<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

בג"ץ 2781/17

לפני:	כבוד השופט נ' הנדל כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופטת ע' ברון
העותרים:	1. זהבה שאול 2. אבירם שאול
	נ ג ד
המשיבים:	1. ראש המטה הכללי של צה"ל 2. ראש אכ"א 3. הרב הצבאי הראשי
	עתירה למתן צו על תנאי
בשם העותרים:	עו"ד ישי שריד
בשם המשיבים:	עו"ד יונתן נד"ב

<u>פסק-דין</u>

<u>השופט נ' הנדל:</u>

1. ברקע העתירה שלפנינו אירוע טראגי וכואב, כאב שאין לו מזור, וקשה עד מאוד לאחר, אם בכלל, להבין את עמקו. ביום 19.7.2014, במהלך מבצע "צוק איתן", נגמ"ש ובו כוח צה"ל שהיה בדרכו לפעילות מבצעית נפגע מאש האויב. שישה מן הלוחמים שנסעו בו נהרגו. לוחם נוסף – אורון שאול – הוגדר כנעדר. ביום 25.7.2014, ולאחר ביצוע בדיקות שעליהן נרחיב להלן, הוכרז אורון כחלל שמקום קבורתו לא נודע. גופתו לא אותרה עד עצם היום הזה, וכשנתיים לאחר התקרית הקשה הוגדר אורון כ"חלל שמקום קבורתו לא נודע במעמד שבויים ונעדרים". מספר חודשים לפני הגשת העתירה נפטר, למרבה הצער, אביו של אורון, ועתירה זו הוגשה על ידי אמו ואחיו.

העתירה נסובה סביב חומרים שונים המצויים בידי המשיבים, שנאספו במסגרת ההליכים לקביעת גורלו של אורון, לרבות ההקלטות והתמלילים של דיוני בית הדין שכינס הרב הצבאי הראשי ("הרבצ"ר"), והעדויות שנגבו על ידי ענף איתור נעדרים בצה"ל ("אית"ן") מחיילים שהשתתפו בקרב ובמאמצים לאיתור אורון. ביסוד הבקשה לקבל את המסמכים ניצב חששם של העותרים כי מוסתר מהם מידע חיוני הנוגע לאורון, אשר אינו עולה בקנה אחד עם ההחלטה להכריז עליו כחלל, או מידע המעלה חשש שהכרזה זו התבססה גם על שיקולים שאינם ממין העניין, ולמצער – אינם ראויים. זאת, גם לנוכח סד הזמנים שבו התקבלה ההחלטה. במצב הנוכחי, כך נכתב, העותרים מצויים בחוסר ודאות רב ובדאגה גדולה, והם מעוניינים להתיר את ספקותיהם.

2. העותרים ביססו את עתירתם על מספר אדנים משפטיים: זכותם הטבעית לקבל את מירב הפרטים על גורל יקירם, שהיא חלק מכבוד האדם; קיומו של נוהג לאפשר למשפחות של נעדרי צה"ל לעיין במסמכים שונים הקשורים ליקיריהם; זכות העותרים לעיין בחומרים וחובת שימוע שחבה הרשות כלפיהם בטרם קבלת ההחלטה להכריז על אורון כחלל, ובראי העובדה שנציגי משפחתו לא הוזמנו להביע עמדה בטרם הוכרז אורון כחלל; העדר יסוד להחלטה שלא לאפשר לעותרים לעיין בחומרים.

במהלך הדיונים שנערכו בעתירה, לרבות הליך הגישור שאליו הופנו הצדדים – בפני כב' הנשיא (בדימ') א' גרוניס – נמסרו לעותרים חומרים נוספים, ובהם כל תמלילי הדיונים שנערכו על ידי הרבצ"ר, למעט מילים ומשפטים בודדים. יריעת המחלוקת משתרעת אפוא על שלושה סוגים של חומרים: המילים והמשפטים הבודדים שהושחרו בתמלילי הדיונים; עדויות החיילים שהשתתפו בקרב שבו נפגע אורון או בחיפושים שנערכו לאחר הקרב; ויתר החומרים שנאספו על ידי אית"ן.

ביחס לאלה טוענים המשיבים כי הם מכירים בזכותם של העותרים לקבלת מירב המידע שאפשר למסרו, וכי מידע זה אכן נמסר להם. הודגש כי לידי העותרים הועברו חומרים רבים, ובין היתר גם סיכום ממצאי התחקיר המבצעי שנערך אודות התקרית, תמונת המצב המודיעינית בקשר לאורון, הקלטות ממערכת הקשר הצה"לית, תצלומי אוויר וחוזי רלוונטיים, חוות דעת מומחים, מוצגים שנמצאו במקום התקרית וקשורים לאורון ואינדיקציות נוספות בקשר לגורלו. כן נפגשו העותרים עשרות פעמים עם גורמים בכירים, שמסרו להם מידע נרחב. אשר לפרטים המועטים שהושחרו בתמלילים, נטען כי מדובר בפרטים שחשיפתם עלולה להוביל לפגיעה בפרטיות של חיילים או גורמים אחרים, או בבטחון המדינה. ביחס לעדויות החיילים נטען כי בטרם גביית העדות, הובטח להם כי מדובר בעדות לצורך הניסיון לאתר את אורון בלבד, וכי העדות לא תועבר

לגורמים נוספים, מטעם רשויות המדינה או גורמים אחרים. אשר ליתר החומרים, נטען כי חלקם מכיל מידע בטחוני, ובכל מקרה מדובר בתרשומות ותכתובות פנימיות של חקירת אית"ן, שאינן מכילות מידע רלוונטי שלא נמצא בידיעת העותרים. בהיבט המשפטי נטען, כאמור, כי המשיבים מכירים בזכות העותרים, אלא שזכות זו אינה מוחלטת. צרכי הבטחון – לרבות דרכי הפעולה של אית"ן – ופרטיותם של חיילים נוספים מצדיקים את חסיונו של מעט מן המידע, שממילא אין בו כדי לסייע לעותרים. מכל מקום, החומר שנמסר לעותרים, מבחינת הכמות והאיכות, אינו מותיר חללים הרלוונטיים לגורלו של אורון.

3. קשה עלינו צערם של העותרים. עיינו בחומרים שהוגשו לנו, הן אלה שנמסרו לעותרים והן אלה שהוצגו לעינינו בלבד, וקריאתם כואבת היא. אך עם כל הצער ועם כל הכאב, עיסוקנו הוא בהכרעה משפטית ובדין המחייב. המסגרת הדיונית אף היא משפיעה על מסלול ההכרעה המשפטית.

העמדות השונות שהציגו הצדדים אינן חקוקות עלי חוק – לא זכות העיון מזה, ולא הכללים לגבי חסיונות מזה. כך, למשל, אין המדובר במקרה שחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 חל עליו (ראו סעיף 14 לחוק, המונה את הגופים שהחוק אינו חל עליהם). ברם, דומה כי יריעת המחלוקת בענייננו אינה ברמת העקרון המשפטי המופשט, אלא ברמת יישומו על נסיבות המקרה. בין הצדדים קיימת הסכמה רחבה מאוד אודות זכותם העקרונית של העותרים לעיין בחומרים הקשורים ליקירם ולגורלו, יהא מקורה בדין אשר יהא. העותרים אף אינם טוענים כי זכותם לעיין בחומרים היא בלתי מוגבלת, וכי היא גוברת בהכרח על זכות הפרטיות של גורמים אחרים או על צרכי הבטחון השונים; טענתם היא כי בנסיבות העניין אין מניעה כי יעיינו במלוא החומר המבוקש, וכי עיון כזה אינו פוגע בפרטיות או בבטחון, לפחות לא במידה המצדיקה את חסיון החומר. המשיבים, מנגד, סבורים כי קיימת הצדקה לחסות את הפרטים שנחסו. נפנה אפוא לבחון את שלוש קבוצות החומרים שהועברו לעיוננו, ונראה האם קיימת עילה להתערבותנו בהחלטת המשיבים שלא להעביר את החומר לעיון העותרים.

4. תמלילים. כאמור, במהלך הדיונים בעתירה הועברו לעיון העותרים כל תמלילי הדיונים שערך הרבצ"ר בעניינו של אורון. המחלוקת בהקשר זה נוגעת לכמה מילים ומשפטים שהושחרו. נציג היועץ המשפטי לממשלה העביר לעיוננו את התמלילים במלואם, והדגיש את הקטעים שהושחרו בעותקים שבהם עיינו העותרים. כפי שטענו המשיבים, מרבית החלקים שהושחרו הם שמות או עניינים פרטיים של חיילים או גורמים אחרים. במיעוט המקרים מדובר במידע בעל רלוונטיות בטחונית. מכל מקום, וזה העיקר,

לא מדובר בפרטים המכילים מידע על גורלו של אורון, ולו באופן עקיף. בנסיבות אלה, אין מקום להתערב בהחלטת המשיבים שלא להסיר את ההשחרות.

העותרים ביקשו לעיין גם בהקלטות המקוריות של הדיונים, ככל שישנן. בקשה זו, כפי שעולה מן העתירה, יסודה בעיון החלקי שהותר להם בתחילה בחלק מן התמלילים, והחשש שהעיון החלקי נועד להסתיר מידע. כעת, משניתן להם לעיין במלוא התמלילים, למעט כמה מילים ומשפטים, אין מקום להורות גם על השמעת ההקלטות.

5. עדויות. החלק השני של החומרים הוא עדויות של חיילים, חלקן עוסק במהלך הקרב שבו נפגע אורון וחלקן עוסק בחיפושים שנערכו אחריו. בהקשר זה הייתה טענת המשיבים כי לכל החיילים שעדותם נגבתה הובטח בעל פה – ובהתאם להוראות אית"ן – כי העדות לא תועבר הלאה לשום גורם. תכליתה של הוראה זו היא לאפשר גבייה חופשית של עדות לצורך איתור נעדרים. טענת המדינה היא כי אם יותר לעותרים לעיין בעדויות, לא ניתן יהיה להבטיח בעתיד לחיילים הבטחה דומה. במקרה כזה החשש הוא שהחיילים ייזהרו בלשונם, ולא יספרו בהכרח את כל העובדות, גם מתוך מודעות לאפשרות שמשפחת הנעדרים תיחשף לעדות. כך, למשל – ולמשל בלבד – כאשר אחד הגורמים לא התנהל במהלך התקרית כנדרש.

יש ממש בטענתה העקרונית של המדינה, לפיה מתן זכות עיון למשפחות נעדרים בעדויות שנגבו על ידי אית"ן בסמוך לאירועים – לא יאפשר לאנשי אית"ן להמשיך ולהבטיח את ההבטחה שהעדויות לא יועברו לאף גורם. נחה דעתנו גם כי החשש מפגיעה אפשרית באופן פעולת אית"ן כתוצאה מכך – חשש שלווה בהצגת תשתית מתאימה – אינו תיאורטי. יש חשיבות לכך שהגורמים האוחזים במידע על שבויים ונעדרים ימסרו את מלוא המידע שבידיהם באופן מדויק, מבלי להתחשב בשיקולים של נראות, חמלה, בושה או אפילו רגישות לשמם הטוב של חבריהם ורצון לא לפגוע במשפחותיהם. מן הצד השני, ניתן להבין גם ללבם של העותרים, אשר מעוניינים להיחשף לעדויות הנוגעות לגורלו של יקירם מכלי ראשון. בהקשר זה נאמר שתיים.

ראשית, יש להבחין בין שני "רבדים" של זכויות או אינטרסים של העותרים. הרובד העמוק יותר נוגע לטעם המרכזי שהוצב במרכז עתירה זו – הספקות שנותרו מנקרים בליבם. רובד זה מצדיק מתן אפשרות עיון רחבה מאוד, אך זאת כאשר יש במידע הגולמי כדי להוסיף מידע שאינו ידוע למשפחות הנעדרים. אצלנו, עיינו בעדויות, ועולה כי כל המידע הרלוונטי לגורלו של אורון העולה מהן נמסר, בצורה כזו או אחרת, לידי העותרים. אותם חלקים בעדויות שלא הובא לידיעת העותרים לא נוגע לגורלו של אורון,

אלא לעניינים אחרים עליהם סיפרו החיילים הקשורים לקרב. רובד שני הוא עצם הרצון לדעת את כל המידע על האירוע שבו נפגע אורון. מדובר בצורך אנושי ובסיסי שגם בו יש להכיר. עם זאת, וככל שמידע זה אינו נוגע לגורלו של אורון, או אפילו להתנהלותו, עשוי הוא להידחות מפני אינטרסים חשובים אחרים. משקלו אינו כמשקל מידע בדבר גורלו של אורון, שהעותרים אינם מודעים לו. לנוכח זאת, יש להעדיף את האינטרס שהציגה המדינה, על פני חשיפת אותן עדויות שלא יוסיפו ויתירו את ספיקותיהם של העותרים. בהקשר זה נעיר כי העותרים ביקשו לצרף כראיה ראיון שנערך בתוכנית "עובדה" עם חלק מהחיילים שעדויותיהם נגבו על ידי אנשי אית"ן, בתמיכה לטענה שאין הצדקה לחסות את העדויות. אך כאמור – לא עסקינן בחסיון של תוכן העדויות, אלא של העדות הספציפית שנמסרה לאנשי אית"ן, שאי-מסירתה תאפשר להבטיח בעתיד חסיון מוחלט לחיילים שימסרו עדויות.

שנית, העותרים טענו כי קיים נוהג, לפיו משפחות נעדרים או חללים נחשפות לעדויות חיילים הקשורים לאסונות שאירעו. העותרים הצביעו על כמה מקרים שבהם נמסרו העדויות, למיטב ידיעתם, למשפחות הנעדרים או החללים. המשיבים טענו, מנגד, שעדויות כאלה אינן נמסרות, וזוהי המדיניות. כן הצביעו המשיבים על מקרים שבהם סירבו למסור עדויות שנרשמו על ידי אית"ן, גם במקרים שבהם דורש המידע היה גוף מגופי המדינה, כגון ועדת חקירה של אגף המודיעין. באחד המקרים אף סורבה דרישה של ראש אמ"ן לעיין בעדויות. עיינו בכל אלה ועולה כי רק במקרה אחד שהציגו העותרים הותר למשפחתו של נעדר לעיין בעדויות חיילים שנגבו על ידי גורמי אית"ן – בקשר לאחד מנעדרי קרב "סולטן יעקב" – וזאת כעשרים שנה לאחר גבייתן. המשיבים הסבירו את אותה החלטה, ביקשו להבחין בינה לבין המקרה שלפנינו, והבהירו כי מכל מקום – המדיניות כיום היא לא לאפשר כל עיון בעדויות כאלה. מקרים אחרים שעליהם הצביעו העותרים לא עסקו בעיון בעדויות הקשורות לאית"ן, ולכן הן אינן רלוונטיות לענייננו. בראי כל אלה, אין באותו מקרה חריג כדי להצדיק את העיון בחומרים – שאינם מכילים מידע שאינו ידוע לעותרים לגבי גורל יקירם – מטעמים של מנהג או אפליה פסולה.

ונבליט את העיקר. איתור הנעדר הוא צורך אנושי וטבעי של המשפחה. ברם, אין בכך לגרוע מהמסקנה כי זהו גם צורך בטחוני ולאומי. חיילים בשדה הקרב סיכנו לא פעם את נפשם כדי לאתר מידע, ולו כזה שיוביל לאיתור גופה. לכן – ואת זאת חשוב להדגיש – עסקינן בשיקול בטחוני. במישור המעשי עלול להיות מתח בין השיקול הבטחוני והאינטרס של המשפחה. אך לאחר עיון בחומר, לא מצאנו כי כך הוא במקרה זה.

6. חומרים נוספים. לצד תמלילי הדיונים ועדויות החיילים, נאספו או יוצרו במסגרת חקירת אית"ן מסמכים וחומרים נוספים. העותרים מעוניינים לעיין גם בהם, הגם שחומרים אלה לא עמדו במוקד העתירה. המשיבים, מנגד, טוענים שחלק מן החומרים לא נמסרו מטעמי בטחון, וחלק אחר שלהם הוא בגדר תכתובות או תרשומות פנימיות שנערכו לצורך הכנת חוות הדעת המסכמת. את אלה אין למסור, וממילא ככל שיש בחומרים אלה מידע רלוונטי לגורלו של אורון – הוא הובא לידיעת העותרים במסגרת החומרים שכן נמסרו לעיונם.

עיינו במסמכים ובחומרים הנוספים. העיקר הוא, כפי שנטען על ידי נציג המדינה, שאין בהם מידע העוסק בגורלו של אורון שלא הובא לידיעת העותרים. בנוסף לכך, חלק מן החומרים נוגע באופן ישיר לסוגיות בטחוניות שהשתיקה יפה להן ואף מחוייבת, וחלקם האחר מבטא את תהליך העבודה הפנימי של אית"ן במסגרת החקירה וגיבוש המסקנות. לא מדובר ב"ראיות" שנאספו, אלא בדוחות ביניים פנימיים, מסקנות ביניים במהלך חקירת האירוע, יומני מבצעים וכיוצא באלה. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שהמידע הנוגע לגורלו של אורון המצוי בחומרים אלה נמסר בכל מקרה לידי העותרים באמצעות המסמכים שנמסרו להם, או שניתן להם לעיין בהם – אין מקום להתערב בהחלטת המשיבים שלא לאפשר את העיון במסמכים הפנימיים.

7. המסקנה היא שאין עילה משפטית המצדיקה את קבלת העתירה. אין בידינו לנחם את העותרים, אך זאת נוכל לומר, ואולי יהא בכך מעט צרי לכאבם: המידע שנמסר להם אינו חלקי. ההכרעה בדבר גורלו של אורון התקבלה על בסיס מידע זה, ולא מצאנו ראיה לשיקולים זרים או למידע נוסף שלא נלקח בחשבון. אכן, עדיין אין ודאות מוחלטת בכל הנוגע לגורלו של אורון, וגופתו טרם אותרה או הושבה. ההחלטה להכריז עליו כעל חלל אינה תחליף לוודאות מוחלטת. אך הנתונים שבבסיס ההחלטה ידועים לעותרים. הספקות שנותרו נגזרים מהמציאות המרה, ואין בחומר כדי למלא חסר זה. נותר רק לקוות שהעותרים ימצאו בכך ולו נחמה מסוימת. נוסיף גם שהצדדים אינם "צרים" זה לזה, והמשיבים הצהירו כי מדיניותם היא מתן אפשרות עיון מירבית בכגון דא, בכפוף לפגיעה בפרטיות, בבטחון או בנהלי העבודה. חזקה עליהם שככל שייווצר מצב המצדיק שינוי בהחלטה ביחס לחלק מהחומרים, המשיבים יעשו זאת, גם אם מדובר בחומרים שאינם מוסיפים מידע לגבי גורלו של אורון, אלא רק חושפים נתונים וזוויות נוספים מאותו אירוע קשה. לא כתבנו משפט אחרון זה על סמך החומר, אלא לנוכח העתיד הלא-נודע, שאין לדעת מה הוא טומן בחובו.

ואחרון – ביחס לעתיד. התפילה היא כי גורל דומה לא ייפול בחלקם של חיילי צה"ל ומשפחותיהם. אך זאת יש לזכור, צה"ל הוא צבא שבוחן את עצמו ומפיק לקחים, גם אם לא דבק באופן פעולתו פגם. כך בכלל, וכך בנושאנו.

8. העתירה נדחית. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את הסכמתי לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל, מן הטעמים שפירט. ליבנו עם המשפחה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

הפרוטוקולים, ההקלטות, הדוחו"ת, המסמכים – כל החומר שנתבקש בעתירה נבדק ונסרק עד דק; רובא דרובא נמסר לעותרים; מקצת מן המקצת – לא נמסר, בדין, מן הטעמים שצוינו בחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל. העותרים עשו כל אשר לאל-ידם בהקשר זה, בנחישות, בהתמדה, בצדק, עד אשר קיבלו לעיונם את המירב. בכך מוצה הדיון בעתירתם. כאבם עז ונוגע לליבנו. מן השמים ינוחמו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ח בשבט התשע"ט (3.2.2019).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט ת