

ההיררכיה הנורמטיבית של פקודות הצבא: עיון נוסף בבג"ץ 652/93 שמואלי נ' שר הבטחון

ד"ר רונן פרי*

משך שלושה עשורים פרסמו גורמים שונים בצה"ל פקודות כלליות ללא הסמכה מפורשת בחוק. ועדת אגרנט, אשר מונתה לחקור את אסון מלחמת יום הכיפורים, הבהירה בשולי דבריה, כי נוהג זה אינו יכול להימשך.¹ סעיף 5 לחוק - יסוד: הצבא, שנחקק בשנת 1976 בעקבות האמור בדו"ח הוועדה, קובע, כי "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו". בהתאם לכך תוקן בשנת 1979 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בין היתר, הוסף לו סעיף 2א, שזו לשונו:

א. הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הבטחון, והן יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למנהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעילותו התקינה.

ב. פקודות המטה הכללי הן פקודות כלליות שיוציא הרמטכ"ל, והן יקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א).

ג. בהוראות הפיקוד העליון ניתן לקבוע סוגים אחרים של פקודות כלליות המחייבות בצבא (להלן - פקודות כלליות אחרות) והמוסמכים להוציאן.²

הוראת הפיקוד העליון 1.0105, שכותרתה "פקודות הצבא, פקודות כלליות אחרות, פקודות קבע ופקודות שגרה", חוזרת על האמור בסעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, מגדירה מספר קטגוריות של פקודות כלליות אחרות וקובעת מיהם הגורמים המוסמכים להוציאן. לדוגמה:

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

¹ דו"ח ועדת אגרנט: ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (הוצאת עם עובד, 1975) 98: "מקור סמכותו של שר הבטחון עצמו במה שנוגע למתן פקודות הפיקוד העליון - מוטל גם הוא בספק... אף אין זה ברור מכח איזו סמכות שבדין מוציא הרמטכ"ל את פקודות המטה הכללי".

² ההבחנה בין שלוש קטגוריות של פקודות כלליות - לפי דרגת ההפשטה ומנגנון החקיקה - מצויה גם במשטרת ישראל. ראו סעיפים 9א-9ג לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

א. הוראות קבע של אגפי המטה הכללי: מוצאות על ידי ראשי האגפים במטה הכללי בתחומים שנוגעים לייעוד אגפיהם או לשם פירוט יתר של העקרונות שנקבעו בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי.

ב. הוראות מקצועיות וחברות יסוד תורתיות: מוצאות על ידי קציני המטה המקצועי במטה הכללי, חטיבת תורה והדרכה באגף המטה או בידי גורמים מקצועיים מתאימים במפקדות חיל האוויר וחיל הים, ומגדירות נוהג ונוהל בנושאים מקצועיים.

ג. הוראות בטיחות באימונים: מוצאות על ידי מפקד זרוע היבשה ומתפרסמות בקובץ הוראות בטיחות באימונים. אם ההוראות נוגעות בשיתוף פעולה בין הזרועות השונות – הן טעונות אישור רמטכ"ל.

ד. חוזרי מזכירות הפיקוד העליון: מוצאים מטעם הרמטכ"ל על ידי מזכירות הפיקוד העליון. ישנם שני סוגים של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון:

(1) חוזרים שתפקידם לפרסם הודעות והוראות בדבר פעולות חד פעמיות

או פעולות לתקופה מוגבלת ובכלל זה פעולות הנובעות מפרסום פקודות הצבא;

(2) חוזרים שתפקידם לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם.

החובה לציית לפקודות כלליות (והסנקציה בגין הפרתה) מעוגנת בסעיף 133(א) לחוק השיפוט הצבאי, בנפרד מן החובה לציין לפקודות אישיות, אשר ניתנות לחייל על ידי מפקדו, וגוברות תמיד, מנקודת מבטו של הפקוד, על פקודות כלליות.³ ההיררכיה הנורמטיבית של הפקודות הכלליות קבועה בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. סעיף זה מורה, כי "מקום שבו קיימת סתירה בין הוראות הפיקוד העליון לבין פקודות המטה-הכללי או פקודה כללית אחרת - עדיפה הוראת הפיקוד העליון;

³ לגבי אלה ראו סעיפים 122-125 לחוק השיפוט הצבאי. ודוק: פקודה אישית אמנם גוברת, ככלל, על פקודה כללית, אולם בנסיבות שבהן הפקודה הכללית נועדה להגן על חיי אדם מפני סכנה ממשית (למשל, הוראת בטיחות באימונים הנוגעת לטיפול בחומרי נפץ), אפשר לומר, כי פקודה אישית הסותרת אותה היא פקודה בלתי חוקית בעליל שהחייל אינו נדרש לציית לה. ראו ע/152/65 יקותיאל נ' התצ"ר [1967] פד"צ 1, 6 (אגב אורחא).

מקום שבו קיימת סתירה בין פקודת המטה-הכללי לבין פקודה כללית אחרת - עדיפה פקודת המטה הכללי".

המדרג הנורמטיבי כולל, אפוא, שלושה רבדים: ברובד העליון מצויות הוראות הפיקוד העליון, ברובד הביניים נמצאות פקודות המטה הכללי, וברמה הנורמטיבית הנמוכה ביותר מצויות כל הפקודות הכלליות האחרות.⁴ הוראת הפיקוד העליון 1.0105 מוסיפה וקובעת (בסעיף 14), כי בכל מקרה של סתירה בין הוראות בטיחות באימונים לבין פקודות כלליות אחרות, גוברות הוראות הבטיחות. בכך נוצר רובד רביעי של פקודות כלליות המצוי, למעשה, בין פקודות המטה הכללי לבין כל הפקודות הכלליות האחרות, זולת הוראות הבטיחות. הפרדת הוראות הבטיחות מיתר הפקודות הכלליות אינה מעוררת קושי משפטי, שכן סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי קובע אך ורק את היחס בין הוראות הפיקוד העליון לפקודות המטה הכללי והפקודות הכלליות האחרות, ואת היחס בין פקודות המטה-הכללי לבין הפקודות הכלליות האחרות, ולא את היחס בין סוגים שונים של פקודות כלליות אחרות. קביעת מדרג פנימי בין פקודות כלליות אחרות מצויה, אפוא, במסגרת הסמכות הנתונה לרמטכ"ל בסעיף 2א(א) לחוק השיפוט הצבאי.

בפרשת **שמואלי**⁵ דן בית המשפט העליון בשאלת היחס בין חוזר מזכירות הפיקוד העליון לבין הוראת הפיקוד העליון. לכאורה, מדובר בשאלה פשוטה, שהוכרעה באופן חד משמעי בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. אלא שבית המשפט סבר אחרת. הוראת הפיקוד העליון הרלוונטית קבעה, כי פרק הזמן המזערי של שירות בדרגת רב-סמל הדרוש לשם העלאה לדרגת רב-סמל-ראשון הוא שנתיים. שני העותרים, חיילים בדרגת רב-סמל צברו ותק של שנתיים בדרגתם. ברם, לאחר עבודת מטה הוחלט בצבא להאריך את פרק הזמן המזערי להעלאה בדרגה משנתיים לשלוש שנים. השינוי נקבע בחוזר מזכירות הפיקוד העליון. בשל כך לא זכו העותרים בקידום שלו ציפו. אחת מטענותיהם הייתה, שחוזר מזכירות הפיקוד העליון נטול תוקף בהיותו סותר את הוראת הפיקוד העליון. על כך השיב השופט א' גולדברג:

⁴ מדרג נורמטיבי דומה נקבע גם ביחס לפקודות המשטרה (סעיף 9 לפקודת המשטרה [נוסח חדש]).

⁵ בג"ץ 652/93, דינים עליון לב 236.

הנה כי כן, מעמדו של חוזר מפ"ע הוא כשל פקודה כללית אחרת, וככזה אין הוא יכול לסתור פקודת מטכ"ל או הפ"ע, זולת אם הוא בא "לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם". כי אז אין סתירה מהותית בין השניים, ויש לראות את חוזר מפ"ע כבא לקבוע זמנית, ובנוהל מזויר, נורמה אחרת מזו שבהפ"ע, ובלבד שתהא כפופה להחלטת הרמטכ"ל ואישור שר הבטחון. מכאן שלא היה בפרסום המקדים של המדיניות החדשה בחוזר מפ"ע, לגבי הארכת תקופת הפז"ם להעלאה לדרגת רס"ר, כל פסול, גם אם טרם תוקנו הפ"ע בנדון.

במילים אחרות: חוזר מזכירות הפיקוד העליון שנועד לתת פרסום מוקדם ותוקף לפקודות הצבא העתידות להתפרסם יכול לגבור על הוראת הפיקוד העליון, ובלבד שניתן לו אישור של שר הביטחון. קביעה זו מעוררת שני קשיים לא מבוטלים הכרוכים זה בזה. בראש ובראשונה, סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי קובע מפורשות שפקודה כללית אחרת (ובכלל זה – חוזר מזכירות הפיקוד העליון) אינה יכולה לגבור על הוראת פיקוד עליון. הוראת הפיקוד העליון מצויה בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר בין הפקודות הכלליות המחייבות בצבא. בית המשפט סבר, כי הואיל ומחוקק המשנה קבע שחוזרי מזכירות הפיקוד העליון יכולים "לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם", יש בכוחם לתת תוקף מוקדם לכל הוראה שעתידה להתפרסם, גם כשהיא סותרת הוראה הקבועה בהוראות הפיקוד העליון או בפקודות המטה הכללי. דא עקא, הסמכות להוציא חוזרים נקבעה בהוראת הפיקוד העליון 1.0105, ואילו עדיפותן הקטגורית של הוראות הפיקוד העליון על פני כל הפקודות הכלליות האחרות נקבעה בחוק השיפוט הצבאי. הוראת הפיקוד העליון אינה יכולה להעניק לגורמים כאלה ואחרים סמכות להוציא פקודות כלליות הסותרות הוראות פיקוד עליון (או פקודות מטה-כללי) משום שסעיף 3(ב) המצוי ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מהוראות הפיקוד העליון – לרבות הוראה 1.0105 – אוסר זאת מפורשות. לכן, הסמכת הרמטכ"ל – בתוך הוראת הפיקוד העליון

– "לתת פרסום מוקדם ותוקף" לפקודות שעתידות להתפרסם באמצעות חוזרי מזכירות הפיקוד העליון, היא בת-תוקף רק אם ובמידה שהיא מתייחסת לחוזרים שאינם סותרים הוראות פיקוד עליון או פקודות מטה-כללי.

כדי להדגיש את התקלה נשוב ונבחן את מעמדן של הוראות הבטיחות באימונים. ציינתי לעיל, כי להוראות אלה ניתן מעמד גבוה יותר מזה של פקודות כלליות אחרות. הסברתי, שבכך אין כל פגם, מכיוון שחוק השיפוט הצבאי אינו קובע את ההיררכיה הפנימית של הפקודות הכלליות האחרות ועל כן הגורם המוסמך להגדיר את הפקודות הללו רשאי לקבוע גם את ההיררכיה הפנימית שלהן. לעומת זאת, פקודה כללית אחרת לעולם אינה יכולה לגבור על הוראת פיקוד העליון. כך נקבע בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. הוראת הפיקוד העליון אינה יכולה, אפוא, להסמיך או להתפרש כמסמיכה גורם כלשהו לקבוע פקודות כלליות אחרות שבכוחן לגבור על הוראות פיקוד עליון.

ודוק: פרטי נוהל העדכון של הוראות פיקוד עליון ופקודות מטה-כללי, להבדיל מעצם ההסמכה להוציאן, אינם קבועים בחוק השיפוט הצבאי. על כן, אין מניעה לקבוע בפקודות הצבא כי בנסיבות מסוימות ניתן יהיה להוציא הוראות פיקוד עליון, פקודות מטה – כללי או פקודות כלליות אחרות בנוהל מזוה. ברם, תיקון של הוראת פיקוד עליון יכול להיעשות אך ורק על ידי הוראת פיקוד עליון (בין שנקבעה בנוהל רגיל ובין שנקבעה בנוהל מקוצר), ולא על ידי פקודה הנחותה ממנה בדרגה.

הקושי השני בפסק הדין נוגע לקביעה, שלפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון הקובע נורמה אחרת מזו שבהוראת הפיקוד העליון מחייב אישור של שר הביטחון. הוראת הפיקוד העליון 1.0105, המגדירה את חוזרי מזכירות הפיקוד העליון, קובעת, כי הסמכות להוציאם תהא בידי הרמטכ"ל. אין נזכרת שם דרישה לאישור של שר הביטחון. התניית תוקפו של חוזר מזכירות הפיקוד העליון באישור שר הביטחון הייתה, אם כן, נטולת בסיס פורמלי. הדרישה לאישור כזה נעוצה, בלי ספק, בקביעה הבעייתית, שלפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון יכול לגבור על הוראת פיקוד עליון. לא ייתכן (כך סבר, בוודאי, בית המשפט), שחוזר שמוציא הרמטכ"ל ללא אישור שר

⁶ במידה מסוימת הדבר כבר נעשה בסעיף 18 להוראת הפיקוד העליון 1.0102 (הקובע נוהל מקוצר לתיקונים טכניים בפקודות).

הביטחון יגבר על הוראה שהוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון. מכאן, שבית המשפט נגרר להוספת דרישה פרוצדורלית חסרת בסיס מחמת טעותו בהתוויית גבולותיהם של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון כפקודות כלליות אחרות (שאינן יכולות לעולם לסתור פקודות מטה-כללי או הוראות פיקוד עליון).

לאחר פסק הדין בעניין **שמואלי** ובעקבותיו, נקבעה הוראת הפיקוד העליון 1.0102 שכותרתה "תהליך העדכון של פקודות המחייבות את כלל הצבא" (המחליפה פקודת מטה-כללי ישנה שעסקה באותו עניין). בסיפא של סעיף 19 להוראה בנוסחה האחרון (מיום 9.7.2002) נאמר, כי "חוזרי מפ"ע המשנים הסדר קיים בהוראות הפיקוד העליון מחייבים את אישור שר הביטחון". התיקון אמנם אינו מאיין את הביקורת על הוספת דרישה חסרת בסיס פורמלי בעניין **שמואלי**, אך, לכאורה, מקהה מעוקצה (שהרי כיום יש בסיס פורמלי לאותה דרישה). ברם, הסיפא של סעיף 19 להוראת הפיקוד העליון 1.0102 -- בדיוק כמו פסיקתו של השופט גולדברג -- מבוסס על ההנחה המופרכת לפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון אכן יכול לגבור על הוראת הפיקוד העליון. פגם זה אינו ניתן לריפוי אלא על ידי תיקונו של חוק השיפוט הצבאי. לכן נדמה בעיניי, כי הסיפא של סעיף 19 הוא ממילא חסר תוקף.

סיכומו של דבר: קביעתו העיקרית של בית המשפט העליון בעניין **שמואלי**, שלפיה יש בכוחם של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון לגבור על הוראות הפיקוד העליון, אינה מתיישבת עם הוראתו המפורשת של סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. הדרישה לאישורו של שר הביטחון להוצאת חוזר מזכירות הפיקוד העליון (שבית המשפט נזקק לה בעקבות הקביעה הבעייתית הראשונה) הייתה נטולת כל בסיס בחוק או בהוראת הפיקוד העליון 1.0105.

פסק הדין ניתן לפני תריסר שנים כמעט. ההלכה הבעייתית, אשר נתנה גושפנקא לפרקטיקה שהתקיימה, ככל הנראה, גם לפנייה, לא זכתה לעיון מחודש מאז ועד היום. היא נלמדת בהכשרות המקצועיות של קציני המשפטים הנושאים את דגל המשפט בצה"ל, ואיש אינו מהרהר אחריה עוד. אפשר, כי אבן קטנה זו לא נהפכה על פיה לנוכח הפריפריאליות של הנושא והעיסוק המועט בו בעולם המשפט בכלל, ובשדה המשפט הצבאי בפרט. אלא שהפריפריאליות אינה מצדיקה את אי החוקיות. נקע גלגל הזמן, חרג מעל כנו; על אף חלוף השנים – ראוי להתקינו.