



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 17-10-31473 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

המערער: סמ"ר חן בן חיון
ע"י ב"כ עו"ד רון הרפז

נגד

המשיב: ראש אכ"א, צבא ההגנה לישראל
ע"י ב"כ עו"ד יסכה פישר-יוסף
מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

פסק דין

על סבירות, שיקולים ואיזונים, בכך עוסק פסק הדין.

עניינו של הערעור בהחלטת ועדת הערר לפי חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (הליכים לעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), התש"ע-2010 (להלן: **ועדת הערר או הוועדה**), מיום 7.8.2017, לשחרר את המערער משירות קבע בצה"ל (להלן: **החלטת ועדת הערר**).

בפתח דבריי אציין כי עוד בדיון שנערך ביום 11.2.2018, המלצתי למערער כי הערעור יידחה בהסכמה וללא צו להוצאות. ואולם, המערער בחר להמשיך את הדיון בערעור. מכאן הצורך בהכרעה זו, וזאת לאחר שהוגשו סיכומים בכתב מטעם הצדדים.

1. השתלשלות האירועים בעניין התרת שירותו של המערער

המערער, לוחם לשעבר ביחידת העילית שייטת 13 (הקומנדו הימי) (להלן: **השייטת**) שוחרר משירות קבע על ידי רשויות הצבא, בניגוד לרצונו. כאמור, ביום 7.8.2017 דחתה הוועדה ערר שהגיש המערער נגד החלטת רשויות הצבא להורות על שחרורו משירות בצה"ל במהלך שנת הקבע הראשונה, וזאת בשל אי-התאמתו לשירות קבע.

המערער התגייס לצה"ל ב-5.8.13. כתנאי לשיבוצו בתפקיד צולל לוחם (להלן: **התפקיד**), התחייב לשירות קבע בן 36 חודשים, החל ממועד הסמכתו לתפקיד. בסיומה של תקופת הכשרה ארוכה ומפרכת, הוסמך המערער לתפקיד. בהמשך שירותו השתתף המערער בפעילויות מבצעיות של השייטת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

1 א.1. החלטת הועדה הפנימית הראשונה
2 כמקובל בשיטת- לקראת סיום שירות החובה של המערער, ובטרם כניסתו לשירות קבע- התכנסה
3 ועדה פנימית, בה היו חברים שניים ממפקדיו של המערער ופסיכולוג היחידה, על מנת לדון
4 בהתאמתו לשירות הקבע. ועדה זו המליצה פה אחד כי אין לקבל את המערער לשירות הקבע ועל כן
5 יש לשחררו מצה"ל (להלן: **החלטת הועדה הפנימית הראשונה**). כפי שעולה מכלל המסמכים
6 שהונחו לפניי, החלטת הועדה, וכן שאר החלטות גורמי הצבא שיובאו להלן, נשענו על תפקודו
7 המקצועי והחברתי של המערער במסגרת תפקידו ומהתרשמות מפקדיו ועמיתיו מתפקוד זה. בפרט,
8 יוחסה חומרה רבה לשני אירועי משמעת חריגים בהם היה מעורב המערער במהלך שירותו הסדיר,
9 כמפורט:

10
11 **אירוע הנקירה** - לטענת מפקדי המערער, על רקע סכסוך בינו לבין סגן מפקד הצוות (להלן: **א.ג.**)
12 ובעת שעמד מאחורי א.ג., נקר המערער את נשקו- משמע דרך אותו ולחץ על ההדק (בעת האירוע
13 הייתה בנשק מחסנית דמה). א.ג. לא ראה לאן היה מכוון הנשק העת הנקירה. השניים לא דיווחו על
14 האירוע למפקדיהם, ומשנתגלה הדבר (במסגרת אירוע האלימות להלן) נדון המערער בדין משמעתי
15 ל-10 ימי מחבוש, ואילו א.ג. הודח מתפקידו.

16
17 **אירוע האלימות** - המערער הסתכסך עם חבר נוסף לצוות (להלן: **ד.ק.**). בהמשך לחילופי דברים
18 ביניהם, תקף ד.ק. את המערער. המערער בתגובה שבר רגל של שולחן ולטענת ד.ק. הניף אותה כדי
19 לתקוף או לאיים עליו. ד.ק. שהיה חייל מצטיין, נדון בעקבות אירוע האלימות ל-21 ימי ריתוק.

20
21 ב.1. הראיונות טרם ההחלטה שלא לקבל את המערער לשירות קבע
22 ביום 24.7.16, זומן המערער לראיון עם מפקד פלגת הלוחמים (להלן: **מפל"ג הלוחמים**), סא"ל א.פ.,
23 שהודיע לו כי קיימת התלבטות לגבי כניסתו לקבע ופירט בפניו את הנימוקים לכך. מפל"ג הלוחמים
24 נתן למערער הזדמנות להשמיע את טיעוניו, וציין במהלך הראיון, כי אלה יילקחו בחשבון בכובד
25 ראש בעת קבלת ההחלטה הסופית. כיוון שמדובר בראיונות בהם ניתנה הזדמנות למערער להשמיע
26 את טיעוניו, אתייחס אליהם כאל שימועים (להלן: **השימוע הראשון**).

27
28 בהמשך, התכנסה ועדה פנימית נוספת, שנייה, בראשות מפקד השיטת, אל"מ ג.ש. (להלן: **מפקד**
29 **השיטת**). ועדה זו אימצה את החלטת הועדה הפנימית הראשונה (להלן: **החלטת הועדה הפנימית**
30 **השנייה**). אציין כי אמנם קיים פרוטוקול לועדה הפנימית הראשונה, ומפקד השיטת נתן תצהירו
31 לגבי מהלך הועדה הפנימית השנייה, אך בשני המקרים לא צוינו תאריכים בהם התקיימו הוועדות.
32 על כן, על פי תיאור הצדדים את השתלשלות האירועים, יש להניח כי לפחות הועדה השנייה
33 התקיימה לאחר השימוע הראשון שנערך למערער, בו בין היתר הציג את טיעוניו לאחר שנודע לו על
34 ההתלבטות לגבי המשך שירותו.

35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

ביום 28.7.16, זומן המערער לראיון נוסף עם מפל"ג הלוחמים, במסגרתו הובהר כי הוחלט שלא להכניסו לקבע, וכי בתאריך הכניסה המיועד לקבע, ישוחרר משירות (להלן: **השימוע השני**).

