



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4981/17

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט א' שטיין

העותר: איל שרגאי

נגד

המשיב: ראש המטה הכללי

עתירה למתן צו-על-תנאי

בשם העותר: עו"ד דורון בקרמן

בשם המשיב: עו"ד יונתן נד"ב

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. העתירה שלפנינו מעלה את הנושא של כיבוד מעשי גבורה, שנעשו על-ידי חללי צה"ל בעבר הרחוק.

2. העותר הוא אחיינו של חלל צה"ל, רב"ט חגי בר-אוריאן ז"ל (להלן: רב"ט בר-אוריאן ז"ל). בעתירתו, העותר מבקש כי המשיב יורה לוועדה המטכ"לית לעיטורים ולציונים לשבח (להלן: ועדת הצל"שים) להתכנס ולדון בהענקת ציון לשבח לרב"ט בר-אוריאן ז"ל, בשל מעשה גבורה שביצע בתאריך ז' במר-חשוון התשכ"ב (13.10.1964) ואשר בעקבותיו נהרג.

3. השאלה העומדת במוקד הדיון שבפנינו היא האם קיימת עילה משפטית להתערבות בית משפט זה בהחלטת המשיב שלפיה ועדת הצל"שים לא תדון בעניינו של רב"ט בר-אוריאן ז"ל (אף שהרמטכ"ל ראה לנכון להעניק למשפחה תעודת הערכה על מעשה ההקרבה של רב"ט בר-אוריאן ז"ל – ראו פסקה 11 שלהלן).

להלן אביא את הנתונים הנצרכים להכרעה בבקשה.

4. רב"ט בר-אוריאל ז"ל התגייס לצה"ל בנובמבר 1962 ושירת כלוחם בחטיבת גולני. בתאריך 02.10.1964 רב"ט בר-אוריאל ז"ל סיים בהצלחה קורס חבלה והוסמך כחבלן. זמן קצר לאחר מכן, הוצב רב"ט בר-אוריאל ז"ל במוצב: "מצוף קדמי", שמוקם באותה העת במובלעת הר הצופים בירושלים.

5. האירוע שבמוקד העתירה התרחש בתאריך 13.10.1964. באותו היום, שתי קבוצות חיילים, ורב"ט בר-אוריאל ז"ל בתוכם, עסקו בהחלפת מנגנוני ההפעלה של רימון נפיץ מסדרה חדשה. במהלך הפעילות, אחד הרימונים ננקר והופעל. רב"ט בר-אוריאל ז"ל תפס בידו את הרימון ורץ יחד איתו אל מחוץ לחדר שבו התבצעה הפעולה, בכיוון המנוגד לכיוון שממנו יצאו שאר החיילים, כדי לזרוקו במקום שלא יסכן בני אדם. במהלך ריצתו, הרימון התפוצץ בידיו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל וגרם למותו. יתר החיילים ששהו במקום לא נפגעו.

6. קרוב לחמישים שנה לאחר מכן ולאחר שראשת אכ"א דאז קיבלה פניה בעל-פה בנושא – בני משפחתו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל שלחו בתאריך 06.07.2014 מכתב לרמטכ"ל דאז (רא"ל (במיל') בני גנץ), שטחו את סיפור גבורתו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל והוסיפו כי:

"המשפחה, החברים וכל עם ישראל מקווים שאתה רא"ל בני גנץ – תעשה צדק, תכיר במעשה הגבורה ותמליץ להעניק לחגי בר אוריאל ז"ל את הכבוד הראוי לו".

בעקבות המכתב הנ"ל – מינהל הנפגעים בצה"ל קיים שיח מתמשך עם משפחתו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל ובמהלכו נמסר למשפחה כי המדיניות הנוהגת בצה"ל היא כי ככלל, ההחלטה אם להעניק ציון לשבח מתקבלת בסמוך למועד האירוע ועל בסיס עדויות ישירות של חיילים שנכחו במקום. עוד נמסר למשפחה, כי על-פי רוב צה"ל נמנע מלדון בבקשות להענקת ציונים לשבח בחלוף זמן רב ממועד ההתרחשות.

