



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3194/10

בפני: כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים: 1. לאה צוריאנו  
2. מאיה נוסבאום

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון  
2. ראש המטה הכללי  
3. הפרקליט הצבאי הראשי  
4. רפאל פרץ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות: י"ז באב התש"ע; (28.11.2010 ; 28.7.2010)  
כ"א בכסלו התשע"א

בשם העותרות: עו"ד אליעד שרגא

בשם המשיבים: עו"ד אבינעם סגל-אלעד

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

רקע עובדתי ודיוני

1. עותרת 1, לאה צוריאנו, היא אימו של גיל ז"ל. עותרת 2 מאיה נוסבאום, היא אימו של אסף ז"ל. הבנים נולדו בשנת 1973. שניהם שירתו כלוחמי יחידת החילוץ בהיטס של חיל האוויר. גיל ואסף נהרגו במהלך שירותם הצבאי, באוגוסט 1992. העתירה המתוקנת דורשת בעיקר מתן צו נגד מינויו של הרב רפאל פרץ כרב הצבאי הראשי (להלן: "משיב 4") עקב מעורבותו בתאונה שהובילה למות הבנים.

בלילה שבין 9 ל-10 באוגוסט 1992, במהלך אימון מנוף הרמה של יחידת החילוץ של חיל האוויר, נפלו גיל ואסף אל מותם. האימון נועד לתרגל עליית הלוחמים וירידתם, כמחלץ ומחולץ, במנוף הצלה של מסוק יסעור, בזמן שהמסוק מרחף מעל שטח האימון. בעת שגיל ואסף היו מול פתח המסוק, נקרע לפתע כבל המנוף ושניהם נפלו מגובה של כ-50 רגל. גיל נמצא ללא סימני הכרה. אסף התלונן על כאבים בגבו ודקות ספורות לאחר מכן איבד את הכרתו. קברניט המסוק - הוא משיב 4, רס"ן רפאל פרץ (כתוארו דאז), הזעיק מיד מסוק חילוץ רפואי ונחת במקום האסון. הבקר הקרקעי שהיה במקום הנפילה החל מיד בטיפול רפואי בלוחמים, ואליו הצטרף הבקר האווירי שהיה במסוק. שני הבקרים, שהיו חובשים מוסמכים, עשו כל שביכולתם מבחינה רפואית להציל את גיל ואסף, עד שהגיע המסוק עם הצוותים הרפואיים. זאת, כפי שנקבע בדו"ח תחקיר אירוע שהונפק על ידי ועדת חקירה בראשות השופט בדימוס א' וינוגרד (להלן: "דו"ח ועדת וינוגרד"), שגרעינו הקשה יוצג להלן. לאחר ניסיונות מספר של החייאה וייצוב שנעשו בשטח על ידי הצוותים הרפואיים, הוטסו גיל ואסף לבית החולים סורוקה בבאר שבע, שם נקבע מותם.

מיד לאחר קרות התאונה, מינה מפקד חיל האוויר (להלן: "מח"א") דאז, האלוף הרצל בודינגר, ועדת חקירה בראשותו של אל"מ שמעון בן נר, שמטרתה בדיקת הסיבות שגרמו לקריעת הכבל (להלן: "הוועדה הראשונה"). הוועדה גבתה עדויות רבות ואף ערכה בדיקות וניסויים רבים בכבלים. מסקנתה היא שהכבל נקרע כתוצאה משילוב נדיר של מספר גורמים שנוצרו על ידי פעולתו של המכונאי המוטס אשר הפעיל את המנוף. לשיטתה, קריעת הכבל נבעה מנפילת הלוחמים על כבל עודף רפוי והיווצרות מכת נגיפה, אשר הביאה לכשל הכבל. הוועדה העירה מספר הערות בקשר לתרומת מפקד הטייסת ומפקד יחידת החילוץ להתרחשות התאונה. מח"א אימץ את מסקנות הוועדה ובהסתמך עליהן קבע 31 מטלות ליישום בחיל האוויר.

במקביל מונתה ועדה נוספת לחקירת התאונה בראשותו של תא"ל במיל' גיורא זורע (להלן: "ועדת זורע"). שתי הוועדות פעלו במקביל. ועדת זורע לא הצביעה חד משמעית על הכשל שגרם לאירוע. עם זאת, מנתה היא 6 סיבות אפשריות אשר ייתכן וגרמו לכשל, מבלי לקבוע איזו מהן בעלת הקשר הסיבתי הדומיננטי ומהי מידת תרומתה לאירוע, אם בכלל. האפשרות של קריעה עקב כבל עודף רפוי ומכת נגיפה נראתה גם לוועדת זורע כאפשרות סבירה. גם חוקרי מצ"ח אימצו את ההסבר לפיו הכבל נקרע כתוצאה מהיווצרות מכת נגיפה. פרקליטות חיל האוויר החליטה שאין יסוד להעמיד לדין או לנקוט בהליך משמעתי כל שהוא נגד מי מהמעורבים באירוע בשל

העדר תשתית ראייתית לכך. הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: "הפצ"ר") סמך ידו על החלטה זו.

עם קבלת ממצאים אלו, פנו העותרות ליועץ המשפטי לממשלה והלינו על ההחלטה שלא להעמיד לדין את מי שזוהו על ידן כאחראים לתאונה. משהושבו פניהן ריקם, עתרו לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לחייב את היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועמ"ש") ואת הפצ"ר להעמיד את האחראים לדין פלילי או משמעתי, כאמור. הפצ"ר והיועמ"ש שקלו שנית את העניין. הפצ"ר הורה על הליך של נזיפה אדמינסטרטיבית נגד מפקד הטייסת ומפקד יחידת החילוץ בשל ליקויים בתכנון התרגיל. היועמ"ש מצידו בחן את הראיות שנגבו על ידי הוועדה הראשונה וקבע על פיהן כי היה לכאורה מקום להגיש כתב אישום פלילי נגד המכונאי המוטס. מח"א מינה ועדת חקירה נוספת, שלישית במספר, בראשות סא"ל ברוך רגב אשר בחנה אפשרויות או תרחישים נוספים לקריעת הכבל. ממסקנות הוועדה עלה כי הסבירות שהכבל נקרע במכת נגיפה הייתה נמוכה. לא הוצגה אלטרנטיבה אפשרית לקריעת הכבל. מח"א אימץ את חוות דעתה של הוועדה השלישית והעדיפה על פני האחרות שניתנו. בעקבות מצב דברים זה, חזר בו היועמ"ש מהחלטתו להעמיד לדין את המכונאי המוטס הואיל ובנסיבות שנוצרו, עם ביטול מסקנותיה של הוועדה הראשונה, נעדרה התשתית הראייתית שעל פיה ניתן להעמידו לדין.

כמתואר בדו"ח וינוגרד, ביקר בית משפט זה בהחלטתו מיום 8.8.1995 את התנהלות צה"ל בכל הנוגע לעדכון המשפחות בדבר מות יקיריהן באופן שהועבר אליהן מידע קטוע, "בלתי מדויק ואולי גם מוטעה" והותרתן בתחושה קשה שהרשויות אשר טיפלו בעניין ניסו להעלים מהן את אשר אירע באמת. עם זאת, לא מצא לנכון בית משפט זה להתערב בשיקול הדעת של היועמ"ש והפצ"ר.

העותרות פנו לשר הביטחון בדרישה למנות ועדת חקירה מטעמו, על פי סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי. שר הביטחון הודיע כי מח"א מינה ועדה נוספת, הכוללת מומחים מן המגזר האזרחי, לברר את נסיבות תאונת הכבל, בראשותו של תא"ל הררי. העותרות הגישו עתירה נוספת לבית משפט זה במסגרתה עתרו להקמת ועדת חקירה לפי חוק השיפוט הצבאי. עתירתן נתקבלה והוחלט על הקמת הוועדה בראשות השופט וינוגרד, שהוזכרה לעיל. ועדה זו מונתה על-ידי הרמטכ"ל. על אף הוראות הפיקוד העליון הקובעות שדיוני ועדת חקירה שנתמנתה לפי חוק השיפוט הצבאי יתנהלו בדלתיים סגורות, בני משפחותיהם של גיל ואסף הורשו לצפות בדיונים באמצעות

טלביזיה במעגל סגור. למשפחות ולבאי כוחן ניתנה האפשרות להביע את עצמם הן בראשית עבודתה של הוועדה, לפני שמיעת העדויות והן לאחריה.

לאחר הדברים האלה, בחוות דעת בנויה לתלפיות הפרושה על פני 146 עמודים, הציגה ועדת וינוגרד את ממצאיה ומסקנותיה (יוני, 1997). לענייננו, די אם נציג בשלב זה את החלק האופרטיבי הנוגע למינויו של משיב 4:

„בהתייחס לכל העדויות הרפואיות ששמענו, וקראנו, ושפורטו בהרחבה בפרק הדן בטיפול הרפואי, הסיכויים להצלת חייהם של גיל ואסף היו קטנים ביותר, אם בכלל... מה היה צריך להיות מקומו של הקברניט בזמן האירוע האם יכול הקברניט לצאת מתא הטייס, ומה עוד היה על הקברניט לעשות?... במכלול השיקולים אותם שקל הקברניט בהחלטתו היכן להיות, הנימוק כי מתא הטייס הוא ניהל בדרך טובה יותר את הפינוי, היה לדעתנו מוטעה. מקומו, בהיותו המפקד הבכיר בשטח, היה בזירת ההתרחשות, כלומר ליד הנפגעים... הקברניט הוסיף והסביר כי הנחית את המסוק בנקודת נחיתה מוגבלת בגודלה ובעלת שיפוע גדול (כשבע מעלות) שהייתה הנקודה האפשרית הסמוכה ביותר אל הנפגעים (פרט לנקודת הנפילה עצמה שהייתה נוחה וטובה יותר, אולם מסיבות מובנות לא ניתן היה לנחות בה), כשלצידו טייס משנה שאינו אלא נווט בהכשרתו. בתנאים אלה, סבר הקברניט כי חובתו להשאיר ליד הגה המסוק... אנו בקרנו בשטח והתרשמנו שמקום הנחיתה היה אכן הנקודה היחידה שהתאימה לנחיתה בסמיכות למקום הנפילה... מסירת ההגאים לידי הנווט, הייתה מהווה סיכון ממשי למסוק על יושביו, סיכון שבנסיבות המקרה, היה בלתי סביר לחלוטין ואסור היה לקחתו... במצב דברים שכזה, קמה חובתו של המפקד, הקברניט, לשגר אל הנפגעים את הנווט... לכך חשיבות רבה בהיבט של מנהיגות צבאית... לדעתנו טעה הקברניט בהמנעותו משיגור הנווט אל הנפגעים ואנו ממליצים למח"א להעיר לו על כך" (עמ' 71-69 לדו"ח).

