

# סוגיה סבוכה בעליל

ספרו של ד"ר זיו בורר - "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקית בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי" - הוא יצירה משפטית רחבת יריעה, המבקשת לסקור את כלל הסוגיות הנוגעות לשאלת הציות לפקודה בלתי חוקית, ולתת כלים לזיהויה של פקודה כבלתי חוקית. אבל האם מדובר במשימה אפשרית?



עיתון "מעריב" מיום 12 באוקטובר 1958.



רס"ן (מיל') אורן ליבר, סגן הסנגורית הצבאית הראשית והסנגור המחוזי לשעבר

דילמה זו מתחדדת עוד יותר כאשר אנו מנסים לשים עצמנו בנעליו המאובקות של חייל בשדה הקרב. מצד אחד, החייל מחונך מראשית דרכו לציות ולמשמעת; בשדה הקרב אין בדרך כלל פנאי ומקום לערער על חוקיות הפקודה; החייל לרוב אינו בקי ברזי החוק. מצד אחר, אם יעשה החייל מעשים אסורים - הוא צפוי להיענש. אם כן, כיצד יידע איך עליו להתנהג? האם יש מבחן שלפיו יוכל להחליט מה מותר ומה אסור? החייל נמצא למעשה בין הפטיש לסדן, או כפי שאמרו זאת האנגלים בלשון ציורית: "מצבו של החייל קשה [...] צפו 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".<sup>3</sup>

ד"ר זיו בורר נחשב כמומחה לשאלת הפקודה הבלתי חוקית בעליל. כעת, לאחר שנות מחקר רבות, הוא סוקר בספרו **הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בלתי חוקית בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי** (הוצאת מערכות, 2020), באופן מעמיק ונרחב את הסוגיות הרבות הנוגעות לשאלת הציות לפקודה בלתי חוקית, ומנסה לתת פתרון לדילמה שמתעוררת.

ההקשר הראשוני שעולה כאשר מדברים על פקודה בלתי חוקית בעליל, הוא פרשיית כפר קאסם שאירעה ביומה הראשון של מלחמת סיני - 29 באוקטובר 1956. באותו אירוע ניתנה הנחיה לירות בכל מי שיימצא מחוץ לביתו בשעות העוצר שהוכרז, ובעקבותיה נורו למוות על-ידי לוחמי מג"ב 43 אזרחים תושבי הכפר. פסק הדין בעניין זה טבע את מבחן "הדגל השחור" לבחינת פקודה בלתי חוקית בעליל, לה אין לציית, המוכר לכל מפקד וחייל.<sup>1</sup> ואולם לא צריך להרחיק לכת עד לפרשה זאת. מצב מעין זה יכול להתרחש בחיי היום-יום של כל אחד ממשרתי הצבא. לדוגמה, חייל הנוהג ברכב מקבל פקודה ממפקדו לנסוע מעל המהירות המותרת. החייל מסרב לעשות כן, ומועמד לדין בגין עבירה של אי ציות לפקודה. האם בהיות הפקודה "בלתי חוקית" (במובן זה שהיא מורה לחייל לעבור על החוק) תהיה לחייל הגנה? האם התוצאה תהיה שונה כאשר מדובר בנהג אמבולנס במשימת פינוי רפואי או במקרה שבו המפקד מצווה על החייל לעקוף במקום בו אין שדה ראייה כלל?



## הספר על קצה המזלג

בפתח הספר מציג בורר את הדילמה שהספר מבקש לעסוק בה - העימות שבין החובה לציית לפקודות והנחיצות של המשמעת לתפקודו התקין של צבא, ובין עקרון שלטון החוק - החובה לציית לחוק וקיומם של ערכים אוניברסליים כמו קדושת החיים.

**מצד אחד, החייל מחונך מראשית דרכו לציות ולמשמעת; בשדה הקרב אין בדרך כלל פנאי ומקום לערער על חוקיות הפקודה; החייל לרוב אינו בקי ברזי החוק. מצד אחר, אם יעשה החייל מעשים אסורים - הוא צפוי להיענש**

חייל אחר, במהלך תרגיל, מקבל הוראה לירות לעבר מטרה. החייל מתריע בפני מפקדו שהוא אינו רואה את המטרה, אולם מפקדו שב ומורה לו לירות לעברה. החייל יורה ופוצע חייל אחר.<sup>2</sup> האם היורה אחראי בפלילים לפציעתו של החייל? האם העובדה שמילא פקודה מקנה לו הגנה מאישום?

