

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7232/01

בפני : כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' גובראן

העותרים : 1. מהדי יוסוף
2. סא"ל (מיל') יצחק זאוברמן
3. סא"ל (מיל') אורי פיליפין
4. סא"ל (מיל') פרופסור ישראל הרשקוביץ
5. סרן (מיל') ישראל צוברי
6. סמ"ר (מיל') ליאור ניסים
7. עמותת פ.ל.מ. (פצועים לא מפקירים)

נ ג ד

המשיבים : 1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה
3. שר הביטחון
4. ראש המטה הכללי של צה"ל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : ל' בסיון תשס"ג (30.6.2003)

בשם העותרים : עו"ד דויד דנינו, עו"ד נועם שובל

בשם המשיבים : עו"ד שי ניצן

פסק-דין

השופט י' טירקל:

1. ביום 1.10.00 התפרעו מאות פלשתינאים סביב מתחם "קבר יוסף" (להלן – "המתחם"), הנמצא בחלקה המזרחי של העיר שכם. במהלך חילופי האש בין המתפרעים לבין כוחות משמר הגבול וצה"ל שהיו במקום, נפצע סמל מדחאת יוסף ז"ל (להלן – "המנוח") פצעים קשים ואחרי כשלוש שעות ומחצה נפטר מפצעיו בעודו במתחם (להלן – "האירוע").

העותר מס' 1 הוא אחיו של המנוח. העותרים מס' 2 – 6 נמנים על מייסדיה של העותרת מס' 7, שהיא תנועה ציבורית שהוקמה אחרי האירוע. בעתירתם מבקשים העותרים כי ממשלת ישראל וראש הממשלה – הם המשיבים מס' 1 ו-2 – יחליטו להקים ועדת חקירה לחקירת האירוע לפי סעיף 1 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט – 1968 (להלן – "החוק"). כמו כן מבקשים העותרים כי שר הבטחון – הוא המשיב מס' 3 – יורה לראש המטה הכללי של צה"ל – הוא המשיב מס' 4 – "להוציא פקודת יום" לכלל חיילי צה"ל המבהירה באופן גלוי וברור ש"אירוע קבר יוסף" היה כשל מערכתי חד פעמי ומדגישה מחדש את המחויבות העליונה של צה"ל לכלל היסוד הקובע כי "חייל יהיה נכון לעשות כל הדרוש ואף לסכן את חייו כדי להיחלץ לעזרת חבריו וכדי לא להשאיר חיילים פצועים בשדה הקרב".

הפרשה

2. בשל חשיבותם של הפרטים לבירורה של העתירה יובאו להלן בפירוט תאור הרקע של הפרשה ותאור האירוע שביסוד העתירה שאינם שנויים במחלוקת.

בעקבות מתיחות שנוצרה אחרי אירועים אלימים בהר הבית בירושלים גברה המתיחות באזור המתחם וביום 29.9.00 תוגבר הכוח הלוחם במתחם. במהלך אותו לילה הושלך בקבוק תבערה לעבר המתחם ולמחרת, ביום 30.9.00, היו אירועים של ידויי אבנים לעברו. באותו יום נהרגו שמונה פלשתינאים במרחב כפר קליל הסמוך לשכם, ובצהרי יום 1.10.00, בתום הללויותיהם, התחילה התפרעות של מאות פלשתינאים באזור המתחם שבמהלכה היו ידויי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר המתחם. בשעה 14:50 התחילו שוטרים פלשתינאים לירות לעבר המתחם מבית סמוך ובשעה 15:10 נפגע המנוח בצווארו מן היריות ופונה לתוך אחד מחדרי המתחם. באותו שלב היה המנוח בהכרה. מפקד המתחם דיווח למפקד חטיבת שומרון כי יש פצוע קשה וביקש לפנותו. מיד אחרי פציעתו של המנוח התחיל משא ומתן עם הפלשתינאים במספר ערוצים מקבילים במטרה לחלץ את המנוח. ערוץ הקשר המרכזי בין הכוחות הישראליים לבין הכוחות הפלשתינאים היה בין סגן ראש השב"כ לבין אישים פלשתינאים, ג'יבריל רג'וב וחאג' איסמעיל. חאג' איסמעיל מסר לסגן ראש השב"כ שאמבולנס פלשתינאי בדרכו לחלץ את המנוח וביקש מהכוחות הישראליים לגלות איפוק. בסופו של דבר, לא הצליח האמבולנס הפלשתינאי להגיע אל המתחם מחמת ההמון הפלשתינאי שצר עליו.