לגישת העותרות בעתירה זו - לו היה דואג משיב 4 לפינויים המידי של הבנים במסוק לבית החולים כשעדיין היו "במצב חיים" עם פגיעתם בקרקע במקום זימון צוות חילוץ כונן של יחידת החילוץ מבסיס תל נוף המצוי במרכז הארץ; לו היה יוצא לראות במו עיניו את אשר ארע ליקיריהן; לו היה מורה ליתר הלוחמים ולמכונאי המוטס לצאת לסייע לאותו לוחם בן 19 שטיפל בבנים הפצועים קשה לבדו, בחושך מוחלט ללא תאורה ואף נמנע מלהורות לטייס המשנה לרדת מהמטוס על מנת לבחון את המצב

ולקחת החלטות פיקודיות על אופן הטיפול והחילוץ המיטבי - הרי שעל פי קו זה, יכול וחיי בניהן היו ניצלים.

להשלמת התמונה הדיונית, יצוין כי משיב 4 החל במילוי תפקידו כרב הצבאי הראשי ב-1.6.2010. במסגרת עתירה זו, הוגשה בקשה למתן צו מניעה זמני לפיו לא יחל משיב 4 במילוי התפקיד. בקשה זו נדחתה ע"י חברי השופט ע' פוגלמן, תוך ציון כי "לא תהיה מניעה ליתן סעד אפקטיבי בהליך זה גם בלא שניתן צו ביניים, אם תהיה עילה לכך".

דיון

2. כל סוגיה משפטית המונחת בפני בית המשפט לובשת מעטפת עובדתית קונקרטיית. התשתית העובדתית הנדרשת בענייננו היא דו"ח וינוגרד המלא - זאת כפי שהבהרנו בהחלטה קודמת. זוהי המסגרת הקובעת. אמנם קיימים קשיים מעשיים בבדיקה מחודשת של דו"ח שהוגש לפני 14 שנה, אולם קושי זה אינו הסיבה העיקרית שבגינה אין להתערב בממצאים העובדתיים שבו. הטעם המרכזי הוא היות הדו"ח רציני, ממצה ויסודי. פרק שלם ייחדה הוועדה לבחינת התנהגות משיב 4. לא הוגשה כל השגה כלפיו. יסודותיו לא עורערו. הדבר מודגש, הואיל וכתב העתירה חורג בחלקו מן התשתית העובדתית האמורה. אין זה אומר שהעותרות אינן רשאיות להסתייג מהמינוי של משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי, אך הדיון יתנהל מבחינה עובדתית בהתאם למתווה שהוצג בדו"ח וינוגרד המלא. לכך יש להוסיף, שהעניין נבדק פעמים מספר ב"גלגולים" של הוועדות השונות, עד שבעקבות עתירה שהוגשה לבית משפט זה הוקם המנגנון שערך את דו"ח וינוגרד. כאמור, לא הוגש כל הליך נגד קביעותיו. במצב דברים זה, ועל מנת להבהיר מהו מתחם התשתית העובדתית, ראוי להעמיק בחלקים הרלוונטיים של הדו"ח.

על פי ממצאי הוועדה, הפרש הזמן בין 45 דקות בהגעת הלוחמים לבית החולים אילו פונו מיד במסוק ממנו נפלו, לא היה מכריע לגבי הישארותם בחיים. על פי עדויות רופאי בית החולים סורוקה, המצב בו הגיעו החיילים היה בפועל מצב של מוות. לדברי רופאים אחרים שהעידו, גם אם הבנים היו מגיעים לפתח בית החולים כעבור 10-15 דקות מזמן הנפילה - כאשר על פי ממצאי הוועדה במצב המהיר ביותר הם לא היו מגיעים אלא כעבור 25-30 דקות - הסיכויים להישארותם בחיים לא עלו על 5%. כמה מהרופאים העריכו את הסיכוי אך ב-1%-2%. זאת, בגין הפגיעה הקשה באבי העורקים ובאיברים פנימיים אחרים של אסף והעדר סימני חיים מלכתחילה בגיל. לדברי

הרופאים, גם אם היו מצליחים להחיותם לאחר ניתוחים מורכבים, הייתה סבירות גבוהה (כ-80%) שהם היו נפטרים כעבור זמן קצר. עם זאת, צוין בדו"ח, כי הובאה דעה חולקת של פרופ' ריביקנד אשר העריך כי היה סיכוי שהנפגעים, למצער אסף, היו נותרים בחיים אם היו מגיעים לבית החולים 10-15 דקות לאחר הנפילה ולא כ-80 דקות לאחריה, כפי שהגיעו בפועל. לדעת פרופ' ריביקנד, שיטת פינוי מידי עדיפה על שיטת ייצוב ופינוי. דא עקא, הוועדה לנה בעומקו של דבר וקבעה כי שיטה זו איננה עדיפה בהכרח ובאופן מוחלט על פני השיטה האחרת, אשר לא מעטים דוגלים בה. צוין, כי הזנקת אנפת כוננות מבסיס חיל האוויר בחצרים, חלף הטסה במסוק יסעור מבסיס חיל האוויר בתל נוף – כפי שבוצע, הייתה מקצרת את זמן הטיסה מהבסיס למקום הנפילה וממנו לבית החולים לכ-25-30 דקות מרגע הנפילה. המשמעות היא, אל נכון, שניתן היה לפנות את שני הפצועים באנפה בזמן טיסה קצר יותר מהזמן בו הוטסו ביסעור, אך עם צוות רפואי אחד בלבד ולא שניים, כפי שהיה בפועל. בהתאם לנתונים שהוצגו בפניהם, קבעו חברי הוועדה כי הם אינם סבורים שיש מקום לבקר את שיקול הדעת וההחלטה לשלוח את יסעור החילוץ מבסיס חיל האוויר בתל נוף ולא את האנפה מבסיס חצרים. הפרש זה של כ-10 דקות לא היה בו להציל את חיי הלוחמים. מכאן, הזעקת צוות החילוץ מבסיס תל נוף במרכז הארץ הייתה סבירה, בניגוד לטענת העותרות.

העותרות משיגות על החלטת משיב 4 שיתר הלוחמים וכן המכונאי המוטס יישארו בבטן המסוק, כך שחובש אחד נאלץ לטפל בשני הפצועים. על פי העובדות שנקבעו בדו"ח, הבקר הקרקעי שהיה במקום הנפילה החל מיד בטיפול הרפואי ואליו הצטרף הבקר האווירי שהיה במסוק. שניהם, שהיו חובשים מוסמכים, טיפלו בפצועים עד שהגיע המסוק עם שני הצוותים הרפואיים. באשר לפעולות החובשים, כשירותם, שיקול דעתם ואיכות הטיפול שנתנו בשטח, העידו הרופאים שהגיעו במסוק הכוננות, וכן רופאים אחרים, כי עקב הערכת החובשים שמדובר בפגיעות בעמוד השדרה ובהעדר ציוד התמיכה הנדרש, השיקול שלא לפנות את הנפגעים מיד ולהמתין למסוק החילוץ היה שיקול נכון. כן נקבע על ידי עדים אלה כי העזרה הרפואית שהוגשה לנפגעים הייתה כנדרש. החובשים פעלו לפי מיטב הכשרתם, יכולתם והבנתם את מצב הפצועים. חברי הוועדה דחו את הדעה החולקת שהושמעה על ידי פרופ' ריביקנד וד"ר הרדן, אשר הוזמנו לפי בקשת העותרות. באשר לסיוע על ידי החובשים שנשארו במסוק שלטענת העותרות היו צריכים להישלח על ידי משיב 4 לסייע לחובש שטיפל בכנים, נקבע, שהיה בידי החובשים האחרים, הגם שהיו חסרי ניסיון, לסייע לעבודת החובשים המנוסים יותר אף אם הסיוע לא היה משנה באופן מהותי את מצבם של הנפגעים. וכך נאמר, בזו הלשון:

"אי שיתופם במתן עזרה, בנתונים שהיו ידועים באותה עת, הייתה טעות הן של הקברניט (משיב 4) והן של הבקרים/חובשים. השיקול היחיד שהיה צריך לעמוד לנגד עיני הקברניט והחובשים היה: ניצול כל היכולות המצויות כדי לסייע, אפילו במידה קטנה, לפעולות העזרה הראשונה וההחייאה. שיקול זה היה צריך לדחות כל שיקול מורלי או אחר. משהיו במקום שני חובשים נוספים, גם אם בלתי מנוסים ובלתי מוסמכים, הייתה חובה להזעיקם אל הנפגעים ולהסתייע בהם ככל הנדרש בהגשת העזרה...ההסתייעות בחובשים מוסמכים שהשתתפו באימון במסוקים אחרים או בצוותים אחרים, אפשר שהייתה מקילה, על עבודת החובשים תמיר ואבינעם, אך ספק אם סיועם היה תורם להצלת הנפגעים" (שם. בעמ' 58).

על פי עדויות הרופאים, האפשרות שחובשים אחרים היו מאבחנים אחרת את מצב הפצועים היא נדירה. גם אם היו מורים על פינוי מידי, ייתכן ולא היה נחסך זמן כלל. לא ניתן היה להנחית מסוק נוסף במקום הנפילה. אפילו והיה ניתן, ההשפעה על הצלת חיי הבנים הייתה מועטה, אם בכלל. פעולות הרופאים שהמשיכו לאחר הגיעם לשטח בפעולות החייאה במשך 15 דקות ולא ביצעו פינוי מידי, מצביעות לפי ממצאי הוועדה על כך שאף הם לא הגיעו לאבחנה שונה מזו של החובשים. עולה שגם אם נכחו בשטח הנפילה מיד בקרותה, לא היו מורים על פינוי מידי. האמור מלמד כי פינוי מידי – בין אם משיקולי זמן ובין אם מחמת מתן טיפול שונה - לא היה משפיע על הצלת חיי אסף וגיל. חברי הוועדה בחנו מבחינה היפותטית כיצד הייתה משפיעה נוכחותו של רופא צמוד בתרגיל. בעניין זה קבעו כי התוצאה לא הייתה משתנה מהותית.