כך בית הדין ציין, כי בעת מתן הפקודה, לפני שפורסמו הדרגות בצה"ל, חיילים לא ידעו מהי דרגת המפקד. עוד ציין בית הדין, כי רק בסמוך לפני מתן פסק הדין פורסמו הדרגות ובכך הביאו לתיקון "המצב הבלתי נורמלי" הזה. יש כאן מעין חלון המאפשר להביט מעט על הצבא החדש שאך הוקם כצבא של מדינה מספר חודשים קודם, והיה צריך לקבוע את הדרגות של המשרתים במסגרתו ולהסדיר את המדרג ההיררכי בשורות הארגון הצעיר.

פסק דין נוסף מ-1984 הוא בעניין טור' אלקובי<sup>9</sup> - חייל ומפקד שנשעו במשאית צבאית ליחידה אחרת. כאשר הגיעו למקום הבין החייל שהמפקד מתכוון "להשלים ציוד" ולגנוב תחמושת מיחידה אחרת. המפקד הורה לחייל שלא לדומם את המנוע, ולאחר מכן, כאשר התעורר חשדם של השומרים - הורה לו להימלט. החייל הועמד לדין בגין חלקו בעבירה, וטענתו כי היה אנוס למלא את פקודת מפקדו לא התקבלה.

דוגמא נוספת בהקשר זה היא "פרשת הטנקים"<sup>10</sup>. באירוע זה קיבלו חיילים בסדנה לתיקון טנקים פקודה לחבל במנועי טנקים המגיעים לתיקון. זאת, במטרה שהטנקים יועברו לתיקון במקום אחר במקום לבצע טיפול שגרתי או תיקון קל, וכך יפחת העומס על הסדנה. המקרה התגלה למצ"ח על-ידי חיילי מילואים שעבדו בתיקון המנועים, ועונשי מאסר נגזרו על החיילים.

## הפתרון הנהוג במשפט הישראלי - מתן עדיפות לערך המשמעת הצבאית על-פני שלטון החוק, אלא אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל

חלק לא מבוטל מהאירועים המוזכרים הם מימי האינתיפאדה הראשונה (או בסמוך אליהם), ויש בהם בכדי להצביע על המתח שהיה קיים באותם שנים ועל ההתמודדות המורכבת עם הטרור הפלסטיני, ועל ההתאמות המתחייבות לאופיו של הצבא. אירועים רבים ומוזכרים מוזכרים שם - פרשת גבעתי א',<sup>11</sup> עניין סמל אנקונינה,<sup>12</sup> עניין סמל בן גיגי<sup>13</sup> ועוד - הידוע שבהם הוא ההעמדה לדין של אל"ם יהודה מאיר, שנתן פקודה להכות תושבים מקומיים שהשתתפו בהפרות סדר המוניות.<sup>14</sup>

יש גם אירועים מוכרים פחות. כך, למשל מוזכרת "פרשת גולני"<sup>15</sup> מתחילת 1988. במקרה זה, הבחינו חיילי הכוח בצעיר שיידה אבנים לעברם ונמלט לאחד הבתים. הכוח פרץ לבית ועצר את הצעיר. במהלך הבאתו למתקן המעצר הוכה הצעיר על-ידי קצין וחייל באמצעות אלות, ולהגנתם טענו הקצין והחייל כי פעלו בהתאם לפקודת המח"ט והמג"ד. בית הדין בחן את נסיבות המקרה וזיכה את השניים, מפאת צידוק, וזאת לאור הפקודה של המפקדים הבכירים. בספר מצויות פרשיות מפורסמות וחמורות יותר, כמו למשל "אסון אילת"<sup>16</sup> שאירע בינואר 1970. באותו מקרה, לאחר פשיטה על אי בשליטת מצרים, הפליגה ספינת חיל הים אח"י "בת-שבע" משארם א-שיח' לאילת כשעל סיפונה חיילים וציוד צבאי הקשורים למבצע. כאשר עגנה באילת הורדה ממנה משאית עמוסה מוקשים, ובעת פריקתה התפוצצו המוקשים. 24 חיילים ואזרחים עובדי צה"ל נהרגו, ורבים אחרים נפצעו. בעקבות זאת, חמישה חיילים הועמדו לדין. מן החקירה עלה, כי המוקשים חומשו (כלומר הוכנסו לתוכם נפצים) מבעוד מועד, וכך הועברו מהאי בדרכם אל הבסיס, בלי שנפרקו לפני העמסתם לספינה ולמשאית.

