



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6745/19

עע"מ 1534/21

לפני :
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שטיין

העותרים בבג"ץ 6745/19 :
1. ערן לובטון
2. מיכל לובטון

המערער בעע"מ 1534/21 : הרמטכ"ל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 6745/19 :
1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. התובע הצבאי הראשי
3. מפקד מצ"ח באר שבע, רס"ן גלעד פרנקן
4. מפקד מרחב דרום במצ"ח, סא"ל איל מויאל
5. קמ"ן מרחב דרום במצ"ח
6. רמ"ח הערכה במרחב דרום במצ"ח
7. בית הדין הצבאי המחוזי - מחוז שיפוט מטכ"ל
8. פלוני
9. פלוני

המשיב בעע"מ 1534/21 : רס"ן גלעד פרנקן

עתירה למתן צו על תנאי ;
וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו מיום 17.1.2021 בעת"מ 62787-08-20 שניתן על ידי
כבוד השופטת א' לוי

תאריך הישיבה : יי בטבת התשפ"ב (14.12.2021)

בשם העותרים
בבג"ץ 6745/19 : עו"ד בעז בן צור ; עו"ד עידן סגר

בשם המערער
בעע"מ 1534/21 : עו"ד ליטל סדובסקי ; עו"ד רחל שילנסקי

בשם המשיבים 2-1

בבג"ץ 6745/19 :	עו"ד יעל מורג יקו-אל; עו"ד איתמר גלבפיש
בשם המשיב 3 בבג"ץ 6745/19 והמשיב בעע"מ 1534/21 :	עו"ד שלמה צפורי; עו"ד אריאל חברון
בשם המשיבים 6-4 בבג"ץ 6745/19 :	עו"ד רענן גלעדי; עו"ד נתנאל יעקב חי
בשם המשיב 8 בבג"ץ 6745/19 :	עו"ד אפרת נחמני-בר; עו"ד עמית שוחנצקי
בשם המשיב 9 בבג"ץ 6745/19 :	עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד מאיה שגיא; עו"ד רותם קוגן

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

לפנינו עתירה וערעור שהדיון בהם אוחד, הנוגעים לפרשת התאבדותו הטרגית של הלוחם ניב לובטון ז"ל (להלן: המנוח). ביום 11.1.2019, בשעה 15:10, נמצאה גופתו של המנוח, לוחם צעיר, ערכי ומוערך, בשטח הסמוך לבית הספר למקצועות החי"ר, שבו היה המנוח באותה עת חניך בקורס הכשרת מפקדים. הוא נמצא ירוי בראשו ולצדו נשקו האישי ומכתב פרידה ממשפחתו. במכתב לא פורטו הסיבות למעשה, אך התברר כי סמוך לפני האירוע הטרגי, זומן המנוח למצ"ח לצורך בחינת אפשרות גיוסו כמקור מודיעיני.

הורי המנוח הגישו את העתירה בבג"ץ 6745/19, ובה נתבקשנו להורות לרשויות הצבא להאשים את המשיבים 8 ו-9, רכזי מודיעין במצ"ח שניסו לגייס את המנוח כמקור מודיעיני (להלן גם: רכזי המודיעין), באישומים שישקפו, לשיטת העותרים, את אחריותם למותו.

הערעור בעע"מ 1534/21 הוגש על ידי הרמטכ"ל (להלן גם: המערער או הצבא), נגד פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו (השופט א' לוי) מיום 17.1.2021 בעת"מ 62787-08-20 (להלן: העתירה המינהלית), שקיבל עתירה שהגיש המשיב בערעור, מי ששימש כמפקד בסיס מצ"ח בבאר שבע בו שירתו רכזי המודיעין (להלן: פרנקן), נגד החלטת ראש אכ"א והרמטכ"ל לנקוט נגדו שורה של צעדים פיקודיים בעקבות מות המנוח.

רצונה של משפחת המנוח לקיים בדיקה מקיפה באשר לנסיבות מותו של בנם- יקירם על מנת שימוצה הדין עם האחראים לכך, הוא מובן וברור והלב יוצא אל המשפחה. עם זאת, הסוגיות שבהן אנו נדרשים להכריע כבית משפט הן משפטיות במהותן: האחת, האם בהתאם לאמות המידה הנוהגות במשפט המנהלי, קיימת עילה להתערבותנו בהחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי, המשיב 1 בעתירה (להלן: הפצ"ר), כאילו סעיפי אישום יואשמו המשיבים 8 ו-9?; השנייה, האם בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים שקבע כי יש לבטל את החלטת ראש אכ"א בעניינו של פרנקן, נפל פגם המצדיק את התערבותנו כערכאת ערעור?

רקע

1. המנוח, יליד 1999, התגייס לחטיבת גבעתי ביום 21.11.2017. במהלך חודש נובמבר 2018 הוא החל קורס להכשרת מפקדים (מ"כים) בבית הספר למקצועות החי"ר (ביסל"ח). השתלשלות האירועים שתואר להלן מתמקדת בימים שקדמו לאירוע הטרגי, והיא מבוססת על ממצאי חקירות ובדיקות שנערכו בצה"ל בעקבות מותו של המנוח.

2. ביום 9.1.2019 זומן המנוח למצ"ח על-ידי המשיב 8, שהיה באותה תקופה בחפיפה לתפקיד רכז מודיעין בבסיס מצ"ח בבאר שבע. מטרת הזימון הייתה לבחון אפשרות לגייס את המנוח כמקור מודיעיני של מצ"ח – על מנת שימסור מידע על עבירות שביצעו חבריו ליחידה, וזאת לצורך חקירת מצ"ח באשר לעבירות אלה.

3. הפגישה במצ"ח, אשר התקיימה ביום 9.1.2019, נערכה בעיקרה בנוכחות המשיב 8 – והמשיב 9, אשר הופקד על חפיפתו של המשיב 8, נכח בה לשני פרקי זמן קצרים בלבד. הפגישה ארכה כשעתיים ובמהלכה מסר המנוח מידע מודיעיני ביחס לחיילים שהכיר. בסיום הפגישה הסכים המנוח לשמש מקור של מצ"ח, וחתם על מסמך שבו צוין, בין היתר, כי נבדקה נכונותו לשתף פעולה עם גורמי מצ"ח ולמסור להם מידע לגבי עבירות שונות, וכי התחייב שלא לחשוף את הפעילות בפני כל גורם אחר. מצד מצ"ח חתמו על המסמך המשיבים 8 ו-9.

4. לאחר הפגישה במצ"ח נסע המנוח לבית חברו, ג' א'. לדברי ג' א', המנוח מסר לו כי נלחץ עם הגעתו למצ"ח, כי רכזי המודיעין הטיחו בו שהוא משתמש בסמים ושכנעו אותו שאם ישתף פעולה וימסור שמות של חיילים המשתמשים בסמים או סוחרים בסמים, גורמי מצ"ח לא יפגעו בחייל אחר המשרת עמו – חבר קרוב של המנוח (להלן: ט' מ'). במהלך ביקורו של המנוח אצל ג' א' ובנוכחותו, התקשר המנוח לס' מ' וסיפר לו על

אודות הפגישה במצ"ח. ס' מ' הרגיע את המנוח "שזה לא סוף העולם" ושהם ייפגשו בבסיס ביום חמישי. לאחר מכן התקשר המנוח למשיב 8 ואמר לו, בין היתר:

"חשבתי קצת על הדברים, אני, אני החלטתי שאני מתחרט על כל מה שאמרתי לך, אני לא, לא יכול לשתף עם זה פעולה ואני מוכן לשאת בתוצאות, ואני באמת אני לא, אני לא מסוגל לחזור לבסיס, אני רוצה לקפוץ על איזה אוטובוס, אני לא, אני לא, לא יכול עם זה, זה משגע אותי ואמרת שנדבר כמו בני אדם ונדבר וזה, אז כאילו אמנם אני לא מבקש שתבין אבל אני מוכן לשאת בתוצאות ומה שזה יהיה ומה ש... ומה שיקרה אם אתה רוצה כאילו אני אבוא עכשיו, אני לא מסוגל לחזור לבסיס, אני לא מסוגל להסתכל על אף אחד, אני לא יודע מה לעשות, אני רוצה קב"ן, אני לא, אני לא יודע מה לעשות" (להלן: השיחה הראשונה).

5. המשיב 8 ביקש לסיים את השיחה ולהתקשר למנוח מאוחר יותר. הוא התייעץ טלפונית עם המשיב 9, והשניים סיכמו ביניהם כי אין מקום לגייס את המנוח כמקור של מצ"ח. בעקבות כך, התקשר המשיב 8 אל המנוח כחצי שעה לאחר השיחה הראשונה וגם בשיחה זו הביע המנוח מצוקה נפשית וחזר על כך שאינו רוצה לשמש מקור של מצ"ח, בעוד המשיב 8 מנסה להרגיעו:

"המשיב 8: למה אתה לא חוזר לבסיס?
המנוח: אני לא, אני לא יכול אני אומר לך... אני אני עוד שניה בוכה פה, אני באמת אומר לך, אמרת שנדבר כמו בני אדם, אני לא אני לא מסוגל
המשיב 8: בסדר, אין בעיה, בוא תמחק את מה שהיה אחי, הכל בסדר
המנוח: לא... אני, אני אומר רוצה כאילו שתחזיר לי תשובה מה אני יכול לעשות עם זה, אני מתחרט על כל מה שאמרתי לך, אני מוכן לשאת בתוצאות, אני, אני מוכן גם לבוא עכשיו לחזור אליך, תשים אותי איפה שאתה רוצה, רק תגיד תגיד לי מה לעשות
[...] אני לא יכול לחזור לבסיס... אני לא יכול אני רוצה שתחזיר אותי לחקירה אני רוצה שתחזיר אותי לאני לא יודע מה... אני לא יכול... אני חושב לקפוץ על לאיזה אוטובוס לא אני לא יכול
המשיב 8: לא אבל תקשיב רגע ניב בסדר
המנוח: כן אני מקשיב
המשיב 8: לא נעבוד ביחד הכל בסדר אמרתי לך אני לא מכריח אף אחד, לא מכריח אף אחד
[...] אני אומר לך הכל בסדר, לא תכנס לחקירה, תחזור לבסיס, הכל בסדר, אנחנו לא נעבוד ביחד, אתה רוצה תמחק את המספר שלי, הכל בסדר.
[...] אין לי מה לעשות איתך יותר, אין לי מה להחזיר אותך לחקירה.

המנוח: מה זה אין לי מה לעשות איתך יותר, למה לא המשיב 8: כי אמרתי לך מראש, אני לא רוצה להכניס אותך לחקירה, לא רוצה.

המנוח: אבל אני רוצה להחקר, אני לא רוצה, אני לא מוכן להמשיך עם זה, אני... אני לא יכול

המשיב 8: מה זה עם זה

המנוח: עם ה... עם הדבר הזה, עם מה שחתמתי עליו, עם ה...

המשיב 8: אין בעיה

המנוח: עם הטופס

המשיב 8: תקשיב, כמו שאמרתי לך, במידה ונגיע להבנה שזה לא עובד, הכל בסדר אז לא יעבוד, זה שזה אומר שזה לא עובד, זה לא אומר בהכרח אומר שאתה נכנס לחקירה, לא עובד, אני מבין עם מי אני מדבר, אני מבין את הכן אדם, הכל בסדר, תחזור ל[בסיס], הכל טוב.

המנוח: ולא, לא נדבר יותר?

המשיב 8: לא

המנוח: והעסקה, אבל העסקה עדיין נשארת כמו שהיא? [...]

המשיב 8: אני שואל אם יש אפשרות לבטל את הטופס הזה [...]

המשיב 8: [...] אנחנו מבטלים אחי ולא מדברים יותר, לא כלום, הכל בסדר

המנוח: ומה עם המידע שסיפרתי לך?

המשיב 8: מה זאת אומרת, מה איתו?

המנוח: אני, זאת אומרת שאתה חייב להשתמש בו כאילו.

המשיב 8: [...] אני רוצה שהשם שלי פשוט לא יהיה חתום על הטופס הזה, זה הכל.

המשיב 8: הטופס הזה לא שווה כלום, זה טופס ביני לבינך הסברתי לך, זה טופס פנימי שלי שאני עושה לבסיס שלי, אמרתי לך, אני הקצין שם [...] הכל בסדר.

המנוח: טוב.

המשיב 8: בסדר, אני זמין אם אתה צריך משהו.

המנוח: טוב, תודה."

6. לאחר השיחות הללו, אשר הוקלטו במכשיר הטלפון הנייד של המשיב 8, שלח המשיב 8 למשיב 9 הודעת ווטסאפ בה כתב "הוא לא יהיה מקור, אחי הוא שוקל להתאבד". המשיב 9 הגיב להודעה זו בציינו: "הכל טוב שיזדיין אז", ושאל אם המנוח חתם על זיכרון דברים. המשיב 8 השיב לשאלה זו בחיוב, והשניים המשיכו בשיח שגרתית ולא דיווחו על אודות השיח עם המנוח למפקדיהם או למפקדיו של המנוח.

7. המנוח שב לבסיסו באותו הערב (יום 9.1.2019). ג' א', שהיה עֵד לשתי שיחות הטלפון בין המנוח למשיב 8, התרשם כי המנוח יצא מביתו כשהוא מעודד. בשעות הערב התקשר מפקד הכיתה של המנוח למנוח לשאול לשלומו, והמנוח השיב: "היה בסדר" ודיווח שכבר חזר לבסיס. מפקד הכיתה לא התרשם מדבר מה חריג במהלך השיחה עימו.

באותו ערב השתתף המנוח בפעילות שגרתית ביחידה, ואחד החניכים בהכשרה העיד כי המנוח התבדח במהלך השיעור וכי הייתה אווירה חיובית במהלכו.

8. למחרת, ביום 10.1.2019, התייצב המנוח לתורנות מטבח בשעה 06:00. בשעה 13:44, במהלך הפסקת הצהריים, התקשר המנוח אל חברו ס' מ' והשניים סיכמו כי יתראו למחרת.

סמוך לפני השעה 14:00 שוחח המנוח עם חניך נוסף בהכשרה (מ' ב'), וסיפר לו כי אמר במצ"ח דברים שלא היה צריך להגיד ומסר שמות כדי שישחררו אותו – ובהם גם את שמו של מ' ב'. בסמוך לאחר מכן התקשר המנוח פעם נוספת לחברו ג' א', וסיפר לו שקשה לו. ג' א' הופתע מהשיחה והתרשם שמצבו הנפשי של המנוח התערער מאז שנפגשו יום קודם לכן. המנוח סיפר לג' א' ששיתף את מ' ב' שמסר עליו מידע בפגישה במצ"ח, וכי מ' ב' הגיב בצורה קשה ואמר לו "הלשנה זה הלשנה אתה שרוף אצלי". לאחר שיחה זו התקשר המנוח בשעה 14:15 לחברו ס' מ', אשר התרשם שהמנוח "מצוברח ומבוהל", אך לא שיתף את ס' מ' ברגשותיו או במחשבות על פגיעה עצמית.

9. בשעה 14:58 התקשר המנוח למשיב 8. במהלך השיחה נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

"המנוח: אני רוצה רק להגיד לך שאני מקווה שתפסיקו עם השיטה הזאת ו... זהו.
המשיב 8: טוב, עוד משהו ניב?
המנוח: לא.
המשיב 8: ואני רק רוצה להזכיר לך שכל מה שהיה בשיחה נשאר בינינו ככה או ככה, כן?
המנוח: ברור.
המשיב 8: אה?
המנוח: כן כן.

דקות ספורות לאחר מכן שלח המשיב 8 למשיב 9 את ההקלטה של שיחה זו, והביע דאגה כי המנוח יחשוף את דבר גיוסו כמקור בקרב חיילים ביחידתו.

10. המנוח לא חזר לתורנות המטבח מהפסקת הצהריים, אשר הייתה אמורה להסתיים בשעה 16:30, אך צוות המטבח לא הבחין בכך ולא דיווח למפקדיו. בשעה 17:00 לערך נשמעה בבסיס ירייה בודדת (אך לא ניתן לקבוע בוודאות שמדובר בירי שהוביל למותו של המנוח). בשעה 20:00 התברר למפקדיו של המנוח כי אין מצליחים לאתרו בבסיס, ובשעה 23:30 החלו חיפושים נרחבים אחריו בבסיס ובסביבתו הקרובה. בשלב זה עודכנו מפקדים בכירים על היעדרותו של המנוח ועל כך שנשא את נשקו האישי. בהמשך הערב

הועברו דיווחים למצ"ח ולמשטרת ישראל, ואנשי מצ"ח באר שבע הצטרפו לחיפושים שבוצעו במהלך הלילה.

