



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ס 2711/13

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט י' עמית

המערערים: 1. הרמטכ"ל
2. ראש אגף כח אדם בצה"ל

נגד

המשיבים: 1. רס"ן ערן אמיר
2. רס"ן רועי גושן
3. רס"ן ערן פלג

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בתל אביב-יפו בתיק עת"מ 52037-05-11 שניתן ביום
11.3.2013 על ידי כבוד השופטת מ' אגמון-גונן

בשם המערערים: עו"ד עינת לסרי
בשם המשיבים: עו"ד שלמה רכבי

החלטה

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו (כב' השופטת מ' אגמון-גונן) אשר קבע כי החלטת המערערים (אשר יכוננו להלן בצוותא: הצבא) להוציא את המשיבים, קצינים בצה"ל, מתכנית השירות "אופק" אינה כדין, והורה על ביטול ההחלטה.

עיקר העובדות הנצרכות לעניין

1. תכנית "אופק" (להלן: התכנית), נוצרה בשנת 1994 ופורסמה בפקודת מטכ"ל 31.0214 (להלן: הפקודה). התוכנית נועדה לתמרץ קצינים איכותיים המשרתים בתפקידים מועדפים במערך הקרבי, להישאר בשירות קבע לקראת קידומם לתפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי (תפקידי מג"ד), ובאמצעות כך לבנות עתודה איכותית של מפקדים בכירים במערך הקרבי של צה"ל.

במהלך התכנית מיועדים הקצינים הנמנים עם התוכנית (להלן: קבוצת היעד) לבצע שורה של תפקידים במסגרת זמן המוגדרת בפקודה (להלן: חטיבת הזמן) כפי שיפורט להלן. במשך חטיבת הזמן נהנים הקצינים מהטבות כלכליות ולימודים אקדמיים על חשבון הצבא, ובנוסף הם נדרשים לבצע שורה של תפקידים מבצעיים אשר יכשירו אותם להתמודדות על תפקיד מג"ד (מפקד גדוד). התוכנית נועדה אפוא לייחד את המפקדים הלוחמים אותם מגדיר הצבא כשדרת הפיקוד העתידית של צה"ל, לעומת יתר משרתי הקבע אשר משמשים בתפקידי מטה ובתפקידים עורפיים.

2. מטעמים עליהם נרחיב בהמשך הדרך, במשך השנים המשיכו קצינים רבים להימנות עם התכנית ולקבל את ההטבות, גם לאחר שחדלו מלהוות פוטנציאל לתפקיד מג"ד. ביום 4.3.2008, לאור המצב האמור, הופץ מכתבה של רע"ן סגל סדיר במחלקת הסגל של זרוע היבשה, בו הוכרז על תהליך זרועי מקיף במטרה להוציא מן התוכנית קצינים אשר כבר אינם מהווים פוטנציאל לקידום לתפקידי מג"ד (להלן: מכתב הרע"ן). ביום 11.1.2010 פרסמה לשכת רמ"ח הסגל מסמך עדכון (להלן: מסמך העדכון), בו הותוו כללים ועקרונות, במטרה להקנות לכלל הזרועות והמערכים בצה"ל מדיניות אחידה, שמכוחה יתבצע הליך הסינון, ובנוסף, הוגדרו שלבים שונים בהם ידונו ועדות צבאיות בהתאמתו של הקצין לתוכנית.

בנוסף לכך, עודכנו ההוראות הנוגעות לאופן מימוש התוכנית והיציאה ממנה ביחס לקצינים החדשים המצטרפים לתוכנית. נקבע כי בתום חטיבת הזמן, תתבצע הערכה מחודשת לגבי התאמתם של הקצינים לתכליתה של הפקודה. קצינים אשר יהוו פוטנציאל לשמש בתפקיד מג"ד גם בתום חטיבת הזמן, ימשיכו לקבל את ההטבות במסגרת תוכנית המשך – אופק ב' – שעליה יחתמו בנפרד (להלן: תוכנית אופק ב').

3. משיבים 1-3 הינם קצינים בדרגות רס"ן אשר סיימו את חטיבת הזמן כבר בשנים 2002, 2005 ו-2007, בהתאמה (ביני לביני המשיב 1 פרש בשנת 2012 מהצבא). על אף שהשלושה לא נכללו בפוטנציאל לקידום לתפקיד מג"ד במשך מספר שנים, הם המשיכו להימנות מבחינה פורמאלית על התוכנית, ונהנו מן ההטבות השוטפות הניתנות במסגרתה. במהלך שנת 2010, לאחר הפצת מסמך העדכון, החל צה"ל בהליך סינון על מנת להוציא את המשיבים מהתוכנית, בהתאם להמלצות הקצינים הממונים עליהם. ראש אכ"א החליט לאמץ את המלצת הוועדה המייעצת ולהורות על הפסקת הימנותם של המשיבים עם התוכנית, וכפועל יוצא על הפסקת זכאותם להטבות המגיעות מכוחה מאותה עת ואילך. המשיבים הגישו ערר על החלטה זו, וביום

14.4.2011 החליט המערער 1 (להלן: הרמטכ"ל) לאמץ את המלצת הוועדה המייעצת ולדחות את עררם של המשיבים.

4. המשיבים עתרו נגד החלטה זו לבית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו, בטענה שהיא מנוגדת ללשון הפקודה ולתכליתה, ומגלמת שינוי מדיניות העומד בסתירה לחובת ההגינות ולחובת תום הלב. נטען כי שינוי המדיניות פוגע בהסתמכות של המשיבים, ולוקה בהפליה פסולה ביחס לקצינים אחרים, אשר הימנותם עם התוכנית טרם נפסקה על אף שאינם מהווים פוטנציאל לקידום לתפקיד מג"ד.

פסק דינו של בית משפט קמא

5. בית המשפט קיבל את עתירתם של המשיבים וקבע כי המשך מתן ההטבות השוטפות למשיבים והימנותם עם התוכנית לאחר תום חטיבת הזמן, עולה בקנה אחד עם הוראות הפקודה ועם תכליתה, גם מקום בו ברור כי הקצינים אינם נמנים עוד על קבוצת היעד. בית המשפט ניתח את לשון הפקודה וקבע כי מבחינה מושגית יש להבחין בין "התוכנית" לבין "חטיבת הזמן", וכי "בהחלט יתכן" שמגמתה המקורית של הפקודה הייתה שהקצינים הנמנים על התוכנית ימשיכו ליהנות מההטבות הניתנות במסגרת התוכנית גם לאחר תום חטיבת הזמן, בבחינת "פרס ניהומים" על כך שלא מונו לתפקיד מג"ד.

נקבע כי הפרקטיקה שננקטה על ידי הצבא לאורך השנים, לפיה המשיכו המשיבים להימנות עם התוכנית ולקבל את ההטבות הניתנות במסגרתה מספר שנים לאחר תום חטיבת הזמן, מהווה מדיניות סדורה, אשר עולה בקנה אחד עם נוסח הפקודה ועם תכליתה ועם המצג שהוצג למשיבים בעת הצטרפותם לתוכנית. בית המשפט ציין כי הצבא רשאי לשנות את מדיניותו – בשל השינויים שחלו במציאות הכלכלית ובשוק התעסוקה – אך אינו רשאי להחיל את השינוי בצורה שתפגע בהסתמכות המשיבים וציפייתם להמשיך ולהימנות עם התוכנית.

לכך צירף בית המשפט טעם נוסף והוא החובה לנהוג בשוויון. נקבע כי המדיניות החדשה יושמה באופן מפלה ולא אחיד, וכי במועד מתן פסק הדין, שלוש שנים לאחר שהופץ מכתב העדכון, מספר לא מבוטל של קצינים אשר סיימו את חטיבת הזמן עדיין נכללו בתוכנית, למרות שלאור תפקידם ואופי השירות שלהם הם אינם צפויים להתמנות לתפקיד מג"ד. בית המשפט קבע כי הדרך הנכונה בה היה על צה"ל

להחיל את השינוי מבלי שתיווצר הפליה הייתה להחיל את השינוי באופן אחיד על פני כלל הקצינים.

לפיכך, קבע בית המשפט כי יש לבטל את החלטת הצבא ולהשאיר את המשיבים בתוכנית עד לסיום שירותם בצה"ל או עד לקידומם לדרגת סגן-אלוף, לפי המוקדם ביניהם. בית המשפט הוסיף וציין כי על אף שהעתירה שלפניו עוסקת בשלושת המשיבים, לתוצאותיה השלכות על כלל קבוצת הקצינים אשר המשיכו להימנות עם התכנית גם לאחר סיומה של חטיבת הזמן (להלן: פסקת ההרחבה).

6. לשם שלמות התמונה נציין כי בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין נדחתה בהחלטתו של כב' השופט ע' פוגלמן מיום 23.5.2013. נקבע כי על אף שהערעור מעלה שאלות הראויות לדיון, עסקינן בפסק דין כספי אשר תוצאותיו הפיכות ועל כן השיקול בדבר מאזן הנוחות מטה את הכף לדחיית הבקשה. לגבי פסקת ההרחבה והשלכותיו של פסק הדין על יתר הקצינים שהוצאו מן התוכנית, ציין השופט פוגלמן כי פסק הדין ניתן בגדרי עתירה קונקרטית שהגישו המשיבים ולפיכך לעת עתה הוא מחייב כלפיהם בלבד.

טענות הצדדים

7. הצבא טען כי בית המשפט שגה בפרשנות הפקודה, הן על-פי לשונה והן על-פי תכליתה. נטען כי אין בפקודה כל בסיס להנחה כי ההטבות יכולות להינתן כמעין פרס ניחומים למי שכבר אינו משתייך לקבוצת היעד, וכי אין לקבל את ההבחנה בין "חטיבת הזמן" לבין "התוכנית", שכן חטיבת הזמן היא כינוי למסגרת הזמן בה תיושם התוכנית.

הצבא הדגיש כי המדיניות בה נקט מעולם לא השתנתה וכי הפסיקה הכירה בכך שפרקטיקה שגויה, כמו בנסיבות המקרה שבפנינו, אינה יוצרת הסתמכות או ציפייה. אף אם מסמך העדכון שנשלח בשנת 2010 מהווה עדכון מדיניות מצד הצבא, שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי במהלך השנים נוצרה אצל המשיבים ציפייה או הסתמכות לקבלת ההטבות.

הצבא הוסיף וטען כי בנוסף להיבט הכלכלי ולפגיעה הכספית בקופה הציבורית, הנאמדת בעשרות מיליוני ₪, הימנות המשיבים על תוכנית אופק, על אף שכבר אינם מהווים פוטנציאל לקידום לתפקיד מג"ד, פוגעת ביוקרתה של התוכנית ובתדמיתה בעיני הקצינים. בכך פוגע פסק הדין באפשרות למשוך אוכלוסייה איכותית

לשירות ארוך בצה"ל בכלל, ובאפיק הקרבי בפרט. לבסוף נטען כי פסק הדין לא ייחס משקל הולם לשיקול דעתם הרחב של גורמי הצבא בניהול כוח אדם ולריסון הנוהג בהתערבות בית המשפט בהחלטות מעין דא.

8. המשיבים תומכים יתדותיהם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, וטוענים כי חלק ניכר מן הטענות מופנה כנגד קביעות עובדתיות של בית המשפט, שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהן. המשיבים שבים ומדגישים כי התנהלות הצבא פגעה בכללי היסוד של המשפט המנהלי, בעקרונות השוויון ואי האפליה ובחובת ההגינות ותום הלב של הרשות. נטען כי עמדת הצבא אינה מתיישבת עם לשון הפקודה ותכליתה, וכי אף אם פרשנות הצבא אפשרית יש להעדיף את הפירוש הפועל לרעת המנסח, בפרט בחוזה אחיד אשר עלול לפגוע בזכויותיהם של משרתי הקבע בצה"ל. לנושא ההסתמכות, המשיבים סומכים את ידיהם על קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה עד לשנת 2010 הוצג בפני כלל הקצינים מצג לפיו לאחר תום חטיבת הזמן לא ניתן להפסיק את הימנותם עם התוכנית, וזו תימשך עד לתום השירות או עד לקידום הקצין לדרגת סגן אלוף. זאת, בהתאם לסיסמה שהוצגה להם על ידי מפקדיהם ועל ידי המערכת הצבאית: 'פעם אופק - תמיד אופק'.

דיון והכרעה

9. הערעור שלפנינו מעורר שלוש שאלות עיקריות:

א. האם מלשון הפקודה ותכליתה ניתן ללמוד כי לאחר תום חטיבת הזמן ימשיכו הקצינים להימנות עם תוכנית אופק, גם אם כבר אינם בקבוצת היעד ואינם מיועדים למלא תפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי.

ב. האם הישארותם הממושכת של המשיבים בתוכנית, גם לאחר תום חטיבת הזמן, מקימה הסתמכות אשר מחייבת את הצבא להמשיך ולהחזיקם בתוכנית.

ג. בהנחה כי ניתן להוציא מהתוכנית קצינים שכבר אינם בקבוצת היעד, האם התקיימה אפליה ביישום הוראות הפקודה, אשר מצדיקה את ביטול החלטת הצבא בעניין המשיבים.

אקדים נעשה לנשמע ואבהיר כי מסקנתי, כפי שתפורט להלן, היא שהתשובה לשלוש השאלות היא שלילית. בהתאם לכך, דעתי היא כי יש לקבל את הערעור ולקבוע כי החלטת הצבא להוציא את המשיבים מן התוכנית הייתה כדין.

הסוגיה הראשונה – לשון הפקודה ותכליתה

10. הפקודה נפתחת במטרתה הכללית של התכנית המתוארת באופן הבא:

“לפי הנחיית הרמטכ”ל, נקבעה קבוצת היעד, שהמטה כללי של צה”ל, רואה לנכון לעודד את הישארותה בצה”ל, לשם ביצועם של תפקידים מועדפים, וזאת לקראת קידומם של הקצינים, הנמנים עם התכנית לתפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי” (סעיף 1 לפקודה).

“קבוצת היעד”, אשר עידוד הישארותה בצה”ל עומד במוקד התוכנית, מוגדרת כקצינים אשר “מיועדים לבצע תפקידים מועדפים” (סעיף 6 לפקודה), כאשר בקבוצת התפקידים המועדפים נכללים “תפקידי פיקוד קרביים וכן תפקידי פיתוח מטה והדרכה המיועדים לאיוש בידי מפקדים קרביים” (סעיף 9 לפקודה). במסגרת הפקודה הוגדרה מנהלת ספציפית (להלן: המנהלת) אשר אמונה על ביצוע הפקודה ויישומה. הפקודה מפרטת את סמכויותיה הספציפיות של המנהלת ונקבע כי דרך כלל, תהווה המנהלת “הגוף המבצע העיקרי בתהליכים המפורטים בה” (סעיף 13 לפקודה).

קציני קבוצת היעד הנמנים על התכנית נהנים מהטבות משמעותיות. בין היתר, כוללות ההטבות מענק הצטרפות חד פעמי בסך עשרות אלפי שקלים (סעיף 32 לפקודה), נכונות לבחינה אוהדת של בקשות לחופשה ללא תשלום (סעיף 38 לפקודה) ולימודים אקדמאיים על חשבון הצבא תוך קבלת שכר חודשי בעת הלימודים (סעיף 37 לפקודה). בנוסף, זוכים הקצינים הנמנים על התוכנית באופן אוטומאטי להגדרת רמת פעילות א’ – שהינה רמת פעילות שניתנת למשרתי יחידות קצה כמו החטיבות הסדירות והמרחביות – לאורך כל תקופת התוכנית, גם כאשר הם נמצאים ביחידות שמזכות ברמת פעילות נמוכה יותר, ואף בתקופת הלימודים האקדמאיים. כתוצאה מכך, נהנים הקצינים מהטבות עודפות הכוללות, בין היתר, זיכוי מסוים ממס הכנסה, פטור מתשלום דמי חכירה על רכב הליסינג, גילום מס על רכב הליסינג, השתתפות בשכר הדירה, ונופש מבצעי שנתי בהיקף הניתן למשרתי קבע ברמת פעילות זו (סעיפים 36-33 לפקודה).

11. חטיבת הזמן, העומדת במוקד הערעור, מוגדרת כ"תקופת ההימנות של הקצינים הנמנים על קבוצת היעד במערך הקבע", ואשר אורכה, ככלל, שש שנים (סעיף 10 לפקודה). במהלך חטיבת הזמן, קציני קבוצת היעד מיועדים לצאת ללימודים אקדמיים למשך כשנתיים, ולבצע כשניים עד שלושה תפקידים מבצעיים בתוך תקופת שירות פעיל של כארבע שנים (סעיפים 11, 16 ו-17 לפקודה). הפקודה מבהירה כי תקופת חטיבת הזמן ניתנת להארכה משני טעמים בלבד: עקב הארכת תקופת לימודיו האקדמיים של הקצין או עקב מסלול שירות ייחודי שהוכר ככזה על ידי המנהלת (סעיף 12 לפקודה).