ההתנגשות בין אינטרסים אלה יכולה לבוא לידי ביטוי בשני מצבים: הראשון, כאשר חייל אינו מבצע פקודה ומועמד לדין בשל כך. במצב כזה, החייל יוכל לטעון להגנה משפטית ופטור מאחריות פלילית, אם "ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית".<sup>5</sup> השני, מקרה שבו החייל עובר עבירה פלילית עקב מילוי פקודה שקיבל. אם יועמד לדין על ביצוע העבירה, הרי שתחול הגנת הציודק והוא יזוכה בדין אם יוכח שהוא עשה את המעשה בהתאם לפקודה שהוא היה חייב לציית לה, למעט אם "הצו הוא בעליל שלא כדין".<sup>6</sup>

בהמשך מציג המחבר את הפתרון הנהוג במשפט הישראלי - מתן עדיפות לערך המשמעת הצבאית על-פני שלטון החוק, אלא אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. כלומר אם חייל יסרב לבצע פקודה - הוא יהיה פטור מאשמה רק אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. ומן הצד האחר, אם החייל ביצע עבירה פלילית בשל מילוי פקודה, הוא יהיה אשם בפלילים רק אם הפקודה שמיאל הייתה בלתי חוקית בעליל. כלומר הגנת "אני רק מילאתי פקודה" לא תחול במקרה בו הפקודה היא בעליל לא חוקית.<sup>7</sup> לאחר מכן, עובר ד"ר בורר לבחון לעומק את התנאים לקיומה של ההגנה המשפטית - הידועה במינוח המשפטי "הגנת הציודק", ומציע בחינה בת כמה שלבים הבוחנת אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל:

- א. האם מדובר בפקודה בכלל? לצורך כך, נבחנת השאלה מיהו מפקד, והאם ההוראה ניתנה במסגרת יחסי מפקד-פקוד;
- ב. קשר סיבתי. האם המעשה שעשה החייל נבע מהפקודה והפקודה הייתה רלוונטית אליו; והאם מדובר בפקודה שיש לצידה סנקציה בגין אי ציות לה;
- ג. האם הפקודה היא בלתי חוקית? למשל האם יש דבר חקיקה ישראלי או איסור בדין הבין-לאומי שאוסר את ביצוע המעשה שבפקודה;
- ד. האם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל? זוהי, למעשה, השאלה המורכבת ביותר, שחלק גדול מן הספר עוסק בה. לשאלה זאת חשיבות מכרעת שכן בהתאם לה יוכרע אם חובה על החייל לקיים את הפקודה, והאם תיתן הגנה למי שעבר עבירה בקיומה.

### אוצר בלום היסטורי

לפני שנדון בדרכים לפתרון דילמת הציות לפקודה בלתי חוקית בעליל, מצאתי להקדיש מספר מילים על האוצר ההיסטורי, המצוי בסוף הספר, בנספחיו - 31 פסקי דין מלאים מהשנים 1948-1990. פסקי הדין מגוללים סיפורים מעניינים ואירועים היסטוריים, הנותנים הצצה אל צה"ל ודרך עיצובו לאורך השנים.

הספר גדוש במקרים, תקריות ואירועים שונים שהתרחשו בצה"ל במהלך השנים, שלציבור אין נגישות אליהם או שהם אינם מוכרים. במובן זה, הספר כולל בתוכו אירועים היסטוריים מרתקים, אשר גם אם לא כולם הם אירועים בקנה מידה של "אירועי כפר קאסם", הרי שיש בהם כדי ללמד אותנו על התפיסות של הצבא במשך השנים, וכיצד התמודד עם אירועים שונים. הדוגמאות הרבות שמובאות בספר לא רק שאינן מייגעות, אלא שהן מוסיפות עניין לקריאה ואף ניתן לומר שהן מצדיקות עיון בספר כשלעצמן - לפחות מנקודת מבט של חובבי היסטוריה של צה"ל.

למשל מובא פסק הדין בעניינו של אפפל<sup>8</sup> מ-1948. מדובר בחייל שקיבל פקודות משני מפקדים, ולא ידע לאילו מהפקודות לציית - פקודת הרס"ל הגדודי או פקודת מפקד אחר שנתן לו הוראה סותרת. בית הדין הצבאי העליון זיכה את החייל, והעיר מספר הערות מהן ניתן ללמוד על צה"ל בראשית ימיו.



שלד המשאית שנותר לאחר הפיצוץ (באדיבות: ניר מאור, מוזיאון ההעפלה וחיל הים).

יש גישות משפטיות רבות, אולם אני כלל לא בטוח שלחייל הנמצא בשטח יש כלים ליישם אותן. בסופו של דבר, העניין החשוב הוא בהכוונת ההתנהגות של החייל ולא בבחינה בדיעבד של מעשים שכבר נעשו. אף המחבר מצייץ, ובצדק, כי כל אחת מהגישות השונות מעוררת קשיים כאלה שמטילים ספק ביכולתן לשמש כלי איזון מתאים בין עיקרון שלטון החוק ובין הצורך במשמעות.

לנוכח זאת הוא מנסה להציע גישה המשלבת את היתרונות שבכל אחת מהגישות. הגישה, המכונה "הגישה המשלבת", שמה דגש על חובת הבירור והדיווח של חייל, כלומר על החייל להעביר למפקדו את כלל הנסיבות והעובדות שמתקיימות, ועל בסיסן המפקד צריך לקבל החלטה ולתת פקודה.

המפקד צריך לוודא שהפקוד יבין את הרציונל שעומד מאחורי הפקודה, והכול מוביל להליך של בירור שבעקבותיו החייל יקבל פקודה ברורה ומובנת.

בשלב זה נותרנו עם שלוש אפשרויות: החייל סבור שהפקודה חוקית ואז עליו לציית לה; החייל חושד שהפקודה אינה חוקית; החייל יודע באופן פואיטיבי שהפקודה אינה חוקית.

כאשר החייל חושד שהפקודה אינה חוקית, עליו, בהתאם לגישה זו, לציית לה אלא אם היא פוגעת בערכים חברתיים או עקרונות צבאיים חשובים, כמו: פקודה המורה לפגוע באזרחים; פקודות עונשיות שתוצאתן השפלה חמורה; פקודה המורה על ביצוע מעשה פלילי חמור וכדומה.

כלומר במקום שבו מתעורר חשד אצל החייל, והפקודה דורשת לעשות מעשה שפוגע בערכים משמעותיים, כמו פגיעה באזרחים, אזי עליו לסרב לבצע.

שניים מהנאשמים טענו כי טיפלו במוקשים באופן הזה בהתאם להוראת מפקדם. בית הדין הרשיע אותם, תוך שהוא דחה את טענותיהם וציין, כי גם אם אכן ניתנה פקודה כפי שהם טענו - הרי שמדובר בהוראה בלתי סבירה, בלתי שקולה ומסוכנת, והיה עליהם להפעיל את שיקול דעתם ולנהוג בהתאם למידת הזהירות המתחייבת.

## בלתי חוקי בעליל - איך החייל ידע?

השאלה העיקרית היא גם המסובכת ביותר - כיצד יוגדר מה הוא בעליל בלתי חוקי ומה לא? במילים אחרות, איך החייל הפשוט יודע אם ההוראה שהמפקד נתן לו היא בלתי חוקית בעליל, ושעליו להימנע מלציית לה?

הספר סוקר בהרחבה את הגישות השונות שעלו בפסיקה במהלך השנים. תחילה מוצגות שתי קצות הסקאלה: בקצה אחד, גישת המעדיפה את עיקרון המשמעות, ועל כן תעדיף את הציות לפקודה ותיתן הגנה מרחיבה למי שציית לפקודה גם אם תוכן הפקודה פוגע בשלטון החוק; בקצה אחר, גישה המבכרת את עיקרון שלטון החוק, ותעניק הגנה לחייל שלא מציית לפקודה שפוגעת באינטרס זה, ותשלול ממנו הגנה על מעשים לא חוקיים שביצע כשציית לפקודה. ניתן לחלק את הגישות לשתי קבוצות: האחת היא קבוצת הגישות הנורמטיביות, שלפיהן אין משמעות למה שהחייל סבר בכל הנוגע לחוקיות הפקודה, אלא מה שיכריע הוא חומרת המעשה או הפגיעה בערכים יסודיים; האחרת, קבוצת הגישות העובדתיות, המתמקדות בידיעתו של החייל אודות אי חוקיות הפקודה, לרבות אם חייל סביר במצבו היה צריך לדעת זאת.