העותרות מלינות על כך שמשיב 4 לא יצא לראות את הנפגעים ולא שלח את טייס המשנה לבחון את מצבם. לו היה יוצא לראותם, היה לדבר נפקות באשר לאופן קבלת החלטתו ובכך היה מסייע להציל חיים. בעניין זה קבעה הוועדה כי יציאתו שלו או של טייס המשנה מהמסוק לא הייתה משנה את החלטה להמתין למסוק החילוץ. האפשרות של קבלת החלטה בניגוד להוראות החובשים אשר לפי פקודות חר"פ הן המחייבות בהעדר רופא, נראתה לוועדה בלתי סבירה. הוועדה אף ציטטה מהוראות מחלקת מבצעים העוסקת בתורת לחימה, חיפוש והצלה ופינוי רפואי בהיטס (113.43.01) - "אם אין במסוק המזדמן צוות רפואי... יגיש לו עזרה ראשונה, ידווח לשולט על מצבו, אך לא יפנה אותו וימתין להגעת מסוק מחלץ עם צוות רפואי..שים לב שכל נוטש חשוד כפגוע עמוד שדרה וכל תזווה שלו עשויה להביא למותו..."

בפרק הדין באחריות אישית, הביעה הוועדה מורת רוח מאי העמדתו לדין של המכונאי המוטס. בעניינו של משיב 4 הסתפקה הוועדה בהערה בלבד ממפקד חיל האוויר, בעוד כלפי מפקדת הטייסת ומפקד יחידת החילוץ דאז, הורתה על נקיטת הליך של נזיפה אדמינסטראטיבית לפי פקודת מטכ"ל 33.0333. הוועדה ביקרה את מנהיגותו של משיב 4 מבחינה ערכית, לא מבצעית, אשר נבעה מהפעלת שיקול דעת מוטעה. התנהגותו הייתה אמנם בניגוד למצופה ממנו, אולם מבחינה אופרטיבית רפואית, לו היה נמצא לצד פקודיו הפצועים בשטח, לא היה בכך להציל חיים. כך סיכמה הוועדה את מסקנותיה וכשלו של משיב 4 :

"מקומו של המפקד בצה"ל (במקרה שלנו- הקברניט) היה והינו תמיד בנקודת ההתרחשות שהיא בדרך כלל הנקודה הרגישה והמשפיעה ביותר באירוע. במקרה של פינוי נפגעים ישאר המפקד תמיד ליד אנשיו עד לפינוי הבטוח של האחרון שבהם, זהו סטנדרט ההתנהגות הראוי בצה"ל ולפיו בחנו את התנהגותו של הטייס רס"ן רפי פרץ. אנו מקבלים את ההסבר כי בנסיבות המקרה, לא היה הקברניט רשאי לעזוב את ההגאים ולצאת מן המסוק, עם זאת אנו קובעים כי המנעותו משיגור הנווט אל הנפגעים כדי לעמוד על מצבם ולתמוך בחובשים העוסקים בהגשת העזרה הרפואית- הייתה מוטעית לחלוטין ואנו ממליצים למח"א להעיר לו על כך" (שם).  
בעמ' 142).

לאחר שהוצגה מסגרת המקרה, יש לדון בעתירת העותרות למנוע ממשיב 4 לכהן כרב הצבאי הראשי.

התערבות בית המשפט

3. השירות הציבורי הוא נאמנו של הציבור בביצוע הסמכויות והכוחות הנתונים בידיו. מכוח נאמנות זו, מוטלת עליו החובה להבטיח את התאמת עובדי הציבור לתפקידם הן מבחינת כשירותם התפקודית והן מבחינת רמתם המוסרית (ראו בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (24.11.2009)). החלטות בדבר מינויים בצה"ל מסורות לשיקול דעתו של הרמטכ"ל, בהיותו המפקד העליון של הצבא (ראו בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג (2) 62). איזוהי הדרך הראויה שיבור לו בית המשפט?

קסתות של דיו נשפכו בעניין. נקודת המוצא הנורמטיבית היא שבית משפט זה אינו נוטה להתערב בכל הנוגע למינויים בצבא. העקרון הנוהג הוא כי שיקול הדעת הנתון לגורם הממנה - הרמטכ"ל באישור שר הביטחון - להחליט על מערך המינויים



ועל חלוקת התפקידים במערכת הצבאית מצוי במתחם כיבוד רחב ותחום ההתערבות השיפוטית בשיקול דעת זה הוא צר ושמור למקרים קיצוניים וחריגים בלבד (ראו בג"ץ 651/86 מלכה נ' שר הביטחון, פ"ד מ (4) 645; בג"ץ 5562/07 שוטהיים נ' שר לבטחון פנים (23.7.2007); השוו: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, מר אריאל שרון (9.10.2003)). וכך נפסק:

"מהו מרווח הסמכויות של הצבא בכואו לאייש תפקיד צבאי ביחידה צבאית על-ידי מי שמשרת בשירות סדיר. לעניין זה לא יכול להיות ספק ספיקא בכך, שעניין כגון זה מסור לחלוטין לשיקול-דעתן של הרשויות הצבאיות הנוגעות בדבר" (ראו בג"ץ 676/82 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' ראש המטה הכללי, פ"ד לז (4) 105, 112).

עת ניצב בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק להכריע בדבר כשירות מינויו של פלוני, עליו להידרש לשניים. האחד, עמידה בדרישת הדין - בחינת "הכשירות הסטטוטורית". האחר, סבירות החלטת המינוי כעניין שבשיקול דעת. ההשגה אינה נגד הליך תקינותו של המינוי במובן שנפל פגם כלשהו באופן המינוי בהתאם לפקודת מטכ"ל או הוראת פיקוד עליון. ההשגה היא לגבי זהות המועמד הממונה בהתאם לשיקול דעתו של הרמטכ"ל ובאישורו של שר הביטחון. שיקול דעת זה הוא כאמור רחב.

עם זאת, שיקול דעתם איננו מוחלט. החלטת רשות מנהלית מוסמכת למנות אדם לתפקיד בשירות הציבורי ובכלל זה בשורות הצבא נתונה לביקורת שיפוטית. גם הם, ככל רשות ציבורית מנהלית, אחראים לציבור. מחובה זו נגזרת חובתם להפעיל את שיקול דעתם בהגיונות, בסבירות, בתום-לב, בלא שררה ומתוך התחשבות בכל הנתונים הרלוונטיים (ראו בג"ץ 4537/96 שושן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(4) 416). סבירות ההחלטה המנהלית, לרבות ההחלטה בעניין מינוי לתפקיד בשירות הציבור נבחנת על פי אמות המידה הבאות: האם נשקלו בגדר ההחלטה הסבירה כל השיקולים הענייניים בלבד הצריכים לעניין בפרדיגמה של הסמכות המוקנית לגורם הממייך וכן האם ניתן לשיקולים הרלוונטיים השונים משקלם היחסי הראוי במסגרת האיזון הנדרש ביניהם לצורך קבלת ההחלטה (ראו בג"ץ 5562/07 דלעיל). ודוק; סבירות היא מושג נורמטיבי. משמעותה היא איתור השיקולים שיש לקחתם בחשבון, מתן משקל לשיקולים השונים ואיזון ראוי ביניהם בנקודת החיכוך (ראו בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז (2) 812). היקפה של הביקורת השיפוטית מתמצה בשאלה העולה על המדוכה האם האיזון הכולל שערכו הרמטכ"ל ושר הביטחון כדי למנות את

משיב 4 לרב צבאי ראשי הוא איזון "מחוץ למיתחם הסבירות, האם ניתן לומר כי האיזון הוא כה מופרך, וכי הוא סוטה במידה כה רבה מהאיזון הראוי, עד כי עלינו לומר ששום רמטכ"ל סביר לא היה יכול להגיע למסקנה שאליה הגיע הרמטכ"ל" (ראו בג"ץ 4537/96 דלעיל, בעמ' 422; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד (2) 485). לשון אחר: בהתערבותו של בית משפט זה, אל לו לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעת הרמטכ"ל או כיצד היה מחליט לו עמד במקומו. עליו לבחון: האם כל השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה עמדו לנגד עיניו של הרמטכ"ל; האם ניתן לכל שיקול המשקל המתאים והאם נעשה איזון ראוי בין השיקולים. אלה ייבחנו לאור עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ולאור ערכי היסוד של החברה והנורמות המושרשות בה (ראו בג"ץ 1284/99 דלעיל).

ויובהר: קיומם של נתונים הפועלים לחובתו של המועמד אינו פוסל בהכרח את כשירות המועמד למינוי. על הגורם הממנה לשקול ולהעריך את נתוני הזכות מול נתוני החובה ולאזן ביניהם (ראו בג"ץ 5562/07 דלעיל). ברוח זו יש לבחון את החלטת הרמטכ"ל בענייננו.

המערכת הצבאית היא רשות מנהלית וכפופה לכללי המשפט המנהלי. ברם, אין היא רשות ככל רשות. מעמדה מיוחד. כפי שנפסק בעניין ההסתדרות הכללית של העובדים (בג"ץ 676/82 דלעיל): "המערכת הצבאית בנויה על אדני ההירארכיה הפיקודית, בה נקבעים ההסדרים מכוח הסמכות המוקנית לרשויות הצבאיות לדרגיהן, ובכך ההבדל המהותי ביותר בינה לבין כל מסגרת ארגונית אחרת בשירות המדינה" (שם. בעמ' 112 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר). האפיון הארגוני, על המרכיב הפרסונאלי שבו, עומד בליבת הצבא. מנקודת מבט זו, הזהירות מתבקשת עד מאוד טרם תתערב הרשות השיפוטית במינוי בצה"ל. מהצד האחר, אין צורך במחקר סוציולוגי כדי להכיר במרכזיותו של צה"ל בהוויה הישראלית. זו נגזרת ממצאות חיינו. נוסף על כן, הרגישות מתבקשת במינוי לתפקיד פיקודי בשל אחריותו של הקצין לחייליו. זה אינו מצב חדש. ראש הממשלה דוד בן גוריון ז"ל, קרא לאמהות לגייס את בניהן – "תדע כל אם עבריייה כי הפקידה את גורל בניה בידי מפקדים הראויים לכך". זה אף אינו מצב ישן. כפי שנפסק ע"י בית משפט זה בשבועות האחרונים:

"חוסנו של צה"ל והאמון הציבורי בו אינם נובעים אך מיכולותיו המבצעיות ומאיתנותו הצבאית. כוחו של הצבא נגזר במידה רבה מהאמון במוסריותו ובטוהר המידות של מפקדיו וחייליו. אלו העומדים בראש הארגון נדרשים לשמש דוגמא ומופת של אמינות,

הגינות וערכים בכדי שיוכלו להשיר מבט אל פקודיהם ולצוותם ללכת אחריהם, בכדי שהציבור כולו יידע כי כוחו של הצבא ועוצמתו מצויים בידי מפקדים נקיי כפיים שלא דבק בהם רבב" (ראו בג"ץ 8707/10 חס נ' שר הביטחון (31.1.2011) מפי השופטת ע' ארבל, בעמ' 10).