11. בעקבות הדיווח למצ"ח באר שבע נקטו גורמי מצ"ח מספר פעולות לאיתור המנוח, ובכלל זה איכון מכשירו הסלולארי ותשאול גורמים מיחידתו. בעת קבלת הדיווח, פרנקן – שהיה כאמור מפקד הבסיס – לא היה מודע לכך שהמנוח היה בקשר עם גורמי המודיעין בבסיסו, אך במהלך איסוף המידע הראשוני ביחידתו של המנוח, נמסר לפרנקן כי "המנוח היה בחקירה במצ"ח מספר ימים קודם לכן" (פסקה 55 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים 1-2 לעתירה המתוקנת). פרנקן בדק ומצא כי המנוח הגיע למצ"ח ונפגש עם המשיב 8. בשעה 02:44 פנה פרנקן למשיב 8 וביקש ממנו למסור פרטים על אודות הפגישה עם המנוח, והשניים שוחחו ביניהם טלפונית. בשיחה זו סיפר המשיב 8 כי המנוח זומן לצורך בחינת אפשרות גיוסו כמקור, וכי לאחר הפגישה חזר בו המנוח מהסכמתו לשתף פעולה עם מצ"ח. כמו כן שלח המשיב 8 אל פרנקן את ההקלטות של שלוש שיחותיו עם המנוח.

12. המשיבים 8 ו-9 לא נמנו עם צוות החיפוש, ובמהלך הלילה – לאחר שיחתו של פרנקן עם המשיב 8 – התכתבו ביניהם המשיבים 8 ו-9 בהודעות ווטסאפ והודו זה בפני זה כי שגו בכך שלא דיווחו בזמן אמת על אמירותיו של המנוח שביטאו מצוקה נפשית. השניים הביעו דאגה כי המנוח נטל את חייו, אך לא דיווחו דבר למפקדיהם גם במהלך הלילה.

ביום 11.1.2019 בשעה 07:00, במהלך החיפושים אחר המנוח, שאל המשיב 5 בעתירה (קמ"ן מרחב דרום במצ"ח; להלן: קמ"ן המרחב) את המשיב 8 בהודעות ווטסאפ מספר שאלות בנוגע למנוח ולגיוסו כמקור. בין היתר, שאל קמ"ן המרחב אם המנוח הביע מצוקה נפשית ואם המשיב 8 עדכן גורם כלשהו בדבר שיחתו האחרונה עם המנוח. המשיב 8 השיב לשתי שאלות אלה בשלילה. המשיב 8 שלח גם לקמ"ן המרחב את הקלטות שלוש שיחותיו עם המנוח, אך לא דיווח על החשש שהתעורר בו כי המנוח יפגע בעצמו או על התכתובת שניהל עם המשיב 9 בעניין זה. בשעה 07:54 שאלה המשיב 6 בעתירה (רמ"ח הערכה במרחב דרום במצ"ח) בקבוצת ווטסאפ פנימית של מצ"ח, האם למשיב 8 יש "תובנות" לגבי המנוח והמשיב 8 שאל בתגובה "מבחינת מה?" ולא הוסיף. בהמשך שאלה המשיב 6 את המשיב 8 אם עלה דבר מה חריג בשיחתו האחרונה עם המנוח, והמשיב 8 השיב לכך בשלילה.

13. בשעה 09:30 התקבל איכון מדויק לגבי מיקומו של המנוח, ובשעה 10:15 הוא נמצא, למרבה הצער, ירוי בראשו וללא רוח חיים. מותו נקבע במקום על ידי קצין רפואה בשעה 11:15. לא נערכה נתיחה שלאחר המוות ולא ניתן לקבוע את שעת המוות המדויקת.

חקירות ובדיקות בעקבות התאבדות המנוח

14. בהתאם לנהלי הצבא, לאחר שנמצאה גופתו של המנוח נפתחה חקירה פלילית על ידי היחידה לחקירות פנים בצה"ל (להלן: היחק"פ), שהינה יחידה עצמאית, הכפופה ישירות לראש אכ"א ואמונה על חקירות הקשורות לגורמי המשטרה הצבאית (המקבילה הצבאית למחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים). החקירה לוותה על ידי התביעה הצבאית ובמהלכה עמדו הפצ"ר והתובע הצבאי הראשי (המשיבים 1-2 בעתירה) וכן גורמים מטעמם, בקשר עם הוריו של המנוח ועדכנו אותם בהתפתחויות. בהמשך בוצעו מספר חקירות ותחקירים נוספים על ידי גורמים שונים בצבא.

15. הממצאים העובדתיים העיקריים של חקירת היחק"פ היו כי המנוח שם קץ לחייו, וזאת ככל הנראה בעקבות מצוקה נפשית שאליה נקלע בעקבות הניסיון לגייסו כמקור של מצ"ח. מחקירת היחק"פ עולה כי זימונו של המנוח למצ"ח לצורך גיוסו כמקור נעשה בהתאם להנחיות המקצועיות של מצ"ח, ובתוך כך נערכו במצ"ח בדיקות רקע רלוונטיות ונמצא כי אין תיעוד לכך שהמנוח טופל על-ידי גורמי בריאות הנפש או כי הוא סובל מקושי בהקשר זה. בהתאם להנחיות מצ"ח, המשיב 8 לא נדרש לעדכן את המשיבים 6-3 בעתירה (גורמים בכירים במרחב דרום של מצ"ח באותה העת, ובהם פרנקן; להלן יחדיו: המשיבים 3-6) על אודות זימונו של המנוח והזימון בוצע באמצעות מפקדיו של המנוח ובאישור מפקד הגדוד בכיסל"ח שבו שירת המנוח (גדוד 17), סא"ל עבדאללה פארס (להלן גם: המג"ד). עוד נמצא כי גם במסגרת תהליך הגיוס עצמו פעלו המשיבים 8 ו-9 בהתאם לנהלים הרלוונטיים, למעט העובדה שהמשיב 9 לא נכח במהלך מרבית הפגישה עם המנוח. כמו כן נקבע כי המשיב 8 נתן מענה למצוקה שהתעוררה אצל המנוח מעצם גיוסו כמקור, בכך שהודיע לו כי הקשר ביניהם ינותק לאלתר, ולא הפעיל עליו לחץ כלשהו להמשיך לשמש כמקור. עם זאת, נקבע כי המשיבים 8 ו-9 לא עמדו בחובתם לדווח על המצוקה הנפשית שבה העריכו כי המנוח היה שרוי, והסתירו את התרשמותם ממצבו הנפשי גם כאשר מפקדיהם ביקשו לקבל מידע בעניין זה בעת החיפושים אחריו.

16. חקירת היחק"פ לא העלתה ממצאים שהצביעו על אשם פלילי בהתנהלות המשיבים 3-6, ובהם פרנקן. בפרט עלה מן החקירה כי ביום 7.1.2019, יומיים טרם שזומן

המנוח לחקירה במצ"ח, קיים פרנקן שיחת תדרוך עתית לגורמי המודיעין בבסיס שעליו פיקד, כפי שנהג לקיים פעמיים בחודש. בפגישה נכחו רכזי המודיעין, ובהם המשיבים 8 ו-9, ובמסגרתה הדגיש פרנקן באופן מיוחד את החובה להעביר עדכונים בנוגע לאירועים חריגים, כגון אמירות אובדניות מצד מקור. בתדרוך ציין פרנקן כי יש לעדכן בציר הפיקודי אותו ואת קמ"ן המרחב, הממונה מקצועית על רכזי המודיעין, על כל אירוע חריג.

17. בעקבות ממצאי החקירה הועמדו המשיבים 8-9 ביום 12.9.2019 לדין פלילי בעבירות של ידיעות כוזבות לפי סעיף 108 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי); אי-קיום פקודה, לפי סעיף 123 רישא לחוק השיפוט הצבאי; והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. זאת, לאחר שהמשיבים 2-1 הגיעו למסקנה כי לא ניתן לייחס למשיבים 8-9 עבירה הנושאת עמה אחריות למותו של המנוח (להלן: עבירה תוצאתית).

18. לאחר סיום החקירה הפלילית על-ידי היחק"פ והגשת כתבי אישום כאמור, בוצעו בצה"ל מספר תחקירים נוספים שתמציתם תפורט להלן, אותם לא ניתן היה לקיים, בהתאם לנהלי הצבא, בעוד חקירת היחק"פ מתנהלת.

התחקיר הפיקודי – ביום 24.9.2019 התקיים תחקיר בראשות מפקד מצ"ח מרחב דרום (המשיב 4 בעתירה). התחקיר הפיקודי העלה, בין היתר, כי לקראת מועד שחרורו של המשיב 8 משירות סדיר בצה"ל ולאור הצטיינותו ויכולותיו האישיות, הוחלט כי הוא מתאים לשרת כנגד בתפקידי מודיעין במצ"ח, אך נקבע כי עליו לעבור הסבה על מנת לשרת בתפקיד זה משום שלא עסק בעבר בתחום המודיעין. לאחר תהליך ההסבה שארך כחודש הגיע המשיב 8 ביום 29.10.2018 לבסיס מצ"ח דרום, וקמ"ן המרחב הבהיר לו כי לגישתו חפיפה בת חודש אינה מספקת ולפיכך תהליך החניכה שלו יימשך, על מנת לבחון את יכולותיו באופן אישי וצמוד. המשיב 8 הוצמד למשיב 9, אשר היה רכז המודיעין הוותיק ביותר ביחידה באותה העת, והובהר לו כי אסור לו לגייס מקור לבדו וכי כל פעולה שיעשה חייבת להיות בליווי ובקרה של המשיב 9.

בתחקיר הודגש כי איכות עבודת המודיעין עלתה באופן משמעותי מאז שהגיע המשיב 8 לבסיס. ביום 7.1.2019 נאמר למשיב 8 שהוא בשלבי סיום החניכה וניכר כי הוא מוכן ובשל לתפקד באופן עצמאי. עוד צוין כי על פי הנהלים הרלוונטיים, המשיב 8 לא נדרש לצאת לקורס רכזי מודיעין, ונקבע שהוא יבצע מבחן הסמכה שייערך על-ידי גורם במפקדת מצ"ח. מבחן זה אכן נערך למשיב 8 כשלושה שבועות לאחר פרשת

התאבדותו של המנוח, והוא נכשל בו. כמו כן, נמצא כי המשיב 8 הזין במערכת הממוחשבת של מצ"ח את פרטי הפגישה עם המנוח, ומשם עולה כי כינוי המקור הפנימי שניתן למנוח – שלא היה חשוף לכינוי זה – היה "פחדני".

באשר לאופן גיוסו של המנוח, נמצא בתחקיר הפיקודי כי המנוח אותר כמקור בהתאם לנהלים ולאחר שנמצא כי אין לו סעיפים פוסלים בפרופיל או כאלה הדורשים אישור מיוחד (כגון סעיפים נפשיים).

19. תחקיר מפקד מצ"ח – בתחקיר שערך מפקד מצ"ח בעקבות התחקיר הפיקודי, אומצו ממצאי התחקיר הפיקודי שלפיהם הסבת המשיב 8 לתפקיד רכז מודיעין נעשתה לפי כל ההנחיות שהיו בתוקף באותה העת, ולא נמצאו הפרות אחרות של הנהלים בבסיס מצ"ח באר שבע, למעט ביחס לאירועים הנוגעים למנוח. עוד נמצא בתחקיר מפקד מצ"ח כי הטיפול בהיעדרותו של המנוח, שבו פרנקן היה מעורב באופן אישי, "נעשה באופן מקצועי ונחוש, ללא כל פערים, בכל אחד משלביו". לצד זאת, ניתנו הנחיות צופות פני עתיד שנועדו, בין היתר, להבטיח בקרה קפדנית יותר על הליכי האיתור והגיוס של מקורות מצ"ח. עוד נקבע בתחקיר מפקד מצ"ח כי "יוגדרו במפורש כללי 'אסור ומותר' בכל הנוגע לכינויי מקורות, בדגש על כינויים המשתמעים ככינויי גנאי".

בהמשך לכך, גם קצין המשטרה הצבאית הראשי קיים תחקיר, שאישר את ממצאי התחקיר הפיקודי ותחקיר מפקד מצ"ח.

20. צוות בנושא גיוס מקורות על ידי מצ"ח והפעלתם (להלן: צוות בחינת גיוס מקורות) – צוות זה הוקם על ידי הפצ"ר וראש אכ"א בחודש אוקטובר 2019. בכתב המינוי של הצוות הודגש כי הצוות "לא יבחן באופן פרטני את אירוע מותו [של המנוח], אלא יערוך בחינה כללית-מערכתית בנושא". מסקנות הצוות הצביעו על בעיות רוחביות בכל יחידות מצ"ח בכל הקשור לאיתור, לגיוס ולהפעלה של מקורות במצ"ח, להסמכת רכזי מודיעין ולבקרת מפקדי היחידות על עבודתם. בעקבות ההמלצות שונו ההנחיות בנושאים אלה.

21. תחקיר מפקדת זרוע יבשה (להלן: תחקיר מז"י) – תחקיר זה עסק בתפקוד יחידת ההכשרה שבה שירת המנוח בזמן האירועים (ביסל"ח). התחקיר מצא ליקויים שונים

בהתנהלות מפקדיו הישירים של המנוח בביסל"ח – שאינם בעלי דין בהליכים שלפנינו – והם ננזפו פיקודית.

22. כפי שיפורט בהרחבה להלן, כ-16 חודשים לאחר האירוע נקטו רשויות הצבא בצעדים פיקודיים נגד רס"ן גלעד פרנקן, אשר בזמן האירוע שימש, כאמור, מפקד בסיס מצ"ח שבו שירתו רכזי המודיעין. עיקרם – החלטת ראש אכ"א מיום 25.5.2020, אשר פורטה במסמך שכותרתו "כתב הדחה", ולפיה פרנקן יודח מכל תפקיד פיקודי ומכל תפקיד במצ"ח לפרק זמן בלתי-מוגבל וקידומו יעוכב למשך 6 שנים, בשל מעורבותו באירוע מותו של המנוח (להלן: החלטת ההדחה). ערעור שהגיש פרנקן לרמטכ"ל על החלטה זו נדחה ביום 23.7.2020.

ההליכים שלפנינו

23. ההליכים שלפנינו נוגעים להחלטות שהתקבלו בצבא ביחס למשיבים 8 ו-9 וביחס לפרנקן. העתירה בבג"ץ 6745/19 מתמקדת, כאמור, בעניינם של המשיבים 8 ו-9, ובה מבקשים הוריו של המנוח שלא להסתפק בהעמדתם לדין בעבירות שיוחסו להם, ולהורות לפצ"ר להעמיד את שני הרכזים לדין בעבירה תוצאתית המייחסת להם אחריות למותו של המנוח. הערעור בעע"מ 1534/21 נוגע להחלטת ההדחה של פרנקן, ובו מבקש הצבא להשיב על כנם את הצעדים הפיקודיים שננקטו כלפי פרנקן, אשר, כפי שיפורט להלן, בוטלו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים.

הדיון בעתירה ובערעור התקיים במאוחד ביום 14.12.2021. לאחר שנשמעו טענות הצדדים המלצנו לעותרים לחזור בהם מן העתירה, וכך המלצנו לצדדים בערעור להסכים כי פרנקן יינזף נזיפה פיקודית תחת ההחלטה שאותה מבקש הצבא להחזיר על כנה. ביום 29.12.2021 הודיענו הרמטכ"ל כי הצעתנו אינה מקובלת עליו וביקש כי יינתן פסק דין בערעור. כמו כן הודיעונו העותרים ביום 30.12.2021 כי הם מבקשים שיינתן פסק דין בנוגע לבקשתם לייחס לרכזי המודיעין עבירה תוצאתית.

הדיון המשפטי בכל אחד משני ההליכים ייערך בפרק נפרד ובו תפורט השתלשלות העניינים בכל הליך, תוצג תמצית טענותיהם של הצדדים, וההכרעה בטענות אלה.

24. העותרים הגישו את העתירה דנן ביום 15.10.2019. לאחר שהוגשו תגובות מקדמיות מטעם הצבא ומטעם רכזי המודיעין – בהן צוין, בין היתר, כי אין כוונה להעמיד לדין פלילי גורמים נוספים – הגישו העותרים ביום 3.6.2020 עתירה מתוקנת שכללה מספר סעדים. אך לאחר הדיון בעתירה שהתקיים, כאמור, ביום 14.12.2021, הודיעו העותרים כי הם עומדים על סעד אחד בלבד מעתירתם והוא – תיקון כתב האישום נגד רכזי המודיעין באופן ש"ישקף את מעשיהם ומחדליהם החמורים, העולים גם מכתבי האישום עצמם, וייחס להם אחריות למותו של ניב ז"ל".

25. בהודעה מעדכנת מיום 21.10.2020 שהגישו המשיבים 1-2 צויין כי ביום 10.9.2020, סמוך לאחר הגשת התגובה המקדמית מטעמם, מסרו להם העותרים חומרים שלא היו מצויים בידם עד אותו המועד, וביקשו שהות לצורך ביצוע השלמות חקירה. ביום 5.4.2021 הגישו המשיבים 1-2 הודעה מעדכנת נוספת בה ציינו כי החומרים אשר הועברו לידיהם כללו שלוש הקלטות שמע: הקלטה מיום 5.3.2020 של שיחה בין העותר 1, אביו של המנוח, למפקד הגדוד שבו שירת המנוח, ובה נשמע המג"ד אומר כי זימן למשרדו את פרנקן ואת המשיב 8 חודש וחצי לפני הניסיון לגייס את המנוח, שם נזף בהם והזהיר אותם בנוגע להתנהלותו של המשיב 8; הקלטה של שיחה מיום 23.2.2019 בין העותר 1 ובין חייל בשם ר' ד', אשר טען כי המשיב 8 ניסה לגייס אותו כמקור והפעיל עליו לחצים כבדים ומניפולציות; והקלטה נוספת של שיחה בין העותר 1 ובין המג"ד, שהתקיימה חמישה ימים לאחר השיחה הראשונה אך נמסרה לידי המשיבים רק ביום 22.11.2020 ולאחר שנגבתה עדות נוספת ממפקד הגדוד שבו שירת המנוח, ובה ציין המג"ד שמצ"ח ניסו לגייס חייל מהגדוד באמצעות איומים, כי אותו חייל חזר "במצב קשה" וכי בעקבות כך התקשר לפרנקן והודיע לו כי "אין לכם דיבור איתי, לא יוצאים מכאן חיילים אליכם יותר, זהו מבחינתי".

בעקבות קבלת חומרים אלה החליטו המשיבים 1-2 לבצע השלמת חקירה: נגבו עדויות ממספר גורמים ביחידות הרלוונטיות ובהם החייל ר' ד' שטען כי המשיב 8 ניסה לגייסו תוך הפעלת לחצים כבדים ומניפולציות, וחייל נוסף אשר העיד אף הוא כי המשיב 8 ניסה לגייס אותו כמקור באיומים ומניפולציות; נגבו שתי עדויות נוספות מהמג"ד עצמו; פרנקן והמשיב 8 נחקרו באזהרה; ונערך עימות בין פרנקן ובין המג"ד.

26. המשיבים 1-2 ציינו כי "לאחר בחינת התמונה הראייתית במלואה, עמדת המשיבים היא כי לא ניתן לקבוע ברף הנדרש במשפט פלילי כי המג"ד הביא לידיעת פרנקן מידע בדבר התנהלות פסולה או בלתי ראויה של רכזי המודיעין ביחידתו [...]

גרסאותיו של מפקד הגדוד הן בעלות אופי מתפתח, והן אינן עקביות בסוגיות המצויות בליבת העניין", זאת בפרט ביחס לשאלות מי יזם את השיח, מועדו ותוכנו. פרנקן הכחיש מכל וכל כי המג"ד הזהיר אותו בנוגע להתנהלות פסולה של רכז מודיעין. לטענתו, נערכו עם המג"ד שתי פגישות – בחודש אוגוסט ובחודש דצמבר – במטרה להעמיק את שיתוף הפעולה בין מצ"ח והמג"ד, וסוכם להמשיך בשיתוף הפעולה באווירה טובה וכן נערכו מספר שיחות טלפון שגרתיות שבהן לא הביע המג"ד הסתייגות כלשהי מפעילות אנשי המודיעין.

באשר למשיב 8, סברו המשיבים 1-2 כי הראיות שנאספו בהשלמת החקירה ביחס להתנהלותו בפגישות עם שני חיילים אחרים, אינן יכולות ללמד על מהלך הפגישה עם המנוח באופן שיאפשר להוכיח ברף הנדרש במשפט פלילי כי המשיב 8 הפעיל על המנוח לחץ חריג או פסול.

טענות הצדדים בעתירה

27. כתבי הטענות של הצדדים מקיפים, במצטבר, מאות רבות של עמודים, שאת כולם קראנו בעיון. לצורך ההכרעה בסוגיות שנותרו במחלוקת בין הצדדים אציג להלן בתמצית את עיקרי הדברים בלבד.

28. העותרים טוענים כי עובדות כתב האישום והראיות שנאספו מצביעות על קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי, בין התנהלות המשיבים 8 ו-9 ובין מותו של המנוח. לגישת העותרים, מרחב שיקול הדעת המוקנה לפצ"ר בהחלטה להעמיד לדין אינו מוחלט, ובמקרה דנן קיים חוסר התאמה של ממש בין פרטי העבירות העולים מהתשתית העובדתית שבכתב האישום ובין סעיפי האישום. בהתאם לכך, לשיטת העותרים, יש לקבוע כי התקיים לגבי המשיבים 8 ו-9 היסוד העובדתי והנפשי הדרוש להעמדתם לדין בעבירה תוצאתית של המתה בקלות דעת (לפי סעיף 301 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; להלן: חוק העונשין) או גרימת מוות ברשלנות (לפי סעיף 304 לחוק העונשין).

29. המשיבים 1-2 טוענים בתגובה כי ממצאי חקירת היחק"פ נבחנו על-ידי הגורמים הבכירים ביותר במערכת אכיפת החוק בצה"ל, וכי נערכו ישיבות רבות שבהן נבחנו שאלות עובדתיות ומשפטיות ביחס לתיק החקירה. לטענתם, במסגרת זו נבחנה האפשרות להעמיד לדין את רכזי המודיעין בגין אחריות למותו של המנוח, אולם לאחר בחינת הראיות ומכלול נסיבות העניין, דעת כל הגורמים הרלוונטיים הייתה כי אין סיכוי סביר להרשעתם בעבירה תוצאתית, שכן לא ניתן לבסס ברף הנדרש במשפט הפלילי קשר סיבתי

בין אי-הדיווח של רכזי המודיעין למפקדיהם על מצוקתו הנפשית של המנוח, ובין המעשה האובדני. עוד טוענים המשיבים 1-2 כי הליך החקירה התנהל על בסיס שיקולים ענייניים בלבד וכי לא נפלו בו כשלים המצדיקים התערבות שיפוטית.

המשיבים 8-9 סבורים כי דין העתירה להידחות והם מצטרפים, בעיקרו של דבר, לטענות המשיבים 1-2 כי אין בסיס לייחס להם עבירה תוצאתית.

דיון והכרעה – בג"ץ 6745/19

30. נקודת המוצא לדיון היא הכלל לפיו בית המשפט הגבוה לצדק אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות גורמי התביעה בכלל, ומערכת התביעה הצבאית בפרט, ואינו ממיר את שיקול דעתם בשיקול דעתו שלו ככל הנוגע להעמדה לדין (בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל, פסקה 16 (23.2.2006)). בהקשר זה נפסק בעבר כי בית משפט זה יתערב בהחלטת הפצ"ר רק בנסיבות קיצוניות "שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו" (בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 154, 155 (1988) (להלן: עניין פוקס); וכן ראו, מני רבים: בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 727 (1989); בג"ץ 10682/06 אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 5 (18.6.2007)). עם המצבים החריגים שעשויים להקים עילה להתערבות בהחלטת הפצ"ר, נמנים מצבים שבהם ההחלטה התקבלה שלא ביושר או שלא בתום לב; ממניעים נפסדים ולא טהורים; בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; או בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995)).

אקדים ואומר כי לא מצאתי שבמקרה דנן ההחלטה שלא לייחס לרכזי המודיעין עבירה תוצאתית, נגועה בפגם מן הסוג המצדיק את התערבותנו בהחלטה זו.

31. מן המכלול העובדתי שהוצג עולה כי הצבא ניהל חקירה מקיפה בדבר הנסיבות שהובילו למותו הטרגי של המנוח. בשל מעורבותה של המשטרה הצבאית בפרשייה, הוטלה משימת החקירה על יחידה חוקרת עצמאית – היחק"פ – והגורמים הבכירים ביותר מקרב התביעה הצבאית, והפצ"ר בראשם, נדרשו לממצאי החקירה וקיימו מספר דיונים בנושא. לאחר שהעותרים הציגו בפני רשויות הצבא את ההקלטות של שיחות העותר 1 עם המג"ד ואת עדותו של ר' ד', בוצעה השלמת חקירה יסודית אשר כללה חקירה באזהרה של פרנקן ושל המשיב 8 וגביית עדות משורה של גורמים נוספים, ובראשם המג"ד. האחרון אף נקרא להעיד פעמיים נוספות (שלוש פעמים בסך הכל)

ובהמשך ערכו הרשויות החוקרות עימות בינו ובין פרנקן. לאחר שנאספו כל הנתונים, הגיע הפצ"ר למסקנה כי לא ניתן לייחס למשיבים 8 ו-9 עבירה תוצאתית. בהינתן כל זאת, לא מצאתי עיגון לטענה מרחיקת-הלכת שהעלו העותרים כי התביעה הצבאית "מתקשה לפעול בענייניות המתחייבת מול גורמי מצ"ח".

32. העותרים מוסיפים וטוענים לקיומם של פגמים שונים בחקירה, כגון אי-ביצוע נתיחה לגופתו של המנוח – כך שלא ניתן היה לקבוע את הזמן המדויק של המוות – וזאת מבלי שהוסברה להם בזמן אמת משמעות הדבר; משך הזמן שנדרש לגורמי הצבא לפרוץ את הטלפון של המנוח לצורך חקירת מותו; משך הזמן שנדרש לגורמי הצבא עד שחקרו את המשיבים 8 ו-9 בעקבות איתור גופת המנוח (כשלושה שבועות); ומעורבותה של חוקרת יחק"פ בחקירה, אף ששירתה בתפקידה הקודם בבסיס מצ"ח באר שבע. גורמי הצבא טענו בתשובה כי הערכת מועד המוות יכולה להתבצע רק על-ידי רופא משפטי, שאינו מזומן לזירת מוות אם לא עולה חשד לעבירה פלילית בזירה ובמקרה דנן, ממצאי הזירה הצביעו ברמת סבירות גבוהה על כך שהמוות נגרם כתוצאה מירי עצמי. כמו כן, הוסבר כי פרק הזמן שנדרש לקבלת גישה לטלפון של המנוח נבע מקשיים טכניים; כי המשיבים 8 ו-9 זומנו לחקירה כשלושה שבועות לאחר מות המנוח, וזאת בעקבות חילוץ מידע מהטלפונים הניידים שלהם, שעיבודו הוביל להבהרת התמונה העובדתית ולהתעוררות חשדות פליליים כלפיהם; וכי בחקירה אכן הייתה מעורבת קצינת יחק"פ ששירתה בתפקידה הקודם בבסיס מצ"ח באר שבע, אך מטעם זה היא נמנעה מגביית עדויות מגורמי מצ"ח.

אפילו אניח לצורך הדיון כי ניתן היה להתנהל אחרת ביחס להיבטים מסוימים של החקירה, איני סבורה כי יש בכך כדי לשנות מן המסקנה לפיה החלטת הפצ"ר התקבלה לאחר חקירה אינטנסיבית ומקיפה, שהתייחסה בכובד הראש וברצינות הנדרשת לאירועים שהובילו למותו של המנוח (אשר למשקל שיש לייחס בהקשר זה לשאלה אם החקירה שנערכה הייתה מקיפה, ראו והשוו: בג"ץ 5904/20 מנאצרה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 12 (23.11.2020); בג"ץ 1782/19 כוסבה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 לחוות דעתי (3.9.2020)).

33. בנוסף, והוא העיקר – החלטת הפצ"ר שעליה מלינים העותרים היא החלטה הנוגעת לדיות הראיות, וכפי שנפסק לא אחת, החלטות הנוגעות לדיות הראיות – להבדיל מהחלטות הנוגעות לשאלת העניין הציבורי שבהעמדה לדין – מצויות בליבת סמכותו המקצועית של הפצ"ר. לעניין זה נקבע בבג"ץ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 949 (2002) כי:

”שיקול-הדעת של רשויות התביעה רחב במיוחד מקום שבו ההחלטה מתייחסת לשאלות הקשורות בתשתית הראייתית, כגון ההחלטה אם יש בעניין פלוני די ראיות לצורך העמדה לדין, או אם לבטל כתב-אישום שהוגש נגד פלוני נוכח הערכה מחודשת של מצב הראיות בתיק [...]”. החלטות מעין אלו מצויות ‘בגרעין הקשה’ של סמכות העומד בראש מערכת התביעה, הצבאית או האזרחית, ובית-המשפט יימנע בדרך-כלל מלהתערב בהן” (בעמ’ 958).

34. בהקשר זה ייאמר כי על מנת לייחס לנאשם עבירה תוצאתית של גרימת מוות (המתה בקלות דעת או גרימת מוות ברשלנות, בהתאם להוראות חוק העונשין), על התביעה להוכיח – ברף הנדרש במשפט הפלילי – את היסודות העיקריים הבאים: ראשית, יש להוכיח את התקיימות רכיבי היסוד העובדתי – מעשה או מחדל; שנית, יש להוכיח את התקיימותה של תוצאה קטלנית; ושלישית, יש להוכיח קשר סיבתי – עובדתי ומשפטי – בין המעשה או המחדל ובין המוות. כמו כן על התביעה להוכיח את היסוד הנפשי הנדרש לעבירה הרלוונטית – ובענייננו, קלות דעת או רשלנות, שהמשותף להם הוא נטילת סיכון בלתי סביר להתקיימות התוצאה הקטלנית (בהקשר זה ראו סעיפים 21(א)(2) ו-20(א)(2)(ב) לחוק העונשין; וכן ראו, מני רבים: ע”פ 3891/19 זוארן נ’ מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ג’ קרא (5.4.2020); ע”פ 10152/17 מדינת ישראל נ’ ח’טיב, פסקה 14 (10.5.2018); ע”פ 2566/14 גלפונד נ’ מדינת ישראל, פסקאות 44-45 (17.2.2016)).

35. העותרים טוענים, כאמור, שדי בעובדות כפי שתוארו בכתב האישום שהוגש נגד המשיבים 8 ו-9, כדי לעמוד בתנאי עבירות התוצאה. בפרט, מפנים העותרים לשיחות שניהל המנוח עם המשיב 8, מהן עולה כי הוא נותר במצוקה גם לאחר שהובהר לו שהוא פטור מלשמש כמקור; להתכתבויות שניהלו רכזי המודיעין, בהן ציין המשיב 8 כי המנוח “שוקל להתאבד”; ולהתכתבויות מליל החיפושים אחר המנוח, שבהן המשיבים 8 ו-9 היכו על חטא שלא דיווחו כי הוא שוקל להתאבד.

הצבא, מצידו, אינו חולק על קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין מכלול האירועים במצ”ח ובין התאבדותו של המנוח, במובן זה שלולא זומן המנוח לחקירת מצ”ח – על כל השתלשלות העניינים הטרגית שנבעה מכך – יש להניח כעניין שבעובדה כי הוא לא היה נוטל את חייו בידיו. אלא שלגישת הצבא אין די בכך כדי לבסס סיכוי סביר להרשעת המשיבים 8 ו-9 בעבירה תוצאתית. זאת, שכן לשם ביסוס קשר סיבתי עובדתי ברף הדרוש לשם הגשת כתב אישום, יש להצביע על מעשים או מחדלים קונקרטיים, אשר אלמלא

אירעו ניתן היה לקבוע – ברף הנדרש בהליך הפלילי – שהמנוח לא היה שולח יד בנפשו (לעניין דרישת הקשר הסיבתי העובדתי בפלילים, ראו, מני רבים: ע"פ 6415/11 פולוחין נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (24.12.2012); ע"פ 3680/17 נדב נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (7.6.2018)). לטענת הפצ"ר, בענייננו התמונה המצטיירת מחומר הראיות שנאסף היא מורכבת ויש קושי לבסס קשר עובדתי מספק בין הימנעותם של רכזי המודיעין מדיווח על מצוקתו של המנוח ובין התאבדותו הטרגית. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שעל פי האמור בכתב האישום, רכזי המודיעין נקטו בזמן אמת צעדים שנועדו לתת מענה למצוקה שזוהתה, והמשיב 8 הודיע למנוח מיד כי הוא משוחרר מלהיות מקור מודיעיני. מחומר הראיות שהועמד לעיוננו אף מתקבל רושם לכאורי שהמענה שנתנו המשיבים 8 ו-9 אכן שיפר את מצבו הנפשי של המנוח, שכן חברו ג' א' דיווח שמצבו הוטב לאחר ששוחח עם המשיב 8 וגם מפקדיו שפגשו בו בהמשך אותו היום, לא זיהו אצלו סימני מצוקה.

משכך, דומה כי יש בסיס לקביעת הפצ"ר לפיה גם אם היו המשיבים 8 ו-9 מדווחים על התרשמותם בדבר מצבו הנפשי של המנוח בהתאם לפקודת מטכ"ל 33.0219 "טיפול בחייל הנמצא במצוקה נפשית", ומפקדיו היו עורכים לו ראיון בהתאם להוראות הפקודה (סעיף 7 לפקודה) – ייתכן שהראיון לא היה מציף את המצוקה שחש המנוח, ולא היה מביאם להחלטה לקחת ממנו את נשקו, כפי שהיה עליהם לעשות לו התרשמו כי יש חשש שהמנוח יפגע בעצמו. לאחר בדיקה מקיפה וחקירה משלימה, הפצ"ר אף סבר כי הטענות בדבר לחץ חריג או פסול שהפעיל המשיב 8 על המנוח נעדרות ביסוס מספק לשם הסתמכות עליהן בהליך הפלילי. בנסיבות אלה, מצא הפצ"ר כי התשתית הראייתית הקיימת אינה מאפשרת לו לקבוע כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין היעד הדיווח בדבר מצבו הנפשי של המנוח על ידי המשיבים 8 ו-9 ובין התוצאה הטרגית.

בהינתן הנימוקים המפורטים שהובאו בהקשר זה בהחלטת הפצ"ר, אני סבורה כי לא ניתן לומר שמסקנתו ביחס ליסוד הקשר הסיבתי-העובדתי בין התנהלות המשיבים 8 ו-9 ובין מותו של המנוח היא בלתי-סבירה במידה קיצונית עד כי יש הצדקה להתערבותנו בה.

36. הוא הדין ביחס להוכחת קיומו של קשר סיבתי משפטי ברף הנדרש. לצורך הוכחת קשר סיבתי משפטי יש להראות, ככלל, כי הנאשם צפה את אפשרות גרימת התוצאה בפועל, וכן כי היה עליו לצפות אותה מבחינת שיקולי מדיניות משפטית (ראו, למשל: ע"פ 6026/11 טמטאורי נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (24.8.2015); ע"פ 8483/16 ועדיה נ' מדינת ישראל, פסקה 79 (25.10.2018)). לכך יש להוסיף כי לעתים נמצא שחרף מעשה שבצדו צפיות להוביל לתוצאה הקטלנית, הקשר הסיבתי המשפטי מתנתק בעקבות

התנהגות של גורם אחר ("גורם זר מתערב"), אשר יצרה אף היא סיכון להתרחשות התוצאה הקטלנית, ושאותה הנאשם לא צפה ולא יכול היה לצפות (וראו: דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (15.4.2015); יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 504-469 (2020)).

37. העותרים תומכים יתדותיהם, בעיקרו של דבר, בהתבטאויותיו של המשיב 8 בפני המשיב 9 בנוגע לחשש כי המנוח יתאבד, ובהמשך, בנוגע לחשש כי נטל את חייו בפועל. מכאן מבקשים העותרים להסיק כי גם לאחר שהמשיב 8 הודיע למנוח שלא ישמש כמקור, המשיכו המשיבים 8 ו-9 לצפות את האפשרות כי ייטול את חייו. דא עקא, שלצד התבטאויות אלה ניתן לכאורה להצביע על התבטאויות אחרות, המחזקות את האפשרות שהמשיבים 8 ו-9 לא צפו בזמן אמת כי המנוח ייטול את חייו. כך, במהלך התכתבותם בליל החיפושים אחר המנוח, ובמענה לשאלת המשיב 9 "הוא מסוגל להתאבד?" השיב המשיב 8 "אני לא חשבתי, באמת יעני [...] גם אמרתי לו הכל טוב, ישר, נפטיק לעבוד [...] היה נראה בן אדם שקול" (ההדגשות הוספו). כלומר – השיחות שעליהן מבססים העותרים את טענותיהם כוללות גם ראיות המצביעות, לכאורה, על כך שרכזי המודיעין סברו כי הוסר החשש שהמנוח יפגע בעצמו, ולא צפו כי ישלח יד בנפשו.

זאת ועוד: אפילו ניתן היה ללמוד מן השיחות הנ"ל על קשר סיבתי משפטי, דומה כי יש לכאורה בסיס לטענה שקשר זה נותק עקב אירועים נוספים שאותם המשיבים 8 ו-9 לא צפו ואף לא יכולים היו לצפות (ראו למשל ע"פ 149/15 מורה נ' מדינת ישראל, פסקאות 36-39 (22.11.2016)). כך, על פני הדברים, המשיב 8 לא יכול היה לצפות כי המנוח יספר לאחד מחבריו ליחידה (מ' ב') שמסר את שמו למצ"ח, או את התגובה של מ' ב' אשר גרמה, לכאורה, לסערת רגשות מחודשת אצל המנוח. למעשה, מחומר הראיות שהוצג לנו עולה לכאורה כי המשיב 8 אף ביקש מהמנוח מספר פעמים שלא ליידע גורם אחר כלשהו על תוכן השיחות ביניהם. כמו כן, יש לייחס בהקשר זה משקל לעובדה שמפקדיו של המנוח הבחינו לכאורה בהיעדרותו רק שעות ארוכות לאחר שלא שב לתורנות המטבח; וכן לכשלים שונים שהתגלו בשמירה על נשקי הלוחמים, שאפשרו למנוח לקחת את נשקו תוך כדי תורנות מטבח מבלי שהתעורר כל חשד. כל אלה הן התרחשויות מצערות ביותר, אשר דומה כי השפיעו בזמן אמת על יכולתו של המנוח לבצע את המעשה האובדני, וייתכן כי אלמלא כן הייתה נמנעת התוצאה הטרגית.

לפיכך, אני סבורה כי גם מסקנתו של הפצ"ר בדבר הקשיים במישור הקשר הסיבתי המשפטי – מבוססת על חומר הראיות ועל הסטנדרטים המשפטיים הנהוגים עמנו, ולא נמצא בה פגם המצדיק את התערבותנו.

38. סיכומם של דברים – כאבם וזעקתם של העותרים המבקשים להפוך כל אבן על מנת להבטיח שחקירת מותו של בנם ז"ל תמוצה עד תום – מובנים ולכנו איתם. עם זאת, וכפי שציינתי לעיל, שיקול הדעת להעריך את דיות הראיות לצורך הגשת כתב אישום וקביעת העבירות שבגינן קיים סיכוי סביר להרשעה – כל אלה מסורים לסמכותו של הפצ"ר. בענייננו, גורמים רבים מטעם הפצ"ר, והפצ"ר עצמו, בחנו את הראיות שנאספו בחקירה יסודית ומקיפה שנערכה, וקיימו בנושא דיונים ממצים. הם עדכנו את העותרים בממצאי החקירה ושמעו את עמדתם טרם קבלת ההחלטה. בסופו של יום, מסקנתו של הפצ"ר על בסיס מכלול הראיות – אלו שבהן התמקדו העותרים וראיות רבות אחרות – הייתה כי חומר הראיות אינו מספיק לשם ייחוס עבירה תוצאתית למשיבים 8 ו-9. משאלה הם פני הדברים, ומשלא נמצא בהקשר זה כי "גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו" (כאמור בעניין פוקס) – הרי שגם אם ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת בהתבסס על חומר הראיות הלכאורי שהוצג, בית משפט זה לא ימיר את שיקול דעתו של הפצ"ר בשיקול דעתו שלו.

לפיכך, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה ללא צו להוצאות.

ענ"מ 1534/21

ההחלטה בענייננו של פרנקן

39. כפי שצוין לעיל, בעת התרחשותו של האירוע הטרגי היה פרנקן מפקד מצ"ח באר שבע. טרם האירוע הטרגי, ואף לאחריו, זכה פרנקן להערכה רבה בצה"ל על תפקודו כקצין וכמפקד ואף הוענקו לו תעודות הערכה והצטיינות במהלך השנים. חקירת היחק"פ והתחקירים הפיקודיים שנערכו לאחר האירוע, לא מצאו דופי בהתנהלותו של פרנקן בכל הנוגע למותו של המנוח וחלקו לו שבחים על תפקודו בליל החיפושים. בחודש ספטמבר 2019, כשמונה חודשים לאחר האירוע, קודם פרנקן לתפקיד סגן מפקד מרחב דרום ומפקד הימ"ר – תפקיד שניתן, ככלל, לקראת קידום לדרגת סא"ל. בחודש ינואר 2020 נבחרה ימ"ר דרום, בפיקודו של פרנקן, כיחידה מצטיינת חילית; וביום 19.5.2020 דורג פרנקן במיקום הגבוה ביותר בדירוג החיילי של המשטרה הצבאית (דירוג א' – אופק רחוק).

40. בחודש אוקטובר 2019 הוגשה עתירתם של הורי המנוח. בסמוך לכך, החליט קצין משטרה צבאית ראשי לשלוח את פרנקן למרכז הערכה לתפקיד סא"ל. היציאה

למרכז ההערכה דורשת את אישור ראש אכ"א, והבקשה בעניין זה הובאה לפניו בחודש דצמבר 2019. על רקע פרשת התאבדותו של המנוח, עיכב ראש אכ"א דאז (אלוף מוטי אלמוז) את אישור הבקשה.

41. ביום 13.5.2020, כ-16 חודשים לאחר האירוע, זומן פרנקן לשיחה עם ראש אכ"א, מבלי שנמסרו לו פרטים על אודות מטרת השיחה. בפגישה שהתקיימה כבר למחרת היום (14.5.2020), נמסר לפרנקן כי בעקבות אחריותו למותו של המנוח, ראש אכ"א שוקל להדיח אותו משירות בצבא או "לקבוע קביעות" לגבי קידומו (ראו בהקשר זה פסקה 40 לפסק הדין נושא הערעור). ראש אכ"א סיכם את הפגישה באומרו כי בכוונתו לחשוב עד ליום 18.5.2020 באיזה צעד לנקוט כלפי פרנקן, אך בכל מקרה יינקט כלפיו צעד חמור. לאחר הפגישה פנה פרנקן לסנגוריה הצבאית לצורך קבלת ייצוג משפטי, וביום 17.5.2020 פנה בא-כוחו במכתב לראש אכ"א, שבו העלה טענות שונות לגבי ההודעה, אשר לטענת פרנקן ובא-כוחו ניתנה "בבהילות". עוד נטען במכתב כי לא נמצא כשל בתפקודו של פרנקן באירוע הטרגי וכי לא הובהר מהי התשתית העובדתית החדשה שעליה מבוססת הודעה זו.

42. בעקבות אותה הפנייה עוכבה החלטת ראש אכ"א, וביום 20.5.2020 הודיע היועץ המשפטי של אכ"א לבא-כוחו של פרנקן כי הפגישה היוותה רק "שיח מפקדים מקדים" וכי נקיטת צעדים פיקודיים תהיה לפי פקודות הצבא. ביום 21.5.2020 פנה בא-כוחו של פרנקן לראש אכ"א במכתב נוסף שבו שטח את תמצית טענותיו של פרנקן ביחס לקביעה כי נפלו פגמים בהתנהלותו, וביום 24.5.2020 נמסר לפרנקן מכתב מטעם ראש אכ"א שכותרתו: "זימון לשימוע – הליך הדחה". במכתב צוין כי ראש אכ"א שוקל להדיח את פרנקן ולקבוע קביעות לגבי המשך קידומו בצה"ל, נוכח מעורבותו באירוע מותו של המנוח והתרשמות ראש אכ"א כי "לא מימשת את אחריותך הפיקודית הבסיסית ואף רחוק מכך".

43. השימוע נקבע ליום 25.5.2020, ומיד לאחריו חתם ראש אכ"א על מסמך שכותרתו "כתב הדחה", ובו פורטה החלטתו לפיה פרנקן יודח מכל תפקיד פיקודי ומכל תפקיד במצ"ח לפרק זמן בלתי-מוגבל וכן כי קידומו יעוכב למשך 6 שנים (להלן: החלטת ההדחה). זאת, מכוח פרק ב' לנוהל 3.0226 שכותרתו "השעיה והדחה" (להלן: נוהל ההדחה). בהחלטת ההדחה קבע ראש אכ"א כי "התנהגותו של [פרנקן] מהווה: חריגה מאמות המידה הנדרשות מחייל בדרגתו או במעמדו בצבא, או שיש בה משום סטייה בולטת מהנדרש מחייל במילוי תפקידו, פגיעה בטוהר המידות או בערכי צה"ל". ראש אכ"א נימק את החלטתו כך:

"לאור נסיבות מעורבות [פרנקן] באירוע מותו של [המנוח], מצאתי כי [פרנקן] לא מימש את אחריותו הפיקודית בהליכי פיקוח ובקרה נאותים, ותחת אחריותו הפיקודית הופרו נהלים מחייבים ביחידה באווירה שאפשרה לתקלה כה חמורה לצמוח ביחידה שהיא תחת פיקודו [הישיר] [...] מצאתי כי [פרנקן] סטה בהתנהגותו סטייה בולטת מהנדרש מקצין במילוי תפקידו וכי התנהגותו חורגת מאמות המידה הנדרשות מקצין בדרגתו ובמעמדו, וכי יש בה משום פגיעה בטוהר המידות ובערכי צה"ל".

44. כבר באותו היום הוציא דובר צה"ל הודעה שבה צוין, בין היתר, כי ממצאי התחקירים בעניין מותו של המנוח הוצגו לרמטכ"ל, וכי הלה "קיבל באופן מלא את כלל הלקחים, המסקנות וההמלצות שהוצגו על ידי ראש אגף הכוח האדם [...] כמו כן, הרמטכ"ל אישר צעדים פיקודיים עליהם המליץ ראש אגף כוח האדם, להלן פירוט הצעדים הפיקודיים: מפקד מצ"ח באר שבע (הקודם), קצין בדרגת רב-סרן, הודח מיחידת מצ"ח, לא ישרת בתפקידי פיקוד וקידומו יעוכב למשך שש שנים. זאת בגין אחריותו הפיקודית לאירועים" (להלן: הודעת דובר צה"ל). עוד אישר הרמטכ"ל נזיפה פיקודית למפקד מרחב דרום במצ"ח (קצין בדרגת סגן אלוף) ולשרשרת הפיקוד בביסל"ח (מפקד החטיבה, מפקד הגדוד ומפקד הפלוגה).

45. ביום 26.5.2020, למחרת החלטת ההדחה והודעת דובר צה"ל, ביקש בא-כוחו של פרנקן הנמקה והבהרות מראש אכ"א במספר סוגיות, לרבות באשר למסמכים שעמדו בפני ראש אכ"א בעת שקיבל את החלטת ההדחה, ובאיזה מובן פגע פרנקן "בטוהר המידות" וב"ערכי צה"ל". ביום 3.6.2020 השיב ראש אכ"א כי מצא שמתקיימות עילות ההדחה הקבועות בנוהל ההדחה, אך לא נמצא שפרנקן פגע ב"טוהר המידות" אלא ב"ערכי הצבא" (להלן: מכתב ההבהרה). עוד צוין כי ראש אכ"א מצא שביחידה שעליה פיקד פרנקן "התקיימו נורמות פסולות", ובהקשר זה ציין ראש אכ"א את הכינוי הבלתי הולם שנתנו רכזי המודיעין למנוח.

46. ביום 9.6.2020 ערער פרנקן לרמטכ"ל על החלטת ראש אכ"א, וזאת מכוח סעיף 58 לנוהל ההדחה, המאפשר לחייל שהוחלט להדיחו לערער על ההחלטה בפני מפקדו של המפקד המוסמך להדיחו (להלן: הערעור לרמטכ"ל). כטענת סף טען פרנקן כי הרמטכ"ל מנוע, ולו בשל מראית פני הצדק, מלדון בערעור על החלטת ההדחה. זאת כיוון שכבר אישר אותה ללא כל הסתייגות עוד לפני הגשת הערעור, כעולה מהודעת דובר צה"ל מיום 25.5.2020. על כן, ביקש פרנקן שעניינו יידון בפני רמטכ"ל בדימוס. עוד

העלה פרנקן בערעוורו השגות על החלטת ההדחה לגופה, ובין היתר טען כי ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית ואינה עולה בקנה אחד עם ממצאי התחקירים וממצאי צוות בדיקת גיוס מקורות.

למחרת, יום 10.6.2020, נשלח לפרנקן מכתב מטעם הרמטכ"ל שבו נדחתה בקשתו כי הערעור יידון בפני רמטכ"ל בדימוס, וצוין כי הרמטכ"ל אישר באופן עקרוני את הצעדים שבהם התכוון ראש אכ"א לנקוט, אך כי "ככל ש[פרנקן] יבחר לערער לרמטכ"ל, כלל טענותיו הסדורות ומכלול הנסיבות של האירוע ייבחנו על-ידי הרמטכ"ל באופן ענייני ופרטני".

47. ביום 23.7.2020 דחה הרמטכ"ל את הערעור (להלן: החלטת הרמטכ"ל). בפתח הדברים חזר הרמטכ"ל על קביעתו כי ה"אישור העקרוני" שנתן "לנקיטת הצעד הפיקודי" בעניינו של פרנקן אין בו כדי לפסול אותו מלדון בערעור, והוסיף כי בחן את טענותיו של פרנקן "בכובד ראש, בלב פתוח ובנפש חפצה", טרם שדחה את הערעור. לגופם של דברים קבע הרמטכ"ל, בין היתר, כי לא ניתן להתעלם מאחריותו של פרנקן "ביחס להפרת הנהלים בבסיס מצ"ח עליו פיקד, ולאווירה שנוצרה ביחידה שתחת פיקודו ואשר אפשרה את התקלות אשר בוצעו על ידי רכזי המודיעין". עוד דחה הרמטכ"ל את טענת פרנקן לפגמים בהחלטת ההדחה, בקבעו כי ממצאי הבדיקות "הצביעו על מספר תקלות ושגיאות שאירעו בבסיס מצ"ח ב"ש, אשר החמורה שבהן היא אופן התנהלות רכזי המודיעין ששרתו תחת פיקודו של [פרנקן]". הרמטכ"ל הוסיף כי "כמי ששירת כמפקד הבסיס בו פעלו הרכזים והיה ממונה עליהם, נושא [פרנקן] באחריות פיקודית ישירה לפערים החמורים שנמצאו באופן פעולת הרכזים בכל הנוגע לקשר עם המנוח ולהליכי העדכון והדיווח". משכך, קבע הרמטכ"ל כי החלטת ההדחה היא סבירה ואין מקום להתערב בה.

48. ביום 29.7.2020 פנה פרנקן, באמצעות בא-כוחו, במכתב לרמטכ"ל וביקש הבהרות בעקבות דחיית הערעור על החלטת ההדחה. פרנקן ציין כי ככל הידוע לו התחקירים שנערכו לא הצביעו על כשל פיקודי מצידו, וביקש לקבל העתק של הממצאים שהצביעו על כשל שלו, ככל שהיו כאלה. בהתייחס לקביעת הרמטכ"ל כי נמצאו "מספר תקלות ושגיאות" בבסיס, ביקש פרנקן לדעת באילו תקלות ושגיאות מדובר, ומתי התגלו.

מענה מטעם הרמטכ"ל נשלח ביום 19.8.2020 וצוין בו כי תחקיר מותו של המנוח העלה "כשלים [בבסיס] מצ"ח באר שבע, שהיה באחריותו ותחת פיקודו של [פרנקן]. הכשלים נגעו בפרט להתנהלות גורמי המודיעין בבסיס, לרבות פעולות גיוס

שבוצעו על-ידי רכזים שאינם בעלי הסמכה מתאימה ואי דיווח על חייל שהיה במצוקה נפשית; וכן העדר בקרה ופיקוח מספקים ברמה הפיקודית" (להלן: הבהרת הרמטכ"ל).

ביום 31.8.2020 הגיש פרנקן עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים

49. עתירתו של פרנקן התקבלה ביום 17.1.2021. בית המשפט עמד על כך שבהתאם לנוהל ההדחה, שעליו התבססה החלטת ההדחה של פרנקן, ניתן להדיח חייל אם קיים "יסוד סביר" לכך שהתנהגותו לוקה באחת מן ההתנהגויות המנויות בסעיף 47 לנוהל. עוד ציין בית המשפט שהחלטת הדחה נתונה לביקורת שיפוטית של בית המשפט לעניינים מנהליים, וכי שיקול דעתו של הרמטכ"ל ביחס למערכת יחסי השירות בין חייל בשירות הקבע ובין הצבא – רחב ככל שיהיה – אינו שיקול דעת מוחלט. בהקשר זה נקבע כי הרמטכ"ל, בדומה לכל רשות ציבורית, מחויב להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לכללי המשפט המנהלי; וכי תנאי מוקדם לקבלת החלטה מינהלית תקינה הוא ביסוסה על תשתית עובדתית מספקת. בהיבט זה ציין בית המשפט קמא כי מוטלות על הרשות שתי חובות מצטברות: החובה לאסוף ראיות כתשתית להחלטה, והחובה לבסס את החלטה על ראיות מספקות.

50. ביחס למקרה דנן קבע בית המשפט כי מדובר במקרה חריג שבו נדרשת התערבותו של בית המשפט בהחלטת ההדחה, שכן קיים פער עצום ובלתי-מוסבר בין הנתונים שנאספו במסגרת חקירה ותחקירים רבים שהתקיימו לאחר האירוע, ובין ההחלטה שהתקבלה, שאינה תואמת את העובדות שאספו כל הגופים הללו. בהקשר זה ציין בית המשפט כי ההחלטה להדיח את פרנקן ניתנה בחופזה בחלוף 16 חודשים מהאירוע, לאחר שפרנקן סיים בהצלחה את תפקידו כמפקד הבסיס ואף קודם לתפקיד בכיר יותר. עוד הודגש כי הליך ההדחה של פרנקן נסמך על החלטות לקוניות, כלליות ובלתי מנומקות, מבלי שהובהר מהי ההתנהגות הפסולה המיוחסת לו, כנדרש בנוהל ההדחה, וכי לא הוצגו מקרים אחרים שבהם ננקטו צעדים פיקודיים כה חמורים נגד מפקד אשר לא נמצא פגם בהתנהגותו ברמה האישית.

כפרט התייחס בית המשפט לשני הראשים שעליהם נסמכו ההנמקות וההבהרות שניתנו לפרנקן: "אווירה" ביחידה שעליה פיקד ושאפשרה את הכשלים בהתנהלות המשיבים 8 ו-9, וכן "העדר הליכי בקרה ופיקוח" מצדו של פרנקן. בהנמקות אלה מצא

בית המשפט קמא מספר כשלים: העובדה שעד לאירוע הטרגי לא התרחשו אירועים חריגים ביחידה שעליה פיקד פרנקן והתיעוד של שיחה שקיים פרנקן עם פקודיו, ובהם המשיבים 8 ו-9, יומיים בלבד לפני ניסיון גיוסו של המנוח, בה חזר והדגיש בפניהם את החובה לדווח על כל מקרה שבו יש חשש לנטייה או בדנית; העובדה שלא הוצג בדל של ראיה ל"אווירה" כללית של זלזול בנהלים ובחיי אדם ביחידתו של פרנקן וכי "רוח המפקד" העולה מן התחקירים ומאופן תפקודו של פרנקן בתפקידים השונים שביצע לאורך שירותו הצבאי היא של "פיקוח, בקרה ואווירה עניינית, מכבדת ומקצועית"; העובדה שפרנקן פעל במועד הרלוונטי בהתאם להנחיות שהיו בתוקף אותה עת, לרבות בעניין גיוס מקורות ובעניין הליך ההכשרה וההסבה של המשיב 8, וכי בהתאם להנחיות לא היה צורך לעדכן את פרנקן על כל מקור שמזומן לפגישה בשגרה והוא אף לא היה האחראי המקצועי על פעילות המשיבים 8 ו-9; העובדה שהמשיבים 8 ו-9 היו אנשי קבע מנוסים וותיקים, בעלי תפקידים פיקודיים בעצמם, וכי הטענות בנוגע לכשלים בהסמכתו של המשיב 8, הועלו לראשונה רק בהבהרת הרמטכ"ל, קרי לאחר החלטת ההדחה והחלטת הרמטכ"ל, ולא הועלו על ידי ראש אכ"א בשום שלב; והעובדה שהטענה לפיה הכינוי המזלזל שנתנו רכזי המודיעין למנוח משקף את ה"אווירה" המזלזלת ביחידה הועלתה לראשונה על ידי ראש אכ"א לאחר שהתבקש להבהיר את החלטת ההדחה, ולא עלתה בתחקירים שבוצעו בעקבות מות המנוח. בהקשר אחרון זה ציין בית המשפט כי נימוק זה לא יכול היה לשמש בסיס מספק להחלטת ההדחה, שכן בכל יחידות מצ"ח היה נהוג לתת כינויים למקורות, ויש להניח שגם המפקדים הבכירים ביותר בחיל ידעו על כך.

51. בית המשפט סיכם וקבע:

"ראש אכ"א הדגיש בדבריו בבית המשפט את העיקרון המנחה בצבא לשמור על חיי אדם ועל כבוד האדם. דברים אלו מקובלים עלי במלואם וראויים להערכה רבה [...] אין חולק על סמכותו וחובתו, לעיתים, של ראש אכ"א לנקוט צעדים פיקודיים ואין חולק על סמכותו לנקוט קו מחמיר עת הוא נוקט צעדים אלו, לפי שיקול דעתו, במיוחד כאשר מדובר באירוע שתוצאותיו קשות כמו מקרה זה. בית המשפט, ככלל, כאמור, לא יתערב בצעדים אלו. עם זאת, צעדים אלו צריכים לעמוד בנהלי הצבא ובכללי המשפט המנהלי. הם צריכים להיות סבירים, מידתיים, ומבוססים על תשתית עובדתית מספקת, להבדיל מתחושה אישית, במיוחד כאשר נערכו תחקירים מקצועיים ופיקודיים לאירוע. הם צריכים להיות מנומקים [...] נקיטת צעדים כה חמורים כנגד [פרנקן] בנסיבות בהן לא נמצא כל אשם בהתנהגותו עשויה להעלות שאלה נוספת - מדוע לעצור רק ב[פרנקן] [...] הרי כפי שהאירוע קרה

ב'משמרת' שלו, האירוע ארע גם ב'משמרת' של מפקדים ככירים ממנו, בכל הדרגים, לרבות גורמים שהיו אחראים באופן רוחבי בצבא לכל נושא איתור, גיוס והפעלה של מקורות במצ"ח, נושא שנמצא שיש לשפרו במסגרת דו"ח צוות המודיעין ודומה שהוא הקושי העיקרי העולה מהאירוע הטראגי" [פסקה 91 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי].

52. מכאן הערעור שלפנינו. לצד הערעור הגיש הרמטכ"ל בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית משפט קמא, ובקשה זו נדחתה בהחלטת השופט נ' סולברג ביום 18.4.2021.

טענות הצדדים בעע"מ 1534/21

53. הרמטכ"ל סבור שעל בית משפט זה להתערב בפסק הדין בשני מישורים: במישור העקרוני – בכך שייתן פרשנות שונה מזו של בית המשפט קמא להיקפה של האחריות הפיקודית בצה"ל; ובמישור הפרטני – בכך שישב על כנם את הצעדים הפיקודיים שאותם אישר הרמטכ"ל ביחס לפרנקן או יורה על קבלת החלטה מנהלית חדשה על-ידי הגורם המוסמך.

לשיטת הרמטכ"ל, בבסיס הערעור ניצבת תפישת מושג האחריות הפיקודית בצבא. לטענתו, האחריות הפיקודית הכוללת של מפקד בצה"ל אינה מבוססת על אשם, ומפקד בצה"ל אינו יוצא ידי חובה בכך שהוא ממלא את הפקודות הניתנות לו, אלא עליו להיות "יוזם, מעמיק ויסודי" ביחס לכל היבט בפעילות היחידה. במישור הפרטני, הרמטכ"ל מציין כי עד לאירוע הטרגי נחשב פרנקן לקצין מוערך, אך מן העובדות שהתגלו בעקבות פרשת התאבדותו של המנוח מתחייבת, לשיטת הרמטכ"ל, המסקנה שאליה הגיעו ראש אכ"א ובהמשך הרמטכ"ל עצמו, כי פרנקן "לא ביסס כנדרש את מנהיגותו וסמכותו כמפקד ולא הנחיל לפקודיו את ערכי היסוד והאחריות הנובעת מתפקידם [...] לא קיים הליכי פיקוח ובקרה מספיקים באופן ההולם את רגישות ומורכבות תחום המודיעין ביחידתו, ולא גילה את המעורבות הנדרשת [...] לא הצליח להטמיע בפקודיו את ערכי היסוד של צה"ל שאותם הם רמסו [...] ואת חובת דיווח האמת" (פסקה 14 לסיכומי הרמטכ"ל). בהקשר זה טוען הרמטכ"ל כי פסק דינו של בית המשפט קמא אינו מיישם כראוי את ההלכה בדבר היקף ההתערבות המצומצם בהחלטות בנוגע לאיוש תפקידים ולהחלטות פיקודיות בצה"ל, קל וחומר כאשר עסקינן בהתערבות בהחלטות של הדרג הצבאי הבכיר ביותר בעניין המצוי בליבת שיקול דעתו ולחלופין

טוען הרמטכ"ל כי היה על בית המשפט קמא להורות על החזרת הנושא לבחינה מחודשת על ידו, ולאפשר לו לבחור בחלופה סבירה בתוך מתחם הסבירות הפתוח בפניו.

54. פרנקן, מצדו, טוען כי דין הערעור להידחות. לטענתו, פסק הדין קמא כלל אינו עוסק בגבולות האחריות הפיקודית וממילא לא קבע מסמרות בעניין זה, והוא עצמו אינו חולק על כך שלמפקד יש אחריות מלאה על הנעשה ביחידתו. לטענת פרנקן המחלוקת בין הצדדים נעוצה בשאלה מהם התנאים להפעלת סמכות ההדחה בהתאם לנוהל ההדחה, והאם התקיימו התנאים להדחתו על פי הנוהל. בעניין זה טוען פרנקן כי בצדק אימץ בית המשפט קמא את הגישה שלפיה סעיפים 47-48 לנוהל מחייבים תשתית ראייתית המבססת, ברמה סבירה, התנהגות של המועמד להדחה אשר מגבשת את אחת מעילות ההדחה. בהקשר זה פרנקן טוען, בין היתר, כי לא נמצאה כל ראיה בדבר חולשת מעמדו הפיקודי בעיני פקודיו או לכך שהוא לא ניהל הליכי בקרה ופיקוח משמעותיים – ולמעשה ההפך הוא הנכון. עוד מציין פרנקן כי חלק מהליקויים הנוגעים לנהלי איתור, גיוס והפעלה של מקורות הוצגו לראש אכ"א מטעם מבקר המדינה כחצי שנה לפני האירוע (בחודש יוני 2018), אך אלה לא טופלו על-ידי קצין משטרה צבאית ראשי וראש אכ"א, אף שמבקר המדינה ציין כי פיקוחם נדרש. לבסוף, נטען כי לא היה מקום להורות על החזרת הסוגיה לבחינה נוספת של הרמטכ"ל, שכן בית המשפט קמא המליץ לרמטכ"ל לשקול את החלטתו מחדש בשני הדיונים שהתקיימו בפניו, אך הוא סירב לשנות את החלטתו המקורית – ומשכך לא הייתה תוחלת במתן הוראה על קבלת החלטה מחודשת.

דיון והכרעה – עע"מ 1534/21

55. האם שגה בית המשפט קמא בקובעו כי הליך ההדחה של פרנקן נסמך על החלטות לקוניות, כלליות ובלתי מנומקות, שלא נשענו על תשתית עובדתית ראויה? אקדים אחרית לראשית ואומר כי איני סבורה שיש מקום להתערב בקביעותיו אלה של בית משפט קמא.

56. הרמטכ"ל תומך את יתדותיו בשני טעמים עיקריים: מעמדה של האחריות הפיקודית בצה"ל, והיקף שיקול הדעת המסור לו לקבל החלטות בהקשר זה. עקרון האחריות הפיקודית בצה"ל הוא אכן עקרון שלא ניתן להפריז בחשיבותו, והיריעה שפרש הרמטכ"ל בהקשר זה היא רחבה, חשובה ומקיפה. ואולם, כפי שיפורט להלן, לפנינו מקרה קונקרטי המעורר שאלות משפטיות מובהקות, ואמות המידה להכרעה בערעור דנן, נגזרות על כן במישרין מן הכללים המעוגנים במשפט המינהלי ובפסיקה הרלוונטית.

ביקורת שיפוטית על החלטות בעניין שירותם של אנשי קבע

57. בעבר נפסק לא אחת כי ביקורת שיפוטית על החלטות הרמטכ"ל בנוגע לענייני כוח אדם תיעשה במשורה, מתוך הכרה בכך שהרמטכ"ל הוא המפקד העליון של הצבא, ועליו מוטלת החובה להבטיח את התאמת המשרתים בצה"ל לתפקידיהם – ובהתאם, לו מסור שיקול הדעת הדרוש לשם עמידה בחובה זו (ראו בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון, פסקאות 3-4 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (23.3.2011) (להלן: עניין צוריאנו)). עם זאת, סמכותו וחובתו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בענייני כוח אדם של משרתי הקבע אינה יונקת רק מתחולתו הכללית של המשפט המנהלי על צה"ל, בדומה לשאר הרשויות המנהליות בישראל (שם). יסודה בהוראה מפורשת של המחוקק שלא ניתן להתעלם ממנה, ועליה אעמוד להלן.

58. לאורך השנים נשמעה ביקורת, גם בפסיקתו של בית משפט זה, על כך שמעמדם של משרתי הקבע לא הוסדר בחקיקה. בעקבות הערות שהעיר בית המשפט בנושא (ראו: בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270, 283 (2000); בג"ץ 6651/05 שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל, פסקה ד(4) לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (26.1.2006)), בוצעה עבודת מטה בין-משרדית שנועדה לבחון את השאלה מהי הערכאה המתאימה לדון בתנאי השירות והשכר של משרתי הקבע. ביום 26.10.2009 פורסמה הצעת חוק ממשלתית (הצעת חוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (ערר, ערעור ועתירה על החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), התש"ע-2009), לפיה הוקנתה הסמכות לדון בענייני שכר, זכויות נלוות לשכר וסיום שירות הקבע בצה"ל לוועדת ערר ייעודית, אך את הסמכות לדון בעתירות של חייל בשירות קבע הרואה עצמו נפגע מהחלטות רשות בעניינים פיקודיים מובהקים, הוצע להקנות לבית המשפט לעניינים מנהליים (ראו דברי ההסבר להצעה, בעמ' 27). בהתאם, הוצע לתקן את חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, ולצרף לתוספת הראשונה לחוק את פרט 36. פרט זה מסמיך את בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בעתירות מנהליות של חיילים בשירות הקבע נגד "החלטה של רשות, בהתאם לפקודות הצבא", וזאת באחד מהעניינים המפורטים להלן:

- (1) סיום שירות הקבע בשל כל אחד מאלה:
 - (א) התנהגות החורגת מאמות המידה הנדרשות מחייל בשירות קבע בדרגתו או במעמדו;
 - (ב) הרשעה בבית דין צבאי או בבית משפט בכיצוע עבירה פלילית;
- (2) הדחה או השעיה של חייל בשירות קבע;
- (3) אי-קידומו בדרגה של חייל בשירות קבע;

(4) אי-מינויו של חייל בשירות קבע לתפקיד או הפסקת מינויו כאמור;

בדברי ההסבר להצעת החוק צוין בהקשר זה כך: "מוצע לקבוע כי בעניינים בעלי אופי פיקודי מובהק תיוחד סמכות הדיון לבית המשפט לעניינים מינהליים [...] בכללם של עניינים אלה החלטות בעניין סיום שירות קבע בשל התנהגות של משרת הקבע החורגת מאמות המידה הנדרשות ממשרת קבע בדרגתו ובמעמדו או בשל ביצוע עבירה על החוק, כפי שיוגדר בפקודות הצבא, וכן עניינים נוספים בעלי אופי פיקודי מובהק. זאת, מתוך הכרה כי עניינים אלה נוגעים בלב לבה של הסמכות הפיקודית הנתונה לרמטכ"ל ולמפקדי צה"ל, ושבחלקם הגדול הם בעלי אופי ערכי-פיקודי ונוגעים לנורמות ההתנהגות הראויות בשירות הצבא".

59. הצעת החוק נדונה בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת ה-18. בדיון שהתקיים ביום 18.1.2010 נשמעה ביקורת על כך שהצעת החוק עוסקת בסיום שירות הקבע בשל "התנהגות החורגת מאמות המידה הנדרשות מחייל בשירות קבע בדרגתו או במעמדו", ונטען כי עילה זו אינה ברורה דיה (שס, בעמ' 20-21). אל"מ משה ינון, ראש מחלקת ייעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית שנכח בדיון כנציג הרמטכ"ל, השיב כי העילות המנויות בחוק מכוונות ל"התנהגות חמורה, או הרשעה פלילית או התנהגות חמורה אחרת" והוסיף כי "אלה החלטות ערכיות ואנחנו חושבים שהדיון בהחלטות האלה צריך להיות בבית המשפט המחוזי" (שס, בעמ' 21). נציגת משרד המשפטים (שס, בעמ' 22), אשר תמכה בעמדת הרמטכ"ל בדיון, הבהירה את הרציונל מאחורי ההצעה באומרה:

"אנחנו עשינו חלוקה בין סוגי העניינים שהם ביקורת על החלטות של גורם מוסמך שהוא מפעיל שיקול דעת לפי פקודות שמתוות איך הוא עובד, קובעות מה השכר, מה התנאים הנלווים לשכר, ולכן ועדת הערר צריכה לעשות ביקורת על החלטות שהוא מקבל בהיבט הזה. לעומת זאת, לבית משפט לעניינים מינהליים העברנו את העניינים הפיקודיים הערכיים, החלטות שנוגעות לשיקול הדעת בדרך כלל של המפקדים המאוד בכירים ושל הרמטכ"ל להחליט את מי מקדמים בתפקיד, איך בונים את ההיררכיה הצבאית והפיקודית" (שס, בעמ' 22; הדגשות הוספו).

60. ביום 8.2.2010 הועלתה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, ויו"ר ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, ח"כ חיים כץ, הציג אותה למליאת הכנסת בציינו: "בית המשפט לעניינים מינהליים [...] ידון גם בעתירות בעניינים של החלטות פיקודיות בעלות גוון ערכי ונורמטיבי יותר, כולל עתירות בשל סיום שירות עקב הרשעה פלילית או עקב

התנהגות החורגת מאמות המידה הנדרשות מחייל, עתירות בשל הדחה או השעיה משירות קבע, או עתירות בשל אי-קידום בדרגה או אי-מינוי לתפקיד [...] אני מקווה כי הערכאות לפי הצעת חוק זו יפתחו התמחות בתחום הייחודי של זכויות החיילים בשירות קבע ויסייעו לפיתוחו של תחום משפטי זה באופן שיבטיח את זכויות החיילים מבלי לפגוע בפעילותו התקינה של הצבא ובמאפייניו המיוחדים" (ד"כ י"ח, 115-116 (התש"ע)). הצעת החוק אושרה בקריאה שנייה ושלישית באותו היום.

61. הנה כי כן, מן האמור לעיל עולה כי מצוותו המפורשת של המחוקק, שגובשה בתמיכת נציג הרמטכ"ל במהלך הדיונים בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות, היא שהחלטות פיקודיות המערבות היבטים פיקודיים-ערכיים יידונו בבית המשפט. זאת, על מנת להבטיח "את זכויות החיילים מבלי לפגוע בפעילותו התקינה של הצבא ובמאפייניו המיוחדים". משכך, אין מקום לקבל טענות לפיהן נפל פגם עקרוני בעצם הידרשותו של בית המשפט קמא להחלטה פיקודית-ערכית, או כי מדובר בהתערבות פסולה בהיבט המסור לשיקול דעתו של הרמטכ"ל.

משעמדנו על הוראת החוק המסמיכה את בית המשפט לבחון את החלטת הרמטכ"ל וראש אכ"א במקרים כגון זה שלפנינו, יש לפנות עתה לבחינת טעמיו ומסקנותיו של בית המשפט קמא במקרה הקונקרטי, ולהידרש לטענות הצדדים שהועלו לגביו.

הפגם העיקרי שנפל בהחלטת ההדחה: העדר תשתית עובדתית מתאימה

62. בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים קבע כי הדרך להחלטת ההדחה בעניינו של פרנקן הייתה רצופת פגמים. בין היתר, צוין כי ההחלטה התקבלה בשיהוי - 16 חודשים לאחר האירוע הטרגי; זמן רב לאחר שחקירת היח"ק פ הסתיימה; ולאחר שפרנקן סיים את תפקידו ועבר לתפקיד חדש שבו הצטיין.

ההחלטה עצמה, כך נקבע, התקבלה בבהילות. פרנקן זומן מהיום למחר לשימועים שנקבעו, וההנמקות שניתנו על ידי ראש אכ"א להחלטתו השתנו לאורך התהליך – בתכתובות שהתנהלו עם בא-כוחו של פרנקן וגם לאורך ההליך המשפטי. בכך יש כדי ללמד כי ההחלטה שהתקבלה לא הייתה מנומקת כדבעי בזמן אמת והיה קושי ממשי לתמוך אותה בתשתית עובדתית ברורה ומפורטת. קושי נוסף עולה מכך שערעורו של פרנקן נדון בפני הרמטכ"ל, אף שעוד ביום שבו ניתנה החלטת ראש אכ"א הודיע דובר צה"ל כי הרמטכ"ל "קיבל באופן מלא את כלל הלקחים, המסקנות וההמלצות

שהוצגו על ידי ראש אגף הכוח האדם" ביחס לתחקירים בעניין מות המנוח, וכי "הרמטכ"ל אישר צעדים פיקודיים עליהם המליץ ראש אגף כוח האדם", ובהם החלטת ההדחה של פרנקן.

63. מכלול הנסיבות הללו אכן מעורר קשיים של ממש בכל הנוגע לתהליך קבלת החלטת ההדחה. עם זאת, בענייננו אין צורך להידרש למידת השפעתם של הפגמים הללו על החלטת הרמטכ"ל. כדי להגיע למסקנה שאין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא – די אם נתמקד בפגם העיקרי שנפל בהחלטת ההדחה. פגם זה נוגע להיעדרה של תשתית עובדתית הנדרשת על פי כללי המשפט המינהלי לשם ביסוס החלטה של כל רשות מנהלית באשר היא, ובאופן ספציפי היא נדרשת במקרה דנן לפי נוהל ההדחה שעליו ביססו הגורמים המוסמכים את הדחתו של פרנקן. מסקנה זו מתבקשת בפרט בשים לב לכך שמדובר בהחלטה שטמונה בה פגיעה משמעותית בפרנקן כמשרת קבע. בהקשר זה יצוין כי בהתאם להוראת הפיקוד העליון מס' 3.0508 ("נוהל לשחרור משרתי הקבע מטעמים ארגוניים"), קציין המשרת במסלול השירות שבו משרת פרנקן ואשר השלים 14 שנות שירות קבע ולא נמצא לו תפקיד בקבע הבכיר (בדרגת סא"ל או תפקיד שהוגדר כתפקיד 'רס"ן בכיר') – יהווה הדבר עילה לשחרורו מהצבא מטעם זה בלבד. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת האם משמעות הדבר היא שהחלטת ההדחה המעכבת את קידומו של פרנקן ב-6 שנים כשהוא בדרגת רס"ן וצפוי להשלים 14 שנות קבע בחודש ינואר 2023, מובילה, מניה וביה, לשחרורו של פרנקן מהצבא במועד זה. מכל מקום, ואף אם אין מדובר בתוצאה מתחייבת, דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים שהחלטת ההדחה מגבירה משמעותית את הסיכויים לכך שפרנקן יאלץ לסיים את שירות הקבע עם השלמת 14 שנות קבע, וזאת בעקבות צמצום משמעותי של אפשרויות קידומו לשירות קבע בכיר.

64. בית המשפט קמא עמד על כך שהחובה לגבש תשתית עובדתית התומכת בהחלטה מנהלית כוללת שני היבטים: החובה לאסוף ראיות שישמשו תשתית להחלטה, והחובה לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות. אכן, "אין טעם בהחלטה שנימוקה סבירים וראויים, אם אין היא מתאימה לנסיבות העובדתיות" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 439 (2010)), ובהקשר זה כבר נפסק כי אין די בהשערות שאינן מעוגנות בנתונים, אלא יש לקיים "בדיקה עניינית נאותה" אשר תוכל לתמוך במסקנה מבוססת (ראו: בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 53 (1987)). הלכה היא כי החובה לקבל החלטה מנהלית על בסיס תשתית עובדתית הולמת, מקפלת בתוכה את החובה המוטלת על הרשות לדאוג כי יהיו בידיה כל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין, וכן עליה לוודא כי היא אינה מתחשבת בעובדות ובנתונים שאינם נוגעים לעניין (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ (1992) נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425 (1994)).

65. בענייננו, בצדק קבע בית המשפט קמא כי בוצעה עבודה מקיפה לצורך איסוף הנתונים – בחקירה פלילית יסודית כמפורט לעיל, וכן במספר תחקירים פיקודיים. דא עקא, כפי שיובהר להלן, הנתונים שנאספו אינם תומכים בהחלטת ההדחה שהתקבלה בסופו של דבר, ולמעשה – הם סותרים אותה. זאת, בפרט על רקע הדרישות המנויות בהקשר זה בנוהל ההדחה, שמכוחו כאמור ננקטו הצעדים הפיקודיים כלפי פרנקן.

66. נוהל ההדחה מעוגן בהוראות הפיקוד העליון מיום 2.8.1992, וסעיף 2א(א) לחוק השיפוט הצבאי קובע לגביהן כי הן הוראות כלליות שמוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון, אשר "יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה". סעיף 47 לנוהל ההדחה קובע כך:

"ניתן להדיח חייל אם קיים יסוד סביר להניח, כי התנהגותו היא אחת מאלה (אף אם לא נפתחו הליכים):
 א. התנהגות הפוגעת במשמעת היחידה, במורל היחידה או ביעילות פעולתה;
 ב. התנהגות הפוגעת בטוהר המידות או בערכי הצבא;
 ג. התנהגות החורגת מאמות המידה הנדרשות מחייל בדרגתו או במעמדו בצבא, או שיש בה משום סטייה בולטת מהנדרש מהחייל במילוי תפקידו."

סעיף 48 לנוהל מוסיף וקובע:

"המפקד המוסמך רשאי להורות על הדחת חייל לאחר ששקל, בין היתר, את הדברים הבאים:
 א. מידת חומרתה של ההתנהגות;
 ב. תפקודו של החייל;
 ג. מידת התאמת החייל לתפקיד או לסוג התפקידים שהוא ממלא לאור ההתנהגות;
 ד. השפעת ההתנהגות על נורמות ההתנהגות והמשמעת בצה"ל בכלל, וביחידתו בפרט;
 ה. מידת היות ההתנהגות מאפיינת את אופיו של החייל, לרבות מידת החשש, כי החייל ישוב וייכשל בהתנהגות דומה."

67. נוהל ההדחה קובע, אם כן, הסדר מפורט וספציפי ביחס לרף ההוכחה וטיבה של התשתית העובדתית שעל בסיסה יש לקבל את החלטת ההדחה. הוא קובע כי יש צורך בסטנדרט של "יסוד סביר" לביסוס הפגיעה שגרמה התנהגותו של החייל שאותו מבקשים להדיח. כמו כן, נקבע בנוהל כי יש לשקול שורה של שיקולים נוספים, שאף הם מתייחסים להתנהגותו של החייל, ורק לאחר שקילת מכלול השיקולים הללו ניתן להורות על הדחתו.

למקרא סעיפי נוהל ההדחה ברי כי נוהל זה אינו מאפשר להדיח מפקד רק בשל תוצאה קשה שהתרחשה ביחידה שתחת פיקודו. נוהל ההדחה מתמקד בהתנהגותו של החייל המועמד להדחה, ודורש הוכחה שהתנהגותו שלו, להבדיל מהתוצאה לבדה או מהתנהגותם של אחרים, מצדיקה את הדחתו.

ויודגש – בדיון שהתקיים לפנינו ביום 14.12.2021 באת כוחו של הרמטכ"ל הבהירה כי עמדת הרמטכ"ל אינה של אחריות פיקודית מוחלטת, שלפיה מפקד שפקודיו כשלו ימצא אוטומטית אחראי (ראו: עמ' 5, שורות 34 ו-37 לפרוטוקול הדיון; עמ' 6, שורות 21 ו-23 לפרוטוקול הדיון; עמ' 9 שורות 4-16 לפרוטוקול הדיון). מכיוון שכך, דומה כי אף לשיטת הרמטכ"ל יש צורך להצביע על פגם קונקרטי כלשהו שניתן לייחס למפקד עצמו כדי להדיחו בהתאם לנוהל ההדחה.

68. בענייננו, במסגרת התייחסויותיו של ראש אכ"א להחלטת ההדחה עלו שוב ושוב נימוקים הקשורים בהתנהגותם של רכזי המודיעין ובתוצאה הטרגית של האירוע. נימוקיו של הרמטכ"ל התמקדו בכך שלשיטתו התמונה המצטיירת מצביעה על "חולשת מעמדו הפיקודי הנמוך של [פרנקן]" (סעיף 39 לסיכומיו), וזאת בשל כשלים שהתגלו בהתנהלות פקודיו, רכזי המודיעין. אך נימוקים אלה לא נשענו על תשתית עובדתית המבססת "יסוד סביר" לקביעה שנמצא פגם בהתנהגותו של פרנקן המאפשרת את הדחתו על פי נוהל ההדחה.

69. בהחלטת ההדחה קבע ראש אכ"א כי "התנהגותו של [פרנקן] מהווה: חריגה מאמות המידה הנדרשות מחייל בדרגתו או במעמדו בצבא, או שיש בה משום סטייה בולטת מהנדרש מחייל במילוי תפקידו, פגיעה בטוהר המידות או בערכי צה"ל", והוסיף:

"לאור נסיבות מעורבות [פרנקן] באירוע מותו של [המנוח], מצאתי כי [פרנקן] לא מימש את אחריותו הפיקודית בהליכי פיקוח ובקרה נאותים, ותחת אחריותו הפיקודית הופרו נהלים מחייבים ביחידה באווירה שאפשרה לתקלה כה חמורה לצמוח ביחידה שהיא תחת פיקודו [הישיר] [...] מצאתי כי [פרנקן] סטה בהתנהגותו סטייה בולטת מהנדרש מקצין במילוי תפקידו וכי התנהגותו חורגת מאמות המידה הנדרשות מקצין בדרגתו ובמעמדו, וכי יש בה משום פגיעה בטוהר המידות ובערכי צה"ל".

70. ההנמקה בהחלטת ההדחה הינה לקונית ביותר. נשענו בה טענות כלליות שלפיהן פרנקן "לא מימש את אחריותו הפיקודית", "סטה בהתנהגותו סטייה בולטת מהנדרש",

ויצר "אווירה שאפשרה לתקלה כה חמורה לצמוח" – אך לא נוצק בה שום תוכן ממשי המתייחס להתנהגותו של פרנקן בפועל. הכשל הקונקרטי היחיד שהוזכר בהחלטת ההדחה היה הפרת הנהלים ביחידה – אך אלו הופרו על ידי פקודיו של פרנקן ולא על ידי פרנקן עצמו, ולא הוסבר כיצד התנהגותו של פרנקן היא שגרמה להפרות מצד פקודיו.

71. ביום 26.5.2020, למחרת מתן החלטת ההדחה והודעת דובר צה"ל, ביקש בא-כוחו של פרנקן הנמקה והבהרות מטעם ראש אכ"א, ובין היתר ביקש לדעת אלו מסמכים עמדו בפניו בעת שקיבל את החלטת ההדחה, באיזה מובן פגע פרנקן "בטוהר המידות" ובאיזה מובן פגע ב"ערכי צה"ל". בקשתו של פרנקן להנמקות והבהרה נענתה מטעם ראש אכ"א ביום 3.6.2020 (להלן: מכתב ההבהרה), שם הוסבר כי ראש אכ"א לא מצא שמתקיימת בענייננו החלופה של פגיעה בטוהר המידות, אלא רק החלופה של פגיעה בערכי צה"ל. עוד פורט כי ראש אכ"א מצא שביחידה שעליה פיקד פרנקן –

"התקיימו נורמות פסולות, הקשורות בהימנעות מהלכות פיקוד בסיסי ומתן כבוד הראוי לבאים בממשק עם היחידה כבני אדם. לעמדת ראש אכ"א אווירה פסולה אינה נוצרת מאליה: היא נוצרת מקום שבו מפקדים, בחוסר עשייתם, מאפשרים לה להתפתח. כך ארע לעמדת ראש אכ"א ביחידה עליה פיקד רס"ן פרנקן, והדבר בא לידי ביטוי, למשל, במתן הכינוי 'פחדני' ל[מנוח] בעת הניסיון לגייס אותו כמקור. בהתאם רס"ן פרנקן כשל במימוש אחריותו הפיקודית. יש קו ישיר וברור בין הנורמות הפסולות בקרב פקודיו של [פרנקן] לבין חוסר עשייתו הפיקודית. אשר לנהלים שהפרו ביחידה, יובהר כי אלו מפורטים בהרחבה בכתבי האישום שהוגשו נגד [המשיבים 8 ו-9] אשר שרתו תחת פיקודו של [פרנקן]."

72. מכתב ההבהרה שינה בדיעבד את הנימוק שצוין בהחלטת ההדחה וניתנו בה, שוב, נימוקים כלליים ביותר כגון קיום "נורמות פסולות", ללא הצגת התשתית העובדתית המבססת נימוקים אלה. לצד זאת, נעשה ניסיון לקשור את הדברים לפרנקן עצמו באמצעות טענה ל"אווירה פסולה" ביחידה, אשר "אינה נוצרת מאליה". לכך נלוותה, לראשונה, דוגמה קונקרטית: הכינוי המזלזל שנתנו המשיבים 8 ו-9 למנוח. אף שבמכתב ההבהרה נרמז כי דוגמה זו היא אחת ממספר דוגמאות, בהליך המשפטי לא הוצגו דוגמאות נוספות, ובית המשפט קמא ציין כי הנימוק באשר לכינוי הבלתי-הולם "נותר, למעשה, הנימוק הקונקרטי היחיד המנמק את החלטת ההדחה" (פסקה 89 לפסק הדין קמא). בית המשפט קמא הוסיף וקבע, בצדק, כי נימוק זה כלל לא הובא בהחלטת ההדחה והועלה רק בדיעבד, וכי הדבר אינו יכול להצדיק את החלטת ההדחה, לנוכח העובדה שבכל יחידות מצ"ח נהוג היה באותה העת לתת כינויים למקורות, ורק לאחר האירוע

הטרגי הנחה ראש אכ"א להפסיק את השימוש בפרקטיקה זו (ראו: עדותו של ראש אכ"א בעמ' 15-16 לפרוטוקול הדיון מיום 12.11.2020 בהליך קמא). מכל מקום, גם נימוק זה כשלעצמו אינו עומד בדרישות נוהל ההדחה, מאחר שאין מחלוקת כי לא הוצגה תשתית עובדתית המייחסת לפרנקן מודעות לכינוי המזלזל שניתן למנוח, ורשויות הצבא לא הצביעו על התנהגות של פרנקן אשר הובילה את פקודיו לבחור בכינוי המזלזל. הרושם הנוצר, אפוא, הוא כי הנימוק בדבר הכינוי המזלזל הועלה בדיעבד כדי לנסות ולהצביע על פגם קונקרטי שניתן יהיה לייחס לפרנקן – אף שאין לו זכר בהחלטת ההדחה.

73. לאחר שנדחה הערעור לרמטכ"ל על החלטת ראש אכ"א, ביקש פרנקן הבהרות בנוגע להחלטת הרמטכ"ל. ביום 19.8.2020 התקבל מכתב מטעם הרמטכ"ל שבו נטען כי התחקירים מצאו כשלים בבסיס מצ"ח באר שבע, אשר "נגעו בפרט להתנהלות גורמי המודיעין בבסיס, לרבות פעולות גיוס שבוצעו על ידי רכזים שאינם בעלי הסמכה מתאימה ואי דיווח על חייל שהיה במצוקה נפשית, וכן העדר בקרה ופיקוח מספקים ברמה פיקודית". גם זו הפעם נוספו נימוקים חדשים שזכרם לא בא בהחלטת ראש אכ"א או במכתב ההבהרה מטעמו. נטען כי נמצא כשל בכך שפעולות גיוס בוצעו בידי "רכזים", רבים, שאינם בעלי הסמכה מתאימה – אף שלא הועלתה כל טענה בנוגע להסמכת המשיב 9, ואף כי התחקירים הצביעו על כך שהסבת המשיב 8 לתפקיד מודיעיני בוצעה לפי נהלים מחמירים אף יותר מאלו שהיו בתוקף באותה העת.

74. יתרה מכך – מעדותו של ראש אכ"א בפני בית המשפט קמא התברר כי ספק אם כל החומרים הרלוונטיים עמדו בפניו בעת שקיבל את החלטת ההדחה. עובדה זו עשויה כשלעצמה להוביל לבטלות ההחלטה (ראו והשוו: בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279 (1991)), ולמצער היא עשויה לשפוך אור על השאלה כיצד התקבלה החלטה הרחוקה כל כך מהתשתית העובדתית הרלוונטית. כך, ביום 12.11.2020 התייצב ראש אכ"א, לבקשתו, בדיון בהליך בבית המשפט קמא, ובמהלכו נחקר על התצהיר שהגיש.

בחקירתו נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

"ש. החומרים שהיו בפניך תחקיר המודיעין, תחקירים פיקודיים, ממצאי חקירת [יחק"פ] ותחקיר מז"י?
ת. לא בטוח לגבי [היחק"פ]. לא היו חומרים נוספים (עמ' 9, שורות 26-28 לפרוטוקול הדיון).

[...]

ש. אתה אומר שהוא לא הפר שום נוהל?

ת. הוא הפר את הנוהל הבסיסי הקיים, בעובדה שמינינו אותו למפקד והוא לא קיים שום דבר שם, הוא לא קיים את כל הנהלים.

ש. תראה לי איזה נוהל הוא לא קיים. אתה לא יכול להראות לי, מעבר לתפיסה הבסיסית שאני מסכים איתה, שמפקד צריך להיות מעורב בהכול, אתה לא יכול להראות לי הוראה כתובה שהוא הפר, נכון?

ת. נכון.

ש. אתה גם לא יכול להראות לי בבדיקות שעשית, שב-15 שנים שהוא קצין במצ"ח, שהיו מקרים קודמים שהיו צריכים להדליק אור אדום?

ת. אם הוא לא התעניין בהיותו רס"ן כנראה שגם קודם הוא לא התעניין.

ש. האם היה נתון בפניך שהצביע על פגם בהתנהגות שלו לפני האירוע המדובר?

ת. לא. וגם לא בדקתי. (עמ' 11, שורות 11-28 לפרוטוקול הדיון; ההדגשה הוספה)

75. הנה כי כן, במקרה דנן ננקטו צעדים פיקודיים כלפי פרנקן למרות שמדברי ראש אכ"א עצמו עולה שהוא כלל לא הכיר חלקים משמעותיים ביותר מהחומרים שנאספו. זאת ועוד – ראש אכ"א נמנע מלאשר שממצאי חקירת היחק"פ עמדו בפניו בעת שקיבל את ההחלטה בעניינו של פרנקן; ציין כי לא עמדו בפניו חומרים נוספים; הודה כי הוא אינו יודע להצביע בפועל על נוהל כלשהו שהפר פרנקן; וכי הוא אף לא בדק אם פרנקן התעלם ממקרים שהצריכו טיפול מצדו ב-15 שנות שירותו במצ"ח. ויובהר – אין פגם עקרוני בנקיטת צעדים פיקודיים גם מקום שבו לא נמצא בסיס לאחריות פלילית, ככל שהממצאים העובדתיים מצדיקים זאת. אך אם בעל הסמכות המנהלית אינו נותן את דעתו למכלול הראיות הרלוונטיות שנאספו, אין מנוס מן הקביעה כי הופרה החובה המוטלת על הרשות לקבל החלטה המבוססת על כלל העובדות הרלוונטיות, וברי כי החלטה שכך התקבלה אינה יכולה לעמוד.

76. ויובהר – אין מדובר בפגמים טכניים בהנמקה, אלא בפגם היורד לשורש החלטת ההדחה שעיקרו בהעדר תשתית עובדתית מספקת לביסוס החלטתו של ראש אכ"א להדיח את פרנקן מכוח נוהל ההדחה, ובניסיונות חוזרים ונשנים להצביע כדיעבד וללא הצלחה על קיומו של יסוד סביר להניח שנפל פגם בהתנהגותו של פרנקן.

77. הקושי בעמדת הרמטכ"ל מתחדד עוד יותר נוכח הוראות סעיף 48 לנוהל ההדחה, מכוחן יש להביא בחשבון את מכלול תפקודו של החייל – לפני ואחרי ההתנהגות המיוחסת לו כעילת הדחה. לפי הוראות אלה "המפקד המוסמך רשאי להורות על הדחת חייל לאחר ששקל, בין היתר, את הדברים הבאים: [...] מידת היות ההתנהגות מאפיינת

את אופיו של החייל, לרבות מידת החשש, כי החייל ישוב וייכשל בהתנהגות דומה". בענייננו, הרמטכ"ל טוען כי פעולות רכזי המודיעין "מעידות לשלילה על משקלו ומעמדו של [פרנקן] כמפקד", אשר נושא באחריות לכך "שלא ביסס כראוי את מעמדו הפיקודי ולא הטמיע כנדרש ערכים בסיסיים בצה"ל בקרב פקודיו" (פסקאות 41-42 לסיכומיו). בהקשר זה, כך מוסיף הרמטכ"ל וטוען, אין מדובר בענישה, אלא בקביעה "צופת פני עתיד" כי פרנקן אינו ראוי לשמש עוד כמפקד בצה"ל ועוד הוא טוען שההצדקות לאותה קביעה התבררו רק בחלוף חודשים ארוכים מאז מותו הטרגי של המנוח.

78. קשה להלום דברים אלה עם השתלשלות העניינים בפועל. הרמטכ"ל טוען שהכשלים שהוא מייחס לפרנקן התבררו על רקע מעשי פקודיו – אך אלה היו ידועים לרשויות הצבא לכל המאוחר בעת הגשת כתבי האישום נגד המשיבים 8 ו-9, קרי ביום 12.9.2019. למרות זאת, בחודש ספטמבר 2019 הודיע מפקד מצ"ח לפרנקן על קידומו לתפקיד סגן מפקד מרחב דרום ומפקד ימ"ר מצ"ח דרום. במשוב סוציומטרי שעמד בפני מפקדיו בעת שהחליטו בספטמבר 2019 לקדמו לתפקיד סגן מפקד מרחב דרום ומפקד הימ"ר, זכה פרנקן לשבחים מפליגים. ממלאי המשוב כתבו עליו, בין היתר: "האדם הכי מקצועי במרחב, תמיד מרגיש נוח ונכון לפנות אליו בכל שעה לכל עניין [...] מפקד ערכי, שתמיד זמין ומסייע בכל עת לכל בעיה"; "חייליו מעריכים אותו וכך גם אנשי המרחב"; "יורד לפרטים הקטנים בכל משימה, כך שדבר לא מתפספס"; "רציני, אחראי, מקצוען. מסייע ופועל רבות להצלחת המרחב". בחודש ינואר 2020 נבחרה ימ"ר דרום תחת פיקודו של פרנקן כיחידה מצטיינת חילית, וביום 19.5.2020 דורג פרנקן במיקום הגבוה ביותר בדירוג החיילי על ידי קצין משטרה צבאית ראשי, לאחר התייעצות עם פורום אלופי המשנה של חיל המשטרה הצבאית. במסגרת תהליך זה מפקדו של פרנקן כתב עליו:

"הקצין מבצע בהצלחה רבה 2 תפקידים – סגן מפקד מרחב ומפקד ימ"ר. הקצין מפגין ידע רב בתחום החקירות והמודיעין, ערכי פיקוד, מסור ומוערך מאד במרחב וביחידת מצ"ח. מאז כניסתו לתפקיד עשה שינויים רבים, שותף פעיל לכל מה שנעשה במרחב ותורם רבות מניסיונו האישי".

חרף כך, רק ביום 13.5.2020, דהיינו – כ-16 חודשים לאחר מותו הטרגי של המנוח וכ-8 חודשים לאחר השלמת חקירת היחק"פ והעמדת רכזי המודיעין לדין פלילי – הודיע לפתע ראש אכ"א לפרנקן כי הוא רואה בו אחראי לאירוע הטרגי. זאת, אף שהתשתית העובדתית הרלוונטית הייתה זמינה חודשים ארוכים קודם לכן אך רשויות הצבא לא נקטו כל צעד בעניינו. אדרבה, הם אפשרו לפרנקן להמשיך ולהתקדם

בתפקידים פיקודיים, שבהם עשה חיל, וראש אכ"א אישר בעדותו שאינו יודע וגם לא בדק האם היו כשלים אחרים בתפקודו של פרנקן לאורך שנות שירותו בצה"ל. למעשה, ביום 7.6.2020 ועל רקע החלטת ההדחה נערך סיכום ראיון של מפקד המרחב במצ"ח עם פרנקן. בסיכום הריאיון רשם מפקד המרחב: "מדובר בקצין מוערך מאד, אשר ביצע שורה של תפקידים משמעותיים ביחידת מצ"ח. בתפקידו האחרון הוביל את הימ"ר לשיאים חדשים ובמקביל ביצע תפקיד של סגן מפקד הימ"ר באופן ראוי לציין [...] הודיתי לקצין על שירותו המשמעותי ביחידת מצ"ח בכלל ובתפקידו האחרון בפרט, אותו ביצע בצורה יוצאת דופן, תוך הפגנת מקצועיות, נחישות, יצירתיות ויכולות פיקוד וניהול גבוהות".

הנה כי כן, מכל הנתונים שהוצגו מתקבל הרושם שמדובר בקצין מצטיין, הן בתפקידיו הקודמים והן בתפקיד שאליו עבר לאחר האירוע הטרגי. עוד נמצא, כאמור לעיל, כי פרנקן חידד את הנהלים בפני גורמי המודיעין בבסיס – והמשיבים 8 ו-9 בכללם – יומיים בלבד לפני ניסיון הגיוס של המנוח, ואף הדגיש בפניהם את החובה לדווח על מצוקה נפשית. התחקירים שבוצעו לאחר האירוע חלקו לפרנקן שבחים על תפקודו בליל החיפושים אחר המנוח, ובכל אלה יש לגישתי משום חיזוק למסקנה כי גם ביחס לאמות המידה שנקבעו בהוראות סעיף 48 לנוהל ההדחה, החלטת ההדחה לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה.

79. סיכומם של דברים: הפער המשמעותי שעליו עמד בית המשפט קמא בין החלטת ההדחה ובין העובדות הלכאוריות כפי שנפרשו בחקירת היחק"פ ובתחקירים השונים שנערכו לגבי האירוע, דורש הסבר – והסבר כזה לא הוצג. לפיכך, נותר הפער המהדהד הזה בין התמונה העובדתית שנפרשה בפנינו ובין הנימוקים הלקוניים והמשתנים שהוצגו על ידי רשויות הצבא – ללא מענה.

80. אכן, החובה לדאוג לכך שעל הצבא יפקדו המפקדים המתאימים ביותר לתפקידים מוטלת על הרמטכ"ל, ומכאן גם הסמכות ושיקול הדעת הרחבים הנתונים לו לעשות כן. עם זאת, כפי שצינתי במקרה אחר שעסק בביקורת שיפוטית על רשויות הנהנות משיקול דעת רחב: "שיקול הדעת הרחב המסור למדינה לגופם של דברים, מחייב הקפדה יתרה על הוראות המשפט המנהלי הדיוני כדי שלא יקופחו זכויות הפרט" (בג"ץ 5435/14 עמותת כפר דהמש נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (28.4.2021)). בספרו על הסמכות המינהלית מציין פרופ' יצחק זמיר כי "רשות מנהלית שמפעילה את שיקול דעתה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות"

(יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1119 (2011); על ההשפעה של העדר תשתית עובדתית על שרירותיות ההחלטה המנהלית, ראו גם: בג"ץ 1107/21 שחש נ' ראש הממשלה מר בנימין נתניהו, פסקה 31 לחוות דעתי (17.3.2021)). דרישה זו חלה על כלל רשויות המדינה ואף הצבא והעומד בראשה אינם פטורים ממנה.

81. הרמטכ"ל ציין בצדק כי רק במקרים נדירים וחריגים יתערב בית המשפט בשיקול דעתו המנהלי לגופו בענייני כוח אדם, אך כאשר מתברר כי נפל פגם חמור בדרך אל ההחלטה – עשוי בית המשפט למצוא כי ההחלטה בטלה מטעם זה. כזה הוא המצב בענייננו. משעה שהתברר כי ההחלטה שהתקבלה נוגדת את הנוהל שעל בסיסו התקבלה וכי היא נעדרת ביסוס בתשתית עובדתית כנדרש, די בכך. נוכח מסקנתי זו, איני רואה צורך להידרש להשגות שהעלה הרמטכ"ל באשר להיבטים עובדתיים בפסק דינו של בית המשפט קמא, ובכללם קביעותיו כי רכזי המודיעין היו "אנשי קבע ותיקים" או כי לא ניתנו בעבר כינויים בלתי-הולמים למקורות מודיעיניים. אפילו היה ממש בטענות אלה, די לנו בפגמים שנפלו בהליך כדי להגיע למסקנה כי החלטת ההדחה חרגה מהוראות נוהל ההדחה עצמו וכי ההחלטה נעדרת תשתית עובדתית ראויה לביסוס המסקנות החמורות שנקבעו בה.

הטעם

82. בהתחשב בחומרת הפגם שנפל בהחלטת ההדחה, צדק בית המשפט קמא בקובעו כי יש להורות על בטלותה. הרמטכ"ל טען לחלופין כי במקרה כזה יש להשיב את הנושא לטיפולו, על מנת שיקבל החלטה פיקודית חדשה בענייניו של פרנקן, בציינו כי "העיקרון בדבר התערבות בשיקול הדעת המינהלי פירושו כי הבחירה בין הפתרונות האפשריים השונים הנופלים למתחם הסבירות, נתונה כל כולה לרשות המנהלית" (פסקה 53 לסיכומיו וראו גם: פסקאות 144-145 להודעת הערעור).

אין בידי לקבל טענה זו.

בטלותה של החלטת ההדחה מתחייבת, כפי שהובהר לעיל, בשל הפגמים החמורים שנפלו בהליך שבסופו התקבלה ההחלטה. יתרה מכך – בשים לב לקושי שיתעורר לטענת הרמטכ"ל אם לא יינתן ביטוי כלשהו לאחריות הפיקודית של פרנקן, הוצעה בתום הדיון בפנינו הצעה קונקרטיה לצעד פיקודי שיאפשר את סיום ההליך בהסכמה, אך כפי שכבר צוין לעיל, הצעה זו לא התקבלה. ביום 10.12.2020 הודיע הרמטכ"ל כי "נשקלו הדברים פעם נוספת באופן מעמיק ונמצא כי אין מקום, ולא ניתן,

בראיית [הרמטכ"ל], לנקוט בצעדים פיקודיים מצומצמים יותר בנסיבות העניין" (ההדגשה הוספה). התפתחות זו שוללת אף היא את הסעד החלופי שנתבקש, שכן הרמטכ"ל הבהיר בהודעתו באופן חד משמעי כי לגישתו קיימת רק החלטה אפשרית אחת בעניינו של פרנקן, ומשכך לא ברור מה טעם יש בהשבת הנושא לקבלת החלטה אחרת על ידו.

טוף דבר

83. הלב יוצא אל העותרים ואל כאבם. המנוח תואר על-ידי הוריו, העותרים, כ"ילד אהוב, שמח, חם, יצירתי וסקרן", אח מסור, נגן כשרוני, חבר טוב לחבריו הרבים. הוא שירת כלוחם בצה"ל, אך למרבה הדאבה הוא נטל את חייו בידי במהלך שירותו ולא שב לחיק משפחתו וקרוביו. את הגלגל לא ניתן להשיב לאחור ואין מזור למשפחתו ולאווהביו הרבים. אך אנו אמונים על הכרעה בשאלות המשפטיות המובאות לפתחנו ועלינו להכריע בהן על פי אמות המידה והכללים שהוגדרו בחוק, בפסיקה ובנהלים הרלוונטיים. כללים אלו מובילים אל המסקנה כי אין מקום להתערבותו של בית משפט זה – לא בסעיפי האישום שבחר הפצ"ר לנקוט נגד חלק מהמעורבים בפרשה, ואף לא בפסק דינו של בית המשפט קמא, בכל הנוגע לצעדים שביקש הרמטכ"ל לנקוט ביחס לפרנקן.

ההליכים המשפטיים שלפנינו הסתיימו, אך אין משמעות הדבר כי הטיפול בפרשה זו "תם ונשלם". על רשויות הצבא מוטלת חובה מוסרית ומשפטית מהמעלה הראשונה לנקוט צעדים מתאימים להגנה על שלומם של המשרתים בצה"ל, ויש לברך על הצעדים שכבר ננקטו בצבא להפקת לקחים מן האירוע הטרגי, ובכללם הקמת הצוות אשר בחן את אופן גיוס המקורות במצ"ח וביצוע שינויים בנושאים שעליהם התריע מבקר המדינה עוד בשנת 2018. כמו כן גם יש לברך על פועלם של הורי המנוח ועל מאמצייהם להבטיח שהטרגדיה שפקדה אותם לא תפקוד אחרים. אנו תפילה כי הורי המנוח ימצאו נחמה פורתא בשינויים המערכתיים שכבר בוצעו.

84. סיכומם של דברים: לא מצאתי עילה להתערב בהחלטת הפצ"ר להימנע מלייחס עבירה תוצאתית לרכזי המודיעין. על כן, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה בבג"ץ 6745/19 בלא צו להוצאות. כמו כן, לא מצאתי עילה להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא נושא הערעור בעע"מ 1534/21. על כן, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור, ונחייב את המערער בהוצאותיו של פרנקן ובשכ"ט עורך-דין בסך של 15,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

דעתי כדעתה של חברתי הנשיאה א' חיות; נימוקיה נכוחים, מסקנותיה נכונות.

כאבם של הורי המנוח – נורא. הלב דואב. מי יתן ולא ידעו עוד צער.

משהרחיבה חברתי הנשיאה בדברים, אוכל לקצר: (א) אין עילה להתערבות מצידנו בהחלטות גורמי הצבא, בקשר לאישומים שבהם הואשמו רכזי המודיעין, ובעמדתו של הפצ"ר, כי אין די ראיות להאשימם באחריות למותו של המנוח. (ב) אין הצדקה לשנות מפסיקת בית המשפט המחוזי שהורה על ביטולן של החלטות ראש אכ"א והרמטכ"ל לגבי הדחתו של מפקד בסיס מצ"ח, מחמת הפגמים הקשים שנפלו בהן.

הרמטכ"ל טוען כי מרחב שיקול הדעת המסור לו – רחב ביותר, וכפועל יוצא מכך, גדר ההתערבות בהחלטותיו – מצומצם במיוחד. הרמטכ"ל צודק. דבריו אלו מקובלים עלי במלואם, ודומה שגם חברתי הנשיאה אינה חולקת על כך. יתר על כן. לא רק לרמטכ"ל מסור שיקול דעת רחב שכזה, אלא גם לדרגי הפיקוד שמתחתיו. ברי כי הרמטכ"ל, וכמוהו גם קצינים ומפקדים בצה"ל, נדרשים לקבל החלטות מקצועיות, מבצעיות, קשות ומורכבות, דבר יום ביומו, כדי להגשים את יעדי הצבא ומטרותיו בהגנה על המדינה ועל חיי תושביה. לשם כך נדרש מרחב פעולה. לא באנו להצר את צעדיהם של מפקדי צה"ל, ולא נבוא בנעליהם. פשוט וברור, כי המלאכה מסורה בידיהם האמונות. ההתערבות השיפוטית מתחמת, גדורה, מצומצמת ביותר; אך חסינות מוחלטת מפני התערבות – אין, והעניין הנדון יוכיח.

הרמטכ"ל טוען לפנינו, ובאות-כוחו אף התרו, כי התערבות בהחלטה על הדחת מפקד בסיס מצ"ח, שנתקבלה על-ידי ראש אכ"א, ולאחר מכן אושרה על-ידי הרמטכ"ל, משמעה פגיעה קשה בעקרון האחריות הפיקודית, עיקרון שחשיבותו לחוסנו של הצבא – גבוהה ביותר. ברם, משהתברר כי מדובר בהחלטות מוקשות, מתפתחות, שנתקבלו מבלעדי תשתית עובדתית הולמת, ובניגוד להסדר המפורט, המיוחד, שנקבע בנוהל ההדחה של צה"ל – אין מנוס מהתערבות. פעמים שאינך רשאי להתעלם (על-פי: בבלי, בבא מציעא ל, ע"א).

הלכה למעשה, נראה כי כבר ביום 14.5.2020 – הוא המועד שבו נדרש המשיב להתייצב בבהילות לפני ראש אכ"א (כ-16 חודשים לאחר מותו של המנוח) – נפל הפור, אז גמלה החלטה בלבו של ראש אכ"א לפעול להדחתו. כעולה מכתבי הטענות, באותה פגישה הבהיר ראש אכ"א למשיב, ללא התראה מוקדמת, כי הוא רואה בו אחראי ישיר למותו של המנוח; כי הוא אינו מקבל את עמדת הפרקליטות הצבאית, ואת מסקנת התחקירים הפיקודיים היסודיים שנעשו במצ"ח, אשר בהם נקבע במפורש כי המשיב אינו אחראי למותו של המנוח, ולא נמצא כל דופי בהתנהלותו; וכי כוונתו לנקוט נגדו צעדים פיקודיים קשים, שבסופם ימצא עצמו מחוץ לצה"ל. אמנם, בהמשך, בעקבות פניית ב"כ המשיב, הבהיר ראש אכ"א, כי לא היה מדובר אלא ב"שיח מפקדים מקדים", כאשר צעדים פיקודיים מעשיים ינקטו רק בהמשך, על-פי הכללים המעוגנים בפקודות הצבא. ברם, החלטותיו המתפתחות של ראש אכ"א; הנימוקים המשתנים; אישורו המהיר של הרמטכ"ל לאותה החלטה (ביום שבו ניתנה החלטת ראש אכ"א); פרסום דבר האישור באמצעות דובר צה"ל; וטענת הרמטכ"ל בדיעבד, רק בעקבות פניית ב"כ המשיב, כי למעשה ניתן אישורו 'באופן עקרוני' בלבד, וכי טענותיו של המשיב תישמענה 'באופן ענייני ופרטני' – כל אלה ועוד, מעידים על היפוך היוצרות, על הקדמת מסקנה לבירור כהלכתו. מבלעדי תשתית עובדתית הולמת, ניתנו החלטות פגומות. במצב דברים זה, לא הותירו ראש אכ"א והרמטכ"ל בידי בית המשפט המחוזי ברירה, ולא היה מנוס מפני התערבות בהחלטותיהם.

מאז חודש מאי 2020, דבק ראש אכ"א בעמדתו, והחרה-החזיק אחריו גם הרמטכ"ל. לא הועילו למשיב מסקנות התחקירים הפיקודיים שלא מצאו כל דופי בהתנהלותו; לא הועילו למשיב המלצותיהם החמות של מפקדיו; לא הועילו למשיב פעולותיו החשובות, לפני מותו הטראגי של המנוח, ואף לאחר מכן, בליל החיפושים. עם כל חשיבותו של עקרון האחריות הפיקודית – שעל אודותיו שקדו ב"כ הרמטכ"ל לפרט ולשנן שוב ושוב בכתב, וחוזר חלילה בעל-פה – לא נוכל לקבל בעניין החריג שעומד על הפרק את עמדת הרמטכ"ל, משום שהיא עומדת בניגוד לנוהל ההדחה הצה"לי, בסתירה לכללי הצדק הטבעי, ואינה ממלאת את אחר אמות המידה של המשפט המינהלי. לא במידה ובמשקל עסקינן, לא בפערי דעה ומחשבה בין הרמטכ"ל וראש אכ"א לבית המשפט, כי אם ביסוד ושורש כללי המשפט המינהלי.

ודוק: מדובר בחריג, והוא אינו מלמד על הכלל. האחריות הפיקודית בצה"ל היתה לשם דבר. העיקרון הזה, תחת פיקודו של הרמטכ"ל, הוא טוב ומיטיב, נכון וקיים. החריג כאן, הוא תקלה. בעצם תיקונה אין משום פגיעה. אדרבה, התיקון עשוי להועיל לביצורו של עקרון האחריות הפיקודית.

כאמור, אני מצרף את דעתי לדעתה של חברתי הנשיאה א' חיות; הן לגבי דחיית העתירה, הן לגבי דחיית הערעור.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מצרף את הסכמתי לכל האמור בפסק דינה המקיף של חברתי, הנשיאה א' חיות. הערותיו של חברי, השופט נ' סולברג, מקובלות עליי אף הן. מי יתן והעותרים בבג"ץ 6745/19, הורי המנוח, הלוחם ניב לובטון ז"ל, לא יידעו עוד צער.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"א באדר ב' התשפ"ב (14.3.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה