ועדת ערר לפי חוק שרות הקבע
בצבא הגנה לישראל

ועדת ערר לפי חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל **וע' 19/11**

בעניין:

רס"ל פנחס אזיזוב, מ.א. [redacted], ת.ז 310427190
ע"י ב"כ עוה"ד כרמל מזוז ו/או יורם מזוז
מרח' בן צבי 10 מגדל הרכבת באר שבע 84893
טל': 08-6270141; פקס: 08-9100550 **(העורר)**

נגד

1. **רמ"ח הסגל באכ"א**
2. **רמ"ח הסגל בח"א**
3. **מפקד בסיס רמון**
4. **מפקד טייסת תעופה**

באמצעות תחום הייצוג במחלקת הייעוץ והחקיקה
מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי
ד.צ. 02329, הקריה, תל אביב
טל': 03-5696710/6614, פקס: 03-5694562 **(המשיבים)**

פסק - דין

רקע

1. ערר זה הוגש על החלטת צה"ל לשחרר את העורר לאחר תשע שנות שירות במעמד "קבע ראשוני". העורר מתנגד לשחרורו ועם הגשת הערר הגיש באמצעות בא כוחו בקשות בהולות למתן סעדים זמניים הכוללים: שלא ליישם את החלטת צה"ל בכל הנוגע לשחרורו של העורר, לאפשר לעורר להמשיך בשירותו בקבע באותו תפקיד, ולהימנע מכל הליך שנועד לקדם נגד אחר במקומו של העורר, בתקן "קבע מובהק" ביחידתו וזאת על מנת על מנת למנוע את שחרורו של העורר מצה"ל ו/או למנוע סיכול אפשרי של קידומו, עד למתן החלטה בערר שהגיש לוועדה זו.
בנוסף ביקש העורר לפטור אותו מתשלום אגרה לאור מצבו המשפחתי והמצב אליו נקלע עקב החלטת הצבא לפטרו משרות.

2. וועדת הערר שהוקמה מכוח חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (הליכים לעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע) תש"ע-2010, במסגרת סמכותה, החליטה, לאחר שדנה בבקשה וקיבלה את טענות הצדדים בכתב, לדחות את הבקשה למתן סעדי הביניים

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

בהחלטה שנתקבלה בתאריך 22.9.11 ולדון בערר לגופו בדרך של שמיעת עדויות וקבלת חומרים, תצהירים ומסמכים כפי שהוגשו על ידי באי כוח הצדדים.

הוועדה החליטה כי בשל נסיבותיו האישיות, העורר לא יידרש לשלם האגרה בעד ההליך.

<u>רקע עובדתי</u>

3. העורר, נגד בדרגת רס"ל התגייס לשירות קבע בהיותו אזרח בגיל 27 והשלים את שירותו במעמד "קבע ראשוני". על פי פקודות הצבא, השירות במעמד זה יכול להימשך עד 7 שנים. אולם, צה"ל במסגרת מסלול שירות לחריגים איפשר לעורר להמשיך בשירותו עוד שנתיים נוספות וקבע שיסיים את שירותו בצה"ל ביום 4.9.11 (בפועל ולאור ניתוח שעבר העורר, שוחרר רק לאחר תקופת האשפוז, בתאריך 12.9.11).
4. העורר גויס לקבע (ראשוני), בהיותו אזרח וללא רצף שירות מתום שירות החובה, כמש"ק כיבוי אש, תפקיד אותו מילא באותו בסיס בהיותו בשירות חובה. אין מחלוקת בין הצדדים כי העורר, במשך כשמונה שנים, ביצע את תפקידו לשביעות רצון מפקדיו, זכה להערכה בקרב מפקדיו ולאורך שירותו אף צוין "כבולט לחיוב" עד כשנה לפני שחרורו.
5. נסיבות המשך שירות בנושא "קבע ראשוני ארוך" שהחל עוד בתחילת שנת 2009, שנתיים טרם שחרורו, נתון במחלוקת מהותית בין הצדדים אולם אין חולק כי בפועל המשיך לשרת עד תום 9 שנות שירות "בקבע ראשוני".
6. העורר ניסה בכל כוחו לבטל את החלטת הצבא לשחרורו ולצורך כך פנה לנציב קבילות החיילים אשר דחה את בקשתו. העורר פנה לכל הרמות הפיקודיות האפשריות בצה"ל שדחו אף הן את בקשותיו ולבסוף גם וועדה ערר זו דחתה את בקשתו למתן סעד זמני, שלא לשחררו כאמור לעיל, והעורר שוחרר מצה"ל.
7. העורר היה מצוי במצב אישי קשה וזאת לנוכח העובדה כי אשתו נכה 100% במחלת ניוון שרירים וכי בנו הקטן חולה אף הוא.
8. להלן השתלשלות הדברים על פי סדרם כפי שעולה מכתב הטענות ומתגובת המשיבים:

8.1 בתאריך 9.2.11 הודע לעורר כי קיימת <u>כוונה</u> לפטרו מאחר והשלים 7 שנות שירות בקבע ראשוני ולא נמצא לו תפקיד במעמד "קבע מובחק".

8.2 בתאריך 24.2.11, כשבועיים לאחר מכן, הודיע לו מפקד הבסיס, אל"ם טל קלמן, כי החליט על שחרורו מצה"ל.

8.3 בתאריך 21.3.11, כחודש לאחר מכן, נערך לנגד <u>שימוע</u> בהשתתפות בא כוחו בפני ראש מחלקת הסגל בחיל האוויר, אל"ם אילן רם, שעל נסיבותיו נטען כי השימוע

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

"לא נערך כדין" וכי התקיים תוך כדי הפרת נהלים ופקודות הצבא. בין לבין הגיש העורר קבילה לנציב קבילות החיילים עליה ניתנת תשובה שלילית בתאריך 23.6.11.

8.4 בתאריך 17.7.11 פנה העורר באמצעות בא כוחו בערעור על ההחלטה לשחררו בפני ראש מחלקת הסגל באכ"א.

8.5 בתאריך 28.8.11, לאחר כחודש וחצי, וכשבוע לפני מועד תום שירותו (כפי שנקבע טרם ההארכה בנסיבות הרפואיות), נתקבלה החלטת ראש מחלת הסגל באכ"א הדוחה את בקשתו.

8.6 בתאריך 12.9.11 שוחרר הנגד מצה"ל.

טענות העורר

העורר טוען כנגד החלטת השחרור ונסמך על שורה של ליקויים מהותיים ופרוצדוראליים בהליך שחרורו:

9. ראשית, טוען העורר, כי ההחלטה על שחרורו נתקבלה באופן שרירותי, בניגוד לכללי הצדק הטבעי, בחוסר תום לב והיא נגועה בהפליה אסורה, חוסר שוויון ובשיקולים זרים. כל זאת תוך אטימות מופגנת, בניגוד להבטחה מנהלית שניתנה לו לדבריו וגם לנסיבותיו האישיות של העורר.

10. שנית, טוען העורר, כל הליך שחרורו היה נגוע באי סדרים פרוצדוראליים ומהותיים שעיקרם: אי קיום הליך ערעור על בקשותיו וקיום הליך שימוע שלא כדין, כאשר לעניין זה נטען כי התשובות לבקשותיו השתהו זמן רב, "למעלה משלושה חודשים", מעבר לזמן הקבוע בחוק סדרי מנהל תקין.
בא כוח העורר טען כי כל הליך השימוע והדיונים שהתקיימו בעניינו לא לוו בפרוטוקולים מסודרים, הדברים לכשנכתבו נכתבו ללא נימוקים והסברים ובכך יצרו מצג של חוסר תום לב כלפי העורר.

11. שלישית, לטענת בא כוח העורר עילת הפיטורין, "**השלמת שבע שנים בקבע ראשוני ואי מציאת תפקיד בקבע מובחק**" (הסיפא תוקנה: "**ללא יכולת קידום למובחק**") אינה נכונה ובפיטוריו נגרם לו עוול בכך ש"הכריחו" את העורר לחתום על טפסים מבלי להסביר לו את משמעותם. לטענת העורר פיטוריו נוגדים את האמור **בהוראות פיקוד עליון 3.0508** לעניין הנימוק בגינו שוחרר העורר מצה"ל.
עוד נטען בעניין זה כי הפסקת השירות ביוזמת הצבא צריכה הייתה להיות על פי **הוראות פיקוד עליון 3.0501** קרי, בהתראה של שנה מראש ולא בזמן קצר יותר, של פחות משנה, כפי שנקבע לגבי העורר.

12. רביעית, נטען כי כל הליך ניוד התקנים בח"א שגוי ונעשה בניגוד לפקודות וכי ניוד זה גרם לעורר עוול בכך שלא נותר תקן פנוי במעמד קבע מובהק. עוד נטען בהקשר זה כי

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

המשיבים בחיל האוויר כלל לא עשו מאמצים לחפש לעורר תפקיד בקבע מובהק שהיה מאפשר לו להמשיך את שירותו ולהגיע למעמד כמי שזכאי לפנסיה.

13. חמישית, ההחלטה על שחרורו של העורר מנעה ממנו את זכויותיו הפנסיוניות והטבות כספיות שונות להם היה זכאי לו נשמע והתקבל ערעורו.

14. שישית, נטען כי בהתנהגות מפקדיו ולאור העובדה כי יצא לקורס המיועד לקדמו לדרגת רס"ר יש משום הבטחה מנהלית המחייבת את המשך שירותו בצה"ל.

15. שביעית, טען בא כוח העורר כי עבודת המיון, כפי שבוצעה לגבי מרשו, נוגדת את הוראות הפיקוד העליון 3.0508 וכי עבודת המיון צריכה היתה להיעשות באופן שוויוני, כזה המאפשר לבחון את כישורי כל המתמודדים בזרוע אליה שייך העורר, לתפקידים המוצעים בטרם מתן החלטה.

16. לסיכום, טען בא כוח העורר, כי במקרה זה צה"ל פעל בניגוד לפקודותיו וכי נמצאו פגמים היורדים לשורשו של עניין ועל כן, מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשת העורר.

17. **הסעד המבוקש** (לאחר שנדחו הבקשות לסעדי הביניים): ביטול ההחלטה על שחרורו מצה"ל והחזרתו של העורר להמשך שירות בצה"ל במעמד "קבע מובהק".

<u>טענות המשיבים</u>

18. המשיבים מפרטים בכתב תשובתם את מערכת החוקים, הפקודות, הנהלים ותהליכי קבלת ההחלטות הנוגעות למעמדם של משרתי הקבע המשרתים במעמד "קבע ראשוני" ושל המיועדים לעבור למעמד "קבע מובהק". המשיבים נשענים על הטיעונים הבאים:

שירות הקבע בצה"ל, אף שלא הוסדר בחקיקה ראשית, מוסדר דרך הוראת פיקוד עליון (להלן: "הפ"ע") 3.0501 "שירות קבע בצה"ל". במסגרת הסדרת עניין שירות הקבע הוחלט כי משך השירות במעמד "קבע ראשוני" יעמוד על שבע שנים. על פי מדיניות צה"ל שהייתה נכונה לאותה עת, ובמסגרת "חריגים" התאפשרה כניסתם של מספר משרתי קבע, במקרים מתאימים, לשנה השמינית והתשיעית במעמד "קבע ראשוני". מדובר בהחלטה ארגונית שנועדה לשמור על האיזון שבין צורכי צה"ל לבין משרתי הקבע המבקשים להמשיך ולשרת במעמד זה.

במסגרת זו ("החריגים") הוחלט על ביצוע "פיילוט" המקנה את הסמכות לאישור הארכת שירות, לזרוע האוויר עד לשנת שירות תשיעית.

עוד יצוין כי הזכויות הפנסיוניות של משרתי הקבע נקבעו בחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות), נוסח משולב, התשמ"ה-1985.

בנוסף נטען, כי המשך השירות בצה"ל, וביתר שאת למעמד "קבע מובהק", אינה זכות קנויה ולכן מחייבת אישור מראש ובכתב של בקשה להארכת השירות.

המשיבים טוענים כי המקרה של העורר, כפי שהובא לדיון, אינו המקרה הנכון והמחייב את הוועדה להתערב בהחלטתו של הגורם המוסמך להחליט בעניינו של העורר.

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

19. המשיבים טענו כי לאורך כל מסלול שירותו הובהר לעורר בכתב ובעל פה, כי הגם שיעשו ניסיונות להאריך את שירותו, אין יכולת להבטיח לעורר תפקיד "בקבע מובהק". עוד הוסיפו המשיבים כי נמסר לעורר מפורשות שלא יוכל להמשיך את שירותו באם לא יימצא לו תפקיד בקבע מובהק.

20. המשיבים דוחים את כל הטענות המהותיות והפרוצדוראליות הקשורות להודעת הגורם המוסמך: זכות הטיעון, זכות הערעור על ההחלטה לשחררו בפני הערכאה דלמעלה וכן עבודת המיון ושיקולי הגורם המוסמך, כולם בוצעו על פי הפקודות. המשיבים טענו כי נוהל השחרור בוצע על כל חלקיו.

לעניין זכויות הפנסיה – טוענים המשיבים כי העורר חתם על הצהרה מפורשת, לפיה ידועה לו המשמעות של אי הארכת השירות במעמד "קבע ראשוני" לרבות אי זכאותו לפנסיה צבורה.

21. עוד טענו המשיבים כי העורר פנה לנציב קבילות החיילים, גורם אובייקטיבי, אשר בדק לעומק את טענותיו, החליט כי לא נמצא פגם המצדיק את התערבותו וכי התרשם כי נעשו ניסיונות לאתר לעורר תפקידים בקבע מובהק, אך ללא הצלחה.

22. לטענת המשיבים הוצע לעורר תפקיד במעמד אזרח עובד צה"ל, אולם העורר דחה את ההצעה.

23. בשל נימוקים אלה מבקשים המשיבים לדחות את בקשת העורר ולקבוע כי שחרורו בוצע על פי הפקודות והנהלים, ללא פגם בהליך ובהחלטה.

<u>דיון והכרעה</u>

קראנו בעיון רב את הכתובים ושמענו את העדים שהופיעו בפנינו, כעת נתייחס לטענות שהועלו על ידי ב"כ הצדדים אחת לאחת.

המסגרת הנורמטיבית

24. הפקודות הרלוונטיות לענייננו של העורר הן: **הוראות פיקוד עליון 3.0508 ו- 3.0509**. שתי הוראות אלה עוסקות בנהלי שחרור משרתים בקבע מטעמים אירגוניים וטעמים תפקודיים. כמו כן נקבעו בצה"ל נהלים פנימיים הקובעים מיהו הגורם המוסמך לקבל ההחלטה, מיהו הגורם המודיע ומיהו הגורם בפניו יובא עררו של משרת שהוחלט על פיטוריו. כן נקבעו המועדים המחייבים את הגורמים השונים בהגשת החלטתם.

בהמשך נבחן האם המערכת הצבאית עמדה באותן פקודות ונהלים שנקבעו לעניין זה.

25. לאחר תקופה של מספר שנים (ספט' 2009) בהן נבחנה מדיניות ניהול משרתי הקבע, בוצעו להוראות הפיקוד העליון תיקונים שאושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה ונקבע

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

כי משרתי הקבע שעליהם תחול הפקודה החדשה יחתמו על הצהרה מפורטת בכתב בנוכחות מפקדיהם, מתוך כוונה כי כל החלטה שתתקבל תהיה בידיעת הפרט המשרת.