הנסיון לחלץ את המנוח על ידי האמבולנס הפלשתינאי התעכב ובשעה 16:10 התחילו כוחות צה"ל בהכנות לפעולת חילוץ. בשעה 16:28 דווח כי ג'יבריל רג'וב נמצא בדרכו למתחם כדי לטפל אישית בחילוץ של המנוח. בשעה 17:10 הגיע הרמטכ"ל לשלוחת תל א-רס שבהר גריזים שהיא נקודת התצפית הטובה ביותר מן השטח הישראלי לכיוון המתחם. הרמטכ"ל שוחח משם בטלפון עם ג'יבריל רג'וב ועם ראש עיריית שכם ודרש מג'יבריל רג'וב שיגיע למתחם ויסייע בחילוץ. יצוין כי בשלוחת תל א-רס שבהר גריזים שהו משעה 14:30 אלוף פיקוד המרכז, מפקד חטיבת שומרון, מפקד אוגדת יהודה ושומרון, ראש המינהל האזרחי וקצין אגף מטה של פיקוד המרכז שניסו למצוא פתרון עוד בטרם הגיע הרמטכ"ל למקום. בשעה 17:20 התגודדו עדיין מתפרעים רבים סביב המתחם והמשיכו ליידות אבנים ולירות מנשקם לעבר המתחם. מאמצים של כוחות המשטרה הפלשתינאית להרחיק את המתפרעים מסביבת המתחם לא עלה יפה. במהלך אירועים אלה, חלה הרעה במצבו של המנוח והוא איבד את הכרתו. בשעה 17:30 ירו צלפים של צה"ל משלוחת תל א-רס שבהר גריזים ופלשתינאי אחד נפגע מן הירי. כעבור דקות מספר הגיע ג'יבריל רג'וב אל המתחם בליווי בכירים פלשתינאים, האש הפלשתינאית נפסקה ושוטרים פלשתינאים התחילו להרחיק את ההמון מהמתחם. באותו זמן ירו מסוקי קרב ישראליים לעבר מגרשים סמוכים למתחם וכתוצאה מן הירי נמלט ההמון וחלה הפוגה במהומות. בשעה 18:40 נפטר המנוח מפצעיו ובשעה 19:30 פונה מהמתחם על ידי אמבולנס פלשתינאי. בשעה 20:20, אחרי שגופתו של המנוח הועברה לצה"ל, נקבע מותו על ידי רופא צבאי.

הבירורים

3. ימים מספר אחרי האירוע הורה הרמטכ"ל לערוך תחקיר מבצעי (להלן – "התחקיר") על ידי צוות בראשותו של אלוף במילואים יורם יאיר ששימש בעבר, בין היתר, כמפקד חטיבת הצנחנים וכראש אגף כוח אדם בצה"ל. אתו מונו שני קצינים בכירים נוספים: תת אלוף אלעזר שטרן ששימש באותו זמן קצין חינוך ראשי, ותת אלוף יואב גלנט ששימש באותו זמן מפקד אוגדה משוריינת. ביום 8.11.00 הגיש צוות התחקיר את מסקנותיו לרמטכ"ל.

בתחקיר נבחנו שתי חלופות שעמדו בפני מפקדי צה"ל בעת האירוע: האחת, חילוץ המנוח באמצעות הפלשתינאים; והשנייה, הפעלת כוח משוריין של צה"ל לשם חילוץ של המנוח. יצוין כי החלופה האחרונה – שכונתה תכנית "כתונת פסים" – נועדה לכיבוש חלקים ניכרים במזרח העיר שכם כדי לאפשר חילוץ כוח צבאי המצוי במתחם. עוד יצוין כי תכנית "כתונת פסים" גובשה לאור הלקחים של התחקיר המבצעי

שנערך אחרי האירועים האלימים שהיו במתחם בחודש ספטמבר 1996. אשר לחלופה הראשונה, שהיא שנבחרה בסופו של דבר על ידי מפקדי צה"ל, נאמר במסקנות התחקיר כי:

"לאורך כל האירוע לא הייתה התלבטות כלשהי באשר למחויבות לחילוף הפצוע. הדבר היה טריוויאלי בעיני כל המפקדים הבכירים. חייבים לפנות את הפצוע בדרך המהירה ביותר. הדילמה שנוצרה הייתה עניינית כלומר מהי הדרך המהירה יותר, ולפיכך המועדפת, לפנות את הפצוע, האם באמצעות הפלשתינאים או לחלופין ע"י כוח חילוף צה"לי".

4. ביום 11.11.00 נפגש ראש צוות התחקיר עם בני משפחתו של המנוח והגיש להם תמצית של התחקיר, מתוך אותו חלק שהותר לפרסום. ביום 8.12.00 נפגש הרמטכ"ל עם נציגי העותרים והודיע להם על כוונתו להפיץ לכל חיילי צה"ל ומפקדיו איגרת על "ערכים במבחן הזמן" (להלן – "איגרת הרמטכ"ל"). איגרת הרמטכ"ל הופצה ביום 18.12.00 ובה נדון מה שאירע במתחם וכן נדונו סוגיות ערכיות כלליות שעלו בעקבות האירוע. אחרי הפגישה עם הרמטכ"ל פנו העותרים לראש הממשלה דאז, מר אהוד ברק, ודרשו שהממשלה תקים ועדת חקירה ממלכתית. ביום 15.2.01 דחה ראש הממשלה את בקשתם מן הטעם ש"האירועים נחקרו עד תוכם, וחקירה נוספת לא יהא בה כדי לשפוך אור נוסף על נסיבותיהם". ביום 13.9.01 הגישו העותרים את העתירה שלפנינו. ראש הממשלה המכהן, מר אריאל שרון, חזר ובחן את בקשתם להקים ועדת חקירה, וביום 16.10.01 אף נפגש עם בני משפחתו של המנוח ועם נציגי העותרים. לאחר מכן החליט ראש הממשלה שלא לשנות את החלטת קודמו, מר אהוד ברק, ושלא לפעול להקמתה של ועדת חקירה.

בסוף שנת 2001 דנה מליאת הכנסת בהצעה לסדר היום שהגיש חבר הכנסת איוב קרא, בעניין האירוע בקבר יוסף, שעיקרה היתה הדרישה להקים ועדת חקירה ממלכתית שתחקור את האירוע. ראש הממשלה, שהשיב להצעה בשם הממשלה, הציע להעביר את הנושא לדיון בועדת החוץ והבטחון של הכנסת, כדי שזאת תבדוק את העניין. הצעתו התקבלה והעניין הועבר לוועדת החוץ והבטחון שדנה בו במהלך ישיבות מספר. עקב פיזור של הכנסת לא הספיקה הועדה לגבש את מסקנותיה ולהניחן על שולחן מליאת הכנסת. עם זאת, התקיים דיון בועדת המשנה לכוננות ובטחון שוטף – שהיא ועדת משנה של ועדת החוץ והבטחון – כדי להגיע לסיכום של הדיון שנערך בועדת החוץ והבטחון. בסיום הדיון הוחלט, כי יושב ראש ועדת המשנה ישלח מכתב לראש הממשלה, לשר הבטחון ולרמטכ"ל, שבו יודגש כי רשויות הצבא "צריכים להבהיר לכל חייל בצה"ל שהערך על פיו אין מפקירים בצה"ל פצוע בשטח - לא נפגם,

וכי צה"ל, מפקדיו וחייליו, ימשיכו לעשות ככל אשר לאל ידם, תוך חירוף נפש במידת הצורך, כדי לחלץ פצוע משדה הקרב". ועדת המשנה לא קבעה שיש להקים ועדת חקירה ממלכתית. המכתב נשלח ובכך נסתיים טיפולה של ועדת החוץ והבטחון בעניין זה. מלבד ההצעה הנזכרת לסדר היום הגישו 39 חברי כנסת, ביום 21.1.02, הצעת חוק פרטית להקים ועדת חקירה ממלכתית שתבדוק את האירוע. משלא דנה מליאת הכנסת ה-15 בהצעה עד תום מושבה ירדה ההצעה מסדר יומה עם פיזור.

השאלות והתשובות

5. בעתירתם ובדיון לפנינו טענו העותרים, בתמצית, כי ביסוד התנגדותם של המשיבים מס' 1 ו-2 להקמת ועדת חקירה עומדת העובדה שנערך תחקיר, אולם תחקיר זה אינו רלבנטי לשאלות שעלו בעקבות האירוע: מי היה הגורם שנתן את ההוראה שלא להפעיל את תכנית "כתונת פסים"; מה היו השיקולים והמניעים של גורם זה להורות לצבא שלא להפעיל את התכנית; האם נשקלו כאן שיקולים זרים; והאם האירוע "משקף מגמה של הידרדרות" בגישת צה"ל בכל הנוגע ליישומו של "ערך הַעֲוֹת". לטענת העותרים הגורם שנתן את ההוראה שלא להפעיל את תכנית "כתונת פסים", לא היה גורם צבאי, אלא גורם מדיני, שחשש מפגיעה בתהליך השלום ומשום כך העדיף דרך פעולה שבאה לשתף כוחות פלשתינאים בחילוץ של המנוח. בדיון לפנינו הוסיפו כי גורם זה היה ראש הממשלה דאז, מר אהוד ברק. לטענתם, העדפתה של דרך פעולה זאת עמדה בניגוד לתחקירים ומסקנות קודמים של הצבא, בעקבות אירועי מנהרת הכותל ואירועי "א-נכבה", שלפיהם אין לצפות כי הפלשתינאים יפעילו כוח שיסייע לצה"ל במצבים שבהם מתפרעים פלשתינאים. שאלות אלה לא נבדקו במסגרת התחקיר האמור ולפיכך יש צורך לבדוק את האירוע על ידי ועדת חקירה ממלכתית. עוד עתרו העותרים כי המשיב מס' 3 יורה למשיב מס' 4 להוציא "פקודת יום" לצה"ל ולא להסתפק באיגרת הרמטכ"ל שהופצה בכתב. לדעתם, חשיבות האירוע והלקחים הנלמדים ממנו מחייבים הוצאת "פקודת יום" שתוקרא באזני חיילי צה"ל בכל יחידותיו, במסגרת טקסים צבאיים.

כנגדם טענו המשיבים, בתמצית, כי אין בסיס לטענה כי גורם מדיני הוא שנתן את ההוראה שלא להפעיל את תכנית "כתונת פסים". לדעתם, ניתן להסתפק בתחקיר הצבאי ואין צורך בהקמת ועדת חקירה וזאת, בעיקר, עקב מעמדם הבכיר של חברי צוות התחקיר, החומר המבצעי הרב שאותו בדק הצוות וכן בעלי התפקידים הרבים שנחקרו לצורך התחקיר. עוד טענו כי מסקנות התחקיר מלמדות שמפקדי צה"ל ששהו במתחם חיפשו אחרי הדרך המהירה ביותר לחלץ את המנוח. לטענתם

"לאור הנסיון המבצעי שנצבר - - - הערכת המצב של הפיקוד הבכיר בשטח היתה כי דרך החילוץ הראשונה [באמצעות הפלשתינאים - י"ט] תימשך זמן קצר יותר מאשר דרך החילוץ השנייה [באמצעות הפעלת כוח משוריין של צה"ל - י"ט]. - - - תוכנית החילוץ שנבחרה נבחנה שוב ושוב אל מול הנסיבות המבצעיות שהתבהרו אט אט במהלך ניהול הקרב במתחם "קבר יוסף", אולם גם לאורן של הנסיבות החדשות עדיין הוערך כי התוכנית שנבחרה מהירה יותר מרעותה. - - - הערך החשוב ביותר שעמד אל מול עיני הפיקוד הבכיר בשטח היה הערך של "חילוץ פצועים תחת אש". כשהתברר למפקדים בשטח כי חילוץ הפצוע על ידי הכוחות הפלשתינאים צפוי להיות מהיר יותר מביצועה של פעולת חילוץ הכרוכה בכיבוש חלקים ניכרים משכם, הם בחרו בפתרון זה באופן מיידי ותוך שהם דוחים עקרונות אחרים, דוגמת העקרון המעדיף חילוץ באמצעות כוחות צה"ל על פני חילוץ באמצעות כוחות אחרים".

עוד טענו המשיבים כי לפי פסיקה עקבית של בית משפט זה מסורה ההחלטה בדבר הקמת ועדת חקירה לפי סעיף 1 לחוק לשיקול דעתה הבלעדי של הממשלה וראוי שבית המשפט לא יורה לממשלה לעשות שימוש בסמכותה. אשר לאיגרת הרמטכ"ל טענו, כי "פקודת יום" - המעוגנת בפקודת הרמטכ"ל מס' 33.0222, אינה הולמת את האירוע משום שהיא משמשת לציונם של "מאורעות בעלי חשיבות לאומית או צבאית כללית"; וכי איגרת הרמטכ"ל הולמת אותו יותר, משום שנועדה להתוות לצבא מדיניות ולהטמיע בו ערכים חינוכיים.

הדין

6. סעיף 1 לחוק, שמכוחו מבקשים העותרים כי המשיבים מס' 1 ו-2 יורו להקים ועדת חקירה, זאת לשונו:

"ראתה הממשלה שקיים עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור, רשאית היא להחליט על הקמת ועדת חקירה שתחקור בענין ותמסור לה דין וחשבון" (להלן - "הסעיף").

הסעיף מורה כי משנתקיימו התנאים האמורים בו - "עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור" - רשאית הממשלה להקים ועדת חקירה; אולם אין היא חייבת להקים ועדת חקירה דווקא. סמכות ההקמה היא סמכות שברשות, ואין היא סמכות שבחובה. כך עולה מלשונו של הסעיף וכך גם עולה מהגיונו. ועדת

חקירה מעצם טבעה היא גוף שבא לסייע בחקירת אירוע, לברר את נסיבותיו ולהמליץ המלצות לשם הפקת לקחים לעתיד. על כן רשאית הממשלה להחליט אם להקים גוף זה, להימנע מהקמתו, או לנקוט דרך אחרת. מה היקף התערבותו של בית המשפט בהחלטה של הממשלה שלא להקים ועדת חקירה מכוח החוק? השאלה נבחנה במספר פרשות שהועמדו להכרעת בית משפט זה.

בפרשה אחת ביקש עותר, ששירת במילואים בדרגת סגן, לחייב את הממשלה להקים ועדת חקירה "שתחקור בעניין הפלת מטוס הנוסעים מלוב במרחב סיני על ידי מטוס חיל האוויר של צה"ל". כפי שטען "תוצאותיה של חקירה כזאת עשויות לסלק מלבו ספקות כיצד עליו לנהוג בעת שירותו כקצין בצה"ל". בית המשפט דחה את העתירה באומרו כי:

"סעיף זה [סעיף 1 לחוק – י"ט] מתנה את הקמת הוועדה בשימוש בשיקול דעתה הסוביקטיבי של הממשלה ("ראתה הממשלה וכו'...") וגם אם התנאים להקמת ועדת חקירה קיימים, כפי שהוגדרו בסעיף, עדיין רשאית הממשלה להקים את ועדת החקירה, ואין היא חייבת לעשות כן. אין זה אחד המקרים הנדירים שבהם יש לקרוא את מתן הרשות כאילו מדובר בהטלת חובה. אין לפנינו ראייה, אם הממשלה דנה באפשרות של הקמת ועדת-חקירה והחליטה שלא להקימה. אבל גם אם כך היה, אין לבית משפט זה עילה לחייב אותה להשתמש בסמכותה, שאינה סמכות-חובה אלא סמכות-רשות" (ההדגשות במקור) (בג"ץ 94/73 (המ' 210/73) גבאי נ' שר הבטחון, (לא פורסם) (להלן – "פרשת גבאי").

בפרשה אחרת ביקש העותר לחייב את הממשלה להקים ועדת חקירה "שתחקור בעניין התמוטטות שערי ניירות הערך בבורסה לניירות ערך בתל אביב בשנים 1994 – 1995, ותמליץ המלצותיה על ביצוע צעדים לפיצוי המשקיעים על הפסדים שנגרמו להם". בית המשפט דחה את העתירה באומרו כי:

"אכן המדובר בנושא נכבד בעל חשיבות, אשר מצדיק מתן תשומת לבם של הממשלה ושל מוסדות הציבור למיניהם המופקדים על מישור זה של החיים הציבוריים. אך ההחלטה בדבר מינוי ועדת חקירה הינה בתחום שיקול דעתה הספציפי של הממשלה, על פי חוק ועדות החקירה התשכ"ט - 1968, ואין זה מן הראוי שבית משפט זה יורה לממשלה להשתמש בסמכות מיוחדת זו" (בג"ץ 3027/95 עמותת מגן 94 ואח' נ' ראש הממשלה ואח', (לא פורסם)).