7. לצד האמור לעיל – הרמטכ"ל הורה על בדיקה מקדמית של האירוע ומינה לשם כך את קצין המילואים הראשי דאז, תא"ל הושע פרידמן בן-שלום (להלן: קמל"ר). לאחר מיצוי הבדיקה, בחודש ספטמבר 2015, קמל"ר המליץ לרמטכ"ל (באותו זמן כבר כיהן בתפקיד זה רא"ל (במיל') גדי איזנקוט) להכיר במעשהו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל כמעשה גבורה ולמצוא דרך ראויה להוקיר את רב"ט בר-אוריאל ז"ל על פעולתו. בהמשך להמלצת

קמל"ר, החליט הרמטכ"ל כי למשפחתו של רב"ט בר-אוריין ז"ל תוענק תעודת הערכה שתוצא על שמו של רב"ט בר-אוריין ז"ל, על-ידי קצין בדרגת אלוף. כן הוחלט להנחות את חטיבת גולני לשלב את סיפור גבורתו של רב"ט בר-אוריין ז"ל במסגרת מורשת הקרב של החטיבה.

8. החלטותיו הנ"ל של הרמטכ"ל, לצד ההערכה הרבה שצה"ל רוחש לרב"ט בר-אוריין ז"ל ולגבורתו, נמסרו לעותר ולמשפחתו של רב"ט בר-אוריין ז"ל – הן במכתב שנשלח אליהם בתאריך 17.09.2015 והן במסגרת ביקור של ראשת מינהל הנפגעים בצה"ל, קמל"ר וקצינת הנפגעים של חטיבת גולני, בבית אחותו של רב"ט בר-אוריין ז"ל. העותר ומשפחתו של רב"ט בר-אוריין ז"ל, לא השלימו עם תשובות אלו, וחזרו על בקשתם המקורית לפעול למען הענקת ציון לשבח לרב"ט בר-אוריין ז"ל.

9. כעבור זמן – העותר פנה שוב למשיב בשתי הזדמנויות (בתאריכים 28.02.2016 ו-17.05.2016) וביקש כי הרמטכ"ל יורה: "על הבאת מעשה הגבורה, העוז והמופת, במהלכו מצא חגי את מותו, לדיון בפני וועדת הצל"שים המטכ"לית".

שתי הפניות הנ"ל נענו בסירוב מנומס על-ידי המשיב, באמצעות ראש לשכת הפרקליט הצבאי הראשי. המשיב מסר בתגובותיו אלו כי נושא הנצחת מעשה גבורתו של רב"ט בר-אוריין ז"ל נבחן אישית על-ידו, וכתוצאה מכך התקבלה החלטה שלפיה ההערכה הרבה למעשה שעשה רב"ט בר-אוריין, תתבטא באמצעות מתן תעודת הערכה על שמו למשפחתו, לצד שילוב האירוע במסגרת מורשת הקרב של חטיבת גולני. עם זאת, המשיב מסר כי הוא לא מצא לסטות מהחלטתו הראשונית שלפיה, לנוכח חלוף הזמן הרב שעבר ממועד קרות האירוע – אין מקום להיעתר לבקשת העותר (מכתבי התשובה נשלחו בתאריכים: 04.05.2016 ו-13.07.2016 בהתאמה).

10. לאחר שפניות נוספות ללשכת הרמטכ"ל בנושא, בין היתר על-ידי חברי הכנסת: אמיר אוחנה ואבי דיכטר ועל ידי מייסד אתר "הגבורה", מר עפר דרורי, נענו בסירוב דומה – הוגשה העתירה שלפנינו.

11. לשם השלמת התמונה אציין כי לאחר שהצדדים השלימו את טיעוניהם בכתב, ולאחר שבתאריך 05.12.2018 נערך בפנינו דיון בעתירה, עודכנו כי בתאריך 14.01.2019, ערך המשיב (בעת הגשת העתירה והדיון בה היה זה כאמור רא"ל (במיל') גדי איזנקוט, שמאז שוחרר מצה"ל) טקס בלשכתו, במסגרתו הוענקה לרב"ט בר-אוריין ז"ל תעודת הערכה על המעשה הנאצל שביצע. בהקשר זה הודגש כי הענקת התעודה נבעה מרצונו

של הרמטכ"ל להביע באופן אישי, לקראת סיום כהונתו כרמטכ"ל – כלפי החייל ובני משפחתו את הערכתו הרבה לרב"ט בר-אוריין ז"ל ולמעשה הראוי להוקרה שהביא למותו. התעודה נוסחה כך:

**"תעודת הערכה על מעשה גבורה על-שם רב"ט חגי בר אוריין ז"ל**

תעודה זו מוענקת  
בהערכה על מעשה גבורה שעשה  
רב"ט חגי בר אוריין ז"ל מ.א. 487810  
ביום ז' מר חשוון תשכ"ה 13.10.1964.

בעת מבצע חימוש רימונים  
בבסיס צה"ל במובלעת הר הצופים  
הגן חגי ז"ל על ביטחון המדינה  
והקריב את חייו  
על מנת להציל את חיי חבריו  
בהצמידו לגופו רימון שנקר והופעל.

מעשהו, אשר מגלם את ערכי צה"ל  
של רעות, אומץ לב ודבקות במשימה  
ישולב במורשת הקרב של חטיבת גולני.

ינואר 2019, שבט תשע"ט – רב אלוף גדי איזנקוט,  
ראש המטה הכללי."

הצדדים הסכימו עם זאת כי אין בנכונותה של המשפחה לקבל את תעודת ההערכה הנ"ל משום ויתור על איזו מטענותיה בהליך זה.

טענות הצדדים

12. בעתירתו, מבקש העותר כי נורה למשיב לכנס את וועדת הצל"שים כדי שזו תבחן את נסיבותיו של מעשה הגבורה שנעשה על-ידי רב"ט בר-אוריין ז"ל ותקבע אם ואיזה ציון לשבח מוצדק להעניק לרב"ט בר-אוריין ז"ל על פעולתו זו.

13. לטענת העותר, אין כל מניעה חוקית להענקת עיטור, או צל"ש בחלוף זמן רב. החלטתו של המשיב שלא לכנס את ועדת הצל"שים ולדון בעניינו של רב"ט בר-אוריין ז"ל, נתמכת, לשיטתו, בנימוק אחד בלבד שלפיו הזמן הרב שחלף ממועד האירוע מקשה על גיבוש תמונה עובדתית מדויקת בנושא ומשכך אין הצדקה לכנס את ועדת הצל"שים לדיון בעניינו של רב"ט בר-אוריין ז"ל בעת הזאת. דא עקא שהעותר סבור, שנימוק זה איננו תומך במסקנה שאליה הגיע המשיב. העותר מדגיש כי מדיניות הצבא שלא להידרש

לאירועים שהתרחשו לפני זמן רב בהקשר של מתן עיטורים וציונים לשבח, מובנת ומקובלת עליו, ואולם הוא סבור כי המקרה של רב"ט בר-אוריאל ז"ל צריך להידון בבחינת יוצא מן הכלל. עמדת העותר היא כי קביעת "יוצא מן הכלל" למדיניות אי-הענקת עיטורים וצל"שים בחלוף זמן רב ממועד האירוע לא תהווה תקדים. בהקשר זה העותר מציין מקרה נוסף שהתרחש בשנת 2006 ובו הוענק צל"ש לאחד מחללי מלחמת יום הכיפורים, כ-33 שנים לאחר תום המלחמה. העותר ממשיך וטוען כי המקרה של רב"ט בר-אוריאל ז"ל מתאים במיוחד לחריגה מ"עקרון חלוף הזמן" משורה של טעמים:

ראשית, חרף העובדה שהאירוע פורסם באיחור, בשל נסיבות ביטחוניות להחסיה, שהיו רלבנטיות בשעתו – עדויות על אודות האירוע החלו להיאסף כבר ב"זמן אמת". באופן זה, הזמן שחלף לא הקהה את היכולת העקרונית לרדת לחקר האמת.

שנית, בנסיבותיו הייחודיות של רב"ט בר-אוריאל ז"ל – הזמן שחלף ממועד האירוע דווקא איפשר את חשיפתם של פרטים עובדתיים מדויקים ביחס לאירוע. בהקשר זה העותר מציין את דו"ח הבדיקה שהוכן על-ידי ה-קמל"ר, אשר לשיטתו, חזקה כי היה מבוסס על תשתית עובדתית ראויה ומספקת.

שלישית, העותר מציין כי עצם נכונותו של המשיב להורות על בדיקת האירוע, כמו גם ההחלטה להעלות את רב"ט בר-אוריאל ז"ל מדרגת טוראי לדרגת רב"ט – החלטה שהתקבלה רק בשנת 2016 – מלמדות כי גם המשיב מכיר בכך שבנסיבות מסוימות ניתן לחרוג מהמדיניות השוללת בירור בשל "חלוף הזמן" לצורך הבעת הוקרה עבור מי שראוי לכך.

נוכח כל האמור לעיל – העותר סבור כי החלטתו של המשיב שלא לכנס את ועדת הצל"שים לדיון בעניינו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל, איננה סבירה ואיננה מידתית.

14. המשיב, סבור מנגד כי דין העתירה להידחות. המשיב איננו חולק על כך שמעשהו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל הוא מעשה הקרבה, אשר ראוי להוקרה על-ידי צה"ל. מעבר לכך, המשיב ביקש לפתוח את תגובתו בהדגשת ההערכה הרבה שהוא רוחש לרב"ט בר-אוריאל ז"ל, על שירותו הצבאי ועל הקרבתו למען מדינת ישראל והגנתה. לצד האמור, המשיב גורס כי בהחלטתו שלא להעביר את עניינו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל לוועדת הצל"שים – לא נפל פגם המצדיק התערבות שיפוטית בה. לעמדת המשיב, המדיניות שלא להעביר לעיונה של ועדת הצל"שים אירועים שהתרחשו לפני זמן רב היא מדיניות סבירה והגיונה הפנימי רלבנטי גם לנסיבות עניינו. המשיב גם מזכיר את החלטתו להעניק לרב"ט בר-אוריאל ז"ל תעודת הערכה ייחודית, כמו גם את הטמעת סיפורו במורשת הקרב של חטיבת גולני

ומציין כי החלטה זו מעידה אף היא על הענייניות של שיקול הדעת הפיקודי שהופעל על-ידו במכלול.

15. המשיב מציין עוד כי בבסיס המדיניות שלא להעביר לעיונה של ועדת הצל"שים אירועים שהתרחשו לפני זמן רב עומדים מספר רציונלים וביניהם: הקושי הכרוך באיסוף ראיות לאחר תקופת זמן ממושכת, שמשפיע על היכולת להגיע באופן מדויק לחקר האמת; הצורך לבחון את הבקשה למתן ציון לשבח בהקשרה המקורי ועל רקע אירועי התקופה, או המערכה הרלבנטית (בהקשר זה נקודת המוצא היא שהמקרים הרלבנטיים כבר נבחנו בסמוך להתרחשותם על-ידי הדרג הפיקודי באותה עת, ואין זה מתאים לשנות כיום ובדיעבד את החלטותיהם) וכן הצורך שלא להפלות בין חיילים שמעשי גבורתם תועדו ואיפשרו את ההתחקות אחר פועלם, לבין חיילים שמעשי גבורתם לא תועדו, ומשכך לא ניתן לדעת, וממילא להכיר, במעשיהם.

טעמים אלו רלבנטיים, לעמדת המשיב, גם לענייננו.

זאת ועוד – אחרת. המשיב חושש כי היעדרות לבקשתו של העותר בענייננו עלולה להוות תקדים, אשר "יפתח את הדלת" ויוליד בקשות רבות אחרות להכרה במעשי גבורה שנעשו לפני שנים רבות. תקדים מעין זה עלול לאיין את מדיניות הצבא הנוכחית. משכך, ראוי לנקוט משנה זהירות בהתייחסות לבקשתו של העותר.

16. במענה לטענותיו הפרטניות של העותר – המשיב גורס כי הבדיקה שעליה הוא הורה, נועדה לבדוק האם קיימת הצדקה למתן תעודת הערכה לרב"ט בר-אוריין ז"ל (וכאמור, התשובה היתה חיובית), אך הבדיקה מראש לא נועדה לעסוק במתן עיטור, או ציון לשבח. נוכח כל האמור לעיל – המשיב סבור כי החלטתו בענייננו של רב"ט בר-אוריין ז"ל היא נכונה סבירה ומידתית, ומכל מקום לא ניתן להלום את המסקנה שהחלטה זו מצדיקה התערבות שיפוטית בה.

דיון והכרעה

17. לאחר עיון בעתירה ובתגובה לה, שמיעת טיעוניהם של באי-כוח הצדדים במסגרת הדיון שנערך לפנינו ובדיקת החומרים המשלימים שהוגשו לנו – הגעתי לכלל מסקנה כי לצד תחושות הצער והכאב המובנים של העותר ומשפחתו, וההכרה בפעולתו הנאצלת של רב"ט בר-אוריין ז"ל בהקרבתו – הרי שדינה של העתירה להידחות, וכך אציע לחבריי שנעשה. הטעמים לכך יובאו להלן.

המטד הנורמטיבי

18. חוק העיטורים בצבא-הגנה לישראל, התש"ל-1970 (להלן: חוק העיטורים), שנכנס לתוקף אחרי האירוע שבמוקד העתירה, קובע בסעיף 20 שבו, כי ניתן להעניק עיטור על פי חוק זה, רק על מעשה שנעשה אחרי 04.06.1967, או למי שקיבל ציון לשבח על-ידי הרמטכ"ל קודם לכן. מכאן שר"ט בר-אוריין ז"ל – איננו זכאי לעיטור על פי חוק העיטורים, ולו בשל הוראת התחילה הנ"ל. יחד עם זאת סעיף 18 לחוק העיטורים קובע כי אין בהוראותיו של חוק העיטורים כדי לגרוע מסמכותו של הרמטכ"ל, או של מי שהוסמך לכך בפקודות הצבא, להעניק ציונים לשבח על מעשים שאינם תואמים את המבחנים להענקת עיטור לפי חוק העיטורים.

בהמשך לכך, פקודת מטכ"ל 33.0807, שעניינה עיטורים, ציונים לשבח, אותות הערכה ואותות הוקרה (להלן: הפקודה), קובעת, כי מלבד העיטורים הקבועים בחוק העיטורים, ניתן להעניק לחיילים גם ציון לשבח: "בשל מעשה או התנהגות שאין בהם כדי להעניק עיטור" (ראו: סעיף 5 לפקודה).

אופן ההמלצה על הענקת ציון לשבח מוסדר בסעיפים 19 ו-25 לפקודה המורים

כך:

19. מפקד הסבור כי אחד מהחיילים הכפופים לפיקודו ראוי לקבל עיטור או ציון לשבח על מעשה שעשה בעודו כפוף לפיקודו, לרבות ציון לשבח של יחידה – יעביר את המלצתו, תוך פירוט סיפור המעשה, ותוך ציון הסוג הביטחוני של הידיעות שבסיפור, בצינורות הפיקוד, לוועדה הפיקודית".

25. מצאה הוועדה הפיקודית, כי המעשה המתואר בהמלצה ראוי להענקת עיטור או ציון לשבח על ידי הרמטכ"ל, תעביר את ההמלצה ליו"ר הוועדה המטכ"לית... " (זו תכונה על-ידי להלן: ועדת הצל"שים).

הנה כי כן, הפקודה מפקידה את שיקול הדעת הראשוני אם להמליץ על הענקת ציון לשבח לחייל – בידיו של מפקדו של החייל הרלבנטי.

19. בענייננו, המשיב גיבש מדיניות להפעלת שיקול הדעת הכולל בנושא. לפי המדיניות האמורה, ועדת הצל"שים לא תידון באירועים שהתרחשו לפני זמן רב. מדיניות זו היא שהובילה את המשיב לקבוע כי מכלול נסיבות עניינו של ר"ט בר-אוריין ז"ל ועבור הזמן – אינם מאפשרים מתן עיטור, או ציון לשבח, ומשכך, עניינו של ר"ט בר-אוריין ז"ל לא הועבר לוועדת הצל"שים. חלף זאת, המשיב בחר לעשות שימוש בסמכות שניתנה לו על-פי סעיף 16 לפקודה, שמכוחה:

”מפקד היחידה רשאי להביע הערכה לחייל או ליחידות משנה באמצעות מכתב הערכה שיימסר להם, על מעשה או על התנהגות הראויים להערכה, שאין בהם כדי להעניק עיטור או ציון לשבח”.

20. העותר לא עתר לבטל, או לשנות את מדיניותו הנ”ל של הרמטכ”ל והוא איננו חולק על ההיגיון שבמדיניות האמורה של המשיב. טענתו של העותר היא כי למדיניות שלא להידרש במסגרת דיוני ועדת הצל”שים לאירועים שהתרחשו לפני זמן רב, ראוי שיהיו יוצאים מן הכלל, וכי עניינו של רב”ט בר-אוריאל ז”ל הוא אחד מאותם חריגים שבהם יש לדון על-אף הזמן הרב שעבר מאז קרות האירוע.

במחלוקת זו שנתגלעה – דעתי נוטה לגישתו של המשיב, ואנמק הדברים להלן.

21. מדיניותו של המשיב היא בבחינת ”הנחיה מינהלית פנימית” של המשיב (ראו: ”הנחיות מנהליות” הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (1986); עיינו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 228-229 (2010) (להלן: ברק-ארז)). אמנם, המדיניות שלא להעביר אירועים שהתרחשו לפני זמן רב לעיונה של ועדת הצל”שים – לא הועלתה על הכתב ולא הוגדרה על-ידי המשיב כ”הנחיה”, אלא כ”מדיניות” בלבד, ואולם פעמים רבות הנחיות מינהליות פנימיות מכונות בפועל כ”מדיניות” (ראו למשל: יואב דותן הנחיות מינהליות 82-84, 96-97 (1996) (להלן: דותן)).

הנחיות פנימיות הינן כלי חשוב בעבודת הרשות. ההנחיות משקפות פעמים רבות את ניסיון החיים ומאפשרות לרשות להתחשב בניסיון זה, שעה שהיא מפעילה את סמכותה ואת שיקול דעתה. הפעולה על בסיסן של הנחיות קבועות מראש ופומביות מבטאת את עקרון השוויון ומבטיחה כי הרשות לא תנהג איפה ואיפה במקרים דומים. מעבר לכך – הפעלת הסמכות בהתאם להנחיות הפנימיות מגדילה את הוודאות המשפטית ומשפרת את יכולתה של הרשות להכווין התנהלויות. לבסוף, הנחיות מינהליות מהוות כלי לצורך קידום מדיניותה של הרשות המינהלית, ומאפשרות ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הרשות (עיינו: בג”ץ 4540/00 אבו עפאש נ’ שר הבריאות (14.05.2006); ברק-ארז, בעמ’ 230; דותן, בעמ’ 350-354).

נוכח האמור, הכלל הפשוט שנקבע בפסיקתנו הוא כי בעקרון – על הרשות לפעול בהתאם להנחיותיה הפנימיות ולא לסטות מהן (ראו: בג”ץ 47/91 ניימן נ’ פרקליטות המדינה, פ”ד מה(2) 872, 876 (1991); בג”ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות



מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854, 860-861 (1997) (להלן: עניין חוד);  
 בג"ץ 11642/05 משרקי נ' שר הביטחון, פסקה 9 (09.08.2006).

22. על-אף האמור לעיל – העותר בענייננו מבקש כי נורה למשיב לסטות מן המדיניות, או ההנחיות, שאותן הוא קבע. אכן, בהיותן של ההנחיות המינהליות בעלות מדרג נורמטיבי נחות משל חקיקה ראשית ושל חקיקת משנה, ניתן, בנסיבות מסוימות, לסטות מהן (עיינו, למשל: בג"ץ 204/81 בן נעים נ' המפקח הכללי של המשטרה, פ"ד לה(4) 469 (1981)). למעשה, סוגיה זו מבטאת את המתח הידוע שבין החובה החלה על הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה בכל מקרה ומקרה לגופו מחד גיסא, לבין היתרונות הגלומים בקביעת מדיניות עקרונית שבמהותה היא מחלקת את המקרים ל"קבוצות טיפוסיות" מאידך גיסא (עיינו: ברק-ארוז, בעמ' 227-228; דותן, בעמ' 138-135 Yoav Dotan, *Why Administrators Should be Bound by their Policies*, 17 OXFORD ; 135 (J. LEGAL STUD. 23 (1997)).

ההלכה הפסוקה קבעה כי הדרך להתמודד עם המתח האמור היא באמצעות יצירת איזון, במסגרתו, לצד הכלל הבסיסי שלפיו הרשות צריכה לנהוג בהתאם להנחיותיה הפנימיות, חל חריג שלפיו באותם מקרים ייחודיים שבהם היצמדות "עיוורת" להנחיה הפנימית תיצור עיוותי דין, או פגיעה בהגינות – על הרשות חלה חובה לסטות מן ההנחיות (ראו: עניין חוד, בעמ' 861-862; בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 859-857 (1993). עיינו גם: בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לג(3) 60 (1979); עע"א 6481/01 אל עביד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נז(6) 678 (2003); דותן, בעמ' 412-442).

23. ההחלטה האם אירוע מסוים הוא אירוע חריג המצדיק סטייה מההנחיה המינהלית הרלבנטית בגינו, היא החלטה הנתונה בעקרון גם היא בידי הרשות (עיינו: ברק-ארוז, בעמ' 253). מובן הדבר עם זאת, כי אף החלטה זו, ככל החלטה מינהלית, חייבת לעמוד בכללי המשפט המינהלי, ועילות הסבירות והמידתיות בתוכם.

24. לפיכך – השאלה העומדת לפתחנו היא האם החלטתו של המשיב שלא לראות בענייננו של רב"ט בר-אוריאן ז"ל מקרה חריג, אשר מצדיק סטייה מהמדיניות הכללית של המשיב, היא סבירה ומידתית, או שמא היא חורגת קיצונית מאמות המידה הנדרשות ומחייבת התערבות שיפוטית. בסוגיה זו אדון מיד בסמוך.

25. הנימוקים שהוצגו בפנינו על-ידי העותר אינם מחייבים, לדעתי, את המסקנה כי עניינו של רב"ט בר-אוריאל ד"ל הינו כה חריג, עד שיש לראות את החלטת המשיב לנהוג בו, על-פי ההנחיות המקובלות – כבלתי סבירה, או לא מידתית. העותר אמנם ציין כי חרף הזמן שחלף מאז האירוע מושא העתירה, הצטברו "בזמן אמת" עדויות ששפכו אור על נסיבות האירוע וכן כי הזמן שחלף רק הועיל, לשיטתו, לחשיפת מידע מדויק יותר על אודות ההתרחשות, אולם אינני סבור כי נסיבות אלו מצדיקות את הכללתו של האירוע בקטגוריה של חריג לכלל. אכן, יתכנו מקרים שבהם חלוף הזמן איננו מעמעם את הראיות הנדרשות לבירור הנסיבות ואף-על-פי-כן – אין להביא אירועים שכאלה לבירור לפני ועדת הצל"שים. הטעם לכך, כפי שמסרו לנו באי-כוח המשיב, נעוץ, בין היתר, ברצונו של המשיב למנוע הבחנה בין אירועים שזכו לתהודה ומשכך בכוחם להתגבר על "מחסום הזמן" שנוצר, לבין מקרי הקרבה שלא נאספו מספיק ראיות על אודותיהם. כמו כן, ההנחיות מבטאות את הצורך לבחון את האירוע, מושא הבקשה, באספקלריה של התקופה שבה הוא התרחש – בחינה שקשה מאוד לעשותה עשרות שנים לאחר קרות האירוע.

נימוקים אלה רלבנטיים לענייננו. משכך, סבורני כי גם אם הנסיבות שצוינו על-ידי העותר מאפשרות יצירה של הבחנה כלשהי בין האירוע, נשוא ענייננו, לבין אירועים אחרים, הרי שלא מדובר בהבחנה כה נחרצת עד שהכללת האירוע תחת המדיניות הרגילה החלה במקרים מן הסוג הזה, תיחשב לבלתי סבירה, או לבלתי מידתית, עד כדי התערבות שיפוטית בהחלטת המשיב.

26. זאת ועוד – אחרת. עמדתי היא כי גם העובדה שרשויות הצבא מצאו לנכון לחרוג בעבר, במספר מצומצם מאד של מקרים, מהמדיניות שנקבעה – איננה מצדיקה את קבלת העתירה בענייננו. כאמור, במקרים מיוחדים וחריגים ניתן (ופעמים אף ראוי) לסטות מהנחיות פנימיות. סטייה מהנחיות פנימיות חייבת להיעשות גם היא תוך הקפדה על כללי המשפט המינהלי וככזאת עליה להיעשות בשוויון, כלומר, לחול באותו האופן במקרים שווים. משכך, בנסיבות שבהן הרשות חרגה בעבר מהנחיותיה במקרים זהים, ניתן לדרוש מן הרשות לנהוג ביחס שווה לשווים, ולחרוג מאותן הנחיות בשנית (ראו לדוגמה: בג"ץ 422/80 ששון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה (4) 617, 624 (1981); עע"מ 3801/13 סיגל ארז – אמו של איש שירות הביטחון תמיר ארז ד"ל נ' שר הביטחון (21.07.2016) (להלן: עניין סיגל ארז). עם זאת, יש לציין כי גם במקרים כגון אלו יתכן שהרשות תצליח לשכנע כי החריגה הקודמת מן ההנחיות נעשתה מתוך טעות ומשכך אין זה מוצדק לחזור עליה בשנית). בענייננו, מלבד העובדה – שלא הוכחה – כי רשויות הצבא סטו בעבר מהמדיניות לפחות במקרה אחד – לא הונחה בפנינו תשתית ראייתית ולא נטענו בפנינו טיעונים בנוגע לאופיו של אותו מקרה. משכך, לא הוצגו בפנינו טעמים לקבוע שהמקרה

הקודם, שבו המשיב, או מי מטעמו חרגו מהמדיניות הקבועה, קרוב במאפייניו הרלבנטיים, לאירוע נשוא ענייננו. ודוק, לא כל דמיון בין שני מקרים מצדיק באופן אוטומטי את המסקנה כי על הרשות לנהוג באותם המקרים באותו האופן. הקביעה אם שני מקרים הם שווים בהקשר זה צריכה להיעשות בהתאם לכללים שפותחו בפסיקתנו ביחס לעילת האפליה (עיינו: בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000); עניין סיגל ארז). משכך, בעצם העובדה שהמשיב סטה בעבר פעם אחת ממדיניותו – אין בה כשלעצמה כדי להצדיק סטייה נוספת מאותה מדיניות.

27. תמיכה נוספת למסקנתי שלעיל אני מוצא בהוראת סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). סעיף זה ניתן להחלה בענייננו מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, שעל פיו: הוראותיו של חוק החוזים יחולו, בשינויים המתויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה (ראו בפסקה 54 לפסק דיני ב-בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שרת החינוך (17.04.2008) (להלן: עניין הפורום המשפטי)).

#### סעיף 33 לחוק החוזים קובע כך:

"חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט".

סעיף זה קובע איפוא, כי הכרעה בדבר מתן: ציון, תואר, פרס וכיוצא באלו – לא תהא נושא לדיון בבית המשפט. בהקשר זה, סבורני כי ציון לשבח יכול להיחשב כמעין "תואר", או משהו כיוצא באלה העניינים הנדונים בסעיף הנ"ל, והוא ניתן לאדם אשר ראוי לכך על פי הכרעה, או הכרעה של אדם שלישי. מכאן שהעניין איננו נושא לדיון בבית משפט (השוו גם לסעיף 8 לחוק העיטורים, הקובע כדלקמן: "הענקת עיטור מסורה לשיקול דעתו של המוסמך להעניקו, ואין אחר החלטתו ולא כלום"). אמנם, כפי שהעותר הדגיש בהשלמת טיעונו, הוא איננו מבקש להשיג על החלטה להעניק, או להימנע מלהעניק ציון לשבח לרב"ט בר-אוריין ז"ל, אלא רק אי-הבאת עניינו בפני וועדת הצל"שים. משכך, העותר גורס כי עתירתו כלל איננה עוסקת ב"הכרעה או הערכה" למתן תואר או פרס, אלא רק בהחלטת המשיב שלא לאפשר לוועדת הצל"שים לבחון את זכאותו של רב"ט בר-אוריין ז"ל לגופה. העותר סבור כי סעיף 33 לחוק החוזים לא צריך לחול איפוא על עתירתו.

28. עם שהבחנתו הנ"ל של העותר לא נסתרה מפני, ועל-אף שהמשיב, בתשובה שהגיש להשלמת הטיעון מטעם העותר, ביקש שלא להסתמך על סעיף 33 לחוק החוזים בטיעונו – סבורני כי ניתן, למיצער, להעזר בסעיף הנ"ל, בבחינת "תנא דמסייע" רעיוני למסקנה כי דינה של העתירה שלפנינו להידחות. בחוקקו את סעיף 33 לחוק החוזים – המחוקק ביקש לגדור את נושא מתן הציונים, התארים והפרסים וכיוצא באלה עניינים (ולשיטתי, כאמור – אף עיטורים ותעודות הערכה צבאיים נכללים במסגרת זו), כתחום שהביקורת השיפוטית עליו – תהיה מצומצמת ביותר, אם בכלל. משכך, אף אם החלטת המשיב בענייננו לא עסקה ישירות במתן, או באי-מתן עיטור, או ציון לשבח (ומשכך לא התבססה על ההערכות המקצועיות הנדרשות לשם כך) – ראוי לגישתי כי ננקוט זהירות רבה בבואנו לבקר החלטות, אשר נושאן הוא מתן ציונים, תארים, פרסים וכיוצא באלו עניינים (עיינו והשוו: בג"ץ 10673/03 מרגלית נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד נט(2) 1 (2004); עניין הפורום המשפטי; בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך (26.04.2011)); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 383-392 (מהדורה שנייה, 2018)).

סוף דבר

29. פסק דיננו משקף את נקודת המבט המשפטית במבוקש. ואולם, כפי שהמשיב חזר והדגיש בפנינו – אין בהחלטה שלא להביא את ענייניו של רב"ט בר-אוריאל ז"ל בפני ועדת הצל"שים – מהטעמים שצוינו – כדי להפחית ולו במעט, ממעשהו הנאצל. גם דחייתה של עתירה זו, אינה באה להמעיט חלילה, ממעשה ההקרבה של רב"ט בר-אוריאל ז"ל, שהוכר בתעודת ההערכה שנמסרה למשפחתו על-ידי הרמטכ"ל, וזאת לצד הטמעת מעשהו (המגלם את ערכי צה"ל של רעות, אומץ לב ודבקות במשימה) במורשת הקרב של חטיבת גולני. כל אלה מנציחים את רב"ט בר-אוריאל ז"ל לדורות ואנו מצטרפים להוקרה זו, שחלל צה"ל זה ראוי לה.

30. בכפוף לאמור לעיל – העתירה נדחת. בנסיבות העניין אין, כמובן, צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, ג' באלול התשע"ט (3.9.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

---

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> שב 17049810\_K12.docx