כינוי אל שניים מהשפעתם באחד הדימויים, שנערכו בעקבות הסתה ובקישור שורחובי, למען קוראי "מערכות", את זכרונות ביהודה. ולחן דברי שניים מהם: האחד – אליהם נגד הדר, הפקולטת הבאה הראשי – כי נטע השפעת הבאות כלל תיות לפקודת בנות 10 החלטת המשפט, והאחר – טאל בנותיו שיש – 10 החלטת הפיקודות.

# פקודה בלתי חוקית

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

**קובץ:** חייל שבסודי לא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד תוך מילוי תפי קידו, או סירוב לקיימה בין בדיבור ובין בהתנהגות, דינו – מאסר שלוש שנים; עבר את הגבירה תוך פעולה קרובה של יחידות. דינו – מאסר שבע שנים. ואם עבר את הגבירה בפעולה קרובה נוח האריך דינו – מאסר חמישים שנה.

**מס' 123 –** יא. קיום תקופה – קובץ: חייל שלא קיים פקודה שניתנה לו על-ידי מפקד, דינו – מאסר מהיר שנים; עבר את הגבירה תוך פעולה קרובה של יחידות. דינו – מאסר שבע שנים.

**מס' 124 –** ה. הרשלות – קובץ: חייל שקיים ברשלנות פקודה או הראה שניתנה לו, או שהחריף במילוי הפקודה, דינו – מאסר שנה; מפקד ויחיד הנזק שנגרם מתחת אי-יכולת הפקודה ברור ומכיל: א. הנזק שנגרם בשל אי-ביצוע המשימה המוטלת בפקודה; ב. הנזק הנגרם למשמעת הנבצית עקב כל גילוי של הרשלנות. מס' 195 – ה. הוק קובץ כי סירוב לקיים פקודה, אי קיום פקודה ואם בתחנת פצרות צבאית. שיתן מאסר לתקופת שנות.

**אלוף-משנה צבי הדר, פרקליט צבאי ראשי**

"מערכות" גיליון 225, ספטמבר 1972.

## סיכום

מדובר בספר רחב יריעה שמבקש להקיף את כל הסוגיות שעולות מהנושא המורכב של פקודה בלתי חוקית בעליל. הספר מנסה לנתח את כל תתי השאלות שעשויות לעלות בהקשר לשאלה זאת, תוך ניתוח מובנה ביותר שלהן. ככזה, מדובר בספר חובה שעל עורך דין ומשפטן לעיין בו כאשר הוא נתקל בשאלה הנוגעת לסוגיה זאת. מבנה הספר מסייע למסגור השאלה הספציפית שעולה מתוך הסוגייה, כמו היותו של המפקד מוסמך; האם מדובר בפקודה או בבקשה; האם הפקודה בכלל אינה חוקית ואיזה נורמה היא סותרת וכדומה.

עם זאת, לטעמי הספר לא מצליח לתת תשובה ברורה שיכולה לסייע לחייל הפשוט כאשר הוא נתקל בשאלה האם עליו לציית לפקודה שנראית לא בלתי חוקית. הניתוחים המשפטיים מתאימים יותר לבחינה בדיעבד, אבל אין בהם כדי לספק כלים חד-משמעיים לחייל. גם הגישה החדשנית של ד"ר בורר, אין בה, לטעמי, כדי לחלץ את החייל מבין הפטיש לסדן.

ואולי לא יכולה להיות תשובה חד-משמעית לכך. כפי שעולה מפסקי הדין הרבים שמובאים בספר, הרי שהפסיקה בישראל במהלך השנים והפסיקה הזרה מציגות גישות שונות, שמביאות במקרים מסוימים לתוצאות שונות. יש קושי בקביעת מבחן ברור לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ומקבל הפקודה עלול להיות במצב שבו הוא לא יודע כיצד לפעול, וקושי זה יכול להביא לעשיית פעולות שאינן רצויות או מחדל מלבצע פעולות רצויות. עם זאת, נראה שבתי הדין מודעים לקושי זה בבואם להכריע את גורלו של החייל מקבל הפקודה (להבדיל מהמפקד נותן הפקודה), ונותנים לכך משקל בעת קבלת החלטה בעניינו.

זהו ספר חובה לעורך דין שסוגיית פקודה בלתי חוקית מובאת לפתחו, אך גם מפקדים, חיילים וחובבי היסטוריה צה"לית ימצאו בו עניין.

**ד"ר זיו בורר הוא קצין משפטים במילואים, אשר שירת בפרקליטות הצבאית בשירותו הסדיר ונמנה על מערך המילואים שלה.**

חייל היודע באופן פוזיטיבי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית, צריך לסרב לציית לפקודה אם היא פוגעת בערכים חברתיים או עקרונות צבאיים חשובים, או שעניינה של הפקודה אינו בפעילות הרגילה שלו (למשל חייל שמקבל פקודה לצבוע את הבית של המפקד). מאפיינים ונסיבות אלה הם שהופכים אותה מפקודה בלתי חוקית "סתם", לפקודה בלתי חוקית בעליל.

הגישה המשלבת מנסה לשלב בין הרצון לשמור על שלטון החוק ולמנוע מעשים בלתי חוקיים, ובין חשיבות המשמעת וביצוע פקודות לתפקודו התקין של הצבא ולמילוי מטרותיו. לשם כך, הגישה נותנת משקל רב לנסיבות קבלת הפקודה, לרבות הבחנה בין נסיבות מבצעיות לנסיבות רגילות והבחנה בין תפקידי החיילים המקבלים את הפקודה.

המבחנים שמציב ד"ר בורר יכולים להביא לתוצאה "צודקת" יותר, שכן הם נותנים משקל רב להצדקה במעשים או בהימנעות מהמעשים של החייל, תוך שמירה על הערכים שציינו לעיל. כך, במקום שההצדקה למעשה, שמצווה הפקודה לעשות, היא פחותה, ייתכן משקל גדול יותר לעיקרון שלטון החוק. גם שאלת הידיעה או החשד בנוגע לאי חוקיות הפקודה, תורמת לשיקולים המצדיקים פעולה של החייל ולהגנה עליה.

## הגישה המשלבת מנסה לשלב בין הרצון לשמור על שלטון החוק ולמנוע מעשים בלתי חוקיים, ובין חשיבות המשמעת וביצוע פקודות לתפקודו התקין של הצבא ולמילוי מטרותיו. לשם כך, הגישה נותנת משקל רב לנסיבות קבלת הפקודה, לרבות הבחנה בין נסיבות מבצעיות לנסיבות רגילות והבחנה בין תפקידי החיילים המקבלים את הפקודה

אבל האם מבחן זה נותן מענה לחייל שנמצא בשטח ומקבל פקודה "חשודה", ושואל האם עליו למלא אותה? האם המבחן יעזור לו להרים דגל גם אם מלכתחילה הוא לא חושד שהפקודה לא חוקית? האם המבחן נותן כלים שיעזרו לחייל לדעת כיצד עליו לפעול? לטעמי, הגישה המשלבת, שמורכבת ממספר שלבי בחינה שונים וממספר שיקולים שיש לאזן - טיב הידיעה של החייל; סוג הפקודה; האם מדובר בפעילות שגרתית - עדיין לא מאפשרת בחינה מהירה של החייל ולא מציעה לו סימנים מספיק ברורים לקבלת החלטה חד-משמעית. אומנם, הגישה אכן מובילה לאיזונים טובים וצודקים יותר בשאלה האם זו פקודה שיש לבצע, אולם נראה שדווקא לחייל הפשוט יהיה קשה יותר לבצע איזונים אלה בשטח. את האיזון הנכון יוכל לעשות בית המשפט, בדיעבד. נראה, כי אף המחבר היה מודע לקושי זה. ד"ר בורר מציין, כי את המבחן שגישה זאת מציעה "אי אפשר לנסח במשפט אחד חד וקולע. היא דורשת הליך בחינה מפורט יותר הן ממקבל הפקודה בעת קבלתה והן מבית המשפט בדיעבד". במילים אחרות, הגישה האמורה מצריכה בחינה לא טריוויאלית של הדברים על-ידי החייל מקבל הפקודה, ולא בהכרח תיתן בידיו כלים מעשיים לפתור את השאלה הסבוכה האם הפקודה בלתי חוקית בעליל.