בית המשפט חזר על הלכה זאת בפרשה שבה ביקש העותר לחייב את הממשלה להקים ועדת חקירה שתחקור שאלות שהתעוררו במישור הציבורי בעניין מינויו של עורך הדין רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. בדחתו את העתירה קבע בית המשפט כי:

"מתוך לשון הסעיף [סעיף 1 לחוק – י"ט], כמו גם מתוך אופי הסמכות, ברור כי שיקול הדעת של הממשלה בשאלה אם העניין הוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה, אם הוא טעון בירור באמצעות ועדת חקירה, ואם לדעתה רצוי להקים ועדה כזאת, משתרע על מגוון רחב מאד של שיקולים, שהממשלה רשאית לתת להם משקל רב או מועט, במסגרת מתחם רחב של סבירות, לפי הנסיבות של כל עניין. התוצאה היא שהביקורת השיפוטית על החלטת הממשלה מכוח הסמכות להקים ועדת חקירה היא, בפועל, מצומצמת. היישום של הכללים הרגילים, המסדירים את הביקורת השיפוטית בדרך כלל, על החלטה כזאת, אינו צפוי להוביל את בית המשפט לפסילת ההחלטה, אלא במקרים חריגים ונדירים, שכמותם עוד לא באו, וספק אם יבואו, בפני בית המשפט. כך לגבי החלטת הממשלה להקים ועדת חקירה לעניין מסויים. - - קל וחומר לגבי החלטת הממשלה שלא להקים ועדת חקירה לעניין מסויים. הרבה עניינים בעלי חשיבות ציבורית נמצאים תמיד על סדר היום הציבורי, ותמיד יהיה מי שיחשוב שעניין זה או אחר הינו בעל חשיבות ציבורית חיונית, הטעון בירור דווקא באמצעות ועדת חקירה, ולא בדרך אחרת. אולם ברור שאין אפשרות או הצדקה להקים ועדת חקירה, שהיא גוף כבד כשם שהיא גוף מכובד, אלא במקרים מיוחדים לעתים רחוקות. מהו, אם כן, אותו עניין מיוחד, מקרב עניינים חשובים רבים, המחייב הקמת ועדה כזאת? קשה מאד להוכיח כי החלטת הממשלה שלא להקים ועדה כזאת בעניין מסויים לוקה בשיקולים זרים או בחוסר סבירות עד שיש לפסול אותה ולחייב את הממשלה להקים ועדה באותו עניין" (ההדגשות שלי – י"ט) (דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 2624/97, 2827, 2830 רונאל ידיד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'; שגב נ' ממשלת ישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'; סעדיה נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נא(3) 71, 79 – 80 (להלן – "פרשת ידיד"). וראו גם דברי השופט ד' ביניש בבג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 515 – 517; דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 560/03 ארגון נפגעי הטרור הערבי ועוד 61 אח' נ' ראש הממשלה אריאל שרון ואח', (טרם פורסם. ניתן ביום 9.7.03)).

בפרשת ידיד נקט המשנה לנשיא ש' לויין גישה המצמצמת עוד יותר את היקף הביקורת השיפוטית על החלטה שלא להקים ועדת חקירה, באומרו כי:

"לענין פרשנות סעיף 1 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 מקובל גם עלי כמו על בית משפט זה בבג"ץ 3027/97 - - - כי "ההחלטה בדבר מינוי ועדת חקירה הינה בתחום שיקול דעתה הספציפי של הממשלה על פי חוק ועדות חקירה..." ומתקשה אני להבין הן מבחינת הלשון והן מבחינת המהות כיצד אפשר בכל מקרה להיעתר למבוקשם של העותרים. מבחינה לשונית כיצד? שלא ניתן לחייב את הממשלה "לראות" שקיים ענין "בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור" מקום שזו הוכחה כביכול בסנוורים ולא "ראתה" שקיים "ענין" כזה; ומבחינה מהותית כיצד? שה"כוח" להקים ועדת חקירה יוחד לממשלה לבדה ולא ניתנה לאזרח הבודד זכות חוקתית לאלץ אותה לעשות מעשה אשר אינה חפצה לעשותו" (ההדגשות שלי – י"ט) (פרשת י"ד, בעמ' 84).

7. שאלה נפרדת ומיוחדת היא היקף התערבותו של בית משפט זה מקום בו החליטה הממשלה לחקור עניין מסוים בדרך מסוימת, בין על ידי ועדת חקירה או בדרך אחרת, שגם כאן היתה נטית בית המשפט שלא להורות לממשלה לחקור את העניין בדרך מסוימת דווקא.

כך, בפרשה אחת, החליטה הממשלה להקים ועדת בירור שתבדוק את נסיון ההתנקשות בחייו של פעיל החמאס חאלד משעל. העותרת ביקשה לחייב את הממשלה להקים ועדת חקירה לפי סעיף 1 לחוק לחקירת נסיון ההתנקשות ולהפסיק את פעילות ועדת הבירור. בית המשפט דחה את העתירה באומרו כי:

"- - - אין, לדעתנו, עילה להתערב בהחלטת הממשלה, כשהחליטה להקים ועדת בירור ושלא להקים ועדת חקירה. גם כשמדובר בענין בעל חשיבות ציבורית רבה, ואפילו טעון הענין בירור, עדיין שיקול הדעת הוא בידי הממשלה שלא להקים ועדת חקירה. - - - בענייננו-שלנו רשאים היו ראש הממשלה והממשלה - רשאים ומוסמכים היו - למנות ועדת-חקירה; למנות ועדת-בירור; שלא לעשות דבר. הם העדיפו למנות ועדת-בירור. - - - השאלה אם ראוי היה להקים ועדת חקירה תחת ועדת בירור היא שאלה מן התחום הציבורי, אשר לא לנו להכריע בה" (בג"ץ 6001/97 אמיתי נ' ראש הממשלה ואח', (לא פורסם) (להלן – "פרשת אמיתי").

