

סעיף 34ג(2)

צידוק - מעשה על פי צו של רשות

34ג. צידוק

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה :

...

(2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין ;

1 פרק ראשון : מבוא

2 פרק שני : צו חוקי

3 פרק שלישי : צו בלתי-חוקי בעליל

א. עמדת החוק 3

ב. עמדת המשפט העברי 4

ג. דוגמאות מהתנ"ך 4

ד. פקודה לפגוע באזרחי אויב - האם זו "פקודה בלתי-חוקית בעליל"? 6

7 פרק רביעי : צו שאי-חוקיותו אינה ברורה

א. עמדת החוק 7

ב. עמדת המשפט העברי 11

ג. ציות ברשלנות לפקודה בלתי-חוקית 12

15 פרק חמישי : סיכום

פרק ראשון: מבוא

סעיף זה מקנה פטור מאחריות פלילית למי שביצע פעולה המקיימת את יסודותיה של עבירה פלילית, אם ביצוע הפעולה נעשה במסגרת ציות לצו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה¹. כמובן, חוק העונשין אינו מגדיר את עצם חובת הציות לצווים. חובה זו מצויה בחיקוקים אחרים, כגון חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

¹ הסעיף מדגיש ש"עשהו על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה". משמע שמדובר בחובה לציית לרשות המוסמכת, ולא דוקא בחובה לציית לצו הספציפי שניתן. ראה ת"פ (מחוזי חי) 52/6 היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ, פ"מ ה' 387, 392 (1952).

הסעיף אינו מבחין בין סוגים שונים של חובות ציות, ומכאן שהוא חל על חובת הציות של חייל למפקדו, של עובד ציבור לממונה שהוא מחויב לציית לו ושל אזרח המחויב להישמע להוראות שוטר וכדומה.²

מצד שני, הסעיף קובע שההגנה אינה חלה אם הצו בלתי חוקי בעליל. מלשון החוק עולה שההגנה חלה גם אם הצו היה בלתי חוקי, בתנאי שלא היה ברור מראש שהוא בלתי חוקי. אם הגורם המוסמך נותן צו בלתי-חוקי, הרי בכל הנוגע לנותן הצו מדובר בפעולה לא חוקית, שעשויה להטיל עליו אחריות פלילית כמבצע באמצעות אחר³ או כמשדל⁴. ברם, באשר לגורם המחויב להישמע לצו, נוצר קונפליקט נורמטיבי. קונפליקט זה טעון הכרעה הן באשר לחובתו של מקבל הצו להישמע לו וליכולת להטיל עליו אחריות פלילית בגין סירוב לצו בלתי-חוקי⁵, הן באשר להגנתו מאחריות פלילית אם מילא אחר הוראות הצו. המחוקק בחר להכריע קונפליקט זה בדרך של פשרה בין ההכרה בערך המשמעת לבין ההתנגדות לציית עיוור, באופן שחובת המשמעת תחול אף ביחס להוראות בלתי-חוקיות, אך רק אם אינן בלתי-חוקיות בעליל. להלן נדון בעמדת החוק ובעמדת המשפט העברי בעניין ההגנה מאחריות פלילית למי שפעל על פי צו חוקי, בשלילת ההגנה במקרה של צו בלתי חוקי בעליל, ובשאלת דינו של צו שהוא בלתי חוקי אבל אי-חוקיותו אינה ברורה לעין.

פרק שני: צו חוקי

כאמור, סעיף פוטר מאחריות פלילית מי שביצע עבירה במסגרת ציות לצו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה.

בכך הולך החוק בעקבות המשפט העברי. לדוגמה, מי שתפקידו להלקות את המחויב מלקות, פטור אם מת הלוקה תוך כדי המלקות⁶. כמו כן, אם שליח בית דין הכה את מי שהוזמן לדין ולא בא, והלה מת כתוצאה מהמכה, שליח בית הדין פטור⁷. כך גם בשליח בית דין שמכה מי שסרב לקיים מצווה, כדי לאלץ אותו לקיימה, או שהוא מכה אדם כדי להפריש אותו מאיסור, או

² ראה המ" 510/71 **ליפקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(2) 797; "י רבין ו"י ואקי, **דיני עונשין** 825 (2010) (להלן: רבין וואקי). לביקורת ראה ז' בורר, "כן, אדוני השר": על חובתו של עובד ציבור לציית להוראות בלתי-חוקיות שניתנו לו מגבוה, ועל ההגנה בפלילים עקב ציות כזה", **עיוני משפט** לה 185 (2012).

³ סעיף 29(ג)(5) לחוק.

⁴ סעיף 30 לחוק.

⁵ ראה ע' פרוש, "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי-חוקית בעליל", **עיוני משפט** טו(2) 245, עמ' 252 ה"ש 12 (1990).

⁶ מכות כב ע"ב.

חשוקי חמד מכות ח ע"א, כותב ששוטר שקיבל פקודה לצאת למשימה מסויימת שהיתה כרוכה בהצלת נפשות, ובדרכו פגע רכבו במכונית אחרת ונהרג מישהו - פטור מגלות כמו שליח בית דין שהרג, כיון שקיים מצוה בנסיעתו. אבל הוא מעלה אפשרות שאם היה עייף מאוד, הוא חייב, כי היה צריך להיזהר זהירות יתירה בנסיעה בעייפות.

⁷ רמב"ם, הלכות רוצח, ה, ו; בית הבחירה, מכות ח ע"א (ד"ה אבא שאול); צפנת פענח הלכות כלאים פרק י, הלכה י (טו ע"ד-טז ע"א).

אבל ראב"ד, הלכות רוצח, ה, ו, סבור שבמקרה זה חייב גלות.

שליח בית דין פטור גם מתשלומים על נזק שעשה במסגרת מילוי תפקידו - ב"ק כח ע"א; רמ"א, חו"מ, ח, א.

לקיים פסק דין⁸. הנימוק לכך שהוא שהוא בגדר אנוס⁹, כיון שבית הדין מחייב אותו לעשות את המעשה¹⁰.

חובת הציות במלחמה חמורה יותר מחובת הציות לבית הדין: המפר פקודה הוא בגדר "רודף" מפני שהפרת פקודה בשעת מלחמה מסכנת את הכלל¹¹. ואם המציית לבית הדין פטור מאחריות פלילית, קל וחומר שמי שממלא פקודה צבאית חוקית, פטור מאחריות פלילית.

פרק שלישי: צו בלתי-חוקי בעליל

א. עמדת החוק

הסעיף מוציא צו בלתי-חוקי בעליל מכלל הגנת הצידוק. בכלל זה צו שסותר חוק מפורש. אבל גם אם אינו סותר חוק מפורש, הרי אם הוא נוגד את המוסר בצורה בולטת, הוא נחשב שאינו חוקי. כך הגדיר בית המשפט פקודה בלתי-חוקית בעליל: "הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי-חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת"¹².

נעסוק בהרחבה בהגדרת צו בלתי חוקי בעליל, בפרק רביעי, העוסק בהגנת הצידוק למי שמילא צו בלתי חוקי שאי-חוקיותו לא היתה ברורה, משום ששם עולה במיוחד שאלת התייחסות בין צו כזה לבין צו בלתי חוקי בעליל.

⁸ שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק א סימן קמ. הוא מסביר שאף שההכאה היא רק "הכשר מצוה", כיון שאילו קיים ברצון לא היה צורך להכותו, ולפי דעה אחת במכות ח ע"א אין בהכשר מצוה פטור מגלות בגלל הריגה תוך עיסוק בהמצוה (ראה דיונו בסעיף 34יג(1)), הרי זה רק ביחס לבית הדין, אבל ביחס לשליח, הוא חיוב ממש, כי הוא צריך לעשות מה שאמרו לו, ולגביו לא משנה מה התועלת מההכאה, ואם אותו אדם יקיים מרצונו, זה עניינו של ב"ד להורות לשליח להפסיק להכותו, ואין זה עניינו של השליח.

⁹ חידושי הרמב"ן מכות ח ע"א, בהסברו הראשון; ר"י מלוניל מכות כב ע"ב (ד"ה ואם מת); בית הבחירה, מכות ח ע"א (ד"ה אבא שאול); שו"ת חתם סופר אורח חיים, סימן קעז; אבן האזל הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ה הלכה ו.

לענין פטור מגלות, יש נימוק נוסף לפטור, על פי הכלל (מכות ח ע"א) שמי שהורג בשוגג תוך כדי עשיית מצוה, פטור מגלות. כך נימקו תוספות מכות ח ע"א (ד"ה אע"ג); חידושי הרמב"ן, מכות ח ע"א, בהסברו השני; חידושי הריטב"א, מכות ח ע"א; בית הבחירה שם (על הכאת מי שנמנע לבוא לדין); אבל האזל שם (על הכאת מי שנמנע לבוא לדין).

צפנת פענח הלכות כלאים פרק י, הלכה י (טו ע"ד-טז ע"א), כותב שלדעת הרמב"ם, לגבי הלקאת מלקות, הפטור הוא משום שהתורה צוותה להלקות, ולקחה בחשבון את האפשרות שיכול למות, ובכל זאת ציוותה להלקות; ומה שאומדים כמה הוא יכול לסבול (מכות כב ע"ב) אינו כדי שלא ימות אלא מסיבה אחרת - עיי"ש.

¹⁰ אבן האזל הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ה הלכה ו.

¹¹ העמק שאלה שאילתא קמב ס"ק ט; ר"י אריאל, "הפרת פקודה משום מצוה או שיקולים מוסריים", תחומין ד, עמ' 177.

¹² ביד"צ מר"צ 3/57/ תובע צבאי נ"י רס"ן מלינקי ואח', פס"מ יז 90, פסקה 20 ב, עמ' 213-214; ע/283-279 (בית-הדין הצבאי לערעורים) עופר, ואח' נגד תצ"ר, פ"י"ם כרך מד עמ' 410, פסקה 67.

ב. עמדת המשפט העברי

במשפט העברי, אין חובה לציית לפקודה של רשויות השלטון שנוגדת דין תורה: "כל זמן שיהיה מצוות המלך ציווי שלא יהיה סותר מצוה מן התורה, הנה אנחנו חייבין לשמוע מצוותו"¹³. כלל זה נלמד מהפסוק ביהושע (א, יח): "כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצוונו יומת רק חזק ואמץ"; שממנו למדו חז"ל¹⁴: "יכול אפילו לדברי תורה? תלמוד לומר: 'רק חזק ואמץ'". כלומר, המילה "רק" באה לצמצם את חובת הציית למלך, ולהגביל אותה לפקודות שאינן סותרות את דין התורה. הרמב"ם¹⁵ מנמק קביעה זו בסברה: "דברי הרב ודברי העבד, דברי הרב קודמין"¹⁶. מאותו נימוק, אסור לפקוד לציית לפקודתו של מפקד זוטר, העומדת בסתירה לפקודה מחייבת של מפקד גבוה יותר (למשל מלך)¹⁷.

ג. דוגמאות מהתנ"ך

התנ"ך מספק מספר דוגמאות לפקודות בלתי-חוקיות שהמפרשים והפוסקים דנים בהם. להלן נדון בשתי דוגמאות.

(א) **שאול ואחימלך**: דוד, בבריחתו משאול, מצא מקלט בביתו של אחימלך הכהן, שאף נועץ באורים ותומים לבקשתו של דוד. שאול, בשומעו על כך, ציווה להמית את אחימלך ואת כל בני ביתו: "ויאמר המלך לרצים הנצבים עליו: סובו והמיתו כהני ה', כי גם ידם עם דוד, וכי ידעו כי בורח הוא, ולא גלו את אזני; ולא אבו עבדי המלך לשלוח את ידם לפגוע בכהני ה'" (שמואל א' כב, יז). עבדי המלך סירבו למלא את פקודתו הבלתי-חוקית של שאול, ואף איימו להתפטר

¹³ רמב"ם, ספר המצוות, מצוות עשה קעג.

¹⁴ סנהדרין מט ע"א.

¹⁵ רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכה ט.

¹⁶ הרמב"ם משתמש במילה "קודמין" ולא במילה "שומעין", משום שהוא דן במי ש"מבטל גזרת המלך בשביל שנתעסק במצוות", כך שפקודת המלך אינה סותרת דברי תורה מצד עצמה, אלא שביצועה היה מחייב ביטול של מצוה.

שו"ת חכם צבי סימן לח, מנמק, שכל מצוה שתלויה ברצונו של אדם, כגון מצות מלך וכיבוד אב, שהמלך והאב יכולים לוותר על קיומה, אפילו מצוה דרבנן אינה נדחית מפניה. אבל ר"י אריאל, "הפרת פקודה משום מצוה או שיקולים מוסריים", תחומין ד, עמ' 174-175, דוחה הסבר זה - עיי"ש לדחייתו. והוא מסביר (בעמ' 176) בדרך אחרת: במלך יש מצוות מורא, שנאמר "שום תשים עליך מלך" ששהא **אימתו** עליך (סנהדרין כב ע"א), ולכן אם ההימנעות מקיום גזירתו נובעת מכוונה לשם שמים, מותר להימנע, כי אינו מזלזל בכבודו, שהרי גם המלך חייב בכבוד שמים; וזאת גם אם הוא נמנע כדי שלא לבטל תורה, אף שמותר לבטל תורה לשם קיום מצוה - בכל זאת אין בכך זלזול במלך. אשר להפרת פקודה צבאית, שנחשבת כ"רודף" כאמור ליד ציון הערה 11, הוא מסביר (בעמ' 177) שפקודה שנוגדת את דין תורה היא עצמה מסכנת את הציבור ולכן אסור לקיים אותה. עם זאת הוא כותב שחובה לקיים פקודה כזאת אם לדעת נותן הפקודה ביטול המצוה הכרחית לטובת כלל ישראל, גם אם ממלא הפקודה סבור שאין הצדקה לפקודה זו, או לביטול מצוה למענה. עיי"ן שם (עמ' 178) לענין כמה פקודות שנויות במחלוקת שניתנו בעבר.

¹⁷ אם ציית הפקוד לפקודה של מפקדו שעמדה בסתירה לפקודה של המלך עצמו, ייחשב הפקוד כמורד במלכות. כך אפשר ללמוד מרש"י, קידושין מג ע"א (ד"ה ואדוני), שכתב שאוריה החתי נחשב מורד במלכות משום שקרא ליואב "אדוני" בנוכחות דוד; ומתוספות, קידושין מג ע"א (ד"ה מורד), שכתבו שאוריה החתי נחשב מורד במלכות משום "שהקדים לומר 'אדוני יואב' קודם 'המלך דוד'".

אמנם, אין בעבירה על חוק הכנסת משום מרידה במלכות; אך כיוון שסמכותו של כל מפקד נובעת אך ורק מחוקי הכנסת, הכלל שהזכיר הרמב"ם, "דברי הרב ודברי העבד, דברי הרב קודמין", חל גם על נידון זה, ופוטר את הפקוד מציות לדברי מפקדו.

ממשרתם¹⁸. המדרש¹⁹ מספר ששאלו ועבדיו ביררו את ההלכה, ושמעו מהסנהדרין שבמעשי אחימלך לא הייתה בגידה. סירוב הפקודה אירע, אפוא, לאחר שלא נותר לעבדי שאלו שום ספק שהיא בלתי-חוקית. ואכן, התלמוד²⁰ משבח אותם על סירובם למלא את הפקודה, ומסביר שהם התבססו על הדרשה²¹ מ"רק חזק ואמץ", שאין לציית לפקודה של המלך הנוגדת דין תורה. לעומתם, דואג האדומי ציית לפקודת המלך, והרג את הכהנים כמפורש בפסוקים (שמואל א' שם יח-ט). ואכן המדרש מבקר אותו על כך, ואומר שמשום כך נקרא "אדומי"²².

(ב) **דוד ואוריה החיתי**: יואב בן צרויה, שר צבאו של דוד המלך, קיבל מדוד פקודה להביא למותו של אוריה החיתי: "ויהי בבוקר ויכתוב דוד ספר אל יואב וישלח ביד אוריה. ויכתוב בספר לאמר: הבו את אוריה אל מול פני המלחמה החזקה ושבתם מאחריו וניכה ומת" (שמואל ב' יא, יד-טו); ויואב ביצע את הפקודה. האם יואב נושא באחריות פלילית על גרימת מותו של אוריה, או שמה תעמוד לו הגנת הצידוק בבצעו את פקודת המלך?

התלמוד²³ מותח ביקורת על יואב, על שציית לפקודה שנגדה את התורה. מהרש"ל²⁴ מסביר שהגנת הצידוק לא עמדה ליואב כיוון שהוא ידע שהפקודה אינה חוקית: "וכי לא הרגיש יואב

¹⁸ תלמוד ירושלמי, סנהדרין, פרק י הלכה ב.

¹⁹ ילקוט שמעוני, שמואל רמז קלא (הובא בפרשת דרכים, דרוש יג), אומר בשם מדרש ילמדנו שדואג האדומי האשים את אחימלך בכך ששאל באורים ותומים לצורך דוד, ואילו הסנהדראות אמרו לדואג שמותר לשאול באורים ותומים למי שהציבור זקוק לו, והציבור היה זקוק לדוד. המלבי"ם, שמואל שם, אינו מפרט מהיכן ידעו שאין לתת אימון בשאלו בענין זה, והוא מסתפק בקביעה "כי הבינו שהדבר שקר".

²⁰ סנהדרין מט ע"א. התלמוד אומר שמשום כך אבנר (שהיה מעבדי שאול) נקרא "צדיק וטוב", בפסוק במלכים א' ב, לב. הדברים מובאים ברד"ק, מלכים שם.

²¹ לעיל, ליד ציון הערה 14.

²² מדרש תהלים (שוחר טוב) מזמור נב, אות ד. כמו כן בסנהדרין קו ע"ב, נאמר: "אמר לו הקדוש ברוך הוא לדואג הרשע: מה לך לספר חקי? כשאתה מגיע לפרשת מרצחים ופרשת מספרי לשון הרע מה אתה דורש בהם?". בסנהדרין שם נאמר שדואג מת בגיל 34, כעונש.

אבל רד"ק שמואל א' כב, יט, כותב ששאלו לא נענש על הריגת כהני נוב "כי חייבים היו הכהנים, ולא נגלה בכתוב עונם". אברבנאל שם מסביר "ששאלו חשב שהיו הכהנים האלה מזרע בית עלי, ושלכן חטאו בדבר דוד בהיותם רעים וחטאים לה' מאד, ושלכן היה מהצדק שימותו כלם אחרי היותם מקוללים מפי ה'".

²³ סנהדרין מט ע"א. שם נאמר שהוא לא נהג בהתאם לדרשה (ליד ציון הערה 14) האוסרת קיום פקודה הנוגדת את התורה, ורש"י (ד"ה והוא) מסביר שהכוונה למה שעשה לאוריה.

²⁴ ים של שלמה, בבא קמא, פרק ז סימן לג. הוא מביא ראיה מקידושין מג ע"א שיואב ידע ולכן נענש - עיי"ש.

הוא דוחה בזה את דברי נימוקי יוסף, בבא קמא כט ע"א (בדפי הרי"ף), הכותב שיואב חשב שפקודת דוד היתה חוקית.

אבל ים של שלמה מעיר שלפי אחת הדעות בקידושין שם, אוריה החיתי היה חייב מיתה מדין מורד במלכות, ואם כן גם יואב לא עבר עבירה, ודעה זו חולקת על סוגיית סנהדרין. כנגד זה, הגהות יעב"ץ, סנהדרין מט ע"א, כותב שיואב לא ידע שאוריה היה מורד במלכות. כנראה, הוא מתכוון לומר שאין מחלוקת בין הסוגיות, ויואב נענש אף שהפקודה היתה חוקית, כיון שלאור הנסיבות שהיו ידועות לו לא הייתה סבירות להנחה שהפקודה מוצדקת. מכאן שלדעתו המקיים פקודה שנראית בלתי-חוקית בעליל, ייענש על כך גם אם באמת היתה חוקית. דבר דומה מצאנו בנוזר כג ע"א: מי שהתכוון לאכול בשר חזיר, ולמעשה אכל בשר כשר, צריך כפרה.

ש"ך, חושן משפט, סימן שמח, ס"ק ו, מצדיק את נימוקי יוסף, האומר שיואב חשב שזה פקודה חוקית, והוא משיב לטענת מהרש"ל כך: "כיון שכתב לו דוד כן, היה מוכרח לעשות כן, לפי שהיה סבור שדוד הרגו כדין, כי **אולי** היה מורד במלכות, ומה שהמציא לו תחבולה להורגו ולא הרגו כפשוטו על פי סנהדרין - **אולי** היה לו לדוד איזה טעם". אבל הוא אינו דן באחריותו של יואב, ואינו מזכיר את סוגיית סנהדרין, שלפיה יואב נענש, ואולי הוא סובר שהיא נדחית מפני הדעה בסוגיית קידושין, שלפיה הפקודה היתה חוקית, ויואב אכן לא נענש על כך.

שלא היה נתחייב אוריה מיתת בית דין, בדין סנהדרין, שהיה ראוי להמית עליו, מדהמציא [=דוד] עליו תחבולה להמיתו בחשאי ובסתרי?'. עולה מדבריו שיואב נענש על מעשה זה. אבל אין להסיק מסוגיה זו שבכגון זה מוטלת אחריות פלילית מלאה על המבצע פקודה בלתי חוקית, כאילו עשה את העבירה מיוזמתו. על יואב לא היה בכלל מקום להטיל אחריות פלילית מלאה, שהרי מה שעשה היה הריגה בגרמא, שאין עליה עונש מיתה גם במי שעושה כן מיוזמתו²⁵.

ד. פקודה לפגוע באזרחי אויב - האם זו "פקודה בלתי-חוקית בעליל"?

לא כאן המקום לעסוק בשאלת חוקיותן של פקודות פרטניות שעשויות להינתן לחיילים. אולם, מן הדין להיזקק לשאלת הפגיעה ב"חפים מפשע" אגב פעולה צבאית, בשל שכיחותה ומקומה היסודי בסוגיה זו.

המשפט העברי מתיר פגיעה באזרחי אויב כשיש בכך צורך בטחוני, כולל הרתעה ותגמול²⁶. הרב הראשי לישראל, ר' יצחק אייזיק הלוי הרצוג, התלבט קשות בשאלה זו, אך נטיית דבריו ברורה²⁷: "שאלתכם כנראה מכוונת לגבי פעולות תגמול, כגון שידוע שירו גויים על יהודים נוסעים לדרכם, ובזמנים רגילים ודאי הייתי אומר שאם קרה מקרה והתנפלו גויים על יהודי והרגוהו ולא נמצא הרוצח, ודאי שאסור להרוג סתם גוי תחתיו. אבל בשעת מלחמה המצב הוא אחר. והכוונה היא שלא יחשבו האויבים שיהרגו יהודים סתם ללא נשק איתם וימלטו חפשי, ואנחנו נהיה מוכרחים על פי מוסר תורתנו הקדושה להימנע משפיכת דמים כזו. זהו כבר ענין אחר, שעל ידי כך שיראו שאנחנו משיבים להם כגמולם, ייתכן שיימנעו ממעשים כאלו מחוץ לרקע של קרב, ולא עוד אלא שההמון עצמו ישפיע עליהם לחדול מרציחות כאלה... לא ימלאני לבי להחליט בזה... והרבה תלוי בחקירת הענין מצד ההשפעה על מהלך המלחמה... וצריך להתיישב בדבר הרבה".

אשר לספקות שמעלה הש"ך, מהרש"ל סבור כנראה שהם ספקות רחוקים, ויואב לא היה יכול לטעון שחשב שהפקודה חוקית בהסתמך עליהם.

ספר המקנה, קידושין מג ע"א (ד"ה בתוד"ה מורד), מסביר את דעת נימוקי יוסף (שהוא מכנה "רמב"ן בטעות), על פי האמור סנהדרין שם שיואב לא ידע את הדרשה (ליד ציון הערה 14) האוסרת מילוי פקודה שנוגדת את התורה - לכן היה שוגג בהריגת אוריה, למרות שידע שהפקודה נוגדת את התורה. כנראה הוא מבין שהביקורת שהסוגיה בסנהדרין מותחת על יואב היא רק על כך שלא ידע את הדין, אבל אינה מתכוונת לומר שהוא נענש על כך, שהרי היה שוגג.

רד"ק מלכים א' ב, לב, מבאר את הביקורת של חז"ל על יואב כך: "ויואב לא דרש כן [מ"רק חזק ואמץ"] כי כיון ששלח לו דוד לסבב מיתת אוריה, עשה כן מיד". כלומר, היה צריך ללמוד מהדרשה שאין לקיים פקודה הנוגדת את התורה, והוא לא עשה כן אלא קיים את הפקודה. לכאורה, אפשר לפרש את כוונת הרד"ק בשים לב למלת הסיום "מיד", שהיה צריך להמתין ולברר אם הפקודה חוקית. אבל פירוש זה לא ייתכן, שהרי הרד"ק אומר שיואב סבר שצריך לקיים גם פקודה לא חוקית, כיון שלא דרש את הדרשה.

²⁵ להלן, ליד ציון הערה 63, נראה שמי שמילא פקודה לא חוקית משום שהתרשל וחשב שהיא חוקית, נושא באחריות פלילית. אבל שם העונש הוא גלות, כדין שוגג, ואין ללמוד משם שמי שמלא בידועין פקודה בלתי חוקית, נושא באחריות פלילית מלאה כמוזיד.

²⁶ ליחס הדו-משמעי לפעולות תגמול הקיים במשפט הבינלאומי, ראה: Encyclopedia of Public International Law, Vol. 3, p. 95; von Glahn, Law Among Nations, 5th ed., p. 562-565. ראה גם לעיל,

ליד ציון הערה 47.

²⁷ ר' יצחק אייזיק הלוי הרצוג, פסקים וכתבים, שו"ת, או"ח, סימן נב, עמ' רלד.

ר' שאול ישראלי, חבר מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקני יותר²⁸: "לא מצינו במלחמה גם חובה לדקדק ולהבדיל בין דם לדם... במהלך המלחמה, כשצרים על העיר וכיוצא בזה, אין שום חובה ואין גם אפשרות לדקדק בדבר... היוצא מכל זה, שיש מקום לפעולות תגמול ונקם נגד צוררי ישראל ופעולה שכזאת היא בגדר מלחמת מצוה. וכל אסון ופגע שקורה לפורעים ולבעלי בריתם ולילדיהם, הם הם שערבים לזה, והם עוונם יישאו. ואין שום חובה להימנע מפעולות תגמול מחמת חשש שייפגעו בזה חפים מפשע, כי לא אנו הגורמים, כי אם הם עצמם, ואנחנו נקיים. אכן לפגוע לכתחילה בכוונה בילדים - כזה לא מצינו".

מכיון שהמשפט העברי, בדומה למשפט הבינלאומי, אינו אוסר באופן גורף פגיעה באזרחים במהלך מלחמה, ומתיר אותה על פי שיקול צבאי כשיש בכך תועלת ביטחונית. לכן לא כל פקודה הכוללת פגיעה באזרחים היא "בלתי-חוקית בעליל". רק במצב שלאור הנסיבות שהיו ידועות לפקוד, האפשרות שפקודה זו הייתה מוצדקת על ידי תועלת ביטחונית הייתה בלתי-סבירה לחלוטין, הפקודה תוגדר בלתי-חוקית בעליל²⁹.

פרק רביעי: צו שאי-חוקיותו אינה ברורה

א. עמדת החוק

כפי שראינו, הגנת הצידוק נשללת ממי שמקיים צו שהוא בלתי-חוקי בעליל, היינו שאי-חוקיותו "דוקרת את העין ומקוממת את הלב". אפשר להבין מזה מי שציית לפקודה בידועו שהיא בלתי-חוקית, פטור מאחריות פלילית, כל עוד היא אינה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב"³⁰. ביסוד הגנת הצידוק בכגון זה עומדות שתי הצדקות³¹: האחת, עידוד ההישמעות לרשויות מוסמכות בכלל, וביסוס המשמעת הצבאית אשר מהווה תנאי הכרחי לתפקוד המערכת הצבאית, בפרט³²; והשנייה, הקושי לייחס אשם להתנהגותו של המציית לצו של הממונה עליו

²⁸ עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה.

אבל ר' יעקב אריאל, "הפרת פקודה משום מצוה או שיקולים מוסריים", תחומין ד, עמ' 178-179, כתב שעונש קבוצתי לאוכלוסיה אזרחית ביהודה ושומרון אינו מוצדק, כי הערבים שבשליטתנו אינו בגדר עם הלוחם נגדנו, ולכן מותר לסרב לפקודה, פרט למקרים חריגים הנעשים ע"י שקול קר ומפוכח של הדרג המדיני.

ראה גם ר' יעקב אריאל, "חרבות אתים", תחומין ד, עמ' 189, ור' יועזר אריאל, "הענשת נוכרים", תחומין ה, עמ' 350.

²⁹ בכך עולה פסיקת המשפט העברי בקנה אחד עם דברי פרופ' קרמניצר והגישה האמריקאית שראינו לעיל, ליד ציון הערה 44.

³⁰ לפי המשפט הישראלי, לא רק שהממלא פקודה כזאת פטור אחריו פסלילית, אלא הוא אף חובה לציית לה - ראה ע' פרוש, "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור", עיוני משפט טו (תש"ן), עמ' 252 הע' 12.

³¹ ע' פרוש, שם, 250-251; ע' פרוש, ציות, אחריות והחוק הפלילי - סוגיות משפטיות בראי פילוסופי, 74-73 (1996).

³² רבין וואקי, לעיל הערה 2, בעמ' 825-826, ובפסקי הדין המובאים בה"ש 19 שם.

כל עוד אין מדובר בצו בלתי-חוקי בעליל (בדומה, במידת מה, לרציונאל של הגנת הכורח³³). אין זה מוצדק להטיל אחריות פלילית על מי שהסתמך על צו מפקדו (או רשות מוסמכת אחרת), בהניחו שהמפקד הוא בעל ידע עדיף ושלא היה מצווה עליו לפעול בניגוד לחוק. אדם זה איננו "מפר חוק" קלאסי, שכן רשאי היה להניח שגם פקודה הנחזית כבלתי חוקית הינה חוקית במקרה הקונקרטי בשל חיוניותה למילוי תפקידה של הרשות המצווה.

ההצדקה הראשונה קיימת בעיקר במסגרת צבאית, ואילו ההצדקה השנייה קיימת גם לגבי צווים של רשות אזרחית.

ההצדקה הראשונה, בדבר חשיבות המשמעת הצבאית, ניתנת להפרכה: ציות של פקוד למפקד, כשהוא יודע שדבריו סותרים את החוק, כמוה כהעדפת פקודה של מפקד זוטר על פני פקודה של מפקד בכיר יותר, שהרי החוק הוא פקודה של הגוף המחוקק, בעל הסמכות העליונה במדינה. יוצא איפוא שציות לפקודה בלתי-חוקית, גם כזאת שאינה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב", פוגעת במשמעת הרצויה³⁴. משם כך, סבר פרופ' ש"ז פלר³⁵ שיש להרחיב את ההגדרה של "פקודה בלתי חוקית בעליל", וממילא לצמצם את ההגנה הניתנת למי שמילא פקודה בלתי חוקית, משום שלצורך המשמעת הצבאית נדרש דווקא **אי ציות** לפקודה בלתי חוקית.

אך לפי ההצדקה השנייה, המעוגנת בשיקולי צדק ומוסר והמבוססת על אמינותו של המפקד, צמצום הגדרתה של "פקודה בלתי-חוקית בעליל" לפקודה "הדוקרת את העין ומקוממת את הלב", אכן מתקבל על הדעת. אמנם, במקרה (הנדיר) שמפקד יצווה על פקודו לעשות פעולה מסוימת ויודיע לו במפורש שהפקודה בלתי-חוקית ואין לה הצדקה, אסור לפקוד למלא אותה גם אם אין בה דקירת עיניים. אולם בנסיבות רגילות, שייתכן שיש לפקודה הצדקה ביטחונית או מבצעית³⁶, זכאי הפקוד ליהנות מהגנת הצידוק אם ציית למפקדו, כל עוד הפקודה אינה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב", שאז אין מקום לספק, וברור שלפקודה זו אין הצדקה.

בבואו להכריע האם הפקודה הייתה שלא כדין בעליל, מתחשב בית המשפט, בין היתר, בגורמים הבאים: (א) דרגתו הצבאית של נותן הפקודה ושל מקבל הפקודה, והבדל הדרגות שביניהם... (ב) האם היה למקבל הפקודה יסוד לאמונה סבירה שלמפקדו, נותן הפקודה, ידועות עובדות

³³ יש הטוענים שמן הראוי היה להרחיב את היקף התפרסותה של הגנת הכורח לסיטואציות מסוימות המוגדרות כציות לפקודה בלתי-חוקית בעליל. ראה על כך: א' שטרומן, "הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי-חוקית בעליל", **משפט וצבא** 18 (1988).

³⁴ סטיפן, History of the Criminal law of England עמ' 205, צויין בפס"ד עופר ואח' נ' תצ"ר, עמ' 410.

³⁵ ש"ז פלר, "צו בעלילי שלא כדין השולל את סייג הצידוק", עיוני משפט טו (תשן) 217, בעמ' 221.

³⁶ פלר, שם, עמ' 225, כותב שאם מילוי צו בלתי-חוקי היה "בתנאים של סייג הצורך או הכורח... הדין ייחרץ על פי תחולת סייגים אלה, ואין מקום לחפש את הפיתרון במישור סייג הצידוק". אולם נראה שסייג הצידוק אכן רלוונטי, אם מתברר, לאחר מעשה, שלא הייתה לפעולה הצדקה על יסוד סייג הצורך, אך הפקוד שמילא את הפקודה האמין בשעת מעשה שלמפקד שפקד עליו יש מידע שהיה מצדיק, משיקולי צורך, את הפקודה.

הנוגעות לשאלת חוקיותה של הפקודה, שאינן ידועות לו, למקבל הפקודה"³⁷. (ג) משך הזמן שעמד לרשות הפקוד כדי לברר אם הפקודה שקיבל הינה חוקית אם לאו³⁸.

פלר ניסה לקבוע כלל המגדיר מהי פקודה בלתי-חוקית בעליל³⁹, אולם הוא סייג אותנו תוך כדי דיבור: "מילוי פקודה לפגוע בשלמות גופו של אדם לשם הענשה והרתעה הוא מעשה שנופל לפי הדין המצוי בגדר עבירה פלילית... אין בסמכותו של כל גורם להתיר את האיסור הפלילי הזה **שלא לצרכי מלחמה**"⁴⁰ [ההדגשה אינה במקור].

בית הדין הצבאי, בפרשה המכונה "גבעתי א", הרחיק לכת בקביעת כלל דומה: "אנו קובעים חד משמעית שפקודה הבאה לפגוע בחייו של הזולת או בשלימות גופו תיחשב לבלתי-חוקית בעליל, אלא אם חייל סביר, בנעליו של מקבל הפקודה, היה מודע לצורך צבאי ברור וחד משמעי, המאפיין את פליליותה של אותה הוראה"⁴¹. קביעה זו תמוהה. היעלה על הדעת שטוראי יסרב פקודה לפגוע באויב כל עוד לא הוסבר לו הצורך הביטחוני והאסטרטגי שעמד לעיני המטכ"ל בקבעו את נחיצות הפעולה? עוד קבע אותו בית הדין: "הכאה לצורך הרתעה היא לא צורך צבאי, וכל חייל, תהא דרגתו אשר תהא, אמור להבין זאת". בכך שלל בית הדין את הלגיטימיות של פעולות תגמול, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, שלילה העומדת בניגוד לאסכולה הרווחת במשפט הבינלאומי.

נראה שמסיבה זו נמנע בית המשפט לערעורים, שדן באירועי כפר קאסם, מלקבוע כללים חד-משמעיים: "בסופו של דבר, הכל תלוי במסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ואין לקבוע כללים נוקשים. אחר שהושמו כל הגורמים הללו על כף המאזניים, יש לשאול את השאלה המכרעת: האם בהתחשב עם כל הגורמים האלה⁴² הייתה הפקודה חייבת להיראות בלתי-חוקית בעליל בעיני מקבלה?"⁴³.

אפילו פעולה כגון הטלת פצצת אטום על הירושימה, שבנסיבות רגילות הייתה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב", תחשב למוצדקת או סבירה בנסיבות מלחמתיות מיוחדות. גם אם זו פקודה שדוקרת את עינו של החייל ומקוממת את ליבו, הוא יוכל להעלות אפשרות שהיא מוצדקת עקב נסיבות שהוא אינו מודע להן.

כך, לדעת פרופ' מ' קרמניצר, חייל פטור מלציית לפקודה רק "כאשר המצב הוא כזה שבו אין להעלות על הדעת, באופן סביר, כי יש טעם צבאי העשוי להצדיק את הפעולה"⁴⁴.

³⁷ עופר ואח' נ' תצ"ר, עמ' 412; תובע צבאי נ' רס"ן מליניקי ואח', עמ' 214; בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265, 281-283 (2001).

³⁸ סטיפן, History of the Criminal law of England עמ' 205, צויין בעופר ואח' נ' תצ"ר, פסקה 66 עופר ואח' נ' תצ"ר, שם.

³⁹ לדעת ע' פרוש, שם, עמ' 269-271, ראוי להגדיר זאת מראש בגלל עמימות גבולות אי-המוסריות המצדיקים סירוב פקודה הם עמומים.

⁴⁰ פלר, שם, עמ' 239.

⁴¹ גזר הדין, גבעתי א, קטע 3, תיק דר/88/248 מובא בפלר, שם, עמ' 227.

⁴² עיין לעיל, ליד ציון הערה 32.

⁴³ עופר ואח' נ' תצ"ר, סוף פסקה 70, עמ' 413.

⁴⁴ מ' קרמניצר, "הגנת הצידוק בשל ציות לפקודות בלתי-חוקיות - תקציר סימפוזיון", משפטים כ (תשנ"א) 591, בע' 612. דבריו הם הפך גזר הדין בגבעתי א', שהובא ליד ציון הערה 41.

שיטה אחרונה זו תואמת את הגישה האמריקאית לפיה פקודה היא בלתי-חוקית בעליל רק אם היה צריך להיות ברור לפקוד שאין לה תועלת ביטחונית **כלשהי**. לדוגמה, טייס שקיבל פקודה להפציץ מרבץ תחמושת אינו אמור להעריך את נחיצות הפצצה למאמץ המלחמתי.⁴⁵ אם קיבל פקודה להפציץ כפר מסוים, הוא אינו צריך לשפוט אם אמנם יש סכנה, וכמה כוח צריך להפעיל, ואת סבירות הכוח יחסית למטרה שהוא ישיג; ורק אם הוא יודע שהפקודה בלתי חוקית, כגון שהוא יודע שבכפר הנידון יש רק ילגדים תמימים, יש להענישו על ביצוע הפקודה.⁴⁶

לפי הוראות צבא ארה"ב (משנת 1956), לפני שבית הדין מגדיר פקודה כ"בלתי-חוקית בעליל", עליו לשקול אם ייתכן שהחייל שציית לה היה סבור שהיא באה כתגמול לגיטימי.⁴⁷

כך קבע השופט האנגלי סטיפן⁴⁸, שחיילים שפתחו באש על המון פרוע על פי פקודה, זכאים להגנת הצידוק אף אם ההמון לא הפעיל אלימות מסוכנת, משום שההנחה, שלמפקדם היה מידע שהצדיק את ההוראה, לא הייתה בלתי-סבירה לאור הנסיבות.

לפי המשפט האמריקאי, אזרח שנענה לפניית שוטר לסייע לו בלכידת עבריין בורח, לא יישא באחריות פלילית, גם אם לאחר מעשה יתברר שהמעצר אינו חוקי, בתנאי שהוא לא חשב שהמעצר אינו חוקי; אבל אם האזרח פעל מיוזמתו, הוא פטור רק אם חשב שהמעצר חוקי, ורק אם המעצר היה חוקי אילו העובדות היו כפי שחשב שהן.⁴⁹ ההבדל בין המקרים נובע מכך שרק למעשה של רשות מוסמכת יש חזקת חוקיות.

מבחן "הדגל השחור" שנקבע בפסה"ד בעניין כפר קאסס נזנח במהלך השנים בפסיקה. כיום שני המבחנים המנוגדים ל"פקודה בלתי חוקית בעליל" הם אלו שנקבעו בפרשת גולני⁵⁰ ובפרשת גבעתי א'⁵¹.

⁴⁵ Paul Robinson, Criminal Law Defenses, West Publishing Co. 1984, Vol. 2, p. 212.

⁴⁶ שם, עמ' 427.

⁴⁷ מצוטט ב: Telford Taylor, Nuremberg and Vietnam, p. 50.

⁴⁸ לעיל, הערה 34.

⁴⁹ Model Penal Code §3.07(4).

לפ חוק העונשין, סעיף 263, חובה על כל אדם לציית לעובד ציבור או לשוטר המצווה עליו **כדין** לסייע לו. שו"ת חתם סופר חושן משפט סימן קעז, אות ג, כותב שבמצבים מסוימים כל אדם מוסמך לאכוף את דיני התורה: מחאה ופגיעה בעוברי עבירה, ואכיפת פסק דין של בית דין על מי שמסרב לציית לו. אבל הוא לא כתב שסמכות זו כוללת פטור מאחריות.

⁵⁰ צפ 556/88 התובע הצבאי נ' סג"מ שריקי (לא פורסם).

⁵¹ לעיל, הערה 41.

ב. עמדת המשפט העברי

המשפט העברי מדגיש את אמינותם של בעלי סמכות ואת הלגיטימיות של ההסתמכות עליהם⁵². מכאן מכיר המשפט העברי בהגנת הצידוק גם לגבי צו שאינו חוקי, אם מקיים הצו לא ידע שאינו חוקי, וזאת על יסוד הנימוק השני שנוכר לעיל, דהיינו משיקולי צדק. כנוכר לעיל⁵³, נימוק זה כוחו יפה לא רק לגבי פקודה צבאית, אלא גם לגבי פנייה של רשות אזרחית, גם פנייה שאינה בגדר צו. ההנחה היא שהאזרח רשאי היה לסמוך על צו הרשות ועל הפנייה, מתוך ההנחה שהצו או הפנייה אינם עומדים בניגוד לדין. אם הוא עבר עבירה בעקבות הציות לצו, הוא נחשב אנוס, ופטור גם אם התברר שטעה (טעות מוצדקת) ושלא הצו לא היה חוקי⁵⁴.

מלך זוכה לאמינות מיוחדת, כחלק מתפקידו. כך כותב ר' יצחק אייזיק הלוי הרצוג⁵⁵: "מפני שהוא מיוחד לתפקיד זה לשמור על עניני המדינה... יש לסמוך עליו שיחליט כראוי בישיבה אחת עם שר הצבא ושר המלחמה על המצב".

אמינות זו נובעת מן החובה המוטלת על הציבור למנות מלך⁵⁶, ובימינו - לקיים שלטון ממשלתי השואב את הסמכות מהעם⁵⁷. כמו כן, עליו להקים בתי דין ולהעמיד משטרה⁵⁸. חובה זו אינה מיוחדת לישראל. כל אומה מתוקנת מקימה מוסדות אלה לשמירת הסדר והמשפט⁵⁹. בחובה זו כרוכה גם הענקת אותו האמון ההכרחי לקיום התפקידים השלטוניים.

גם האמון שניתן בבעל דרגה צבאית גבוהה על פני בעל דרגה נמוכה יותר, על אף חריפותו ובקיאותו של השני, מקורו בחובה זו, הגוזרת הסתמכות על שיקול דעתו של מי שאחראי מטעם המלך, ובימינו - מטעם הממשלה⁶⁰.

אם כן, חובת הציות של מי שמקבל פקודה מרשות המוסמכת לכך, גם כשמתעורר ספק לגבי חוקיות הפקודה, אינה נובעת מהרצון לחזק את המשמעת ביחס לרשויות המוסמכות (ההצדקה

⁵² שו"ע חושן משפט, סימן ה, סעיף ה, פוסק ששליח בית דין נאמן לומר שבעל דין ביזה אותו. שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יא, סעיף א, פוסק שמנדים את בעל הדין על סמך דברים אלו של השליח, אבל אין כותבים כתב נידוי על סמך דבריו, מפני שבכך יחויב המנודה לשלם שכר סופר, ואין מוציאים ממון על פי עד אחד. גם לגבי שליח בית דין ניתן לומר שאמינותו נובעת מהמצוה למנותו, שכלולה במצוה למנות שוטרים (ספר המצוות לרמב"ם, עשה קעו), ע"פ לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן לו (ב) (במהד' תשי"ז = סי' מז במהד' תרפ"ד = סי' נד במהד' תשע"ג), אות ד, האומר ששליח בית דין נחשב שוטר; ואמינות זו נחוצה לביצוע מוצלח של תפקידו.

⁵³ בקידושין עד ע"א, נאמר שלדין, מתוקף תפקידו, יש אמינות מיוחדת, הגדולה מזו של עד רגיל, להעיד על פסק דינו. ראה על כך בירור הלכה, קידושין שם, ציון א.

⁵⁴ לעיל, ליד ציון הערה 31.

⁵⁵ ואכן, יש שטענו שסייג הצידוק הוא מיותר, שכן המקרים המכוסים על ידו יכולים להיכלל בסייגי הטעות, הצורך והכרח - ראה פרוש, עמ' 268.

⁵⁶ חוקה לישראל על פי התורה, כרך א, עמ' 133.

⁵⁷ ספר המצוות לרמב"ם, עשה קעג.

⁵⁸ שו"ת משפט כהן, סימן קמד.

⁵⁹ ספר המצוות לרמב"ם, עשה קעו.

⁶⁰ ראה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רח.

⁶⁰ לדעת ר' יצחק קופמן, "הצבא כהלכה - הלכות מלחמה וצבא" (תשנ"ג), עמ' קנג, במצב של מחלוקת בין מפקד יחידה לבין קצין מקצועי תחת פיקודו בנושא שבתחום מומחיותו של הקצין המקצועי, על החייל הדתי להעדיף את שיקול דעתו של הקצין המקצועי. אבל אין דבריו נראים: העדפת חוות דעתו על פני פקודתו של המפקד יש בה משום ביטול מצוות "שום תשים עליך מלך", המקנה אמינות יתירה לשיקול דעתו של המלך ושל מי שאחראי מטעמו, ובמקרה זה, מפקד היחידה.

הראשונה הנ"ל), אלא מהאמון הניתן בנותן הפקודה ומההנחה שהוא ממלא את תפקידו כיאות (ההצדקה השנייה). מכאן, שאם המפקד מודיע מפורשות לפקודו שאין הצדקה חוקית לפקודתו, או שברור שלא תיתכן הצדקה לפקודתו, על הפקוד לסרב לה.

מדברי מהרש"ל⁶¹ עולה שאם אין הוכחה שהפקודה אינה חוקית, הפקוד רשאי וחיוב לקיים אותה, ויהיה פטור מאחריות פלילית על כך. עם זאת, אומר ר' שלמה גורן⁶² שמוטלת על הפקוד חובה לברר את חוקיות הפקודה: "מפקד הנותן פקודה הכרוכה עם חילול שבת... על החייל לדרוש ממפקדו שיוודעו אם המצב הבטחוני אינו מרשה דחיית הפעולה, או אם אי-ביצועה עלול להביא לפגיעה במצב ביטחון". ואולם, עדיין עומדת בעינה השאלה האם חייל שפעל על פי הוראות מפקדו, וחילל שבת שלא כדין, וידע על כך או לא ידע על כך, יהיה פטור מעונש על חילול השבת בשל הגנת ה"צידוק".

ג. ציות ברשלנות לפקודה בלתי-חוקית

מה דינו של אדם שקיבל פקודה המבוססת על מידע מוטעה, או על טעות של הרשות הפוקדת, והייתה לו אפשרות לוודא את המידע שעליו התבססה הפקודה, אך הוא ביצע את הפקודה בלי לעשות כן? האם היה מותר לו להסתמך על ההנחה שהרשות הפוקדת בדקה את המידע שבידיה בטרם נתנה את הפקודה, או שמא נחשב הוא לרשלן? בדברי הפוסקים ניתן למצוא תשובה לשאלה זו.

המשנה מסכת מכות⁶³ מפרטת את הליך הלקאתו של המחויב במלקות על ידי "חזן הכנסת". המשנה דנה במצב שהמחויב מלקות מת עקב המלקות: "ואם מת תחת ידו - פטור. הוסיף לו עוד רצועה אחת ומת - הרי זה גולה על ידו". אולם התלמוד במסכת בבא קמא⁶⁴ עושה הבחנה בעניין זה: אם הוסיף ביודעין מכה מעבר למניין המכות שנקבע, הוא בגדר "שוגג הקרוב למזיד", שאינו גולה מפני שלא די בגלות כדי לכפר על חטאו. רק אם הוסיף את המכה בגלל טעות במנין המכות, הוא בגדר שוגג, וחיוב גלות, ובכך עוסקת המשנה. והתלמוד מדגיש שהטעות במניין

⁶¹ ליד ציון הערה 24.

כמו כן, ר"י אריאל, "הפרת פקודה משום מצוה או שיקולים מוסריים", תחומין ד, עמ' 178, כותב שמותר לקיים פקודה לחלל שבת גם אם החייל אינו יודע אם יש הכרח אובייקטיבי לחלל את השבת.

⁶² ר' שלמה גורן, "פסקי הלכות צבא", עמ' 62.

וראה ר' יהושע בן מאיר, "תוקפן של הוראות בטיחות בצה"ל", תחומין ד, עמ' 251.

⁶³ מכות כב ע"ב.

אם הכה ארבעים מלקות: רש"י מכות ח ע"א (ד"ה ושליח ב"ד) כותב ששליח ב"ד שהכה ארבעים מלקות, ומת הלוקה, פטור מגלות. מרכבת המשנה הלכות רוצח ה, ו וליקוטי הלכות מכות ח ע"ב (דף ו ע"ב בדפי הספר) מפרשים את דברי רש"י כפשוטם, שהלקה ארבעים, כלומר מכה אחת יותר מדין התורה ומכל מקום פטור הוא מגלות. גם רדב"ז, הלכות סנהדרין, יז, א, כותב שהוא פטור מגלות, מנמק, שמהתורה יש חיוב של ארבעים מלקות ורק חכמים אומרים שילקה ל"ט (כדברי הרמב"ם שם), ולכן המכה הארבעים נחשבת כמצוה. אבל אבן האזל הלכות רוצח ה, ו, כותב שכוונת רש"י היא שהלקה ל"ט מלקות ונקט "ארבעים" משום שזו לשון התורה. ראה עוד הערה 69, שיש שהבינו שהראב"ד פוטר אם הלכה בטעות ארבעים מלקות.

⁶⁴ בבא קמא לב ע"ב.

המכות מקורה בטעות של הדיינים, שהרי בהליך ההלקאה, "גדול שבדיינין קורא, והשני מונה, והשלישי אומר הכהו"⁶⁵.

הרי שאף על פי שהחזן עשה את מה שעשה בהסתמך על הוראת הדיין השלישי, הוא אינו נחשב אנוס, אלא הוא בגדר שוגג, ולכן הוא חייב גלות. טעם הדבר הוא, שיש בפעולתו משום רשלנות, וכדברי אחד הראשונים: "אנוס לא הוי, שהרי הכהו בכונה, ועוד דאיהו נמי יש לו לדעת לכוין החשבון"⁶⁶. ניתן, אפוא, להסיק מסוגיית התלמוד, שהגנת הצידוק איננה ניתנת במלואה למי שציית להוראה מוטעית, בעוד שהיה יכול לברר ולגלות שזו טעות.

הרמב"ם⁶⁷ פוסק כדברי המשנה: "ואם הוסיף רצועה אחת על האומד ומת - הרי החזן גולה".

אבל הוא מתעלם מהדגשת התלמוד שמקור הטעות היה בהוראת הדיין⁶⁸. ר' יעקב עטלינגר⁶⁹

⁶⁵ בבא קמא שם.

ערוך לנר, מכות ח ע"א (ד"ה ברש"י ד"ה ושליח ב"ד), מבין מזה שאם טעה המכה מעצמו, ושלא מחמת הדיינים, והכה יותר, אינו גולה, מפני שהוא קרוב למזיד. אבל דבריו קשים, שהרי לא ייתכן שיטעה מעצמו, שהרי הוא מכה רק כשהדיין השלישי אומר לו להכות, וזו הסיבה שהתלמוד מדגיש שטעה הדיין. הוא כותב כאילו חידושי הריטב"א, מכות כב ע"ב, כותב כדבריו. לאמתו של דבר, הריטב"א כותב "אבל לא טעה דיינא במניינא, קרוב למזיד הוא, ואין לו כפרה בגלות, שהיה לו לחוש שמא ימות במכה האחת היותר על האומד", וכוונתו היא למקרה שהמכה הוסיף מכה בידועין, ולא שטעה מעצמו.⁶⁶ תוספות תלמיד רבינו תם, בבא קמא לב ע"ב, ד"ה דטעה (נדפס בספר שיטת הקדמונים).

איילת השחר, בבא קמא לב ע"ב, מסכים אתו.

⁶⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק טז, הלכות יא-יב.

אפשר לעשות הבחנה בין סוגים של תוספת רצועה, לאור הכלל שעונש המלקות המרבי הוא 39 מלקות, אך אם בית הדין אמד את מצב בריאותו של הלוקה והגיע למסקנה שלא יוכל לספוג את השיעור המרבי, הוא יקבל פחות מ-39 (רמב"ם, הלכות סנהדרין, יז, א). חזן בית הדין אינו מודע לאומד בית הדין. על כן, אם הוסיף החזן, בגלל טעות הדיינים, רצועה אחת על האומדן (ולא יותר מ-39), הוא אנוס, משום שגם אילו ספר החזן בעצמו, לא יכול היה לדעת שמכה זו חרגה מהאומדן (זאת כגון שהאומדן היה 15, לדוגמה, ואחרי 15 מכות, הדיין מנה "שש עשרה"; ואף שאומדן הוא תמיד כפולה של שלש, כדברי רמב"ם שם, הלכה ב, הרי יתכן שהחזן חושב שהאומדן היה 18, ובפועל מת אחרי ה-16; אבל אם טעה הדיין באופן הספירה, כגון שמנה מספר שמונה פעמיים, החזן אינו אנוס כי היה צריך לשים לב לכך, אם אם כן נאמר שעל החזן להאזין לקריאתו של הדיין השלישי: "הכה", ולא למנין של הדיין השני). לעומת זאת, אם הוסיף החזן, בגלל טעות הדיינים, יותר מ-39 מלקות, אינו אנוס, שכן אילו ספר לעצמו היה מגלה את הטעות. אפשר לעשות אותה הבחנה לגבי מקרה שהוסיף מעצמו: אם הוסיף מעצמו על 39, הוא שוגג הקרוב למזיד ואינו גולה, ואילו אם הוסיף מעצמו רק על האומדן (ולא יותר מ-39), הוא שוגג (כי לא ידע כמה האומדן, ולא היה צריך לחשוש שהלוקה ימות מהתוספת) וגולה. הבחנה דומה ראה בהערה 69, בדעת הראב"ד. לכאורה אפשר ליישב כך מדוע הרמב"ם סטה מדברי התלמוד: התלמוד מדבר במי שהוסיף על 39, ולכן אינו אנוס גם אם עשה כן עקב טעות הדיינים, ואם עשה כן מעצמו הוא שוגג קרוב למזיד, ואילו הרמב"ם מדבר במי שהוסיף "על האומדן", כלשונו, ולכן אילו עשה כן ע"פ הדיינים, היה פטור, ואם הוסיף מעצמו חייב גלות, ולכן הרמב"ם לא הזכיר שטעה הדיין. אבל קשה לומר כך, כי דרכו של הרמב"ם לפסוק לגבי המקרים הנידונים בתלמוד, ולא לפסוק לגבי מקרה שלא נידון בתלמוד במקרה המקרה שנידון.

⁶⁸ מאירי, בבא קמא לב ע"ב (ד"ה שליח), כותב שכוונת הרמב"ם היא שהוסיף בגלל טעות במנין של הדיין, ולא כתב זאת בפירוש משום שהוא פשוט.

ועי' ספרי דבי רב פרשת שופטים דף מח ע"א (ד"ה ואשר).

⁶⁹ ערוך לנר, מכות ח ע"א (ד"ה ברש"י ד"ה ושליח ב"ד). הוא מסביר שהרמב"ם הבין שהסוגיה בבא קמא אינה להלכה, מפני שהיא הולכת לפי הדעה שהנכנס לחנותו של נגר ברשות וניתזה בקעת על פניו ומת, הנגר פטור מגלות כי הוא נחשב שוגג קרוב למזיד, והוספת מכה במלקות דומה לכניסה לחנות ברשות; אבל הלכה היא שהנכנס לחנותו של נגר ברשות, הנגר חייב גלות (רמב"ם, הלכות רוצח, ו, יא), ואם כן גם החזן שהוסיף מעצמו מכה חייב גלות.

מה שערך לנר כותב שלפי הרמב"ם, אם טעה הדיין, החזן נחשב אנוס, הוא שלב נוסף (שאינו מתחייב מפסיקת הרמב"ם בהלכות רוצח שם) - כיון שאם הוסיף מעצמו הוא רק שוגג, אם טעה ע"פ דיין הוא יורד בדרגה, והוא אנוס.

גם שבות יעקב חלק ג סי' קמ, אור שמח רוצח ה, ו, וליקוטי הלכות מכות כב ע"ב (דף טז ע"ב בדפי הספר), מבארים שהרמב"ם פסק לגבי נגר שחייב גלות, ולכן המלקה חייב גלות גם אם הוסיף מכה

מדעתו. שבות יעקב כותב שלדעת הרמב"ם והראב"ד, אם הוסיף מכה בגלל טעות של הדיין במנין, פטור מגלות מפני שהוא עסוק במצוה של מלקות. ליקוטי הלכות כותב שלדעת רמב"ם, אם הוסיף מכה בגלל טעות של הדיין במנין, פטור מגלות מפני שהוא אנוס או קרוב לאנוס, והוא סובר שמה שנאמר בסוגיה שבכגון זה חייב גלות לא נשאר למסקנה, שהלכה לגבי נגר שחייב גלות.

שיטת הראב"ד: ראב"ד הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ה, הלכה ו, כותב (לפי גירסה אחת בדבריו) שאם הכה יותר ממה שאמדוהו ב"ד ומת הלוקה, פטור. לכאורה דבריו סותרים את דברי המשנה האחרונים מיישבים בדרכים אחדות:

שו"ת שבות יעקב חלק ג סי' קמ, מבאר שהראב"ד מדבר במי שהוסיף מכה מפני שהדיין טעה במנין, וסובר שהוא פטור מגלות מפני שהוא עסוק במצוה של מלקות, כפי שהובא בשמו לעיל בהערה זו.

קול הרמ"ז מכות פ"ב משנה ב שכוונת הראב"ד היא למי שהוסיף ביודעין, וחשב שלא ימות מזה, והוא מזיד ולכן אינו גולה. אבל שבות יעקב שם דוחה פירוש זה, שהרי הראב"ד אומר שזו כוונת המשנה במכות ח ע"א, ואילו במשנה מבואר שפטור משום עוסק במצוה.

אמרי הצבי ב"ק לב ע"ב (ד"ה ולחומר) כותב שהמשנה מחייבת רק מי שאמדוהו ל"ט מלקות, ובזה אם הוסיף רצועה אחת, לא קיים שום מצוה, ולכן גולה; והראב"ד מדבר במי שאמדוהו שלא יוכל לקבל את כל המלקות, ובזה אם הוסיף רצועה אחת על האומד, אינו גולה, כיון שבעצם הוא חייב ל"ט מלקות, אלא שהפחיתו את המכות כיון שאינו יכול לסבול את כולן, ולכן המוסיף נחשב עדיין לעוסק במצוה. הוא מביא ראיה לפירושו ממה שכתב הראב"ד "שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו" ולא כתב "יותר ממה שמחויב". גם אמבואה דספרי על ספרי זוטא ח"ב עמ' 537 אות מא (שזו טעות סבירה, לחשוב שהאומד היה גדול יותר), וזכר יצחק ח"א סימן סד, מבארים כך את הראב"ד. אבל משאת המלך, הלי רוצח שם, דוחה פירוש זה, לאור העובדה שאין הראב"ד משיג על הרמב"ם בהלכות סנהדרין טז, יב, הכותב "ואם הוסיף רצועה אחת על האומד ומת הרי החזן גולה".

ר' שמואל מנדלסון, שערי ציון שבט-אדר, תרפ"א, סימן כג (לבדוק), כותב בדעת הראב"ד להיפך: המשנה מחייבת במי שאמדוהו לפחות מל"ט מלקות, ובזה הדעת נותנת שכל מכה נוספת מסכנת את חייו, לכן המלקה חייב להזהר שלא לטעות במנין שלא יהרגנו, ולפיכך אם הוסיף אחת גולה; והראב"ד פטור במי שאמדוהו שהוא יכול לסבול את כל ל"ט המלקות, ובזה אין לחוש כל כך שימות אם יוסיפו לו מכה נוספת, ולכן אם הוסיף לו רצועה אחת ומת, אנוס הוא ופטור.

שו"ת חתם סופר אורח חיים סימן קעז, מסביר שהראב"ד פטור אם הכה מכה אחת יותר מהאומד, כתוצאה מכך שטעה במספר והיה סבור שמכה זו כלולה באומד, והטעם הוא, שתחילת ההכאה היתה למצוה; והוא מסכים עמו.

צפנת פענח הלכות כלאים פרק י, הלכה י (טו ע"ד-טז ע"א), מסביר את הראב"ד על פי הדין (מכות כב ע"א) שאם אומדים שהוא יכול לסבול 20 מכות (לדוגמה), מעגלים את המספר למטה, למספר שמתחלק לשלוש, דהיינו 18; ואם בכגון זה הוסיף אחד, הוא אנוס, שהרי היה אמוד לסבול 19, ולכן המכה פטור; ומה שהתלמוד אומר שאם הוסיף אחד חייב (או פטור מטעם שוגג קרוב למזיד) הוא אם אמדו שיכול לסבול רק 18, ובזה אם הוסיף אחד והלוקה מת, אינו אנוס, כי לפי האומד היה אמור למות מזה. כך נראית כוונתו.

בירור הלכה, מכות ח ע"א, מיישב ע"פ דברי רדב"ז הלכות סנהדרין יז, א (שהובא בהערה 63) הכותב שאם הכהו ארבעים ומת אינו גולה, כיון שלא עבר על כל תוספי "שהרי ארבעים היו ראויות לו מן התורה" - לכן פטור הראב"ד במי שאמדוהו ל"ט מלקות והוסיף אחת; והמשנה המחייבת היא במי שאמדוהו לפחות מל"ט, ובזה אם הוסיף רצועה על האומדן גולה, ובזה עוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין, טז, יב, ומשום כן לא השיג עליו הראב"ד שם.

אולם אבן האזל הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ה הלכה ו, כותב שיש ט"ס בראב"ד וצ"ל: לא יותר ממה שאמדוהו, ולכן פטור, והוא מסכים שאם הוסיף אחת בטעות, חייב.

טעות של הרשות: רבינו יהונתן מלוניל, מכות ח ע"א, כותב שאם טעו ב"ד באומדנא של הלוקה, ואמדו שהוא יכול לסבול כך וכך מכות, ומת, המכה פטור, כיון שעסק במצוה. כנראה הוא לומד כך ממה שנאמר במכות כי ע"א שאם לא טעה הדיין המנין, המלקה פטור, והרי העובדה שמת הלוקה מראה שלא היה מסוגל לקבל מספר זה של מלקות, ושהאומד שאמדוהו היה בטעות. מכל מקום אנו למדים מכאן שאם הרשות נתנה הוראה לא חוקית בטעות, מי שמילא את ההוראה (וגם הוא מן הסתם לא ידע שאינה חוקית), פטור.

שו"ת זכר יצחק חלק א סימן סד, כותב שלדעת רש"י, מכות ח ע"א (ד"ה ושליח), גם אם טעו באומד, השליח פטור מפני שזו מצוה. והוא כותב שגם לדעת הרמב"ם, הלכות רוצח, ה, ו, פטור, אבל מטעם אחר: כי נאמר בסנהדרין יח ע"א שמלקות באה במקום עונש מיתה, ולכן אין איסור בהריגתו, אלא שבכל זאת אומדים כי מצוה שיהיה חי כשהוא לוקה, ולכן אין מקום לחייבו על כך שמת, כיון שבאמת המלקות הוא מיתה, ובשביל המצוה שיהיה חי אין לחייב גלות; ורק אם הכהו יותר מהאומד, חייב, כי אז כבר נפטור מחיוב המלקות, כיון שכבר נתקיים העונש.

עניין אחר הוא דינו של מי שעבר עבירה על סמך הוראת בית דין, בטעות, שהדבר מותר, בלי שבית הדין **ציווה** עליו לעשות את המעשה, ואחר כך התברר שטעו. רמב"ם שגגות פרק ה, ה, ופרק יד, ג, פוסק שאם זו עבירה שהעובר עליה בשוגג מעצמו חייב להביא קרבן חטאת, הוא חייב להביא קרבן חטאת גם אם הסתמך על ההיתר של בית הדין. כך פסק גם מאירי, הוריות ב ע"א (ד"ה בית דין). שו"ת נודע ביהודה מהדו"ת, יו"ד סי' צו (ד"ה והנלע"ד), מבאר שאף שהיחיד לא היה צריך לחשוש שבית הדין טועה, אין

לומד מהתעלמות הרמב"ם, שאכן הרמב"ם מחייב את החזן בגלות רק אם היוזמה להוסיף רצועה הייתה שלו, אך אם מקור הטעות היה בדיינים - פטור החזן מגלות מטעם אונס: "הסברא נותנת, דבטעה הדיין במנין, השליח אינו גולה, **דאונס** גמור הוא, כיוון דעל פי הדיין לקה". נמצא שלדעת הרמב"ם, הגנת הצידוק ניתנת למי שציית להוראה מוטעית, גם אם היה יכול לברר ולגלות שזו טעות, ואין זו נחשבת רשלנות, כי היה רשאי לסמוך על אמינותה של הרשות.

יש להדגיש, שגם בהנחה שבשל רשלנות לא תעמוד לחזן הגנת הצידוק, אין הוא נחשב לרוצח במזיד אלא רק לרוצח בשוגג.

פרק חמישי: סיכום

לפי המשפט העברי, לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה, אם עשהו בהיענות לפנייתת של רשות שלטונית, ובכלל זה בתי משפט, משטרה, צבא ועוד, שמתפקידן לבצע מעשה זה. הגנת הצידוק מבוססת על אמינותה של הרשות שהפנתה את פנייתה לנאשם, ולא על הצורך בשמירת משמעת, ולכן אין זה משנה אם הפנייה היא פקודה או בקשה. בעלי תפקידים ברשויות אלו נהנים מאמינות הכרוכה בהגדרת התפקיד. אזרח הנקרא לסייע להם במילוי תפקידם, זכאי, ובמקרה שקיבל פקודה אף חייב, להניח שהם ממלאים את תפקידם כיאות, ולקבל את תיאור העובדות שהם מגישים לו ואת שיקול דעתם.

הוא ישא באחריות פלילית אם המעשה היה בעליל שלא כדין. בכלל זה מעשה שהרשות מנועה מלנקוט בו על פי סמכויותיה ועל פי נסיבות העניין, ועושה המעשה לא היה יכול להעלות על דעתו, באופן סביר, שלרשות המוסמכת נודעו עובדות שהיו מצדיקות אותו. במקרה זה, מאבדת הרשות את אמינותה לגבי פעולה זו.

כמו כן, הוא ישא באחריות פלילית אם על פני הדברים המעשה היה שלא כדין (כלומר, הנסיבות הידועות לנאשם לא הצדיקו את המעשה, אף שייתכן שהרשות המוסמכת הייתה מודעת לנסיבות שמצדיקות אותו), והוא היה יכול לברר את חוקיותו ולא עשה כן. רק אם ניסה, ללא הצלחה, לברר את הנסיבות, לא ישא באחריות פלילית, כיון שהיה רשאי לסמוך על אמינותה של הרשות. בנקודה זו עשוי להיות הבדל בין פקודה לפנייה אחרת, שכן קשה יותר למי שמקבל פקודה לברר את חוקיותה.

לפטור אותו מטעם אונס, כיון שאונסו נבע מטעות של בית הדין, ועל עברה שנעשתה מחמת טעות מביאים חטאת. בדומה הסביר צפנת פענח, מהדורא תניינא, דף מב ע"א. ראה על כך בבירור הלכה, יבמות צב ע"א, ציון ב, והוריות ב ע"ב ציון ה. רמב"ם, הלכות שגגות פרק יג, א, פסק שהדין כך גם אם בית דין הגדול (בסנהדרין) הורו בטעות שמותר, אלא אם כן נתמלאו התנאים לחייב את בית הגדול בקרבן "פר העלם דבר". אבל ייתכן שאם בית הדין **ציווה** עליו לעשות את המעשה, הוא פטור מדין אונס. הורה גבר, הוריות, ב ע"א (ד"ה ודע), מעלה אפשרות שסי' האגודה, הוריות סימן א, פוסק שמי שעבר עבירה על סמך הוראת בית דין, בטעות, פטור מקרבן חטאת. אם זו דעתו, קל וחומר שלדעתו מי שבית הדין **ציווה** עליו לעבור עבירה בטעות, פטור.

שאלה אחרת היא במי שסבור שבית הדין טעה בהוראתו, אבל בית הדין **לא חזר בו** - יש אומרים שמותר לו (ואולי אף חייב) לנהוג על פי ההיתר של בית הדין. ראה על כך בבירור הלכה, הוריות ב ע"ב, ציון ב. לפי דעה זו, אם בית הדין ציווה עליו לעשות מעשה בהתאם להוראתו, הוא פטור מאחריות פלילית על כך, כמובן. אבל זאת לא דוגמה לפעולה על פי טעות של רשות, כיוון שלפי דעה זו, בית דין מוסמך לקבוע את ההלכה גם אם הוא טועה, ואם כן למעשה זאת לא נחשבת טעות.

פקודה צבאית נחשבת בעליל שלא כדין רק אם אין להעלות על הדעת באופן סביר שיש תועלת צבאית העשויה להצדיקה. גם פקודה ש"דוקרת את העין ומקוממת את הלב" עשויה להיות הכרחית, ואף מקובלת על העין ועל הלב כאחד, בנסיבות מסוימות. הפקוד אינו ער לכל המידע ולכל השיקולים העומדים לפני מפקדיו. רק אם נסיבות שהיו מצדיקות את הפעולה הן כל כך נדירות שלא ניתן להעלות על הדעת שהן קיימות, ניתן להגדיר את הפקודה הצבאית "בלתי-חוקית בעליל".

גם אם קיבל אדם פנייה או פקודה שעל פניה הייתה חוקית, אין בהגנה זו כדי לפטור אותו מעבירה של רשלנות אם עמד לרשותו מידע שהיה מעיד על אי-חוקיותה של פעולתו (כגון עקב טעות בשיקולים או בעובדות עליהם התבססה הפקודה), והתעלם ממנו.

====