כאמור לעיל, מבחן המסגרת עת דנים אם להורות על ביטול מינוי מטעם הרשות, הוא דו-שלבי. תחילה יש לברר "כשירות סטטוטורית" - עמידה בדרישת תנאי הסף. היה והמועמד עונה על תנאי הסף, יופנה זקור ההכרעה לבחינת שיקול הדעת של הגורם הממנה. כאן לא נטען שמשיב 4 אינו עומד בדרישות הפורמאליות של התפקיד הנדון. משכך, הדיון יסוב לבחינת סבירות ההחלטה למנות אותו לתפקיד.

הכרעה

4. בדיקת סבירות ההחלטה למנות גורם מסוים לתפקיד אף היא דו-שלבית. רוצה לומר, תחילה יש לבחון את הדרך למינוי ולאחר מכן את תוצאתה. בחינת הדרך משמעותה האם דרך קבלת ההחלטה עמדה במבחן הסבירות. יש לשאול: האם נשמרו הכללים הפרוצדוראליים של ההכרעה, למשל, זהות הגורם המחליט; האם נשקלו השיקולים הראויים? האם הגורם המחליט היה מודע למכלול הנסיבות ונתן דעתו לגביהן? בהתאם לבדיקת דרך הבחירה, תיבחן בשלב השני התוצאה של ההחלטה עצמה. זאת אך ורק מבעד לעדשת הסבירות. השאלה היא - האם החלטת הרשות הציבורית נופלת במתחם הסבירות או שמא מחוצה לו. תוצאה אחרונה זו - לפיה שום רשות ציבורית סבירה לא הייתה בוחרת בתוצאה שנגדה עותרים - תדרוש את התערבותו של בית המשפט.

כאן, לא נעלמה מעיני הרמטכ"ל ההערה בדבר ערכיותו של המשיב 4 בפרשה הטרגית. בבחנם את מועמדות משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי, נתנו הרמטכ"ל והשר דעתם לשיקולים הרלוונטיים בשעה שהגיעו להחלטה לקדם את המשיב בדרגה ובתפקיד:

"מועמדותו של הרב פרץ נשקלה ביסודיות על ידי כלל הדרגים המקצועיים והפיקודיים בצה"ל ונמצא, כי הוא ראוי למלא תפקיד זה. זאת, לאור כישוריו, תרומתו לבטחון המדינה ולחברה, ועברו הצבאי המקצועי והערכי, הן במסגרת שירותו הצבאי והן במסגרת האזרחית, בה הוא משמש מזה שנים רבות כמנהל מכינה קדם צבאית..בתוך כך נשקלו כישוריו המיוחדים של הרב פרץ למילוי התפקיד; ניסיונו הרב לאורך שנים

בחינוך והטמעת ערכים..ושירותו..כטייס מסוקים בסדיר ולאחר מכן בשירות מילואים, במסגרתו קודם לדרגת סגן-אלוף..באיזון בין כלל השיקולים הרלוונטיים הוחלט כי הרב פרץ הינו המועמד הראוי והמתאים ביותר למלא את תפקיד הרב הצבאי הראשי, בשל יכולותיו המקצועיות, אישיותו וסגולותיו כאדם" (ראו סעיף 23 ו-25 לכתב התגובה לעתירה המתוקנת).

הערת מפקד חיל האוויר מעברו הצבאי של משיב 4 ניצבה היא אל מול עיניהם -

"החלטת המינוי של הרמטכ"ל שאושרה על ידי שר הביטחון הביאה בחשבון גם את התנהלותו של הרב פרץ במהלך התאונה הטראגית" (ראו סעיף 24 ו-25 לכתב התגובה לעתירה המתוקנת).

התאמת משיב 4 למינוי מושתתת על אישיותו הנבחנת לאורך שנים מתפקודו כרב, בשים דגש על כישוריו המקצועיים ודרך התנהלותו הציבורית והפרטית על פני ציר זמן ארוך, קודם ולאחר האירוע הטרגי. נתונים אלו אינם באים לבדם. הם מצטרפים כאמור לשורה של שיקולים, וביניהם בעיקר - צרכי המערכת. עולה כי הרמטכ"ל, באישורו של שר הביטחון, העריך את הגורמים הרלוונטיים בהחלטתו למנות את משיב 4 לתפקיד. נראה, בשלב זה, כי שר הביטחון והרמטכ"ל ערכו איזון בין השיקולים השונים והחלטתם מצויה במתחם הסבירות. הרמטכ"ל התחשב בנתוניו האישיים והמקצועיים של משיב 4 והעמידם בקשת רחבה יותר של השיקולים הכלל מערכתיים של צה"ל. באיזון הכולל הוחלט למנותו לרב הצבאי הראשי ולא נמצא מקום לביטול מינויו.

סיכום ביניים. ככלל, בביקורת שיפוטית של מינוי על ידי רשות, יש לבחון את כשירותו הסטטוטורית של המועמד לתפקיד, ובהתאם לתוצאה - את שיקול דעתו של הגורם הממנה. מבחן שיקול הדעת מחולק לשני שלבים - הדרך והתוצאה. כאן, יוצא כי אין טענה לפיה משיב 4 אינו מתאים לתפקיד מחמת כשירותו "הסטטוטורית", ועל פני הדברים, הגורמים הממנים - הרמטכ"ל ושר הביטחון - בחנו את מכלול הנסיבות, לרבות מעורבותו של משיב 4 באסון שפקד את הבנים - קרי, ה"דרך". נותר אפוא לבדוק - וזהו עיקר טענתן של העותרות - את סבירות התוצאה אליה הגיעו הרמטכ"ל ושר הביטחון לפיה ימלא משיב 4 את תפקיד הרב הצבאי הראשי.

5. נדמה כי בחינת התאמת המועמד לקידום בתפקיד או בדרגה למי שכשל בעברו חולשת על שלושה מוקדים. הראשון, מהות התפקיד. השני, אופי הכשל. השלישי, מימד

הזמן שחלף מעת ביצוע המעשה או המחדל מושא הכשל. מוקדים אלה עשויים לשמש כלי עזר לבחון אם ראוי שבית משפט זה יתערב במינוי. קיימים יחסי גומלין בין המוקדים. ייתכן שבמקרה מסוים, מוקד אחד יתפוס נפח רחב יותר, לעומת מקרה שונה בו יועצם מוקד אחר. מוקדים אלה יעמדו מול זכויותיו של המועמד לתפקיד. האיזון הוא פנימי ורוחבי. ודוק; קיומו של כשל בעברו של מועמד אינו כשלעצמו פוסל אותו להתמנות לתפקיד, כל עוד אין הוראה מפורשת אחרת בדין. מצויים אנו בשדה שיקול הדעת.

א. מהות התפקיד

הרב הצבאי הראשי הינו הרשות המוסמכת לפסוק בהלכות דת ודיני ישראל בצה"ל. במסגרת תפקידו עליו לייעץ לרמטכ"ל ולגורמי המטכ"ל בנוגע לענייני דת בצבא; להוציא הנחיות לקיום הווי דת עבור החייל הדתי ביחידות צה"ל; ממנה הוא על תכנון והפעלה של שירותי דת ביחידות הצבא, כגון כשרות, בתי כנסת, אישות ושבתות וחגים. רכישה והספקה של ציוד דת ליחידות לחייל הדתי; קיום מגע עם מוסדות דת אזרחיים במידה ומילוי תפקידו דורש זאת; הוצאת הנחיות בדבר פינוי וקבורת חללים ומתים לפי דיני ישראל; פיקוח על ביצוען של ההוראות וההנחיות המוזכרות באמצעות סגל הרבנות הצבאית (ראו אתר דובר צה"ל – <http://dover.idf.il>).

התפקיד במהותו הינו אפוא ייצוגי וערכי, סמלי ומוסרי. אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של תפקיד הרב הצבאי הראשי של מדינת ישראל – היא מדינה יהודית ודמוקרטית. דרגת התפקיד נותנת אף היא ביטוי לכך. הוא ראש חיל אשר בא במגע עם ציבור חיילים רחב-בתוך החיל ומחוצה לו. פסיקותיו ההלכתיות אף עשויות להשפיע על תחומים מחוץ לצבא, כמו למשל בענייני גיור. הוא משול למנהיג רוחני.

כדי לעמוד על אופיו של תפקיד הרב הצבאי הראשי, טבעי הוא להפנות למשפט העברי. כידוע, צה"ל איננו הצבא הראשון שנלחם להגנת עם ישראל. הרב הצבאי הראשי הראשון של צה"ל - הרב שלמה גורן- חידד את הנקודה במאמרו "מחנה ישראל לאור ההלכה". בגדר מאמר זה הדגיש שאף המחנה הראשון של בני ישראל במדבר כולל בחובו פירוש של מחנה צבאי, ככתוב "וחנו בני ישראל איש על מחנהו ואיש על דגלו לצבאתם" (במדבר, א, נ"ב) (ראו הרב שלמה גורן משנת המדינה (תשנ"ט) 36-50, 42). הרב יוסף סולובצ'יק שנפטר לפני כ-15 שנה בארה"ב, התייחס לסוגיה האם ראוי שרבנים יתגייסו לכהן כאנשי דת בצבא ארה"ב במלחמת קוריאה בשנות ה-

50 על רקע הניסיון במילוי תפקידים אלה במלחמת העולם השנייה. נערכה השוואה בין הרב הצבאי לבין מצוות הכהן משוח המלחמה שתפקידו תואר: 'וניגש הכהן ודיבר אל העם ואמר להם... אל ירך לבבכם אל תיראו ואל תפחזו ואל תערצו מפניהם'... (דברים, כ, ב-ד)... מהותה של המצווה... מבטאת את הרעיון שעלינו לתת ללוחם העוסק במשימה הגדולה מכולם, הגנת ארצו, סיוע רוחני, עידוד וחברות, בזמן שהוא זקוק להם ביותר" (הרב יוסף דוב הלוי סולוביצ'יק איש על העדה (2010) 101, 73-102 (האיגרת נכתבה במקור באנגלית)). הדאגה למורל החייל והשמירה על ערך האחדות בין החיילים עומדות בליבת התפקיד. ביטוי לכך נמצא בפירוש הספרי על הכתוב "כי תצא מחנה על אויביך ונשמרת מכל דבר רע" (דברים, כ"ב, י'). לגישת הספרי, הדבר שיש להישמר ממנו אינו אלא – לשון הרע. הרמב"ן (מסביר כי המטרה היא "שלא ירבו ביניהם (החיילים) מחלוקת" (פירוש הרמב"ן על ספר דברים). הדבר נכון ביתר שאת ומכוח קל וחומר בימינו אנו ביחס לצבא ההגנה לישראל, במדינת ישראל. הרב הצבאי הראשי ממלא תפקיד בעל משמעות רבה - לא רק בהיותו האחראי על ענייני הלכה, אלא כגורם משפיע על החייל כפרט וכחלק מן הכלל.

נקודות אלה מעצימות את הדרישות המצופות מממלא תפקיד הרב הצבאי הראשי. ככלל, ככל שהתפקיד רם יותר, כך עליו לעמוד בסטנדרטים גבוהים יותר. מהות התפקיד אפוא מחזקת את דרישת העותרות שהעניין ייבדק בקפדנות וברצינות. ברם, מוקד זה אינו עומד לבדו.

ב. אופי הכשל

אופי הכשל דורש התייחסות. בענייננו, משיב 4 אמנם קיבל הערה בגין התנהגותו, אולם, כאמור, הוא לא הורשע בדין משמעתי ולא הוגש נגדו כתב אישום פלילי. אין להתעלם מהאופי הענישתי בדמות הערה ולא פסילה מלכהן בתפקידים צבאיים לרבות כאלה הכרוכים בקידום ואף באותו תפקיד בו שירת משיב 4 במילואים. בהשוואה להמלצות הוועדה לגבי נושאי תפקידים אחרים בעלי מעורבות בתאונת הכבל, ההמלצה לגבי משיב 4 "הייתה הקלה ביותר במדרג ההמלצות, והיא התייחסה אך ורק לפן אחד בהתנהלותו" (ראו סעיף 22 לכתב התגובה לעתירה המתוקנת). נקבע כאמור כי אין קשר סיבתי בין תפקודו של המשיב 4 לבין מותם של גיל ואסף. תפקודו המבצעי בזמן האירוע – פעילותו בהתאם להחלטת החובשים בהעדר רופא והחלטתו להזעיק מסוק חילוץ מסוג יסעור מבסיס תל נוף - עמדה במבחן הסבירות. כך נקבע מבחינה עובדתית על ידי ועדת וינוגרד. הוועדה קיבלה את הסברי משיב 4 באשר להחלטתו להישאר במסוק ולאחוז בהגאיו כדי למנוע הידרדרות אפשרית של המסוק

בגין נחיתתו בנקודת נחיתה מוגבלת בגודלה ובעלת שיפוע גדול. לנוכח הצורך בהותרת המסוק מונע ומוכן להמראה, הרי שמסירת הגאים לידי הנווט "הייתה מהווה סיכון ממשי למסוק על יושביו, סיכון שבנסיבות המקרה, היה בלתי סביר ואסור היה לקחתו" (עמ' 70). משכך, היה עליו לשגר את הנווט, קצין בהסמכתו, לשטח בו נמצאו הלוחמים. נקבע שעצם נוכחותו לצד החובשים המטפלים בנפגעים הייתה מחזקת את ידיהם וביטחונם בטיפול הרפואי. עם זאת, לא הוכח כי פעילותם מבחינה מקצועית נפלה מפעולות שהיו נוקטים לו הנווט, חסר הכשרה רפואית, היה בסביבתם. אכן, אין חולק כאמור כי מבחינה מוראלית היה בדבר לסייע. אולם החובשים לא היו פועלים אחרת מבחינה רפואית עובדתית ופעילותם הוגדרה כפעילות סבירה בנסיבות העניין כפי שמצופה מחובש לנהוג באותן נסיבות. לא ניתן לקשור בין אופן הטיפול הרפואי שהוענק ללוחמים לבין תוצאותיה הטראגיות של התאונה.

מחדלו של משיב 4 הוא מעין אתי, לא פלילי ואף לא מתגבש כדי עוולה בדין האזרחי. מעשיו ומחדליו אינם מלווים ביסוד נפשי פלילי כלשהו. זוהי נקודה חשובה. נקבע כי נתקבלה על ידו "החלטה מוטעית לחלוטין", אך זאת בשטח, בתנאים קשים. במסגרת התייחסותו לאחריות אישית, דו"ח וינוגרד בחר שלא להעמיד לדין פלילי או משמעתי את משיב 4 ואף לא המליץ לנזוף בו ברמה האדמניסטרטיבית. למעשה, בשורת הדין לא ניתנה כל החלטה אופרטיבית לגביו אלא ביקורת כלפי התנהגותו גם על מנת להפיק לקחים בעתיד.

ג. מימד הזמן

ראוי להעניק משקל לפרק הזמן שחלף מאז האירוע הנדון ועד למועד המינורי לתפקיד. אין בידינו כלים לקבוע את אמת המידה או משך הזמן הנדרשים למירוק אותו דופי, אם בכלל. אין בנמצא נוסחה מתמטית אשר תקבע את היחס בין הזמן שחלף לבין המעשה או המחדל שמהווה את הכשל. יש שבחלוף פרק זמן ממושך מאז ההתנהגות הפסולה, "נשחק, מיטשטש ומתקהה חודה של אותה התנהגות" (ראו בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (2) 757). קיימים כאמור יחסי גומלין בין שלושת המוקדים שהובאו לעיל. משקלו של חלוף הזמן משתנה על פי נסיבות המקרה. כפי שנפסק:

"לבסוף, הזמן שעבר מאז ביצוע העבירה ועד למינורי המוצע הוא גורם חשוב. ככל שעובר זמן רב יותר, וככל שחולפות השנים, כן נמוג הזיהוי של האיש עם העבירה שביצע, ומינויו למשרה הציבורית לא יפגע בתיפקודו

ובאמון הציבור בו ובשירות הציבורי. אכן, עבר פלילי, אפילו בעבירה חמורה, אינו מחסום מוחלט מפני מינוי למשרה ציבורית, אפילו בכירה. הזמן עושה את שלו...המועמד משתקם. בעני 'הציבור הנאור' שוב לא ייתפס מינויו כפעולה הפוגעת בטוהר השירות וביכולת תפקודו, אלא דווקא כהתעמרות וכמיצוי 'דין' בלתי ראוי" (ראו בג"ץ 6163/92, 6177 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז (2) 270, 229).

18 שנה חלפו מאז אותה תקרית טרגית. מהחומר עולה כי במהלך שנים אלו השקיע משיב 4 בהטמעת ערכים. הוא פעל למען החברה בכלל והתמקצע בתחום הדת בפרט. הוא קיבל על עצמו תפקידים חדשים בצבא ומחוצה לו והצליח בהם. לו היה משיב 4 מועד מספר פעמים לאחר האירוע, מצב דברים זה היה עומד נגדו. באותו אופן גם התנהגותו הנורמטיבית ותרומתו לחברה עשויות ללמד ולעמוד לזכותו. התקופה של 18 שנה היא ארוכה ומשמעותית.

הדיון בדבר חלוף הזמן דורש מבט נוסף. יש לזכור כי בעקבות התאונה, נעצר הזמן מלכת עבור אסף וגיל. אי אפשר לבוא "ולמחוק" את השנים שחלפו כאילו לא היו (ראו בג"ץ 5795/97 ח"כ שריד נ' שר הביטחון, פ"ד נא (4) 799). גדיעת חייהם באיבם מהווה טרגדיה – לא רק למשפחות השכולות – שעומק כאבן לא ניתן לשער – אלא לחברה כולה.

ראיית הדברים באופן שכזה היא חלק מהתמונה, אבל איננה מלוא התמונה. יצוין שוב: מהחומר עולה שאין בכשל שבהתנהגות משיב 4 קשר עובדתי או משפטי לתוצאות הטרגיות. מחדלו של משיב 4 כפי שנקבע לא גרם למותם של החיילים. חלוף הזמן הוא עובדה שעל בית המשפט לקחת בחשבון. זו דרכו של המשפט. הוא בוחן את המינוי גם על פני ציר הזמן. התקופה שחלפה ממועד ביצוע הכשל ועד לתאריך המינוי היא חלק מהתשתית העובדתית של ההחלטה אם למנות את המועמד אם לאו. פשיטא, כי ביחס לכשל שארע בשנת 1992, ההחלטה למנות אדם לתפקיד בשנת 2010 מהווה החלטה אחרת ממינויו בשנת 1993. חלוף הזמן אינו בהכרח נתון שמיטיב עם המועמד. הוא עשוי לפעול לשני הכיוונים בהתאם להתנהגותו. על כגון דא נאמר: "הזמן הוא הצדק אשר חוקר את כל האשמים" – Time is the justice that examines all offenders (ויליאם שייקספיר "As You Like It"). הזמן אינו רק כלי לבחינת המציאות אלא המציאות עצמה. כפי שהמשפט מתנהל במקום מסוים, כך הוא מתנהל בזמן מסוים.



משיב 4, ייחד עצמו לתרומה לחברה ולצבא בתקופה הארוכה שחלפה. עולה כי על בסיס פעילותו לאחר האירוע זכה לאמון הגורמים הממנים. הגורם שבדק את התנהגותו באירוע לא הגביל את פעילויותיו או קידומו. הכשל התרחש במסגרת אירוע מצער ביותר אך הכשל כשלעצמו, כעולה מדוחות ועדת החקירה, אינו בדרגה גבוהה. התפקיד אליו מונה אכן בכיר וייצוגי. האיזון בין שלושת המוקדים – מהות התפקיד, אופי הכשל ומימד הזמן – מוביל למסקנה כי לא נפל פגם בהחלטת הרמטכ"ל שאושרה על ידי שר הביטחון למנות את משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי. ניתן להניח שהיו מועמדים ראויים נוספים לתפקיד, אולם, בחירתו של משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי מצויה במתחם הסבירות. לא מצאתי בסיס משפטי לפיו על בית משפט זה להתערב בבחירה.

6. טרם סיום. נכון יהא להתייחס לשלוש טענות שהעלו העותרות נגד שר הביטחון והרמטכ"ל. בקשתן היא כי יינתן על ידם טעם מדוע דחו על אתר את בקשתן להיפגש עמם על מנת לשטוח בפניהם את טענותיהן. בנוסף עתרו נגד הפצ"ר בדבר שלילת זכות העיון במסמכים שליוו את הליך הנזיפה במשיב 4. עוד מבקשות העותרות להשוות את דינו של משיב 4 לדינם של תא"ל משה תמיר ותא"ל עימאד פארס, מהטעם שגם אלה חטאו לערכי צה"ל.

ב"כ העותרות לא הצביע על מקור משפטי ממנו יש לגזור את חובת שמיעת האמהות טרם קבלת החלטה בעניין קידומו של משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי. זאת בניגוד לזכות לשימוע הקמה לאדם אשר עומד בפני הכרעה בעניינו ולחובתו, שמקורה מפורש, אם מכוח חקיקה ואם מכוח פסיקה (כך למשל בטרם הגשת כתב אישום. והשוו: סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). ברם, גם אם שמיעת עמדת העותרות בפני הגורם המחליט כנפגעות מהמינוי – בין אם בכתב ובין אם בע"פ - אינה בגדר חובה על פי הדין, אין בכך סגי. העדר חובה על פי דין לקיים שימוע אינו מהווה איסור על פי דין לשמוע את העותרות. בנסיבות העניין, הביע המותב את דעתו בדיון שהתנהל בפני הצדדים כי ראוי – אף אם לא קיימת חובה על פי דין – לשמוע את העותרות. הצעה זו נבדקה ונדחתה. כך הציגה באת כוח המדינה את הנימוקים לכך:

"הרמטכ"ל אינו מוצא שיש מקום לפתוח את ההחלטה על המינוי לדיון מחודש. כפי שכבר נמסר לעותרות, מאחר שהבקשה להיפגש עם הרמטכ"ל בעבר נקשרה עם הטענה בדבר הזכות לשימוע בעניין החלטת המינוי, תוך הצגת טענות עובדתיות שונות מהממצאים שנקבעו

בדו"ח ועדת החקירה, שבחנה את האירוע נשוא טענותיהן של העותרות, הוחלט שאין מקום לקיים פגישת שימוע כפי שהתבקש. ככל שהעותרות תבקשנה להיפגש עם הרמטכ"ל על מנת לדון בעצם ההחלטה על המינוי, הדבר יישקל על ידו" (ראו עמ' 5 לפרוטוקול הדיון מיום 28.7.2010).

לא אסתיר כי לדעתי מוטב לו הרמטכ"ל היה נעתר להמלצתנו. העותרות ציינו בעתירתן טרם תיקונה כי הן לא מבקשות שתתקבל החלטה כלשהי או שתובטח כזו אלא רק לשטוח את טיעוניהן. רוצה לומר, כי אפשר ועתירה זו לא הייתה באה לעולם לו הצבא היה נכון להסכית ולשמוע את רחשי ליבן בכל הקשור למות יקיריהן. אכן, בנסיבות העניין, השיח התקשורתי בין הצדדים חשוב כשלעצמו. למותר לציין את רגישות העניין וחיבותו. עם זאת, במסגרת ההליך המשפטי הנדון, אין צורך להכריע בסוגיה. הסיבה היא כי לנוכח השתלשלות ההליכים, לרבות המלצות בית המשפט במהלך הדיון, עולה כי דה-פקטו התקיים שימוע - גם אם לא במתכונת עליה המלצנו. העיקר הוא שהרמטכ"ל ושר הביטחון היו מודעים היטב לעמדה שאין למנות את משיב 4 לתפקיד רב צבאי ראשי בשל מעורבותו באסון שבמהלכו נהרגו בני העותרות.

באשר למסמכים שביקשו העותרות לקבל עולה כי לאחר הגשת העתירה החומר הועבר אליהן, מה שאף היווה את הבסיס לתיקון העתירה שהתמקדה בעצם המינוי.

אחרון. בא כוח העותרות טוען ל"להפליה פסולה כנגד שאר הקצינים הבכירים בצה"ל בכלל וכנגד... (תא"ל משה תמיר) ו... (תא"ל עימאד פארס) בפרט" (ראו סעיף 141 לכתב העתירה המתוקנת) ותמך יתדותיו בפרשיות אלו. קצינים אלו הודחו מתפקידיהם הבכירים בעטיים של "כשלים ערכיים" - דיווחי שקר למשטרה הצבאית בגין תאונות דרכים, בהן היו מעורבים בני משפחותיהם. נראה כי אין הנדון דומה לראיה. ראשית ייאמר, כי פרשיות אלו לא הבשילו לכדי עתירה נגד קידומם של מפקדים אלו באופן שניתן להתייחס לעניינם כאמת מידה. לגופו של עניין, העותרות מבקשות למעשה להשוות את עונשו של משיב 4 לעונשם של הקצינים תמיר ופארס. קצינים אלו הורשעו על פי דין ונענשו בגין התנהגותם. אין אנו מצויים בשלב הענישה. ענישתו של משיב 4 התבטאה בהערה כלפיו מצד מפקד חיל האוויר בשנת 1997 וזאת בגין אי שליחת טייס המשנה. ההחלטה בדבר נקיטת אמצעי ענישה זה - חלוטה היא ולא כאן המקום להשיג נגדו. לענייננו, די להצביע ברמה הכללית ומבלי להביע עמדה לגופו של עניין - על השוני בין מסירת דבר שקר לבין הפעלת שיקול דעת תחת "אש הפעולה המבצעית". המקרים אינם בני-השוואה.

העולה מן המקובץ כי אין להתערב במינויו של משיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי. יודגש כי ההכרעה המשפטית לחוד, ועומק הטרגדיה לחוד. כל אחד מהבנים הוא עולם ומלואו. גיל ואסף היו לוחמי יחידת החילוץ בהיטס של חיל האוויר. גיל, בן ללאה וחיים, אח לדוד, טל ורחל – נולד ביום י' בניסן תשל"ג (12.4.1973) בעפולה. בחור נאה ותמיר, בעל חיוך מקסים וכובש, שהייתה בו משובת נעורים. כדורסלן מצטיין. עוד בטרם סיום לימודיו ניתב גיל עצמו ליחידה קרבית-עילית. הוא הוכיח בשאיפתו זו דבקות במטרה ללא-פשרות. אסף, בן לחיה ויצחק, נולד ביום כ"ו באדר תשל"ג (28.2.1973) בפתח תקווה. סיים בהצטיינות את לימודיו במגמת מחשבים בבית הספר התיכון עמל ב'. יפה-תואר ויפה-נפש. שקט ומופנם. הוא סייע לזולת והיה מקובל ואהוד על חבריו. על שירותו ביחידה נהג לומר כי הוא מתנדב להציל חיים (מתוך אתר יז"ר, אתר הנצחה לחללי מערכות ישראל. מדינת ישראל, משרד הביטחון).

7. סוף דבר. הייתי מציע לחבריי לדחות את העתירה. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט נ' הנדל. מבקש אני להוסיף דברים בהתייחס לטענתן של העותרות כי נפגעה זכותן להישמע עובר לקבלת ההחלטה למנות את המשיב 4 לתפקיד רב צבאי ראשי.

1. כלל הוא כי על הרשות המינהלית חלה חובה לאפשר לכל גורם שעלול להיפגע מהחלטה שתקבל על-ידה, לשטוח לפנייה את טענותיו בנושא ההחלטה ולהאזין לדבריו בלב פתוח ובנפש קולטת, כך שתינתן לו הזדמנות אפקטיבית לנסות להשפיע על החלטתה (ראו בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958); בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(2) 865, 886-887 (2004) (להלן: עניין מוסטקי)). ביסוד החובה ליתן זכות הטיעון, המנויה בין כללי הצדק הטבעי, עומדים תכליות ורציונאליים שונים, שמהם נגזר היקף התפרשותה ואופן הגשמתה. בין היתר, נועדה זכות הטיעון לשרת תכלית תועלתנית בדבר שיפור איכות ההחלטה והבטחת תקינות פעולתה של הרשות; היא תורמת לדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי; היא משפרת את אמון הציבור ברשויות השלטון; והיא מעניקה לפרט תחושה של צדק והגינות באשר לתהליך קבלתה של החלטה (ראו ע"א 2962/97 ועד אמנים-חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב, פ"ד נב(2) 362 (1998); בג"צ 288/00 אדם, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 691 (2001); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי (2010) (להלן: ברק-ארז)). אכן, שמיעתו של הפרט בטרם קבלת ההחלטה, מגבירה את השקיפות שבהליך, ומונעת תחושה שההחלטה מתקבלת הרחק מעין הציבור, על יסוד אינטרסים שטיבם לא נודע. עוד היא מחייבת את הרשות בהקפדה יתרה על קיום שלביו השונים של ההליך המינהלי, דבר שעשוי להשליך על טיב ה"תוצר" שיונפק בסופו של יום (ראו גם בג"צ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220 (2000)).

2. בצד האמור יש לזכור כי זכות השימוע היא זכות יחסית. היקפה ודרכי הגשמתה נגזרים מנסיבותיו המשתנות של כל מקרה ומקרה (ראו בג"צ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 9 (לא פורסם, 30.7.07)). כפי שנפסק לאחרונה:

"כלל השימוע כולל התקיימותם של שלושה תנאים עיקריים: פגיעה; באינטרס מוגן; באופן ישיר וממשי (...). ואולם, כבר נפסק כי לא כל אינטרס מזכה אדם בזכות השימוע. השאלה היא אם אותו אינטרס נתגבש לכדי זכות מוגנת, שכן רק במקרה זה יקנה פלוני זכות שימוע (בג"צ 1637/06 ערמון נ' שר האוצר, סעיף 12 (לא פורסם, 3.1.10))."

בשאלת טיבו של האינטרס המוגן המזכה בזכות שימוע, ציין בעבר בית משפט

זה כי:

”השאלה הנשאלת היא, אם נפגעה זכותו של פלוני – זכותו לגופו, זכותו לרכושו, זכותו לעיסוקו, זכותו למעמדו או זכות אחרת כלשהי הקנויה לו (...) למותר לומר כי לא כל אינטרס שהוא מזכה אדם בזכות השמיעה והשמעה” (בג”צ 5621/96 ראש עיריית אופקים נ’ השר לענייני דתות, פ”ד נא(5) 791, 817 (1997)).

3. בחינת קיומה והיקפה של חובת השימוע צריכה להיעשות תוך איזון בין עקרונות של צדק והוגנות בפעולת השלטון, הבטחת אמון הציבור, ושיפור איכות ההחלטה המינהלית, לבין שיקולים הנוגעים לאינטרסים ציבוריים נוגדים, כגון ההגנה על שלום הציבור וביטחונו, קידום היעילות המינהלית וכיוצא באלה. בגדר כך, ייבחן טיב האינטרס הנפגע והאם הוא עולה כדי זכות ברת הגנה; אופי הפגיעה ועוצמתה (ראו בג”צ 7805/00 אלוני נ’ מבקרת עיריית ירושלים, פ”ד נז(4) 577 (2003); עניין מוטסקי, בעמ’ 896), שתיגזר, בין היתר, ממידת קירבתו של הטוען לו לאירוע; מהות המידע המצוי בידי הנפגע, ויכולתו לשפוך אור על החלטתה של הרשות; קיומם של אמצעים נוספים שבהם נקטה הרשות לבירור העניין בטרם התקבלה ההחלטה; טיב ההליך שבגדרו נדרשת ההחלטה (כך לדוגמא, ככל שההליך נושא אופי שיפוטי, כך תורחב חובת השימוע, ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית 813 (התשנ”ו)); קיומו של שימוע לבעלי אינטרסים נוגדים בטרם קבלת ההחלטה; הקושי הכרוך באיתור הגורם הנפגע וכיוצא באלה. לגבי עניין אחרון זה, ברי כי אין הרשות נדרשת בטרם תקבל החלטתה, להעלות בדעתה כל גורם שעלול להיפגע מההחלטה ולפנות אליו מיוזמתה לשם עריכת שימוע. קביעת חובה נרחבת וגורפת מעין זו, יהיה בה, להשקפתי, כדי ליתן משקל יתר לשיקולים התומכים בקיומה של חובת שימוע על פני שיקולים של יעילות ההחלטה המינהלית, ותפקודו התקין של המינהל הציבורי. אכן, לקיומו של שימוע קיימת חשיבות רבה בהבטחת תחושת הצדק וההגינות של הפרט, ובהגשמת הערך של אמון הציבור (בג”צ 2911/94 באקי נ’ מנכ”ל משרד הפנים, פ”ד מח(5) 291, 303-304 (1994)). עם זאת, יעילות מינהלית, מהווה אף היא נדבך באמון הציבור ויש ליתן אף לה משקל הולם. מהאמור נובע, כי מקום שבו פרט פונה בעצמו לרשויות בבקשה להישמע, הרי שאפשר שבגדר האיזון, יהיה מקום להפחית מעוצמת הפגיעה הנדרשת באינטרס, לשם מתן זכות שימוע.

4. בצד שאלת עצם קיומו של השימוע, עשויה להתעורר שאלה גם בנוגע לאופן עריכתו. בעניין זה נקבע, כי ”דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות על פי

הנסיבות" (בג"צ 161/84 וינדמיל הוטל נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796 (1984)).  
 אכן, זכות השימוע, אין משמעה, בהכרח, שימוע בעל-פה. השמיעה יכולה להיעשות  
 בכתב, בעל פה, בדרך של שאלות ותשובות וכיוצא באלה (ברק-אדז, בעמ' 515). עם  
 זאת יש להבטיח, כי בכל מתכונת טיעון שתיבחר, תינתן לבעל הזכות הזדמנות הוגנת  
 להשמיע דבריו, בהתחשב במכלול נסיבות העניין (ראו בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים,  
 פד יב 1494, 1508 (1958)).

(ב) מן הכלל אל הפרט – השיקולים השונים לעניין מתן זכות שימוע בענייננו

5. הפגיעה העיקרית בעותרות בעקבות ההחלטה, הינה פגיעה בעלת אופי רגשי.  
 אמנם, כפי שנקבע בפסיקתנו, מן הראוי לגלות פתיחות בנוגע לשיתוף משפחות  
 שכולות, אשר הקריבו את היקר להן מכל למען הגנת הארץ, בהליך הנוגע לחקירת  
 האסון (ראו בג"צ 5960/98 שלפוברסקי נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 552, 567-568  
 (1999)). ואולם, ההחלטה נושא העתירה, אין עניינה בחקירת האסון ובבחינת  
 האחראים לו. זו נעשתה זה מכבר על-ידי ועדה שמונתה לשם כך, ופרסמה דין וחשבון  
 מטעמה בחודש יוני 1997 (ראו: דו"ח הוועדה לחקירת נסיבות תאונת הכבל יום 10  
 באוגוסט 92). תחת זאת, מדובר בהחלטה הנוגעת להשלכות משנה של אותו דו"ח.  
 בעוד שבסוג הראשון של ההחלטות, מחזיקה משפחת הנפגע באינטרס ישיר לחקירת  
 האירוע, ולקבלת מידע על נסיבות האסון ועל האחראים לו, בסוג השני, מדובר אך  
 באינטרס עקיף הנוגע להסתייגות המשפחה מכך שמי שהיתה לו מידה של מעורבות  
 בתוצאה הטראגית, זוכה לקידום, וממונה לתפקיד בכיר. נגזר מכך, כי היקף חובת  
 השימוע שתחול בסוג אחרון זה של מקרים הינו צר יותר מזה החל במצבים שבהם  
 מדובר בבעל אינטרס ישיר.

6. מאידך גיסא, המסכת העובדתית בענייננו נעדרת אינדיקציה לכך שבטרם פניית  
 העותרות למשיבים, נשקלה מעורבותו של תא"ל רפאל פרץ באסון הכבל. הדבר מלמד  
 על התועלת הגלומה למשיבים 1-3 עצמם ממתן זכות שימוע, שכן זה מאפשר הרחבתו  
 של מעגל המידע הנפרש בפניהם ומשפר את יכולתם לקבל החלטה מושכלת ומנומקת,  
 שבגדרה נשקלו מלוא ההיבטים. לכך נודעת חשיבות בפרט נוכח שיקול הדעת הרחב  
 הנתון לרשויות הצבא ולגורמי הביטחון בעת שהם מקבלים החלטה בדבר מינויו של  
 קצין לתפקיד, וקידומו (ראו למשל בג"צ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה פ"ד מ(4) 645,  
 655 (1986)). מתחם נרחב זה של שיקול דעת, שהתערבותו של בית המשפט בו אינה  
 נעשית כדבר שבשגרה, מחייב ביתר שאת הקפדה על כך שההחלטה תתקבל על יסוד  
 תשתית נורמטיבית מבוססת שהיא תוצאה של איסוף נתונים ממקורות רלוונטיים שונים

(ראו למשל בג"צ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854, 863 (1997); בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 755 (1999); ברק-אדז, בעמ' 439-460). בגדר כך, נראה כי בהקשר שבו עסקינו, יש מקום לאפשר להורים שכולים המבקשים להשמיע את דבריהם, להאיר את הזווית הייחודית הנוגעת לעניינם, בטרם תתקבל החלטה.

7. בהקשר הנדון, נדרשת רגישות מיוחדת, ואין זה ראוי כי הבקשה תיענה בהתעלמות. היטיבה לבטא זאת בנוגע לעניין הנדון לפנינו, הועדה שמונתה לחקור את האסון, באלה המילים:

"בהופיעם בפנינו העלו המשפחות השכולות ובאי כוחן טענות קשות באשר ליחס שהופגן כלפיהן ע"י נציגי צה"ל, ובעיקר חיל האוויר, משביקשו להיכנס לעובי הקורה ולהתעמק בחומר החקירה, יחס של ניכור ועוינות, שהציבן לכאורה מעברו הנגדי של המתרס ויצר בקורבן תחושות קשות של עלבון, השפלה וחסר אמון מוחלט (...). דומה שבענייננו לא ניחן חיל האוויר ברגישות יתר כלפי משפחות צוריאנו ורוזנברג. דומה כי הדבקות במטרה – הרצויה והנכונה כשלעצמה – הקהתה במידת מה את החושים של העוסקים במלאכה כלפי חילי האסון ומשפחותיהם (...). המשפחות הן, לטוב ולרע שותפות מלאות עם צה"ל בעת שירותם של בניהן. הן חייבות להיות שותפות מלאות גם כשפוקד אסון את ביתן. האמון של המשפחות בצה"ל, הוא אחד הגורמים החשובים ביותר לחוסנו של צה"ל. אם שגיאות העבר תילמדנה וצה"ל יימנע משגיאות דומות בעתיד, ניתן יהיה לחדש אמון זה לטובת כולם (עמ' 134-140 לדו"ח)".

8. מקומן המיוחד של המשפחות השכולות בחברה הישראלית, והקורבן שהקריבו, מעניקים משקל מיוחד לשיקול בדבר חובת ההגינות ולשיקול הנוגע לאמון הציבור, ומצדיקים בחינה קפדנית של בקשתם של הורים שכולים להישמע. יהיה מי שיטען, כי מתן אפשרות להורי חיילים להישמע בהליך מינהלי מן הסוג שלפנינו, שזיקתם אליו עקיפה, מעניק מעמד מועדף לאותם הורים, שלא קיים לגבי נפגעים עקיפים אחרים המבקשים להישמע בטרם תתקבל החלטה מינהלית שאינה לרוחם. לכך יש להשיב בשניים: ראשית, כפי שהוסבר, הזכות להישמע אינה מוחלטת והיא פרי איזונים הנוגעים לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. ככל שקיימת הצדקה לשמיעתם של נפגעים בכוח או בפועל בהליכים אחרים, הרי שזו תיבחן לגופה. שנית, על רקע הקורבן הכבד של המשפחות השכולות וחובתה המיוחדת של המדינה כלפי מי

שנפגע בשירותה, אין לראות טעם לפגם בהכרה בקיומה של חובה מצד המדינה להטות אוזן כלפיהן, באופן ייחודי, כשהן מבקשות להשמיע את דברן.

9. יתרה מכך, למימושה של חובת השימוע קיימת חשיבות מיוחדת ככל שהדברים אמורים באמון הציבור, דווקא בהקשר הדברים שלפנינו. כידוע, אמון הציבור בעובדי הציבור וברשויות המינהל הוא תנאי מתחייב לפעולתו התקינה של השירות הציבורי. בלא אמון זה – לא יוכל השירות הציבורי לבצע את משימתו ברמה הנדרשת לאורך זמן (ראו בג"צ 585/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט, סעיף 14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 6.12.07)). דברים אלה מקבלים משנה תוקף כשהרשות המינהלית שבה מדובר הינה צבא הגנה לישראל. אכן, נראה שלא ניתן להגזים בחשיבותו ובמרכזיותו של צה"ל בחיי העם והמדינה. בצה"ל משרתים בנינו ובנותינו הנמסרים בהגיעם לגיל 18 למשמורת הצבא ומפקדיו. אופי משימותיו של הצבא, הסיכונים שעלולים להיות כרוכים בשירות בו, פרק הזמן הממושך המוקדש לשירות, והקשיים הפיסיים והמנטאליים שלעיתים מלווים את השירות מחייבים הבטחת אמון ציבורי רחב (ראו בג"צ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נגד (2) 62, 69-70 (1999)). האמון הציבורי בצבא משמש מרכיב מרכזי בנכונותו של האזרח לשתף פעולה עם רשויות הצבא, להתגייס ולהתנדב ליחידות מובחרות; הוא חיוני ליכולתו של הצבא לבדוק, לבחון ולחקור את עצמו ולהפיק לקחים שישפרו את ביצועיו (ראו אסא כשר "האמון הציבורי בצבא" בתוך צבא חברה ומשפט, 257, 263-268 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002)). הצורך באמון אינו מתמצה בחיילים עצמם, והוא קיים גם כשמדובר במשפחותיהם, לא כל שכן כשמדובר במשפחות שכולות שיקריהן נפגעו בתאונה. יפים לעניין זה הדברים הבאים:

"ההורים השכולים עצמם, ולא רק בניהם, זכו להיחרת בזיכרון הקולקטיבי כשחקנים הירואיים שהעלו קורבן לאומה (...) על רקע זה ניתן להבין את משבר המשמעות שחווים הורים שכולים שאיבדו את יקיריהם בתאונות ובמחדלים (...) דווקא התאונה הינה אירוע הנוגד את ערך הגבורה ומבטל את מקצועיות הזירה הצבאית והאמון שהיא ראויה לו. אדרבא, יש בה מחדל, כישלון. המוות מתברר ככזה שיכול היה להימנע. אין כבוד רב בתאונות" (ראו גדעון דורון ואורי לבל "ארגון מתגונן – מערכת הביטחון נגד הורים שכולים" בתוך צבא חברה ומשפט, 369, 381 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002)).

10. כשבעטיה של תאונה צבאית נפגע חייל, עלול להיגרם משבר אמון ברשויות הצבא, בקרב משפחתו של הקורבן בפרט ובקרב הציבור בכללותו. במצבים מעין אלה,



נדרשת הקפדה יתרה מצד רשויות הצבא על פתיחות ושקיפות כלפי המשפחה; ומן הראוי הוא כי הצבא ינהג בשיתוף פעולה עימה, יטה אוזן לדבריה ועמדותיה וייקח אותן בחשבון, גם אם בסופו של יום לא ייעתר לבקשתה. אמנם, ברי כי מטעמים תקציביים, מטעמי יעילות ולעיתים גם מטעמי ביטחון, יש להציב מגבלה לחובותיו של הצבא כלפי המשפחות, ולא ניתן להכפיף את פעילות הצבא, המופקד, בראש ובראשונה, על שמירת ביטחון המדינה, לכל רצון פרטני, חשוב ככל שיהיה. ואולם, ככל שהדברים אמורים בקיום של אפשרות להשמיע טענות, שיכולה – כאמור – ללבוש צורות שונות, נראה כי קיים קושי לקבל טיעון כי משיקולי יעילות או משיקולי ביטחון, אין לאפשר למשפחה שכולה להשמיע דברה בטרם מינויו לתפקיד בכיר של אדם שהיתה לו זיקה לאירוע הקשור עם מות בנה, הגם שהיא עצמה פנתה לרשויות הצבא בכתב על מנת לעשות כן. השיקול של פגיעה באמון במצב כזה, צריך לקבל משקל ראוי.

(ג) הכרעה בין השיקולים השונים

11. במאזן השיקולים שלפנינו עומדים, אפוא, מן הצד האחד, שיקולי תקציב, שיקולי יעילות וחסכון בזמן ושיקולים הנוגעים לעוצמתה של הפגיעה שבה עסקינן, שהיא פגיעה "מסדר שני". מן הצד השני ניצבים, התועלת הגלומה במתן זכות שימוע, לשיפור איכותה של ההחלטה, לביסוסה של תשתית נורמטיבית רחבה ולקבלת נתונים מגורמים שונים; מעמדם המיוחד של ההורים השכולים בחברה הישראלית; חשיבותו המיוחדת של אמון הציבור ברשויות הצבא, שעלולה להיפגע אם לא תתאפשר שמיעתם של ההורים; וכך העלות הנמוכה הכרוכה הוצאתה של החובה אל הפועל. יש לזכור כי בין עוצמת הפגיעה הצפויה לבין היקף זכות הטיעון שיינתן, קיים מתאם ישר, וכשמדובר בפגיעה עקיפה, יצטמצם גם היקפה של זכות השימוע (ראו עניין מוסטקי, בעמ' 896).

12. יצוין, כי בגדריו של האיזון בין השיקולים השונים, אין אני נדרש להכריע אם היה על הרשות לאפשר טיעון מיוזמתה. זאת, בשל העובדה שבמקרה דנן פנו העותרות אל גופי הצבא מיוזמתן שלהן ובאו בדרישה להשמיע דבריהן לגורמים המחליטים, בטרם תתקבל החלטה בנוגע לקידומו של המשיב 4, ולמינויו לתפקיד הרב הצבאי הראשי. כפי שהוסבר, במצב דברים שכזה, נחלשת עוצמת השיקול בדבר יעילות ומהירות קבלת ההחלטה, שכן פנייתו של הגורם המבקש לטעון לרשות, לעיתים בד בבד עם הבאת מלוא המידע שאותו הוא מבקש לטעון, מצמצמת במידה ניכרת את פרק הזמן והעלויות הכרוכים בקיום השימוע, ומן הצד השני – מגבירה את הפגיעה בפרט

ובאמון הציבור במקרה של סירוב לאפשר את הטיעון. משכך, נראה כי גם בהנחה שמדובר בעוצמת פגיעה נמוכה יותר בזכות מוגנת, מתחזקת הנטייה ליתן לפרט המבקש הזדמנות ופונה מיוזמתו לרשויות הצבא, להשמיע טענותיו.

13. באיזון שבין השיקולים השונים, מטה, אפוא, לטעמי, השיקול בדבר אמון הציבור, והרגישות המיוחדות שבה אנו מצווים לנהוג בנוגע למשפחות שכולות, את הכף לטובת קביעה כי בנסיבות המקרה דנן, ראוי היה לאפשר למערערות להשמיע טענות בהתייחס למינויו של המשיב 4 לתפקיד של רב צבאי ראשי. אשר לשיקולים שמנגד – הרי שלטעמי, אלה יבואו לידי ביטוי במסגרת בחינת שאלת אופן שמיעת הטענות. על כך נעמוד להלן.

14. ביום 28.10.2009 שלחו העותרות מכתב למשיבים 1-2 שבו פרשו את טענותיהן לעניין התנהלותו של המשיב 4 עובר לקרות התאונה שבה נהרגו בניהן ובמהלכה. בגדר מכתבן, ביקשו העותרות לקיים פגישה עם המשיבים 1-2 שבמסגרתה יוכלו לשטוח את טענותיהן. לאחר שורה של התכתבויות בין הצדדים, בין היתר, בנוגע לבקשתן של העותרות כי יומצאו להן פרוטוקולי העדויות שניתנו בפני ועדת החקירה שחקרה את התאונה, נתקבל ביום 16.3.2010 מכתב תשובה מטעמו של המשיב 2, וביום 22.3.2010 מכתב תשובה מטעמו של המשיב 1. במכתבים אלה נאמר, כי בהחלטה למנות את המשיב 4 לתפקיד הרב הצבאי הראשי נשקלה, בין היתר, גם התנהלותו במהלך התאונה נושא העתירה. עם זאת נאמר, כי בסופו של יום הוחלט, נוכח עברו הצבאי ותרומתו למדינה, למנותו לתפקיד. לטעמי, ניתן בנסיבות שלפנינו לראות בתכתובת שבין העותרות לבין המשיבים 1-2 משום הזדמנות לעותרות להשמיע טענות בדרך של שימוע בכתב. העותרות העבירו למשיבים 1-2 מכתב שבו מסרו את עיקרי טענותיהן הנוגעות לאופן תפקודו של המשיב 4 במהלך התאונה, ולמסקנה שלדידן יש לגזור מכך לגבי התאמתו לתפקיד הרב הצבאי הראשי. עובר למינוי, המכתב הועבר לגורמים המחליטים, אשר שקלוהו – לפי טענתם שלא ראיתי לפקפק בה – בכובד ראש ובלב פתוח, לצד שיקולים נוספים, שהכריעו את הכף. אמנם, אפשר שהעותרות לא היו מודעות לכך שבמכתב הראשון שנשלח על-ידן תמוצה ההזדמנות הניתנת להן להשמיע את דבריהן – דבר הנלמד מבקשתן לפגוש את המשיבים 1-2. ייתכן שזו היתה הסיבה שהעותרות ערות לכך, היו בוחרות בנוסח אחר למכתבן זה. אפשר אף שמוטב היה אילו המשיבים 1-2 או נציג בכיר מטעמם היו מאפשרים, למצער בעקבות שמיעת הערותינו, אף שמיעת טענות בעל פה (ולו גם לאחר הגשת העתירה, כפי שמעיר חברי, השופט נ' הנדל). אולם בסופו של יום, גם הצגת העמדה המקבלי ההחלטות במתכונת שעליה עמדנו, מאפשרת השגת התכליות העומדות בבסיס חובת השימוע.

בצד הערותיי אלה, מצטרף אני כאמור, לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ז באדר ב' תשע"א (23.3.11).

שופט

שופט

שופט