ביום 1.8.16, זומן המערער לראיון לפני מפקד השייטת, במהלכו הובהר לו שבהמלצת הועדה שהתקיימה בעניינו הוחלט שלא להכניסו לקבע (להלן: **השימוע השלישי**). יצוין כי במסגרת הראיון הביע המערער את אכזבתו מהתהליך שהתקיים בעניינו, וכיוון שלא ידע לפרט את הסיבות לכך, קבע עמו מפקד השייטת ראיון נוסף למחרת. בראיון שהתקיים למחרת, ביקש המערער לדעת האם לשיחה עם מפקד השייטת תהיה השפעה על ההחלטה הסופית, וכאשר נענה ש"לא בהכרח", החליט להעביר את טענותיו במסמך פורמאלי ולא במסגרת השיחה.

1. ג. החלטת מחלקת הסגל והראיונות לצורך שחרור במהלך שנת הקבע הראשונה

בעקבות החלטות הועדות והראיונות שנסקרו לעיל, פנו הגורמים הרלוונטיים בשייטת 13 למחלקת הסגל באכ"א (להלן: **מחלקת הסגל**), בבקשה להימנע מהפעלת התחייבותו של המערער לשירות הקבע. על פי מדיניות מחלקת הסגל, פנייה שכזו חייבת להינתן לפחות 45 ימים לפני מועד סיום שירות החובה. בעניין המערער, הפנייה נעשתה ימים בודדים טרם כניסתו לקבע ועל כן לא במועד. מסיבה זו, ומבסיבה זו בלבד, מחלקת הסגל לא אישרה לשחרר את המערער, והוא נכנס לשירות קבע ביום 14.8.16. אין חולק כי כניסתו של המערער לקבע התרחשה רק בשל החריגה ממדיניות מחלקת הסגל בנושא הודעה מוקדמת כאמור (גם אם טענת המערער היא כי לא מדובר ב"מהלך טכני גרידא").

ביום 13.9.16, נערך למערער ראיון נוסף בפני מפל"ג הלוחמים, בו נמסר לו כי ראש מחלקת הסגל, תא"ל מ.ת., (להלן: **רמ"חית הסגל**) אישרה "התחלת הנעת תהליך שחרורו בשנת הקבע הראשונה". למערער הובהר כי ישוחרר בתאריך 4.10.16 (התראה של 21 ימים) (להלן: **השימוע הרביעי**). עוד הובא לידיעת המערער כי עומדת לו זכות לטעון מול רמ"חית הסגל נגד החלטה זו בתוך 3 ימים, וכי במידה ולא תשנה החלטתה, יוכל להגיש ערר לראש אגף כוח אדם בצה"ל (להלן: **ראש אכ"א**).

ביום 20.9.16, הגיש המערער באמצעות בא כוחו דאז, טיעונים בכתב לרמ"חית הסגל כנגד ההחלטה לשחררו בשנת הקבע הראשונה (להלן: **הערר לרמ"חית הסגל**). המערער הלין כנגד הליך השחרור, תוך ציון הצלחותיו בתפקיד. ביום 25.10.16, החליטה רמ"חית הסגל לאשר את שחרורו של המערער בשנת הקבע הראשונה: **"לאור כשל ערכי-נורמטיבי המבטא חריגה מאמות המידה המצופות מלוחם ביחידה מובחרת"**.

ביום 31.10.16, הגיש המערער ערר לראש אכ"א, בו חזר על טיעונו כנגד הליך השחרור בעניינו (להלן: **הערר לראש אכ"א**). במסגרת זו, טען המערער כי יש להאריך את שירותו עד לקבלת החלטה סופית בעניינו. ביום 8.11.16, נמסר למערער, במכתב מאת מחלקת הייעוץ והחקיקה במפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, כי עמדת ראש אכ"א היא כי משהותרה התחייבותו לשירות קבע, יסיים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

את שירותו במועד שנקבע על ידי הרשות המוסמכת. אולם, על מנת לאפשר למערער למצות את ערעורו כשהוא עודנו בשירות, הוצע לו כי התקופה החל ממועד התרת ההתחייבות שנקבע על ידי רמ"חית הסגל ועד להחלטת ראש אכ"א, תהיה חופשה ללא תשלום.

ביום 10.11.16, הודיע ראש אכ"א מצא לכונן שלא להתערב בהחלטה לשחררו משירותו בשנת הקבע הראשונה, שכן ההחלטה מוצדקת, וזאת לאחר שהוצגו בפניו טענות המערער והחלטת רמ"חית הסגל. בהתאם, המערער שוחרר משירותו בצה"ל ביום 9.11.16.

1.ד. הערר לוועדת הערר והחלטתה

ביום 8.12.16, הגיש המערער עררו לוועדת הערר. במסגרתו, הלין המערער כנגד ההחלטה לשחררו משירות קבע בצה"ל, ובפרט העלה טיעונים כנגד ההליך המשמעותי בו הורשע בעקבות אירועי הנקירה והאלימות. כאמור, אירועים אלה היוו שיקול משמעותי בהחלטה לשחררו, וזאת על ידי כלל הגורמים שלקחו חלק בהחלטה זו. במסגרת הערר לוועדה, פנה המערער גם בבקשה למתן צו ביניים להשבתו לשירות עד להכרעה בערר. בקשה זו נדחתה על ידי הועדה בתום דיון שנערך ביום 12.1.17. הועדה קבעה, בין השאר, כי אינה מקבלת את טענות המערער בעניין ההליך המשמעותי, בין היתר כיוון שהמערער לא פעל למיצוי זכויותיו במישור המשמעותי, לרבות פנייה לפרקליט הצבאי הראשי (להלן: **הפצ"ר**). בחרתי שלא להרחיב בעניין ההליך המשמעותי שכן הוא חורג מענייננו. כל שאצטין הוא שבהמשך בוטל פסק הדין המשמעותי על ידי הפצ"ר (מסיבות שאינן נוגעות להתנהגות המערער באירוע - הוגשה תלונה תחילה על משחק בנשק, אך משהתברר כי הדבר יביא לחקירת מצ"ח, שונתה התלונה להפרת הוראות הצבא).

ועדת הערר ערכה דיון מקיף ויסודי בעניינו של המערער: הועדה שמעה הוכחות במהלך שלושה ימי דיון ארוכים, בתאריכים: 3.5.17, 11.5.17 ו-14.5.17. לפני הוועדה העידו מפקדי המערער, לכל אורך שרשרת הפיקוד: החל ממפקדו האישי ועד למפקד שייטת 13, וכן פסיכולוג היחידה ורמ"חית הסגל באכ"א. כן העיד המערער עצמו והעידה אימו. במהלך הישיבות נשאלו העדים שאלות מפי חברי הועדה עצמם ומפי ב"כ המערער. בנוסף, לאחר הגשת עיקרי טיעון מצד הצדדים, שמעה הועדה סיכומים בעל פה ביום 24.7.17, במסגרתם ביקשה התייחסות נוספת וחיידודים שונים לנקודות שעלו בסיכומים.

ועדת הערר נתנה החלטתה ביום 7.8.17, במסגרתה דחתה את טענות המערער (להלן: **פסק דינה של ועדת הערר**). הועדה השתכנעה כי ההחלטה לשחרר את המערער הינה במתחם הסבירות, כי היא התקבלה כדין על פי פקודות הצבא וכי לא הייתה נגועה בשיקולים זרים או בזדון. על כן, כאמור, הערער שבפניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 17-10-31473 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

2. עיקרי טיעוני הצדדים במסגרת הערעור

2.א. טיעוני המערער

אציין כבר בפתחו של חלק זה, כי מרבית טיעוני המערער נוגע לעניינים הנתונים בליבת שיקול דעתם של גורמי הצבא השונים, בכובעם כסמכות המנהלית בענייננו. ובליבם טענת חוסר הסבירות, הבאה לידי ביטוי, לטענת המערער, בכך שהועדה לא נתנה משקל ראוי לשיקולים השונים, במרכזם השתתפותו, במהלך השירות במספר מבצעים. להלן אפרט את טיעוניו.

ראשית, טוען המערער כי ההחלטה בעניינו ניתנה בחריגה מהוראות הדין המסמיכות, תוך שימוש לרעה בסמכות ושיקול שיקולים זרים. המערער טוען כי רמ"חית הסגל לא פירשה נכונה את ההוראה הקבועה בסעיף 63 להפ"ע 3.0501 (להלן: **הפ"ע**) בנוגע לשחרור איש קבע משירות בשנתו הראשונה. לדידו, לפי הפרשנות הנכונה של הסעיף, אסור היה לה לרמ"חית הסגל להסתמך במסגרת שיקוליה על אירועים שקרו בזמן היות המערער בשירות חובה, כגון (ובמיוחד) אירועי המשמעת המיוחסים לו.

שנית, טוען המערער כנגד התשתית הראייתית שעל בסיסה התקבלה ההחלטה בעניינו. לטענתו, רמ"חית הסגל לא קיימה את חובתה לאסוף ראיות, בניגוד לחובה המוטלת על רשות מנהלית לחקור ולאסוף מיוזמתה את כל העובדות הרלוונטיות להחלטותיה, ולבסס את אותן עליהן בלבד. בנוסף, הוא טוען כי רמ"חית הסגל התעלמה מראיות שהיו לפניו, שביכולתן לסתור את הטענות כנגד המערער או לעורר ספק ניכר ביחס להן. לחילופין, טוען המערער, כי רמ"חית הסגל לא נתנה לראיות אלה את המשקל הנדרש. עוד בהקשר זה, טוען המערער כי הוועדה הסתמכה על "עדויות מגמתיות ורצופות בסתירות של עדי המשיב".

שלישית, טוען המערער, וזו טענתו העיקרית כי החלטתה של הוועדה אינה סבירה, הן משום שלא הסתמכה על ראיות כנדרש, הן בשל העובדה שלא נתנה משקל ראוי, ולא איזנה נכון בין השיקולים השונים.

לבסוף, טוען המערער כי ההחלטה להדיחו משירות קבע אינה עומדת במבחן המידתיות. לדעת המערער ניתן היה למצוא פתרון פוגעני פחות בדמות שיבוצו שתפקיד אחר בקבע, והוא טוען כי רמ"חית הסגל לא בחנה ברצינות אפשרות זו.

2.ב. טיעוני המשיב

המשיב טוען כי החלטת ועדת הערר ניתנה כדין ומדובר בהחלטה מנומקת, המבוססת על כל השיקולים הרלוונטיים. המשיב טוען כי המערער אינו מבסס כל טעם מנהלי להתערבות בית משפט זה בהחלטה לסיים את שירותו. ביחס לטענות המערער שהוצגו לעיל, עמדת המשיב היא כדלקמן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

ראשית, לעמדת המשיב וכפי שפסקה ועדת הערר, בפרשנות סעיף 63 להפ"ע אין מקום להתעלם מאירועים שהתרחשו טרם כניסתו של המערער לקבע, היינו בעת היותו בשירות חובה. המשיב מבסס עמדתו זו על פרשנותו הלשונית של הסעיף, הנוקט בלשון רחבה ביותר ועל השכל הישר.

שנית, גורס המשיב כי ההחלטה בעניין המערער ניתנה על בסיס תשתית ראייתית מוצקה. המשיב סוקר את הבירור המקיף שערכה רמ"חית הסגל ואת העובדה שהוועדה התרשמה לחיוב מיסודיות תחקיר זה, מעצמאותה ומבקיאותה בפרטי המקרה. המשיב מציין בהקשר זה את ההלכות הקובעות כי בית המשפט לא יתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה קמא, וכך גם לענין ממצאי מהימנות עדים.

לענין הסבירות, טוען המשיב כי החלטת ועדת הערר נמצאת בליבת מתחם הסבירות. לטענתו, ההחלטה התקבלה לאחר שנשקלו כל השיקולים הרלוונטיים, ויוחסה להם החשיבות המתאימה.

לענין המידתיות, מפרט המשיב כיצד רמ"חית הסגל ביררה ביוזמתה האם ניתן לשבץ את המערער בתפקיד מחוץ ליחידה במסגרת חיל הים, וכיצד גורמים נוספים ביחידה שאלו את המערער לרצונו בשיבוץ כזה עוד בשלבים מוקדמים יותר. לאור אי-רצונו של המערער להשתבץ בתפקיד שאינו לוחם במסגרת השייטת (תשובה אותה נתן גם לוועדת הערר) ולאור העובדה שהצגת טענת המידתיות מצד המערער הוגדרה כ"הרחבת חזית" על ידי הוועדה, טוען המשיב כי יש לדחות טענה זו על הסף.

דיון והכרעה

3. התערבות בית המשפט בשיקולי המערכת הצבאית לענין כוח אדם

בטרם אדון בטענות העותר לגופם של דברים, יש להדגיש כי היקף ההתערבות של בית המשפט בשיקולי המערכת הצבאית בענייני כוח אדם בכלל, ולענין התאמה לשירות קבע בפרט, הינה מצומצמת. בבג"ץ 1919/09 רס"ל שמואל בן עזרא נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2009), נקבע (פסקה י" לפסק דינו של כב' השופט אליקים רובינשטיין, להלן: עניין בן עזרא):

"מרווח שיקול הדעת המסור למערכת הצבאית, לקבוע את התאמתו או אי התאמתו של אדם לשירות בשורותיה - הוא כידוע רחב, ומכאן גם הריסון בהתערבותו של בית משפט זה דרך כלל בכגון דא, אף כי סבורני שאין להירתע מהתערבות במקומות המתאימים התערבות תבוא, אם יימצא כי החלטה התקבלה בחריגה מסמכות, או תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי, או שהיא נגועה בשיקולים זרים או באי סבירות קיצונית היודרת לשורשם של דברים".

וראו גם את דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 6840/01 בל (יפה) פלצמן נ' ראש המטה הכללי, צבא ההגנה לישראל, פ"ד ס (3) 121 (2005), פסקה 15 לפסק דינה (להלן: עניין פלצמן):

"הצבא הוא מסגרת שירות מיוחדת שעליה מוטלת משימה כבדה ביותר של הגנה על ביטחון המדינה. חיילי הצבא הם המשאב האנושי העיקרי והחיוני שעליו בנויה המערכת הצבאית, ואין גורם חשוב ממנו לקביעת רמתו ואיכותו של הצבא. כך הוא באשר לכשירותו המבצעית של הצבא, וכך הוא באשר לרמתו הערכית-מוסרית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

משכך, הביקורת השיפוטית על מדיניות הצבא באיוש תפקידים צבאיים, ובכלל זה בהתרת התחייבויות אנשי קבע לשרת בצה"ל בשל אי-התאמה, מתאפיינת במידת ריסון מיוחדת."

היינו, ההתערבות והביקורת השיפוטית בשאלות התרת התחייבותם של אנשי קבע מרוסנת ומצומצמת. הבסיס הרעיוני לכך הוא שבידי המערכת הצבאית המקצועיות, הניסיון והיכולת הטובה ביותר לקבוע את התאמתם המקצועית והמוסרית של אנשיה לשירות, ולא בנקל יתערבו בתי המשפט בהחלטותיהם. על כן, יש לבחון האם בהחלטת גורמי הצבא, ובפרט בהחלטות רמ"חית הסגל וועדת הערר, נפל פגם מהותי המחייב התערבות.

4. טענת העותר לשיקולים זרים

רשויות הצבא, בכובען כרשות המנהלית בענייננו, נהנות מחזקת התקינות: חזקת החוקיות במשפט המנהלי, הנקראת פעמים גם חזקת תקינות פעולת רשויות המינהל (להלן: **חזקת התקינות המנהלית**). מכוח חזקת התקינות המנהלית, מניחים כי מעשים והחלטות של רשויות מינהליות נעשו והתקבלו כדין. חזקה זו מעבירה את הנטל על העותר לבית המשפט, להביא ראיות לאי תקינות, לפגם שנפל בהחלטה המנהלית, ובהעדר ראיה כאמור, עלולה להידחות עתירתו על הסף. היינו, אין די בטענת העותר לפיה שיקולים זרים היו מעורבים בהחלטות לגביו, ויש לחזקה בראיות שיעבירו את נטל ההוכחה לרשות.

חזקה זו מעבירה גם את נטל ההוכחה על שכמו של העותר. פרופ' יצחק זמיר במאמרו: "חזקת החוקיות במשפט המנהלי", בתוך: **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור**, 741 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם, עורכים, 2013), עומד במאמרו בהרחבה על ניתוח חזקה זו (עוד ראו לעניין זה: מיה רויזמן-אלדור, **עתירות מנהליות – היבטים תאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות**, 111, 155-156 (תשע"ט-2019) וכן יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, כרך א' 73 (מהד' שנייה, 2010).

חזקת התקינות המינהלית היא חזקה פרגמטית. אין מקום כי רשויות המינהל, כעניין שבשגרה, יתמודדו, בכל פעם מחדש, עם טענות שיחייבו אותן להוכיח כי החלטות שהתקבלו בהן ומשמשות בסיס לפעולותיהן אכן התקבלו כדין. כך למשל, כל עוד החזקה לא נסתרה – הרשות פטורה מלהוכיח, שאכן קוימה התייעצות במקום שבו נדרשה הרשות לקיים התייעצות. ללא חזקה זו יוטל נטל כבד מדי על רשויות המינהל, נטל שיפגע בכל הנדרשים לשירותיהן (ראו: ע"מ 4072/11 **עיריית בת ים נ' ירדנה לוי** (פורסם בנבו, 2012, להלן: **עניין עיריית בת ים**), בפסקה 30 לפסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק ארז והאסמכתאות שם וכן פסקה 16 לפסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז בבג"ץ 7266/15 **אלעזר אייל ביקלס נ' שר הכלכלה** (פורסם בנבו, 2016)).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 17-10-31473 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. בתחילה נקבע כי (כב' השופט יצחק זמיר בבגץ 1227/98 אנטון מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב (4) 690, 712 (1998), בפסקה 24 לפסק דינו):

"חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעיתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית...עוצמת הראיות או מהות הנסיבות הנדרשות כדי להפריך את חזקת החוקיות תלויות בכל מקרה בנסיבות המקרה."

אולם בהמשך הוחמרו הדרישות, אף כי הודגש כי החזקה ניתנת לסתירה על מנת שלא להעמיד את האזרח בפני "חומה ביורוקרטית בצורה ולא ניתנת להבקעה." (ראו עניין עיריית בת ים דברי כב' השופטת דפנה ברק-ארז בפסקה 30 לפסק דינה). נקבע כי על האזרח המבקש לסתור את החזקה "לסדוק" את הנחת התקינות, על ידי כך שיציב על בעייתיות לכאורה בפעולתה של הרשות. ובלשונה של כב' השופטת דפנה ברק ארז בעניין עיריית בת-ים (פסקה 32 לפסק דינה): **"ראשית הראיה' שעל האזרח להביא כדי לסתור את חזקת התקינות צריכה להיות בהלימה לעניין העומד על הפרק"**.

על החמרה זו נמתחה אמנם ביקורת, בשל העובדה שמדובר ביחסים בלתי שווים בין האזרח לשלטון (ראו לעניין זה מאמרו של פרופ' זמיר, חזקת החוקיות, שם בעמ' 754). מבלי להעמיק בעניין זה, אציין כי במקרה שלפניי, טענתו של העותר נטענה בעלמא ולא העלתה כל חשש ממשי לאי תקינות פעולת הצבא בעניינו. מעיון בכלל המסמכים שהונחו בפניי ומשהשתלשלות האירועים שפורטה על ידי לעיל, עולה תמונה ברורה מאוד של ביצוע תחקיר מעמיק ומקיף, כאשר כלל העובדות והטיעונים נלקחו בחשבון על ידי הגורמים השונים שטיפלו בעניינו של המערער, בדגש על רמ"חית הסגל וועדת הערר.

הטיעון היחיד של העותר בהקשר זה היא כי נלקחו בחשבון מעשיו בתקופת השירות הסדיר, ועל הגורמים שדנו בעניינו לאחר שנכנס לשירות הקבע, היה לקחת בחשבון רק את שירות הקבע. טיעון זה אינו נוגע לשיקולים זרים, אלא לשאלה האם שיקול מסוים, הינו ממין העניין, והאם ראוי שיילקח בחשבון במסגרת ההחלטה עם לאו. בעניין זה אדון בהמשך הדברים.

5. מהימנות העדים

המערער טוען כי הועדה (ורמ"חית הסגל) הסתמכו על עדים שאינם מהימנים לצורך קביעת הממצאים בגינם הוחלט לשחררו מהשירות (ובעיקרם אירועי המשמעות והדוחות הסוציומטריים). עוד טען כי בעדויות נפלו סתירות לעניין הממצאים עליהם הסתמכו העדים. אין לקבל טיעון זה של המערער. נקבע זה מכבר כי ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאים עובדיים שקבעה הערכאה הדיונית, קל וחומר בממצאי מהימנות. החריג לכלל שנקבע, הוא במקרים בהם הערכאה הדיונית טעתה טעות "היורדת לשורש העניין".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת עדנה ארבל בע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני, סה(2) 482 (2012), פסי' 27 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל):

"כידוע, ככלל לא תתערב ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים ובקביעות מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם נמצא כי הערכאה הדיונית נתפסה לכלל טעות היורדת לשורש העניין, כגון כאשר ישנן סתירות מהותיות בעדות עליה נסמכה הערכאה הדיונית, או כאשר מתבררת שגיאה מהותית בהערכת המהימנות התכלית לכלל זה הינה כי הממצאים העובדתיים וקביעות המהימנות הוכרעו לאחר בחינת הראיות, והתרשמות בלתי אמצעית מן העדויות על-ידי שופטי הערכאה המבררת המנוסים בהערכת מהימנות העדים....".

והדברים יפים גם במשפט המנהלי, כאשר ועדת ערר מקצועית, שמעה את העדים.

המערער העלה את הטענה בדבר סתירות בדברי העדים גם לפני ועדת הערר, בהקשר לעדויות עליהן הסתמכה רמ"חית הסגל. וועדת הערר התייחסה לכך והבהירה (פסי' 77-81 לפסק דינו של יו"ר הועדה- השופט (בדימוס) האלוף (במיל') אילן שיף):

77. טענות העורר אינן מקובלות עלינו. הקדשנו שעות ארוכות לשמיעת חקירות נגדיות ארוכות והתרשמנו מכנותם ומאמינותם של מפקדיו של העורר, לרבות של סגן ר.ק.
78. כך גם עדי המשיב ידעו לציין תכונות חיוביות ומעלות של העורר (ראו למשל עדות סגן ר.ק. עמ' 89-90).
79. ככלל, עדויות מפקדי המשיב התיישבו זו עם זו ואף קיבלו חיזוק ממשי מעדותו של פסיכולוג היחידה כמפורט לעיל.
80. אין זה דבר של מה בכך לשחרר משירות קבע לוחם בשיטת 13, לאחר שסיים הכשרתו המפרכת כלוחם. כל המפקדים התייחסו ברצינות ראויה להליכים שנקטו. הליכים אלה מגובים בסיכומי הראיונות הנ"ל. בטרם קיבלו החלטתם הופנה העורר לפסיכולוג היחידה כדי לקבל את חוות דעתו. אינני מעלה על דעתי כי הופנה לפסיכולוג רק כדי לקבל גיבוי לעמדתם."

ובהמשך (פסי' 90):

90. לא נעלמו מעיני כמה סתירות בין עדויותיהם של עדי המשיב ובין חלקים בהתייחסויותיהם השונות לאירועים נשוא תיק זה. חלק מהסתירות נובע להתרשמותי, מחלוף הזמן בין האירועים לבין מועד חתימתם על תצהירים ומועד עדויותיהם בפני הועדה. הסתירות מעידות גם על כך שלא תאמו עדויותיהם. חלק מהסתירות נבע מפרשנות של סתירות ואירועים."

בע"פ 1442/06 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.9.08) התייחסה כב' השופטת עדנה ארבל להתרשמות הבלתי אמצעית של ערכאת הדיון מן העדויות והעדים עצמם, ודבריה יפים לענייננו:

"להתרשמות מן העד יש חלק נכבד בהערכתו של שופט את עדותו ואת מהימנותה. ההתרשמות הבלתי-אמצעית מן העדויות, מן האופן בו מוסרים העדים את דבריהם, מהתנהגותם לאורך מתן עדותם, היא מיתרונותיה הגדולים של הערכאה הדיונית. לא ניתן להשוות בין שופט הערכאה הדיונית בפניו מתייצבים העדים, הוא רואה את עווית פניהם בשלבים שונים של העדות ושומע את נימת הדברים ואת רעידת הקול, לשופט בית משפט שלערעור, הניזון מן הפרוטוקול בלבד, מן הדף שאין לו קול ואין לו פנים. למראה עיניים ולמשמע אוזניים יש חשיבות... לכך יש להוסיף כי גם אם אין אדם – ואין שופט – שיהא בוחן כליות ולב, ואין מי שחסין מטעויות שבהתרשמות, ישנה חשיבות לניסיונו המצטבר של השופט בערכאה הדיונית כמי ששומע עדים מדי יום."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

רמ"חית הסגל וועדת הערר שמעו שניהם עדויות ישירות מפי כל הנוגעים לעניינו של המערער. הם עיינו בתוך כך בסיכומי הראיונות, במשובים הסוציומטריים, במכתבי המלצה ובפרוטוקולים שונים. את השעות שבילו בהתרשמות בלתי אמצעית זו, לא ניתן ולא ראוי להחליף בשיקולו של בית משפט זה, שכל העומד לפניו הוא תיעוד של כל אותן עדויות, וזאת בהיעדר כל ממצא חריג שיעיד כי טעו בהערכת המהימנות. התרשמתי כי לא היה מקום להטיל ספק במהימנות העדים, ומכל מקום, ספק זה נשלל על ידי יו"ר הוועדה, בדברים שהובאו לעיל. לאחר שעיינתי בחומר המונח לפניי, שבתי לקרוא את טענותיו של המערער בעניין מהימנות העדים, ואני סבורה שיש לדחות אותן ואין להתערב בממצאים שקבעה הוועדה.

6. סבירות ההחלטה

עיקר טיעוני המערער נוגעים לסבירות ההחלטה, לשיקולים שלקחה הוועדה בחשבון, ולאיוון בין השיקולים השונים. טענת המערער היא כי הוועדה לא שקלה את כלל השיקולים שהיה עליה לשקול, ולא אזנה כראוי בין השיקולים השונים.

6.א. על סבירות ואיוון שיקולים

פרופ' יצחק זמיר, בכרך החמישי בסדרת ספריו על הסמכות המינהלית, טוען כי לעילת הסבירות במשפט המנהלי, יש שני מובנים עיקריים. הראשון, נוגע לבחינת סבירות ההחלטה עצמה, והשני נוגע לאופן גיבוש שיקול הדעת (האיוון בין השיקולים). פרופ' זמיר מציע להפריד בין שני המובנים של עילת הסבירות, ולייחד עילה נפרדת לאופן גיבוש שיקול הדעת, מבחינת המשקלות שניתנים לשיקולים השונים ולאיוון ביניהם. פרופ' זמיר מציע לכנות עילה זו עיוות הסמכות (ראו: פרופ' יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ה (עילות הביקורת), פרק 83, עיוות הסמכות (עמיד להתפרסם בשנת 2020, להלן: **יצחק זמיר, עילות הביקורת**). ובלשונו:

"עילת הסבירות, כפי שהיא מופעלת כיום, אינה משקפת שני מובנים של עילה אחת, אלא היא מורכבת משתי עילות שונות, שונות עד כדי כך שהן משתייכות לשתי משפחות שונות של עילות. עילה אחת ממוקמת באחד השלבים של ההליך המינהלי: השלב של שיקול הדעת המינהלי. היא בוחנת כיצד הפעילה הרשות את שיקול הדעת שלה: מה המשקל שהרשות נתנה לשיקולים הענייניים ומה האיוון שהיא ערכה בין שיקולים אלה? לכן היא משתייכת למשפחה של עילות שיקול הדעת. העילה השנייה ממוקמת בסוף ההליך המינהלי, כלומר, בהחלטה שנתקבלה. היא בוחנת אם ההחלטה על פניה סבירה, אף ללא צורך לברר מה הפגם שנפל בהליך המינהלי. לכן היא משתייכת למשפחה של עילות החלטה. כיוון שזה המצב למעשה, מזה זמן רב, הגיעה השעה להכיר בכך, גם להלכה, שעילת הסבירות היא רק שם משותף לשתי עילות שונות, שחוברו להן יחדיו תחת קורת גג אחת בשל סיבה היסטורית, אך ללא הצדקה עניינית. בספר זה אני מבקש לשקף את המצב הקיים למעשה, אם כי עדיין הוא מוסווה, ולכן פיצלתי את עילת הסבירות, כפי שהיא נתפסת כיום, לשתי עילות נפרדות. זהו גם המצב הראוי."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

מדובר במקרים בהם חוסר סבירות ההחלטה נובעת מכך: "שהרשות נותנת לאחד השיקולים הענייניים משקל בלתי-ראוי, בין שהיא ממעיטה מאד מערכו של שיקול בעל חשיבות רבה ובין שהיא מגזימה מאד בערכו של שיקול שאין לו אלא ערך מועט" (יצחק זמיר, עילות הביקורת).

כפי שציננה לעניין זה פרופ' דפנה ברק-ארז בספרה **משפט מינהלי**, פרק 20: אי-סבירות, 725 (2010): "ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת".

בפועל, בעבר, הוכרה עילה של "איזון האינטרסים" אלא שזו נבלעה, מאוחר יותר בעילת הסבירות (ראו: יצחק זמיר, **עילות הביקורת**, שם, טקסט ליד ה"ש 26-29, וכן: בג"ץ 156/75 פאוזי דקה נ' משרד התחבורה, פ"ד (2) 94 (1976)).

פרופ' זמיר מבהיר מדוע הוא מציע לבחור לעילה זו של איזון בין השיקולים השונים, שם שונה כיום – עיוות הסמכות (שם):

על יסוד טעמים אלה אני מציע לנתק את העילה של מתן משקל בלתי ראוי לשיקול מסוים או עריכת איזון בלתי ראוי בין השיקולים (שלעתים מכנים אותה בשם הסבירות "החדשה") מן העילה של חוסר סבירות ההחלטה (שלעתים מכנים אותה בשם הסבירות "הישנה"); להקנות לה מעמד של עילה בפני עצמה; ולתת לה שם משלה, כדי לבדל אותה מן העילה של חוסר סבירות: "עיוות הסמכות". שם זה מבקש לומר, קודם כל, כי שאלת המשקל הראוי והאיזון הראוי של השיקולים הענייניים, אינה שאלה של סבירות במובן של תבונה, אלא שאלה משפטית שיש להכריע בה בעיקר על פי פרשנות החוק המסמיך ועקרונות משפטיים, כמו זכויות היסוד של האדם. מבחינה זאת העילה של עיוות הסמכות דומה לעילה של תכלית זרה ולעילה של שיקולים זרים. לכן, מתן משקל בלתי ראוי לשיקול מסוים, או עריכת איזון בלתי ראוי בין השיקולים, אינו מעיד על חוסר סבירות, אלא הוא נובע, כמו התחשבות בתכלית זרה או בשיקול זר, מטעות משפטית. כלומר, הטענה בדבר עיוות הסמכות במקרה מסוים מעוררת שאלה משפטית, שצריכה הכרעה באמצעות כלים משפטיים, להבדיל משאלת התבונה של הרשות המינהלית. הביטוי "עיוות הסמכות" הוא תרגום (מקורב) של ביטוי מקובל בביקורת השיפוטית באנגליה (abuse of power) וביטוי מקובל גם בביקורת השיפוטית בצרפת (detournement de pouvoir). אך בביקורת השיפוטית בישראל יש לתת לו מובן מיוחד: עילת ביקורת על המשקלות שניתנו לשיקולים הענייניים ועל האיזון שנערך בין שיקולים אלה."

אני סבורה כי יש לאמץ אבחנה זו, ולחזור לדבר על המשקלות שניתנו לשיקולים השונים ולאיזון ביניהם (במאמר מוסגר אציין כי פרופ' זמיר מציע לבטל את המובן השני של עילת אי סבירות ההחלטה, שכן לטעמו עילה זו נטמעת בעילת המידתיות, ראו יצחק זמיר, **עילות הביקורת**, פרק 90, עילת הסבירות).

6. החובה לשקול את כלל השיקולים הענייניים, לתת לכל אחד משקל הולם ולאזן ביניהם מכל מקום, בין אם נראה בכך עילה נפרדת של עיוות הסמכות, ובין אם נכלול זאת במסגרת עילת הסבירות, כפי שנעשה עד כה, הרי שחובה על הרשות המנהלית, לקחת בחשבון, במסגרת שיקול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

דעתה, את כל השיקולים הענייניים, לתת לכל אחד את המשקל הראוי ולאזן ביניהם (ראו, בין רבים : בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421, 445 (1980); בג"ץ 6163/92 יואל אייזנברג נ' שר השיכון, פד"י מז(2) 229, פסקה 51 לפסק דינו של השופט, לימים הנשיא, אהרן ברק (1993); בג"ץ 4668/01 ח"כ יוסי שריד, יושב-ראש האופוזיציה נ' ראש הממשלה אריאל שרון, פד"י נו(2) 265 (2001)) בג"ץ 5562/07 עו"ד דרור שוסהיים נ' שר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 2007).

זהו לב שיקול הדעת המנהלי, במסגרתו באה לידי ביטוי מקצועיותה של הרשות המנהלית. בשלב הזה יש לתת לרשות מרחב יותר גדול לבחור בין אפשרויות שונות, מרווח לאזן באופנים שונים את השיקולים השונים. בליבת שיקול הדעת על בית המשפט לגלות זהירות ואיפוק. בבחירה בין החלטות שונות במסגרת מה שנקרא "מתחם הסבירות", ואולי יש לקרוא לו "מתחם שיקול הדעת", לרשות יש עדיפות, בשל מומחיותה, על בית המשפט. כך ככלל, כך בעיקר, כאשר מדובר בשיקולים מקצועיים ופחות בשיקולים ערכיים. שיקול הדעת תחום בגבולות החוק המסמך. השיקולים שיש לקחת בחשבון מבוססים על פרשנות החוק המסמך, ועל עקרונות השיטה.

הקושי בביקורת שיפוטית על החלטות המינהל בהקשר זה היא, שקשה, לעיתים, בדיעבד, לבחון מה היו השיקולים, והאם יש שיקול שכמעט לא ניתן לו משקל, על אף שהיה מקום לעשות כן, או שיקול שניתן לו משקל יתר.

כך, למשל, בעניין פלצמן, נדון, כאמור, מקרה דומה, של שחרור העותרת באותו עניין, משירות קבע. העותרת טענה כי ההחלטה התקבלה על יסוד שיקול זר : תלונה שהגישה נגד מפקד בכיר בצבא על התנהגות שאינה הולמת כלפיה. הצבא לא הכחיש שהעותרת הגישה תלונה כזאת, אך טען כי לא זה היה הנימוק להחלטה לשחרר את העותרת משירות הקבע, אלא הנימוק שכישוריה אינם מצדיקים את השארתה בצבא. בית המשפט עמד על כך שככלל, קשה לעמוד על השיקולים אכן עמדו בבסיס ההחלטה אולם הוסיף כי ניתן להתגבר על כך :

"הקושי המובנה בהוכחת שיקול סובייקטיבי פסול הביא להקלה מובנת בנטל הראייתי הנדרש לביסוס קיומו ... בהקשר זה די ביצירת ספק ממשי בנוגע לכשרות שיקולי המעביד או הרשות הציבורית המוסמכת, כדי שנטל ההוכחה יעבור לפתחם להוכיח כי שיקוליהם בפגיעה במועסק היו ענייניים ... בנסיבות כגון אלה על הרשות לשכנע כי שיקולים אובייקטיביים וענייניים כבדי משקל הובילו להחלטה להפסיק את עבודתו של המועסק במסגרתה ... כדי להתמודד עם הקושי הנלווה לבחינת שיקול הדעת הסובייקטיבי של הרשות המינהלית מסתמנת בפסיקה נכונות להיעזר בחזקות עובדתיות שונות המבוססות על ניסיון חיים אשר לעתים פועלות אף כדי להעביר את נטל הבאת הראיות אל שכם הרשות השלטונית, הצריכה לתת הסבר לפעולתה".

לאחר בחינת העילה, אעבור לבחון את תחולתה במקרה שלפניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

6.ג. מן הכלל אל הפרט

העותר טען, כאמור, כי לא היה מקום לתת משקל לאירועי המשמעת מתקופת שירותו הסדיר, ומנגד, כי היה מקום ליתן משקל למבצעים שהשתתף בהם כלוחם, כמו גם לעובדה שבמהלך שירות הקבע הקצר שלו, היה למעשה בחופשה ללא תשלום.

הוועדה שקלה במסגרת שיקוליה, את כלל השיקולים עליהם הצביע המערער. במסגרת שיקולים אלה אכן נבחנו גם אירועים מתקופת שירותו של המערער בשירות חובה, דבר העולה לטעמי בקנה אחד עם פרשנות הסעיף המסמיך ועם השכל הישר, כפי שטען המשיב. בעיקר כך, כאשר מדובר בתחילת שירות הקבע (ייתכן כי לאירועים משירות החובה יש ליתן פחות משקל כשחולפות הרבה שנים מקרות האירועים). יש להדגיש כי מדובר באירועים חמורים העלולים להשפיע על תפקוד המערער כלוחם. עוד יש לציין בהקשר זה כי המערער עצמו טען כי וועדת הערר לא נתנה די משקל למבצעים בהם השתתף, מבצעים בהם נטל חלק במהלך שירות החובה. לא ניתן לברור משירות החובה רק את הנתונים הנוחים למערער, ויש להסתכל על מכלול האירועים בתקופה זו.

המערער בסיכומיו הפנה לפסק דין בבגץ 3798/09 **אירנה גורוחוד נ' המפקד"ל** (פורסם בנבו, 2010, להלן: **עניין גורוחוד**), שם פוטרה שוטרת מהמשטרה, על רקע כשל מבצעי-תפקודי, ובית המשפט התערב בהחלטה, לאחר שקבע כי יש לקחת בחשבון לא רק שיקולים מבצעיים אלא גם שיקולים אישיים כמו משמעות הפיטורים, אורך השירות וכיו"ב. אולם, שם מדובר היה בשוטרת ששירה במשטרה תשע שנים, והייתה בעתודה לקצונה. בית המשפט באותו עניין קבע שההחלטה על הפיטורין התמקדה רק באירוע הכשל המבצעי והוסיף (פס' 19) לפסק דינה של כב' הנשיאה דורית בייניש), כי: **"נדרש היה מהמשיבים לתור ולחפש אחר הערכות ועובדות נוספות, וכן היה עליהם לבחון את תפקודה של העותרת באירוע על רקע תפקודה הכללי לאורך זמן ואף ביחס לתפקודם של השוטרים האחרים, וזאת כנראה הם לא עשו"**. יש להדגיש כי שוטר שהיה עמה לא פוטר, וכי נקבע כי היה כשל מערכתי בהדרכת שוטרים לאירוע מסוג זה שקרה. בנוסף, לא הוצע לה כל תפקיד אחר במשטרה (זאת, לעניין המידתיות). הנשיאה בייניש הוסיפה והדגישה באותו עניין כי:

"הליך השקילה והאיזון אינו עניין ערטילאי, ולא ניתן לשתול אל קרבו בדיעבד מה שלא היה בו מלכתחילה. סיכומו של דבר, המשיבים החליטו על פיטוריה של העותרת בלי לתת משקל הולם לשירותה הטוב והמקצועי עובר לאירוע חטיפתה; להיעדר הכשרתה; ולנתונים שלא היו תלויים בה ובכישוריה הנלמדים ממהלך האירוע – על אף שעשו כן בעניינו של קצין הסיור. בכך, נקטו המשיבים כלפי העותרת אמת מידה פסולה שעל פניה אינה שווה לאמות המידה שהונהגו בעניינו של קצין הסיור".

יש להדגיש כי בית המשפט קבע באותו עניין כי היה מקום להציע לשוטרת תפקיד אחר, לא מבצעי, כאמצעי מידתי יותר. על כך ארחיב להלן.

במקרה שלפנינו שונים הם פני הדברים. ראשית, המשתתפים האחרים באירועי המשמעת קיבלו עונשים כבדים יותר מהמערער (בעת האירוע עצמו). כך, באירוע הנקירה, על אף שהיה זה המערער



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

שנקר את הנשק, סגן מפקד הצוות, א.נ., הודח מתפקידו. באירוע האלימות ד.ק. שהיה חייל מצטיין
נדון ל-21 ימי ריתוק.

זאת ועוד, אירועי המשמעת נשקלו ואוזנו אל מול שלל ראיות ושיקולים אחרים: משובים
סוציומטריים (הערכת עמיתים) של המערער, שיחות שבוצעו עם עמיתיו ומפקדיו, חוות דעת
פיקודיות ופסיכולוגיות ועוד (לרבות השתתפותו במבצעים במהלך שירות החובה). עוד יש להדגיש
כי בניגוד לעניין גורוחוד, אין בשחרור חייל משירות קבע עם תחילתו, את הכתם המוטל על שוטר
שפוטר לאחר תשע שנים, שכן מרבית החיילים בצה"ל משתחררים בתום שירות סדיר.

כאמור, הועדה הקדישה שעות רבות ללמידת עניינו של המערער, והטריחה לצורך כך את מפקדיו
של המערער (כולל הבכירים ביותר) וגורמים נוספים. הועדה לא הקלה ראש ובוודאי לא ניתן לטעון
או לקבוע שאופן פעולתה נגוע בחוסר סבירות או, בלשון העילה החדשה, בעיוות הסמכות.

7. מידתיות

נותר לי להתייחס לטענת היעדר המידתיות אותה הציג המערער. כאמור, לטענתו על גורמי הצבא
היה לנקוט באמצעי פוגעני פחות מהתרת שירותו, למשל באופן של שיבוצו בקבע בתפקיד אחר.
המערער סומך טיעונו זה גם כן על עניין גורוחוד. גם טענה זו יש לדחות וזאת מכמה טעמים.

הטעם הראשון הוא ההלכה הפסוקה שהובאה לעיל לעניין התערבות ערכאה זו בשיקוליהם
המקצועיים של גורמי הצבא, בפרט בכל הנוגע לעניין שיבוץ אנשי קבע בתפקידם (ראו עניין בן עזרא
ועניין פלצמן לעיל). ועדת הערר ורמ"חית הסגל התייחסו בהחלטותיהם לשיקולים כגון תקנים
קיימים, התאמת המערער לתפקידים שונים, חוות דעת מפקדיו באשר להתאמה זו ורצונו להשתבץ
אליהם, שיקולים, שכאמור, בית המשפט צריך לנקוט זהירות בהתערבות בהם.

הטעם השני והעיקרי הינו כי חלופה של שירות ביחידה אחרת בחיל הים הוצעה למערער ע"י
הגורמים שטיפלו בעניינו, והמערער הוא שסירב לכך, כפי שעולה מהתייחסות כלל הגורמים
המעורבים, כולל המערער עצמו. בכך שונה עניינו של המערער מעניין גורוחוד, שם ביקשה השוטר
להיות מוצבת בתפקיד מנהלי, ואפשרות זו לא ניתנה לה, אף שניתנה לשוטר שהיה מעורב באותו
אירוע. הסעד שניתן שם היה להורות למשטרה להציבה בתפקיד מינהלי.

בענייננו, הצבא עצמו הציע למערער, מיוזמתו, לעבור לתפקיד אחר. כך, בנוסף לבדיקתה העצמאית
של רמ"חית הסגל בנושא, החלופה של שירות בתפקיד אחר בחיל הים, הוצעה למערער על ידי
מפקדיו האישיים והוא אף נשאל על כך בוועדת הערר. בכל הפעמים שהועלתה לפני המערער
אפשרות זו הוא דחה אותה והשיב כי הוא מעוניין לשרת בקבע אך רק במסגרת תפקיד לוחם, ורק
בשיטת, בבחינת "הכל או כלום".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 31473-10-17 חן בן חיון נ' צבא ההגנה לישראל

בסיכומי המערער, בסעיף 94, מביא המערער עצמו מדבריו לפני וועדת הערר, עת נשאל ע"י ועדת הערר האם היה רוצה תפקיד (אחר) כלשהו והשיב כי הוא רוצה להיות לוחם. אז נשאל ע"י יו"ר הועדה: "זאת אומרת זה או שייטת 13 או כלום" והמערער השיב "נכון". אין לקבל את טיעונו במסגרת הערעור והסיכומים כי לתשובתו זו אין משמעות והועדה לא הייתה צריכה ליחס לה משקל, ולשבצו בכל זאת בתפקיד אחר בחיל הים. על המערער לעמוד בהקשר זה מאחורי בחירותיו, ומשבחר שלא לקבל הצעה אחרת לשבצו בתפקיד אחר בחיל הים, אין לו להלין אלא על עצמו.

8. אחרית דבר

התרשמתי כי הליך התרת שירותו של המערער משירות קבע היה הוגן, ראוי וממצה. התרשמתי לחיוב ממספר הראיונות או השימועים (אותם כיניתי כך בהשאלה מדיני העבודה) שנערכו למערער טרם ההחלטה הסופית, משיתופו עוד משלב ההתלבטות ומאופן התנהלות כלל הגורמים המעורבים. למערער נערכו שלושה ראיונות (שימועים) וכן נבדקו טענותיו במסגרת ערר לרמ"חית הסגל וערר לראש אכ"א, כל אלו עוד קודם לדיון בוועדת הערר. בנוסף, וכפי שפירטתי לאורך פסק הדין, לא מצאתי כל פגם בהתנהלות ועדת הערר ובשיקול דעתה, ומשכך אין כל עילה להתערבות בית משפט זה.

אני דוחה אם כן את הערעור. המערער יישא בהוצאות המשיב בסכום כולל של 8,000 שקלים.

ניתן היום, כ"ד כסלו תש"פ, 22 דצמבר 2019.

מיכל אגמון-גונן, שופטת