסוד משפיל מצוי בעניין רובנוב.⁹⁸³ שם קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי אם ניתנת למפקד זוטר פקודת "טרטור", עליו לבצע אך ורק תרגול חוקי נוסף, אלא אם הובהר לו במפורש אחרת. זאת אף שבמקרה האמור הפירוש הסביר של פקודות המפקד היה ביצועם של מעשים לא חוקיים.

חריג לכלל שעל פיו פקודה עונשית אשר יש בה יסוד של פגיעה גופנית תהיה בלתי חוקית בעליל עשוי להתקיים במקרים שבהם מדובר בפקודה אשר ניתנה בסיטואציה מבצעית. בסיס מסוים לכך מצוי בסעיף 20 לחש"ץ:

צידוק נוסף

20. צידוק הוא לחייל, אם המעשה שעשה והמהווה עבירה נעשה כדי למנוע מרידה בצבא או המשכתה או כדי למנוע בשעת פעולה קרבית סירוב לקיים פקודה מוסמכת הנוגעת לאותה פעולה או אי-קיום פקודה כזאת, ובלבד שאי אפשר היה למנוע אלה בדרך אחרת, ושבעשייתו לא עבר את המידה הדרושה לאותה מטרה.

בסיס לקביעה כי הפקודה האמורה תחייב ציות (משמע לא תיחשב בלתי חוקית בעליל) במצבים של צורך מבצעי, גם אם היא אינה עומדת בתנאים הצרים של סעיף 20 (משמע אינה חוקית) מצוי במידת מה, בפסק דין בנושא שתואר על ידי שופט דעת המיעוט בפסק דין מלינקי, כ:⁹⁸⁴

סרן מפקד פלוגה פקד על אחד מסמליו לפגוע בנשק שבידו בחייל אחד שסירב לעלות,

983 עניין רובנוב, לעיל ה"ש 178.

984 עניין מלינקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 251. פסק הדין מצוטט באותו עניין ללא ציון מספר ההליך.

בזמן הקרבות, למשל. המפקד הועמד לדין על הוצאת פקודה בלתי חוקית. בית-הדין לאחר דיון ממושך זיכה את המפקד מחמת הספק. הסמל הועמד לדין על גרימת חבלה גופנית בגופו של אדם ובמשפט טען צידוק לפי סעיף 19. בית הדין שהיה באותו הרכב שבמשפט הקודם – זיכה את הנאשם עם תחילת הדיון מתוך הנימוק כי השופטים עצמם התלבטו קשות במשך תקופה ארוכה, כשדנו בעניינו של הסרן באם הפקודה הייתה באופן ברור וגלוי בלתי חוקית. כיצד ידרשו מהסמל שבו במקום תנוח עליו הרוח ויבחין באי-חוקיות הפקודה.

17.5 פקודה המורה לבצע צו שלטוני שהוצא שלא כחוק

חלק נכבד מהפעולות השלטוניות נעשה בדרך של הוצאת צווים. לרוב, הסמכות להוציא צו הפוגע בחירויות שונות של האזרח נמצאת בידי גוף בכיר בתוך הרשות, וגוף זה נדרש לפעול בהתאם לפרוצדורה מסוימת, כדי שהצו היוצא מתחת ידיו יהיה חוקי. נשאלת השאלה אם לאדם הפועל בהתאם לצו של הרשות שאינו חוקי ועקב כך מבצע עברה תקום הגנת הצידוק. לגבי עובדי ציבור קבעה הפסיקה כי לא תקום להם ההגנה אף אם סברו שהצו הוצא כדין, ואילו לגבי חיילים נקבע כי אין לצפות מהם לבחון את חוקיות הצו.

בעניין עופר⁹⁸⁵ (הערעור בפרשת כפר קאסם) קבע בית הדין כי מפקד החטיבה, אל"ם שדמי, הפר את החוק כאשר הורה על הטלת עוצר מבלי שהחתיים מראש את המפקד המוסמך לכך על צו הטלת העוצר. אך בית הדין המשיך וקבע כי הנאשמים "היו רשאים להניח שהעוצר הוטל על ידי אל"ם שדמי כחוק, ועל כן עומדת להם מכל מקום טענת הצידוק במובן הזה".

בעניין Hajdamovitz (נוטר פולני שירה בסוחר נשק),⁹⁸⁶ מכיוון שרשויות הצבא הפולני לא העבירו את העצורים לרשויות האזרחיות המנדטוריות, נקבע כי המעצר לא היה חוקי. אך בית המשפט העליון בתקופת המנדט קבע כי חייל סביר לא יכול היה לדעת אם מפקדו פעל בהתאם לפרוצדורה הראויה להוצאת צו מעצר לפני שנתן לו פקודה לשמור.

לעומת זאת, בעניין פרושינסקי⁹⁸⁷ (צו הריסה שהוצא על ידי ראש עיר ולא על ידי מועצת העיר), שבו דובר בעובדי עירייה, הרשיע בית המשפט העליון את המערערים אף שמועצת העיר אישרה את מעשה ההריסה באופן רטרואקטיבי. בית המשפט דחה את הטענה כי פעולה שנעשתה בהוראת ראש העיר היא פעולת העירייה. בית המשפט קבע כי על עובד עירייה לדעת אם צו הריסה הוא חוקי אם לא, וכי אם הצו אינו חוקי אסור לעובד לבצעו אף אם המבנה נבנה שלא כחוק.

985 עניין עופר, לעיל ה"ש 14, פס' 62.

986 עניין Hajdamovitz, לעיל ה"ש 477, בעמ' 144.

987 עניין פרושינסקי, לעיל ה"ש 257.

18. גישות נוספות להתמודדות עם סוגיית החייל המציית

עד כה יצאנו מתוך הנחה כי כל ההגנה אשר הדין מספק לאדם העובר עברה מתוך ציות לרשות מוסמכת תלויה בשאלת "עלילות" הפקודה. כלומר, אם הייתה הפקודה בלתי חוקית בעליל לא יזכה האדם להגנה כלשהי מפני העמדה לדין, ואם הייתה הפקודה בלתי חוקית "סתם" יזכה להגנה. אך תמונה משפטית זו אינה מדויקת, ובפועל קיימות גישות משלימות למבחן "העלילות". להלן יבחנו בקצרה גישות כאלו, אשר יש להן מידה מסוימת של השפעה על ההסדר המשפטי בישראל.

18.1 דוקטרינת מעשה מדינה

דוקטרינת מעשה מדינה היא דוקטרינה אשר יסודותיה מונחים הן במשפט הבין-לאומי⁹⁸⁸ והן במשפט המקובל האנגלי.⁹⁸⁹ על פיה, אם אדם גרם עוולה או עבר עברה בהוראת השלטון או באישורו, את הדין וחשבון על מעשיו תצטרך לתת המדינה ולא האדם עצמו. דוקטרינה זו הוגבלה במשפט הבין-לאומי כך שאינה חלה עוד כיום אם המעשה מפר את המשפט הפלילי הבין-לאומי. במשפט האנגלי, ככל הנראה, הוגבלה הדוקטרינה כך שתחול כיום רק אם המעשה נעשה מחוץ לתחום תחולתה של האמנה האירופית לזכויות אדם וכלפי נתין זר (ורבים מחזיקים בדעה שהיא הוגבלה עוד מעבר לכך).

במצבים מסוימים, דוקטרינה זו מספקת לחייל המציית לפקודה הגנה דומה לזו שמקנה לו הגנת הצידוק. אך הדבר אינו כך תמיד, מכיוון שקיימים הבדלים רבים בין שתי הדוקטרינות האמורות. ראשית, הבסיס הנורמטיבי והפילוסופי של כל אחת מהדוקטרינות הוא שונה – בבסיס הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה עומדים שיקולי הפטר, בשל הקושי העומד בפני החייל עת הוא נדרש לציות, ושיקולי ההצדק של שמירה על משמעת ועל ביטחון המדינה; ואילו בבסיס דוקטרינת מעשה המדינה עומד עקרון הריבונות. בערעור בעניין אייכמן עמד בית המשפט העליון על סוגיה זו:⁹⁹⁰

התיאוריה של 'מעשה מדינה' מובנה הוא: המעשה שביצע אדם כאורגן של המדינה – בין אם ראש המדינה ובין אם פקיד אחראי שפעל במצוות הממשלה – יש לראותו כמעשה של המדינה בלבד. מכאן, שרק זו האחרונה נושאת באחריות לגביו; מכאן גם, שמדינה אחרת אינה זכאית להעניש את עושה המעשה אלא בהסכמת המדינה, אשר את שליחותה מיילא, שאם לא כן, פירוש הדבר יהיה, שהמדינה הראשונה מתערבת בענייניה הפנימיים של השניה, דבר הסותר את הרעיון של שוויון המדינות, המושתת על ריבונותן...

שנית, תנאי הכרחי לזכות בהגנת הצידוק עקב ציות לפקודה הוא קיומה של פקודה. לעומת זאת, ככל שהדבר נוגע לדוקטרינה של מעשה מדינה, אין מדובר בתנאי הכרחי או מספיק. לכן, אם נתן המפקד פקודה אך השלטונות אינם מגבים אותה, החייל המציית לא יוכל לזכות להגנה מכוח הדוקטרינה של מעשה מדינה. כמו כן, אם ביצע החייל את המעשה על דעת עצמו וזכה לאחר מכן

988 לדיון בדוקטרינה זו במשפט הבין-לאומי ראו דינשטיין, לעיל ה"ש 368, בעמ' 74-79.
989 Halsbury's Laws of England 453-459, §§ 613-621 (th ed. 2000) 18(2).
990 ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2070.

לגיבוי השלטונות, הוא יוכל לזכות להגנת מעשה מדינה אך לא להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.⁹⁹¹ שלישית, על פי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה יישא המפקד נותן הפקודה באחריות פלילית בגין העברה אשר הורה על ביצועה, ואילו על פי דוקטרינת מעשה מדינה גם המפקד יהיה מוגן, שכן מעשיו לא נעשו על-ידי כאדם פרטי אלא בעת היותו שלוח של השלטון. דוקטרינה זו, בגרסתה הקיצונית, עלולה להוביל למצב שבו איש לא יישא באחריות למעשה; אפשר ללמוד על כך מדיון שהתקיים במהלך משפטו של אייכמן:⁹⁹²

היועמ"ש: "ברור שיש כאן מלאכותיות בהגנה הזאת, כי אם ההגנה הזאת הייתה מתקבלת, הרי בתנאי דיקטטורה כמו גרמניה יכול היה להיות רק נאשם אחד, והוא היטלר, ומשאיש זה איננו, היו יכולים כל שאר הנאשמים בביצוע פשעי מלחמה לומר, ידנו לא שפכו את הדם הזה ועיננו לא ראו, מפני שהוא היחידי שהיה מוסמך לתת פקודות ואנחנו כולנו חייליו, מצווים להישמע, לציית".

השופט לוי מעיר: "גם הוא בתור ראש ממשלה יכול היה להיות מחוסן".

משיב היועמ"ש: "הוא יכול היה להיות מחוסן על יסוד 'Act of Sovereign'. אינני רוצה להיכנס לשאלה באיזו מידה ראש מדינה מחוסן. [...] אם נקבל את התיאוריה של אקט אוף סטייט כהגנה, כי אז כל מי שביצע את פקודותיו של היטלר היה לו צידוק לפשעים האיומים ביותר".

כך סיכם בית המשפט העליון את ההבדלים בין הדוקטרינות בדונו בעניינו של אייכמן:⁹⁹³

הטענה של 'ציות לצו מגבוה' נבדלת מזו של 'מעשה מדינה' בשלושה אלה: (1) בעוד שהטענה השניה פירושה, שאין לייחס את המעשה הפלילי לאדם שעשה אותו כי אם למדינה בלבד, אומרת הטענה הראשונה כי אמנם יש לראותו, גם מבחינה משפטית כבעל-המעשה אלא שהעובדה, כי פעל אותה שעה בשל כורח הפקודה של רשות מוסמכת, אשר למשמעתה הוא סר במשרין משמשת לו צידוק. (2) בה בעת, שהגירסה של 'מעשה מדינה' מקנה לשליחות הנדונה את האופי הזה רק משום שהשלטון העליון במדינה (ראשי המדינה וכו') ציווה על ביצועה או סמך את ידיו עליה [...] אין דין זה חל בהכרח על גירסת ה'צו מגבוה', המצדיקה את הפעולה הפלילית אך ורק מפני שהממונה הישיר על המבצע נתן לו פקודה לעשותה וזה האחרון היה חייב לציית לה. (3) 'מעשה מדינה' אין מובנו דוקא, כי מבצע השליחות פעל לפי הוראה מיניסטריאלית, אשר לא הניחה בידו שיקול-דעת כלשהו, אלא העובדה בלבד, כי הפעולה נעשה במסגרת הסמכות שהוקנתה לו [...] על-ידי השלטון מספקת כדי שתישא את האופי האמור. לעומת זה, הטענה שהיא נעשתה מתוך ציות לצו מגבוה משמעותה [...] כי למבצע לא היתה ברירה – אם לפי החוק ואם לפי חוקת הגוף הדיסיפלינרי (צבא וכו') אשר היה חבר בו – אלא למלא את הפקודה שקיבל מן הממונה עליו.

991 ראו ת"פ אייכמן, לעיל ה"ש 464, בעמ' 36.

992 ראו הציטוט מת"פ אייכמן כפי שמופיע אצל דינשטיין, לעיל ה"ש 368. להבדלים בין הגנת הצידוק (גישת "ישיב המפקד") לבין מעשה מדינה ראו דינשטיין, לעיל ה"ש 368, בעמ' 74-79.

993 ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2075.

נשאלת השאלה אם הגנה זו קיימת במשפט הישראלי, לאור הסמכות המוקנית לבתי המשפט לפתח סייגים במשפט הפלילי נוסף על אלו הקבועים בחוק העונשין – סמכות אשר למחוקק לא הייתה כוונה לבטלה עם חיקוקו של תיקון 39, כפי שציין חבר הכנסת מרידור:⁹⁹⁴

בהצעת החוק, שהגשתי כאן לפני שלוש שנים היה סעיף שקבע, שכפי שאין עבירה פלילית אלא בחוק, גם אין הגנות אלא בחוק. דהיינו, הסייגים או ההגנות לא יכולים להיווצר על ידי 'חקיקה שיפוטית', על-ידי בית-משפט בפסיקתו. אם המחוקק לא קבע, אין סייג לאחריות הפלילית. נדמה לי שיש היגיון בהצעה שהצענו אז, אבל היגיון המעשה או היגיון החיים והנכונות שלנו לסטות מההיגיון הצרופ לטובת גמישות מסוימת בהתפתחות של המשפט הפלילי הביאה אותנו לוותר על הסעיף הזה. לכן, סדרת הסייגים שקראתי כאן היא הסידרה היחידה הקיימת בחוק, אבל לא ננעלה הדלת בפני בית המשפט, אם ימצא לנכון, לפתח סייגים אחרים לאחריות הפלילית.

מדברי בית המשפט במחוזי בעניין אייכמן עולה כי לא ניצל את ההזדמנות האמורה (שהייתה קיימת גם לפני תיקון 39) מפני שסבר כי הדוקטרינה האמורה אינה חלה במשפט הישראלי. באותו עניין דחה תחילה בית המשפט את הטענה כי על מעשיו של הנאשם חלה דוקטרינת מעשה המדינה לפי המשפט הבין-לאומי; לאחר מכן, במקום אחר בפסק הדין, עולה מדברי בית המשפט כי סבר שהדוקטרינה האמורה כלל אינה קיימת במשפט הישראלי. לגבי המשפט הבין-לאומי אמר בית המשפט:⁹⁹⁵

טענתו של הסנגור המלומד כי לא הנאשם, כי אם המדינה שבשמה פעל היא אחראית למעשיו הפליליים, נכונה רק בחלקה השני. נכון שלפי משפט העמים אחראית גרמניה לא רק אחריות מוסרית, אלא אחריות חוקית, לכל הפשעים שבוצעו בתורת 'מעשה מדינה' שלה, ובכללם הפשעים המיוחסים לנאשם. אבל אין אחריות זאת גורעת במלוא הנימה מאחריותו האישית של הנאשם למעשיו. [...] עצם הטענה כי השמדה שיטתית של המוני אנשים חסרי ישע ע"י ממשלה ומטרה תהווה 'מעשה מדינה' שמבצעיו לא יהיו אחראים לו, נראית כעלבון לשכל הישר וכלעג לצדק ולמשפט ואין אנו מוכנים לקבלה, מטעמים אלו אנו דוחים את טענת 'מעשה מדינה'.

ובהמשך פסק הדין, בעת שדן בטענת הסניגור כי במשפט אייכמן יש משום משפט של מנצחים, אמר בית המשפט:⁹⁹⁶

בהגנה של 'מעשה מדינה' במשפט הבין לאומי כבר דנו בפרק אחר של פסק דיננו, והראינו שהיא לא תוכל לעמוד לנאשם. כאן נוסיף שגם לפי המשפט הפוזיטיבי הישראלי אינה קיימת הגנה כזאת, שתפטור את הנאשם מאחריותו לפשעים שביצע, אף שביצעם בפקודת אחת מרשויות המדינה. אחריותו האישית של עובד המדינה למעשיו מונחת ביסודו של שלטון החוק, שקבלנוהו בהשראת המשפט המקובל, כמו שמסביר Dacey [...]: 'המיניסטר או עובד הכתר [...] הינו אחראי על פי החוק למעשה בו הוא עוסק, ואין

994 ראו הדין בהצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 145, בעמ' 9827-9828.

995 ת"פ אייכמן, לעיל ה"ש 464, בעמ' 35-37.

996 שם, בעמ' 237.

הוא יכול לפטור עצמו מאחריותו על ידי טענה שהוא פעל בצייתו לפקודת המלך. נניח שהמעשה שנעשה הינו בלתי-חוקי – מיד הוא צפוי להליכים פליליים או אזרחיים בפני בית משפט'.

לעומת זאת, בית המשפט העליון באותו מקרה לא סתם את הגולל על קיומה של דוקטרינה זו במשפט הישראלי, אך דחה את טענתו של הנאשם משתי סיבות: האחת, מכיוון ש"המושג 'ריבונות' ממנו נאצלת הדוקטרינה של 'מעשה מדינה' אינו נחשב בימינו מושג אבסולוטי"⁹⁹⁷; והאחרת:⁹⁹⁸

בכל מקום, אותה דוקטרינה נשמט בסיסה בשעה שהעניין נוגע למעשים הפוגעים באיסוריו של משפט העמים, וביחוד בשעה שמדובר בפשעים הבין לאומיים מסוג 'פשעים נגד האנושות' (במובן הרחב). על מעשים מתועבים כאלה יש לומר כי, מבחינת המשפט הבין-לאומי, הם חורגים כליל מתחומי סמכותה ה'ריבונית' של המדינה אשר ציוותה לבצעם או 'הכשירה' אותם בדיעבד, ולפיכך האנשים שהשתתפו באותם המעשים חייבים לתת בעצמם את הדין עליהם ואין ככוחם לחסות מאחורי האופי הרשמי של תפקידם שליחותם או מאחורי 'חוקי' המדינה אשר מכוחה התחוו לפעול; דינם אינו אלא שווה לדינו של אדם אשר אין נותנים לו שעה שביצע עבירה לצורך עניינה של הקורפרציה שהוא מייצג, להסתתר מאחורי האחריות הקולקטיבית המוטלת על זו האחרונה בגינה. לשון אחר, הנחת המשפט הבין לאומי היא, כי מן הנמנע שמדינה תוכל לתת גושפנקא למעשה הפוגע באיסוריו החמורים ומכאן הרעיון העומד במרכז המושג 'פשע בין-לאומי': כי אדם שנתן את ידו לפשע שכזה נושא באחריות עונשית אינדיבידואלית, שאם לא תאמר כן, אינך אלא עושה פלסטר את הוראותיו הפליליות של משפט העמים [...] כבר לפני מלחמת העולם השנייה לא היו מכירים בטענה של 'מעשה מדינה' כהגנה טובה נגד האשמה של ביצוע עבירה על 'חוקי המלחמה' (פשע מלחמה 'קונבנציונאלי') [...] העקרון [...] השולל לחלוטין את הטענה של 'מעשה מדינה' נמנה היום עם 'עקרונות נירנברג' שהפכו להיות חלק ממשפט העמים ואשר אנו חייבים לראותם כמושרשים בו גם בעבר.

בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אייכמן, קדמי אינו שולל את קיומה של דוקטרינת "מעשה המדינה" במשפט הישראלי, אלא רק מציין כי יש הכורכים בהגנת הצידוק עקב ציות לפקודה גם הגנה של מעשה מדינה, וקובע כי בכל מקרה הגנה זו אינה חלה על פשעים נגד האנושות⁹⁹⁹ (תוך שהוא, ככל הנראה, מתכוון לכלל הפשעים בינלאומיים גרעיניים (משמע, גם לפשעי מלחמה ולרצח עם)).

דוקטרינת מעשה מדינה אינה חלה רק במשפט הפלילי אלא גם במשפט הציבורי ובדיני הנזיקין. לפיכך, תמיכה מסוימת בהחלת דוקטרינת מעשה המדינה במשפט הפלילי הישראלי מצויה בהתייחסות מערכת המשפט לדוקטרינה זו בתחומי משפט אחרים.

דוקטרינה זו טרם עוגנה בפסיקתו של בית המשפט העליון גם בתחומי משפט אחרים, אך היא

997 ע"פ אייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2071.

998 שם, בעמ' 2072-2073.

999 קדמי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 459.

זכתה לתמיכה מצד שופטים שונים. ראו, למשל, את דבריו של השופט חשין בעניין סביח:¹⁰⁰⁰

בשנות החמישים נהגה מדיניות פעולות הגמול. בתגובה על פגיעות בביטחון ישראל ורצח יהודים בידי מסתננים ומחבלים, חצו יחידות צבא את הגבול והכו במטרות שיועדו להם. בפעולות גמול אלו נפגעו גם אזרחים שמעבר לגבול [...] העלה על הדעת – היעלה על הדעת – כי אזרח ירדני (פלסטיני) היה מגיש עתירה נגד פעולת גמול שאפשר מיועדת הייתה להרוס את ביתו? והרי התשובה הברורה לעתירת עיוועים זו הייתה "מעשה מדינה" (ACT OF STATE), לאמור, מעשה שאינו בא תחומיהם של בתי המשפט, מעשה שבתי המשפט אינם מחילים עליו נורמות של משפט, מעשה המצוי, כביכול, אל מחוץ למשפט. המדובר היה ביחסים בין מדינות, ושעה שמדינות דוברות מלחמה זו אל זו, אין לו לפרט לא זכות ולא מעמד. האוכלוסיה האזרחית סובלת רבות בעתות מלחמה, ואולם סבל זה, באשר הוא, אין הוא נותן לפרט לא זכות ולא מעמד נגד האויב. המעשים אינם בני-שיפוט באשר "שייכים" הם לתחום שאינו נתון למרות בתי המשפט. לא באנו לומר כי מעשי הריסת בתים באזורים הנתונים לשליטתה של ישראל זהים הם למעשי מלחמה כלפי מדינת אויב. ההבדלים בין מעשים אלה למעשים אלה בולטים הם לעין מכרי שנוכל להעלים עינינו מהם. ואולם בכך דומים הם המעשים, שאלה ואלה מעשי מדינה הם, מעשי מלחמה הם. ובאומרו מעשי מדינה ומעשי מלחמה כוונתנו היא למעשים הנועדים – מתחילה ועד סוף, בכול מכל כול – לקיום ביטחון הכלל ולשמירת חיי הפרט. ביטחון וחיים במובנם הפשוט. מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם – קיומם של החיים, משמעם כפשוטם – נעלים הם על זכויות אחרות? כי זכויות הקניין חייבות להסוג עצמן מפני הזכות לחיים? ואם סובר המפקד הצבאי כי הריסת ביתו של מחבל אפשר – אפשר ולו בסיכוי זעיר – תרתיע את פלוני העלול אף הוא להיות מחבל – רוצח כחבריו לארגון החמאס (או הג'יהאד האיסלאמי), כיצד יאמר לו בית המשפט מה תעשה ומה לא תעשה? במלחמה כבמלחמה: מה לו לבית המשפט שיוורה מפקד צבאי מה יעשה ומה לא יעשה? אכן, בית-משפט לא יורה למפקד גדוד כי ראוי לו שישלח פלוגה פלוגית מימין לגבעה ולא משמאל לה. באותה רוח, אם כי במידה פחותה, אתקשה להבין כיצד יורה בית המשפט למפקד צבאי שלא להרוס ביתו של רוצח-מחבל – להרתעתם של אחרים – אך באשר בית המשפט אפשר חושב הוא אחרת מן המפקד.

תמיכה להחלתה של דוקטרינה זו בדיני הנזיקין מצויה בעמדתו של השופט גרוניס בבג"ץ עדאלה, שעסק בעתירה נגד חוקתיות פטור שניתן לצה"ל מלפצות ניוקים בגין פעולות מסוימות שלו:¹⁰⁰¹

המשיבים הזכירו בטיעוניהם הסדרים הקיימים בדינים זרים, אף שלא הרחיקו לכת עד כדי טענה שאותם הסדרים מהווים, כשלעצמם, תשובה לעתירות. כך, העלו המשיבים דוקטרינה חשובה הקיימת במשפט האנגלי, זו של "מעשה מדינה" ("Act of State"). על פיה, מעשים מסוימים של המדינה ושל שליחיה לא יעמדו למבחן בפני בתי המשפט האנגליים, אם הם בוצעו מחוץ לתחומי המדינה לגבי מי שאינם נתינים בריטיים. בגדר

1000 בג"ץ 1730/96 סביח נ' בירן, פ"ד נ(1) 353, פסקאות 9-8 לפסק דינו של השופט חשין (1996).
1001 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 56-54, פס' 7-6 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006).

אלה נכללות אף פעולות בעלות אופי אלים המבוצעות על ידי המדינה ועל ידי שליחיה [...] היקף פריסתה של הדוקטרינה אינו ברור. אף נראה, כי בימינו קיימת מגמה לצמצם את תחולתה (יעקב, עמ' 194). במשפט האמריקני קיים כלל דומה לזה של מעשה מדינה, וזאת מכוח הוראת חוק ספציפית. סעיף (k)2680 של ה-Federal Tort Claims Act קובע, שממשלת ארצות הברית לא תהיה אחראית "for any claim arising in a foreign country". הכלל האמריקני, בדומה לדוקטרינה האנגלית, אינו מוגבל למעשים המבוצעים על ידי כוחות צבאיים ואף אינו מוגבל לפעולות מלחמתיות. כך, בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע שלא ניתן לתבוע בנויקין בבית משפט אמריקני את ממשלת ארצות הברית וסוכנים של הרשות ללוחמה בסמים, בגין אחריות לחטיפה של אזרח מקסיקני ממקסיקו לארצות הברית (Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. (2004) 692).

הדוקטרינה של "מעשה מדינה" מהווה חלק מן המשפט המקובל האנגלי. על כן, לכאורה, נקלטה היא במשפט הישראלי. יטען הטוען כי אף אם נקלטה, הרי שהיא בוטלה עם קבלתו של חוק הנויקים. כידוע, חוק זה בא לבטל את הכלל שנהג במשפט המקובל ולפיו הוענקה למדינה חסינות בנויקין. נראה, בלי לקבוע מסמרות, שקבלתו של החוק לא ביטלה את הדוקטרינה של מעשה מדינה, כפי שאותה דוקטרינה לא בוטלה באנגליה עם קבלתו של ה-Crown Proceedings Act 1947. יש לזכור שהדוקטרינה חלה לגבי מעשים המבוצעים מחוץ לתחומה של המדינה. אכן, סעיף 5 לחוק הנויקים מתייחס במפורש לאזור, קרי יהודה, שומרון וחבל עזה, ועל כן כנראה שהדוקטרינה הנוכרת לא תחול באזור. נעיר במאמר מוסגר, כי סעיף 5 האמור נתקבל בעת שישראל שלטה בעזה. שאלה היא, האם יש כלל צורך כיום בהוראה האמורה בעקבות היציאה מעזה, אם לגבי אותו שטח חלה הדוקטרינה של מעשה מדינה. מכל מקום, ייתכן שהדוקטרינה תחול בשטחים אחרים מחוץ לתחום המדינה, למשל לגבי פעולות הלחימה שהתנהלו בלבנון בקיץ האחרון או פעולות של השירותים החשאיים של ישראל שלא בתחום המדינה. עוד יצוין, כי אפשר שניתן למצוא רמז לדוקטרינה של מעשה מדינה בהוראת סעיף 9 לחוק הנויקים, שנתקבל במסגרת תיקון מס' 7. הסעיף קובע כי "אין בהוראות סעיפים 5 ו-15 כדי לגרוע מכל הגנה, חסינות או פטור, הנתונה למדינת ישראל על פי כל דין". נוסף, כי הדוקטרינה של מעשה מדינה עשויה לחול בנוסף לכלל החקיקתי השולל אחריות של המדינה בנויקין "על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל" (סעיף 5 לחוק הנויקים). גם אם לדוקטרינה של מעשה מדינה אין נפקות לגבי הנושאים שעלו בעתירות, אפשר שתהא לה חשיבות במקרים עתידיים.

אפשר להשתמש ברציונל של השופט גרוניס גם כדי לטעון כי דוקטרינת מעשה מדינה חלה במשפט הפלילי, כיוון שקיימת דעה באנגליה לפיה דוקטרינת מעשה המדינה של המשפט המקובל חלה הן בדיני בנויקין והן במשפט הפלילי, ומכיוון שכפי שנדון לעיל, אין בחוק העונשין דבר המונע מבית המשפט לפתח הגנות נוספות במשפט הפלילי.

בשולי הדברים, בעניין גארושה¹⁰⁰² דחה בית משפט השלום בחיפה תביעת נזיקין בקבלו טענה של מעשה מדינה מצד משרד הביטחון. שם דובר בתביעת עיזבון של אזרחית, שלא הייתה מעורבת בפעולות טרוו, ואשר נהרגה בעת פעולת "סיכול ממוקד" כנגד ראש הזרוע הצבאית של החמאס בעזה.

18.2 גישה חוץ־משפטית

הסתכלות על סוגיית ההתמודדות של מערכת המשפט עם החייל המבצע עברה מתוך ציות לפקודה אך ורק דרך הפריזמה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה מתעלמת מכך, שפעמים רבות, בד בבד עם הליך פנים־משפטי זה מתרחשים הליכים חוץ־משפטיים, אשר להשלכתם על הסוגיה עוצמה שווה לזו של ההליך המשפטי (או אף רבה יותר). מדובר בהליכים חוץ־משפטיים, אשר בפועל מעניקים הגנה חלקית או מלאה לחייל המצוי לפקודה.

ההליכים העיקריים אשר מספקים הגנה כזו הם החלטה שלא להעמיד לדין וחנינה (אשר לפי הדין הישראלי יכול שתיעשה לפני העמדה לדין או לאחריה ואף במהלך ההליך הפלילי). במדינות שבהן לא קיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה (או שהגנה זו חלה במקרים נדירים), הדרכים של חנינה או אי־העמדה לדין הופכות להיות הדרכים המרכזיות להתמודד עם סוגיית החייל המצוי.

לעתים השופט או חבר המושבעים אף ממליצים בפני הרשויות הרלוונטיות כי זה הצעד שיש לנקוט. כך, למשל, נעשה בפסק הדין האמריקני בעניין Gut, שניתן במינסוטה. בתקופה של סכסוך מלחמתי בין ארצות הברית לבין שבט הסו, רצח הנאשם אדם בסברו שהוא בן השבט. בדוגמה במקרה ציין השופט כי לחייל המצוי לפקודה לא חוקית לא יכולה לקום הגנה משפטית, וכי אם יש אי־צדק בהרשעת אותו אדם הרי שאי־צדק זה לא צריך להיפתר בדרך של זיכוי בדין אלא באמצעות בקשת חנינה ממוסדות החסד.¹⁰⁰³

That it is legal to kill an alien enemy in the heat and exercise of war, is undeniable; but to kill such an enemy after he has laid down his arms, and especially when he is confined in prison, is murder. [...] It is not pretended that there was a law of our state authorizing the killing of a male of that tribe, and the proclamation or order of any officer of the state could not make that right which is wrong, or legal which is illegal. If such a proclamation or order was made, and if on account thereof any ignorant person was misled into the commission of crime, it is for the governor to determine whether that would be a proper case for the exercise of executive clemency.

גישה זו קיימת גם בישראל ונראה כי גם כאן רואים בה השופטים לעתים השלמה חיובית לסייגים הקיימים בדין הפלילי, אם מדובר בפקודה בלתי־חוקית בעליל אך קיימים שיקולי הצדק או הפטר

1002 בש"א (מחוזי חיפה) 23312/04 מדינת ישראל נ' עיזבון גארושה (פורסם בתקדין, 8.3.2005).

1003 State v. Gut, 13 Minn. 341, 357–358 (1868).

חוקים המצדיקים שלא להעניש את המציית לה.

דוגמה לתמיכה בנקיטת פעולה כזו מצויה בדברי של השופטת בן-פורת בפסק דין ברזילי¹⁰⁰⁴ פסק הדין עסק בהחלטתו של נשיא המדינה לחון את אנשי השב"כ בגין מעשיהם בפרשת קו 300 טרם הועמדו לדין, מתוך חשש כי העמדתם לדין תוביל "מחול שדים", כדבריו (בפסיקה אחרת קבע בית המשפט העליון כי ההוראה לבצע את המעשים שבוצעו בפרשת קו 300 הייתה בלתי חוקית בעליל). בהתייחסה להחלטה זו של נשיא המדינה אמרה השופטת:

אכן, ככל שהסתייה מהנורמה החוקית קלה יותר כן ייטב ורצוי היה להגיע למצב האופטימלי בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות והמקרה הנוכחי יוכיח מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא. יש מן הסתם מקרים בהם קברניטי המדינה הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על בטחון המדינה הכרח בל יגונה.

בהקשרו של השב"כ נראה כי כמה וכמה פעמים ננקטה גישה זו. כך היה בפרשת קו 300, גם בסוגיית עדויות השקר. בהקשר זה אמרה ועדת לנדוי¹⁰⁰⁵:

יותר תמורה היא הבעיה של תלונות פליליות הצפויות מאנשים שנחקרו על ידי חוקרי השירות, כאשר החוקר נתן לאחר מכן עדות שקר בפני בית משפט או בית דין על דרכי החקירה. כאן לא תעמוד לחוקר הגנה של צורך לפי ס' 22 או של ציות לצו של הממונים עליו לפי ס' 42(א)(1), שהרי מתן עדות שקר היא עבירה פלילית תמורה ומעשה בלתי חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר "אסור" – אחרי התלבטות לא מעטה אנו מציעים שאף על פי כן תימנע העמדת החוקרים הללו למשפט פלילי.

מספר סיבות הובילו את הוועדה להמליץ שלא להעמיד לדין את החוקרים למרות שקבעה כי פקודות ליתן עדות שקר הן פקודות בלתי חוקיות בעליל: (א) החוקרים פעלו מתוך מחשבה שהם משרתים את הציבור; (ב) הם פעלו בכפוף להנחיות הממונים עליהם; (ג) "מתוך גישה מעוותת של משמעת קפדנית [הם] לא ראו לפנייהם ברירה אלא מתן עדות שקר כדי לקיים את מצוות המידור"; ו-(ד) החשש כי העמדתם לדין תוביל לשיתוק השב"כ.

זו העמדה אשר ננקטה כלפי השב"כ גם בנוגע לשיטות החקירה, בפסק הדין הועד נגד עינויים. שם נקבע כי שיטות החקירה שאושרו על ידי ועדת לנדוי היו בלתי חוקיות. לאחר קביעה זו התיר בית המשפט את ההסדר הבא¹⁰⁰⁶:

על רקע זה ומתוך רצון למנוע מצב, שבו 'תתקתק פצצה' לנגד עינינו ויד המדינה תקצר מלהושיע, הנני מציע להשעות את כניסת פסק הדין לתוקף למשך שנה אחת; כאשר במהלכה, יוכלו חוקרי השב"כ לנקוט אמצעי חקירה חריגים במקרים נדירים של "פצצה

1004 בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, בעמ' 580 לפסק דינה של השופטת בן-פורת (1986).

1005 דו"ח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 82-83.

1006 פרשת הוועד נגד עינויים, לעיל ה"ש 490, בעמ' 849-848.

מתקתקת", בתנאי שתינתן לכך הסכמה מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה [...]. ההשעיה בתנאים האמורים, אינה פוגעת בקביעתו של פסק-הדין, שהשימוש באמצעי חקירה חריגים – מכוח הנחיית ועדת השרים כאמור – אינו כדין. זאת, משום שלנוכח התנאים המוצעים, אין ההשעיה שקולה כנגד מתן היתר להמשיך ולנהוג על פי החלטת ועדת השרים; ואילו הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה, אינה מכשירה עשיית מעשה אסור על פי פסק הדין, אלא מדברת באי העמדה לדין בשל נקיטה באמצעי חקירה חריגים בנסיבות חירום של 'פצצה מתקתקת'.

כפי שניתן לראות, גישה זו ננקטת פעמים רבות מתוך רצון להעניק משקל לשיקולי הצדק ציבוריים, אך אפשר שתינקט גם משיקולים הנוגעים לנאשם הספציפי. מקרה כזה תיאר הפצ"ר (כתוארו אז) שיף:¹⁰⁰⁷

דוגמה בולטת ומעניינת בנושא זה היא מהלכיו של המ"פ שקיבל את ההוראה מיהודה מאיר באירוע שפורט לעיל. המ"פ הגיב בצורה מצפונית יוצאת דופן. הוא התקומם וניסה להסביר למאיר שההוראה שניתנה היא בלתי חוקית, ומאיר עמד על כך שזה מה שיש לבצע. המ"פ לא הסתפק בכך, וביקש רשות ממאיר לערער בפני מפקד האוגדה. הרשות ניתנה. לפי בית הדין הצבאי התעורר דו שיח של חרשים בין המ"פ למפקד האוגדה. המ"פ דיבר על מדיניות המכות, מפקד האוגדה הבין שהוא מדבר אתו על שימוש באלות ופיזור הפגנות ואמר שאין ברירה, זה מה שצריך לבצע. המ"פ הבין שהערעור שלו נדחה. הוא כינס את חייליו, נתן להם את הפקודה, וביקש מהם לשמור על צלם אנוש במהלך ביצוע הפקודה, הוא, אישית, לא היה מסוגל לבצע את הפקודה, הלך הצידה ובעקבות המקרה החליט להשתחרר מצה"ל. אם כן, במקרה זה המ"פ התקומם כנגד הפקודה הבלתי חוקית בעליל, ועשה כמעט כל מה שהוא יכול כדי למנוע אותה, אך בסופו של דבר נאלץ לבצע את הדברים לפי הוראה. הפצ"ר החליט לא להעמיד את המ"פ לדין. לפצ"ר מוקנה שיקול דעת מתי להעמיד לדין חייל שביצע פקודה בלתי חוקית בעליל; לא תמיד יש להעמיד לדין. למרות שהמ"פ מילא פקודה בלתי חוקית בעליל ואף העביר אותה לפקודיו, הופיעה בהתנהגותו נקודת אור.

היתרונות בשימוש בכלי של חנינה או של החלטה לא להעמיד לדין נעוצים בכך שכלים אלה מאפשרים להתחשב בשיקולי הצדק או הפטר יחודיים של מקרה ספציפי, מבלי שהדבר ישנה את המצב המשפטי לעתיד לבוא.

עם זאת, נקיטת פעולה התואמת את הגישה הזו אינה נטולת חסרונות. ראשית, גישה זו יוצרת חוסר ודאות רב. חוסר ודאות זה עלול להוביל למקרים שבהם יסבור מבצע הפעולה, על סמך מקרי עבה, כי השלטונות מעודדים את פעולתו וכי הוא יזכה להגנתם לאחר מעשה – ואילו בפועל השלטונות אינם מעוניינים בביצוע המעשה. שנית, אי-מיצוי הדין עם המציינים לפקודות בלתי חוקיות בעליל פוגע בערך המחנך של מבחן זה. דוגמה לכך מצויה בדבריו של משה שרת, אשר נאמרו בהקשר של הליכי החנינה שבהם הוחלט להקל בעונשם של המורשעים בפרשת כפר קאסם:¹⁰⁰⁸

1007 שיף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 129.

1008 כפי שצוטטו אצל יגאל עילם ממלאי פקודות 56 (1990).

היה פעם מעשה שחיילי צה"ל רצחו מספר ערבים מתוך נקמה עיוורת [כוננתו הייתה כלל הנראה לפרשת מעשה הנקמה של מאיר הרציון – ז"ב] [...] והנה לא הוסקה מזה שום מסקנה, לא הורדו אנשים מדרגה, לא הוצאו מתפקיד. אחר כך היה עניין כפר קאסם. אז אינני יכול מראש לשלול את הזיקה בין הדברים. מי שהיו ממונים על כך לא היסקו מסקנות. זה לא אומר שבציבור שמסביב – בצבא, במשטרה – לא הוסקו מסקנות. המסקנה היתה כי דם ערבי הפקר, ואחר כך באה החנינה לנידונים בכפר קאסם – ושוב יש מזה מסקנות, ויכולתי להמשיך בשרשרת זו.

אפשר לטעון כי עקב חומרת המעשים, שהם בלתי חוקיים בעליל, אין להעניק כל הגנה למציייתים לפקודות שהורו על ביצוע מעשים כאלה. יש אף סבורים כי לא לכך נועדו הכלים החוץ-משפטיים האמורים של חנינה או של החלטה על אי-העמדה לדין. זו הייתה, למשל, עמדתו של אלתרמן בהקשר של החנינה שניתנה למורשעי פרשת כפר קאסם:¹⁰⁰⁹

לכאורה, קשה להתנגד להחלטה שמקורה החסד והרחמים. מתן חנינה, פירושו המוגדר הוא שאחרי כל ערכאות ומעל להן, יש בידיה של סמכות עליונה, המסמלת את המדינה והעם, לאחוז מידת רחמים ולהעביר מפניה כל גזירה של מידת דין. אין ספק כי טוב הדבר שמעל המנגנון המשפטי, ואחרי שמנגנון זה, לכל שלביו ושלבי-שלביו, מוציאה את פסק-דינו האחרון, שאין אחריו כלום, שמור עדיין כוח שיש בידו להחליט דבר על פי חישובים ומניעים אחרים. לא-כל-שכן אם נביא בחשבון שפעמים אין החנינה רק עשיית חסד בלבד. פעמים יש בה גם עשיית צדק עליון, שעה שהיא פותחת פתח לתקן או לבטל גור-דין שהמשפט היה אנוס לקבעו על כרחו כביכול, מחמת חרצובות החוק הכתוב שלא היה לו מפלט מהן. במקרים כאלה מתפרשת החנינה לא כעניין של לפני-משורת-הדין, אלא שהיא היא, בעצם, הדין החופשי הנכון.

בתקופת המשפטים שדנו בפרשה הייתה בציבור היהודי בארץ נטיה, לא בטלה בשישים, לראות את גור המאסר שהוטל על הנידונים, ואפילו אחרי שגור זה והומתק וחזר-והומתק, קודם על-ידי בית-הדין הצבאי ואחר-כך על-ידי הרמטכ"ל, כעונש שהוטל באין ברירה, בתוקפה של פורמליות תחיקתית שאין לעמוד בפניה מחמת הרעש שהוקם על עניין, שהוא, אמנם, עניין ביש אך כל נסיבותיו מחייבות להתייחס אל המעורבים בו בסלחנות ובהבנה. אין להוסיף דברים על מה שכבר נאמר, גם בפסקי-הדין המונמקים וגם לאחריהם, כנגד דעה מזועזעת זו שיש לה גוון מיוחד שעה שהיא נשמעת מתוך העם היהודי אשר בשם נסיבות מקילות של פקודה וכדומה ניסו הגדולים שבאויביו להצדיק את הנתעבים שבפעמים. יש לומר אולי רק זאת – שהחל מפסקי-הדין הראשון ודרך כל הערכאות האחרות, הופעלו לגבי הנידונים של פרשת כפר-קאסם כל אפשרויות הקלת העונש, וגורי-הדין הלך והצטמק במהירות רבה ובממדים לא שכיחים. אחרי הצטמקות זו, שהייתה תוצאת תהליכים משפטיים, בא תור החנינות, ולא זו בלבד שאין לראות בהן תיקונו של מעוות, אלא שיש לשאול את השאלה המציקה אם אמנם פעלה הפעם מידת הרחמים בהיקף הנכון ובעניין הנכון.

1009 נתן אלתרמן, "החנינה", לעיל ה"ש 397, בעמ' 364-366.

התשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות מוטלת בספק. אין להימנע מלומר כי מידת הרחמים נתעוררה ופעלה הפעם, בשם המדינה והעם לגבי מעשה אשר סימנו העיקרי, סימנו המחריד, הוא בכך שהדבר האחד שנעדר ממנו, במשך כל זמן ביצועו, היה זיק אחד של רחמים, נצנוץ אחד, רגע אחד של רחמים. הנדונים המקבלים עכשיו חנינה מלוא חפניים ומקבלים אותה ודאי בנכונות רבה וכדבר המגיע להם נמנעו בשעתם מלתת ולו פירור אחד של חנינה לאנשים ולנשים ולילדים שביקשו אותה מידיהם, הם מנעו חנינה זו לא מתוך חמת־סירוב של רגע חולף. הם מנעו אותה ברציפות ובעקביות, לאורך זמן שנמשך־ונמשך ושהיו בו הפסקות של מנוחה, זמן שבו מצאו אנשי משמר אחרים, שהיו נתונים באותן נסיבות עצמן, שהות די והותר להרגיש מידת סלידה אנושית נכונה ומידת רחמים פשוטים וטבעיים שמנעו אותם מבוא בדמים כאלה.

משום כך, ולו רק משום כך בלבד, שעה שאחרוני הנידונים על מעשה זה מקבלים את החנינה והחסד והרחמים הניתנים להם בשם המדינה והעם היהודי, יש רשות וגם חובה לומר כי מידת הרחמים אינה מתגלגלת מעצמה על עניין זה ואין היא חלה עליו אלא לאחר שכופים אותה.

מעשה החנינה נעשה ואין להשיבו, ומן הראוי, שכאמור, גם לפני כל הבעת דעה בעניין זה ולאחריה, לכוף ראש בפני הסמכות הנעלה שחותמה טבוע בהחלטה הזאת. אך צריך שיהיה ברור – ואילו הודגשה נקודה זו בנוסחה הרשמי של החנינה לא היתה זו הדגשה מיותרת – שאין חנינה זו בבחינת תיקונו של מעוות וכל הנוטה לתפוס אותה כך אינו אלא מוסיף נימוק לאלה המסתייגים ממנה הסתייגות גמורה ומוחלטת, ואפילו כשהחנינה הזאת מתפרשת כמעשה חסד בלבד.

אם כך, שימוש באמצעים חוץ־משפטיים במקרים הללו עלול לפגוע באמון הציבור, לשלוח מסר כפול בדבר צדקת המעשים שנעשו ולעתים גם להיות פתח לניצול פוליטי. אם כן נראה כי יש לנקוט זהירות רבה אם בוחרים להשתמש בכלים אלו.

18.3 גישת היסוד הנפשי

שמה של גישה זו מטעה במידת מה, מכיוון שהיא אינה עוסקת רק ביסוד הנפשי של החייל העובר את העברה מתוך ציות לפקודה, אלא גם בנסיבות נוספות שבהן ציות לפקודה עשוי להשפיע על זיכוי של חייל מבלי שיהיה צורך להידרש להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה.

המצדדים בגישה זו בגירסתה הקיצונית סבורים כי אין כלל צורך להעניק לחייל הגנה מיוחדת של צידוק עקב ציות לפקודה, מכיוון שגם ללא הגנה כזו הדין הפלילי מתחשב בעובדת הציות באופנים שונים. התחשבות זו בא לידי ביטוי במקרים הללו:

1. בעברות רשלנות, לעתים, העובדה שמעשה נעשה עקב ציות לפקודה תוביל להכרעה שהחייל לא התרשל – מכיוון שככלל, חייל מן היישוב מסתמך על שיקול הדעת של מפקדו, לא מפקפק בהוראותיו ומציית לפקודותיו.
2. בעברות שאחד מרכיביהן הוא "שלא כדין", לעתים העובדה שהחייל עבר את העברה מתוך ציות לפקודה תוביל לקביעה כי לא התקיים אצלו היסוד הנפשי של מודעות לכך שהמעשה

שביצע היה "שלא כדין".¹⁰¹⁰

3. בעברות הכוללות רכיב של "מניע" (למשל, בדין הישראלי, סעיף 144' לחוק העונשין [כנסיבה מחמירה] או סעיף 11 לחש"ץ במשולב עם סעיף 59, 62, או 65 לחש"ץ), לעתים העובדה שהחייל עבר את העברה מתוך ציות לפקודה תוביל לקביעה כי לא עשה זאת מן המניע אשר נקבע בחוק כיסוד מיסודות בעברה.
4. בעברות "מטרה" אשר לגביהן נקבע כי לא חלה "הלכת הצפיות", לעתים ייקבע כי העובדה שהחייל עבר את העברה מתוך ציות לפקודה מובילה למסקנה כי הוא לא עשה זאת מתוך ה"כוונה" הנדרשת באותה עברה (מתוך הנחה שלא הוחלה "הלכת הצפיות" על אותה עברה).
5. לעתים, בנסיבות מיוחדות, לדידם של המצדדים בגישה זו, העובדה שהחייל עבר את העברה מתוך ציות לפקודה תסייע לו לבסס הגנה של "טעות במצב משפטי", "טעות במצב דברים" או "כורח".

לאור המקרים האמורים, סבורים המצדדים בגרסתה הקיצונית של הגישה המכונה גישת היסוד הנפשי כי אין כלל צורך שהציות לפקודה, כשלעצמו, יהיה בגדר הגנה במשפט הפלילי, מכיוון שהציות מקנה לנאשם הגנה בדרכים אחרות וחלופיות רבות.

גישה זו שונה מגישת "האחריות המוחלטת", שלפי גרסתה הקיצונית עובדת הציות כלל לא צריכה לשמש שיקול להגנתו של החייל בכל צורה שהיא.

היתרון המרכזי של גישת היסוד הנפשי הוא שאין בה עמימות, בשונה ממבחן ה"עלילות". יש הסבורים כי לגישה זו יתרון נוסף, והוא שהיא אינה צובעת בצבעים של הצדק את המעשים שנעשו מתוך ציות לפקודה. מלומדי משפט פלילי בין-לאומי רבים הביעו תמיכה רבה בגישה האמורה. זו למשל העמדה שבה מצדד דינשטיין:¹⁰¹¹

לסיכום, עצם העובדה, שנאשם ציית לפקודות, אינה מקנה לו חיסון מפני תביעה פלילית על פי המשפט הבין-לאומי. פקודה מגבוה אינה מהווה סיסמת-קסם, המניעה הר מכושף להחביא בקרבו מפני יד הדין את שודדי אלף לילה ולילה. אם אי-פעם ראו בפקודה מעין סיסמה שכזו, הרי בא הזמן לציין כי לילות ערב הגיעו לקיצם וכי סיסמות ושאר קמאות מפני עינא בישא הן נחלת עבר. מבחינת תורת המשפט הבין-לאומי אין הציות לפקודות צריך ליצור הגנה *per se*. אם פקוד עבר עבירה – מתוך ציות לפקודות – כנגד המשפט הבין-לאומי, יכול הוא להיות מורשע בפלילים ממש כשם שיכול הוא לצאת זכאי בדין. הברירה בין הרשעה וזיכוי תלויה במסיבות המקרה ונובעת מהן. עובדת הציות לפקודות מהווה רק אחת ממסיבות אלו, והיא שזורה באחרות. בפני עצמה – לא צריכה להיות לעובדת הציות לפקודות שום משמעות מיוחדת במשפט הבין-לאומי. יחד עם שאר מסיבות המקרה – יכולה עובדה זו לתרום להוכחת העדר תודעה פלילית, ומתוך כך להביא לזיכוי.

אך לגישה זו בגרסתה האמורה יש כמה חסרונות. ראשית, היא מתעלמת משיקולי ההצדק וההפטר

1010 Eser, לעיל ה"ש 336, בעמ' 260-259.

1011 דינשטיין, לעיל ה"ש 368, בעמ' 109-108.

הקיימים בסיטואציה של החייל המציית.¹⁰¹² שנית, גישה זו היא שרירותית, מכיוון שמזלו של החייל המציית תלוי במידה רבה ביסודות וברכיבי העברה שאותה הורה לו המפקד לעבור, מבלי שקיים מדרג חומרה כלשהו המבחין בין עברות שלגביהן עובדת הציות לפקודה טובא בחשבון (וייתכן שאף תביא לזיכוי של המציית) לבין עברות שבהן לא כך יהיה הדבר.

בישראל, גישה זו אינה משמשת תחליף למבחן היעדר החוקיות בעליל, שכן היסוד נפשי נבחן קודם לסייגים. לכן, לפחות מבחינה תאורטית, השפעת הציות על שאלת היסוד נפשי צריכה להיבחן קודם לבחינת השאלה אם התקיים סייג הצידוק עקב ציות לפקודה. עם זאת, בפועל, בחינה נפרדת של הציות לשם בחינת קיומו של היסוד הנפשי נעשית במקרים נדירים.

כך, למשל, נעשה בה שימוש במקרים שבהם קיים ספק אם המעשה שעשה החייל נעשה מתוך ציות לפקודה. כך היה בעניין מ',¹⁰¹³ שעסק בהוראה שנתנו הרמטכ"ל ואלוף הפיקוד בעקבות התפרעויות באזור חברון לנקוט יד קשה ו"לטרטור" את התושבים הפלסטינים באותו אזור. הנאשם 2 זרק רימון גז לעבר מִפְרִי עוצר. ההוראות התירו להשתמש ברימוני גז לפיזור הפגנות וב"נסיבות המתאימות". בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז קבע כי עקב מדיניות היד הקשה שנבעה מההתפרעויות בשטח, ירי רימון הגז לעבר מִפְרִי העוצר אינו הפרה של הפקודה "ביודעין ובמודע", ולכן זיכה את הנאשם מסעיף אישום זה, מבלי לקבוע אם מעשי הנאשם נעשו מתוך ציות להוראות לפיזור ההפגנות או אגב חריגה מהן.

בחינה נפרדת כזו של היסוד הנפשי נעשת לעיתים גם אם נקבע כי הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל, מכיוון שבמצב כזה יש לבדוק אם העובדה שהחייל ציית לפקודה אינה מאיינת רכיב כזה או אחר מרכיבי העברה (כאמור, מבחינה תאורטית בחינת קיומו של היסוד הנפשי צריכה להיות קודמת לבחינת קיומם של סייגים). בעניין אילו ואליאס,¹⁰¹⁴ נבחנה עברת הרצח, ולגבי היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" הנדרש בעברה זו נקבע כי "הלכת הצפיות" לא חלה. באותו עניין, מפקד מחלקה במשמר הגבול (המערער 1) ופקודו (המערער 2), נסעו בג'יפ ובמהלך נסיעתם כמעט התנגשו בשני עובדי מע"צ ערבים. עקב כך ציווה המערער 1 על עובדי מע"צ לרדת ממכוניתם ולעלות על הג'יפ. הוא הורה למערער 2 לשמור עליהם בחלקו האחורי של הג'יפ, בעודו נוהג בג'יפ. בהגיעם לשדה, הורה להם המערער 1 לרדת מהג'יפ, נטל את הנשק מהמערער 2 וירה בהם למוות תוך כדי שהוא מרוקן את המחסנית עד תומה. אישה שעברה במקום גורשה מהאזור – המערער 1 אחז בה והמערער 2 בעט בה. לאחר מכן הורה המערער 1 למערער 2 לבדוק את כיסי ההרוגים. את המסמכים שנמצאו שרף, ואת הכסף חילקו השניים ביניהם.

בית המשפט העליון ציין באמרת אגב כי לא קמה למערער 2 הגנת צידוק מכיוון שמדובר בפקודות בלתי חוקיות בעליל. אולם בית המשפט הוסיף ופסק כי כיוון שהמעשה נעשה מתוך ציות לפקודה לא התקיים במערער 2 היסוד הנפשי הנדרש לעברת הרצח, ולכן הרשיעו בהריגה.

1012 לדיון בשיקולי ההצדק וההפטר המאוזנים באמצעות מבחן היעדר החוקיות בעליל ראו חלקים 13.1 ו-13.2 לעיל.

1013 עניין מ', לעיל ה"ש 255, בעמ' 30.

1014 עניין אליאס, לעיל ה"ש 463.

19. הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בראי המשפט משווה

19.1 משפט משווה – מבוא

בשאר חלקיו של ספר זה נבחן הדין הישראלי בנוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה. אחת המסקנות המרכזיות שעלו היא כי פרשנות המשפט הישראלי למונח "חוסר חוקיות בעליל" אינה ברורה, מכיוון שבתי המשפט ובתי הדין אינם עקביים באופן שבו הם מפרשים את המונח האמור.

לעתים הם מפרשים את המונח האמור על סמך גישות עובדתיות המתמקדות בשאלת ידיעתו בכוח או בפועל של הנאשם בדבר אי-חוקיות המעשה שעליו הורתה הפקודה; לעומת זאת, לעתים הם מפרשים את המונח האמור על סמך גישות נורמטיביות המתמקדות בשאלת קיומו או היעדרו של פגם מוסרי במעשה אשר על ביצועו הורתה הפקודה שאינה חוקית. יתר על כן, עקב חוסר ודאות משפטית זה, לעתים בתי הדין ובתי המשפט מכריעים בתיק שלפניהם מתוך שילוב של גישות נורמטיביות ועובדתיות, או אף נמנעים מלפסוק מהי הפרשנות הנכונה למונח "בלתי חוקי בעליל".

בפרק זה ייעשה ניסיון לבחון את המצב במערכות משפט זרות, כדי להבין אם מערכות משפט אלו הצליחו להתגבר על הקושי המשפטי האמור בדבר מציאת פרשנות ראויה ועקבית למבחן היעדר החוקיות בעליל. מתוך רצון להגביר את הסיכויים כי אם ימצא פתרון באחת ממערכות המשפט הנסקרות יהא זה פתרון אשר אפשר יהיה ליישמו בקלות במערכת המשפט בישראל, נבחרו שלוש מערכות משפט זרות המקורבות למערכת המשפט של ישראל: מערכת המשפט האנגלית, אשר השפיעה רבות על התפתחותו של המשפט הישראלי, הן הפלילי הכללי והן הצבאי;¹⁰¹⁵ מערכת המשפט האוסטרלית – אשר הדין בה בנושא, נסמך על הדין האנגלי, ואשר הקוד הפלילי של אחת הטריטוריות החברות בה (קווינסלנד) שימש בסיס לחוק העונשין הישראלי; ונבחרה מערכת המשפט בארצות הברית, אשר השפעתה על המשפט הישראלי רבה, ואשר אף היא שייכת למדינות המשפט המקובל.

בפועל, כפי שהבחינה שתעשה בחלק זה של הספר תחשוף, לא ניתן להיעזר בדין הקבוע במערכות משפט אלו על מנת למצוא פתרון לקושי הפרשני שעמו מתמודדת מערכת המשפט הישראלית. זאת מכיוון שקושי זה במציאת פרשנות ראויה למבחן היעדר החוקיות בעליל הוא קושי שעמו מתמודדות גם מערכות המשפט הללו. לפיכך, על מנת לבחון את המקור ההיסטורי לקושי האמור, הוקדמה לבחינה של הדין במערכות משפט אלו, סקירה הבוחנת את מקורותיו וגלגוליו של מבחן היעדר החוקיות בעליל.

19.2 מקורותיו וגלגולו של מבחן היעדר החוקיות בעליל

חוקר המשפט המשווה אלן ווטסון (Alan Watson) טען כי כאשר מערכת משפט אחת מבקשת לאמץ פתרון משפטי ממערכת משפט אחרת, הגורם המרכזי אשר ישפיע על זהות הכלל המשפטי

¹⁰¹⁵ לדיון בהשפעה של הדין הצבאי הבריטי על הדין הישראלי ראו: "יובל לשיפוט הצבאי", לעיל ה"ש 60, בעמ' 55-56.

שיאומץ ועל זהות המערכת משפטית שממנה יאומץ הכלל לא יהיה היותו של הכלל המשפטי הנבחר הפתרון הטוב ביותר לבעיה שעמה מתמודדת אותה מערכת משפט, אלא מידת הנגישות של המקור המשפטי שממנו נשאב הפתרון עבור מלומדי מערכת המשפט המאמצת.¹⁰¹⁶ נראה כי סיפור גלגולו ותפוצתו של מבחן "היעדר החוקיות בעליל"¹⁰¹⁷ הוא דוגמה מובהקת לכך.

סוגיה מרכזית שבה עוסק ספר זה היא העמימות של מבחן "היעדר החוקיות בעליל" בדין הישראלי וחוסר הוודאות בדבר האופן שבו עשוי בית משפט ישראלי לפרש מבחן זה בכל מקרה ומקרה העומד בפניו. כפי שנדון בספר זה, עיקר המחלוקת בשיח המשפטי הישראלי בנושא היא בין המצדדים בגישות נורמטיביות לבין המצדדים בגישות עובדתיות.¹⁰¹⁸ על פי המצדדים בגישות נורמטיביות פקודה היא בלתי חוקית בעליל כאשר המעשה אשר על ביצועו היא מורה אינו רק בלתי חוקי אלא גם בלתי מוסרי. לעומתם, על פי המצדדים בגישות עובדתיות, כדי לקבוע כי פקודה הייתה בלתי חוקית בעליל עבור אדם זה או אחר, יש לבחון את מודעותו (ככוח או בפועל) של אותו אדם לאי־חוקיות המעשה שצווה בפקודה, כאמור, בתי המשפט ובתי הדין הישראליים אינם עקביים באופן שבו הם מפרשים את מבחן היעדר החוקיות בעליל – לעתים הם מביעים תמיכה בגישות עובדתיות ולעתים מצדדים בגישות נורמטיביות.

בחלק זה של פרק המשפט המשווה אנסה להראות כי "האשם" בחוסר הוודאות בנושא אינו מונח לבדו על כתפי מערכת המשפט הישראלית, אלא כי השניות בין גישות עובדתיות לנורמטיביות הקיימת במבחן היעדר החוקיות בעליל טבועה במבחן המשפטי האמור עצמו, והייתה טבועה בו עוד מראשיתו. "האשם" המוטל על כתפי מערכת המשפט של ישראל הוא לכן מצומצם יותר, וטמון בכך שהיא לא השכילה לפתור שניות זו. אם כי גם בכך (כפי שאדון כאן ובחלקים הבאים של פרק זה) מערכת המשפט של ישראל אינה שונה ממערכות משפט רבות אחרות.

מקורו של מבחן היעדר החוקיות בעליל הוא, ככל הנראה, במשפט הרומי.¹⁰¹⁹ אמנם במשפט הרומי התקיימו עמדות שונות בעניין היקף חובת הציות של החייל והיקף ההגנה שיש להעניק לו אם עבר עברה מתוך ציות לפקודה.¹⁰²⁰ עם זאת, אחת העמדות המרכזיות בנושא הייתה עמדה המצדדת במבחן היעדר החוקיות בעליל. מבין המלומדים אשר בחנו את מבחן היעדר החוקיות בעליל כפי

ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTATIONS — AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 1016
112–113 (2nd ed. 1993).

1017 באנגלית: Manifestly Unlawful, Palpably Unlawful, Flagrant Illegality, Evident Unlawful
Illegality, Clearly Unlawful וכדומה.

1018 ראו חלק 12 לעיל.

1019 ראו: Sir George Mackenzie, *The Laws and Customs of Scotland in Matters Criminal*, in 2 *THE WORKS OF THE EMINENT AND LEARNED LAWYER* 52, 183 (1715); D. Daube, *The Defence of Superior Orders in Roman Law*, 72 *L.Q.R.* 494, 515 (1956); וכן: Mark J. Osiel, *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, 86 *CALIF. L. REV.* 939, 946, 951 (1998).

1020 ראו, למשל, עמדות במשפט הרומי אשר צידדו בחובת ציות מוחלטת לחייל כפי שאלו מובאות אצל קיז'ר: Nico Keijzer, *A Plea for the Defence of Superior Order*, 8 *I.Y.H.R.* 78 (1978).
עמ' 144–145; (להלן: מאמרו של קיז'ר).

שזה התקיים במשפט הרומי, סברו חלקם כי במשפט הרומי התבסס כלל זה על מבחן נורמטיבי,¹⁰²¹ ואילו אחרים סברו כי הכלל התבסס על מבחן של ידיעה.¹⁰²² התיאורים הסותרים של המשפט הרומי מעידים לדידי על כך ששניות זו בין פרשנות נורמטיבית לפרשנות עובדתית התקיימה במבחן היעדר החוקיות בעליל עוד בימי ראשיתו.

החלתם בד בבד של מבחן נורמטיבי מוסרי ושל מבחן המבוסס על ידיעה אינה צריכה להפתיע אותנו, בשל מאפייניו של המשפט הפלילי המערבי קודם למאה התשע-עשרה, כפי שהדבר עולה מסוגיה קרובה – התפתחותו ההיסטורית של היסוד הנפשי במשפט הפלילי המערבי. בין מלומדי המשפט הפלילי יש חילוקי דעות בדבר מקורה של הדרישה לקיומו של יסוד נפשי (מנס ריאה) לשם הרשעה במשפט המערבי המודרני.¹⁰²³ בהתאם לעמדה אחת, ראשיתה של דרישה זו היא במאה התשע-עשרה. על פי המצדדים בעמדה זו, קודם לכך היה הדגש במשפט הפלילי המערבי על ביצוע המעשה, והאדם היה מורשע אם קבע בית המשפט שהוא ביצע מעשה אשר יש בו באופן אובייקטיבי פסול מוסרי. כתמיכה לעמדתם מציגים המצדדים בעמדה זו מקורות משפטיים רבים מהתקופה שקדמה למאה התשע-עשרה, שבהם הדגש לא הושם בכוונתו הסובייקטיבית של הנאשם אלא בפסול מוסרי אובייקטיבי אשר אותם מקורות משפטיים סברו כי היה קיים במעשהו. כמו כן, המצדדים בעמדה זו נסמכים על מקורות משפטיים מהתקופה שקדמה למאה התשע-עשרה שמהם עולה השקפת עולם שעל פיה היכולת לדעת על אשר מתרחש בעולמו הפנימי של אדם נשגבת מהיכולת האנושית. לעומת זאת, על פי המצדדים בעמדה הנגדית הדרישה לקיומו של יסוד נפשי לשם הרשעה התקיימה במשפט הפלילי המערבי מאז ומעולם (או לפחות מתקופה קדומה יותר מהמאה התשע-עשרה), וההתפתחות של האופן שבו נבחנת הדרישה ליסוד נפשי במשפט הפלילי המערבי הייתה הדרגתית לאורך הדורות, ולא צצה כדרישה חדשה במהלך המאה התשע-עשרה. כביסוס לעמדתם מציגים המצדדים בעמדה זו מקורות משפטיים רבים מהתקופה שקדמה למאה התשע-עשרה שבהם ההכרעה בדבר קיומו או אי-קיומו של פסול מוסרי במעשהו של הנאשם נבחנה על פי מצבו הנפשי הסובייקטיבי של נאשם (כוונה, מודעות, וכו') ולא על סמך קביעה אובייקטיבית כי מעשה מסוים הוא מעצם טבעו בלתי מוסרי תמי.

שי לביא ניסה ליישב את הסתירה בין עמדות אלו באמצעות התייחסות לתופעה היסטורית שהתרחשה במאה התשע-עשרה שהמצדדים בשתי העמדות הנוגדות שהוצגו לעיל לא ייחסו לה את מידת החשיבות הראויה. תופעה זו היא התפתחות מדעי החברה המודרניים ועמם התפתחות ההשקפה כי אפשר (ואף ראוי) להבחין ולהפריד בין עולמו הסובייקטיבי הפנימי של האדם לבין העולם הפיזי החיצוני והאובייקטיבי. קודם להתפתחות מדעי החברה המודרניים עולמות אלו נתפסו

1021 ראו: HUGO GROTIUS, DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES 589 (Calderon Press, 1950); וכן: Daube, לעיל ה"ש 1019, בעמ' 503.

1022 ראו למשל עמדת Confici כפי שמובאת אצל Keijzer, לעיל ה"ש 1020, בעמ' 82. כן ראו בהקשר זה: M. C. BASSIOUNI, CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 457 (2nd ed. 1999).

1023 לעמדות השונות בנושא ראו: שי לביא, HOMO REUS – המשפט הפלילי כ"מדע של הנפש" 33-9 (עבודת גמר לתואר "מוסמך בסוציולוגיה ואתרופולוגיה", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למדעי החברה, 1995).

כמקשה אחת. לכן, אין זה מפתיע כי קודם למאה התשע-עשרה התקיימו במקביל הן עמדות אשר צידדו באשם מוסרי הנקבע בהתאם לאופיו האובייקטיבי של המעשה והן עמדות אשר צידדו באשם מוסרי הנקבע בהתאם לכוונתו הסובייקטיבית של אדם – כיוון שקודם להתפתחות מדעי החברה המודרניים במאה התשע-עשרה, וקודם לחדירת השפעתם אל תוך השקפת העולם התאורטית של המשפט הפלילי המערבי, המודעות בדבר הצורך להבחין ולהכריע בין שתי דרכים אלו לקביעת אשם הייתה נמוכה יותר. רק משאימצו מערכות המשפט הפלילי המערביות את תפיסת העולם של מדעי החברה הפך הצורך להבחין בין עולמות אלו, ועמו הצורך להבחין בין שתי הדרכים האמורות לקביעת אשם מוסרי, לבעל חשיבות רבה ומרכזית ברמה הקיימת כיום.¹⁰²⁴

אם ניישם את ניתוחו של לביא על סוגיית מבחן היעדר החוקיות בעליל, אפשר להגיע למסקנה כי אין זה מפתיע שבמשפט הרומי (כמו גם במערכות המשפט הנוספות, אשר להלן תוצג ההלכה שרווחה בהן בסוגיה זו מהתקופה שקדמה למאה התשע-עשרה) התקיימו בה בעת פרשנויות נורמטיביות ועובדתיות למבחן היעדר החוקיות בעליל – כיוון שהחשיבות שיוחסה לצורך להבחין בין שתי תפיסות אלו לקביעת אשם קודם למאה התשע-עשרה הייתה נמוכה יותר מכפי שהיא כיום. המעניין הוא שבסוגיית היסוד הנפשי, ההשפעה של השקפת העולם של מדעי החברה על מערכות המשפט הפלילי המערביות הובילה לציוד כמעט מוחלט בגישות עובדתיות (גישות של ידיעה) כדרך לבחינת אשמתו הפלילית של אדם, ואילו בסוגיית מבחן היעדר החוקיות בעליל נותרה שניות זו עד ימינו אנו.¹⁰²⁵

המשפט הרומי התגלגל מבחן היעדר החוקיות בעליל אל מערכת ה־Jud Militare של ימי הביניים והרנסנס.¹⁰²⁶ נהוג להתייחס אל ה־Jud Militare כאל המשפט הבין-לאומי של ימי הביניים והרנסנס, אולם תיאור זה אינו מדויק. ראשית, המדינה המודרנית היא תופעה אשר התפתחה באופן הדרגתי מתקופת ימי הביניים המאוחרים (ויש הסבורים מאוחר יותר מתקופת הרנסאנס).¹⁰²⁷ לכן אפילו החלקים ב־Jud Militare אשר מהם התפתח המשפט הבין-לאומי ההומניטרי המודרני לא התייחסו למדינות מודרניות אלא למבנה השלטוני הפאודלי, ודבר זה אילץ לעתים לצדד בכללים שונים מאלו הקיימים כיום. שנית, קודם להתפתחות המדינה המודרנית מיעטו שליטים להחזיק כוחות לוחמים קבועים; לרוב, הכוחות הלוחמים שבהם נעזרו היו משני סוגים: כוחות של אבירים שכירים אשר היו לוחמים לצד השליט אשר שכר אותם עבור מלחמה ספציפית, וצמיחים אשר

1024 אין בכונתי לומר כי קודם לכך לא נדרשו מלומדי משפט להבחנה האמורה. ההפך הוא הנכון, והראיה שהיו ויכוחים בין מלומדים שונים קודם למאה התשע-עשרה בשאלה כיצד יש לקבוע את אשמתו של אדם. כוונתי לומר כי חדירת ההשפעה של מדעי החברה חידדה את הצורך לבצע את ההבחנה האמורה בין שני הסוגים לקביעת אשם.

1025 אין בכונתי לטעון כי מכך ראוי להסיק שבהקשר של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ראוי לאמץ גישה עובדתית. כפי שנדון לעיל (ראו למשל חלק 13.5), גם בשימוש בגישות העובדתיות קיימים קשיים רבים.

1026 Daube, לעיל ה"ש 1019; Arthur Nussbaum, *The Significance of Roman Law in the History of International Law*, 100 U. Pa. L. Rev. 678 (1951–1952).

1027 לעמדות שונות בדבר אופן התפתחות המדינה המודרנית השוּוּ בין: Leo Gross, *The Peace of Westphalia*, 42 Am J. Int'l L. 20, 37–39 (1948); Osiander Andreas, *Sovereignty, Westphalia, and the Westphalian Myth*, 55 Int'l Org. 251, 281 (2001).

כחלק מחובותיהם לאדונם היו מחויבים לסייע לו בלחימה אם ידרוש זאת.¹⁰²⁸ לכן ה-Jud Militare לא נתפס אז כמסדיר את היחסים בין מדינה אחת וסוכניה לבין מדינה שנייה וסוכניה כפי שנתפס המשפט הבין-לאומי ההומניטרי המודרני, אלא נתפס ככללי הדין והאתיקה של גלידת האבירים¹⁰²⁹ – כללים אשר הוחלו ברובם גם על הצמיתים הלוחמים בעת שאלו נקראו למלא את חובתם כלפי אדונם. בשל כך עסק ה-Jud Militare לא רק בתחומים אשר בהם עוסקים כיום דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי (דיני הפתיחה במלחמה, דיני היחסים בין הכוחות הלוחמים ודיני היחסים בין הכוחות הלוחמים לבין האוכלוסיה האזרחית), אלא גם בתחומים שבהם עוסקים כיום המשפט הצבאי המדינתי (מתוקף הצורך שה-Jud Militare יסדיר את היחסים בין הלוחמים השונים של אותו צד) ודיני החירום המדינתיים (מתוקף הצורך שה-Jud Militare יסדיר את היחסים בין לוחמיו של צד מסוים לאזרחים של אותו צד, באופן נרחב יותר משסוגיה זו כיום מוסדרת על ידי דיני הלחימה).¹⁰³⁰

ה-Jud Militare התבסס ברובו על הדין הכנסייתי, על מנהגים גרמאנים ועל המשפט הרומי,¹⁰³¹ ולכן אין זה מפתיע כי מבחן היעדר החוקיות בעליל יובא מהמשפט הרומי אל ה-Jud Militare. מלומדי ה-Jud Militare השונים שאבו מהמשפט הרומי (כמו גם מהדין הכנסייתי) עמדות שונות בדבר האחריות הפלילית של החייל המציית ובדבר היקף חובת הציות שלו. הם עסקו בסוגיה זו בעיקר בהקשרים הנוגעים ל-Jus ad Bellum, כלומר לפקודה לצאת למלחמה בלתי חוקית.¹⁰³² רק חלקם נעזרו במבחן היעדר החוקיות בעליל. חלק מאותם מלומדים פירשו אותו על פי גישה עובדתית ואחרים פירשו אותו על פי גישה נורמטיבית. יתר על כן, אף בקרב מלומדים שציידו באותה גישה היה מצוי מגוון גדול של דעות בדבר האופן שבו יש לפרש את המבחן על פי אותה גישה. כך, למשל, המלומד Grotius צידד בגישה נורמטיבית, שלל את הגישות העובדתיות וקבע כי אין צורך לבחון את מצפוננו או תום לבו של החייל כדי לקבוע את אחריותו וכי הכלל המשפטי הוא שעל החייל לציית לפקודה לצאת למלחמה שהסיבה לפתיחתה אינה חוקית אלא אם: "the injustice of the cause is entirely obvious".¹⁰³³ גם המלומד Pufendorf אימץ גישה

1028 Richard Bean, *War and the Birth of the Nation State*, 33(1) J. OF ECON. HIST., 203, 217–219 (1973).

1029 ראו בהקשר זה: G. I. A. D. Draper, *The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare*, 45 BRIT. Y.B. INT'L L. 173, 173–174 (1971); MAURICE H. KEEN, *THE LAW OF WAR IN THE LATE MIDDLE AGES* 14–21 (1965).

1030 לרכיבים הללו של הדין האמור ראו: SIR MATTHEW HALE, *THE PREROGATIVE OF THE KING* (c. 1640–1670) (D. E. C. Yale ed., Selden Soc'y 1976); 119–121; אמנם HALE מנסה להפריד בין החלקים "המדינתיים" של דין זה, שאותם הוא מכנה "Martial Law", לבין החלקים הבין-לאומיים, שאותם הוא מכנה "Jus Belli", אך הוא מודה שיש עירוב רב בין שני חלקים אלו.

1031 ראו Draper, לעיל ה"ש 1029, בעמ' 173–174; וכן: Nussbarum, לעיל ה"ש 1026.

1032 ראו: GIOVANNI DA LEGNANO, *DE BELLO, DE REPRESALIIS ET DE DUELLO* 234 (Thomas E. Holland ed., J.L. Brierly trans., Carnegie Endowment for International Peace 1917); da Lagnano (1477). עוד ראו: BALTHAZAR AYALA, *THE THREE BOOKS IN THE LAW OF WAR AND THE DUTIES CONNECTED WITH WAR AND ON MILITARY DISCIPLINE* 171 (John P. Bate trans., Carnegie Institution (1582) 1912) המצדד בחובת ציות מוחלטת.

נורמטיבית, אך כפי הנראה פרשנותו למבחן הנורמטיבי הייתה מחמירה הרבה יותר, ונראה שהוא דרש כי חייל יימצא בתנאי כורח כדי שלא יישא באשמה בשל הציות לפקודה לצאת למלחמה לא חוקית.¹⁰³⁴ לעומתם, Suarez צידד בגישה עובדתית של ידיעה סובייקטיבית בלבד, כך שלדיו חיילים פשוטים לא יורשעו אם: "the injustice of war is not evident to these soldiers".¹⁰³⁵ de Victoria אימץ אף הוא גישה עובדתית, אך לדיו הכלל המשפטי הוא של ידיעה בפועל.¹⁰³⁶

עליית המדינה המודרנית ועמה הקמתם של הצבאות הקבועים (standing armies) הובילה לכמה תהליכים אשר השפיעו על המשך גלגולו של מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰³⁷ כך למשל היא הובילה, במידה רבה, בתהליך הדרגתי, לניתוק הקשר בין רכיבו המדינתיים של ה-Jud Militare לרכיבו הבינ-לאומיים; במקום ה-Jud Militare התפתחו דיני הלחימה (Jus in bello) ודיני המלחמה (Jus ad bellum) של המשפט הבינ-לאומי, וכן התפתחו בכל מדינה דיני צבא מדינתיים (שהסדירו את היחסים בין המדינה לחייליה).¹⁰³⁸

בזירה הבינ-לאומית הובילה עליית המדינה המודרנית, בתהליך הדרגתי שהבשיל רק בשלהי המאה התשע עשרה, להתפתחותה של השקפה שעל פיה מושא המשפט הבינ-לאומי הן המדינות ולא הפרטים, ולכן מערכת משפט זו לא נועדה לכוון באופן ישיר את התנהגותם של פרטים.¹⁰³⁹ השקפה דואליסטית זו אף הובילה את חלק מהמשפטנים לאמץ השקפה שעל פיה חובותיו של החייל

1 HUGO GROTIUS, DE JURE PRAEDAE COMMENTARIUS 129 (Gwladys W. Williams trans., 1033 (1604) Oxford University Press 1950). יש לציין כי Grotius הביע גם עמדה שונה בנושא: לעיל ה"ש 1021, בעמ' 593-589 ובעמ' 729-730.

SAMUEL PUFENDORF, DE JURE NATUERA ET GENTIUM: LIBRI OCTO 1139-1149 (C. H. 1034 (1672) Oldfather & W. A. Oldfather trans., 1688 ed., Clarendon Press, 1934); לגבי אורחים, יש לציין, המבחן שהוא קובע הוא שהדין שנקבע על ידי המלך יהיה: "Manifestly opposed" to the law of nature and god (שם, עמ' 1140). למלומדים נוספים שצידדו בפרשנות נורמטיבית למבחן ה"עלילות" ראו: 1 EMMER DE VATTEL, LE DROIT DES GENS: OU PRINCIPES DE LA LOI NATURELLE 25 (CHARLES G. FENWICK ED., CARNEGIE INSTITUTION OF WASHINGTON 1916) (1758) ("No agreement can bind, or even authorize, a man to violate the natural law. [...] no one should obey commands which are clearly contrary to that sacred law") וכן: PIERINO BELLI, A TREATISE ON MILITARY MATTERS AND WARFARE IN ELEVEN PARTS: 66 (Herbert C. Nutting trans., Clarendon Press 1936) (photo. reprint 1995) (1563) ("[T]hat he obey without question unless the ruler's injustice is flagrant").

FRANCISCO SUAREZ, DE TRIPLICI VIRTUTE THEOLOGICA: FIDE, SPE, ET CHAITATE 832, 1035 (G. L. Williams, A. Brown, & J. Waldron trans., Clarendon Press 1944) (1621)

FRANCISCUS DE VITORIA, DE INDIS ET DE IVRE BELLII RELECTIONES 173-177 (Ernest 1036 (1557) Nys ed., John. P. Bate trans., Carnegie Institution of Washington 1917)

לקשר בין עליית הצבא המודרני להתפתחות המדינה המודרנית ראו: Bean, לעיל ה"ש 1028, בעמ' 219-221.

ראו בהקשר זה את הדיון בשימוש שעשו שליטים ברעיון הריבונות כדי להפריד בין הדין המדינתי לדין בינ-לאומי באופן אשר יגביר את השליטה שלהם כלפי פנים ואת חופש הפעולה שלהם כלפי חוץ: Joseph R. Stromberg, *Sovereignty, International Law and the Triumph of Anglo-American Cunning*, 18(4) J. of Libertarian Stud. 29 (2004)

לדיון בהתפתחות עמדה זו ראו: Joseph G. Starke, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, 17 B.Y.I.L. 66 (1936)

קבועים רק בדין המדינה, וכי ראוי שרק המדינה תישא באחריות בזירה הבין-לאומית בגין הפרות של הדין הבין-לאומי מצד סוכניה.¹⁰⁴⁰

בזירת המדינה, לעומת זאת, הקמתם של הצבאות הקבועים העצימה את מידת החיכוך בין האוכלוסייה האזרחית לכוחות הצבא וכן את מידת החיכוך בין הדין הצבאי (שעד אותה עת היה אוטונומי) לבין דין המדינה האזרחי. התעצמותו של חיכוך זה הגבירה את הרצון של מערכות המשפט האזרחיות לנסות ולהכפיף אליהן את מערכת המשפט הצבאי,¹⁰⁴¹ וכפועל יוצא מכך לנסות ולהסדיר את הסוגיה של מידת חובתו של חייל לציית לפקודה הסותרת את הדין האזרחי. לשם הסדרת סוגיה זו פנו חלק ממערכות משפט אלו אל ה־Jud Militare או אל מקורותיו במשפט הרומי כדי לאמץ משם את הכלל המשפטי בתחום זה. בהתאם לכך, מערכות המשפט בחלק מהמדינות אימצו ממקורות משפט אלו את מבחן היעדר החוקיות בעליל.

עם זאת, לגבי אימוץ מבחן זה יש להבחין בין מדינות המשפט המקובל לבין מדינות המשפט הקונטיננטלי. אפשר היה לסבור כי דווקא מדינות הקונטיננטל יהיו אלו אשר יצדדו יותר במבחן היעדר החוקיות בעליל, עקב מרכזיות הגישה המצדדת במבחן זה במשפט הרומי ועקב מידת ההשפעה הרבה של המשפט הרומי על מערכות משפט אלו, אך בפועל לא כך היה. אכן כמה ממדינות אלה אימצו מבחן זה. כך, למשל, נקבע בקודים הצבאיים של הממלכות הגרמניות פרוסיה (1845), סקסוניה (1867) ובארדן (1870): "a subordinate would be punished if he executes" "related to an act which obviously aimed at a crime"¹⁰⁴²; ובקוד הצבאי של הקיסרות האוסטרו-הונגרית (1855) נקבע:¹⁰⁴³

Article 158. A subordinate who does not carry out an order is not guilty of a violation of his duty of subordination if (a) the order is obviously contrary to loyalty due to the prince of the land; (b) if the order pertains to an act or omission in which evidently a crime or an offence is to be recognized.

המשפט הסקוטי (אשר אינו שייך למדינות הקונטיננטל אך מבוסס על אדנים חזקים של משפט רומי) אימץ גם הוא את מבחן היעדר החוקיות בעליל מהמשפט הרומי, דרך הפסיקה והספרות

1040 ראו בהקשר זה: Eser, לעיל ה"ש 336, בעמ' 254. יש לציין, כי ההשקפה הדואליסטית מעולם לא זכתה לתמיכה מלאה. יתרה מכך, בפרקטיקה של הצבאות המערביים מהמאות הרלוונטיות ניתן למצוא אכיפה פלילית חזקה יותר ורציפה יותר ממה שנהוג לסבור של דיני הלחימה (הן בנוגע לחיילים של המדינה עצמה שביצעו פשעי מלחמה והן בנוגע לחיילי אויב שביצעו פשעים כאלו).

1041 ראו עניין זה בהקשר האנגלי: Daniel P. O'Connell, *The Nature of British Military Law*, 19 MIL L. REV. 141, 141–142 (1963).

1042 כפי שהובא כאן: Michael A. Musmanno, *Are Subordinate Officials Penally Responsible for Obeying Superior Orders Which Direct Commission of Crime?* 67 DICK L. REV. 221, 231–232 (1962–1963). קודים אלו הוחלפו בקוד הגרמני מ־1872 (כפי שצוטט אצל Musmanno, שם), אשר צידד בגישה של אחריות על סמך ידיעה סובייקטיבית בלבד.

1043 כפי שצוטט אצל Musmanno, שם.

המשפטית.¹⁰⁴⁴ עם זאת, מעמדם החזק של בתי המלוכה, של הרשות המבצעת, או של שני המוסדות יחד, במרבית מדינות הקונטיננט, הוביל לכך שככלל הכלל המשפטי שאומץ על ידי חלק נכבד ממערכות המשפט של מדינות אלו היה כלל המטיל חובת ציות מוחלטת על החייל ומעניק לו הגנה מוחלטת בגין עברות שעבר מתוך ציות לפקודה. לכן, עיקר התפתחותו של מבחן היעדר החוקיות בעליל, מסוף ימי הרנסנס ועד סוף מלחמת העולם השנייה, היה דווקא במדינות המשפט המקובל.¹⁰⁴⁵

באנגליה סדרת המהפכות של המאה השבע-עשרה הובילה להסדר חוקתי המגביל במידה רבה יותר את הרשות המבצעת באמצעות המערכת השיפוטית האזרחית בהשוואה למצב בקונטיננט.¹⁰⁴⁶ מהלך המאבק האמור בין תומכי הפרלמנט והמשפט המקובל מצד אחד לבין תומכי המלוכה מן הצד האחר צידדו תומכי המשפט המקובל בעמדה שעל פיה קיומו הקבוע של צבא סדיר סותר את עקרונות היסוד החוקתיים של אנגליה,¹⁰⁴⁷ ובאופן קונקרטי יותר לענייננו – בעמדה שעל פיה על חייל חלה חובה לציית אך ורק לפקודות חוקיות וכי הוא לא יזכה לכל הגנה בפלילים בגין ציות לפקודה בלתי חוקית.¹⁰⁴⁸ לעומת זאת, תומכי המלוכה סברו כי למלך יש סמכות טבועה להחזיק צבא,¹⁰⁴⁹ כי על החייל לציית לכל פקודה המשרתת את המלך וכי הוא יזכה להגנה כל עוד מדובר בפקודה כזו.¹⁰⁵⁰

המהפכה המהוללת¹⁰⁵¹ אשר חתמה מאה סוערת זו בהיסטוריה של המשפט האנגלי ביטאה במידה רבה ניצחון של כוחות המשפט המקובל והפרלמנט על פני כוחות המלוכה. אך דובר בניצחון גורף אלא בניצחון שהתבסס על נכונות מסוימת של כוחות המשפט המקובל והפרלמנט להתפשר עם תומכי המלוכה.¹⁰⁵² בהקשרו של הצבא הובילו פשרה זו, כמו גם אילוצים פרקטיים, לתובנה כי קיומו של צבא סדיר קבוע, כמו גם קיומה של מערכת משפט צבאית נפרדת, הם הכרח המציאות. הפשרה שנקבעה מבחינת קיומו של צבא סדיר קבוע הייתה חיוב הרשות המבצעת להביא לאישור

1044 ראו: Mackenzie, לעיל ה"ש 1019; DAVID HUME, COMMENTARIES ON THE LAW OF SCOTLAND; 54–55, 205–213 (3rd ed. 1829); ARCHIBALD ALISON, PRINCIPLES OF THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 39–47, 673–674 (reprint 1989) (1832).

1045 ראו בהקשר זה KEIJZER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 75.

1046 לדיון נרחב יותר בדיון האנגלי בנושא ראו: Ziv Bohrer, *England and the Superior Orders Defence—Choosing the Middle Path*, 12 OXFORD UNIVERSITY COMMONWEALTH L.J. 273 (2012).

1047 ראו בהקשר זה: O'Connell, לעיל 1041, שם. כן ראו: CHARLES E. CARRINGTON AND JOHN H. JACKSON, HISTORY OF ENGLAND 411 (1937).

1048 ראו, למשל: SIR MATTHEW HALE, HISTORIA PLACITORUM CORONAE — THE HISTORY OF THE PLEAS OF THE CROWN 43–44 (Professional Books 1971) (1736); 2 John Locke, TWO TREATISES OF GOVERNMENT § 151 (1694).

1049 ראו בהקשר זה: O'Connell, לעיל ה"ש 1041.

1050 ראו בהקשר זה: THOMAS HOBBS, ELEMENTA PHILOSOPHIA DE CIVE, Ch. XII (1642).

1051 הליך הדחתו של המלך ג'יימס השני והחלפתו בווייליאם השלישי ומרי השנייה כמלכי בריטניה (1688–1689) מכונה "המהפכה המהוללת", כיוון שאירע ללא שפיכות דמים באנגליה.

1052 ראו בהקשר זה: מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 84 (תשס"ג:2002).

הפרלמנט בקשה להארכת המשך קיומו של הצבא מדי שנה בשנה.¹⁰⁵³ מבחינת הדין הצבאי כללה הפשרה העברה הדרגתית של חלק נכבד מסמכויות קביעת הדינים בנושאי צבא מידי הרשות המבצעת אל הפרלמנט, והגדרת חקיקת הפרלמנט בנושאי צבא כגוברת על דינים המותקנים על ידי הרשות המבצעת בנושא.¹⁰⁵⁴ מבחינת מערכת המשפט הצבאית – זו נותרה אמנם אוטונומית ובעלת סמכות רחבה להעמיד לדין חיילים בגין הפרה של המשפט הצבאי, אולם נקבע כי מערכת המשפט האזרחית תהיה עליונה על פניה.¹⁰⁵⁵ עליונות זו באה לידי ביטוי בחקיקה מראשית המאה השמונה-עשרה, שבה נקבע כי פסק דין של בית דין צבאי לא יאפשר לאדם להעלות טענה של סיכון כפול בהליך פלילי בבית משפט של המערכת האזרחית, ואילו פסק דין פלילי של בית משפט של המערכת האזרחית יאפשר העלאת טענה של סיכון כפול בהליך בפני בית דין צבאי.¹⁰⁵⁶

מבחינת חובת הציות של חייל, כמה שנים לאחר המהפכה המהוללת צמצם הפרלמנט חובה זו כך שתחול רק על פקודות חוקיות.¹⁰⁵⁷ מבחינת היקף הגנת הצידוק, כמה שנים לאחר מכן קבע בית משפט אנגלי בהקשר של משרתי ציבור שאינם חיילים כי לא תקום להם הגנה בפלילים אם הפרו את החוק עקב ציות להוראה של הממונה עליהם ברשות המבצעת.¹⁰⁵⁸ על סמך חקיקה זו של הפרלמנט, פסיקה זו, ומספר פסקי דין שניתנו מאז, סבורים רבים כי מאז המהפכה המהוללת במשפט האנגלי לא מוקנית לחיילים הגנת צידוק עקב ציות לפקודה.¹⁰⁵⁹

אך בפועל התמונה המשפטית מורכבת יותר. הסדר הפשרה שנוצר לאחר המהפכה המהוללת הותיר למערכת המשפטית הצבאית "כיסים" אוטונומיים שבהם יכולה הייתה לפתח כללים נרחבים יותר בדבר היקף חובת הציות של החייל והיקף הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שתקום לו במקרים מסוימים. "כיסים" אלו נוצרו משלוש סיבות. ראשית, היסוד הטריטוריאלי החזק של המשפט האנגלי גרם לכך שבמקרים נדירים בלבד (בעיקר אם הפרלמנט חוקק חוק ספציפי בנושא) התערבו בתי המשפט האזרחיים בשיקול הדעת של מערכת המשפט הצבאית בנוגע לפעולות שנעשו מחוץ

1053 ראו לעניין זה: עודד מודריק שפיטה צבאית 168, ה"ש 42 (תשנ"ג:1993). הסדר זה של מתן היתר שנתי לקיומו של צבא סדיר קבוע באמצעות חקיקת ה-Mutiny Act התקיים עד 1881 עם חקיקת ה-Military Act; או אז הפך להסדר שעל פיו מאושר החוק (ועמו גם קיום הצבא) מדי שנה הן עבור הצבא והן עבור הצי, וזאת עד 1955. באותה שנה עברו להסדר שעל פיו מדי שנה מאשרת את החוק ועדה של הפרלמנט, ואישור מלא של החוק נידרש רק פעם בחמש שנים; ראו לעניין זה: PETER ROWE, DEFENCE — THE LEGAL IMPLICATION: MILITARY LAW AND THE LAWS OF WAR 1–2 (1987).

1054 מודריק, לעיל ה"ש 1053, בעמ' 18.

1055 את התוצאה האמורה אפשר לראות כאן, למשל: *Grant v. Gould*, (1792) 126 Eng. Rep. 434. פסק דין זה ניתן כמאה שנה לאחר המהפכה.

1056 לשינוי חקיקה זה ראו: CHARLES M. CLODE, THE ADMINISTRATION OF JUSTICE UNDER MILITARY AND MARTIAL LAW 97–98 (2nd ed., John Murray 1874). רק במחצית השנייה של המאה העשרים תוקן החוק כך שהרשעה בבית דין צבאי בריטי תספק שוב הגנה מפני העמדה לדין פעם נוספת בפני בית משפט אזרחי. לעניין זה ראו: Rowe, לעיל 1053, בעמ' 18–19.

1057 לתיקון זה ראו KEIJZER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 74–75.

1058 ראו עניין *Entrick*, לעיל ה"ש 788.

1059 ראו בעניין זה: JONATHAN HERRING, CRIMINAL LAW — TEXTS, CASES, AND MATERIALS זה: *White v Director of Military Prosecution* (2007) 231 CLR 570 ¶37 (Austl.). וכן: *Clegg*, לעיל ה"ש 339; וכן: *White v Director of Military Prosecution* (2007) 231 CLR 570 ¶37 (Austl.).

לשטחי הממלכה.¹⁰⁶⁰ שנית, כיוון שעד שנות השישים של המאה העשרים לא נקבעה פרוצדורה ברורה לערעור על החלטות של בתי הדין הצבאיים לבתי המשפט של המערכת האזרחית האנגלית, האפשרות לעשות כן הייתה מורכבת, מוגבלת ומסורבלת. לכן במשך השנים לא נעשה בה שימוש רב, ומצב זה אפשר למערכת המשפט הצבאית לפעול ללא התערבות בתי המשפט האזרחיים בתחומים מסוימים גם בנוגע לפעולות שנעשו בתוך שטחי הממלכה.¹⁰⁶¹ שלישית, עם התגברות האמון של החברה האזרחית בצבא הלכו וגברו הפסיקות של בתי משפט של המערכת האזרחית האנגלית אשר צידדו באי־התערבות בשיקול הדעת של מערכת המשפט הצבאית.¹⁰⁶² הלכות אלו הקלו על מערכת המשפט הצבאית לנהל תחומים נורמטיביים מסוימים ללא התערבות מרובה של מערכת המשפט האזרחית. כאמור, בחלק מתחומים אלו ניסתה מערכת המשפט הצבאית להרחיב את חובת הציות ואת ההגנה שלה יזכה החייל המציית, בין באמצעות קידום כללים משפטיים הקובעים חריגים לאיסור הכללי לציית לפקודות לא חוקיות או חריגים לשלילה של הגנת הצידוק, ובין באמצעות פרשנות מרחיבה של הדין בדבר חובת הציות של חייל לפקודות חוקיות. העובדה שיכולת הבקרה בפועל של מערכת המשפט האזרחית על מערכת המשפט הצבאית הייתה מצומצמת אפשרה למערכת המשפט הצבאית לפעול בדרך האמורה. במקרים הספורים במהלך המאה השמונה־עשרה והמאה התשע־עשרה שבהם עברו עמדותיו של המשפט הצבאי בנושא את שבט הביקורת של בתי משפט של המערכת האזרחית האנגלית, פסיקתם לא הייתה עקבית – לעתים אושרה עמדת המשפט הצבאי ולעתים נשללה.¹⁰⁶³ יתר על כן, נראה שככל שפחת החשש כי אישור עמדתה של מערכת המשפט הצבאית בדבר הרחבת היקף חובת הציות והגנת הצידוק של החייל יוביל לפגיעה באזרחים בריטים, כך נראה שמערכת המשפט האזרחית האנגלית הייתה נכונה יותר להכיר בהרחבה זו. כך, למשל, בהקשר של פעולות שנעשו מחוץ לתחומי הממלכה עד לסוף המחצית הראשונה של המאה העשרים היו שניסו להרחיב את חובת הציות של החייל ואת היקף הגנת הצידוק לכדי חובת ציות מוחלטת והגנה מוחלטת, ולעתים אף זכו לתמיכה בכך מידי מערכת המשפט האזרחית.¹⁰⁶⁴

1060 ראו בהקשרו של היסוד הטריטוריאלי האמור את אמירתו של אורי רפ: "המסורת הבריטית אינה מאבק למען זכויות אדם, אלא למען הנתנים הבריטיים"; אורי רפ הומניזם – הרעיון ותולדותיו 68 (1991).

1061 רק ב־1966 נקבע הליך ערעור ברור כזה. לדין בכך ראו: D. B. Nichols, *Untying the Soldier by Refurbishing the Common Law*, *Crim. L. R.* 181, 187–188 (1976).

1062 ראו: Gerry R. Rubin, *United Kingdom Military Law: Autonomy, Civilianization, Juridification*, 65(1) *Mod. L. R.* 36 (2002).

1063 השוו למשל בין פסקי הדין מן המאה התשע־עשרה אשר שללו את קיומה של הגנת הצידוק במשפט המקובל לבין פסקי הדין שהכירו בהגנה זו. שלושת פסקי דין המרכזיים שהכירו בהגנה זו הם: עניין *Keighly*, לעיל ה"ש 374; עניין *Dawkins*, לעיל ה"ש 789; וכן: *Marks v. Lord Frogley & Others*, (1898) 1 *QB* 397, 404–405. פסק הדין המרכזי ששלל הגנה זו הוא: *William O. Russell & Charles S. Greaves, A Treatise on Crimes and Misdemeanors* 822–823 (9th American ed. from 4th London ed. 1877). כמו כן ראו את פסקי הדין המובאים להלן בה"ש 1071.

1064 ראו: *Sutton v. Johnstone*, (1786) 1 *T R* 493, 546. יש המפרשים את פסק הדין כתומך בעמדה זו. מלומדי המשפט הצבאי באנגליה ניסו לקדם עמדה משפטית זו בעיקר בעזרת שתי דוקטרינות משפטיות: האחת היא "מעשה מדינה" והאחרת היא עמדה שעל פיה מצב חירום (martial law) מוביל לביטול חובת הציות לחוק הרגיל. לגבי דוקטרינת מעשה המדינה, העמדות לגבי פרשנות כזו לדוקטרינה

לענייננו חשובים יותר הניסיונות להרחיב את הגנת הצידוק שתקום לחייל בנוגע לעברות שבוצעו בשטחי הממלכה. בקשר לפעולות שבוצעו מחוץ לממלכה היו במשפט המקובל דוקטרינות מסוימות אשר אפשר היה לפרשן כיוצרות חריג לכלל שנקבע בחקיקת הפרלמנט המחייב את החייל לציית לפקודות חוקיות בלבד; אולם לגבי פעולות שבוצעו בתוך שטחי הממלכה לא היו דוקטרינות כאלו, ולכן ניסו אנשי המשפט הצבאי הבריטי לייבא דוקטרינה כזו באמצעות מבחן היעדר החוקיות בעליל. ניסיון זה התבטא בפרשנות שהוענקה למונח "פקודה בלתי חוקית", שהיה קבוע בחוק השיפוט הצבאי הבריטי, כמטיל חובה על חייל לציית לכל פקודה כל עוד אינה בלתי חוקית בעליל, ומבחן זה של היעדר חוקיות בעליל יובא מהמשפט הרומי והנוצרי. כך, למשל, סמואל (Samuel), שהוא, למיטב ידיעתו, המקור המשפטי המוקדם ביותר של המשפט הצבאי הבריטי בתקופה שלאחר המהפכה המהוללת העושה שימוש מפורש במבחן היעדר החוקיות בעליל בהקשר של משפט המדינה, אינו מבסס את עמדתו שכך יש לפרש את הדין על מקורות אנגליים אלא על מקור רומי ועל מלומד נוצרי.¹⁰⁶⁵ אין זה מפתיע, כיוון שעד למהפכה המהוללת במידה כמעט מוחלטת, ועד אמצע המאה ה-19 במידה מסויימת, היה המשפט הצבאי שחל על כוחות הממלכה, עקב מקורותיו במערכת ה-Jud Militare, מושפע מהמשפט הרומי והמשפט הנוצרי במידה רבה יותר מאשר שהוא היה מושפע המשפט המקובל האנגלי.¹⁰⁶⁶ מקורות משפט צבאי מאוחרים יותר מ-Samuel, מן המאה התשע-עשרה, כבר אינם מציינים את המקור הרומי והנוצרי למבחן היעדר החוקיות בעליל אלא פשוט מציינים כי מבחן זה הוא הדין הצבאי בנושא, ובכך מעידים על השתרשותו המהירה של הכלל האמור במשפט הצבאי הבריטי.¹⁰⁶⁷

עם התגברות האמון של מערכת המשפט האזרחית האנגלית במערכת המשפט הבריטית הצבאית גברה הנכונות מצד חלק ממלומדי המשפט המקובל האנגלי וחלק מבתי המשפט של מערכת המשפט האזרחית האנגלית לאמץ את השקפת המשפט הצבאי בנושא, כלומר לאמץ הלכה המכירה בקיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה שבבסיסה מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰⁶⁸ אך מכיוון שנכונות זו הייתה רק של חלק ממלומדי המשפט המקובל האנגלי ורק של חלק מבתי המשפט של

האמורה היו חלוקות. לעמדה תומכת ראו סטיבן, לעיל ה"ש 348, כרך 2, בעמ' 64-61; לעמדה מתנגדת ראו Dicey, לעיל ה"ש 15, בעמ' 302. גם לגבי הפרשנות של דוקטרינת ה-martial law היו הדעות חלוקות. ראו: Harold M. Bowman, *Martial Law and the English Constitution*, 15 Mich. L. Rev. 93 (1916-1917). אך נראה שככל שהחשש לפגיעה באזרחי הממלכה היה קטן יותר כך גברה הנכונות להכיר בהגנה לחייל על סמך הדוקטרינה; ראו בהקשר זה: Charles Town, *Martial Law: Legal and Administrative Problems of Civil Emergencies in Britain and the Empire* — 1800-1940, 25(1) Hist. J. 167 (1982).

1065 E. Samuel, *An Historical Account of the British Army and Law Military* 283-289 (Clowes, 1816).

1066 ראו בהקשר זה, למשל: James Stuart-Smith, *Military Law: Its History, Administration and Practice*, 85 L. Q. Rev. 478, 481 (1969).

1067 ראו, למשל, Clode, לעיל ה"ש 1056, כרך 2, בעמ' 151; William Hough & George Long, *The Practice of Court-Martial, and Other Military Courts* 87 (2nd ed. 1825); Thomas F. Simmons, *Remarks on the Constitution and Practice of Courts Martial* 207-209 (2nd ed., F. Pinkney 1835).

1068 ראו למשל: סטיבן, לעיל ה"ש 348, כרך 1, בעמ' 206; Dicey, לעיל ה"ש 15, בעמ' 302; וכן פסקי הדין התומכים בעמדה זו שהובאו לעיל בה"ש 1063.

מערכת המשפט האזרחית האנגלית, בספרות המשפטית האנגלית ובפסיקה האנגלית מן המאה התשע-עשרה מצויות עמדות והלכות סותרות בנושא.¹⁰⁶⁹

תחום מרכזי שלגביו היו הדעות חלוקות הוא היקף הגנת הצידוק שלה זכאי חייל בעת שיחידתו מסייעת לכוחות הביטחון האזרחיים בפעולה של פיזור הפגנות.¹⁰⁷⁰ מחד, רוב פסקי הדין שדנו בעניינם של חיילים אשר עברו עברות מתוך ציות לפקודות במצבים כאלו, שללו את קיומה של הגנת הצידוק.¹⁰⁷¹ מאידך, מלומדים מרכזיים של המשפט המקובל האנגלי סברו כי במצבים האמורים קמה לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה המבוססת על מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰⁷² יתר על כן, ועדת הקודיפיקציה של המשפט הפלילי האנגלי משנת 1879, בראשות המלומד סטיבן, כללה בהצעת החוק אשר גישה לפרלמנט הגנה של צידוק עקב ציות לפקודה עבור חיילים, שנסמכה על מבחן של היעדר חוקיות בעליל והוגבלה אך ורק לעברות שנעשו בעת פיזור הפגנות.¹⁰⁷³

היעדר הבהירות המשפטית בנושא באותה תקופה מתבטא בהתייחסותו של מדריך המשפט הצבאי של כוחות בריטניה מ־1914 לסוגיה האמורה.¹⁰⁷⁴ המדריך התייחס לסוגיה זו בשלושה מקומות שונים ובכל אחד מהמקומות הללו צוין כלל משפטי אחר. אשר להיקף חובת הציות של החייל, וכפועל יוצא מכך להיקף הגנת הצידוק שיזכה לה החייל בבתי הדין הצבאיים, נקבע במדריך כי הדין הוא על פי מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰⁷⁵ אשר להיקף ההגנה שיזכה לה החייל בבתי המשפט של מערכת המשפט האזרחית האנגלית צוין במדריך כי ההלכה בנושא אינה ברורה,¹⁰⁷⁶ ולעניין פשעי מלחמה צוין במדריך כי החייל יזכה להגנה מוחלטת.¹⁰⁷⁷

בפועל, חוסר הבהירות במשפט האנגלי היה אף רב יותר, מכיוון שתומכיו של מבחן היעדר החוקיות בעליל אימצו אותו לתוך המשפט האנגלי על השניות שבו. לכן, בקרב המקורות האנגליים של אותה תקופה מצויים מקורות המפרשים את מבחן היעדר החוקיות בעליל לפי גישה נורמטיבית, מקורות המפרשים אותו לפי גישה עובדתית ומקורות המאמצים אותו מבלי לציין באיזו גישה הם מצדדים.¹⁰⁷⁸

1069 ראו לעיל ה"ש 1063.

1070 ראו בהקשר זה: 4 LEON REDZINOWICZ, A HISTORY OF ENGLISH CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION FROM 1750, 126–129 (1968).

1071 ראו את הנחיות השופט למושבועים בעניין המהומות ב-Newtonbarry (1831), כפי שהובאו ב-Simmons, לעיל ה"ש 1067, ה"ש 1 בעמ' 205; וכן, את עמדת לורד בוון (Bowen) ב-Extracts from the Report of the Committee Appointed to Inquire into the Disturbance at Featherstone in 1893 [c. 7234].

1072 ראו עמדות המלומדים, לעיל ה"ש 1068.

1073 CRIMINAL CODE BILL COMMISSION: REPORT OF THE ROYAL COMMISSION APPOINTED TO CONSIDER THE LAW RELATING TO INDICTABLE OFFENCES 73 (H.M. Stationery Office 1879) (להלן: ועדת סטיבן).

1074 GREAT BRITAIN WAR OFFICE, BRITISH MANUAL OF MILITARY LAW (1914).

1075 שם, בעמ' 18-17.

1076 שם, בעמ' 144.

1077 שם, בעמ' 302.

1078 לעמדות נורמטיביות ראו את עמדות המלומדים שהובאו לעיל בה"ש 1065 ו-1067, וכן עמדת המדריך, לעיל ה"ש 1077. לעמדות עובדתיות ראו את עמדות המלומדים שהובאו לעיל בה"ש 1068. למקורות

על אף העדר ההכרעה בשאלת קיומה או אי קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, לעמדות במשפט האנגלי אשר תמכו במבחן היעדר החוקיות בעליל הייתה השפעה על התפתחות הדין בנושא בחלק ממדינות המשפט המקובל האחרות.

אף שבאנגליה לא אומצה הצעת הקודיפיקציה של ועדת סטיבן,¹⁰⁷⁹ עבור מדינות משפט מקובל רבות שימשה הצעה זו השראה בעת ניסוח הקוד הפלילי שלהן. חלק נכבד ממערכות המשפט אשר נסמכו באופן ישיר על הצעה זו אימצו מתוכה את הסעיף שעסק בהגנת צידוק עקב ציות לפקודה, ולכן הקוד הפלילי שלהן כולל כיום באופן מפורש הגנת צידוק עקב ציות לפקודה (הנסמכת על מבחן היעדר החוקיות בעליל) רק בנוגע לעברות שבוצעו בעת פיזור הפגנות.¹⁰⁸⁰

מנסחי הקוד הפלילי של קווינסלנד¹⁰⁸¹ (אוסטרליה) הסתמכו אף הם על הצעת הקודיפיקציה האמורה,¹⁰⁸² אך ככל שהדבר נוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה הורחבה ההגנה האמורה כך שלא תחול רק במצבים של פיזור הפגנות. הקוד הפלילי של קווינסלנד שימש אף הוא בסיס לניסוחם של הקודים הפלילים של מדינות משפט מקובל רבות (ובהן ישראל).¹⁰⁸³ לפיכך, בחלק נכבד מהמדינות הללו קיים בקוד הפלילי סעיף המקנה לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה הנסמכת על מבחן היעדר החוקיות בעליל ואינה מוגבלת לעברות שבוצעו בסיטואציה זו או אחרת. בחלק נכבד מהמדינות אשר אימצו את מבחן היעדר החוקיות בעליל על סמך הקוד הפלילי של קווינסלנד או על סמך הצעת ועדת סטיבן, נעשה הדבר ללא הכרעה בין הגישות הנורמטיביות והעובדתיות; לפיכך במדינות אלה מצויים פסיקה וספרות סותרים בעניין אופן הפירוש של מבחן זה.¹⁰⁸⁴

ישנם גם מדינות משפט מקובל בהן להצעתה של ועדת סטיבן לא הייתה השפעה על אימוץ מבחן היעדר החוקיות בעליל. במדינות אלו האימוץ, ככלל, נבע מבחירתם של השופטים והמלומדי המשפט באותה מדינה להסתמך דווקא על מקורות אנגליים שצידדו במבחן זה. דוגמא מובהקת למקרה שכזה היא מערכת המשפט הצבאי של ארצות הברית. המשפט הצבאי האמריקני נסמך במידה רבה על המשפט הצבאי הבריטי.¹⁰⁸⁵ ככל הנראה, במאה התשע-עשרה הובילה עובדה זו את מלומדי המשפט הצבאי האמריקני להתעלם מפסיקה מפורשת של בית המשפט העליון של ארצות הברית מראשית המאה התשע-עשרה אשר שללה את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות

אשר אינם מציינים את העמדה שבה הם מצדדים ראו את פסקי הדין שהובאו לעיל בה"ש 1063 והתומכים במבחן היעדר החוקיות בעליל.

1079 ראו: Esin Örüci, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition* 4(1) E.J.C.L., s. 5.4.3.4 (2000), available at www.ejcl.org/41/art41-1.doc (להלן: "Örüci").

1080 שם, חלק 5.4.3.6. לקוד שכזה ראו לדוגמא: 32 art. C-48, Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-48, art. 47 (N.Z.); (Can.).

1081 הקוד הפלילי של קווינסלנד, לעיל ה"ש 569.

1082 Örüci, לעיל ה"ש 1079, חלק 5.4.3.6.

1083 לגלגוליו של קוד זה ראו שחר, לעיל ה"ש 734. לדיון בכך ראו חלק 7 לעיל.

1084 כך הוא למשל המצב בדין הישראלי, בקווינסלנד (כפי שידון בהמשך) ובמדינות נוספות.

1085 לבסיס הבריטי של החקיקה הצבאית האמריקנית, לרבות סעיפי הציות בחקיקה זו, ראו: דאויס, DAVIS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 342-343, 379-378.

לפקודה,¹⁰⁸⁶ לטעון כי קמה לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה המבוססת על מבחן היעדר החוקיות בעליל ולהסתמך לשם כך על עמדותיהם של מלומדי המשפט הצבאי הבריטי. עמדתם זו עוגנה בשלב מאוחר יותר במדריך דיני הלחימה של הכוחות המזוינים של ארצות הברית, אשר מעמדו הנורמטיבי הוא של חקיקת משנה, וכך גברה בדין הצבאי האמריקני העמדה התומכת בקיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה על הפסיקה ששללה הגנה זו.¹⁰⁸⁷ כפי שידון בהמשכו של פרק זה, גם במערכת משפט זו אומץ מבחן היעדר החוקיות בעליל ללא הכרעה מפורשת בין הגישות הנורמטיביות לגישות העובדתיות.¹⁰⁸⁸

השלב הבא בתפוצת מבחן היעדר החוקיות בעליל התרחש לאחר מלחמת העולם השנייה. מלחמה זו הובילה רבים להסתייג מהגישות המחייבות את החייל לציית לכל פקודה והמעניקות לו הגנה מוחלטת בגין כל עברה שעבר מתוך ציות לפקודה.¹⁰⁸⁹ סלידה זו הובילה חלק ממשפטי המשפט הבין-לאומי לצדד בעמדה השוללת את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה. אחרים, שנסמכו בין השאר על העמדות במשפט המקובל התומכות בכך, טענו כי ראוי לאמץ בדין הבין-לאומי הגנה מוגבלת של צידוק עקב ציות לפקודה, הנסמכת על מבחן של היעדר חוקיות בעליל.¹⁰⁹⁰ חילוקי הדעות בנושא במשפט הבין-לאומי הפכו במהרה מחילוקי דעות בדבר הדין הרצוי לחילוקי דעות בדבר תוכנו של המשפט הנוהג. יתר על כן, גם בקרב מלומדי המשפט הבין-לאומי הסבורים שהדין במערכת משפט זו אימץ את מבחן היעדר החוקיות בעליל, הדעות בדבר תוכנו של מבחן זה חלוקות.

באופן זה אומץ מבחן היעדר החוקיות בעליל, על ידי רבים, בזירה הבין-לאומית ללא הכרעה בין הגישות העובדתיות לגישות הנורמטיביות. לפיכך, במשפט הפלילי הבין-לאומי מצויות כיום

1086 עניין *Little*, לעיל ה"ש 338.

1087 ראו, למשל, את ההסתמכות הרבה של המלומד Winthrop (אשר לספרו על המשפט הצבאי האמריקני קיימת חשיבות עוד היום) על מלומדי המשפט הצבאי באנגליה בעת התייחסותו לנושא היקף הציות של החייל האמריקני וצידודו במבחן היעדר החוקיות בעליל: 1 WILLIAM WINTHROP, MILITARY LAW AND PRECEDENTS 817–818 (1896). המלומד DeHart אף הגדיל לעשות ובקבעו שזהו הדין במשפט הצבאי האמריקני נסמך אך ורק על מקור משפט צבאי בריטי: WILLIAM C. DEHART, OBSERVATIONS ON MILITARY LAW AND THE CONSTITUTION AND PRACTICE OF COURTS MARTIAL 166 (Wiley and Halsted 1859). כמו כן, להשפעה הרבה של המשפט הצבאי הבריטי על המשפט הצבאי האמריקני עד מלחמת העולם הראשונה ככלל ובנושא הגנת הצידוק בפרט ראו: Gary D. Solis, *Obedience of Orders and The Law of War: Judicial Application in American Forums*, 15 Am. U. INT'L L. REV. 481, 494 (2000).

1088 ראו להלן בחלק 19.5.

1089 לעומת חילוקי הדעות בדבר קיומה והיקפה של הגנת הצידוק במשפט הפלילי הבין-לאומי, קיים קונצנזוס כי בעקבות מלחמת העולם השנייה, הדין הבין-לאומי המנהגי דחה את גישת ההגנה המוחלטת (*respondeat superior*); ראו, לעניין זה: Theo Vogler, *The Defense of 'Superior Orders'* in I A TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 619, 627 (M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda eds., 1973).

1090 השפעה רבה על המצדדים בעמדה זו הייתה למלומד האנגלי Lauterpacht; בתמיכתו בגישת היעדר החוקיות בעליל הוא נסמך פחות על תקדימי המשפט הבין-לאומי ויותר על הרצון למנוע את ההשלכות שעלולות לנבוע מגישת האחריות המוחלטת. לעניין זה ראו: Solis, לעיל ה"ש 1087, בעמ' 506–507, ו-Osiel, לעיל ה"ש 1019, בעמ' 963–964.

פרשנויות נורמטיביות ופרשנויות עובדתיות למבחן היעדר החוקיות בעליל (לצד גישות השוללות את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה).¹⁰⁹¹

במדינות רבות שאינן שייכות למשפחת המשפט המקובל, הסלידה מגישת ההגנה המוחלטת שנוצרה בעקבות מלחמת העולם השנייה הובילה לנטישה של גישה זו ולא־א־מוֹץ של מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰⁹² גם כאן מצויים מקרים שבהם האימוץ נעשה ללא הכרעה בין פרשנויות נורמטיביות ועובדתיות, ולכן במערכות המשפט של מדינות אלה יש חוסר ודאות וחוסר עקביות בפרשנות מבחן היעדר החוקיות בעליל.¹⁰⁹³

אם כן, נראה כי המצב המשפטי בישראל, של חוסר בהירות בדבר פרשנותו של מבחן היעדר החוקיות בעליל וחוסר העקביות באופן בו מפרשים בתי המשפט מבחן זה אינו יחודי למערכת משפט זו אלא אינהרנטי למבחן האמור, וטבוע בו עוד מימי ראשיתו.

19.3 הגנת הצידוק במשפט האנגלי במאה העשרים

כאמור בחלקו הקודם של פרק זה, במשפט האנגלי במאה התשע־עשרה היה חוסר ודאות בדבר היקף הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה שקמה לחייל; הן בפסיקה והן בספרות המשפטית בנושא מאותה תקופה, מצויות עמדות סותרות בדבר תוכנו של הכלל המשפטי בנושא. אלו נעו מעמדות אשר על פיהן לפי הדין האנגלי חייל אינו זכאי להגנת צידוק כלשהי, לעמדות שעל פיהן במצבים מסוימים (מלחמה ופעילות מחוץ לתחומי הממלכה) החייל זכאי להגנה מוחלטת. יתר על כן, גם

1091 בנוגע לפרשנות הדין הנוהג, למשל, השוו בין העמדה שלפיה הדין הנוהג מבוסס על מבחן של ידיעה בפועל: Jeanne L. Bakker, *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 17 Am. J. Crim. L. 55, 66 (1989–1990); לעמדה המפרשת את הדין הנוהג כמבוסס על גישה נורמטיבית: Ariel Zemach, *Fairness and Moral Judgments in International Criminal Law: The Settlement Provision in the Rome Statute*, 41 Colum. J. Transnat'l L. 895, 913–915 (2003).

1092 לעניין זה ראו Keizer, לעיל ה"ש 50, בעמ' 75. לאחר נפילת מסך הברזל, חלק מהמדינות שהיו שייכות לגוש הסובייטי נטשו את גישת ההגנה המוחלטת ואימצו את מבחן היעדר החוקיות בעליל; ראו לעניין זה: Bassiouni, לעיל ה"ש 1022, בעמ' 483. עדות לתפוצה הרחבה של מבחן זה כיום מצויה בסקירת המקורות המשפטיים של מדינות שונות בנושא, המובאת כתמיכה לכללים 154–155 כאן: 1 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Law: Rules* (2005); 2 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (Eds.), *Customary International Law: Practice* (2005) מסיבות שונות, בין השאר מכיוון שהכללים שם אינם מנוסחים בכירור ומכיוון שהכותבים לא הבחינו כראוי בין מקורות משפטיים מדינתיים למקורות של דין בין־לאומי, קשה לראות בכללים אלו כמעידים על הדין המנהגי הבין־לאומי בנושא. אך כיוון שהכותבים לא אבחנו כראוי בין שני סוגי מקורות אלו, החומר המובא שם הוא עדות חזקה להיקף האימוץ של מבחן היעדר החוקיות בעליל על ידי מערכות משפט שונות, בין בגרסתו הנורמטיבית, בין בגרסתו העובדתית ובין באימוצו ללא הכרעה בין הגישות.

1093 לדוגמה, הדין הצרפתי בנושא עושה שימוש במבחן ה"בעליל": CODE PÉNAL [C. PÉN.] art. 122-4 (Fr.). השוו את הפרשנות של Elliott לסעיף, לפי גישה עובדתית, לפרשנות של Nolte ו־Krieger לסעיף, לפי גישת טווח עם יסודות נורמטיביים: Catherine Elliott, *The French Criminal Law 107–109* (2001); Geog Nolte & Heike Krieger, *European Military Law Systems: Summary and Recommendations*, in *European Military Law Systems* 1, 9 (Georg Nolte ed., 2003).

בקרב המחזיקים בעמדות שעל פיהן הדין האנגלי כולל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה המבוססת על מבחן של היעדר חוקיות בעליל, מצוי היה מגוון של דעות בדבר אופן פרשנותו של מבחן זה.

חוסר הודאות המשפטית בנושא המשיך גם לאורך המאה ה-20 ובמידה רבה גם היום.¹⁰⁹⁴ עדות לקיומו של חוסר ודאות זה במהלך המחצית הראשונה של המאה העשרים ניתן למצוא, למשל, בעובדה (שכבר אזכרה מוקדם יותר) שהמדריכים למשפט צבאי של כוחות בריטניה מאותה תקופה התייחסו לסוגיה בשלושה מקומות שונים, ובכל אחד מהמקומות הללו צוין כלל אחר: (א) לעניין היקף חובת הציות של החייל, וכפועל יוצא מכך להיקף הגנת הצידוק שתקום לו בבתי הדין הצבאים, נקבע במדריכים כי הדין הוא על פי מבחן היעדר החוקיות בעליל;¹⁰⁹⁵ (ב) לעניין היקף ההגנה שתקום לחייל בבתי המשפט של המערכת האזרחית האנגלית צוין במדריכים כי ההלכה בנושא אינה ברורה;¹⁰⁹⁶ ו-(ג) לעניין פשעי מלחמה צוין במדריכים כי ההגנה שתקום לחייל היא הגנה מוחלטת.¹⁰⁹⁷ חשוב להדגיש כי שלא כמו במשפט האמריקני, בבריטניה למדריכים למשפט צבאי ולדיני לחימה אין מעמד משפטי מחייב ומעמדם הוא של חוות דעת מייצעות בלבד.

אולם אף שבאותה תקופה לא ניתנה הלכה אשר הכריעה בסוגיה, אפשר לטעון כי בתקופה זו התחזקה התמיכה בעמדה אשר על פיה המשפט המקובל האנגלי כולל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה המבוססת על מבחן של היעדר חוקיות בעליל.¹⁰⁹⁸ על התחזקותה של עמדה זו אפשר ללמוד מכך שבתקופה זו היא הובעה גם בתחומים שבהם במהלך המאה התשע-עשרה העמדה הרווחת הייתה דווקא או עמדה שעל פיה המשפט המקובל מעניק לחייל הגנה מוחלטת¹⁰⁹⁹ או העמדה שעל פיה המשפט המקובל שולל מכל וכל קיומה של הגנה כזו.¹¹⁰⁰

שימוש במבחן היעדר החוקיות בעליל בנוגע לפשעי מלחמה, תחום שבו העמדה הרווחת במאה התשע-עשרה הייתה כי הן החיילים הבריטים והן חיילי האויב זכאים להגנה מוחלטת,¹¹⁰¹ נעשה למשל בפסק דינו של בית דין צבאי בריטי בדרום אפריקה. בית הדין הרשיע את פקודיו של מפקד אוסטרלי אשר היה כפוף לפיקוד הבריטי בגין כך שצייתו להוראותיו להוציא להורג ללא משפט לוחמים בורים וזאת על סמך עמדת התובע כי אסור לחיילים לציית לפקודות שהן "obviously

1094 לדין נרחב יותר בדין האנגלי העכשווי בנושא ראו, Bohrer, לעיל ה"ש 1046.

1095 ראו לעיל ה"ש 1074, בעמ' 17-18.

1096 שם, בעמ' 144.

1097 שם, בעמ' 302.

1098 ראו בהקשר זה: HILAIRE McCoubrey, THE OBLIGATION TO OBEY IN LEGAL THEORY 167 (1997); נטען כי הגישה שהתבססה באותם שנים היא הגישה העובדתית.

1099 ראו את המקורות שהובאו לעיל בה"ש 1064.

1100 ראו את המקורות שהובאו לעיל בה"ש 1063; השוו בין התחומים שבהם עסקו פסקי הדין שציידו בהגנת הצידוק (מקרים שבהם הקרבן הוא חייל) לבין התחום שבו עסק פסק הדין ששלל הגנה זו (הקרבן היה אזרח); ראו גם את ההבחנה המפורשת בין שני סוגי המקרים הללו שנעשתה בעניין Dawkins, לעיל ה"ש 789.

1101 להשקפה הבריטית שלפיה עליהם ליישם את אותו הכלל בעניין פשעי מלחמה הן על החיילים שלהם והן על חיילי האויב ראו: Alexander N. Sack, *War Criminals and the Defense of Superior Order*, 5 L. GUILD. REV. 11, 14, f.n. 24 (1945).

1102. "illegal" עמדה דומה הביעה גם ה־Committee of Enquiry on War Crimes שהוקמה על ידי ממשלת בריטניה בשנת 1918 לבחינת חוקיות העמדתם לדין של פושעי מלחמה גרמנים. הועדה קבעה כי הן הדין הצבאי הבריטי והן המשפט הבינלאומי מתירים העמדה לדין שכזו ובנוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, דחתה הועדה את גישת ההגנה המוחלטת, ואימצה עמדה המשלבת רכיבים מהגישות הנורמטיביות ומהגישות העובדתיות. אמרה הועדה:¹¹⁰³

*The Committee have devoted considerable attention to the question whether an accused person can plead superior orders either in bar of his trial or as a mitigation of his offence. **They are of opinion that no person should be punished for the commission of an act which he did not know to be forbidden or which he could not reasonably be expected to know to be unlawful.** They recognise the fact that military discipline requires that members of the armed forces of a State should obey the commands of their superiors, and that such discipline also requires that those who execute such Commands should do so with a knowledge that they will be immune from punishment for so doing. The Committee cannot, however, accept the doctrine that it is the duty of a sailor or soldier never to question an order which he receives. They consider that, if the act constituting the offence charged was done in obedience to the order of a superior, this should be treated as prima facie a defence, but that such defence might be displaced by proof:*

- (a) *That the order did not relate to a military duty.*
- (b) *That the act charged was in excess of and not covered by the order given.*
- (c) *That the act charged was **flagrantly and obviously contrary to the laws and customs of war and of humanity.***
- (d) *That there were circumstances from which **knowledge of the illegality** of the order could be imputed to the accused.*
- (e) *That it was an order in regard to the execution of which the accused had a discretion.*

If the plea of superior orders does not succeed as a defence, it may still be relevant as a circumstance to be considered in mitigation of punishment.

1102 ראי: NICK BLESZYNSKI, SHOOT STRAIGHT YOU BASTARDS! THE TRUTH BEHIND THE KILING OF 'BREAKER' MORANT 324 (2003).

1103 Reports from the Committee of Enquiry into Breaches of the Laws of War 28 (London: HMSO, 1920).

[ההדגשה הוספה]

גם בקרב גורמי מערכת המשפט האזרחית האנגלית ניתן למצוא באותה תקופה דחיה של הגישה המעניקה הגנה מוחלטת לחייל שביצע פשע מלחמה תחת ציות. חבר המושבעים של ה-Coroner ב-Kinsale בחן את מקרה הטבעת הלואיסטניה וקבע כי ניתן להגיש כתבי אישום כנגד חיילי הצוללות הגרמנים אשר נטלו חלק במעשה וכנגד: "the emperor and Government of Germany, under whose orders they acted [for] the crime of willful and wholesale murder"¹¹⁰⁴ עם זאת, כיוון שבתי הדין הצבאיים באותה תקופה לא נסמכו על תקדימים ופסקי הדין שלהם לא פורסמו באופן רשמי, ומכיוון שלוחמי הצוללות הגרמנים בסוף לא הועמדו לדין באנגליה,¹¹⁰⁵ המקורות שהובאו לעיל לא ביססו הלכה בנושא וחוסר הוודאות נותר.

שימוש במבחן היעדר החוקיות בעליל, באותה תקופה, בתחום שבו העמדה הרווחת קודם לכן במאה התשע-עשרה שללה את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה נעשה בעניין Smith. פסק הדין ניתן בתחילת המאה העשרים, על ידי בית משפט של המושבה הבריטית כף התקווה הטובה. מפקדו של סמית' הורה לו לירות בעובד של חוואי בורי, לאחר שזה סירב להביא רתמה אשר הייתה דרושה כדי לקחת את בנו של החוואי למעצר על גב סוס. סמית' הועמד לדין בגין גרימת מותו של העובד. השופט שקל את דוקטרינות הקצה המנוגדות של האחריות הפלילית בעקבות ציות לפקודה (אחריות מוחלטת לעומת הגנה מוחלטת) וקבע ששתייהן אינן יוצרות כלל משפטי ראוי. לאחר מכן בחן השופט הן את הפרשנות הנורמטיבית והן את הפרשנות העובדתית למבחן היעדר החוקיות בעליל, ופסק לטובת הגישה העובדתית:¹¹⁰⁶

The well-known principle of criminal law demands that there must be some blameworthy condition of mind, some guilty knowledge shown to the court to justify finding a person guilty of a crime. It would shock one's idea of what is right and just, if a man were convicted of a crime when there was not blame in some way or another. If he did a thing without knowing that he was doing wrong, or had a reasonable ground for believing that certain facts existed which justified his doing a thing, he would be excused on the ground that there was no guilty knowledge on his part. I think it is a safe rule to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must or ought to have known that they were unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer.

1104 כפי שמצוטט ב: ROBERT MASSIE, CASTELS OF STEEL: BRITAIN, GERMANY AND THE WINNING OF THE GREAT WAR AT SEA (2003)

1105 ראו בהקשר זה: George A. Finch, *Superior Orders and War Crimes*, 15 AM. J. INT'L L. 440, 442 (1921)

1106 *R. v. Smith* (1900) 17 S.C. 561, 568 (Cape of the Good Hope)

פסק דין זה ניתן במושבה בריטית ולא באנגליה גופה ולכן לא קיבע באופן מוחלט הלכה במשפט המקובל האנגלי בדבר היקף הגנת הצידוק. עם זאת, מלומדים אנגלים סברו כבר באותה תקופה כי לו הייתה הסוגיה נדונה בבית משפט אנגלי הוא היה מכריע באופן דומה.¹¹⁰⁷ עם השנים התבססה חשיבותו של פסק הדין בעניין Smith כך שמלומדי המשפט המקובל התומכים במבחן היעדר החוקיות בעליל סבורים שיש לראות בו הלכה מחייבת.¹¹⁰⁸

יתר על כן, יש הסבורים כי פסק דין זה ביסס את הגישה העובדתית כהלכה במשפט המקובל.¹¹⁰⁹ אך כפי שניתן לראות מהשוואת העמדה בפסק הדין בעניין Smith לעמדה במקורות שהובאו לפניו לא כך הדבר, והשניות בין הגישות העובדתיות לגישות הנורמטיביות נותרה באותם תקופה במשפט המקובל גם בקרב אלו שתמכו במבחן היעדר החוקיות בעליל.

מלחמת העולם השנייה הובילה להיחלשות התמיכה בעמדות אשר סברו כי המשפט המקובל האנגלי כולל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה. תחילה באה היחלשות זו לידי ביטוי בנוגע לעברות שנדונו בבתי המשפט של המערכת האזרחית, לאחר מכן בנוגע לפשעי מלחמה ולבסוף בנוגע לעברות שנדונו בבתי הדין הצבאיים.

בעניין Taylor נדון אירוע שהתרחש בעיצומה של מלחמת העולם השנייה. הנאשם קיבל הוראה לסייע למטרה בפעולות לאכיפת האפלה. מכונית אחת סירבה לעצור ולהאפיל אורות, וחיייל אחר, גבוה בדרגה מהנאשם, הורה לו לירות לעבר המכונית, כנראה בהנחיית שוטר. הנאשם הועמד לדין בגין ירי מתוך כוונה לגרום חבלה חמורה וטען להגנת צידוק. ערכאה נמוכה באנגליה (Manchester Autumn Assizes) הרשיעה אותו:¹¹¹⁰

There are circumstances in which a weapon, if there is one to hand, may be used and its use justified by circumstances. But if its use is not so justified by the circumstances it cannot therefore be justified by the order of a superior.

לאחר מכן, בשנת 1944, מתוך רצון להעמיד לדין את פושעי המלחמה הנאצים שונה החלק שהתייחס לביצוע פשעי מלחמה מתוך ציות לפקודות במדריך למשפט צבאי של כוחות בריטניה – מעמדה המצדדת בהגנה מוחלטת שונתה העמדה במדריך לעמדה השוללת לחלוטין את קיומה של הגנת צידוק במצבים בהם חייל מציית לפקודה המורה על ביצוע פשע מלחמה. חשוב לציין כי בהתאם למשפט האנגלי, בהיעדר דין הקובע אחרת, על בית המשפט להחיל על חיילים בריטיים שביצעו פשעי מלחמה את אותו היקף של הגנות בפלילים החל על חיילי אויב שביצעו פשעים כאלו.¹¹¹¹ לפיכך, משמעותו של השינוי האמור אינה מסתכמת בשינוי עמדה בנוגע לפרשנות של

1107 ראו למשל: H. L. Stephen, *Superior Orders as Excuse for Homicide*, 17 L. Q. Rev. 87, 88–89 (1901).

1108 ראו למשל: Silva Hinek, *The Superior Orders Defence: Embraced at Last?* 2 N.Z.P.G.L.E.J. 6 (2005).

1109 McCoubrey, לעיל ה"ש 1098, בעמ' 167.

1110 R. v. Taylor, (1940) 90 L. J.R. 227.

1111 ראו בהקשר זה את האמור לעיל בה"ש 1101.

בריטניה למשפט הבין-לאומי החל בסוגיה זו, אלא גם בשינוי בעמדת מערכת המשפט הצבאי הבריטית בנוגע לדין הפנימי החל על חייליה בסוגיה.

נראה כי הסלידה שהתפתחה כלפי טענות של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה בעקבות מלחמת העולם השנייה חדרה לתוך שורות הצבא. מצב זה הוביל, ככל הנראה, לכך שבשני פסקי דין, בשנת 1950 ובשנת 1951, הרשיעו בתי דין צבאיים נאשמים על סמך עמדתו המשפטית של התובע הצבאי כי חיילים בריטיים אינם זכאים להגנת צידוק עקב ציות לפקודה, הגם שהחלק במדריך למשפט צבאי של כוחות בריטניה שהתייחס לעברות הנדונות בפני בתי הדין הצבאיים עדיין צידד באותה תקופה במבחן היעדר החוקיות בעליל.¹¹¹²

בשנת 1956 נטשה מערכת המשפט הצבאית את עמדתה כי יש לפרש את המשפט המקובל האנגלי ככולל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה, ואימצה עמדה שעל פיה העובדה שחייל עבר עברה מתוך ציות לפקודה יכולה להשפיע רק על השאלה אם התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לכיצוע העברה. כך, למשל, נאמר על העמדה המצדדת בקיומה של הגנת צידוק במשפט המקובל האנגלי במדריך למשפט צבאי של כוחות בריטניה משנת 1958:¹¹¹³

[It h]ad become obsolete between the First and Second World Wars and was inconsistent with the view of most writers on the subject, with the established principle of English law that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only, and the decisions of many courts.

למרות השינוי בעמדת מערכת המשפט הצבאי, ובשונה מהאמור בציטוט לעיל, מלומדי המשפט המקובל האנגלי המשיכו להיות חלוקים בדעותיהם בהיעדר פסק דין מכריע.¹¹¹⁴ כך, למשל, כאשר סקר ארגון אמנסטי את ההלכה בנושא בשנת 1971, הוא ציין כי השאלה אם קיימת במשפט המקובל האנגלי הגנת צידוק עקב ציות לפקודה מעולם לא הוכרעה.¹¹¹⁵

1112 הן פסק הדין משנת 1950 שנתן בית דין צבאי בריטי בגרמניה (עניין *Linsell*) והן פסק הדין משנת 1951 שנתן בית דין צבאי בריטי בקוריאה (*Privet Fargie Case*) נדונים ב: Gerry R. Rubin, *Sentries Guarding Instructions and Lethal Forces: From the Present to the Past*, IAN BISSET, TRIAL 147(6) RUSI 82 (2002). כמו כן, פסק הדין משנת 1950 מצוטט בהרחבה ב: IAN BISSET, TRIAL 147(6) RUSI 82 (2002). AT ARMS 133, 156 (1957).

1113 GREAT BRITAIN WAR OFFICE, *MANUAL OF MILITARY LAW* 3, 177 (HMSO 1958) ראו בהקשר זה גם MINISTRY OF DEFENCE, *1 MANUAL OF MILITARY LAW* 157 (12 ed., HMSO 2001).

1114 GLANVILLE WILLIAMS, *CRIMINAL LAW* — THE GENERAL PART 389 (1953). ראו למשל: GLANVILLE WILLIAMS, *CRIMINAL LAW* — THE GENERAL PART 389 (1953).

1115 Memorandum submitted by Amnesty Int'l to the Parker Comm. on Interrogation Procedures ¶ 6(ii)(d) (1971). בתקופה שמסוף שנות הארבעים ועד תחילת שנות השבעים ניתנו כמה פסקי דין שעסקו בסוגיית הציות, אך אף לא אחד מהם היה מקרה שבו נדרשה הכרעה ברורה בנוגע לקיומה של הגנת צידוק לחיילים עקב ציות לפקודה. כך, למשל, נשללה הגנה זו בהקשר של שוטרים: Brennan v. Peek, [1948] 1 K.B. 68 (1947) 69–70; כן נשללה ההגנה בהקשר של עובד פרטי: R. v. Ball, (1966) 50 Crim. App. פסק הדין Lewis v. Dickson, [1976] R.T.R 431, 435. 266, 271 מפורש לעתים כפסק דין ששלל את קיומה של הגנה זו בנוגע לחיילים, אך בחינת נסיבות המקרה מעידה שכלל לא ברור אם ניתנה לחייל פקודה.

בתקופה שבין סוף שנות השבעים לאמצע שנות התשעים של המאה העשרים נתן בית הלורדים מספר פסקי דין שמהם עלתה, בהערות אגב, עמדה ברורה השוללת את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה במשפט המקובל האנגלי. כך, למשל, נדון ביצוע פשעי מלחמה מתוך ציות לפקודה בעניין Abbot. פסק הדין עסק בשאלה אם על פי המשפט המקובל חלה הגנת הכורח גם בעברת רצח. בקבעו כי הגנה זו לא תחול בעברת רצח, התייחס הלורד סלמון (Salmon), בהערת אגב, לקיומה של הגנת הצידוק במשפט הבין-לאומי ובמשפט המקובל האנגלי:¹¹¹⁶

Counsel for the appellant has argued that the law now presupposes a degree of heroism of which the ordinary man is incapable and which therefore should not be expected of him and that modern conditions and concepts of humanity have rendered obsolete the rule that the actual killer cannot rely on duress as a defence. Their Lordship do not agree. In the trials of those responsible for wartime atrocities such as mass killing of men, women, or children, inhuman experiments on human beings, often resulting in death, and like crimes, it was invariably argued for the defence that these atrocities should be excused on the ground that they resulted from superior orders and duress: if the accused had refused to do these dreadful things, they would have been shot and therefore they should be acquitted and allowed to go free. This argument has always been universally rejected. Their Lordship would be sorry indeed to see it accepted by the Common Law of England.

הערת אגב דומה ניתנה גם בפסק הדין בעניין Howe, שם דן בית הלורדים באותה שאלה.¹¹¹⁷

גם בנוגע לעברות שאינן הפרה של דיני הלחימה הביע בית הלורדים עמדה דומה. בפסק הדין בעניין Yip Chiu-Cheung הועמד הנאשם לדין בגין קשירת קשר להברחת סמים עם סוכן סמוי של משטרת הונג קונג. הנאשם טען שיש לזכותו מכיוון שלסוכן לא היה יסוד נפשי להברחה, כיוון שפעל מתוך ציות לפקודה שמטרתה אינה הברחת סמים אלא לכידת עבריינים. מועצת המלכה דחתה טענה זו בקבעה כי במשפט המקובל לא חלה הגנת צידוק עקב ציות לפקודה:¹¹¹⁸

Neither the police, nor do customs, nor do any other member of the executive have any power to alter the terms of the Ordinance forbidding the export of heroin, and the fact that they may turn a blind eye when the heroin is exported does not prevent it from being a criminal offence.

באופן דומה פסק בית הלורדים בעניין Clegg. שם הועמד חייל לדין בגין רצח לאחור שירה ברכב שסירב לעצור במחסום. החייל טען כי אף אם השתמש בכוח בלתי סביר עד כדי כך שלא תקום

¹¹¹⁶ .Abbott v. R, [1977] A.C. 755, 766

¹¹¹⁷ .R. v. Howe, [1987] 1 A.C. 417

¹¹¹⁸ .Yip Chiu-Cheung v. R, [1994] 2 All ER 924, 928

לו הגנה עצמית, סברתו כי פעל מתוך הגנה עצמית צריכה להפחית את האישום מרצח להריגה. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי לאור הממצאים העובדתיים של הערכאה קמא יש להרשיע את החייל ברצח. כמו כן, בהערת אגב שלל בית הלורדים את קיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה במשפט המקובל האנגלי:¹¹¹⁹

It should be noticed that the point at issue here is not whether Pte Clegg was entitled to be acquitted altogether, on the ground that he was acting in obedience to superior orders. There is no such general defense known to English law, nor was any such defense raised at the trial.

אפשר היה לסבור כי סדרת פסקי דין אלו תסתום את הגולל על הטענה כי המשפט המקובל האנגלי מכיר בהגנת צידוק עקב ציות לפקודה. אך בפועל לא כך היא – לאור העובדה שמדובר בהערות אגב, יש עדיין מלומדים הסבורים שבמשפט המקובל האנגלי קיימת הגנה כזו המבוססת על מבחן של היעדר חוקיות בעליל; חלקם סבורים שהגנה זו חלה רק בנוגע לעברות שבוצעו בזמן לחימה.¹¹²⁰

בשנת 2001 אימצה בריטניה את אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי¹¹²¹ אל הדין הפנימי. הן החוק שאימץ את האמנה לדין באנגליה ובוילס¹¹²² והן החוק שאימץ אותה לדין לסקוטלנד¹¹²³ לא אימץ את רוב הפרק באמנה העוסק בסייגים, והכולל בין השאר את סעיף 33 המקים הגנת צידוק עקב ציות לפקודה. כוונת המחוקקים הבריטיים במהלך זה הייתה כי ההגנות שיינתנו בבתי המשפט בבריטניה לנאשמים על פי האמנה יהיו ההגנות הניתנות על פי הדין הפלילי המקומי (משמע, הדין האנגלי או הסקוטי בהתאם לנסיבות המקרה).¹¹²⁴ אולם חקיקה זו עלולה ליצור חוסר צדק עבור חיילים בריטים אם יפורש הדין האנגלי כשולל את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, מכיוון שחייל בריטי אשר יועמד לדין בבית משפט אנגלי על סמך חקיקה זו יופלה לרעה לעומת חייל כזה שיועמד לדין בגין אותה עברה בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ה-ICC).¹¹²⁵ בשל כך טען Cryer כי יש לראות את פסיקת בית הלורדים שפורטה לעיל כהערת אגב ולהכיר בטענה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה הנסמכת על המבחן הקבוע באמנת רומא.¹¹²⁶ יש

1119 עניין *Clegg*, לעיל ה"ש 339.

1120 ראו: Robert Cryer, *Current Developments – Implementation of the International Criminal Court Statute in England and Wales*, INT'L & COMP. L.Q. 733, 740–741 (2003).
 1121 כן ראו עמדה זהירה יותר בנושא: RICHARD CARD, CARD, CROSS AND JONES CRIMINAL LAW 814 (17th ed. 2006); J. SMITH, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 287–288 (11th ed. 2005); DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 327–328 (13th ed. 2011).

1121 אמנת רומא, לעיל ה"ש 559.

1122 The International Criminal Court Act 2001, c. 17 (U.K.).

1123 International Criminal Court (Scotland) Act 2001 (asp 13).

1124 ראו Cryer, לעיל ה"ש 1120, בעמ' 740–741; David Turns, *Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States*, in THE PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – LEGAL AND POLICY ISSUES 337, 350 (D. McGoldrick et al. eds., 2004).

1125 לדיון קצר בדין של ה-ICC ראו לעיל חלק 13.5.2.1.

1126 ראו Cryer, לעיל ה"ש 1120, בעמ' 740–741. אך ראו עמדה נוגדת בדבר השפעת אימוץ אמנת רומא על

לציין, כי בפועל, חוסר השוויון שעלולה החקיקה בבריטניה ליצור הוא גדול אף יותר אם בוחנים את המצב לא מבחינת הדין האנגלי אלא מבחינה הדין בבריטניה בכללותה. כאמור, גם החוק שאימץ את אמנת רומא לדין הסקוטי לא אימץ את מרבית פרק הסייגים של אמנת רומא מתוך רצון שנאשם אשר ידון שם יזכה להגנות הקבועות במשפט הפלילי הסקוטי. אך שלא כמו במשפט המקובל האנגלי, במשפט המקובל הסקוטי אין חילוקי דעות כי קיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה. יתר על כן, על פי חלק מהמקורות במשפט הסקוטי הגנה זו מתבסס על גישה נורמטיבית אשר על פיה יש לזכות את החייל כל עוד הפקודה לא מורה על מעשה שאינו רק בלתי חוקי אלא גם בלתי מוסרי באופן חמור.¹¹²⁷ לכן, האופן בו אימצה בריטניה את אמנת רומא לדין הפנימי יצר מצב אבסורדי בו חיילים השייכים לאותו צבא, אשר עברו אותה עברה מתוך ציות לפקודה, עשויים לזכות ליחס שונה לחלוטין וזאת בהתאם לטריבונאל שידון בעניינם (אנגלי, סקוטי, בין-לאומי).

התמונה הופכת מורכבת יותר אם זוכרים כי קיימת חלופה נוספת (שהיא, הלכה למעשה, דרך המלך) בדבר מקום העמדתם לדין של חיילים אלו והיא שהם יועמדו לדין בבית דין צבאי.¹¹²⁸ זאת מכיוון שבעקבות חקיקת אמנת רומא, השתנתה, במידה מסויימת, שוב הפרשנות של מערכת המשפט הצבאית הבריטית בנוגע להגנת הצידוק. בשנת 2004 פרסם משרד הביטחון הבריטי מדריך חדש לדיני לחימה (במקום החלק שעסק בכך במדריך למשפט צבאי). הניסוח במדריך זה אינו כולל עוד עמדה השוללת באופן מוחלט את קיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה, ככל שהדבר נוגע לפשעי מלחמה. במקום זאת מותיר המדריך את השאלה אם קמה הגנת צידוק כזו כשאלה פתוחה:¹¹²⁹

Nevertheless, it led to some uncertainty, some academic writers arguing that superior orders may yet be a defence where the orders are not manifestly illegal, others that superior orders only went to the question of intent. It will be noted that the Rome Statute now moves away from the total denial of the defence of superior orders.

בנוסף, בשנת 2006, בית דין צבאי בריטי בהערת אגב בפסק דין שעסק בסרכנות מצפון, ללא שדן בטיעונים לכאן ולכאן, פשוט יצא מנקודות הנחה, שלאור הצטרפותה של בריטניה לאמנת רומא, קיימת כיום במשפט האנגלי הגנת צידוק עקב ציות לפקודה. שנתיים לאחר מכן, צוטטה הערת אגב

הדין האנגלי: Greog Nolte & Heike Krieger, *European Military Law Systems: General Comparative Report*, in *EUROPEAN MILITARY LAW SYSTEMS* 19, 96 (Greog Nolte ed., Walter de Gruyter 2003).

1127 ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 1044 – כולם מצדדים בגישה נורמטיבית; ראו עוד את רוב פסקי הדין המובאים ב: GERALD H. GORDON, *THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND* 522–526 (3rd ed. 2000). עם זאת, ראוי לציין כי Gordon עצמו מצדד בפרשנות עובדתית למבחן ה"עלילות" בדין הסקוטי.

1128 הקביעה היכן הם יועמדו לדין תושפע: מזהות היחידה הצבאית (regiment) שאליה שייך החייל, מסוג העברה, ממקום ביצועה ומהחלטות מדיניות של מערכת התביעה בבריטניה.

1129 *MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT*, לעיל ה"ש 892, בעמ' 443.

זו בהסכמה על ידי הברונית הייל (Baroness Hale), בהערת אגב בפסק דין של בית הלורדים.¹¹³⁰ יתרה מכך, בשנת 2007, בהליך המשפטי הראשון בבריטניה של העמדה לדין על בסיס החקיקה הבריטית שאימצה את אמנת רומא, אימץ שופט בבית דין צבאי אנגלי, בפועל, גישה המעניקה לחיילים הגנת צידוק שהיא אף יותר רחבה מזו המוענקת לפי אמנת רומא. ההליך האמור עסק במעשי התעללות של חיילים בריטיים בעצירים עירקים, והוא הסתיים בכך שהשופט הצבאי הורה לתביעה לבטל את האישום מן הטעם הזה: "It is now effectively common ground that the brigade did indeed sanction the use of hooding and stress positions".¹¹³¹ משמע, השופט לא בחן את הסוגיה על סמך מבחן אי-החוקיות בעליל – לא על סמך גישה עובדתית ולא על סמך גישה נורמטיבית – ודי היה לו בעובדה שהחיילים ביצעו את המעשים תחת פקודות על מנת להורות על ביטול האישום. ספק אם פסק דין זה עומד בהתחייבויות בריטניה על פי אמנת רומא.

מהמקורות האמורים אין להבין כי המערכת המשפטית הבריטית שינתה את עמדה בנושא, אלא שיש כיום חילוקי דעות במערכת זו בנושא. לכן, ניתן למצוא גם מקורות משפטיים צבאיים השוללים את ההגנה האמורה. דוגמא לכך היא העמדה המובעת במדריך צבאי העוסק בדין ובמדיניות שעל חיילי הממלכה ליישם עת הם עוסקים בעניינים הנוגעים לשבויים ועצירים, שפורסם על ידי משרד הביטחון הבריטי בשנת 2015. הדיון במדריך זה בסוגיית הגנת הצידוק, מפנה בהערת שוליים למדריך לדיני לחימה הבריטי משנת 2004; מהלך היוצר מצג לפיו, לכאורה, אין סתירה בין שני המדריכים. אך, למרות הפניה זו, בפועל, העמדה המובעת במדריך האמור, בשונה מהעמדה המובעת במדריך משנת 2004, שוללת את קיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה במשפט המקובל האנגלי.¹¹³²

413. Superior Orders. Our Armed Forces must obey all lawful orders issued by a superior. Unlawful orders should neither be given nor obeyed. Superior orders are not a defence available to our Armed Forces in a UK court.

נראה אם כך שסוגיית קיומה והיקפה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בבריטניה בכלל ובמשפט המקובל האנגלי בפרט טרם הוכרעה, וכי חוסר הוודאות המשפטי בנושא הוא רב.

19.4 הגנת הצידוק במשפט האוסטרלי

חשיבותו של הדין האוסטרלי לדין הישראלי בנוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה היא רבה, מכיוון שהקוד הפלילי של קווינסלנד היה הבסיס לחקיקה הישראלית בנושא. אך כפי שייסקר

1130 פסק הדין הצבאי האמור הינו *Case of Kendall-Smith* (2006). פסק דין זה לא פורסם, אך החלק האמור ממנו צוטט בהסכמה ב: 879 WLR [2008] 2 UKHL 20, *R v Prime Minister* (2008). [Baroness Hale] [50].

1131 המקרה לא פורסם אך נדון כאן (נצפה לאחרונה ב-9.5.15): <http://opiniojuris.org/2007/03/14/acquitted-british-soldiers-and-the-defense-of-superior-orders/>

1132 *MINISTRY OF DEFENCE, CAPTURED PERSONS 4-7 (JDP 1-10, 2015) (U.K.)*

להלן, הדין האוסטרלי בכלל והדין של קווינסלנד בפרט אינם יכולים לסייע בהבהרת משמעות של מבחן היעדר החוקיות בעליל, מכיוון שהדין בסוגיה זו במשפט האוסטרלי הוא עוד נהיר פחות ועקבי פחות מהדין הישראלי.

הקוד הפלילי של קווינסלנד שעליו נסמך הדין הישראלי עדיין בתוקף, אך הגנת הצידוק שבו עברה שינוי קל מאז, וכיום נקבע כך:¹¹³³

S 31 – Justification and excuse – compulsion

(1) A person is not criminally responsible for an act or omission, if the person does or omits to do an act under any of the following circumstances, that is to say –

...

(b) in obedience to the order of a competent authority which he or she is bound by law to obey, unless the order is manifestly unlawful;

...

(2) However, this protection does not extend to an act or omission which would constitute the crime of murder, or any of the crimes defined in section 81(2) and 82¹¹³⁴ or an offence of which grievous bodily harm to person of another, or an intention to cause such harm, is an element, nor to a person who is entering unlawful association or conspiracy rendered himself liable to have such threat made to the person.

(3) Whether an order is or is not manifestly unlawful is a question of law.

כפי שניתן לראות, סעיף קטן (2) בקוד של קווינסלנד התקף כיום מגביל מאוד את תחולת הסייגים הקבועות בסעיף, כך שהגנת הצידוק וסייגים נוספים במשפט הפלילי לא יחולו בעברות רצח, בגידה, שוד ים, ניסיון לשוד ים וכל עברה שיש בה יסוד תוצאה או כוונה לגרימת חבלה חמורה; כמו כן לא יחולו הסייגים על כל אדם אשר הכניס עצמו לקשר או להתאגדות בלתי חוקיים העלולים ליצור איום בחבלה כאמור.¹¹³⁵

פסק הדין היחיד עד כה שבו נדונה טענה להגנת צידוק בבית המשפט הגבוה של קווינסלנד הוא פסק הדין בעניין Hunt. במקרה האמור הועמדו לדין עובד בבית מלון ומעסיקו בשל כך שבניגוד

1133 הקוד הפלילי של קווינסלנד, לעיל ה"ש 569. כמו כן, למצב המשפטי בקווינסלנד ראו: SHANAHAN, לעיל ה"ש 734, עמ' 1557.

1134 עברות בגידה, שוד ים או ניסיון לשוד ים.

1135 בפסק הדין *R v Silk* [1979] Qd R 298 נבחנה השאלה אם הגבלה זו הקיימת בסעיף קטן (2) אכן חלה על כלל ההגנות הקיימות בסעיף או רק על הגנת הצורך הקיימת בסעיף 31(4). בית המשפט העליון של קווינסלנד קבע, בין השאר בהסתמכו על השימוט של הגבלה כזו על הגנת הצידוק, כי הגבלה זו חלה על כלל ההגנות בסעיף.

לחוקי התברואה הגיש העובד ללקוח כוס בירה אשר לא הייתה שטופה כראוי. בית המשפט זיכה את בעל בית המלון מאחר שלא ידע על מעשי העובד. בהערת אגב התייחס השופט סטנלי להגנת הצידוק ונקט פרשנות מצמצמת מאוד למונח "רשות מוסמכת" (competent authority), שלא כמו הפרשנות שניתנה למונח זה בארץ.¹¹³⁶

I know of no decision that an ordinary master or principal would be a 'competent authority' within the meaning of the section. It is not necessary to determine the precise limit of s 31(2), but I think is directed to a subordinate's obedience to orders e.g. a soldier or a sailor, or constable, a galoer. An ordinary agent is not necessarily bound to obey his principal's orders; he may terminate his agency.

משמע בשונה מהפרשנות הרווחת בישראל,¹¹³⁷ המונח בחוק האוסטרלי פורש בכפוף לתנאי שלמקבל הפקודה אין אפשרות שלא לציית להוראות הרשות; כיוון שעובד ציבור יכול לבחור שלא לציית להוראות הממונה ולהתפטר, נראה שלא תקום לו הגנת הצידוק. לפיכך, נראה כי "רשות מוסמכת" לעניין הגנת הצידוק בקווינסלנד אינה כל רשות ציבורית, אלא רק רשות השייכת לכוחות הביטחון. עם זאת, קיימים מלומדים אוסטרלים אשר התעלמו מפסיקה זו וסברו כי הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בדין של קווינסלנד חלה גם על עובדי ציבור ולא רק על הנמנים עם כוחות הביטחון.¹¹³⁸

לעניין פרשנותו של מבחן היעדר החוקיות בעליל, מכיוון שפסק הדין האמור היה פסק הדין היחיד שדן בטענה של הגנת צידוק על סמך הסעיף האמור והיא נדחתה שם, בתי המשפט בקווינסלנד (כמו גם בתי משפט בטיטוריות אוסטרליות אחרות שבהן הקוד הפלילי כולל הגנת צידוק) לא נדרשו לשאלה הפרשנית האמורה. מלומדי המשפט הפלילי האוסטרלי, לעומת זאת, כמו מקביליהם הישראלים, חלוקים בשאלה פרשנית זו: יש הסוברים כי ראוי לפרש את הסעיף על פי גישה נורמטיבית ולהעניק הגנה לפקוד שעבר עברה מתוך ציות לפקודה גם אם ידע כי הפקודה אינה חוקית, כל עוד לא מדובר בביצוע מעשה בלתי מוסרי באופן חמור; לעומתם יש הסוברים כי יש לפרש את הסעיף על סמך גישה עובדתית ולהעניק את ההגנה רק לפקוד שלא ידע ולא צריך היה לדעת כי הפקודה שהוא מציית לה היא בלתי חוקית.¹¹³⁹

אם נרחיב את נקודת המבט, ונבחן את הדין בסוגיה בשאר הטריטוריות השייכות לפדרציה האוסטרלית, ניווכח שהדין בנושא משתנה מטריטוריה לטריטוריה. חלק מהטריטוריות נסמכו על הקוד של קווינסלנד בעת ניסוח הקוד הפלילי שלהם, ולכן הוא כולל במפורש הגנה כזו בנוסחים דומים להגנה בקווינסלנד;¹¹⁴⁰ חלק נסמכו על דוח ועדת סטיבן, אשר כאמור כולל הגנת צידוק עקב

1136 עניין *Hunt*, לעיל ה"ש 791.

1137 לדיון בכך ראו חלק 18 לעיל.

1138 ראו: Patrick White, *Defence of Obedience to Superior Orders Reconsidered*, 79 *A.L.J.* 50, 57–58 (2005).

1139 לדיון בעמדות השונות בנושא ראו: Stanley Yoe, *Mistakenly Obeying Unlawful Superior Orders*, 5(1) *BOND L. REV.*, 1, 5–6, 8–9, 13–14 (1993).

1140 ראו בהקשר זה את הדין של הטריטוריה הצפונית: *Criminal Code Act 1983 (NT)* s 26.

ציות לעברות שבוצעו בזמן פיזור הפגנות;¹¹⁴¹ חלק אינן כוללות בחוקיהן התייחסות להגנה זו כלל. בכל הטריטוריות שבהן הגנת צידוק כללית לא עוגנה בדין במפורש, ההכרעה בשאלה אם חייל יהיה זכאי להגנה כזו תהיה תלויה בשאלה אם בית המשפט באותה טריטוריה יקבע כי המשפט המקובל כולל הגנה כזו.¹¹⁴² (שאלה, שכפי שנדון, במשפט המקובל האנגלי חלוקות הדעות אשר לתשובה לה,¹¹⁴³ ואשר כפי שיידון להלן התשובה לה אינה נהירה גם בדין האוסטרלי) לפיכך, נראה כי המצב באוסטרליה דומה למצב בבריטניה, במובן זה ששני חיילים אוסטרלים יכולים לבצע את אותה עברה בטריטוריות שונות, והיקף הגנת הצידוק שיוענק להם יהיה תלוי בטריטוריה שבה בוצעה העברה. כיוון שהיקף הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה אשר מוענק לחייל משפיע על המשמעת בצבא, מצב זה של היעדר אחידות בדין בנושא החל על חיילים באותו צבא הוא בעייתי, הן מנקודת מבט תוצאתנית והן מנקודת מבט של שיקולי צדק. מנקודת מבט תוצאתנית מצב זה מקשה על המערכת הפדרלית להסדיר מדיניות אחידה בנוגע להיקף חובת המשמעת של חיילי הצבא, שהוא גוף פדרלי. מבחינת שיקולי צדק, ראשית, מצב זה עלול להוביל לפגיעה בעקרון השוויון, שני חיילים החברים באותו גוף אשר רשויות הצבא מחילות בו את אותה מדיניות משמעת כלפי כלל החיילים, עלולים למצוא עצמם כפופים להסדר נורמטיבי שונה אף שביצעו מעשה דומה. שנית, מצב זה עלול שלא לספק לחייל אזהרה מוקדמת נאותה מפני ענישה פלילית: אם המערכת הפדרלית אכן פועלת בהתאם למדיניות אחידה בתחום המשמעת (כפי שניתן לשער שהיא עושה) חייל עלול למצוא את עצמו נענש על ידי גוף שלטון אוסטרלי אחד (בית המשפט) אף שפעל בהתאם למסר הנורמטיבי של גוף שלטון אוסטרלי אחר (הצבא).¹¹⁴⁴ ניתן היה לסבור כי ייעשה ניסיון להסדיר את הנושא ברמה הפדרלית, אך בפועל החקיקה ופסקי הדין הפדרליים רק הגבירו את חוסר הוודאות המשפטית בסוגיה.

מבחינת חוק השיפוט הצבאי האוסטרלי, חייל אוסטרלי מחויב לציית לפקודות חוקיות בלבד.¹¹⁴⁵ חקיקה כזו מאפשרת ביסוס או עמדה של אחריות מוחלטת או הגנת צידוק עקב ציות לפקודה הנסמכת על גישות עובדתיות. חקיקה כזו מקשה על ביסוס פרשנות נורמטיבית שעל פיה על החייל לציית לפקודות בלתי חוקיות כל עוד הן אינן בלתי חוקיות בעליל,¹¹⁴⁶ אם כי היא עדיין יכולה לאפשר ביסוס של שתי גישות נורמטיביות אחרות. גישה נורמטיבית אפשרית אחת היא גישה

(Austl.); ואת הדין באוסטרליה המערבית: *Criminal Code Act Compilation Act 1913 (WA)*, s. 31 (Austl.).

1141 ראו את הדין הפלילי של טזמניה: *Criminal Code Act 1924, s. 38 (Tasmania)*.

1142 לדין בשוני בין הטריטוריות ובבעייתיות שבמצב זה ראו: Yoe, לעיל הע"ש 1139, בעמ' 15.

1143 ראו חלק 19.3 לעיל.

1144 לביקורת על המצב האמור בדין האוסטרלי ראו: Yoe, לעיל ה"ש 1139, בעמ' 15.

1145 *Discipline Act, Austl.*, לעיל ה"ש 57, סעיף 25.

1146 אם כי היא אינה מונעת זאת לחלוטין – בדין האנגלי של המאה התשע-עשרה נעשה ניסיון לעשות זאת באמצעות פרשנות של המונח פקודה בלתי חוקית (ראו לעניין זה את המקורות המובאים להלן בה"ש 1065 ו-1067). בדין האמריקני של המאה התשע-עשרה ושל ראשית המאה העשרים נעשה ניסיון לעשות כן באמצעות העמדתו לדין בגין עברה של פגיעה במשמעת של חייל שסירב לציית לפקודה בלתי חוקית שאינה פגומה מוסרית; ראו לעניין זה את עמדת הפרקליט הצבאי הראשי של צבא ארצות הברית בשנת 1912, *LEE S. TILLOTSON, THE ARTICLES OF WAR ANNOTATED § 210, (5th ed. 1949)*.

של טווח; על פיה החייל חייב לציית לפקודות חוקיות, חייב לסרב לפקודות אם הן לא רק בלתי חוקיות אלא גם בלתי מוסריות באופן חמור, ולפקודות שהן בלתי חוקיות אך אינן בלתי מוסריות באופן חמור יש לו שיקול דעת להחליט אם לסרב או לציית.¹¹⁴⁷ גישה שנייה היא גישה המשלבת בין הגישות הנורמטיביות לגישות העובדתיות; על פיה אם החייל ידע שהפקודה היא בלתי חוקית הוא לא יהיה זכאי להגנה, אבל אם הוא לא ידע זאת – הקביעה אם יהיה זכאי להגנה תיעשה לא על סמך מבחן ידיעתו של החייל הסביר אלא לפי בחינה של מידת היעדר המוסריות של המעשה שעליו הורתה הפקודה הבלתי חוקית. כפי שיידון להלן, הפסיקה והחקיקה באוסטרליה לא הכריעו באופן כללי בשאלה אם קיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה במערכת זו, ואם אכן קיימת הגנה כזו – מהו המבחן אשר יעמוד בבסיסה. חלף זאת, הדין החקוק האוסטרלי בנושא משתנה כתלות בסוג הפעילות אשר בהקשרה ניתנה הפקודה לחייל.

פסיקתו של בית המשפט העליון של אוסטרליה מראה כי באופן כללי הוא נוטה לשלול את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, אם כי גם בפסיקה זו ניתן למצוא פתח צר לפרשנות המאפשרת להחיל הגנה זו במצבים מסוימים. פסק הדין המוביל בנושא באוסטרליה הוא פסק הדין בעניין Hayden.¹¹⁴⁸ במקרה האמור ביצע השירות החשאי האוסטרלי (ASIS) בבית מלון אזרחי תרגיל התמודדות עם מצב שבו מוחזקים בני ערובה בבית מלון, ללא כל היתר חוקי. התרגיל כלל בין השאר פריצת דלת בעזרת פטיש. מפכ"ל משטרת ויקטוריה דרש כי שמות המשתתפים בתרגיל יימסרו לו כדי לבחון אם מי מהם ביצע עבירות. בחווה ההעסקה של הסוכנים עם השלטון הפדרלי נקבע כי המדינה תשמור על שמות סוכני ה-ASIS חסויים, ולפיכך סירבה המדינה למסור את שמותיהם למפכ"ל. בית המשפט העליון באוסטרליה בחן את השאלה אם עצם העובדה שהסוכנים ביצעו את התרגיל על סמך פקודה מקימה להם הגנה מאישום פלילי, ונראה כי שלל את קיומה של הגנה כאמור. מדברי הנשיא גיבס (Gibbs):¹¹⁴⁹

It is fundamental to our system that the executive has no power to authorize a breach of the law and that it is no excuse for an offender to say that he acted under the order of superior officer.

אולם מקריאת אמרות האגב בפסק הדין עולה כי חלק מהשופטים השאירו פתח צר לקיומה של הגנה כאמור בתנאים מסוימים. כך למשל אמר השופט ברנן (Brennan):¹¹⁵⁰

The Commonwealth Parliament has made no law granting to ASIS officers' exemption from any law; it is unnecessary to consider whether its constitutional powers could support such a law in times of peace.

מהלאו בדברי השופט אפשר אולי ללמוד על "הן" שלפיו יכול המחוקק לקבוע הגנה כאמור אשר תחול בעתות לחימה, ושיתכן שהוא אפילו רשאי לקבוע הגנה שכזו שתחול בעתות שלום. פתח

1147 לדיון בגישות אלו ראו חלק 13.7 לעיל.

1148 Hayden, לעיל ה"ש 340.

1149 שם, בפס' 2.

1150 שם, בפס' 8.

רחב אף יותר לקיומה של הגנה כאמור מצוי אולי בדבריו של השופט מרפי (Murphy), בהם נרמז כי יכול להיות שתוכל לקום הגנה כאמור במקרים בהם מדובר בפקודות שאינן בלתי חוקיות בעליל (not apparently unlawful), שכן הוא מציין כי מקרים אלו הם מחוץ לתחום הדין של פסק הדין:¹¹⁵¹

In Australia it is no defense to the commission of a criminal act or omission that it was done in obedience to the order of a superior or the government. Military and civilians have a duty to obey lawful orders, and a duty to disobey unlawful orders. Any defense that conduct out of which this case arose was in obedience to orders, which were not apparently unlawful, may arise in other proceedings, but not now pertinent.

יתר על כן, בפסק דין אחר נראה כי בית המשפט העליון של אוסטרליה היה אף נחרץ פחות בשלילתו את הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה. פסק הדין האמור בעניינו של ¹¹⁵²Polyukhovich עסק בחוקתיותו של סעיף 16 ל־War Crimes Act 1945,¹¹⁵³ סעיף אשר שולל את קיומה של הגנת הצידוק לאנשים אשר ביצעו פשעי מלחמה בזמן מלחמת העולם השנייה ואשר מועמדים לדין באוסטרליה. בתיקון מ־1988 נקבע כי במקום שאנשים כאלו יועמדו לדין בגין עברות שעברו כפי שאלו קיימות בדין הבינ־לאומי המנהגי, יש להעמידם לדין בגין העברות הללו בהתאם לנוסחן בדין האוסטרלי שהיה קיים בעת שעברו את העברה.¹¹⁵⁴ העושה, אשר הואשם בביצוע פשעי מלחמה באוקראינה בעת מלחמת העולם השנייה, טען כי המחוקק חרג מסמכותו החוקתית הן בהחלת הדין האוסטרלי על מעשים שנעשו מחוץ לתחום האחריות של אוסטרליה והן בהחלת דין זה על אזורים אלו באופן רטרואקטיבי. בפסק הדין בחנו השופטים, בין השאר, אם סעיף 16 לחוק שונה מהדין שהיה קיים באוסטרליה בזמן מלחמת העולם השנייה ואם הוא נוגד את הדין שהיה קבוע בזמנו במשפט הבינ־לאומי. בעת סקירתו את דעות מלומדי המשפט הבינ־לאומי בסוגיית קיומה של הגנת הצידוק נראה כי השופט ברנן הביע תמיכה מסוימת הן בקיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה והן בגישת היסוד הנפשי:¹¹⁵⁵

Both of these jurists would reject the doctrine of absolute liability. Dinstein prefers a defence of lack of mens rea to which the fact of obedience to orders would be relevant. Vogler perceives international law to be moving to the position that the subordinate is criminally responsible "only if he had in reality recognized the criminal nature of the order, or if the fact of its criminality was obvious." In my respectful opinion, there is much to commend these views.

1151 שם, בפס' 5.

1152 *Polyukhovich v Commonwealth* (1991) 172 CLR 501 (High Court) (Austl.)

1153 *War Crimes Act 1945* (Cth) s 16 (Austl.)

1154 תיקון לסעיף 16 (2) לחוק מ־1945, כאמור בחלק 5 ל: *War Crimes Amendment Act 1988* (Cth) (Austl.)

1155 עניין *Polyukhovich*, לעיל ה"ש 1152, פס' 59 לפסק דינו של השופט ברנן.

בקרב המלומדים האוסטרלים יש הסבורים כי פסיקת בית המשפט העליון של אוסטרליה אינה סותמת את הגולל על קיומה של הגנת צידוק.¹¹⁵⁶ לעומתם, יש הסבורים כי יש לראות את פסק דין Hayden כשולל את קיומה של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה במשפט המקובל.¹¹⁵⁷ לעמדה זו ניתן למצוא תמיכה נוספת בהערת אגב בפסק דין של בית המשפט העליון של אוסטרליה משנת 2007:¹¹⁵⁸

[T]he ascendancy of parliamentary control denied any place for a general defence in the English criminal law of superior orders or of executive fiat, and this remains the case in Australia.

אפשר היה לסבור כי בשל חוסר הבהירות בנושא יפעל המחוקק הפדרלי באוסטרליה להבהיר ולהסדיר את הסוגיה. אך בפועל החקיקה בנושא בנויה טלאים טלאים, כך שבתחומי פעילות שונים ההסדר החוקי שחל על החייל שונה. לגבי עברות צבאיות, עוד קודם לפסיקת בית המשפט העליון של אוסטרליה שנדונה זה עתה, אומצה בחקיקה הגנת צידוק אשר מצדדת במפורש בגישה עובדתית של "ידע או היה צריך לדעת". חוק זה לא שונה לאחר הפסיקה האמורה. ה-Defense Force Discipline Act 1982¹¹⁵⁹ מעניק לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה בגין ביצוע העברות המפורטות בחוק זה (ובגין ביצוע עברות אשר אינן על פי חוק זה אך ביצוען היה נלווה וטפל לביצועה של עברה על פי החוק האמור¹¹⁶⁰). הגנה זו קבועה בסעיף 14 לחוק:

14. Act or omission in execution of law etc.

A person is not liable to be convicted of a service offence by reason of an act or omission that:

- (a) Was in execution of the law; or*
- (b) Was in obedience to:*
 - (i) A lawful order; or*
 - (ii) An unlawful order that the person did not know, and could not reasonably be expected to have known, was unlawful.*

המדריך לדיני משמעת של הצבא האוסטרלי (משנת 2007) מסביר את היחס בין סעיף זה לבין הדין בסוגיה במשפט המקובל כך:¹¹⁶¹

Generally speaking, a person who commits what would otherwise

1156 ראו בהקשר זה את עמדתו של Yoe, לעיל ה"ש 1139. לעמדה מסויגת מעט יותר ראו: PETER GILLIES, CRIMINAL LAW 212 (3rd ed. 1993).

1157 ראו White, לעיל ה"ש 1138, בעמ' 59.

1158 ראו עניין White, לעיל ה"ש 1059.

1159 Discipline Act, Austl., לעיל ה"ש 57, סעיף 25.

1160 שם, בסעיף 3 לחוק.

1161 AUSTRALIAN DEFENCE FORCE, DISCIPLINE LAW MANUAL — VOLUME 2, (ADFP 06.1.1, 2007).

be a crime cannot raise as a defence that he or she was only carrying out an order. There are very good reasons for this rule and they have been discussed since the Nuremburg trials. The common law has never encouraged blind submission to superior authority. [...] DFDA s.14 provides [for a superior orders defence] There are no English decisions that clearly set out the law relating to the availability of superior orders as a substantive defence. The High Court held in A v Hayden "superior orders are not and have never been a defence in our law". In relation to military personnel, Will J said in the early case of Keighly v Bell that: "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". [...] DFDA s.14 overcomes the limitation identified by the High Court and codifies the principles outlined in the case of Smith. Smith's case was a South African case where Solomon JP stated: "If a soldier honestly believes he is doing a duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must or ought to have known that they were unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer." [...] The onus of proving that the orders were not manifestly illegal fell to the defendant. The principles in Smith's case and in DFDA s.14, to the extent that they are based on the possibility of a defence arising from an error of law, do not sit comfortably with the cases in which it has been stated [that] ignorance of the law is no excuse [...] The onus of causing the defence of superior orders rests on the defendant, but it is only an evidential onus. If the evidential onus is satisfied, the prosecution must then prove that the relevant elements in s.14 of the DFDA do not apply, such proof to be beyond reasonable doubt. [...] Academic commentary has suggested that the defence of superior orders may be relevant as a collateral matter in certain property offences. Since a claim of right may be based on mistake or ignorance, the theory is that since it is necessary to prove theft to negative a claim of right, there may be circumstances in which a person acting under superior orders may believe it is his right to do what would otherwise be theft.

בנוגע לעברות אשר בוצעו במהלך סיוע לכוחות הביטחון האזרחיים, מתוך רצון להחיל על החיילים האוסטרלים דין שווה ללא קשר לטריטוריה שבה נעברה העברה, הסיר הדין האוסטרלי מעל החיילים את תחולתו של רוב הדין הפלילי שאינו פדרלי והעניק להם הגנת צידוק עקב ציות

לפקודה המבוססת על המבחן הבא:¹¹⁶²

51WB Defence of superior orders in certain circumstances

- (1) *Subject to subsection (2), the fact that a criminal act was done, or purported to be done, by a member of the Defence Force under this Part under an order of a superior does not relieve the member of criminal responsibility.*
- (2) *It is a defence to a criminal act done, or purported to be done, by a member of the Defence Force under this Part that:*
 - (a) *the criminal act was done by the member under an order of a superior; and*
 - (b) *the member was under a legal obligation to obey the order; and*
 - (c) *the order was not manifestly unlawful; and*
 - (d) *the member had no reason to believe that circumstances had changed in a material respect since the order was given; and*
 - (e) *the member had no reason to believe that the order was based on a mistake as to a material fact; and*
 - (f) *the action taken was reasonable and necessary to give effect to the order.*
- (3) *Subsection (2) does not limit the defences that may be available to the person.*

כפי שניתן לראות, הניסוח בחוק זה שונה מהניסוח הקיים בנוגע לעברות צבאיות ומוותר פתח לפרשנויות של מבחן היעדר החוקיות בעליל הקבוע בו בהתאם לגישות נורמטיביות. מכיוון שבהקשר של קווינסלנד היו מלומדים אשר פירשו את מבחן היעדר החוקיות בעליל על סמך גישה נורמטיבית, אין לשלול את האפשרויות כי ייתכן שבעתיד ייעשה הדבר גם כאן על ידי חלק מהמלומדים האוסטרלים.

חוק זה חוקק בשנת 2006, משמע לאחר פסק הדין בעניין Hayden. בדברי ההסבר לחוק ציינו המחוקקים, שלמרות שהם מודעים לכך שהגנת הציודק אינה חלק מהמשפט המקובל, הם סבורים כי מן הראוי לקבוע אותה בחוק האמור בכל זאת.¹¹⁶³ העובדה שהחוק לא חל על כל המקרים שבהם עלול חייל אוסטרלי לעבור עברות מתוך ציות לפקודה לא הובילה את המחוקק לנסות ולהסדיר

Defence Legislation Amendment (Aid to Civilian Authorities) Act 2006 (Cth) Sch 6 1162
(Austl.)

Defence Legislation Amendment (Aid to Civilian Authorities) Bill 2006 (Cth) 1163
(Austl.)

את הנושא בכללותו. יתר על כן, עמדת המחוקק בחקיקה האמורה לא השפיעה על בית המשפט העליון של אוסטרליה, ובשנת 2007, כפי שנדון לעיל, מצא בית המשפט לנכון לציין כי המשפט האוסטרלי אינו רואה בעין יפה הגנה זו.

בעניין הפרות של הדין הבין-לאומי, הדין האוסטרלי מעניק יחס שונה לפשעים בין-לאומיים שונים. לגבי עינויים, ה-1988 Crimes (Torture) Act האוסטרלי שולל במפורש את האפשרות להכיר בהגנת צידוק עקב ציות לפקודה במקרים בהם מועמד לדין אדם בגין ביצוע פשע זה.¹¹⁶⁴ התייחס לאיסור זה נשיא בית המשפט הפדרלי האוסטרלי בלאק (Black) בתביעת נזיקין שהוגשה בגין הסיוע שהעניקו גורמי ממשל אוסטרלים לביצוע מעשי עינויים על ידי אורגנים של ממשלות זרות (ארה"ב, מצרים, פקיסטן):¹¹⁶⁵

[C]onsistently with Australia's obligations under the [1984] Torture Convention, the parliament has spoken with clarity about the moral issues that may confront officials of governments, whether foreign or our own, and persons acting in an official capacity. It has proscribed torture in all circumstances, answering in the negative the moral and legal questions whether superior orders can absolve the torturer of individual criminal responsibility [...]

לגבי רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה, כאשר תוקן ה-Criminal Code Act 1995¹¹⁶⁶ כדי להתאים את הדין האוסטרלי לאמנת רומא של בית הדין הפלילי הבין-לאומי¹¹⁶⁷ שעליה חתמה אוסטרליה, נשללה בו מפורשות, בנוגע לפשעים נגד האנושות ורצח עם, האפשרות לזכות אדם על סמך טענה כי המעשה נעשה מתוך ציות לפקודה. כמו כן, הוספה לו הגנת צידוק עקב ציות לפקודה לנאשמים המועמדים לדין בגין פשעי מלחמה:

SECT 268.116 Defence of superior order

- (1) *The fact that genocide or a crime against humanity has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, does not relieve the person of criminal responsibility.*
- (2) *Subject to subsection (3), the fact that a war crime has been*

Crimes (Torture) Act 1988 (Cth) S 11 (Austl.) 1164

Habib v Commonwealth (2010) 183 FCR 62, ¶ 10 (Aust.) (Black CJ) 1165

Criminal Code Act 1995 (Cth) s 268.116, as amended by International Criminal 1166

Court (Consequential Amendments) Act 2002 (Cth) Sch 1 (Austl.)

(להלן: *ICC (Amendments Act 2002)*). ניסיון קודם לקבוע הגנת צידוק כללית המבוססת על מבחן של היעדר

חוקיות בעליל בחוק הפלילי הפדרלי לא צלח: *LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, DRAFT CRIMINAL*

CODE FOR THE AUSTRALIAN TERRITORIES S. 26, pp. 15, 60 (1969)

.GREEN, SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW 72 (1976)

1167 אמנת רומא, לעיל ה"ש 559.

committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, does not relieve the person of criminal responsibility.

(3) *It is a defence to a war crime that:*

- a) *the war crime was committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian; and*
- b) *the person was under a legal obligation to obey the order; and*
- c) *the person did not know that the order was unlawful; and*
- d) *the order was not manifestly unlawful.*

כפי שניתן לראות, נוסח סעיף זה שונה מהנוסח של שני דברי החקיקה האוסטרליים הפדרליים האחרים אשר בהם עוגנה הגנת צידוק. לגבי עברות צבאיות הדין האוסטרלי מצדד במפורש בגישה עובדתית של "ידע או צריך היה לדעת"; לגבי עברות שנעברו בעת סיוע לכוחות הביטחון האזרחיים הנוסח מותיר פתח לגישת טווח נורמטיבית; ולגבי הפרות של דיני הלחימה החוק מותיר פתח למבחן נורמטיבי רק כמבחן שיורי לידיעתו של החייל.

בשל נוסחו של Defense Force Discipline Act 1982 אפשר היה לסבור כי כלל הסעיפים יפורשו על סמך גישה עובדתית אחידה של "ידע או צריך היה לדעת". אך נראה שבפועל, השניות בין גישות עובדתית לנורמטיביות משפיעה על המשפט האוסטרלי; כך, למשל, המדריך לדיני הלחימה של חייל האוויר של אוסטרליה, שפורסם בשנת 2004, בפרשו את הדין בנושא משלב בין מונחים שמקורם בגישות נורמטיביות למונחים שמקורם בגישות עובדתיות, מבלי להכריע בין הגישות:¹¹⁶⁸

7.10 Individual Responsibility: All RAAF members have a duty to comply with LOAC and to the best of their ability prevent violations by others. Under Australian law, a person may be held responsible for a war crime that they commit, or which they order, solicit, induce, facilitate or contribute to. RAAF members also have a responsibility to obey lawful orders. Under both international and Australian law, an order to commit an obviously criminal act such as the murder of civilians is an unlawful order. Certain crimes, such as genocide and crimes against humanity are said to be 'manifestly unlawful'. A subordinate cannot plead the defence of superior orders if he obeys such an order. An individual has a duty to query and ultimately disobey orders that require him to commit an

act that is a clear violation of LOAC. Only if the subordinate did not know, and could not reasonably be expected to know, that the order was unlawful, will the defence of obedience to a superior order be available.

בשונה מהמדריך האמור, ומהמדריך לדיני משמעת משנת 2007 שצוטט מוקדם יותר, ולמרות תיקוני החקיקה שנעשו בשנת 2002 בעקבות חתימתה של אוסטרליה על אמנת רומא, המדריך לדיני לחימה שהוצא על ידי הכוחות המזוינים האוסטרלים בשנת 2006 שולל לחלוטין את קיומה של הגנת צידוק:¹¹⁶⁹

ADF [Australian Defence Force] members are open to prosecution for breaches of LOAC. Individual responsibility for compliance cannot be avoided and ignorance is not a justifiable excuse. ADF members will be held to account for any unlawful action that leads to a serious breach of LOAC. If such acts are committed, compliance with unlawful orders of a superior officer is not a justifiable excuse [...]

...

The fact that a subordinate was ordered to do an act, or make an omission, which was illegal does not, of itself, absolve the subordinate from criminal responsibility

יש הסבורים כי התיקון לחוק העונשין האוסטרלי אשר אימץ את הגנת הצידוק בנוגע לפשעי מלחמה יוביל לאימוץ הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה אל הדין הפלילי האוסטרלי הכללי.¹¹⁷⁰ בטענה זו קיים הגיון רב, מכיוון שאם ההגנה חלה על מעשים חמורים כפשעי מלחמה, ראוי שתחול מכוח היקש גם על מעשים קלים יותר, שבגינם יישפט אדם על פי הדין הפלילי הרגיל. אך נראה שבשלב זה: בית המשפט העליון של אוסטרליה אינו נוקט גישה כזו, המחוקק האוסטרלי נוקט גישה של הסדרת הנושא בתחומים שונים לפי כללים שונים ולא בהתאם למדיניות כוללת של הסדרת הסוגיה, ואלו בקרב גורמי המשפט הצבאי האוסטרלי (כמו גם בקרב משפטנים אוסטרלים אחרים) קיימים חילוקי דעות בדבר הדין המצוי (והרצוי) בנושא. אם כן, נראה כי חוסר הוודאות בדבר תחולתה הפרסונלית, הטריטוריאלית והנושאת של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה במשפט האוסטרלי הוא רב, כמו גם חוסר הוודאות בדבר היקף ההגנה האמורה אם, וכאשר, היא חלה.¹¹⁷¹

1169 ראו: ADDP, AUSTRALIAN DEFENCE FORCE, LAW OF ARMED CONFLICT, ¶¶ 13.7, 13.42 (ADDP, 06.4, 2006).

1170 Gillian Triggs, *Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court: A Quiet Revolution in Australian Law*, 25 Syd. L. Rev. 507, 529–530 (2003).

1171 חוסר ודאות נוסף אשר בחרתי שלא להתייחס אליו בטקסט הוא חוסר הוודאות בדבר האופן שבו מתפרש בדין האוסטרלי המשפט הבין-לאומי בנושא. לקשיים המשפטיים שיוצר חוסר הוודאות האמור ראו את הפרשה המשפטית בעניינו של SRYYY, אשר נדונה בפסקי הדין: SRYYY v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs [2003] FCA 1588 (Unreported, Federal Court, 19 December 2003) ¶¶ 36–41 (Austl.); SRYYY v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2005).

19.5 הגנת הצידוק במשפט האמריקני

בכתיבה הנוגעת להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה נעשה פעמים רבות ניסיון להתייחס לעמדת המשפט האמריקני בנושא. ככלל, הכותבים העושים זאת טוענים שכהכללה וכהפשטה ניתן לראות את המשפט האמריקני כמערכת משפטית התומכת בקיומה של הגנת צידוק עקב ציות לפקודה המבוססת על מבחן של היעדר חוקיות בעליל. חלק מן הכותבים הללו טוען כי המשפט האמריקני מפרש מבחן זה על סמך גישה עובדתית של "ידע או היה צריך לדעת"¹¹⁷² ואילו חלקם האחר טוען כי המשפט האמריקני מפרש מבחן זה על סמך גישה עובדתית של ידיעה בכוח.¹¹⁷³

טענות אלו מטעות במידה רבה. ככל שהדבר נוגע להגנת הצידוק עקב ציות לפקודה נראה כי לא ניתן להתייחס לעמדה אחידה של מערכת המשפט האמריקנית. המשפט הפלילי האמריקני מורכב ממערכות המשפט הפליליות של כל מדינה וכל טריטוריה השייכות לאיחוד, כמו גם ממערכת המשפט הפלילית הפדרלית, אשר אף היא מתפצלת למספר מערכות שונות, כגון המערכת המשפטית הפלילית הפדרלית הכללית ומערכת בתי הדין הצבאיים של הכוחות המזוינים של ארצות הברית. בין המערכות הללו קיים שוני בנוגע לדין החל בסוגיית הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה, המקשה עד מאוד על כל ניסיון של הכללה.

למשל, אם נתייחס אך ורק למדינות שבהן הנושא מוסדר בחקיקה,¹¹⁷⁴ ומתוכן נבחר אך ורק את המדינות אשר בחרו בגישות ביניים (משמע לא בגישה של אחריות מוחלטת ולא בגישה של הגנה מוחלטת), ניוותר עדיין עם מגוון רב של עמדות משפטיות. כך, למשל, יש מדינות שבהן המבחן מתבסס אך ורק על בדיקה של ידיעתו הסובייקטיבית של החייל (הוואי למשל);¹¹⁷⁵ יש מדינות המצדדות בגישה הידיעה בפועל, משמע, בגישה של בדיקת ידיעה בפועל או בכוח (דוגמת

147 FCR 1 (Austl.); *SRYYY v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2006] AATA 320 (Austl.); *SZITR v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2006] FCA 1759 (Unreported, Federal Peter Johnston & Court, 15 December 2006) ¶ 32, 52 (Austl.) *Claire Harris, SRYYY v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous SHCB: Affairs*, 8(1) MELBOURNE J. INT'L L.104 (2007) *v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs* [2003] ACAFC (Unreported, Federal Court, 22 December 2003) ¶ 31(Austl.)

1172 ראו למשל: CHARLES E. TORCIA, WHARTON'S CRIMINAL LAW § 40 (15th ed. 1993) וכן; L. C. Green, *Superior Orders and the Reasonable Man*, 8 Can. Y.B. INT'L L. 61, 77 (1970). עושה שימוש הן במונחים שמקורם בגישות נורמטיביות והן במונחים שמקורם בגישות עובדתיות – אך התוצאה הסופית של הנוסח שלו היא צידוד בגישה של ידיעה בפועל.

1173 ראו למשל: J. B. Glen, Annotation: 53(A) AMERICAN JURISPRUDENCE 359 (2nd ed. 1996); *Soldiers, Etc. – Civil and Criminal Liability*, 135 A.L.R. 10, 51 (1941).

1174 בשנת 1984 ציין רובינסון כי רק בכשליש מספרי החוקים של מערכות המשפט בארצות הברית מעוגנת הגנה כלשהי לאנשי הכוחות המזוינים, ורק חלק מתוך אותם ספרי חוקים מתייחסים במפורש לסוגיית הציות לפקודה; ראו: ROBINSON, לעיל ה"ש 76, בעמ' 208-207. כמו כן, לסקירה של הקודים השונים של מערכות המשפט של ארצות הברית בנושא זה ראו: 1 AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE & COMMENTARIES: GENERAL PROVISIONS 389-390, n. 3. (1985).

1175 HAW. REV. STAT. § 702-232 (1976).

פנסילבניה);¹¹⁷⁶ ויש מערכות משפט המצדדות במפורש בגישה נורמטיבית (דוגמת פורטוריקו).¹¹⁷⁷ כמו כן, יש מערכות משפט המעניקות לחייל הגנת צידוק עקב ציות לפקודה השווה בהיקפה להגנה שלה זכאי שוטר המבצע עברה תוך כדי מילוי תפקידו (דוגמת איוהו),¹¹⁷⁸ ומדינות המעניקות לחייל הגנה כללית יותר בגין עברות שהוא מבצע תוך כדי מילוי תפקידו (דוגמת רוד-איילנד).¹¹⁷⁹ אלו כמובן דוגמאות בודדות בלבד מתוך שלל של נוסחים וגישות הקיימים בחקיקה של מערכות המשפט האמריקניות. מצב זה מעיד עד כמה הניסיון להכליל ולקבוע מהי הגישה של המשפט האמריקני בנושא הוא ניסיון פשטני ובמידה רבה מטעה.

יתר על כן, אם נבחן את פסיקתן של המערכות המשפטיות השונות בארצות הברית בנושא, מגוון העמדות אשר ייחשף בפנינו יהיה אף גדול יותר, מכיוון שייחשפו האופנים השונים שבהם פירשו בתי משפט שונים בארצות הברית את עמדת המשפט המקובל בסוגיה.¹¹⁸⁰ כמו כן, בחינה כזו תחשוף את האופנים השונים שבהם במערכות המשפט של ארצות הברית שבהן הגנת הצידוק מעוגנת במפורש בחוק פרשו חוק זה, פעמים רבות בתי המשפט באותה מערכת משפט לא היו עקביים בפרשנותו.¹¹⁸¹ בפסקי הדין של מערכות המשפט השונות בארצות הברית מצויה פסיקה התומכת בגישות אשר צוינו עד כה,¹¹⁸² כמו גם פסיקה התומכת בגישות אחרות.¹¹⁸³ שתי גישות מרכזיות בפסיקה של בתי המשפט האמריקניים בנושא, אשר טרם צוינו, הן גישה נורמטיבית

- 1176 18 Pa. Cons. Stat. § 310 (Purdon 1973).
- 1177 P.R. Laws Ann. Tit. 33, § 3093 (Supp. 1980). בפורטו ריקו, בשונה ממערכות משפט אחרות בארצות הברית, החוק מעניק את ההגנה במפורש גם למשרתי ציבור שאינם חלק מכוחות הביטחון.
- 1178 Iowa Code § 29A.50 (2002).
- 1179 R.I. Gen. Laws § 30-7-3 (1956).
- 1180 ראו למשל את חוסר העקביות של בית המשפט העליון של ארצות הברית בנושא במהלך המאה התשע-עשרה. השו בין שופטים המצדדים באחריות מוחלטת Mitchell v. Harmony, 54 U.S. 115 (1851), לבין שופטים המצדדים בהגנה מוחלטת Dinsman v. Wilkes, 53 U.S. (12 How.) 390, 403 (1851). שימו לב ששני פסקי הדין ניתנו באותה שנה.
- 1181 חוסר העקביות של המערכת הצבאית, למשל, ידון בהמשך פרק זה.
- 1182 ראו למשל: Franks v. Smith 134 S.W. 484, 490–492 (Ky. 1911), שם צידדו השופטים בהגנה דומה באופיה להגנה שזכאי לה שוטר; State v. Roy, 233 N.C. 558, 559–560 (1951) – שם צידדו השופטים בהגנה לפעולות שבוצעו במהלך תפקיד; State v. Christopher, 345 F. Supp. 60, 61 (1809) – שם צידדו השופטים בגישה נורמטיבית; Hooker v. Smith, 47 Am. Dec. 679, 681–682 (1847) – שם צידדו השופטים בידיעה סובייקטיבית; U.S. v. Jones, 26 F. Cas. 653, 657–658 (1813); Armstrong v. Sengo, 17 Call App. 2d 300, 307 (1936); S. v. Clark, 31 Fed. Rep. 710, 717 (1887); Neu v. McCarthy, 309 Mass 17, 22–24 (1941) – שם צידדו השופטים בגישה של ידיעה בפועל (משמע, בגישה בה החייל הנאשם לא יהיה זכאי להגנה אם הוא ידע שהפקודה אינה חוקית או אם על סמך מבחן שיורי (דוג' מבחן ידיעתו של החייל הסביר) יקבע שלמרות שהחייל הנאשם לא היה מודע לאי-חוקיות הפקודה הוא אינו זכאי להגנת הצידוק). יצויין שבפסיקה של בתי המשפט בארצות הברית יש מגוון רב של דעות בדבר תוכנו של המבחן השיורי האמור; לדיון בדעות אלה ראו: Luther N. Norene, Obedience to Orders as a Defence to a Criminal Act § 82–84 (March 1971) (Unpublished Thesis, The Judge Advocate General's School, U.S. Army).
- 1183 ראו למשל את הגישה הייחודית שנקט בית המשפט ב: The State v. Sparks, 27 Tex. 627, 632–633 (1864).

שלפיה יש לבדוק אם הפקודה הייתה בלתי חוקית "על פניה" ("unlawful on its face"),¹¹⁸⁴ וגישה נורמטיבית נוספת שלפיה יש לבדוק אם היעדר החוקיות בפקודה היה כה ברור עד שאפילו חייל בעל יכולת ההבנה הפשוטה ביותר ("commonest understanding") היה מזהה זאת.¹¹⁸⁵ שתי גישות נורמטיביות אלו משתמשות פעמים רבות במונח "Palpably Unlawful". כמו כן, קיימים פסקי דין המערבבים ומשלבים בין גישות עובדתיות ונורמטיביות שונות באמצעות שימוש במונחים שמקורם בשתי קבוצות הגישות הללו,¹¹⁸⁶ וכן (בעיקר בפסיקה ישנה יותר) פסקי דין המצדדים בעמדות הקצה של הגנה מוחלטת¹¹⁸⁷ או אחריות מוחלטת.¹¹⁸⁸

אך את ההסבר לחוסר הוודאות בדין האמריקני בנושא לא ניתן לפטור בכך שקיים שוני רב בעמדות בנושא בין מערכות משפט אמריקניות שונות. גם אם נבחן את הסוגיה במערכת משפט אמריקנית אחת שעסקה בנושא, דוגמת מערכת המשפט הצבאי האמריקני (שהיא המערכת המרכזית שעסקה בסוגיה), נגלה כי חוסר הוודאות המשפטי בסוגיה זו הוא רב.

נהוג לסבור כי בראשית המחצית השנייה של המאה העשרים אימץ המשפט הצבאי האמריקני את הגישה העובדתית של ידיעה בפועל. טענה כזו ניתן לבסס על שינויים שנעשו, בשנות החמישים של המאה הקודמת, במדריכים המשפטיים המרכזיים של כוחות המזוינים האמריקאים.

ראשית, בשנת 1951, שונתה ההתייחסות לסוגיית הגנת הצידוק במדריך העוסק בדין החל בהליכים בפני בתי הדין הצבאיים. מדריך זה מהווה המדריך הראשי לדיני צבא בעבור הכוחות האמריקאים. יתר על כן, מעמדו של מדריך זה הוא של דין מחייב, וזאת מכיוון שהוא מוצא מכוח צו נשיאותי. עד אותה עת הנוסח שהיה קבוע במדריך האמור יכול היה להתפרש כמצדד בגישה נורמטיבית. לעומת זאת, הנוסח שאומץ בשנת 1951 מצדד במפורש בגישה העובדתית של ידיעה בפועל (משמע, מבחן של "ידע או היה צריך לדעת").¹¹⁸⁹ נוסח זה נמצא גם במהדורה הנוכחית של המדריך האמור (המכונה "Manual For Court Martial" או MCM) ולפיו:¹¹⁹⁰

- 1184 ראו, למשל: McMahan v. Green, 80 Am. Dec. 665, 667–668 (1861).
- 1185 ראו למשל פסקי הדין המוזכרים לעיל בה"ש 395. אף שגישה זו משתמשת במבחן של ידיעה, הדרישה שכל חייל – ולו בעל יכולת ההבנה הפשוטה ביותר – יזהה את היעדר החוקיות בפקודה הופכת אותה, בפועל, לגישה נורמטיבית.
- 1186 ראו למשל: Riggs v. State, 43 Tenn. 85, 86–87 (1866); Herlily v. Donehue, 52 Mont. 601, 611 (1916); Curnutt v. Holk, 230 Cal. App. 2d 580, 583–534 (1964).
- 1187 ראו למשל: Clark, 19 Wheat. (1827) 30–31, 12 U.S. (1827); Martin v. Mott, 25 U.S. (1807) 30–31, 12 U.S. (1807); Clark, לעיל ה"ש 364 (המצדד בהגנה מוחלטת בזמן מלחמה).
- 1188 ראו, למשל: U.S. v. Bevans, 24 F. Cas. 1138, 1139–1140 (C.C. Mass. 1816); Commonwealth v. Blodgett, 53 Mass. 56, 90–91 (1846); Jones v. Commonwealth, 64 Ky. 34, 39–40 (1866); Hogue v. Penn., 66 Ky. (3 Bush) 663, 665 (1868); Bishop v. Vandercook, 228 Mich. 299, 310 (1924).
- 1189 לדיון בתיקון האמור ראו פסק דינו של השופט דאנקן בעניין *Calley*, לעיל ה"ש 348.
- 1190 MCM, לעיל ה"ש 258, בפס' R.C.M. 916(d). יתר על כן, כיום לא ניתן להעמיד לדין בגין פגיעה במשמעת חייל שסירב לציית לפקודה בלתי חוקית שאינה פגומה מוסרית; ראו לעניין זה שם, בעמ' IV-113. לדין בעבה, אשר אפשר לעשות כן, ראו עמדת הפרקליט הצבאי הראשי של צבא ארה"ב משנת 1912, לעיל ה"ש 1146.

R.C.M. 916(d)

(d) Obedience to orders. It is a defense to any offense that the accused was acting pursuant to orders unless the accused knew the orders to be unlawful or a person of ordinary sense and understanding would have known the orders to be unlawful.

שנית, גם במהדורה שיצאה בשנת 1956 למדריך הראשי בדבר דיני לחימה של הכוחות המזוינים האמריקאים, אומץ לראשונה נוסח המצדד בגישה העובדתית של ידיעה בפועל.¹¹⁹¹ מהדורה זו של המדריך עדין בתוקף כיום. גם מעמדו של מדריך זה הוא של דין מחייב, והוא עליון לכל מדריך אחר לדיני לחימה המפורסם על ידי גורם זה או אחר בקרב הכוחות המזוינים של ארצות הברית. המדריך האמור מכונה "The Law of Land Warfare",¹¹⁹² והוא קובע כי:

509. Defense of Superior Orders

a. The fact that the law of war has been violated pursuant to an order of a superior authority, whether military or civil, does not deprive the act in question of its character of a war crime, nor does it constitute a defense in the trial of an accused individual, unless he did not know and could not reasonably have been expected to know that the act ordered was unlawful. In all cases where the order is held not to constitute a defense to an allegation of war crime, the fact that the individual was acting pursuant to orders maybe considered in mitigation of punishment.

אפשר היה לסבור כי אימוץ זה של גישת הידיעה בפועל לדין הצבאי האמריקני יוביל לפתרון חוסר הוודאות בסוגיה ולעקביות בגישה הננקטת בפסיקה. אך בפועל לא כך היה. בתקופה שלאחר שינויים אלו שילבו בתי הדין הצבאיים בפסיקתם פעמים רבות נוסחים אשר מקורם בגישות נורמטיביות ונוסחים שמקורם בגישות עובדתיות, ובפועל גם פסקו לעתים שלא על סמך גישת הידיעה בפועל אלא על סמך גישות אחרות.

1191 מראשית מלחמת העולם הראשונה ועד לשלהי מלחמת העולם השנייה, העמדה שבה צידד המדריך האמור הייתה עמדה לפיה חיילים המבצעים פשע מלחמה עקב ציות לפקודה זכאים להגנה מוחלטת. במהדורה של המדריך שפורסמה בשנת 1944 ננטשה עמדה זו, ואומצה עמדה לפיה בידי בתי הדין הצבאיים שיקול דעת מוחלט בדבר היקף ההתחשבות בכך שהמעשה נעשה מתוך ציות לפקודה, ראו: DEPARTMENT OF THE ARMY, RULES OF LAND WARFARE § 345.1 (FM 27-10, 1944). כמו במקרה הבריטי, גם כאן נעשה השינוי בשל הרצון להעמיד לדין את פושעי המלחמה הנאצים (ראו: Solis, לעיל ה"ש 1087, בעמ' 510-507). בשנת 1956, ננטשה העמדה התומכת בשיקול דעת מוחלט ואומץ הנוסח התקף כיום. השינוי האמור נעשה בעקבות מלחמת קוריאה. לעניין זה ראו: Daniel M. Aubrey III, *The Defense of Superior Orders*, 7 U. RICH. L. REV. 477, 494 (1972–1973).

1192 DEPARTMENT OF THE ARMY, THE LAW OF LAND WARFARE (FM 27-10) 182–183, para. 509 (1956), available at www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/rules_warfare-1956.pdf.

כך, למשל, בפסק הדין בעניין Whatley נדון חוזה שנחתם בין בסיס חיל אוויר של ארצות הברית בגרמניה לבין אזרח גרמני. החוזה אפשר לבסיס לפנות גרוטאות משטחו ולרכוש אספקה באמצעות האזרח הגרמני וכך ליעל את הליך רכישת האספקה. לאחר שסיים האזרח הגרמני לפנות את הגרוטאות, תם החוזה והוא והעביר לנאשם (הגורם בחייל האוויר האמריקאי שעבד מולו) את חשבון הבנק שבו נותר כסף לרכישת אספקה. הנאשם קיבל פקודה ממפקדו כי עד שובם לארצות הברית עליו להשתמש בכל הכסף, במקום להחזיר את הכסף לרשות הגופים המוסמכים לכך בצבא. בהתאם לפקודה זו, השאיר הנאשם את חשבון הבנק פתוח והמשיך בפקודת מפקדו לרכוש אספקה לבסיס באמצעות חשבון זה. הוא הועמד לדין בשל כך שלא החזיר את הכסף לגורמים המוסמכים. בית הדין הצבאי ציטט פסקי דין קודמים שצידדו בגישה נורמטיבית, וכן את עמדת ה-Manual For Court Martial המצדדת בגישה העובדתית של ידיעה בפועל. למרות שבית הדין ניסח את המבחן במקרה זה על סמך יסודות של סבירות, נראה כי השקפתו הייתה שרק במקרים נדירים לא תקום לחייל הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה (משמע, בפועל יושמה גישה נורמטיבית):¹¹⁹³

It is apparent, therefore, that in the usual case a subordinate is expected to obey his superior without hesitation and to the full; and that obedience of an order may be a defense to a charge growing out of acts done in compliance with the order. Here, accused testified that the contract was executed in terms approved by his commander and at his direction. [...] such a defense will prevail unless there is a showing not only that the accused had actual knowledge that the order was contrary to the general regulation but, also, that he could not have reasonably believed that the order, albeit apparently contrary to regulations, may have been valid.

לעומת זאת, בפסק הדין בעניין Kinder השתמש בית הדין באופן נרחב במונחים שמקורם בפסקי דין אמריקניים קודמים שתמכו בגישות נורמטיביות, אך בפועל הכריע לפי מבחן שהוא יותר עובדתי מנורמטיבי. באותו מקרה הנאשם קיבל פקודה לירות במשיג גבול קוריאני לאחר שזה נתפס. לאחר ציטוט של מקורות משפטיים קודמים ניסח בית הדין הצבאי את המבחן להגנת הצידוק כך:¹¹⁹⁴

that acts of a soldier or airman, done in good faith in compliance with the orders of a superior officer will not justify a homicide resulting from such acts if the acts ordered are manifestly beyond the scope of the superior officer's authority and the order is so obviously and palpably unlawful as to admit of no reasonable doubt on the part of a man of ordinary sense and understanding.

.U.S. v. Whatley, 20 C.M.R. 614, 618 (1955) 1193

.U.S. v. Kinder, 14 C.M.R. 742, 773 (1954) 1194

ולגופו של עניין אמר השופט:¹¹⁹⁵

[T]he conclusion is inescapable that the accused was aware of the criminal nature of the order, not only from the palpably illegal nature of the order itself, but from the surreptitious circumstances.

לעתים ההתנגשות בין הגישות הנורמטיביות לגישות העובדתית בתקופה שלאחר התיקונים הללו הייתה אף גלויה ומובהקת יותר. כך למשל בפסק הדין בעניין Mile, הועמד חייל לדין בין השאר משום שפרץ לבית חולים צבאי ולקח משם ציוד בעיקר לשם השלמת חוסרים ביחידתו, בעקבות פקודה ממפקדו "להשלים" ציוד. החייל הודה בעברות האמורות. הערעור נסב על השאלה אם טענתו כי ציית לפקודה יכולה לעמוד לצד ההודאה באשמה, או שדין ההודאה להיפסל עקב טענתו זו וכך יזוכה החייל.

דעת הרוב קבעה כי מכיוון שהחייל ידע כי הפקודה אינה חוקית, לא יכולה לקום לו הגנת הצידוק. שופט דעת הרוב קווין (Quinn) צידד בגישה עובדתית של ידיעה בפועל וקבע כך:¹¹⁹⁶

If the accused acted in accordance with the terms of an order from his company commander, which he knew to be illegal, he is nonetheless guilty of the offenses charged.

וכך גם שופט דעת הרוב לטימר (Latimer):¹¹⁹⁷

That such orders were given to accused might supply the first portion of a defense of honest mistake, but significantly missing is any claim that accused believed the alleged "scrounging" order to be legal; that he must obey it; that he believed it legitimized the acts he did pursuant to it; or that he did not knowingly go far beyond the limits by breaking and entering Government buildings to steal. Accused did not so contend at trial, nor does he do so here, and, of course, he could not for the record, supported by the honest conviction of three defense lawyers, shows to the contrary. In short, the facts presented in mitigation and extenuation, as a matter of law, failed to raise any defense.

לעומתם, השופט פרגוסון (Ferguson) בדעת המיעוט תמך בגישה נורמטיבית. הוא בהן אם חייל בעל יכולת ההבנה הפשוטה ביותר יכול היה לזהות את היעדר החוקיות שבפקודה, והוסיף וציין כך:¹¹⁹⁸

In this case, the accused was ordered to remove Government owned

1195 שם, בעמ' 773.

1196 U.S. v Miles, 29 C.M.R. 438, 441 (1960).

1197 שם, בעמ' 443.

1198 שם, בעמ' 446.

property from Government buildings and to deliver it to another Government building for the use of the same Government. To expect him, under such circumstances, to contest the validity of his superior's command is to place upon the shoulders of a private soldier a most unconscionable burden.

פסק הדין שבו נעשה ניסיון להכריע בין הגישות השונות בנושא במשפט הצבאי האמריקני הוא פסק הדין בעניינו של Calley,¹¹⁹⁹ אשר עסק בטבח בכפר Mý Lai, שאירע במהלך מלחמת וייטנאם. אך בפועל ההזדמנות לעשות כן לא נוצלה. באותו מקרה שופט הערכאה הדיונית הנחה את המושבעים לפסוק בהתאם לגישה העובדתית של ידיעה בפועל (משמע, מבחן של "ידע או היה צריך לדעת") שאומצה ב-Manual For Court Martial. בערעור טענה הסנגוריה כי על בית הדין לבטל את הנוסח האמור במדריך בשל חוסר הצדק שבו, ולהכריע בסוגיה על סמך הגישה הנורמטיבית הבוחנת את ידיעתו של חייל בעל יכולת ההבנה הפשוטה ביותר. שופט דעת המיעוט אכן בחן את הגישה הנורמטיבית האמורה הן בהשוואה לגישה העובדתית שבמדריך והן בהשוואה לגישה המכריעה על סמך ידיעתו הסובייקטיבית של הנאשם בלבד, והכריע לטובת הגישה הנורמטיבית.¹²⁰⁰ שופטי הרוב, לעומת זאת, דחו את הערעור על סמך טענה פרוצדורלית ולא על סמך בחינה של טענת הסנגוריה לגופה. השופט קווין דחה את הערעור בקבעו כי לא נגרם חוסר צדק לנאשם, מישום הגישה העובדתית בעניינו;¹²⁰¹ כך גם עשה השופט דאנקן (Duncan), אך בשונה מהשופט קווין הוא הוסיף וציין כך.¹²⁰²

Perhaps a new standard, such as the dissent suggests, has merit; however, I would leave that for the legislative authority or for the cause where the record demonstrates harm from the instructions given. I perceive none in this case.

בכך הותיר השופט דאנקן אפשרות לבתי הדין לפסוק בעתיד שלא בהתאם לכלל הקבוע במדריך.

קשה למצוא פסיקה אשר יצאה חוצץ באופן גלוי נגד הכלל הקבוע ב-Manual For Court Martial. עם זאת, אם נבחן את כלל הפסיקה שניתנה בנוגע למלחמת וייטנאם (בין שלפני פסק הדין בעניינו של Calley ובין שלאחריו) נראה שהשופטים בפסיקתם ערבבו מונחים מגישות נורמטיביות ועובדתיות, ובדרך זו הסתירו את העובדה שבפועל הם פסקו לעתים על סמך גישה עובדתית של ידיעה בפועל ולעתים על סמך גישה נורמטיבית.¹²⁰³

1199 עניין Calley, לעיל ה"ש 348.

1200 שם, בעמ' 31-33.

1201 שם, בעמ' 29.

1202 שם, בעמ' 30.

1203 ראו: U.S. v. Keenan, 39 C.M.R. 108, 118 (1969); U.S. v. Schwarz, 45 C.M.R. 852, 860 (1971).

אמנם בפסקי הדין הללו מעורבים מונחים של שתי קבוצות הגישות אך בפועל הכריעו

השופטים על סמך גישה של ידיעה בפועל. ראו עוד: U.S. v. Schultz, 39 C.M.R. 133, 136 (1969); בפסק דין זה יישמה דעת הרוב גישה נורמטיבית.

יתר על כן, בפסיקה שניתנה מאז פסק הדין בעניינו של Calley, ושלא עסקה בעברות הנוגעות ללחימה, גישת הידיעה בפועל לא גברה באופן מוחלט על גישות מתחרות. בפסק הדין בעניינו של Pergande, למשל, פסקו שופטי הרוב בבית הדין על פי גישה המכריעה בסוגיה על סמך ידיעתו הסובייקטיבית של הנאשם בלבד. באותו מקרה נהג הנאשם במצב פיזיולוגי שאינו מאפשר לנהוג, ועקב כך גרם לתאונת דרכים שבה נהרג אדם. הנאשם קיבל פקודה ממפקדו לצאת לנסיעה האמורה; הוא ניסה להסביר למפקד את מצבו, אך מעדותו לא היה ברור אם הצליח לעשות זאת. הערעור נסוב סביב הנחייתו של השופט קמא למושבעים כי במקרה האמור אין לבחון אם קמה לחייל הגנת הצידוק, מכיוון שחובתו של חייל לא לנהוג אם הוא אינו כשיר לכך פיזיולוגית קודמת לכל פקודה. שופטי הרוב קיבלו את הערעור על סמך מבחן המשפטי המתמקד בידיעתו הסובייקטיבית של הנאשם:¹²⁰⁴

[T]hat whether the appellant, an uniformed soldier, should be charged with the responsibility of knowing that he had the right to disobey the order, was a matter which should have been submitted to the fact finders for their determination [...] They should have been further instructed that, if they found that the alleged physical disability was the proximate cause of the fatal collision, the appellant would be excused from criminal responsibility if they also found that the appellant was under the mistaken belief that he was required to obey the order to drive, even though he had a physical disability which materially impaired his ability to drive.

שופט המיעוט סבר כי במקרה האמור לא קמה לחייל הגנת הצידוק מכיוון שפקודת הנסיעה לא התייחסה כלל למצבו של החייל; אך לדעתו, אף אם קמה הגנה כזו, הבחינה צריכה להיות על סמך אבן הבוחן האובייקטיבית יותר כבהוראות המדריך (משמע, על סמך גישת הידיעה בפועל, הכוללת בשונה מגישת הידיעה הסובייקטיבית, מבחן שיורי אובייקטיבי החל במקרים בהם הנאשם לא היה מודע לאי-חוקיות הפקודה לה ציית):¹²⁰⁵

[...] I would especially caution against utilizing a purely subjective standard in determining an accused's knowledge of the illegality of an order, rather than the more objective test set forth in paragraph 216d of the Manual.

יש הטוענים כי אף אם חוסר הבהירות המשפטית האמורה התקיימה בראשית שנות השבעים של המאה הקודמת, כיום אפשר לומר בוודאות כי גישת הידיעה בפועל גברה על הגישות המתחרות, והיא הדין החל במשפט הצבאי האמריקני.¹²⁰⁶ אך בחינה מדוקדקת יותר של המצב המשפטי מראה כי לא כך הוא.

1204 U.S. v. Pergande, 49 C.M.R. 28, 35–36 (1974)

1205 שם, בעמ' 36.

1206 ראו, למשל: MICHAEL J. DAVIDSON, A GUIDE TO MILITARY CRIMINAL LAW § 68 (1999)

ראשית, בפסיקה הקיימת העוסקת בסוגיה של הגנת הצידוק נעשה עדיין שימוש מעורב הן במונחים שמקורם בגישות נורמטיביות והן במונחים שמקורם בגישות עובדתיות.¹²⁰⁷ שנית, אפשר למצוא בפסיקה אמרות אגב המצדדות במפורש בגישה נורמטיבית ותומכות בכך שחיילים אף יצייתו לפקודות בלתי חוקיות מסוימות. למשל, בפסק דין בעניין Huet-Vaughn משנת 1995, שעסק בסירוב לפקודה, נאמר כך:¹²⁰⁸

The duty to disobey an unlawful order applies only to 'a positive act that constitutes a crime' that is 'so manifestly beyond the legal power or discretion of the commander as to admit of no rational doubt of their unlawfulness.

שלישית, ב-Manual For Court Martial, אשר לו כאמור מעמד של דין מחייב, נקבע כי לפקודות חזקת חוקיות:¹²⁰⁹

(i) Inference of lawfulness. An order requiring the performance of a military duty or act may be inferred to be lawful and it is disobeyed at the peril of the subordinate. This inference does not apply to a patently illegal order, such as one that directs the commission of a crime.

כפי שניתן לראות, חזקה זו מנחה את החייל להיעזר במבחני הגישות הנורמטיביות כדי להכריע אם פקודת מפקדו היא חוקית.

רביעית, גם מעמדה של העמדה התומכת בגישת הידיעה בפועל, שהובעה בנוגע לפשעים בין לאומיים גרעיניים, ב-The Law of Land Warfare הולך ונחלש. כאמור המהדורה של מדריך זה אשר בתוקף כיום יצאה לאור בשנת 1956. בעקבות המלחמות בהם נטלה ארצות הברית חלק, בעשורים האחרונים, בעירק ובאפגניסטן, נעשה ניסיון לנסח מהדורה חדשה ומעודכנת של המדריך. דא עקא, גורמי הממשל השונים לא הצליחו להגיע להסכמה בנוגע לפרשנות הנכונה של סוגיות שונות בדיני הלחימה. כתוצאה מכך, נכתבו שני מדריכים לדיני לחימה חדשים. האחד יצא לאור ביוני 2015 על ידי משרד הביטחון האמריקאי ומעמדו הוא של מסמך מיעוץ. השני תוכנן לצאת לאור בקרוב והוא נועד להיות במעמד של דין צבאי מחייב לכל הפחות עבור חיל היבשה האמריקאי (US Army). סוגיית מעמדו בעבור כל אחד מהחיילות האחרים של ארצות הברית (חיל האוויר, חיל הים, וה-Marine Corps) טרם הוכרעה. בשונה מהמדריך משנת 1956, שתומך באופן מפורש וברור בגישת הידיעה בפועל, המדריכים החדשים פותחים פתח להחלה של גישות אחרות. המדריך

1207 ראו למשל: U.S. v. Cherry, 22 M.J. 284, 286 (1986); שם פסקו בפועל לפי גישה של ידיעה בפועל.

1208 U.S. v. Huet-Vaughn, 43 M.J. 105, 114–115 (1995). לפסיקה נוספת בה הובעה תמיכה משתמעת בגישות נורמטיביות ראו את דעת המיעוט ב: U.S. v. Pacheco, 56 M.J. 1, 3 (C.A.A.F. 2001); וכן את עמדת השופט אפרון (Efron) ב: U.S. v. Smith, 68 M.J. 316, 324 (2010) (U.S.).
כן ראו: The Armed Forces Officer, sec. 10-3(f) (U.S. Army Pamphlet 600-2, 1988) ("Only when the order is unlawful and obviously a crime must it be disobeyed").

1209 ראו לעיל ה"ש 1190, בעמ' 19–IV, סעיף 14.c.(2)(a)(i).

שנועד להתפרסם על ידי חיל היבשה מותר פתח להחלה של מבחן שיוירי נורמטיבי במקרים בהם הפקוד לא היה מודע לכך שהוא מבצע פשע מלחמה בצייתו לפקודה שניתנה לו (ויתכן, במשתמע, גם במקרים בהם הוא לא היה מודע שהוא מבצע פשע בינלאומי גרעיני אחר בצייתו לפקודה).¹²¹⁰ לעומת זאת, המדריך שפורסם על ידי משרד הביטחון האמריקאי משאיר פתח לאפשרות של אי-החלה כלל של הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה (משמע, לאימוץ של גישה של אחריות מוחלטת) במקרים בהם בוצע פשע מלחמה או פשע בינלאומי גרעיני אחר תחת ציות.¹²¹¹

חמישית, מבחינת מדיניות התביעה של הפרקליטות הצבאית בארצות הברית עולה שאף אם בלשון הדין (כפי שהוא קבוע ב-Manual For Court Martial) יש משום תמיכה בגישה עובדתית של ידיעה בפועל, כפי שהוא מיושם בפועל התמיכה היא במקרים רבים בגישה נורמטיבית הדורשת

US ARMED FORCES, THE LAW OF LAND WARFARE 8-1 (FM 6-27, draft): 1210

Persons accused of committing war crimes cannot defend their acts simply by asserting that they were following the orders of their superiors. U.S. courts and international tribunals have consistently rejected this defense since members of the military are only required to obey lawful orders ([...]). A limited superior orders defense is permitted where the accused can show that he did not know that the orders were illegal, and could not have been reasonably expected to know of their illegality. In contrast, a superior orders defense is not permitted if either the orders were manifestly unlawful (e.g., the murder of a noncombatant or the torture of a prisoner), or the accused knew that the orders were unlawful. However, the fact that an offense was committed pursuant to superior orders is permissible as mitigation to reduce the level of punishment.

U.S. D.O.D, LAW OF WAR MANUAL 1120-1121 (June 2015): 1211

The fact that a person acted pursuant to orders of his or her Government or of a superior does not relieve that person from responsibility under international law, provided it was possible in fact for that person to make a moral choice. This principle has been reflected in the statutes of international criminal tribunals. It may also be understood as part of a broader principle that military personnel cannot justify committing unlawful acts by producing the order of their superior. Although it is clear that merely the fact that the act at issue was committed pursuant to superior orders does not constitute a defense to criminal responsibility under international law, the precise extent to which superior orders may constitute a defense or excuse may vary according to the forum in which a violation is tried. In cases in which the illegality of the order is not apparent, the subordinate might lack the wrongful intent necessary to the commission of the crime. Subordinates, absent specific knowledge to the contrary, may presume orders to be lawful. The acts of a subordinate done in compliance with an unlawful order given by a superior are generally excused unless the superior's order is one that a person of ordinary sense and understanding would, under the circumstances, know to be unlawful (e.g., to torture or murder a detainee), or if the order in question is actually known to the accused to be unlawful. On the other hand, subordinates must refuse to comply with clearly illegal orders to commit violations of the law of war. That an offense was committed pursuant to superior orders may be considered in mitigation of punishment. The degree to which superior orders should mitigate punishment would depend on the specific circumstances of the case.

שכדי שהחייל יועמד לדין צריך שהפקודה תהיה לא רק בלתי חוקית אלא גם בלתי מוסרית באופן חמור. בשנת 1999 אישר Major Hudson, קצין בפרקליטות הצבאית בארצות הברית, את טענתו של המלומד Osiel כי זו מדיניותה של הפרקליטות בפועל, ואמר:¹²¹²

An American judge advocate may ask, if indeed Osiel's position is already the U.S. military's current "formal" position, whether there is a reason to read this book. There is a reason. To Osiel, the law on the "books" is a legal formalism that may not be observed in either the courtroom or the battlefield. [...] Osiel clearly understands — as many civilian commentators do not — that simply having (or changing) the law on the books is just the beginning of the solution. The election to investigate, to prosecute, and to render a verdict, all are influenced by many factors beyond the particular Rule for Court-Martial.

עם זאת, נראה כי הפרקליטות הצבאית בארצות הברית מחילה מדיניות זו רק על עברות שנעשו בפעילות מבצעית, ולעומת זאת, בעברות אשר בוצעו בזמן שגרה פועלת הפרקליטות לפי הגישה העובדתית של ידיעה בפועל.¹²¹³

אם כן, נראה כי גם אם נבחן רק את המערכת הצבאית בארצות הברית, חוסר הוודאות של החייל האמריקני בנושא הוא רב. חייל זה אינו יודע אם בעניינו תפעל הפרקליטות לפי הדין כפי שהוא קבוע בספרים או לפי מדיניות תביעה התומכת ביישום גישה נורמטיבית בנוגע לעברות שבוצעו בפעילות מבצעית – מדיניות אשר בקלות יכולה להשתנות. הוא אינו יודע אם בית הדין הצבאי שידון בעניינו יכריע לפי הגישה של ידיעה בפועל; יסווה שימוש בגישה נורמטיבית באמצעות שילוב בפסק הדין של מונחים מגישות נורמטיביות וגישות עובדתיות; או ינצל את הפתח שהותר לו השופט דאנקן בעניין Calley והערת האגב בעניין Huet-Vaughn ויצדד במפורש בגישה נורמטיבית.

19.6 מבחן ה"בעליל" בראי המשפט המשווה – סיכום

מטרת חלק (אחרון) זה של הספר הייתה לבחון אם במערכות משפט הקרובות למשפט הישראלי נמצא פתרון לקושי שעמו מתמודדת מערכת המשפט הישראלי של היעדר יכולת לדבוק בפרשנות אחידה למבחן היעדר החוקיות בעליל – פרשנות אשר תספק מענה הולם לכלל המצבים בהם חייל מקבל פקודה בלתי חוקית. הסקירה בחלק זה ממחישה כי הקושי האמור אינו נחלתו הבלעדית של המשפט הישראלי, וכי מערכות משפט זרות נאלצות להתמודד עם קושי דומה. גם במערכות

Walter M. Hudson, *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline and the Law* 1212
of War, 161 Mil. L. Rev. 225, 226–227 (1999) (book review) לטענה של OSIEL
 MARK J. OSIEL, *OBEYING ORDERS — ATROCITY, MILITARY DISCIPLINE AND THE LAW OF WAR* § 75–76 (1998).
 שאליה התייחס Hudson ראו: OSIEL, *OBEYING ORDERS — ATROCITY, MILITARY DISCIPLINE AND THE LAW OF WAR* § 75–76 (1998).

1213 לכך שזו אינה המדיניות בנוגע לעברות שבוצעו בעת שגרה ראו את פרטי המקרה בעניין *Cherry*, לעיל ה"ש 1207. לדין בגישה שנקטה מערכת המשפט הצבאית האמריקנית בהקשר של אירועי אבו-גרייב ראו: J. F. Addicott, *The Abu Ghraib Story*, 2 IDF L. Rev. 35, 63–67 (2005–2006).

אלו אין הסכמה בין המצדדים בגישות נורמטיביות למצדדים בגישות עובדתיות בדבר הפרשנות של מבחן היעדר החוקיות בעליל, ובתי המשפט והמחוקקים אינם עקביים באופן שבו הם מחילים את הגנת הצידוק. יתר על כן, בחינת מקורותיו ההיסטוריים של מבחן היעדר החוקיות בעליל חושפת כי מקור הקשיים האמורים הוא במידה רבה מבחן היעדר החוקיות בעליל עצמו, וכי קשיים אלו טבועים במבחן זה עוד מימי ראשיתו. אם כן, נראה שלאור סקירת המשפט המשווה שנעשתה כאן, הגישה שננקטה בספר זה, של ניסיון לפרש את מבחן היעדר החוקיות בעליל על סמך הניסיון שנצבר בפסיקה הישראלית בנושא, עדיפה על ניסיון לאמץ גישה פרשנית בנושא מן המוכן ממערכת משפט שכנה.