12. ביסוד פסק דינו של בית משפט קמא עומדת ההבחנה בין "התכנית" לבין "חטיבת הזמן", תוך הרחבת מוטת כנפי "התוכנית" כך שיתפרסו אל מעבר לתחום חטיבת הזמן. על פי פרשנותו של בית משפט קמא, הפקודה מאפשרת להעניק לקצין את ההטבות הניתנות במסגרת התוכנית, גם אם סיים את "חטיבת הזמן", ואף אם כבר אינו נמנה על קבוצת היעד. זאת, על בסיס ההנחה כי יתכן שכוונת התוכנית הייתה כי לאחר שמרבית הקצינים ימונו לתפקיד מג"ד, ימשיכו יתר הקצינים, שאינם מהווים עוד פוטנציאל לתפקיד מג"ד, לקבל את ההטבות ולהימנות עם התכנית עד לסיום שירותם בצה"ל כמעין "פיצוי" או "פרס ניחומים" על כך שכבר אינם משתייכים לקבוצת היעד. על בסיס הנחות אלו, קבע בית המשפט כי החלטה לתחום את ההטבות למסגרת חטיבת הזמן, נולדה אך בדיעבד, ומהווה סטייה מתכליתה המקורית של הפקודה:

"החלטה שלפיה ההטבות הניתנות במסגרת התוכנית יינתנו רק לאורך 'חטיבת הזמן' אלא אם יוחלט כי הקצין עדיין עונה על הגדרת 'קבוצת היעד' התקבלה רק לאחר בחינת המצב הקיים ועל רקע ההבנה כי בתום 'חטיבת הזמן' נותרים קצינים רבים בתוכנית, באופן שאינו עונה [כך במקור - י"ע] בקנה אחד עם תכליתה" (עמ' 18 לפסק הדין) (הדגשה הוספה - י"ע).

בית המשפט קבע, אפוא, כי החלטת המנהלת להוציא את המשיבים מהתוכנית סותרת את תכלית הפקודה והתקבלה רק בשנים האחרונות על רקע בחינת המצב הקיים.

13. דעתי שונה, ואנמק להלן את מסקנתי.

תכליתה של הפקודה אינה ליתן "פיצוי" או "פרס ניחומים" צופה פני עבר אלא הענקת תמריצים אשר יעודדו קצינים איכותיים בעלי פוטנציאל עתידי להישאר בצבא ולהתמודד על תפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי.

תכלית זו עולה כבר מהגדרות היסוד אשר הוצגו לעיל וכן מלשונו של סעיף 1 לפקודה אשר מגדיר את מטרת העל של הפקודה כקידום של קציני קבוצת היעד לתפקידי פיקוד בכירים. בסעיף נאמר כי המטה הכללי של צה"ל, רואה לנכון לעודד את הישאותה של קבוצת היעד בצה"ל "לשם ביצועם של תפקידים מועדפים, וזאת לקראת קידום של הקצינים, הנמנים עם התכנית לתפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי".

14. ההחלטות על הוצאת המשיבים מהתוכנית התקבלו מכוח סעיפים 41-42 לפקודה, אשר נכללים בחלק שכותרתו "הפסקת הימנות עם התוכנית". סעיף 41 קובע כי המנהלת תוכל לקבל החלטה לפיה יפסיק קצין להימנות עם קציני קבוצת היעד אך ימשיך לשרת בשירות קבע בצה"ל, ובהמשך לכך נקבע בסעיף 42 לפקודה:

"הימנותו של קצין על קבוצת היעד ניתנת לבחינה ולהפסקה בכל אחד משלבי התכנית, מהמועד בו מועמד לתכנית ועד למועד השלמת חטיבת הזמן אליה הצטרף במסגרת התכנית" (הדגשה הוספה – י"ע).

בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיבים וקבע כי נוסח הסעיף מלמד כי הימנותו של קצין עם קבוצת היעד "ניתנת לבחינה, לבדיקה ולהפסקה רק עד למועד השלמת חטיבת הזמן" (עמ' 16 לפסק הדין), ולכן, הצבא אינו רשאי להפסיק את הימנותו של קצין עם התכנית לאחר תום חטיבת הזמן.

15. אין בידי להסכים לפרשנות זו.

לשון סעיף 42 תומכת בעמדת הצבא. הסעיף מורה בראשיתו כי הפסקת הימנות הקצין על קבוצת היעד תוכל להיעשות לאורך כל התכנית ו"בכל אחד משלבי התכנית". בהמשכו, חוזר הסעיף ומבאר אגב אורחא, תוך שימוש במעין "תקבולת נרדפת", את גבולות הגזרה של התכנית, ומבאר כי "שלבי התכנית" משתרעים מתחילתה של התכנית ("המועד בו מועמד הקצין לתכנית") ועד לסיומה של התכנית ("למועד השלמת חטיבת הזמן אליה הצטרף במסגרת התכנית"). לשונו של הסעיף מזהה אפוא את סיומה של התכנית עם השלמת חטיבת הזמן, כאשר חטיבת הזמן היא מסגרת הזמן בה יימנו

הקצינים עם "התכנית". זאת, בניגוד לפרשנות המשיבים, שנתקבלה על ידי בית משפט קמא, ולפיה יש להבחין ולחלק בין "התכנית" לבין "חטיבת הזמן" הנכללת בתוכה.

16. חיזוק נוסף לעמדת הצבא הוא סעיף 43 לפקודה, אשר נמצא בחלק שכותרתו "החזרת ההטבות", ואשר תולה את הפסקת קבלת ההטבות בהפסקת הימנותו של הקצין עם קבוצת היעד. הסעיף קובע כי "עם הפסקת הימנותו של קצין עם קבוצת היעד, בין אם ימשיך לשרת בקבע ובין אם לאו.. יחדל לאלתר מלקבל כל הטבה ייחודית לה היה זכאי בעת הימנותו עם קבוצת היעד".

במוקד מערך השיקולים בעניין החזרת ההטבות, אם כן, עומדת שאלת הימנותו של הקצין עם קבוצת היעד אשר מוגדרת בפקודה כקבוצה הכוללת אך ורק את הקצינים אשר מיועדים לבצע תפקידים מועדפים. לשון סעיף 43 ומשמעותו המעשית עומדות, לטעמי, בסתירה חזיתית לשיטת המשיבים ולהנחת בית משפט קמא לפיה ההטבות הן בגדר פיצוי או פרס ניחומים לקצינים שאינם נמנים עוד עם קבוצת היעד ואינם מיועדים לבצע תפקידים מועדפים.

זאת ועוד. בלשונו של סעיף 43, יחד עם סעיפים נוספים בפקודה, יש כדי להצביע על חפיפה בין שלושת המושגים: "התוכנית", "הימנות עם קבוצת היעד" ו-"חטיבת הזמן". עדות לכך ניתן למצוא בכתבי ההתחייבות עליהם חתמו הקצינים עם הצטרפותם לתוכנית. בסעיף 19 לכתב ההתחייבות, שהוא סעיף "תאום" לסעיף 43 לפקודה ואף הוא נמצא בחלק שכותרתו "החזרת ההטבות", נדרש הקצין להתחייב כי "אם תופסק הימנותי עם התכנית... אחדל מלקבל כל הטבה ייחודית, כספית או אחרת, שלה הייתי זכאי כקצין הנמנה עם התכנית". מכאן, שההימנות עם התכנית זהה להימנות "קבוצת היעד".

17. ההבחנה בין "התוכנית" לבין "חטיבת הזמן" אף אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של התוכנית. במסגרת עקרונות היסוד מגדירה הפקודה את מסגרת הזמן בה תפעל התכנית ומורה כי "התכנית מיועדת לעודד את הישארותם של קצינים איכותיים, המבצעים תפקידים מועדפים, בשירות קבע במהלך חטיבת זמן" (סעיף 11 לפקודה). גם בכתבי ההתחייבות עליהם חתמו כלל הקצינים עם הצטרפותם לתוכנית, יש חפיפה מלאה בין התוכנית לבין חטיבת הזמן, כאשר הקצין מתחייב כי "במסגרת התכנית אבצע שירות למשך חטיבת זמן בת שש שנים" (סעיף 4 לכתב ההתחייבות). הסעיף מהווה אפוא חיזוק נוסף לכוונתה של הפקודה לחפוף בין "התכנית" לבין "חטיבת הזמן".