בפרשה אחרת נדונה חקירת נסיבות מותו של סמל ראשון דביר מור-חיים ז"ל במהלך פעילות מבצעית של צה"ל בדרום לבנון, כאן הורה הרמטכ"ל על תחקיר מבצעי לפי סעיף 60 לפקודת המטכ"ל מס' 33.0304. בעתירתם בקשו הוריו של דביר לחייב את צה"ל, את ראש המטה הכללי ואת הפרקליט הצבאי הראשי להקים ועדת חקירה לפי סעיף ג(2)(א) להוראת הפיקוד העליון מס' 5.0201, לחקירת נסיבות האירוע שבו מצא בנם את מותו. בית המשפט דחה את העתירה באומרו כי:

"מצירופן יחד של שתי ההוראות שצוטטו לעיל [האחת סעיף 60 לפקודת המטכ"ל; והשניה, סעיף ג(2)(א) להוראת הפיקוד העליון – י"ט], עולה כי תכליתן הינה ליצור שני מסלולי חקירה שונים החלים בשני מצבים נפרדים: פקודת המטכ"ל חלה על אירועים שהתרחשו במהלך פעילות מבצעית, והיא מייעדת להם את אופן החקירה המותאם להם – התחקיר המבצעי. ואילו הוראת הפיקוד העליון חלה על אירועים שהתרחשו במהלך פעילות השיגור של הצבא – לרבות פעולות אימונים – תוך שהיא מייעדת להם את שיטת החקירה של ועדת חקירה. - - - אכן, שני אופני החקירה השונים תואמים ליעודים שלשםם הוגדרו. קיים הבדל ניכר בין פעילות מבצעית לפעילות אחרת. אופי הפעילות ומערכת האילוצים והנסיבות הקיימים בעת פעילות מבצעית שונים במידה משמעותית מבעת פעילות שיגרתית. - - - הבדל זה בא איפוא לידי ביטוי גם בצורת החקירה המותאמת לפעילות מבצעית, לעומת צורות חקירה אחרות. תחקיר מבצעי הינו ככלל הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית. הוא נערך, בדרך כלל, על-ידי גורמים מקצועיים הקרובים לנעשה בשטח, ומצויים בפעילות המבצעית. הוא מתרחש מיד בסמוך לאירוע, כשהאירוע עדיין טרי בזכרונם של המשתתפים בתחקיר. הוא נעשה באופן בלתי-אמצעי ובלתי-מסורבל. הוא מהווה חלק אינטגרלי ממכלול הפעולה המבצעית והוא מושרש היטב בתוך ההווה המבצעית הצה"לית מאז ראשית קיומו של צה"ל" (דברי השופט ד' דורנר בבג"ץ 6208/96 א' מור חיים ואח' נ' צבא ההגנה לישראל ואח', פ"ד נב(3) 835, 845 (להלן – "פרשת מור חיים")).

8. כפי שראינו, מלשוננו של הסעיף משתמע כי מרחב שיקול הדעת של הממשלה שלא להקים ועדת חקירה גדול מאוד. בשל כך גם נטייתו של בית המשפט להתערב במקרה שהממשלה החליטה שלא להקים ועדת חקירה, תהיה מצומצמת ביותר (ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 837 – 838 (להלן – "רובינשטיין")); א' קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות (תשס"א) 362 – 365 (להלן – "קלגסבלד"); ז' סגל "ועדת חקירה מכוח חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968" מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 199, 220 – 221; ז' סגל "צללים

מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה "משפט וממשל ד" (תשנ"ח) 587, בעמ' 659 (הערה מספר 269)). יש המצמצמים עוד יותר ואינם פותחים פתח כלשהו להתערבותו של בית המשפט (ראו, דברי המשנה לנשיא ש' לוין בפרשת י"ד, בעמ' 84; רובינשטיין, בעמ' 837 - 838) ויש הפותחים פתח צר ביותר (ראו, בין היתר, פרשת גבאי; דברי שופט י' זמיר בפרשת י"ד, בעמ' 79 - 80). דרכי עם אלה שאינם נועלים דלת במקרים כאלה בפני העותרים אלא פותחים להם פתח, שהוא אמנם צר ביותר. לטעמי הייתי אומר כי לפי השקפתי יחייב בית המשפט את הממשלה להורות על הקמת ועדת חקירה רק במקרים חריגים ונדירים ביותר, כאשר עולה מן הנסיבות מסקנה אחת ובלתי נמנעת – המגיעה עד כדי חובה כמעט - שיש לחקור את הענין על דרך של ועדת חקירה דווקא. לענין זה יש להביא בחשבון, לדעתי, גם את השיקול של אמון הצבור בתוצאות החקירה, המוסיף משקל לשיקולים לטובת הקמתה של ועדת חקירה לפי החוק. מכל מקום, קשה להגדיר מראש את הנסיבות שיחייבו חקירה על ידי ועדת חקירה. כל פרשה ונסיבותיה שלה.

עוד ראינו ששיקול דעתה של הממשלה הוא רחב מאוד וחל לא רק לגבי עצם ההחלטה לחקור אלא גם לגבי דרך החקירה (ראו, קלגסבלד, בעמ' 356). משום כך מקום בו מחליטה הממשלה לחקור עניין מסוים בדרך מסוימת, בין על ידי ועדת חקירה או בדרך אחרת, תהיה נטייתו של בית המשפט שלא להורות לממשלה לחקור את העניין בדרך מסוימת דווקא. כך היה בפרשת אמיתי שבה לא הביע בית המשפט את דעתו בדבר הדרך המועדפת לבדיקת האירוע שנדון שם, וכן בפרשת מור-חיים שבה תמך בית המשפט בדרך של תחקיר מבצעי שערך צה"ל והעדיף אותו על פני בירור בדרך של ועדת חקירה.

מן הדין - אל קבר יוסף

9. נקדים ונזכיר כי בפרשה שלפנינו לא הובאה לפני הממשלה הצעה להקים ועדת חקירה, אלא ראש הממשלה הוא שהחליט שלא להקימה. האם באה הפרשה שלפנינו בגדר המקרים החריגים והנדירים שבהם יש להורות לממשלה להקים ועדת חקירה לפי החוק? האם נפל פגם בשיקול דעתו של ראש הממשלה המצדיק התערבות כזאת?

ראינו שהתחקיר נעשה על ידי צוות של מפקדים בכירים בדרגות אלוף ותת אלוף, עתירי ניסיון קרבי ופיקודי. סמכותיותו הגבוהה של צוות התחקיר מלמדת לא רק על איכותו ורצינותו של התחקיר אלא גם על עצמאותו של הצוות ואי תלותו בגורם הצבאי שמינה אותו. צוות התחקיר תחקר יותר מעשרים בעלי תפקידים שהיו מעורבים

בלחימה במתחם, בטיפול במנוח או בפיקוד על נסיון חילוץ. בין היתר, תחקרו מפקד המתחם בעת האירוע, המפקד הקבוע של המתחם שלא שהה בעת האירוע במתחם, הפרמדיק שטיפל במנוח בעת האירוע, חובש משמר הגבול שטיפל במנוח בעת האירוע, אלוף פיקוד המרכז, מפקד אוגדת יהודה ושומרון, מפקד חטיבת שומרון, הרמטכ"ל וראש השב"כ. כמו כן בדק הצוות גם יומני מבצעים רלבנטיים, פקודות ותרגולות שהוכנו בקשר לאירוע אפשרי במתחם, סיכומי אירועים קודמים שהתרחשו במתחם, קלטות שהכילו תצלומים שצולמו על ידי מטוס זעיר ללא טייס ותיעדו את השתלשלות האירועים במתחם וכן תצלומי אוויר של המתחם וסביבתו. צוות התחקיר גם יצא לבקר בשטח הישראלי הסמוך למתחם; ביקור זה התאפשר רק סמוך למתחם מכיוון שבעת ביצוע התחקיר כבר לא ניתן היה לבקר במתחם עצמו, עקב פינויו והעברתו לשליטה פלשתינאית. מתוך מכלול זה של נתונים שהובאו לפנינו עולה תמונה של נסיון כן ורציני לברר את כל העובדות שניתן לברר ולהפיק את כל הלקחים הדרושים.

זאת ועוד. בעקבות פניותיהם של העותרים נבחן התחקיר שוב הפעם על ידי מספר גורמים שגם בחנו את בקשת העותרים להקמת ועדת חקירה. כאמור, נבחן התחקיר בפעם הראשונה על ידי הרמטכ"ל. ראש הממשלה דאז, מר אהוד ברק, חזר ובחן את התחקיר אחרי שהעותרים פנו אליו בדרישה להקמתה של ועדת חקירה. אחרי פרק זמן נוסף, משהוגשה העתירה שלפנינו נבחן התחקיר פעם נוספת על ידי ראש הממשלה המכהן, מר אריאל שרון, שחזר ועיין בבקשת העותרים להקים ועדת חקירה. ביום 16.10.01 אף נפגש ראש הממשלה עם בני משפחתו של המנוח ועם נציגי העותרים. בחינה נוספת נעשתה בסוף שנת 2001 בעת הדיון בהצעה הנזכרת לסדר היום שהגיש חבר הכנסת איוב קרא, שעיקרה היתה בדרישה להקים ועדת חקירה ממלכתית שתחקור את האירוע. מכאן הועבר העניין לבדיקתה של ועדת החוץ והבטחון שדנה בנושא במשך מספר ישיבות. מאוחר יותר, התקיים דיון בעניין אף בוועדת המשנה לכוננות ובטחון שוטף, שהיא ועדת משנה של ועדת החוץ והבטחון. כל הגורמים שבחנו את התחקיר ואת בקשת העותרים להקים ועדת חקירה סברו שהתחקיר מיצה את החקירה ואין צורך בחקירה נוספת של האירוע על דרך של ועדת חקירה.

10. אכן, יש מקום לומר כי הפרשה הכאובה שלפנינו באה בגדר המקרים החריגים והנדירים שבהם יש מקום לשקול לחייב את הממשלה להורות על הקמת ועדת חקירה. זאת, בעיקר, משום החשיבות הציבורית הגדולה שבחקירת נסיבות מותו של המנוח; לאור הלקחים המבצעיים והמוסריים העולים מן הפרשה שאותם יש להטמיע בצה"ל, וכן מן הצורך החיוני לחזק את אמון הציבור בצבא ובמפקדיו, שיש לחשוש שהאירוע פגם בו. עם זאת, לאור ההיקף והיסודיות של התחקיר המבצעי שנערך ניתן לקבוע כי

חקירת הנסיבות נתמצתה ככל שניתן היה למצותה וקשה לשער שחקירה נוספת על ידי ועדת חקירה תעלה ממצאים שישנו את התמונה שמצייר התחקיר. יש מקום לומר שדווקא הדרך של תחקיר מבצעי שנבחרה לחקירת האירוע היה בה סיכוי טוב יותר לבדיקה יסודית (ראו, פרשת מור חיים, בעמ' 845). נוסף ונאמר כי לא מצאנו בחומר שהונח בפנינו אינדיקציה כלשהי לטיעוני העותרים שלפיהם הגורם שנתן את ההוראה שלא להפעיל את תכנית "כתונת פסים", היה גורם מדיני ולא צבאי, או כי שיקוליו של הגורם שנתן את ההוראה היו שיקולים זרים. שוכנענו כי לפני מפקדי צה"ל ששהו במתחם עמדה "דילמה מבצעית ולא דילמה ערכית" בבואם לשקול מה הדרך המהירה ביותר לחלץ את המנוח. לא למותר להוסיף עוד כי בצד חשיבותה של החקירה של אירוע קשה על מנת שלא יישנה עוד, עומד גם הצורך במיצוי החקירה ובסופיותה (ראו פרשת מור חיים, בעמ' 847) ונראה לנו שזה המצב כאן.

11. לא נמצא בסיס לטיעון כי האירוע "משקף מגמה של הידרדרות" בגישת צה"ל בכל הנוגע ליישומו של "ערך הַעֲוֹת". דרך פעילותם של מפקדי צה"ל בזמן האירוע ואחריו, וכן הפעולות החינוכיות שנעשו אחרי שמסקנות התחקיר הוגשו לרמטכ"ל, כמפורט להלן, מלמדות על החשיבות שמייחס צה"ל לערך נעלה זה. עם הגשת התחקיר לרמטכ"ל, ביום 8.11.00, הנחה הרמטכ"ל את הצבא לרענן את נהלי משימות החילוץ בכל הגדודים הלוחמים ולהדגיש את חשיבותן של משימות אלה. הרמטכ"ל אף הורה להעביר את עיקרי האירוע לכל חיילי צה"ל ולהבהיר להם את מרכזיותו של הערך של פינוי נפגעים תחת אש. ביום 13.11.00 גם הוצג סיכום התחקיר בפני הפורום המבצעי הבכיר של צה"ל, בראשותו של הרמטכ"ל, שדן בהיבטיו השונים. ביום 26.11.00 נערך מפגש של פורום מבצעי, בראשות הרמטכ"ל ובהשתתפות כל מפקדי הגדודים של צה"ל בשירות סדיר ובשירות מילואים, ובו הוצג התחקיר ונערך עליו דיון. גם בפורומים נוספים הסביר הרמטכ"ל את פרשת חילוץו של המנוח מהמתחם. חלק מהפורומים היו צבאיים וכללו את המטה הכללי, יחידות צבא שבהן ביקר הרמטכ"ל, שיחות עם לוחמים ומפקדים וכיוצא באלה. חלק מן הפורומים היו אזרחיים וכללו ראיונות והופעות של הרמטכ"ל ושל מפקדים אחרים בתקשורת, בבתי ספר, לפני גופים ציבוריים ולפני ועדת החוץ והבטחון של הכנסת. ביום 6.12.00 פורסם עלון "דבר לשטח" בחתימתם של ראש חטיבת תורה והדרכה וקצין חינוך ראשי. העלון, שהופץ ליחידות צה"ל השונות, יוחד כולו לנושא: "קבר יוסף: ערכים ושיקול דעת", ובו הובא סיכום של השאלות המבצעיות והערכיות שנדונו בתחקיר. ביום 18.12.00 פרסם הרמטכ"ל, כאמור לעיל, את איגרת הרמטכ"ל בנושא "ערכים במבחן הזמן", שאותה היפנה לכל חיילי צה"ל ומפקדיו, ובה נדון, כאמור לעיל, מה שאירע במתחם וכן נדונו סוגיות ערכיות כלליות שעלו בעקבות האירוע.

סוף דבר

12. סמל מדחאת יוסף ז"ל מצא את מותו בקבר יוסף. העותרים מבקשים כי נסיבות מותו ייחקרו באופן הממצה והמקיף ביותר. העותר מס' 1 זכאי לכך, כבן משפחתו של המנוח; העותרים זכאים לכך כחיילי צה"ל ואחיו לנשק של המנוח; העם הזה זכאי לכך כמי ששולח את בניו לקרב. אך מזכות זאת לא נגזרת בהכרח הזכות כי הארוע ייחקר גם על ידי ועדת חקירה ממלכתית. שוכנענו כי התחקיר המבצעי המקיף והיסודי שנערך מיצה את הברור שחובה היתה לערוך אותו, וכי לא נפל פגם בשיקול דעתו של ראש הממשלה שהסתפק בתחקיר ולא הציע לממשלה להורות על הקמתה של ועדת חקירה. כמו כן שוכנענו שלא נפל פגם בשיקול הדעת של מפקדי צה"ל שבחרו בדרך של איגרת רמטכ"ל וביתר דרכי ההסברה וההדרכה שננקטו כדי להתוות לצה"ל את המדיניות הראויה לעתיד וכדי להטמיע בו את הערכים החינוכיים שיש להטמיעם.

לבנו דווי על סמל מדחאת יוסף ז"ל. לבנו עם בני משפחתו, עם חבריו ועם אחיו לנשק. הכאב אין לו מרפא. מסקנותיו של צוות התחקיר אין בהן מרגוע לנפש המתייסרת בספקות. אולם, שורת הדין, שורת ההגיון – ואולי גם "שורת הרגש" – מצוות עלינו לומר לחקירה די.

העתירה נדחית.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט טירקל.

ניתן היום, כ' בתמוז תשס"ג (20.7.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט