

מפקד ללא דין וללא דיין - ודוקטור גם

באחרונה נשמעות הצעות מגורמים שונים בצבא לקצץ את סמכויותיהם של הרופאים הצבאיים כך שמפקדים יוכלו להחליט בלעדית מתי לכבד את המלצות הרופאים ומתי להתעלם מהן. אף שכבר היום ניתן לקבוע בוודאות שהצעות כאלה מוגדות ללשון החוק, יש - על מנת להסיר כל ספק - לעגן בחקיקה את עליונות החלטותיו של הרופא

עו"ד סמי איליה

סמכות המפקד. בה בעת שהמאמר "קציני ודוקטור" עוסק בניתוח משפטי לצד ניסיון לגשר בעניין חלוקת הסמכויות והבהרת תחום המותר והאסור, עוסקת תגובתו של סא"ל בן-דוד בגישה שלפיה רק בידי המפקד שיקול הדעת הבלעדי לעניין פיקוד על חייליו בכל התחומים - ובכלל זה גם בענייני רפואה.

לכאורה שתי גישות, אולם אי-הבהירות השוררת כיום בצה"ל והעדר הצבת גבולות ברורים וידועים לכול בנושאים אלה מהווים אכסניה נוחה לתקלות, שעיקרן סיכון חייליים, ולמצב שבו כל מפקד יפעל על-פי שיקול דעתו, ודווקא בנושאים שהם, כפי שיובהר בהמשך, מהרגישים ומהעדינים ביותר במסגרת הצבאית - אחריות הצבא לשלום חייליו.

במאמרי זה אנסה לבחון גישות אלה בראייה משפטית ציבורית.

עיקרי המחלוקת

מחלוקת סמכויות זו - שבאה לידי ביטוי בשני המאמרים הללו - בין מפקדים לאנשי מערך הרפואה בצה"ל, שאמונים על שמירת בריאותם ומכאן גם על חייהם של החיילים, אינה חדשה ואינה אופיינית רק לצה"ל. בכל מסגרת הידרכית נהוג למצוא חילוקי דעות בין דרג השטח לבין דרג

קובעי המדיניות. בתחום הצבאי מחלוקת זו תריפה, ומסקלה הסגולה רב יותר מאשר במסגרות אחרות בשל אופי השירות הצבאי, בשל ריבוי פקודות והנחיות, בשל מדרג הפיקוד הסבוך ובשל החופש הרב הניתן למפקדים להפעיל את שיקול דעתם לשם ביצוע תפקידם.

מבוא

מאמר זה בא לבחון מחלוקת שנתגלתה בצה"ל לעניין סמכויות המפקדים, ובעיקר אמור הדבר בכל הנוגע לטיפול בחייל הפקוד, כשחובה על המפקד לנהוג על-פי הפקודות ועל-פי הנחיותיהם של גורמי מטה מקצועיים, תוך דיון בשאלה כיצד בנסיבות אלה תיושם הסמכות, ומהו היקפה. השאלות הנשאלות הן: מהו מרחב התמרון, שבו יכול המפקד ליישם את הוראותיו שלו על-פי ראות עיניו ועל-פי סמכויותיו כמפקד, ומהו מעמדם של קציני המטה, אנשי מערך הרפואה, המשפט ואחרים מול סמכויות אלה. המאמר יעסוק בעיקר בשאלה של חלוקת הסמכויות בין המפקד, רשויות המשפט, הרפואה וקציני המטה בצה"ל וביחסי הגומלין שביניהם.

נושאים אלה באו לידי ביטוי במאמר מקיף אשר פורסם לא מכבר ב"מערכות" 383 - "קציני ודוקטור" - מפרי עטם של הקצינים בפרקליטות הצבאית אל"ם חני כספי (עוזרת הפצ"ר ליעוץ וחקיקה) ורס"ן תמיר מוריץ (יועץ משפטי של חיל הרפואה).

מאמר זה זכה לביקורת נוקבת

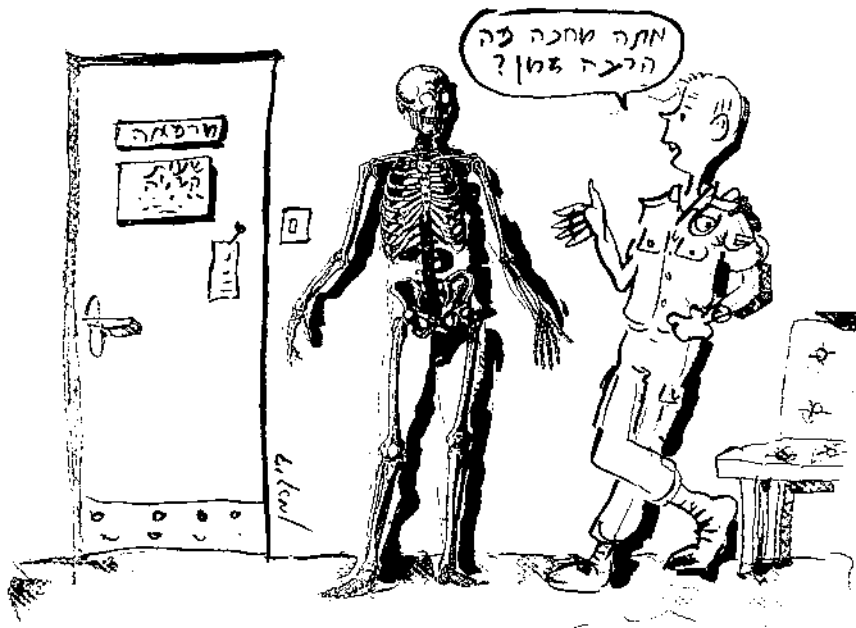
במאמר תגובה חריג מפרי עטו של סא"ל איציק בן-דוד בגיליון 384, וכותרתו "תנו למפקד לפקד". לשיטתו, אין להתערב כלל בסמכויות המפקד.

שני המאמרים חלוקים בנושא של

חבר בוועדה לענייני חקיקה, צבא וביטחון בלשכת עורכי-הדין בישראל



אולם חופש ההחלטה של המפקדים בצה"ל לשם ביצוע המשימות אינו חופש ללא גבולות; הוא אינו יכול בשום מקרה לאפשר קבלת החלטות בתחום שאין הבנתם המקצועית מגעת. יש מבין המפקדים בצה"ל אשר רואים במערך הרפואה והמשפט ובשאר הקצינים המקצועיים וקציני המטה כמי שאינם שייכים למגזר העשייה הצבאית בדרגי השטח בצה"ל. לידם יש לעשות הבחנה בין הדרג הפיקודי העושה בלחימה לשאר דרגי הפיקוד בצבא. לפיכך רואים עצמם אלה כמי שיש להבדילם משאר מפקדי הצבא, שכן רואים הם את עצמם כלב ליבה של העשייה, אשר מצדיקה



הבדלה זו בין הדרג הלוחם, המבצע לשאר הקצינים בצבא. התירוץ לכך הוא כי עליהם מוטל נטל ההחלטות הקשות בעת פעילות מבצעית או בעת לחימה, והחלטותיהם בשטח אינן ניתנות לביקורת בפני מי שלא מצוי במצב זה. כך או כך, לדעה מוטעית זו, כפי שהובאה במאמרו של סא"ל בן-דוד, אתייחס בהמשך. אולם דעה זו לא באה לעולם בלידה מלאכותית. היא תולדה של איקיום מדיניות ברורה, של העדר פיקוח על ביצוען של ההוראות כלשונון ושל השארת פתח לפרשנות הדין.

המאמר "קצין ודוקטור"

די אם נקרא בעיון את המאמר שקדם לדעה זו – מאמרם של עוזרת הפצ"ר לייעוץ וחקיקה זהיועץ המשפטי של חיל הרפואה. שם מביעים הכותבים את דעתם כי יש להגיע לפשרה בין סמכויות המפקד לאלה של הרופא הצבאי. נאמר שם, שאין להם עניין בפתרון משפטי "רגיל", הנובע

מהוראות הדין. הם סבורים כי הפתרון בשאלת ריב הסמכויות בין המפקד לרופא הצבאי הוא רב-שיח, שסופו הסכמה על תבנית שתוצאה את שני הצדדים, וכך ניתן לגשר על פער זה. אתמקד במאמרי זה בסוגיה של שמירת שלום החיילים.

אקדים ואומר כי מסכים אני עם הבסיס המשפטי שבמאמר זה ועם הפרשנות המשפטית של שני הפרקליטים באשר למצב המשפטי הקיים. הדוגמאות מהפסיקה הצבאית ומפסיקת בית-המשפט העליון וכן הוראות הצבא אכן

מובאות כדבעי. אולם בכך תמה ראייתי עין בעין את האמור במאמר זה. הדילמה המשפטית צריכה להגיע להכרעה בשינוי החקיקה, כפי שאצביע כאן בהמשך, ולא לסמוך על שיקול דעתם של המעורבים ברב-שיח זה.

אין אני מסכים לפרשנות של שני חבריי כי האחריות הניתנת למפקד לשלום חייליו מאפשרת לו החלטה לדהות במקרים מסוימים הוראה רפואית. המחוקק נתן אחריות זו

בידי המפקד כדי שיעשה הכול לשמירת שלום חייליו, בידועו כי פגיעה בשלומם מטילה עליו את מלוא האחריות. העובדה כי המפקד אחראי לשלום חייליו באה ללמדנו על מי מוטל האחריות בעת קרות אירוע, שבעקבותיו יידרש צה"ל להצביע על האחראי. לאמירה זו גם השלכות משפטיות – קדי, המפקד חב חובה משפטית לשלום חייליו. פרשנות, שלפיה מי שאחראי לשלומם של חייל יכול להחליט מהו גבול האחריות, מוטעית

ופסולה היא. שום דבקות ברציונל הצבאי, שלפיו המפקד הוא "חזות הכול", לא תעמוד לו למפקד כהגנה בדין ביום מבחן, כשייפגע אחד מחייליו, שלהם הוא חב חובה משפטית על-פי כל דין. חובת המפקד לשלום חייליו אינה ניתנת לא לפרשנות ולא לכפיפה. זוהי חובה מוחלטת. כך, אם חייל מתלונן על בעיה רפואית, ומפקד מנע בידועין או בהעלמת עין מתן טיפול רפואי, או עיכב הטיפול, אזי תחול חובת האחריות המשפטית על המפקד בעת קרות אסון. זהו המצב המשפטי, וככזה אין תניות באות בגדרו.

חופש ההחלטה של המפקדים בצה"ל לשם ביצוע המשימות אינו חופש ללא גבולות; הוא אינו יכול בשום מקרה לאפשר קבלת החלטות בתחום שאין הבנתם המקצועית מגעת

מפקד ללא דין וללא דין – דוקטור גום

388
מאמרים

כותבי מאמר זה עשו מלאכתם נאמנה בהעברת המסר המשפטי, ואף פירטו בטבלאות את המותר ואת האסור. יחד עם זאת, במעבר חד, ועל אף המסרים המשפטיים שברור כי מוכרים להם, נידבו על דעת עצמם פתרון, אשר יש בו משום סתירה לכל מה שנאמר עליהם, ושביסוסו בדין. על אף הכרת הדין באים הם להציע פתרון באמצעות רב-שיח. משמע, על אף ציון המותר והאסור יש גם אפשרות לכופף את הדין. עקרונות הפתרון המוצע מאפשרים, לכאורה, חריגה מהנורמות המשפטיות. יש בכך משום דבר והיפוכו. ובלשונם: **"...באילו נסיבות נאפשר למפקד, שעליו הוטלה אחריות רבה, לסטות מהמלצת הרופא ולא לקיימה ככתבה וכלשונוה..."** הכותבים אף מפרשים את תפקיד הרופא הצבאי כבעל שני כובעים: **"...בכובעו האחד הוא רופא לכל דבר ועניין... בכובעו האחר הוא מפקד צבאי וקצין מטה של מפקדו, וככה עליו להתאים את הכללים הרפואיים המקובלים לצרכים המיוחדים של הצבא. המערכת הצבאית זורשת מהרופא הצבאי... שימעיט ככל האפשר את הסכנה הבריאותית שלה חשופים החיילים, אך גם שיגלה הבנה לדרישות ולצרכים ההכרחיים לפעילותו התקינה של הצבא..."**

לכן כאשר הוא ממליץ המלצות הקשורות בשירות הצבאי, חזקה עליו שבחן גם את הצרכים הייחודיים של צה"ל, והמלצתו מביאה אותם בחשבון..."

אין, לדעתי, לשלול רב-שיח כדרך לגיטימית להגיע לפתרון. אולם לא זה המקום להותיר נושא כה רגיש להסכמות שברב-שיח. אחד המקרים החמורים בתחום שימוש בסמכות זו לרעה מצד

מפקדים אירע אך שבועות לאחר פרסום מאמר זה - אירוע שבו קופחו חייו של לוחם יחידת "דובדבן", סמל אהוד שניאור ז"ל, בשל מה שנראה כזלזול מפקדים בפקודות. חבריו העידו (כפי שפורסם בכלי התקשורת) שמפקדיו של אהוד ז"ל סירבו לאפשר לו לראות רופא או חובש. זוהי תזכורת כואבת לגמגום ולפרשנות במקום שבו הקפדה על קיום הדין כלשונו ופיקוח על ביצוע פקודות יכול היה, קרוב לוודאי, לחסוך חיי אדם.

עצמאות יתרה בפירוש סמכויות המפקד ומוטיווציה שלוחת רסן, אי-הבנת המצב שבו פועל המפקד ובחירת הפקודות אשר נראות על-פי גישתו ככאלה שיש לקיימן פוגמות בשיקול דעתו של המפקד. אומנם רב-שיח הוא דרך ראויה כדי ללבן סוגיות וכדי להגיע להסכמות בנושאים שבמחלוקת, אולם לא זה הנושא שיש ללבנו באמצעות רב-שיח. בגוף כצה"ל אין להחיל פתרון של רב-שיח בנושא סמכויות המפקד מול אלה של הרופא. אירועים של חוסר זהירות באימונים, זלזול בפקודות וכיו"ב - אירועים שתוצאתם אסונות שפקדו את צה"ל לאורך השנים, ושבהם קיפחו חיילים את חייהם או נפצעו בעת אימונים - שוללים

כל היגיון מעשי ומשפטי לרב-שיח זה.

ההסכמה לקיים רב-שיח בסוגיה כזאת פותחת פתח למפקדים לפעול בסופו של דבר על-פי שיקול דעתם. מדובר בנושא שבבסיסו פיקוח נפש. אין מקום לתת למפקדים שיקול דעת בנושא שהניסיון מלמד כי החלטות פגומות של חלק מהם הובילו בעבר לאסונות. עיון בדו"ח של נציב קבילות חיילים וכן מקרים מן העבר - די בהם כדי לשלול רב-שיח, שסופו פשרה בנושאים שבהם האפשרות לסיכון חיי חיילים עומדת בבסיס ההסכמות.

מכאן שאין שום בסיס לגישה שלפיה יש לראות רופא צבאי בנושא שני כובעים. סיטואציה, שבה לשיקולי הרופא מתווספים שיקולים לא רלוונטיים בהיותו חלק מן המערכת הצבאית, פסולה מעיקרה, והיא מתכונת לצמיחת הזרעים לאסון הבא, כשתהיה שוב אי-הסכמה בין המפקד לרופא. מפקד אינו רופא. בתחום הצורך במתן טיפול רפואי אין שיקולים זולת שיקולים רפואיים.

לפיכך יש לעגן בפקודות ברורות שמקורן בחקיקה את עליונות ההחלטה המקצועית של רופא מול רצון מפקדים להיות בעלי הסמכות החלטי. אין לקבוע שום חריגות או מקום לפשרות. יש לנסח פקודה ברורה, נהירה ודווקנית.

איזון נכון הוא אומנם שילובו של מפקד בהחלטה, אולם קיים בסיס לחשש כי שיקול דעת זה לא יהיה נכון בכל מצב, ועל-פי מידע זה יש לקבוע את הכלל. צבא נאור אינו יכול להשאיר במודע פתח לאסונות. זו תהיה רשלנות לשמה לאור הניסיון שנצבר, זה יהיה ליקוי מאורות מבצע

סיטואציה שבה לשיקולי הרופא מתווספים שיקולים לא רלוונטיים בהיותו חלק מן המערכת הצבאית פסולה מעיקרה, והיא מתכונת לצמיחת הזרעים לאסון הבא

ומשפטי כאחד. יש לזכור כי בדרך כלל מפקדים אחראים פיקודית על צוותי הרפואה. בין הרופא למפקד קיימים, לכאורה, יחסי מפקד-פקוד גם אם הרופא בעל דרגה זהה. זוהי שאלה רטורית מי יחליט על מה בנסיבות אלה, והחלטתו של מי תגבר. בתחום הרפואה רק ל"כובע" הרפואי קדימה - וללא כל התניות, הגבלות או הסתייגויות.

לכן ניתן לומר כי בנסיבות אלה אין לראות את שלוש הדיסציפלינות: פיקוד, רפואה ומשפט כיכולות לדור בכפיפה אחת. דיסציפלינות אלה אינן בנויות מלכתחילה להוות משולש. הן בגדר פירמידה, כאשר בראשה הנורמות המשפטיות, לאחריהן הרפואה ורק ברובד השלישי המפקדים. גם היחס ביניהן אינו סימביוטי. למפקד ניתנו הסמכויות להנהיג חיילים, להכניס לחימה ולהובילם בבטחה לניצחון בכל פעילות מבצעית. לרופא הסמכות המקצועית בתחום הרפואה: להתריע על סיכון בריאותי, לתת טיפול רפואי ולעסוק ברפואה. הנורמות המשפטיות - ייחודן בכך ששני האחרונים כפופים גם יחד לכל דין.

ייחודיות הצבא במדינת חוק נאורה היא בכך שרוח חוקי היסוד היא כי מכוונת, שאינה משאירה פתח לפרשנות לפי

מקצוע או תפקיד. אחרת, איש הישר בעיניו יעשה. בטרם תקבל כל החלטה או תאומץ הצעה לפירוש חוק או לשינוי מדיניות – יש לזכור כי בחיי חיילינו ובבריאותם עסקינן.

הפתרון המוצע של הסכמה באמצעות רבי־שיח בין מפקד לרופא – אף כי יש להדגיש שהוא על דעת כותבי המאמר בלבד ואינו מעוגן בדין או בפסיקה – אינו ריאלי בנסיבות אלה. גם מחברי המאמר מודעים היטב להיקף השימוש בסמכות המפקד: **"...משום כך לא רבים יהיו המקרים, שבהם התערבותו של מפקד בהמלצות הרופא הצבאי תיחשב סבירה ומוצדקת ותעמוד במבחן משפטי..."**

אם כך – ואני אכן מסכים לדעה זו – מהי תכליתם של הרבי־שיח ושל הפשרה? אטען כי הנזק והסיכון, העולים מאימוץ דרך זו, רב ביותר. כך, הרופא עלול לשקול שיקולים זרים כדי להימנע מעימות עם המפקד, והמפקד עלול להשפיע על שיקולי הרופא ללא שום הבנה מקצועית, אלא משיקולים של טובת המשימה או צורכי האימון וכיו"ב. כך שבסופו של דבר בשתי הסיטואציות ההחלטה תושפע משיקולים זרים, ותוצאתה עלולה להוליד אסון.

הרצון להביא בנסיבות אלה לרפורמה – שתאפשר סטייה מכללי המשפט והכנסת שינוי בפקודות על מנת להגדיל את סמכותו של המפקד בתחום זה באצטלה של אימוץ הכלל, שלפיו הטלת אחריות פירושה הרחבת סמכויות – הוא דבר מוטעה

ומסוכן. הרחבת סמכויות בתחום שהוא נוגע ישירות לשלומם ולבריאותם של החיילים – כאשר מתקיים מבחן הציפיות המשפטי והעובדתי כאחד כי פקודה של מי שאינו מצוי בתחום הרפואה יכולה להטות את הכף בשיקולים רפואיים – לא זו בלבד שיכולה להוביל לאסון, אלא עלולה היא בנסיבות מסוימות להיחשב כנטילת סיכון במודע – על כל המשתמע משפטית באשר לאחריותו של מקבל ההחלטה. הייחוד שבמקצועו הצבאי של רופא אינו פותר אותו מאחריות להחלטותיו כרופא ובתחום התמחותו המקצועית. זאת אף אם ינמק החלטה שבתחום הרפואה בשיקולים אחרים, חשובים ככל שיהיו בעיניו, דוגמת החשיבות של שמירת סד"כ החיילים הכשירים ביחידה או הצורך בהשתתפות כל חייליה של מחלקה פלוגנית באימון או במסע. ראוי כי כל רופא בשירות פעיל יידע כי בנושא הרפואי הוא בעל הסמכות, והוא יחויב במתן הדין בעת הצורך בתחום התמחותו.

המצב המשפטי הקיים אינו מבחין בין חברו למקצוע של הרופא הצבאי, הממלא תפקיד מחוץ למסגרת הצבאית, כגון בעבודה במוסד רפואי כלשהו, לבין מי שהוא רופא צבאי בבחינת שיקוליו המקצועיים. ההבדל שבין אלה לאלה הינו באופי העבודה ובסוג ההתמחות הרפואית, אשר מן הסתם שונה היא במסגרת הצבאית מזו שמחוצה לה. אולם שוני זה מתבטא דווקא בהחמרה עם מי שמשמש כרופא במסגרת

הצבאית. בה בעת שמחוץ למסגרת הצבאית לא כל פגיעה מחייבת הגבלת הנפגע בעבודתו היום־יומית, ואף מתאפשרת מנוחה בבית של הנפגע, לא כך הדבר במסגרת הצבאית. למשל, טירון או חייל, הנדרשים לאימון או למסע או לתרגול, אינם דומים לפקיד בנק שנפגע בקרסולו. זה האחרון יכול לתפקד במקרים רבים על אף מוגבלותו, בזמן שחייל, לעומתו, אינו יכול בנסיבות דומות להשתתף במשימות דוגמת אלה שצינתי. לכן שיקוליו המקצועיים של הרופא הצבאי אינם יכולים להיות מושפעים מצורכי הצבא. האם נוכל להעלות על הדעת כי מפקד יבקש מרופא כזה לקצר את ימי ההגבלה, כדי שהחייל יחזור לתפקוד רגיל בטרם הבריא, וכאשר יכולתו לבצע את המשימה עדיין מוטלת בספק?

יודגש כאן כי השירות בצה"ל אינו מפחית מאחריותו של הרופא הצבאי. אסור בתכלית האיסור כי מרותו של אחר – יהיה אשר יהיה – תשפיע על החלטה רפואית מקצועית. למען הסר ספק, דרישות הצבא אינן קודמות לסוג הטיפול הרפואי, להיקפו ולצרכיו. בשגרה בוודאי ואף בעת מבצע או לחימה. חשיבה אחרת כמוה כהפרת אמונים. לעולם יהיה הרופא חב אמונים לכלל החיילים, אף אם

אסור בתכלית האיסור כי מרותו של אחר תשפיע על החלטה רפואית מקצועית

הוא חלק ממערך הסגל בצה"ל. יידע כל רופא צבאי, המתלווה לאימון, למסע, למבצע או לפעילות לחימה, כי החיילים סומכים עליו – החל בהוראותיו למניעת מצבים שיצריכו את התערבותו המקצועית (מניעת התייבשות, פגיעה בעת אימון ועוד) וכלה במתן טיפול רפואי מסודר בעת קרות אירוע רפואי. רופא תמיד יראה את החלטתו ב"משקפיו" של רופא ולעולם לא באלה של המפקד.

יידע כל רופא צבאי מהם גבולותיו של כל רבי־שיח עתידי או מוצע בינו למפקדים. יזכור תמיד את חובתו המקצועית ואת מצב הדין הקיים, הרואה ברשלנות רפואית חומרה מיוחדת, שלא ניתן לתרצה בביצוע הוראות פיקודיות. יכיר בעובדה כי לא יצלה כל נימוק של שיקול זר – יהיה זה בעניין חשיבותה של השתתפות חייל באימון או יהיו אלה צורכי הצבא. טיב החלטותיו המקצועיות וסבירותן יעמדו במרכזה של כל בדיקה, של כל בידור ושל כל תביעה. שיקוליו הרפואיים וטיב הטיפול הם הפוטרים מאחריות, ובהם יימצא חייב במחדל. כך הם פני הדברים במקום שבו יטעה רופא לחשוב כי העומד לפניו מתחזה או עושה עצמו כחולה. אחריותו של רופא רחבה, ולא ניתן לראותה אלא בעיניו של רופא סביר. לא רופא צבאי, אלא רופא בכלל.

לאור אלה ראוי כי תיקבענה נורמות ברורות, אשר מקנות לרופא את כלל שיקול הדעת והסמכויות בתחומו. כך ניתן יהיה לקבל כל ממצא רפואי במסגרת הצבאית כממצא של בעל המקצוע המוסמך.

יש לראות בחומרה כל ניסיון של מי שנמנה עם האחראים על הטמעת נורמות משפטיות בצה"ל למצוא פשרה ביישום

הוראות חוק ופקודות בתחום דגיש זה ולהסתמך על שכנוע ועל רבי-שיח.
אף שלא במודע, זרועה לה קרקע פורייה להצמיח אסכולה ופרשנות מפקדים במקום שבו מתאפשרת יצירת לאקונה בדין שמביאה לריקון מתוכן של נורמה משפטית.

לעניין מאמרו של סא"ל בן-דוד

ראוי לציין לעניין מאמר זה (שפורסם ב"מערכות" 384), כי הוא תגובה למאמר "קצין ודוקטור". אם תרצו הוא דוגמא וגימיק מדוע אסור להתפשר בנושא שנסקר, ויש להבטיחו בחקיקה.
מאמר זה, פרי עטו של סא"ל בן-דוד, מהווה קריאת תיגר על מערכת הנורמות המשפטיות בישראל בכלל ועל הפקודות



ועל הייעוץ המשפטי הניתן למפקדי הצבא על-ידי גורמי הפצ"ר בפרט - תוך התפלמסות לא רק באשר לחינוכיות קיומן של פקודות, אלא אף לעניין סמכותם של מעצבי המדיניות עצמם. העולה מן המאמר הוא רצון לקבוע בפקודות הצבא סמכות בלעדית למפקדים בצה"ל להחליט בענייני בריאות וחיים ומוות של החיילים הנתונים למרותם. כותב המאמר דורש לתת למפקדים סמכות אבסולוטית להחליט אף בתחומים שאין למפקד בצה"ל כל הבנה מקצועית בהם. המסקנות כפי שמובאות ועולות ממאמר זה הן שלוש:

- את אחריות המפקד לא ניתן להגביל.
- לא ניתן להחיל את נורמות ההתנהגות של האדם הפשוט על העשייה הצבאית.
- אין לעשות הבחנה בין מצב לחימה להכנה לקראתו. במילים אחדות, האחריות של המפקד על חייליו היא אבסולוטית, ושיקוליו הם הקובעים. אין כל אפשרות "ליטול" או "לגזול" מאחריות זו. הנורמות המשפטיות במדינת ישראל חלות רק על "האדם הפשוט" (בשפתו), וכמובן כל תרגיל וכל אימון ידמו כאילו מתחוללת מלחמה של ממש. אילו לא נאמר הדבר בהקשר של בטיחות ושל שמירה על שלום החיילים - ניתא. אולם דבריו כוונו לעניין העמדה שהובעה במאמר "קצין ודוקטור" וכתגובה לנאמר שם.

על כך אין בידי "האדם הפשוט" לומר אלא זאת: מפקד

שמדמה מצב שבו אימון ומסע כמוהם כמצב לחימה אינו מבין את המציאות שבה הוא פועל. מי שנוטל סיכון במודע בעת אימון, כאילו שעת מלחמה היא - בעת שהמציאות אינה כזו - מסכן חיים. ומי שבנסיבות אלה מסכן חיים במודע, כאשר בידו האחריות לשלומם של חיילים, אינו ראוי כי יהיה מפקד. רק בשל כך ניתן להביאו לדין כאחד העבריינים. וכאן הייתי מפנה את תשומת הלב של כזה סוג של מפקד לעובדה כי אין כל הבחנה בין "האדם הפשוט" למפקד בצה"ל בפני הערכאות השיפוטיות. לזה ייקרא מחדל, וזו תיקרא רשלנות, בין אם בערכאה שיפוטית צבאית או אזרחית יידון העניין.

דעה זו שהובאה במאמר התגובה ודאי אינה יתומה. יש מבין המפקדים בצה"ל אשר

רואים את עצמם כשליטים שאין עליהם מורא הדין. הם טרם הבינו כי כל חייל המשרת בצה"ל - על אף מטבע הלשון - אינו רכוש הצבא. החיילים הופקרו כפיקדון על-ידי הוריהם בידי הצבא למטרה אחת: שמירה על ביטחון המדינה. כל הורה מודע לכך כי קיימת אפשרות שבמצב הביטחוני השורר במדינה עלול החייל גם להיפגע. אולם איש מההורים אינו מעלה על דעתו אפשרות של מצב שבו נפגעים חיילים כתוצאה מנטילת סיכון במודע על-ידי כוחותינו באימונים. איש לא הסמיך מפקד כלשהו בצה"ל לעשות מעשה בתקופת

ההכשרה של החייל, אשר סופו שיקופחו חיי החייל. ההפקד הוא הנכון. חלה חובה שבדין על מפקדים בצבא להקפיד בקלה כבחמורה בעת אימוץ ושגרה למען ביטחוננו של החייל. חובה זו אינה פגה אף בעת שמפקד מוביל את חייליו לקרב. עליו לשקול במלול שיקוליו כיצד לבצע את המשימה תוך הפחתה עד למינימום את הסיכון לחיי חייליו. מפקד שאיבד את רוב חייליו לא ייחשב למנצח, גם אם ביצע את משימתו. זהו הכלל. ואילו אילוצים החורגים מתחום זה אינם דבר שבשגרה ואסורים בעת אימוץ. מה שניתן לצפות מראש לעולם אינו בבחינת תאונה.

מתקבל הרושם שיש מפקדים הרואים עצמם פטורים מנורמות שנקבעו על-ידי צה"ל. כאילו לצבא גרילה דמינו - כל מפקד מחליט בטרטוריה שלו ללא יד מכוונת, ובמיוחד ללא יד מפקחת ומגבילה. הוראות ופקודות המטה הכללי ואלה של הפיקוד העליון אינן, כך ניתן להתרשם, אלא בגדר המלצה בלבד. קיימת סכנה של ממש כי משקלן יהיה כמשקל המלצה רפואית. לדעת המפקדים האלה החוק והפסיקה נועדו רק ל"אנשים פשוטים". כאילו אינם חלים על העשייה הצבאית ועל מפקדי צה"ל.

עצמאות המפקד בצה"ל, שנועדה - בצדק - לאפשר פיקוד ראוי, נתפסת כעצמאות ללא גבולות, ללא מסגרת נורמטיבית מחייבת. כך בהפעלת סמכויות השיפוט בדין המשמעתי שהוענקו למפקדים וכך בהתערבותם בשיקולי הרופא הצבאי. דומה כי מרגע שהוענקה בידיהם הסמכות, השימוש בה אינו כפוף בתחומים האלה כל כולו להוראות ולפקודות. זה נתון לשיקול דעתו של כל מפקד. בבחינת בעל הדרגה הוא בעל הדעה.

כך, אנשי מקצוע כרופאים נתפסים כממליצים למי שאין להם שום הכשרה והבנה בתחום זה, והחלטה רפואית יכולה להיקבע על-ידי מי שאינו כשיר להחליט בעניין. כך אירע גם למושג ה"טרטור" בצה"ל, שכבר אינו בבחינת מילה נפוצה, שעל מפקדים לחשוש לצלילה. היום יש שדרוג לטרטור - הוא מכונה "תרגול נוסף". הנה כי כן, אותה הגברת, רק בשינוי האדרת. דומה כי הפיקוח על הוראות הדין שטחי ואינו מספק. מי שרואים בו "חזות הכול" בצה"ל קיבל בידו סמכויות שבדיני נפשות: החלטות בתחום הרפואה, שיקול דעת בנטילת סיכונים, ניהול הליכים של דין משמעתי, שבו ניתן להעניש חייל אף בשליחתו למחבוש לתקופה משמעותית. לא פלא איפוא שבמאמר "קצין ודוקטור" אין לכותבים עניין ב"פתרון משפטי רגיל". המחוקק ומחוקק המשנה לא חזו את שיילד יום. כך השאירו הם את המערכת הפיקודית המשפטית הצבאית במינימום סמכויות מול המפקד. מעט מאוד ניתן להתערב בהחלטותיו אלה.

הפתרון המשפטי "הרגיל" אינו ישים כאן. לכן סבורים

בטעות משפטני צה"ל - גם בשל בעיית האכיפה של הנורמות המשפטיות - כי דרך הפעולה הטובה ביותר היא זו של רב-שיח. בבחינת מה שלא ניתן לחייב מכוח הדין, יש ליישם באמצעות היגיון ושכל ישר. לא לתיקון וליישום הדין מופנות פניהם, אלא לדרך הפשרה ומיסוד ההסכמות בפקודות.

זהו מצב שאין להסכים לו. לא יעלה על הדעת כי מי שאחראי על הטמעת הנורמות המשפטיות בצה"ל מנסה למצוא דרך של פשרה, אשר כל מי שעניו בראשו צריך להסיק מקריאת מאמר התגובה כי היא אינה שווה את הזמן המוקדש בניסיון ליישמה. היא קרקע פורייה לגידולי פרא.

להלן תזכורת כיצד חלק ממשותפתו בפוטנציה של אותו רב-שיח רואים את החשיבות הערכית של מושגי המשפט והצדק המוכרים בחברתנו - תזכורת הלקוחה ממאמר התגובה של סא"ל בן-דוד. ואלה מקצת המסקנות שמובאות במאמרו:

"...זו טעות לשפוט את המפקד במונחי הצדק של ספר החוקים במקום במונחים של יעילות. ראוי לו - למפקד - שיישפט על-ידי מי שמכיר את מונחי היעילות של העשייה

בתנאי מלחמה ולא על-ידי מי שמכירים את הסעיפים בחוקים שלא הותאמו לרוח הזמן..."

ובכן, מהי רוח הזמן? נראה בעליל כי אצל מפקדים אחדים הזמן פסק מלכת באופן חשיבתם. נראה כי אלה זקוקים להדביק פער זה ולשקוד על עדכון החשיבה. במדינת ישראל קיים מצב חוקתי, שהחל כבר בשלהי 1993, ולפיו כל שיקול של יעילות מול פני החקיקה החוקתית, ובפרט

חלה חובה שבדין על מפקדים בצבא להקפיד בקלה כבחמורה בעת אימוץ ושגרה למען ביטחוננו של החייל. חובה זו אינה פגה אף בעת שמפקד מוביל את חייליו לקרב

בכל הקשור בזכויות האדם, היה כלא היה. הביטוי "זכויות אדם" כולל גם את זכויות החיילים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מקדיש לכך סעיף שלם. זהו סעיף 9 לחוק זה. שם נאמר במפורש כי אסור לפגוע בזכויותיו של מי שנמנה עם כוחות הביטחון כפי שמנויים שם, אלא לשם ביצוע תפקידו, דהיינו רק אם הדבר נדרש לביצוע התפקיד. שיקולים של יעילות על-פי שיקול דעתם של המפקדים אינם יכולים להתנות או לפגוע בזכויות. כך, לא ניתן לפגוע בחייל, גם אם יש החושבים חשיבה מעוותת שלפיה תרגול והכנה למלחמה שקולים לחימה. זאת אף זאת: מניעת טיפול רפואי או דחיית הוראה של רופא אינן בגדר המותר לפי חוק יסוד זה ואינן נדרשות לביצוע התפקיד. כך, יחס של שררה כלפי פקוד או פגיעה בחירותו אינם בלשון החוק. האחרונים אינם שיקולי יעילות. הם שיקולים פסולים. במושגי יעילות, יעילותם האחת היא בכך שצה"ל ישכיל לראות במעשים אלה עילה לשחרורו של מפקד כזה מהצבא.

ציטוט נוסף ממאמר זה באותו עניין, אך בחומרה יתרה: **"...אם חס וחלילה יבינו מפקדים, שכללי המשחק הנהוגים בצבא הם כללי החשיבה המשפטית, הם עלולים לנהוג**

מפקד ללא דין וללא דין - ודוקטור גם

388

בהתאם... והמעשה הצבאי ייפגע – אלא שלחוקים לא תהיה מדינה לשכון בה לבטח...

ושוב, אין "האדם הפשוט" יכול להתריש (זה שכפוף לחוק, זוכרים?) ולא לצאת מנגד ולומר: כללי המשחק הנהוגים בצבא, גם הם השתנו עם הזמן. מי שלא הפנים ואינו בקיא בכללי המשחק ה"חדשים", אשר שואבים כוחם מחוקי המדינה ובשנים האחרונות מחוקי יסוד ומנורמות חוקתיות שבבסיסם, עלול למצוא את עצמו על ספסל הנאשמים, ויהיו דעתו והשקפת עולמו אשר יהיו. כך סבורים בתי המשפט. הנה, בדוגמא קצרה אחת, פסק־דין של בית־הדין הצבאי לערעורים מיום 19.4.01 (ע137/00) סג"ם אחי מאיר פורת נגד התובע הצבאי הראשי) "...טענתם (של הנאשמים) כי דרך הכשרה זו רווחה ביחידה, וכי זו הייתה הנורמה הנהגת להעברת הטירונות על־פי חינוכם בעבר... אינה יכולה לשמש

הגנה בפלילים, חזאת אף אם פעלו מתוך אמונה כנה שמעשיהם רצויים, וזאת משום שנורמות פסולות אין בכוחן לגבור על קיומו של החוק שאוסרן, והפרה גורפת של החוק אינה מפקיעה את תוקפן... מדיניות שרווחה בעבר על־פי נורמות פסולות אינה יכולה לשמש לנאשמים צידוק בביצוע הדין... הנאשמים... אמורים היו להיות מודעים להוראות הצבא הקבועות בפקודות המטה הכללי ובהוראות הפיקוד

העליון. אין הם ראויים להישמע בטענה שדימו מצב דברים שונה..." (הדגשה שלי, א"ס).

ובאשר לכיבוד המלצה רפואית – אומר בית־הדין בהקשר למקרה הנדון ובהתייחסו למפקד המחלקה אשר הורשע, בין היתר, גם בחריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות של חייליו: "...מן הראיות שבאו לפנינו עולה כי היה זה הנאשם... אשר החליט אם חייל אשר קיבל פטור יבצע פעילות גופנית או ייצא לאימון... אנו קובעים כי הנאשם ידע היטב שבמתן הוראה לחיילים להתאמן שעה שניתנו להם פטורים רפואיים חורג הוא הן מפקודות הצבא והן מסמכותו... התחזה הנאשם כבעל סמכות מקום שזו אינה קיימת..."

פסק־דין זה, שרק מעט ממנו הובא כאן, מקבץ בתוכו את "התורה" כולה לעניין ההבחנה בין המותר לאסור. למען ייודע לכול ששיקולי יעילות והחלטה להתעלם מהוראות כל דין תוצאתם ידועה ומוחשית. הוא הובא למען יידע כל מפקד שמעשיו האסורים יישפטו לפי ספר החוקים. ורק לפיו. הנה כי כן ועל אף דעת כותב מאמר התגובה, תפקידם של קציני המטה הוא קריטי בקביעת מסגרות האימון בשגרה, בגיבוש הוראות לעת מלחמה, בעיצוב מדיניות ופקודות לכל מצב וצרה למען פעולתו התקינה של הצבא. התייחסות בביטול או ניסיון לייחס להם חוסר הכרת הסיכונים שעיימם מתמודד הצבא הם טעות בסיסית בהבנה.

מאמר התגובה מסתיים בקביעת עובדה שלפיה רק למפקד הסמכות להחליט בענייני בריאות וחיים ומוות של חייליו. וזאת – כך לדעת הכותב – כיוון שהוא, המפקד, יודע לקבל את ההחלטות כמיטב יכולתו. כותב מאמר התגובה אף מגדיל לעשות ומבקש להתאים את החוקים להשקפת עולמו. הוא מציב אתגר בפני מתברי המאמר "קצין ודוקטור", ובמיוחד לעוזרת הפצ"ר ליעוץ וחקיקה, וזה לשונו:

"...אם יש חוקים ופקודות שעדיין לא נוסחו ברוח זו, ויעילו היועצים ויגישו הצעות לשינוי הנוסח בהתאם, ותהא זו תרומתם האמיתית לבניית הארץ ולביטחונה".

מאמר זה לא רק מדיר שינה מעיני לא מעט אמהות ואבות לחיילים, הוא אף פוגע בטיעונם של אלה שתמיד מנסים להסביר כי הסיבה והאשמה בכל אסון נעוצות בש"ג או במ"כ. יש במאמר "תנו למפקד לפקד" דברים אשר עלולים להוביל את הקורא למחשבה שיש בצה"ל

תפקידם של קציני המטה הוא קריטי בקביעת מסגרות האימון בשגרה, בגיבוש הוראות לעת מלחמה, בעיצוב מדיניות ופקודות לכל מצב וצרה למען פעולתו התקינה של הצבא

מפקדים שפשוט אינם מבינים מה נדרש מהם, תהיה כוונתו של מפקד כזה טובה וחיובית ופטריוטית ככל שתהיה. נראה על פניו כאילו אין הוא זוכר למי הוא כפוף, בשירותו ובפקודתו של מי הוא עושה את תפקידו, מהו המצב החוקי שעל־פיו עליו לפעול, מהן סמכויותיו ומי בוחר את משימותיו. לפי גישה זו, המפקד הוא כל יודע וכל יכול, הוא יכול לבוא בנעליו של

הרופא, של המשפטן, של קצין המטה, של הממונים עליו. צה"ל זה הוא. ורק אבות המשפט והרפואה לא ידעו על קיומם של המפקדים, שאחרת כיצד זה לא העניקו לידיהם את כל הסמכויות כולן כליחדי סגולה.

והכול בשם מילוי המשימה. זו, אשר המפקד את יעדו ואת נתיביה קבע. והיה אם ייפול חייל באימון, בתרגול או במסע, הרי ילמדו חבריו כי כך זה בעת מלחמה. וכבר ראינו לאן יכולה להוביל כזאת חשיבה. כאשר בדובדבן שבקצפת אין מקפידים בפקודה, ואיך משגיחים על ניהול המסע, מה כבר ניתן לצפות משאר יחידות הצבא? ומה יקרה בטירונות? או במסע הבא? ומה אם חייל ירגיש רע בצעידה לקראת הכומתה? ואם יחליט מפקד כי מוטב שהרופא במסע הבא פשוט יישאר במרפאה שביחידה? האם תרגול לקראת מלחמה מתיר חשיבה כזאת?

לא יעלה על הדעת כי נקבל דעה שלפיה אימון הוא הדמיית מצב לחימה של ממש אך ללא אויב חיצוני, כפי שנכתב במאמר התגובה. איך אם כן יוכלו מצדדי דעה זו להסביר את המקרים שבהם נופלים חללים ללא שום אויב חיצוני?

בית־המשפט העליון הביע את עמדתו על מקרים כאלה, שבהם אירעו אסונות, ונפגעו חיילים בעת אימון. רק לשם המחשה אצטט מתוך פסק־דין אחד, ובקצרה. **בבג"ץ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי** (הליך שהוזכר במאמר "קצין

דוקטור") נאמר, בין היתר: "...גם ביחידות מובחרות, אפילו הן מורגלות בלקיחת סיכונים רבים ומיוחדים בשעת קרב... חובה היא על מפקדים ביחידות אלה לשמור במסגרת אימונים ותרגילים לכל יהיו חיילים שבפיקודם נתונים לסיכונים מיותרים..." ולעניין המסר הברור למפקדים נאמר: "...המסר למפקדים צריך להיות שעל אף הצורך למלא את המשימה בעת פעילות מבצעית... אין מקום ואין צורך ליטול סיכונים מיותרים בעת אימונים..."

סיכום

ניתן לומר כי סוגיית הרב־שיח שבין הקצין לדוקטור אינה סבירה בתחום של שמירת שלום החיילים, ולפיכך חייב נושא זה להיקבע בחקיקה ולא בפקודות הצבא. סמכות המפקד לעולם לא תשתרע על תחום הרפואה או המשפט. מפקד וקצין אינם דוקטור. ודוקטור – אף אם קצין הוא – הרי שהוא רק דוקטור.

אין רב־שיח, פשרה או הסכמה בתחום של השיקולים הרפואיים. תחום זה אינו פתוח למשא־ומתן. די בהליך המשפטי שהובא (ע/137/00) – ורק כדוגמא אחת בשל קוצר היריעה – להמחשת המצב המשפטי. אסור ליטול – לאור ניסיון העבר ומבחן הציפיות שהזכרתי – שום סיכון, ויש להותיר שיקולים הנוגעים לכשירותם ולבריאותם של חיילים רק בידי מי שהוסמך והוכשר לכך, רק בידי הרופא. יתר על כן, יש לאסור על רופא צבאי לשקול שיקולים זרים זולת אלה שברפואה. אין למפקד בצבא של מדינה דמוקרטית ולא כלום משל עצמו, ואין הוא על תקן של

מפרש חוק. הוא מחויב לחוקים כלשונם. גישה סלחנית כלפי מפקדים שחרגו מסמכותם – בעיקר בתחום הרפואה והמשפט – הובילה בשנים האחרונות הורים לחיילים ליתר מעורבות בנעשה בצה"ל. ניתן לראות כיום הורים אשר מקיימים קשר יומיומי עם היחידה שבה משרת בנם ומקפידים להתעדכן על כל אימון ועל כל פעילות שבה משתתף בנם החייל. בשנים האחרונות אף מסתמן שוני בגישת הביקורת של הורי החיילים. היא אינה מופנית רק כלפי צה"ל או לאוזניו של נציב קבילות החיילים – קיימת נטייה לראות במפקד את האחראי לכל תקלה או מחדל. על קברניטי צה"ל לתת את דעתם כי תגובה סלחנית למחדליו של הפרט, הנושא באחריות לשלום החיילים, או, לחלופין, ניסיון לגונן על מפקדים שנושאים באחריות לתקלה או למחדל, מפחיתים מאמינותו של צה"ל וחושפים את המפקדים להתערבות מסיבית של ההורים ואף להולדת עילות להתערבות שיפוטית בכל מקרה של תגובה לא ראויה מצד המערכת הצבאית כלפי מי שסרח. צה"ל כפוף לחוק, ואין לאיש חסינות במחדל או, חלילה, בקרות אסון – תהיה דרגתו אשר תהיה. אי־הקפדה על כללים אלה, ליקוי מאורות

וחוסר היכולת להבין את המציאות השוררת כיום ואת הלך הרוח בציבור סוללים את הדרך להגבלת סמכויות באמצעות התערבות חיצונית וביקורת ציבורית נוקבת על הנעשה בצבא ועל תפקוד מפקדיו.

העובדה כי המערכת המשפטית בתוך צה"ל לא מצאה לנכון להגיב על מאמרו זה של סא"ל בן־דוד, אף שחלפו שמונה חודשים מיום שפורסם, ואף־על־פי שהוא מבקר את תחום המשפט שעליו אמונה היא, מלמדת גם היא על ההצדקה שבמגמה ההולכת וצוברת תאוצה לדרוש ביקורת ציבורית על העשייה הצבאית. בסופו של דבר כל שיוותר למערכת הצבאית הוא להתמודד עם ביקורת זו במקום עם החריגים שהולידה. כך ייוכחו הדוגלים בהרחבתן של סמכויות המפקד בתחומים שבהם לא נמצאה הצדקה לכך, כי רצונם זה הוליד תוצאה הפוכה.

לכן הדין והפקודות חייבים להיות ברורים, ללא דו־משמעות, משוחררים משיקולי מפקדים, מחריגים ומסהתייגיות. אין להתנות תנאים לקיומה של החלטה רפואית, ואין לאפשר בידי מפקדים להתערב בשיקול דעת רפואי. החלטה רפואית תיבחן רק בידי גורם רפואה, שלו הכשירות לבחון החלטת רופא. לא תהיה בידי מפקד ביחידה

סמכות בתחום קידומו או החלפתו של רופא ביחידתו. אלה רק מקצת מהנושאים שהעליתי לדיון בוועדה לענייני חקיקה, צבא וביטחון של הוועד המרכזי של לשכת עורכי־הדין בישראל בתוקף היותי חבר בוועדה ולקראת יוזמה לצעדי חקיקה לאור שני המאמרים שפורסמו ב"מערכות" ובעקבות מקרי אסון שאירעו בצה"ל,

שבהם היו מעורבים שיקולים פסולים או התנהגות עבריינית של מפקדים. אסונות אלה מחייבים, לדעתי, פיקוח נוסף של גורם מחוץ למערכת הצבאית על הנעשה בצה"ל בתחום זה. רק חקיקה ראויה תתחם גבולות ברורים ולא גמישים בתחום הכי רגיש לכלל עם ישראל, שבניו ובנותיו משרתים בצבא – התחום של שמירת חיי האדם בצה"ל – למען לא יהיה פרוץ לכל רוח ודעת ולמען לא כל מפקד כטוב בעיניו יעשה.

ברור לי שאסור לטעת הרגשת רפיון במפקדי הצבא או לגרום להרגשה שלפיה יזדקק כל מפקד לפרקליט ולסניגור. לכן אבהיר באופן חד־משמעי: זו אינה הכוונה. אך יחד עם זאת, חובתנו המוסרית כמשפטנים וכאזרחים היא להידרש למציאת האיזון הנכון בתחום זה, ולפיו תיקבענה הנורמות הברורות והבלתי מתפשרות לשם מניעת האסון הבא. עלינו לעשות זאת למען צה"ל שכה יקר לכולנו, למען חייליו ומפקדיו, שכה קרובים לליבנו, למען העלאת המוסר ושמירה על כבודו ועל זכויותיו של האדם והחייל בצה"ל.

סוגיית הרב־שיח שבין הקצין לדוקטור אינה סבירה בתחום של שמירת שלום החיילים, ולפיכך חייב נושא זה להיקבע בחקיקה ולא בפקודות הצבא

מפגזי ללא זיין וללא זיין – ודוקטור ג'ג