עילות השחרור

26. כאמור, נטען ע"י העורר כי ההחלטה על שחרורו נתקבלה באופן שרירותי, בניגוד לכללי הצדק הטבעי, בחוסר תום לב ונגועה בהפליה, חוסר שוויון ובשיקולים זרים לחלוטין.

בפני הוועדה הופיעו, לעניין זה, שלושה עדים שנחקרו על בסיס תצהירים שהוגשו על ידי הצדדים וכן ענו לשאלות המותב שדן בעניין.

לא מצאנו בכל ראיותיו של העורר ולו התחייבות בכתב <u>אחת</u> המחייבת את חיל האוויר או את צה"ל להמשיך ולהאריך את שירותו של העורר. גם בעדותו בפנינו אישר העורר כי לא נמצאת בידו התחייבות כתובה שכזו שכן כזו לא ניתנה לו, אם כי על סמך עדותו ולדעתו ניתן היה להבין ממפקדיו כי הם עושים כל אשר ביכולתם על מנת להשאירו בשירות קבע מובהק (פרוטוקול הוועדה מתאריך: 12.1.12 עמ' 7 שורות 30-14).

יתרה מכך, העורר לא הכחיש כי חתם על טופס הקבוע בפקודות, המבהיר את עניין אי ההתחייבות הצבא להמשך שירותו בצה"ל ובהסבריו לעובדת חתימתו טען כי "לא חשב שהנושא חשוב" מאחר וגם במקרה זה הסתמך, כנראה, העורר על אמירת מפקדיו כי יעשו כל לאל ידם על מנת להשאירו בצה"ל (פרוטוקול הוועדה, תיקון, מתאריך: 12.1.12 עמ'4 שורות 13-11 וכן עמ' 6 משורה 6 ועד עמ' 7 שורה 12).

וועדת ערר זו קבעה כבר מספר פעמים כי עילות השחרור מקבע ראשוני, הנסמכות על המציאות שבה אין בנמצא תפקידים ותקנים בקבע מובהק הן חוקיות והליך השחרור מהצבא הינו תקין באם הוא מתבצע בהתאם לחוק, לפקודות ולנהלים שפורסמו לעניין זה.

הוועדה לא מצאה לנכון, וכך גם בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ שדן במקרים דומים, להתערב במדיניות שנקבעה לעניין זה.

יפים לעניין זה דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 7139/09 **רס"ל ואדים גילר נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 16/12/10):

> "דרך כלל, בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקולו הוא, אלא בוחן את פעולת הרשות על פי אמות המידה של המשפט הציבורי. עם זאת, בית המשפט נוקט מידת ריסון מיוחדת בהפעילו פיקוח שיפוטי על מדיניות הצבא בנושאי כח אדם ומסגרות השירות של חייליו".

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

ראו גם בג"ץ 6840/01 **פלצמן נ' ראש המטה הכללי, צבא ההגנה לישראל**, פ"ד ס(3) 121, 132 (2006):

> "הצבא הוא מסגרת שירות מיוחדת, שעליה מוטלת משימה כבדה ביותר של הגנה על בטחון 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. 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" (שם, בעמ' 133).

(לעניין זה ראו גם ו"ע 9/10 **וינוקור נ' צה"ל** וו"ע 20/10 **עזרן נ' ר' אכ"א**).

על פניו היינו צריכים לסיים את הדיון בעניין זה בדחיית טענות העורר, אולם אנו מבקשים לחזור ולציין כי אין זה מקרה ראשון שהוועדה נתקלת בו, שבו קיים פער בין התובנות הקיימות אצל המשרתים לבין הפקודות המחייבות במערכת הצבאית. כבר המלצנו בעבר כי על צה"ל לקיים ניתוח מעמיק על הפער המתואר שנוצר בגין התובנות בהם נמצאים משרתי הקבע בגין "הבטחות" לכאורה של מפקדיהם, לבין המילה הכתובה "והחוזה" עליו חתומים משרתי הקבע אשר מחייב את המערכת בצעדיה ובהחלטותיה. לא נזקקנו לעדות מפקדיו הישירים, ודברי העד נאמנים עלינו, התמונה המצטיירת בפנינו במקרה זה כי הכול התנהל על פי הפקודות והנהלים, אולם המפקדים בשטח נטעו בלבו של העורר את התחושה וההרגשה כי "יהיה בסדר" וכי הם, מפקדיו, עושים הכול על מנת שהעורר ימשיך בשירותו.

עוד המלצנו בו"ע 9/10 **וינוקור נ' צה"ל**, לשנות את נהלי החתימה על הטפסים, אך מודעים אנו כי במקרה שלפנינו השתלשלו להם הדברים טרם יישום המלצתנו זו. וזו לשון המלצתנו שם:

> "כמו כן, אנו מציעים כי צה"ל יבחן לאמץ נוהל לפיו מעמד החתימה על ההתחייבות לקבע ראשוני, לרבות מתן הסבר בדבר המשמעויות שיש לכך ביחס למעבר לשירות בקבע מובהק, יהא במסגרת ראיון עם הגורם המוסמך ויגובה בסיכום ראיון בו יתועד המהלך והדברים שנאמרו במסגרת הראיון. כמו כן, אנו ממליצים כי צה"ל יאמץ את הנוהג הקיים בחוזי התקשרות הקיימים בשוק האזרחי שבו נדרשים הצדדים לחוזה, לחתום ליד כל סעיף מהותי בנפרד בנוסף לחתימה הכללית הקיימת בסיפא של הטופס".

טענת אי סדרים פרוצדוראליים ומהותיים בהליך שחרורו של העורר

27. העורר טוען לאי קיום הליך ערעור תקין של בקשותיו, קיום הליך שימוע שלא כדין, וכי התשובות לבקשותיו השתהו זמן רב, מעבר לזמן הקבוע בחוק לתיקון סדרי המינהל

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

(החלטות והנמקות), התשי"ט - 1958. בא כוח העורר טען כי כל הליך השימוע והדיונים שהתקיימו בעניינו לא לוו בפרוטוקולים "מסודרים", הדברים לכשנכתבו נכתבו ללא נימוקים והסברים ובכך יצרו מצג של חוסר תום לב כלפי העורר.

יפים לענייננו דברי כב' השופטת חיות 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ** (טרם פורסם):

> "הזכות לקבלת מידע על פעילותן של רשויות ציבוריות היא מאבני היסוד של חברה חופשית. היא נוגעת לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי, היא מזינה את חירות הביטוי וניזונה ממנה והיא משקפת את התפיסה המשפטית לפיה הרשות כנאמן הציבור מחויבת לדאוג לציבור ולא לעצמה במילוי תפקידיה."

28. לעניין השימוע שנערך לעורר נטען כי לא הומצאו לעורר המסמכים שעמדו בפני מקבלי ההחלטה לשחרורו וכן לא נערך פרוטוקול "מסודר" של הליך השימוע. המשיבים התייחסו בקצרה בסיכומיהם וטענו כי אין בטענות אלה ממש.

לא הוצג בפנינו מהם הפקודות והנהלים המחייבים את המשיבים, אם בכלל, בהמצאת מסמכים פנימיים לעורר לפני ותוך כדי הדיון בעניינו, בפני הגורם המוסמך לדון בערעורו. גם לא נטען בפנינו כי הגורם המוסמך לדון בערעור אינו מוסמך לדון בערעור. יחד עם זאת אנו מבקשים להסב את תשומת לב צה"ל לדרישת רישום הפרוטוקולים בדיונים שיש בהם משמעות לגבי גורלו של הפרט. אין אנו מביעים דעה איזה סוג של פרוטוקול יש לפרסם לאחר הדיון, האם פרוטוקול אשר יסכם את עיקרי הטיעונים, ההמלצות וסיכום או תמליל מלא של האמור בדיונים אלה. ראוי כי צה"ל יפרסם הנחיות לכל הגורמים העוסקים בהחלטות "גורליות" בעניינם של משרתי הקבע וכי הדברים יתועדו על פי סדר המאפשר לפרט להציג את טיעוניו בפני ערכאות הערעור השונות ולשמור על זכויותיו הבסיסיות ולא להישען על סיכומים לא ברורים, לעיתים לא חתומים, ועל החלטותיו של מפקד זה או אחר. פרוטוקול שכזה יקל גם על הגורמים האחרים בבואם לדון בעניינו לראות את התמונה הרחבה יותר של השיקולים שנשקלו בהינתן ההחלטה על ידי הגורם המוסמך.

ככלל, ניהול פרוטוקול נגזר מהצורך להבטיח התנהלות תקינה של כל גוף ציבורי (ת"א 176/92 **שמואל מרג'י נ' "תנועת ביחד"**, נג(3) 89, 104 ; בג"צ 528/85 **אספניולי חזאן נ' המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות**, מ(2) 487, 494). חובה זו נגזרת מזכות הציבור לדעת, מהצורך בחשיפת האמת ובשקיפות פעילותו של גוף ציבורי המאפשרת ביקורת ציבורית ומשפטית, המהווים חלק מעקרונות יסוד של חברה דמוקרטית (בג"צ 954/97 **עו"ד ד"ר שלמה כהן נ' ראש לשכת עורכי הדין**, נב(3) 486, 526-527, בג"צ 990/92 **בן ציון מורדוב נ' עיריית תל אביב – יפו**, מז(1) 474, 478).

29. לעניין ההנמקה, כבר אמרה וועדה זו את דברה (ו"ע 18/10 **אברושמי נ' צה"ל**, מתאריך 6.5.12 ס' 62) כי אכן קיימת חובה ליתן למשרת הקבע את הטעמים להפסקת שירותו.

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

במקרה זה רק בהתערבות בא כוחו של העורר נתקבל מסמך מסודר שיש בו מצג שיקולים והנמקות לפיטוריו, וחבל שכך.

על חשיבותה של חובת ההנמקה כמנגנון ביקורת פנימי וחיצוני ועל תרומתה למערכת היחסים בין הפרט לבין הרשות, עמד בית המשפט העליון בבג"ץ 5538/09 **עו"ד פלג נ' נציבות שירות המדינה** (לא פורסם, 6.7.2012):

> "על חובת ההנמקה וחשיבותה עמדו מלומדים ובית משפט זה בהרחבה בעבר. כפי שמציין י' זמיר בספרו על הסמכות המנהלית, לחובת ההנמקה מספר טעמים. ראשית, ההנמקה מחייבת את מקבל ההחלטה לכתוב באופן סדור ומובנה, ובכך מאפשרת לקיים הליך של בקרה וביקורת עצמיים המקטינים את החשש מפני החלטות שרירותיות או
>
> שגויות. שנית, ההנמקה מאפשרת לרשות המנהלית לבדוק עצמה לאחר מעשה. שלישית, ההנמקה מאפשרת ביקורת חיצונית על פעולת הרשות המנהלית, הן של הממונים על הרשות והן של האזרח המושפע מן ההחלטה. רביעית, ההנמקה תורמת למערכת היחסים שבין הפרט והשלטון, שכן היא מקהה את התחושה שהשלטון מתנהל בשרירות (ראו, יצחק זמיר הסמכות המינהלית 897-898 (תשנ"ו)). מעלות אלה של חובת ההנמקה ניטלו מהחלטת ועדת האיתור, נוכח העובדה שהחלטותיה לא נומקו."

וכן בעת"מ 1127/07 **טליה נ' שר התחבורה** (לא פורסם, 18.11.2007):

> "ביקורת שיפוטית מחייבת כי ההחלטה המבוקרת תהיה מנומקת (ראו גם סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המנהל (הנמקות), התשי"ט – 1958). בהעדר הנמקה עלול הדבר להכביד על מלאכתו של בית המשפט."

בבג"ץ 4288/10 **גרון נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת** (לא פורסם, 28.10.2010) הכיר בית המשפט בחובת ההנמקה כחלק מחובת ההגינות החלה על הרשות כאמור לעיל:

> "עם זאת, בית משפט זה כבר השית במקרים מסוימים את חובת ההנמקה על הרשות, כנגזרת של חובת ההגינות החלה עליה, גם במקרים בהם לא היתה תחולה לחוק ההנמקות (ראו: בג"צ 2159/97 מועצה אזורית תוף אשקלון נ' שר הפנים פ"ד נב(1) 75, 89 (1998); בש"פ 3810/00 גרוסמן נ' מדינת ישראל (2000) (להלן: ענין גרוסמן)). נראה כי גם אם אכן היתה מוטלת על המשיב חובה כזו במקרה דנן, עדיין עמד האחרון הן בחוכתו זו והן בחובתו הנוספת להעניק זכות טיעון לעותר, אשר מצא את עצמו נפגע מההחלטה."

30. לעניין הזמנים: בסעיף 8 לפסק זה פירטנו את לוחות הזמנים של הדיונים וההחלטות הנוגעות לענייננו של העורר. שתי הערות לנו לעניין המועדים:

ראשית, לא ברורה לנו החלטתו של בא כוחו של העורר לעכב את הליך ערעורו עד להחלטת נציב קבילות חיילים (כ- 3 חודשים). אם בזמן זה הייתה מוגשת בקשה לדון בעניינו הן בראשות ר' מחלקת הסגל באכ"א או בפני ר' אכ"א סביר להניח כי לוח הזמנים היה שונה ומתקצר.

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

שנית, אין אנו מקבלים, ואנו מקווים כי לא זו הנורמה הנקוטה בצה"ל, כי ההודעה הסופית בדבר דחיית ההחלטה הסופית לשחררו תגיע כשבוע ימים לפני מימושה לעורר.

בנסיבות העניין, ומאחר ובנסיבות אלו ההחלטה המהותית לא הייתה משתנה, לא מצאנו לנכון לקבל את בקשת העורר רק על סמך פגם פרוצדוראלי זה.

לעניין תום הלב: המשיבים טענו כי לאורך כל הדרך כי נעשו כל המאמצים להשאירו בצה"ל הקבע במעמד קבע מובהק. הדברים באו לידי ביטוי בניסיונות לאתר תקן בבסיס עצמו על ידי מפקדיו ונסתיימו בניסיון למצוא לעורר תפקיד כאזרח עובד צה"ל בבסיס בצפון.

קשה לנו לקבל את טיעוני המשיבים לעניין זה. הרי שהפקודה בדבר האפשרות לאי המשך שירות בקבע מובהק תוקנה בספט' 2009 במועד בו העורר היה בסמוך לסיום שנת שרותו השביעית וגלש אל שנתו השמינית ומשם לתשיעית. גם הכוונה שבפקודה כי לשנה התשיעית ימשיכו רק מי שסיכוייהם גבוהים מאוד להמשיך לקבע מובהק אינה עומדת במבחן התוצאה של מקרה זה לזכותם של המשיבים.

אנו סבורים כי למרות המאמצים הכנים (ראו סיכומי המשיבים סעיף 26 מתאריך 19.9.12) להמשיך את שירותו של העורר, לא נעשה מאמץ מספיק בנסיבות המיוחדות של המקרה. עד לסמוך למועד שחרורו כל המערכת התכוונה רק לתפקיד אחד במסגרת כיבוי אש שבבסיסו. כך למשל עד מחצית שנת 2011 לא הוצע לנגד תפקידים אחרים בבסיסו ובבסיסים אחרים בצה"ל וכך למשל לא הוצעו לנגד, בנסיבות המיוחדות שנוצרו, תפקידים במסגרת כלל צה"ל על פי כישוריו. גם הניסיון, המאוחר, לשבצו כאזרח עובד צה"ל בבסיס בצפון לא צלח ועל סמך סיכום הריאיון שהומצא לנו התברר כי נמצא מועמד אחר לתפקיד זה.

טענת הצורך והתקן שהיה מאפשר לעורר להמשיך את שירותו

31. נטען על ידי העורר כי כל הליך ניוד התקנים בח"א שגוי ונעשה בניגוד לפקודות וכי ניוד זה גרם לעורר עוול בכך שלא נותר תקן פנוי במעמד קבע מובהק. עוד נטען בהקשר זה כי היה על המשיבים למצוא עבור העורר תפקיד בקבע מובהק שהיה מאפשר לו להמשיך את השירות ולהגיע למעמד של מי שזכאי לפנסיה שלטענת בא כוחו מדובר בזכות קנויה לעורר.
32. בדקנו את עניין התקנים וההקצאות של התפקידים במקרה זה והגענו למסקנה, על סמך העדויות שהובאו בפנינו, כי חיל האוויר נהג בהתאם לסמכויותיו ובהתאם לאילוצים התקציביים שנקבעו לבסיס בו שירת הנגד. תקן בצה"ל מהווה צורך ועל הצרכים מחליטים בהתאם לשיקולים מבצעיים, תכניות העבודה ואילוצי התקציב המושתים על צה"ל בכלל ועל הבסיס בפרט. עבודת קביעת התקנים נעשית ללא שיקולי איוש של נגד

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

זה או אחר וצריכה לבטא צורך אמיתי שכן את "המחיר" לתקן משלם בסופו של יום הזרוע או הגוף האמון על התקציב הניתן לה.

ראש מדור נגדים בחיל האוויר בתצהירה ובעדותה וכן מפקד טייסת המנהלה בתצהירו ובעדותו הציגו בפנינו את מצג האילוצים שעמדו בפני מקבל ההחלטה בעניין התקן בעניינו של העורר (פרוטוקול מיום 1.3.12 עמ' 20-18).

מפקד טייסת מנהלה שהציג את סדרי העדיפויות בהקצאת תפקידי קבע מובהק העיד כי נשקלו השיקולים השונים ואין מקום כי נתערב בהם. כך למשל, ארבעה נגדים קודמו בשל צרכים מבצעיים ואחרים קודמו לתפקידים אחרים (פרוטוקול מיום 1.3.12 עמ' 22 שורות 23-18). לא מצאנו עדויות או ראיות אחרות המעידות כי נשקלו שיקולים לא ענייניים בהחלטה זו.

זכויותיו הפנסיוניות של העורר

33. חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) (נוסח משולב), התשמ"ה-1985 מסדיר את המעמד ואת הזכויות הפנסיוניות של משרתי הקבע. לא הוכח וגם לא מצאנו כי העורר זכאי לזכות המוקנית לו מכוח החוק לזכויות כל שהן בתחום זה.

עבודת המיון – שוויון בתהליך השיבוץ והמעבר למעמד "קבע מובהק" – טעות בשיקול הדעת.

34. בנוסף על עדותיהם של גורמי חיל האוויר שהופיעו בפנינו הונח בידנו דו"ח נציב קבילות החיילים שבדק את תהליך שיבוצו וההחלטה על שחרורו של העורר.

וכך נאמר במסקנותיו של הנציב: **"לאחר בחינת כלל הנסיבות, לא מצאתי בתהליך השחרור שהונע על יד חיל האוויר, פגם המצדיק את התערבותי. יתרה מכך, התרשמתי כי נערכו לרס"ל פנחס ניסיונות לאתר תפקיד בקבע מובהק".**

גם אנו לא מצאנו פגם בתהליך המיון והשיבוץ השוויוני והתרשמנו כי לא הייתה כאן בעיית הפלייה או החלטה נגועה בשיקולים זרים, מה עוד שלא הובאו בפנינו כל טענות או ראיות לקיומו של אדם ספציפי שהופלה לטובה והועדף שלא כדין על פני העורר ולא נטען מה היו ספציפית השיקולים הזרים שאסור היה על הצבא לשקול.

לעניין התערבות בשיקול הדעת, אין אנו מוצאים מקום להתערבות בהחלטת הגורמים המוסמכים ואת עמדתנו בעניין זה הבענו לא אחת בהחלטות המותב. ראו למשל ו"ע 4/11 **סספורטס נ' צה"ל** (1.8.11) וכן ו"ע 18/10 **אברשמי נ' ראש אגף כוח אדם בצה"ל** (6.5.2012) כדלקמן:

> "אכן, בידינו הכלים לעריכת בירור לגופם של רברים ואנו רשאים לבחון את ההחלטות המובאות בפני הגורם המוסמך במתכונת רחבה יותר מזו הנוהגת בבג"ץ. בידינו סמכויות ראשוניות לגבות ראיות ואין אנו רק ערכאת ערעור המוסמכת לבחון רק את החלטת הגורם המוסמך. יחד עם זאת, כפי שפסקנו בעבר, אין אנו נוטים, בדרך כלל, להתערב בהחלטות

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

של הגורמים המוסמכים אצל המשיב, כפי שנהג בג"ץ טרם העברת חלק מסמכויותיו לוועדה זו. לשון אחר: מידת התערבותנו בענייני כוח האדם של צה"ל, על פי המדיניות השיפוטית הקיימת, מצומצמת יחסית ומוגבלת לבחינת סבירותה של הפעולה, האם הופעל שיקול-דעת בהגינות, בסבירות, בתום-לב, בלא שרירות וללא שיקולים זרים ותוך בחינת מכלול השיקולים. החלטה אשר נתקבלה תוך התעלמות משיקול רלוונטי, תוך מתן משקל בלתי ראוי לשיקול זה או אחר או תוך איזון בלתי סביר בין מכלול השיקולים, חורגת מגדר מתחם הסבירות ואינה מידתית (בג"ץ 5551/05 **שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל** לא פורסם (26.1.2006); בג"ץ 2284/99 **סלונית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נג(2) 62, 68-69 (1999)). כאמור, עלינו גם לצאת מהנחה כי ההחלטה התקבלה לפי מיטב שיקול דעת מקצועי וחלה עליה חזקת התקינות.

האמור לעיל מצביע שהמחוקק, בניגוד למי שנסח את הצעת החוק, סבר שיש להגביל את מרחב ההתערבות של הועדה בהחלטות הגורם המוסמך ולא להחליף את שיקול דעת הגורם המוסמך בשיקול דעת הועדה, ולהשאיר בידיה, לאחר בירור עובדתי שמסמכותה לערוך, לבחון אם התקיימה עילה מעילות המשפט המנהלי להתערב בהחלטת הגורם המוסמך."

הבטחה מנהלית

35. העורר טען כי בהתנהגות מפקדיו ולאור העובדה כי יצא לקורס המיועד לקדמו לדרגת רס"ר יש משום הבטחה מנהלית המחייבת את המשך שירותו בצה"ל.

36. הדברים נסמכים על סיכום ראיון שבו קיימת אמירה כי יציאתו לקורס מהווה תנאי לקידומו למעמד קבע מובהק. יחד עם אמירה זו נכתב בסיכומי ראיונות שונים כי המשך שירותו, לרבות שירות בקבע מובהק, ידון בהמשך (ראו נספח ט' לכתב הערר ומטעמו של העורר סעיף 4 ה' מתאריך 2.8.09).

העורר לא הרים את הנטל ולא הוכיח מי מהגורמים המוסמכים הבטיחו לו בכתב ובמפורש כי ימשיך לשרת במעמד קבע מובהק. הניסיון להיתלות רק בסיכום זה כמי שיש בידו "הבטחה מנהלית מחייבת" מיתר את הדיון לעניין זה. לא נתקיימו התנאים הנדרשים לקיומה של הבטחה מנהלית מחייבת ומוטב היה שלא הייתה עולה טענה זו במסגרת טיעוני הערר.

37. יחד עם זאת, הננו קוראים לראש אגף כוח אדם בצה"ל לרענן אצל המשרתים בקבע כי מחד אסור למפקדו של משרת קבע להבטיח למשרת הבטחות ולו גם מרומזות בע"פ באשר להמשך שירותו ומאידך לוודא כי כל משרת בקבע ידע שהבטחה מנהלית לגבי המשך שירות ו/או תנאי השרות בצה"ל היא אך ורק כזו שניתנה לו בכתב ובחתימת הגורם המוסמך.

38. לסיכום, ולאור האמור לעיל, הערר נידחה בחלקו, ללא צו להוצאות.

39. אין אנו מורים על החזרתו של הנגד לשירות קבע בצה"ל, אולם לנוכח הדברים שעלו מהדיון במקרה זה ובעיקר לנוכח הניסיונות המאוחרים, שלא צלחו, בדבר מציאת

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101

אפשרות לשיבוצו בתפקיד אחר ובנסיבות בעיותיו האישיות, אנו מורים כי במהלך השנתיים הקרובות תינתן לעורר האפשרות להתמודד על תפקידים בקבע מובהק וכן תפקידים כאזרח עובד צה"ל הן במסגרת מקצועו והן במסגרת כישוריו. אנו תקווה כי הליך זה, שיתקיים מן האזרחות, יבוצע בתום לב מלא מטעם הצדדים. כמו כן, אנו מורים כי ר' אכ"א או מי מטעמו יפקחו על תהליך זה.

40. כמו כן, אנו מורים לשלם לעורר סכום של שתי משכורות צבאיות בגין חופשת התארגנות שהיו מגיעות לו אילו היה בוחר להשתחרר על פי הנוהל הישן, כאמור בהודעה מעדכנת מטעם המשיבים (לשאלות המותב ולהחלטת הוועדה מיום 12.1.12) וזאת לנוכח הדיון בפסק זה.

41. על פי סעיפים 13 ו- 14 לחוק וכן על פי תקנה 23 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, לצדדים יש זכות ערעור על פסק דין זה לבית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו תוך 45 יום.

ניתן היום, כ"ז חשון, תשע"ג (12.11.2012), בהעדר הצדדים ובאי כוחם.

השופט (בדימוס) יהושע פלפל **יו"ר הוועדה**	**גב' לינדה שפיר, עו"ד** **חברת ועדה**	**מר יהודה שגב (אלוף במיל'),** **משפטן** **חבר ועדה**

רחוב הארבעה 22, תל- אביב-יפו 61909. טלפון: 03-6977001, פקס: 03-6977101