זאת ועוד. עיון בסעיפי הפקודה מגלה כי במסגרת הוראותיה נדרשים הקצינים באופן מפורש להיות מיועדים לבצע, או לבצע בפועל, תפקידים מועדפים על מנת להימנות עם התוכנית. סעיף 22 לפקודה מפרט את תנאי הקבלה לתוכנית, כמו נתוני האיכות, רמות תפקוד מקצועיות, כשירות רפואית, היעדר עבר פלילי או משמעת וכו'". התנאי הרביעי, בס"ק 22(ד), קובע כלהלן:

"הימנות עם מסלול התפקידים המועדפים, המיועד לתכנית –
 לשם צירוף קצינים לתכנית, ולשם הימנותם עמה, מחויב כי הם יהיו מיועדים לבצע, או שיבצעו בפועל, את אחד התפקידים המועדפים" (הדגשה הוספה, י"ע).

18. הימנות הקצינים עם התכנית גם כאשר אלה כבר אינם נכללים בקבוצת היעד, אינה עולה בקנה אחד עם לשון הפקודה, ועל כך עמדנו לעיל, וגם אינה מהווה חלק מתכלית הפקודה לקדם קצינים איכותיים לתפקידי פיקוד בכירים במערך הפיקוד הקרבי. לא רק שהיא אינה מתיישבת עם תכליתה של הפקודה, היא אף פוגעת במישרין בתכליתה של הפקודה. תשלום הטבות ללא קשר לתפקיד אותו מבצע הקצין בפועל, פוגע בתמריץ של קצינים איכותיים להמשיך ולהתקדם אל תפקידי ליבה באפיק הקרבי, שכן הקצינים במסלול הקרבי לא יקבלו תנאים טובים יותר מאלו המשרתים ביחידות המטה. קבלת הטבות על ידי קצינים שאינם נמנים על קבוצת היעד ואינם מהווים חלק מחוד החנית, שוחקת את ייחודיות ההטבה, מפחיתה מיוקרתה וממעמדה ופוגעת ביכולתו של הצבא לעודד את הקצינים האיכותיים לאיזו שדרת הפיקוד הבכירה.

לכן, אף יש ממש בטענת הצבא כי הוצאת הקצינים מהתכנית חיונית גם במישור הערכי. מלבד קבלת ההטבות, להימנות עם התוכנית יש גם משמעות ערכית, שכן הקצינים הנמנים על התוכנית מסומנים 'כחוד החנית' וכמפקדים העתידיים של הפיקוד הקרבי הבכיר בצה"ל. אין מדובר אך בהטבה כלכלית, והא-ראיה כי על פי נתוני הצבא, חמישים ושמונה אחוזים מן הקצינים אשר הוצאו מן התוכנית כלל לא הושפעו מבחינה כלכלית מהפסקת הימנותם עם התכנית. רוצה לומר כי התוכנית "אופק" היא מעין מותג שלהשתייכות אליו יש גם משמעות החורגת מההטבות הכלכליות הגלומות בה.

הנה כי כן, פרשנות המשיבים פוגעת בתכליתה של הפקודה בכך שהיא מפחיתה את התמריץ העומד בפני הקצינים להתמודד על תפקידי פיקוד בכירים, פוגעת

ביוקרתה של התוכנית, ובסופו של דבר עלולה לגרוע מאיכות הקצינים אשר ישמשו בתפקידי הפיקוד הבכירים, וזאת בניגוד מוחלט למטרתה המוצהרת של התוכנית.

19. המשיבים מסכימים כי מקום בו קצין יוצא ממסלול התפקידים המועדפים, לפני תום חטיבת הזמן, רשאי הצבא להפסיק את הימנותו עם התוכנית, והוא יחדל לקבל את ההטבות לאלתר ומבלי לזכות בפיצוי כלשהו. לשיטה זו, נוצר מצב אנומלי שאינו מתיישב עם הגיונה של הפקודה, בו שני קצינים אשר עברו מסלול זהה ונופו מן התוכנית בהפרש של שבוע – הראשון בתוך חטיבת הזמן ואילו השני לאחר סיומה – יזכו ליחס שונה בתכלית ללא כל סיבה הנראית לעין. בעוד שהראשון יחדל לקבל את ההטבות לאלתר ומבלי לזכות בפיצוי כלשהו, יזכה השני כפיצוי או כפרס נוחמים, להימנות אוטומטית על התוכנית מאותה נקודה ועד שחרורו מצה"ל.

20. ובכלל, אם חטיבת הזמן אינה משמשת כמסגרת הזמן של התוכנית – מהי משמעותה ונפקותה? ומדוע הפקודה טורחת ומרחיבה על גדריה ומאפייניה? ואם תימצי לומר כי כל עניינה של חטיבת הזמן הוא להגביל את הוצאתם של הקצינים מן התוכנית – מדוע מלבד מקרים חריגים, המפורטים בסעיף 12 לפקודה, הצבא אינו מאפשר לקצין החפץ בכך להאריך את חטיבת הזמן? ומדוע יחפוץ קצין – גם במקרים חריגים – להאריך את חטיבת הזמן, אם בסיומה של התכנית הוא זכאי ממילא לקבל את כל ההטבות הכרוכות בתכנית עד לתום שירותו בצה"ל?

21. לא למותר לציין כי אם נקבל את הרציונאל שעומד בבסיס פסק הדין מושא הערעור, לפיו המשך ההימנות עם התוכנית הוא בגדר פיצוי או פרס נוחמים על אי קידום, תאויין כל אפשרות מעשית להוציא קצינים מן התוכנית עד לסיום שירותם בצה"ל.

ברם, נראה שאף המשיבים מודים כי ייתכנו נסיבות מסוימות בהן רשאי הצבא להוציאם מן התוכנית. כך, לדוגמא, ביום 12.9.2010 ציין המשיב 2 בוועדה המייעצת לראש אכ"א לעניין הפסקת הימנות עם תוכנית אופק, כי הבין ממפקדיו "שכל עוד אין כשל ערכי אני אמשך להימנות על התוכנית". כך גם טוענים המשיבים בסיכומיהם, כי "המשיבים ידעו, בוודאות מוחלטת, כי כל עוד לא תיפסק הימנותם על התוכנית וזאת – בעקבות אירוע חריג, דוגמת תפקוד לקוי; הרשעה בפלילים או התנהגות שאינה הולמת קצין בצה"ל, ימשיכו להימנות עם התוכנית וימשיכו לקבל ההטבות". עמדה זו, לפיה רק עילה משמעתית יכולה להצדיק הוצאה מהתוכנית, אינה מעוגנת בפקודה. נהפוך הוא, על פי סעיפים 22(ג) ו-22(ד) לפקודה, הן עבירות משמעתיות והן השתייכות

למסלול התפקידים המועדפים, הם תנאי סף להימנות עם התוכנית ולא להפסקת התכנית.

22. אם כן, מטרת הפקודה והגיונם של דברים, כי צה"ל יציע מסלול הטבות לקצינים אשר משתייכים או מהווים פוטנציאל להשתייך לשדרת הפיקוד הבכירה של המערך הקרבי בצה"ל. אין בהוראותיה השונות של הפקודה וכתבי ההתחייבות עליהם חתמו המשיבים ולו רמז לאפשרות של מתן הטבות כפיצוי או פרס ניחומים לקצינים אשר אינם מהווים עוד פוטנציאל קידום לתפקידי מג"ד.

קשה להלום כי הצבא נתכוון להעניק הטבות משמעותיות, בשווי מאות אלפי שקלים לקצין עד לסוף השירות הצבאי, לכלל הקצינים אשר אינם מהווים עוד פוטנציאל קידום לתפקידי מג"ד, מבלי ליצור מנגנון מסודר להענקת ההטבות וביטולן, ואף מבלי לאזכר את עצם קיומו של "פרס ניחומים" בפקודה. יודגש כי הפקודה ונספחיה גדושים באזכורים והתייחסות אל חטיבת הזמן - ראשיתה, משכה, הנסיבות להארכתה והאפשרויות לסיומה.

23. סיכומו של דבר, כי "חטיבת הזמן" היא מסגרת הזמן הבלעדית בה מתקיימת "התכנית", ועם סיומה הולך כל קצין לדרכו – מי לתפקיד מג"ד ומי להמשך דרכו בתפקידים אחרים בשירות קבע מחוץ לקבוצת היעד. כפי שיבואר לקמן, מגמתה המקורית של הפקודה לא יצאה אל הפועל, אם בשל יישום לקוי של הפקודה מצד הצבא והחילות השונים, ואם בשל עליית הגיל הממוצע לקבלת תפקיד מג"ד, מה שיצר מצב בו גם בתום חטיבת הזמן המשיכו קצינים רבים, אשר לא מונו לתפקיד מג"ד, להוות פוטנציאל למלא לתפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי.

כעת, לאחר שהבהרנו כי תכלית הפקודה אינה מתיישבת עם הענקת תמריצים לקצינים אשר יצאו ממסלול התפקידים המועדפים, וכי אלו אמורים לצאת מן התוכנית, אבחן את טענת ההסתמכות.

הסוגיה השנייה – הסתמכות או תיקון פרקטיקה שגויה?

24. המשיבים טענו כי קבלת ההטבות לאורך שנים, גם לאחר תום חטיבת הזמן, הייתה בגדר מדיניות עקבית ומסודרת המקימה להם הסתמכות וציפייה המחייבות את הצבא להמשיך ולהחזיקם במסגרת תוכנית. כאמור, טענה זו נתקבלה על ידי בית משפט קמא.

25. במסגרת בחינת השאלה הראשונה עמדנו על כך שתכלית הפקודה והוראותיה אינן מתיישבות עם הענקת תמריצים לקצינים אשר יצאו ממסלול התפקידים המועדפים. מכאן, שהפרקטיקה שננקטה על-ידי הצבא במשך השנים, להמשיך ולהעניק הטבות גם לקצינים אלה למרות שכבר אינם נמנים על קבוצת היעד, לא הייתה בבחינת מדיניות מסודרת אלא פרקטיקה שגויה אשר היה מקום להפסיקה.

הצבא מחויב לעקרון הסמכות המנהלית ואין הוא רשאי להעניק הטבות וכספים שלא על פי דין. כספי הצבא שייכים לקופת הציבור ועל שומרי הסף של הקופה לנהוג בכספי הציבור בזהירות ובאחריות הראויה, שהרי הצבא הוא רשות ציבורית אשר "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..." (ראו והשוו: בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971); עע"ם 7335/10 קצין התגמולים- משרד הביטחון נ' משה לופו (29.12.2013)). על פעולותיה של הרשות השלטונית להתבצע בהתאם ללשון החוק שהסמיך אותה לעשות שימוש בכספי ציבור, והיא אינה רשאית להשתמש בכספי ציבור בחריגה מן הייעוד עליו נצטוותה: "החוק, ובכלל זה חוקי התקציב, קובעים מי יכול לפעול מטעם המדינה בקופת הציבור, אימתי, ובאלו נסיבות" (בג"צ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694, 711 (2003)).

26. הצבא הסביר את התנהלותו הלקויה, אשר עומדת בסתירה לתכלית הפקודה והוראותיה, בכך שבמהלך השנים עלה הגיל הממוצע לקבלת דרגת סא"ל ותפקיד מג"ד, וכך נוצר מצב שקצינים אשר נמנו עם אוכלוסיית היעד סיימו את חטיבת הזמן בטרם קודמו בדרגה. לפיכך, כאשר סיימו הקצינים הנמנים על התכנית את חטיבת הזמן, הוחלט בצה"ל על החלת מדיניות מרחיבה אשר מכוחה – ולא מכוח הפקודה – המשיכו הקצינים הנמנים על התוכנית לקבל את ההטבות אותן קיבלו במשך חטיבת הזמן (להלן: המדיניות המרחיבה). בתחילת הדרך, הוצאו רבים מהתכנית מייד לאחר שנתברר כי כבר לא ישמשו בתפקידי מג"ד, אך לאחר שנת 2003, הפסיק הצבא לכנס את הוועדות להוצאת הקצינים. כך נוצר מצב בלתי תקין בו קצינים, ובכללם המשיבים, אשר כבר לא נמנו על אוכלוסיית היעד, המשיכו ליהנות מהטבות בשל חוסר תשומת לב מצד הצבא והגורמים הממונים. על מנת לפעול לתיקון המצב, הפיץ הצבא את מסמך העדכון בשנת 2010 והחל בתהליך סינון מואץ אשר נועד לתקן את השלכות המדיניות המרחיבה, בבחינת "הפה שהתיר הוא הפה שאסר". בנוסף לכך, ועל מנת להסיר ספק, בתוכנית אופק ב' אשר הוחלה משנת 2011 נכתב במפורש כי קצינים אשר יהוו

פוטנציאל לשמש בתפקיד מג"ד גם בתום חטיבת הזמן, ימשיכו לקבל את ההטבות במסגרת התוכנית שעליה יחתמו בנפרד.

גם אם מקבלים את טענות הצבא לגבי עליית הגיל הממוצע לקבלת דרגת סא"ל כנימוק ליישום המדיניות המרחיבה, דומה כי עשרות מיליוני שקלים הועברו במשך השנים בסתירה להוראות הפקודה. הצבא לא פעל על מנת להסדיר כיאות את המדיניות, והפסיק בהדרגה לכנס ועדות להוצאה מהתכנית של קצינים שכבר אינם בעלי פוטנציאל למלא תפקידי מג"ד. גם בשנת 2008, לאחר שהבחין בהתנהלותו הלקויה והפיץ את מכתב הרע"ן, המשיך הצבא "להתנהל בעצלתיים" וחלפו כמעט שנתיים עד שהחל בפועל בתהליך סינון הקצינים באמצעות ועדות בדיקה. יצויין כי במכתב שהופץ נכתב כי מטרתו הראשונה היא "הגדרת תהליך זרועי להוצאת קצינים מתוכנית 'אופק' בטווח הזמן המייד" (ההדגשה הוספה – י"ע). התנהלות הצבא הביאה להוצאה שלא כדין של כספי ציבור, וכך נוצר מצב בו המשיבים המשיכו להימנות עם התוכנית, בניגוד להוראות הפקודה, זמן רב לאחר שהפסיקו להשתייך לקבוצת היעד.

27. הצבא אף לא ערך בקרה הולמת ופיקוח שוטף על עניינם של הקצינים שנמנו עם התוכנית, בניגוד למנגנון הבקרה הקבוע בסעיף 47 לפקודה:

"בקרה על ביצועה של התכנית, כמפורט בפקודה זו, תתבצע על ידי מנהל הסגל-ענף 1. הבקרה תיעשה הן באופן שוטף והן באופן מרוכז. אחת לשנה יתבקש כל חיל להציג באופן מפורט את עניינו של כל קצין הנמנה עם קבוצת היעד".

מנוסח סעיף 47 עולה החשיבות היתרה אותה מייחסת הפקודה לבקרה הולמת על ביצועה התקין של התוכנית. יש להניח כי אילו אכן בוצעה הבקרה כנדרש, היו נחסכות הוצאות מיותרות מקופת המדינה.

אציין כי גם במקרים הנדירים בהם החליט הצבא על הוצאת קצין מהתוכנית, ההחלטה לא יושמה. איננו צריכים להרחיק עדותנו. כך, מסיכום ראיון קצין שריון ראשי (קשנ"ר) עם המשיב 3 מיום 3.12.2006, עולה כי כבר אז הובהר למשיב 3 כי הוא לא נכלל במסלול הליבה ועל כן הוחלט על הוצאתו מהתוכנית. חרף האמור, ועל אף שהקשנ"ר הורה בסיכום הראיון לרע"ן סגל סדיר לפעול להוצאתו של המשיב 3 מן התוכנית, הדבר נעשה אך בשנת 2010.

28. מכל מקום, קשה להלום כי לאחר שהטעות נתגלתה יימנע הצבא מלפעול לתיקונה - "מקום שמתברר כי ניתנה הנחה על ידי הרשות המבוססת על טעות, ולוא גם טעות בשיקול הדעת, והיא אינה עושה דבר, מועלת היא בתפקידה כנאמן הציבור" (ע"ע 3081/10 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון, סעיף ל"א לפסק הדין (21.8.2011)). כלל זה מושרש היטב בפסיקה לפיה סטייה שלא כדין מגדר סמכותה ומדיניותה של רשות ציבורית בשימוש בכספי מדינה מחייבת תיקון מידי, לבל תועצם הסטייה, ולבל תוגבר החריגה. בבג"ץ 10777/03 ארצי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (25.11.2009) (להלן: עניין ארצי) פסק בית המשפט כי במקרה בו קיים הצבא פרקטיקה שגויה הסוטה מעיקרון המנהל התקין, מוטלת על הצבא החובה לפעול באופן מידי לתיקונה של הטעות:

"הפרקטיקה שננקטה על-ידי הצבא לאורך שנים... עמדה בסתירה ישירה לפקודות הצבא, אשר חייבו קיומו של תנאי האכשרה הסטטוטורי, כאמור. בכך נהג הצבא מחוץ לגדרי סמכויותיו על-פי דין. הצבא לא היה רשאי לפעול בניגוד לפקודות הצבא, ולהעביר הטבות מכספי ציבור בשיעורים גדולים בסתירה לדין. בעשותו כן, סטה הצבא מהוראות הדין ומעקרונות מינהל תקין, המחייבים אותו לפעול על-פי הפקודות בהענקת כספי ציבור, ולא לחרוג ממסגרת הסמכות המוענקת לו על-פיהן. בעמידתו על הסטייה שחלה בפרקטיקה של מינהל התשלומים בצבא בתשלומי מענק השחרור למשרתי הקבע, לא רק שהצבא היה רשאי לתקן את טעותו, אלא היה חייב לעשות כן, בתורת רשות ציבורית המחוייבת לפעול על-פי כללים המותווים בדין בחלוקת משאבי המדינה (שם, פסקאות 29-31).

דברים דומים נאמרו גם בבג"ץ 8634/08 אלחננוב נ' משטרת ישראל (16.11.2010) (להלן: עניין אלחננוב), שם קבע בית המשפט כי על המשטרה להפסיק לשלם הטבות שכר אשר אינן מתיישבות עם התנאים והדרישות על פי נוהלי המשטרה (ההדגשות הוספו – י"ע):

"ככל שהתברר שההכרה בזכאות השוטרים לקבל הטבות שכר אינה מתיישבת עם התנאים והדרישות על פי נוהלי המשטרה, כי אז לא רק שהגורם המוסמך רשאי לבטל את ההכרה שניתנה, אלא שחובה עליו לעשות כן, כגוף ציבורי, הפועל מכח הדין, האחראי ליישום מדיניותו על פי הדין. שאם לא כן, התוצאה היא כי כספי ציבור ימשיכו להשתלם למי שאינם זכאים לכך, וזו פעולה שאין להתירה. תשלום הטבות שכר בידי רשות מינהלית, ביודעין כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם התנאים

המוקדמים שנקבעו לצורך זכאות בתשלום כזה, מהווה פעולה שהרשות מנועה מלעשותה, בהיותה מופקדת על כספי ציבור ועל השימוש בהם אך למטרות להן הם יועדו. מקום שמתברר כי כספים משולמים על ידי הרשות שלא כדין, ותהא הסיבה לכך אשר תהא, על הרשות להורות על הפסקת תשלומם לאלתר, ולא – תחטא בהפרה עמוקה של כללי הנאמנות החלים עליה בתורת נאמן הציבור בהחזקה ושימוש בכספי מדינה.. סטייה שלא כדין מגדר סמכותה ומדיניותה של רשות ציבורית בשימוש בכספי מדינה מחייבת תיקון מידי, לבל תועצם הסטייה, ולבל תוגבר החריגה" (שם, פסקאות 25-26).

29. בהוצאת הקצינים אשר אינם מהווים פוטנציאל לתפקיד מג"ד, תיקן הצבא את הפרקטיקה השגויה בהתאם לתכלית הפקודה ולהוראותיה, והפסיק את חלוקת ההטבות. משכך, אין המשיבים יכולים לטעון להסתמכות על הפרקטיקה השגויה (ההדגשה הוספה – י"ע):

"רשות ציבורית המגלה כי פעלה מחוץ לגדרי הדין חייבת לתקן את נוהלי פעולתה, וליישר קו עם הוראות הדין המחייבות, המגדירות את מרחב כוחה וסמכותה. אך ברור הוא, כי בנסיבות כאלה אדם אינו רוכש זכות מוקנית לקבלת תנאים מיטיבים שמקורם בפרקטיקה מוטעית, ולא עומדת לו זכות לחייב את הרשות להנציח גם להבא את טעותה. כך בהיבט דיני העבודה, וכך על-פי עקרונות המשפט המינהלי" (עניין ארצי, פסקה 38).

(וכן ראו: עניין אלחננוב, פסקה 26; דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה -כתוארה אז- בייניש (19.10.2009); בג"צ 221/99 חליפה נ' משרד התחבורה, פ"ד נג(5) 567, 575 (1999) (להלן: עניין חליפה)).

קיצורו של דבר, כי הפרקטיקה שננקטה על ידי הצבא לאורך השנים אינה עולה בקנה אחד עם נוסח הפקודה ועם תכליתה, ואין להלום כי הצבא יאלץ להמשיך להעניק הטבות לקצינים אשר מזה מספר שנים אינם משתייכים לקבוצת היעד. לאחר שנים רבות של התנהלות לקויה, ומוטב מאוחר מאשר לעולם לא, הצבא היה רשאי ואף חייב לומר: "עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה" (כלשונו של השופט ברנזון בבג"צ 301/69 שמילביץ נ' עיריית תל-אביב, פ"ד כד(1) 302, 305 (1970)).

גם אם היה שינוי במדיניות – אין הצדקה להתערב בהחלטת הצבא

30. אוסיף – למעלה מן הצורך – כי אף בהנחה שלא בתיקון פרקטיקה שגויה עסקינן אלא בשינוי מדיניות, איני סבור כי ההסתמכות הנטענת על ידי המשיבים מצדיקה השארתם בתוכנית עד לסיום שירותם בצה"ל.

לטענת המשיבים, קבלת ההטבות במשך השנים יצרה כלפיהם מצג – עליו הסתמכו בהחלטתם שלא להשתחרר משירות הקבע – לפיו ימשיכו לקבל את ההטבות הכרוכות בהשתייכות לתכנית. ההחלטה בדבר שינוי מדיניות היא החלטה מינהלית הכפופה לביקורת שיפוטית, כך שעצם "החלת השינוי למפרע על מי שכלכל את צעדיו לאור המדיניות הישנה – עשויה להיפסל מקום בו אין בה החלטה סבירות, או שנגרמת למסתמך פגיעה במידה העולה על הנדרש" (בג"ץ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך (10.5.2010) (להלן: עניין לביא-גולדשטיין); דפנה ברק-ארז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים כז 17 (1996) (להלן: ברק-ארז הגנת ההסתמכות); דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003)).

ברם, המשיבים לא הוכיחו כי שינו את מצבם לרעה בעקבות הסתמכותם על המשך הימנותם עם התוכנית ולא הראו פגיעה כלכלית שאירעה בעקבות הסתמכותם על ההטבות הצפויות להתקבל בעתיד. בחלק מהמקרים אף הצליח הצבא להוכיח כי אין כל זיקה בין החלטת הקצינים להישאר בשירות קבע לבין קבלת ההטבות. הדברים יפים, לדוגמה, בעניין המשיב 2, שכאשר נשאל לגבי נסיבות חתימתו על התוכנית הבהיר - "לא חתמתי בגלל התוכנית, הייתי נשאר בצבא בכל מקרה" (עמ' 4 לפרוטוקול הוועדה המייעצת לראש אכ"א בעניינו של המשיב 2).

31. זאת ועוד. הצבא נמנע מלתבוע השבה רטרואקטיבית של ההטבות שהתקבלו בסתירה להוראות הפקודה, כך שחלק הארי של הטבות התוכנית נשמר בידי המשיבים, כגון מענקי ההצטרפות, מימון לימודים אקדמאיים, רכב בתנאים מועדפים, נופש מבצעי ובעיקר - תוספת שכר בגין רמת פעילות לאורך כל שנות התוכנית כולל תקופת הלימודים. מאחר שהמשיבים, כמו מרבית הקצינים בשירות הקרבי, השלימו למעלה מתשע שנות פעילות רמת פעילות א', הם ייהנו במשך יתרת תקופת שירותם מ-90% מתוספת רמת הפעילות, לכל ללא כל קשר לתפקיד אותו יבצעו בפועל, ועל פי נהלי הצבא, אותן הזכויות יחושבו להם גם לצרכי המשכורת הקובעת לפנסיה.

בהקשר זה אשוב ואזכיר את טענת הצבא לפיה 58% מהקצינים שהוצאו מהתוכנית, כלל לא נפגעו בתנאי השכר. בקבוצה זו נכלל גם המשיב 3, אשר לעת עתה נושא בתקן 'מינוי משנה' של מפקד פלוגה, במסגרתו הוא ממילא זכאי לתנאי השכר אותם הוא מקבל במסגרת הטבות התוכנית.

32. בנוסף, בחינת נתוניהם הפרטניים של המשיבים מגלה כי לפחות חלקם ידעו זמן רב על כוונת הצבא להוציא אותם מהתוכנית. כך עולה מסיכום ראיון קשנ"ר שנערך עם המשיב 3 ביום 3.12.2006, כמוזכר לעיל, שאז הודע לו על הכוונה להוציא מהתוכנית, והוא מצידו ביקש להתקדם לדרגת סגן אלוף במסלול המטה. במשך ארבע השנים הנוספות בהן המשיך המשיב 3 לקבל את ההטבות בניגוד לתכלית הפקודה והוראותיה, יכול היה להיערך להפסקת קבלת ההטבות.

מכאן, שגם אם נבחן את החלטת הצבא להוציא את המשיבים מהתוכנית באספקלריה של שינוי מדיניות, הרי שלא הוכח כי מדובר בפגיעה משמעותית, כך שאין מדובר בהחלטה בלתי סבירה או בלתי מידתית. מה עוד, שחלפו שלוש שנים מהיום בו נשלח מכתב הרע"ן וחלפה תקופה ארוכה מההודעה הראשונית שניתנה למשיבים על הכוונה להוציאם מהתוכנית ועד למימושה של כוונה זו: עשרה חודשים בעניינו של המשיב 1, שנתיים בעניינו של משיב 2 וארבע שנים בעניינו של המשיב 3, מעין תקופת מעבר אשר מיצתה את ההסתמכות ואפשרה למשיבים להיערך לקראת הוצאתם מהתוכנית.

33. אף לא למותר לציין, כי המשיבים לא הציגו כל ראיה לתמיכה בטענה כי בעת הצטרפותם לתוכנית הוצג להם מצג לפיו יהיו זכאים לקבל את ההטבות עד לתום שירותם בצה"ל. התחייבות שכזו, אילו ניתנה, הייתה ניתנת בחוסר סמכות וסותרת את נוסח הפקודה ונספחיה.

איני שותף לקביעת בית משפט קמא כי הצבא הכיר בקיומו של מצג שהוצג למשיבים בעת הצטרפותם לתוכנית ולפיו "פעם אופק – תמיד אופק". בית המשפט ביסס קביעה זו על כך ש"אף המשיבים הכירו בקיומו [של מצג – י"ע] כפי שעולה מהערת יו"ר הוועדה המייעצת למשיב 1 עת נדון עניינו של העותר 1". ברם, עיון בפרוטוקול הוועדה מגלה כי בהערת יו"ר הוועדה, עליה הסתמך בית משפט קמא, אין כל הכרה בקיום מצג מעין זה. בהערה הנזכרת לעיל, פונה יו"ר הוועדה אל המשיב 1 ואומר לו – "אני מאמין לך שחשבת שהתוכנית היא לכל החיים". דומה כי אמירה זו נועדה להביע אמון בתפיסתו הטובייקטיבית והמוטעית של המשיב 1, ואין להסיק

מדברים אלה הכרה בקיומו של המצג, שאת חוסר סבירותו הדגיש יו"ר הוועדה מייד בהמשך דבריו, כאשר תמה האם "בתוכנית כל כך ממיינת שכל כך מייחדת את המיועדים לתפקיד המג"ד הרי לא ברור לך שבמהלך התוכנית יהיו שלבי ניפוי?".

המשיבים לא הציגו כל מסמך או פרוטוקול שממנו ניתן ללמוד על קיום מצג המבטיח כי "פעם אופק – תמיד אופק". אזכור יחיד לכך נמצא במכתב הרע"ן, אשר בו מובעת התנגדות ודחיה של תפיסה זו, ומודגש במכתב כי "הכוונה הייתה שההטבות יינתנו עד לתום חטיבת הזמן ולא כפי שקורה היום – פעם אופק תמיד אופק" (ההדגשה הוספה - י"ע). אף לא למותר לציין כי בתגובות הראשוניות של המשיבים על הכוונה להוציאם מהתוכנית, לא נטען כי הובטח להם כי ההימנות עם התוכנית היא עד לסוף תקופת השירות הצבאי.

34. בית משפט קמא קבע כי "אין חולק, כי עד לשנת 2010 כל קציני אופק אשר סיימו את 'חטיבת הזמן', ובהם העותרים, המשיכו להימנות על התוכנית ולקבל את ההטבות השוטפות הניתנות בגדרה וזאת באופן טבעי ורציף" (עמוד 19 לפסק הדין).

הצבא חלק בתוקף על קביעה עובדתית זו, והצביע על כך שעל אף יישומה הלקוי של התוכנית במשך השנים, עוד קודם לשנת 2010, הפסיקה המנהלת את הימנותם של קצינים לאחר שתמה חטיבת הזמן, וכך נעשה בוועדות עד שנת 2003 וגם בשנת 2006. כך עולה, לדוגמה, מפרוטוקול דיון מיום 7.8.2006 בו החליטה המנהלת להוציא מהתוכנית ארבעה קצינים אשר סיימו את חטיבת הזמן. בסעיף 3 לפרוטוקול הדיון נאמר כי "עילת זימונם לוועדה הינה המלצת זרוע היבשה לאור זאת שהקצינים לא משובצים במסלול 'ליבה' וסיכוייהם להשתלב בתפקידי מג"ד מוערכים כנמוכים ביותר", ובסעיף 4 מורה הוועדה מפורשות על הוצאתם מן התוכנית. בית משפט קמא דחה את המסמך מאחר שהוא נושא תאריך מיום 7.7.2008 אך מתייחס לדיון מיום 7.8.2006. הקשר של המכתב והסיבה בגינה הוצא המכתב, אינה ברורה, אך בהנחה כי אין מדובר במסמך מזויף חלילה, מה שלא נטען, ניתן ללמוד מהמסמך כי התקיימו ועדות בשנת 2006.

35. בפסק דינו של בית משפט קמא נזכר עניין לביא-גולדשטיין בו נקבע כי "החלטות הרשות יוצרות מעין-מצג לגבי החלטותיה במקרים דומים בעתיד, ומצג זה מעודד הסתמכות... וזאת כפועל יוצא מחובת הרשות לנהוג בשוויון ובהגינות" (שם), (פסקה 33).

אלא שבאותו עניין היה מדובר בהחלטות אקטיביות בהן העניק משרד החינוך, פעם אחר פעם, אישורי שקילות לתארים אקדמיים. נקבע כי בהיעדר הצהרה מפורשת של הרשות ביחס לעתיד, יצרו החלטות אלה מצג והסתמכות, אשר בגינו המשרד אינו רשאי להחיל רטרואקטיבית דרישות חדשות בנוגע לאותם תארים. בית המשפט קבע באותו מקרה, כי הדרישות החדשות לא יחולו על עובדי המשרד אשר פעלו על בסיס החלטות המשרד והשקיעו זמן, כספים ומשאבים רבים על מנת לקבל את אישור השקילות וההטבות הנגזרות ממנו.

ברם, בניגוד לעניין לביא-גולדשטיין, בענייננו לא נטען כי במשך השנים הרבות בהן קיימת התוכנית, החליט הצבא באופן אקטיבי להמשיך ולהעניק הטבות גם לקצין אשר אינו נמנה עם אוכלוסיית היעד. יש להבחין בין התנהלות אקטיבית אשר יכולה ללמד על מדיניות פעילה, לבין "התנהלות מחדלית" במסגרתה הצבא לא הפסיק את הימנותם של הקצינים עם התוכנית, באופן המנוגד להוראות הפקודה שמכוחה הוא פועל.

ומזווית נוספת: אין ענייננו בשינוי או בביטול של החלטה שלטונית קודמת, שהפרט הסתמך עליה. ענייננו באי אכיפה או באי יישום של הוראות הפקודה, בניגוד ללשון הפקודה ולתכליתה, וכאן באה לידי ביטוי ההבחנה בין שינוי מדיניות לבין אי המשך פרקטיקה שגויה. כאשר בשינוי מדיניות עסקינן, אנו בוחנים אם הצורך בשינוי או בביטול החלטה קודמת נובע משינוי נסיבות מאוחר או מטעות בקבלת ההחלטה המקורית (ברק-ארז הגנת ההסתמכות, בעמ' 51). במקרה דנן, הצבא לא טוען לשינוי נסיבות ולא לטעות, אלא לצורך לאכוף וליישם את הוראות הפקודה, לרבות הבקרה השנתית שהייתה אמורה להיעשות על ידי המנהלת כאמור בסעיף 47 לפקודה, כפי שנעשה בתחילת הדרך.

36. למעשה, המשיבים מבקשים כי בית המשפט יכפה על הצבא להמשיך לכלול אותם בתוכנית, בניגוד לתכלית המוצהרת של התוכנית. כידוע, אין דרכו של בית משפט זה להתערב בהחלטות הנוגעות למינויים ושיבוצים (בג"ץ 1284/99 פלוני נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 69 מול האות ו (1999) או בהחלטות מקצועיות-תכנוניות של הצבא (בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3), 393, 398 (1984); בג"ץ 1996/95 טיסונה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.1.1996)). ביסוד ההחלטה עומדים אף היבטים ערכיים הנוגעים לאופי התוכנית ולתדמיתה, היבטים הנמצאים בליבת שיקול הדעת של הצבא, ואין דרכו של בית המשפט להתערב בהחלטות כגון דא (ע"ע 1843/11 פארס נ' הרמטכ"ל, בפסקה 5 להחלטתי (29.3.2011)).

37. סיכומו של דבר, כי החלטת הצבא לחזור ולהפעיל את הוועדות להפסקת הימנותם של קצינים שכבר אינם בקבוצת היעד עם התכנית, היא בבחינת הפסקת פרקטיקה שגויה, ולמעשה, המשיבים מבקשים לאכוף על הצבא טובות-הנאה שעל פי הוראות הפקודה אין סמכות חוקית להעניקה. אולם אף אם נראה את החלטת הצבא כשינוי מדיניות, ולא כתיקון פרקטיקה שגויה – וכשלעצמי איני סבור כך – הרי שאינטרס ההסתמכות של המשיבים אינו מצדיק התערבות בהחלטת הצבא שכוחה מכאן ואילך (להבחנה בין שינוי מדיניות רטרואקטיבי לגביו יש הכרה באינטרס ההסתמכות, לזכות הרשות לשנות מדיניות חדשה צופה פני עתיד, ראו ברק-ארז הגנת ההסתמכות בעמ' 57).

סוגיה שלישית – אפליית המשיבים לעומת קצינים אחרים בתכנית

38. בנוסף להסתמכות, ביסס בית משפט קמא את פסק דינו על החובה לנהוג בשוויון: "בעת שהוחלט על שינוי המדיניות ועל המשך מתן ההטבות לאחר תום 'חטיבת הזמן' רק לקצינים שעדיין נמנים על 'קבוצת היעד', היו המשיבים מחויבים להחיל את השינוי באופן בו לא יפגע עקרון השוויון" (עמוד 24 לפסק הדין).

בכך התקבלה הטענה כי קציני אופק אחרים, במעמדם של המשיבים, נמצאים בשלבים שונים של הליך הוצאתם מהתוכנית, וכי אין זה סביר כי אקראיות סדר זימונם של כלל קציני אופק לוועדות, הוא שיקבע מתי כל קצין וקצין יפסיק להימנות עם התוכנית, וכי היה על הצבא לקבוע תאריך יעד אחד אליו יתכנסו כל קציני אופק שמעמדם זהה.

39. אין חולק כי על הרשות לקבל את החלטותיה באופן שוויוני ובכפוף למגבלות החלות על הפעלת הסמכות המנהלית. אולם כפי שהרחבתי לעיל, אין לראות בהענקת ההטבות מדיניות מסודרת כי אם פרקטיקה שגויה, אשר לשם תיקונה נדרש הצבא להפסיק במהירות האפשרית את בזבוז כספי הציבור (וראו: עניין חליפה, עמ' 575). ייתכן כי הצבא יכול היה להודיע מיידית לכל הקצינים הרלבנטיים על הפסקת הימנותם עם התוכנית, שאז היה מתקיים שוויון במובן זה שכל הקצינים היו מוצאים מהתוכנית באותה נקודת זמן. אלא שהצבא בחר להפסיק את הימנותם של הקצינים באמצעות הליך מובנה ומורכב, בדומה להליך אשר מתיר את התחייבותו של משרת קבע משירות הקבע כפי שמתארת הוראת הפיקוד העליון 3.0501 – "שירות הקבע בצה"ל", תוך בחינה

פרטנית של נסיבותיו האישיות של כל קצין וקצין. מטבע הדברים, לכך השלכות על משך התהליך.

על מורכבותו של תהליך הבקרה והסינון ניתן ללמוד מנקודות הבקרה השונות אשר בוחנות את עניינם של הקצינים בטרם תינתן ההחלטה הסופית על הפסקת הימנותם עם התוכנית. במסגרת תהליך הסינון נבחן עניינו הפרטני של הקצין באמצעות ראיון קחצ"ר/קשנ"ר, לאחר מכן פגישה עם הוועדה המייעצת לראש אכ"א, ובסופו של תהליך מוצג עניינו בפני הוועדה המייעצת לרמטכ"ל. מורכבות התהליך וכובד הראש אשר כרוך בקבלת ההחלטה, הביאו להתמשכות התהליך. כך, פרק הזמן שחלף מאז ההודעה הראשונית שניתנה למשיבים על הפסקת הימנותם עם התוכנית ועד להפסקה בפועל עמד על עשרה חודשים בעניינו של המשיב 1, ואחד עשר חודשים בעניינם של משיבים 2 ו-3 (זאת מבלי לקחת בחשבון את הוועדות הראשוניות של משיבים 2 ו-3, ועמדנו על כך שכבר בשנת 2006 הודע למשיב 3 על הכוונה להוציאו מהתוכנית). נוכח התהליך המורכב והרצון לשקול כראוי את נסיבותיהם הפרטניות של הקצינים, אשר לכל אחד מהם נתונים שונים ורקע ייחודי, דומה כי לא ניתן לשנות שנים של פרקטיקה שגויה באבחה אחת.

בבית משפט קמא הודיע הצבא על עשרות קצינים שכבר הוצאו מהתוכנית. בדיון שנערך בפנינו, עדכן הצבא כי ביני לבני עניינם של כל הקצינים הרלוונטיים נבדק. על פי נתוני הצבא, החל משנת 2010 הופסקה הימנותם של 184 קצינים עם התוכנית, 119 קצינים נשארו, 20 קצינים נמצאים בעיצומו של תהליך הסינון, ול-20 קצינים נוספים ניתנה ארכה של שנה נוספת על מנת למצות את פוטנציאל השיבוץ לתפקיד מג"ד, ואם לא ישובצו ייבחנו עניינם בפני ועדה שתבחן את המשך הימנותם.

40. דווקא קביעה לפיה המשיבים זכאים להמשיך לקבל את ההטבות בניגוד להוראות הפקודה ותכליתה, היא שעלולה ליצור אפליה כפולה: ראשית, אפליה כלפי קצינים המשרתים בפועל ברמות גבוהות של סיכון ופעילות, אשר מקבלים תנאים שווים למשיבים על אף ההבדל המהותי שבין התפקידים. ואפליה נוספת, כלפי קצינים המשרתים בתפקידי מטה, בדומה למשיבים, אשר אינם נהנים מההטבות המוענקות למשיבים על אף שהם משרתים באותם התפקידים.

קיצורו של דבר, שהחלטת הצבא להפסיק את הימנותם של המשיבים לאחר שנים ארוכות בהן הוענקו להם הטבות בניגוד לתכלית, הינה סבירה ומידתית ואין

להתערב בה, אף אם הצבא טרם הספיק להשלים את הליך הסינון ביחס לכלל הקצינים באותה נקודת זמן.

סיכום וסוף דבר

41. לשון הפקודה, הגיונה ותכליתה מעידים על כך שהתוכנית חלה אך ורק במהלך חטיבת הזמן שבה נמנים הקצינים על קבוצת היעד של קצינים המיועדים למסלול פיקודי. הוראות הפקודה קובעות במפורש כי הימנות הקצינים ניתנת לבחינה ולהפסקה בכל אחד משלבי התוכנית וכי על מנת להימנות עם התכנית מחויבים הקצינים להיכלל בקבוצת היעד של הקצינים המיועדים לבצע תפקידים מועדפים.

אין בסיס לפרשנות לפיה גם לאחר תום חטיבת הזמן ימשיכו הקצינים להימנות עם התוכנית בגדר פיצוי או פרס ניחומים, גם אם אינם מיועדים עוד למלא תפקידי פיקוד בכירים במערך הקרבי. משכך, העובדה שהמשיבים עודם נמנים עם התוכנית על אף שאינם מיועדים למלא תפקידי פיקוד מעין אלה, אינה נובעת ממדיניות מסודרת ומתוכננת, אלא מפרקטיקה שגויה אותה היה הצבא מחויב להפסיק.

לא הוכח מצג מצד הצבא, ואף אם נאמר כי בשינוי מדיניות עסקינן, הרי שלא ניתן להכיר בהסתמכות של המשיבים המצדיקה לכפות על הצבא להמשיך לכלול את המשיבים בתכנית בניגוד לתכלית המוצהרת של התוכנית והערכים והתדמית שבבסיסה.

בנוסף לכך, העובדה כי תיקון הפרקטיקה השגויה מתארך נוכח הצורך ליישם את הליך הסינון המורכב באופן פרטני לגבי כל אחד מהקצינים, אינה יוצרת אפליה אשר מצדיקה את ביטול החלטת הצבא בעניין המשיבים.

45. אשר על כן, דין הערעור להתקבל במובן זה שייקבע כי החלטת הצבא להוציא את המשיבים מן התוכנית, הייתה כדין.

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה.

המשנה לנשיא

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ז באדר א' התשע"ד (27.2.2014).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א