



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1782/19

- לפני :  
כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופטת י' וילנר
- העותרים :  
1. סאמי עלי חסן עלי כוסבה  
2. פאטמה יוסף חסין עלי כוסבה  
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

- המשיבים :  
1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. הפרקליט הצבאי הראשי  
3. אל"ם ישראל שומר
- עתירה למתן צו-על-תנאי
- תאריך הישיבה : ט' בטבת התש"ף (06.01.2020)
- בשם העותרים : עו"ד דן יקיר ; עו"ד רוני פלי
- בשם המשיבים 1-2 : עו"ד נחי בן אור ; עו"ד שי כהן
- בשם המשיב 3 : עו"ד ענבל דה-פז ; עו"ד איל רוזובסקי ; עו"ד ד"ר איסר בירגר ; עו"ד נתנאל יעקב-חי ; עו"ד רן כהן

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. לפנינו עתירה למתן צו-על-תנאי, שיוורה למשיבים 1-2 להגיש כתב אישום נגד המשיב 3, אלוף-משנה ישראל שומר (להלן: אל"ם שומר), בגין אחריותו הפלילית הנטענת למותו ולהפקרתו של מוחמד כוסבה (להלן: מוחמד), בנם של העותרים 1-2, בתקרית ביטחונית שאירעה בתאריך 03.07.2015.

האירוע, נושא העתירה, הליכי החקירה שהתנהלו בעניין, והחלטות המשיבים  
2-1 במכלול, יפורטו מיד בסמוך.

רקע

2. על-פי החקירה שנוהלה בצה"ל על-ידי המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח) – בתאריך 03.07.2015, בשעה 06:15 לערך, יצא אל"מ שומר, שהיה באותה עת מפקד חטיבת בנימין באזור יהודה ושומרון, עם שלושה מחייליו, ברכב שאיננו ממוגן, לכיוון מעבר קלנדיה. אל"מ שומר ישב במושב הרכב הקדמי ליד הנהג, ושני חיילים נוספים ישבו בספסל האחורי. במהלך הנסיעה, התקבל דיווח מאת חייליו של סגן מפקד החטיבה, שנסעו באותו ציר מספר דקות קודם לכן, לגבי אירוע של זריקת אבנים שבוצעה כלפי הרכב הממוגן בו נסעו, סמוך לכפר א-רם, המצוי בגזרת הפעילות של חטיבת בנימין.

3. זמן קצר לאחר קבלת הדיווח הנ"ל, בשעה 06:30 לערך, הגיע רכבו של אל"מ שומר לצומת האמור. ההתרחשות שאירעה בצומת זו, שארכה שניות מעטות, ניצבת במוקד העתירה שלפנינו.

עם הגעת הרכב לצומת, התקרב מוחמד לכיוון הרכב, והטיח בו, ממרחק של כמטר, אבן גדולה, אותה אחז בשתי ידיו. האבן ניפצה את שמשת הרכב הקדמית, במרחב בו ישב אל"מ שומר, ופצעה קלות את אחד החיילים שברכב (את הנהג). על-פי הודעות שנמסרו מאוחר יותר על-ידי אל"מ שומר ולוחם נוסף ששימש כקשר שלו, סמל ד', שהו בקרבת מקום, בסמוך לאירוע, נערים נוספים שאחזו באבנים.

מיד לאחר שהטיח את האבן בשמשה – החל מוחמד במנוסה.

4. אל"מ שומר וסמל ד' יצאו מן הרכב. אל"מ שומר החל לרדוף אחרי מוחמד, ואילו סמל ד' התמקם באותו שלב בצידו האחורי של הרכב לצורך אבטחת המח"ט. כפי שעולה מסרטון שצורף לחומר הראיות מטעם העותרים, בחלוף מספר שניות של מרדף, בוצע ירי על-ידי אל"מ שומר, הוא הירי שהביא למותו של מוחמד.

יובהר כי מכתב העתירה ומהתגובות לעתירה, כמו גם מהנספחים שצורפו אליהם ניכר כי אין מחלוקת על כך שמוחמד, שהיה בן 17 באותה עת, הוא האדם שהטיח את האבן הגדולה שפגעה בחזית הרכב.

5. אל"מ שומר מסר בחקירתו, כי עם ירידתו מהרכב, הוא ביצע "נוהל מעצר חשוד", אשר על-פי הוראות הפתיחה באש, נועד להסדיר את דרכי הפעולה במסגרת מעצר של חשוד בביצוע פשע. לדבריו של אל"מ שומר, הוא צעק לעבר מוחמד, ירה ירייה באוויר בזווית 90 מעלות, ולאחר שניות ספורות ירה כדור אחד לעבר רגליו. לאחר שלא זיהה פגיעה – הוא ירה כדור נוסף לעברו של מוחמד, וראה כי הלה נפל ארצה. אין מחלוקת, כי בניגוד להוראות הפתיחה באש, הירי בוצע תוך כדי תנועה, מבלי שאל"מ שומר "נכנס בין כוונות" בעת ביצוע הירי, אלא שהוא ירה באופן פחות מדויק, תוך כדי תנועה, מה שמכונה בעגה הצבאית "יישור מקורב".

6. לאחר הירי ונפילתו של מוחמד, התקדם אל"מ שומר, ביחד עם סמל ד', לעברו של מוחמד. לפי הודעתו של אל"מ שומר, הוא מצא כי מוחמד שותת דם, אך לא זיהה את מקום הפגיעה, ולאחר ששמע סירנה של אמבולנס, וראה שבמקום נקהל קהל רב – הוא החליט לעזוב את המתחם.

7. אל"מ שומר דיווח על התקרית, ובעקבות זאת נפתחה, בו ביום, חקירה על-ידי מצ"ח, לבירור נסיבות האירוע. בגדרה של החקירה נשקלה שאלת העמדתו של אל"מ שומר לדין פלילי, ולצורך כך נגבתה עדות משורה של גורמים, ביניהם: אל"מ שומר עצמו, פקודיו שנטלו חלק באירוע, וכן עדותו של ראש מפקדת התיאום והקישור לאזור עוטף ירושלים. בנוסף, במסגרת החקירה נגבו עדויותיהם של שני עדי ראיה נוספים, תושבי האזור, וכן של תחקירן של ארגון "בצלם" (הודעות אחרונות אלו – לא צורפו כנספחים לעתירה, ונראה כי העותרים אינם נסמכים עליהן בטיעוניהם).

נוסף לכל האמור, נתפסו: סרטון של האירוע, שצולם במצלמת אבטחה של תחנת דלק סמוכה לזירת ההתרחשות וקלט חלק מההתרחשות, ותצלומים של מוחמד ושל הרכב הצה"לי שנפגע מהאבן. כן נעשה שימוש במסמכים מודיעיניים, בדו"חות ביקורת נשק, בדו"ח של המעבדה לראיה דיגיטלית במטה הארצי של משטרת ישראל, ועוד.

8. על-פי עדותו של סמל ד', על אף שמוחמד היה במנוסה, ואף שבדיעבד התברר כי בעת בריחתו הוא לא היווה עוד סכנה ממשית – "בזמן אמת" הכוח חש בסכנה, בשל האבן הגדולה שהוטחה זמן קצר קודם לכן ברכב בו נסעו אל"מ שומר וחייליו ואשר ניפצה את שמשת הרכב, ולנוכח הימצאותו, בקירבת מקום, של אותן דמויות נוספות שאחזו באבנים – מה שיצר תחושה כללית כי מדובר באירוע שנועד 'למשוך' את הכוח באמתלה כלשהי לתוככי ההמון, כדי לבצע שפטים בחיילים.

9. לאחר סיום החקירה הועבר התיק לפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר). בסיכום התיק מצא הפצ"ר כי אל"מ שומר רשאי היה, בנסיבות, לבצע "נוהל מעצר חשוד", וכי למעשה הוא אף פעל על-פי נהל זה. עוד קבע הפצ"ר, כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי שלביו הראשונים של הנוהל בוצעו על-ידי אל"מ שומר, אולם המשכו של האירוע – הירי לעבר מוחמד, תוך כדי תנועה ומבלי להביט בין כוונות הנשק – חרג מהוראות הפתיחה באש, והיה בו משום טעות צבאית-מקצועית. יוער, כי המשיבים 1-2 הבהירו בתגובתם לעתירה, כי אל"מ שומר הכיר בטעותו זו, ובמהלך חקירתו ציין כי לא היה מקום לביצוע הירי, כפי שנעשה.

10. ביחס לנסיבות בהן התרחשו האירועים – ממצאי החקירה העלו כי הלוחמים נקלעו לאירוע קשה, כאשר אבן גדולה הוטחה על הרכב מטווח קצר מאוד וסיכנה את חיי יושביו, בעודם מצויים בסביבה עוינת, כאשר האירוע מאופיין במיידיות, וכל זאת תחת חשרת חוסר הוודאות של מעשה יידוי האבן. לפיכך הפצ"ר קבע, כי על אף שאל"מ שומר חרג בשלב מסוים מהוראות הפתיחה באש וטעה טעות מקצועית, הרי שבהתחשב בנסיבות הנ"ל – אין מקום לייחס לאל"מ שומר אשם פלילי.

יחד עם זאת, הפצ"ר הנחה כי חוות דעתו תובא לפני הרמטכ"ל ולפני מפקדיו של אל"מ שומר, כדי שיהיו מודעים למסקנות בדבר אופן התרחשות האירוע, ולמצאי החקירה בדבר הכשל שדבק במעשיו של אל"מ שומר. מסקנותיו של הפצ"ר אכן הובאו בפני הרמטכ"ל דאז, רב-אלוף גדי איזנקוט, אשר ציין בפני הפצ"ר, בתאריך 06.07.2016, כי: "להתנהגותו של שומר יינתן משקל בכל החלטה עתידית לגבי המשך דרכו בצבא". נוכח הודעה זו, הורה הפצ"ר על סגירת תיק החקירה כנגד אל"מ שומר (להלן: החלטת הפצ"ר). הדבר הובא לידיעת העותרים, שפנו לפרקליטות הצבאית בסמוך לאחר אירוע הירי, ואף הועבר להם עותק מתיק החקירה.

11. בתאריך 19.03.2017, למעלה מחצי שנה לאחר שנמסרה לעותרים החלטת הפצ"ר בדבר סגירת תיק החקירה הפלילי – העותרת 3 הגישה בשם העותרים 1-2 השגה ליועץ המשפטי לממשלה, המשיב 1 (להלן: היועמ"ש) כנגד החלטה זו (הדבר נעשה בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, 4.5003 שכותרתה: "השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שהתרחשו במהלך פעילות צבא ההגנה לישראל, שנטען שיש בהם משום הפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי" (אפריל 2015) (להלן: נוהל ההשגות על החלטות הפצ"ר)). במסגרת ההשגה – העותרים ביקשו כי היועמ"ש יורה לפצ"ר: "להעמיד את אל"מ שומר לדין באשמת הריגה, או לכל הפחות באשמת גרם מוות ברשלנות".

12. לאחר בחינת ההשגה וחומר הראיות ששימש בסיס להכרעתו של הפצ"ר, מסר היועמ"ש, בהודעה בכתב שנשלחה בשמו לבא-כוח העותרים בתאריך 13.12.2018, כי הוא אישר את החלטת הפצ"ר שקבע שאין מקום להעמדתו של אל"מ שומר לדין, אף שנפל כשל בתפקודו של אל"מ שומר במהלך האירוע, זאת, בין היתר, בשים לב לסנקציה הפיקודית שננקטה בעניינו (להלן: החלטת היועמ"ש).

פירוט הדברים הכרוכים בהחלטת היועמ"ש, יובאו מיד בסמוך.

13. החלטת היועמ"ש ניתנה לאחר בדיקת מכלול הראיות שהיו כלולות בתיק החקירה, לרבות: סרטון האירוע, הודעתו של אל"מ שומר ועדותו של סמל ד'. כן נשקלו טענות העותרים בהשגתם, דרגתו הבכירה של אל"מ שומר ואף הוראות הפתיחה באש הרלבנטיות לגזרה בה התרחש האירוע. עוד עולה, כי במסגרת גיבוש החלטת היועמ"ש הוכנו חוות דעת והמלצה מאת פרקליטות המדינה, וכן התקבלה המלצה מאת פרקליט המדינה דאז.

בהנמקה שליוותה את החלטת היועמ"ש נכתב, בין היתר, כדלקמן:

"יש להעדיף את גרסתו של סמל ד' בדבר נסיבותיו העובדתיות של אירוע זה, ולראות את תיאורו ככזה שמשקף את ההתרחשויות. [...] מגרסתו של סמל ד' עולה, כי הכוח חש בסכנה, הן בשל האבן הגדולה שהוטחה לפני זמן קצר מאוד ברכבם וניפצה את שמשות הרכב, הן בשל נוכחותם של שני נערים נוספים שאחזו באבנים והיו באיזור, והן בשל תחושה כללית כי מדובר באירוע שנועד למשוך אותם לתוככי ההמון על מנת לבצע בהם ליניץ".

יצוין, כי מחומר הראיות עלה כי סמל ד' סתר בחקירותיו כמה מהתיאורים העובדתיים של אל"מ שומר (למשל, באשר לאופן מנוסתו של מוחמד – עם הגב אל הכוח, או בזווית מסוימת הפונה לעברו), ולגבי פרטים עובדתיים אחרים ציין סמל ד' כי אין בידו לאשר, או לשלול אותם (למשל, ביצוען של הוראות נוהל מעצר חשוד על-ידי אל"מ שומר ואופן הירי שנעשה על-ידו). יחד עם זאת, סמל ד' אישר את תחושת הסכנה החמורה והמיידית, שליוותה את הכוח עם השלכת האבן על-ידי מוחמד.

14. אשר לאפשרות כי בנסיבות האמורות, בהן החשוד איננו מהווה עוד סכנה, לאחר שביצע מעשה של זריקת אבן על חיילים ובורח מן המקום – עדיין יש לפעול על פי נוהל מעצר חשוד, היועמ"ש מצא כי לפרשנות זו ישנה "אחיזה בהוראות הצבא". היועמ"ש דחה איפוא את עמדת העותרים לפיה שומה היה על הכוח "לנתק מגע" בסיטואציה האמורה, וקבע כי: "מצופה ממפקדים וחיילים לפעול בהתאם לסמכותם ולתפקידם, ומשכך לתפוס את מי שסיכן את חייהם ועשוי לסכן אחרים בעתיד". לצד האמור, היועמ"ש מצא כי אל"מ

שומר אכן שגה כאשר ביצע את נוהל מעצר החשוד, כך שהירי לעבר מוחמד לא בוצע "בין כוונות" ותוך כדי ביצוע הנוהל בזמן תנועה, ואולם הוא איזכר בהקשר זה את טענתו של אל"מ שומר שהדבר בוצע בשל הדחק. ביחס לטענות בדבר אי-הענקת טיפול רפואי למוחמד לאחר ביצוע הירי, מצא היועמ"ש כי לנוכח החשש מהסלמה (כפי שהדברים תוארו על-ידי אל"מ שומר בחקירתו, בצד אמרות דומות שנמסרו על-ידי סמל ד'), וכשים לב לידיעתו של אל"מ שומר כי ישנם אמבולנסים סמוכים למקום וכי האירוע יטופל ממילא על-ידם באופן מיידי – אין מקום להתערבות בהחלטת הפצ"ר, שלא ראה, בנסיבות, פגם פלילי גם בהתנהלותו זו של אל"מ שומר.

15. לצד כל האמור, הדגיש היועמ"ש כי עמדתו היא שהירי בוצע בסיטואציה מבצעית מורכבת, באיזור עוין ותוך סיכון לא מבוטל ללוחמים, כאשר תחילתו של האירוע במצב בו הכוח היה מצוי בסכנה מוחשית בגין השלכת אבן גדולה על שמשות הרכב (הבלתי-ממוגן) על-ידי מוחמד ממרחק של כמטר, מה שגרם לניפוץ הזכוכית ולפציעת חייל שהיה ברכב (הנהג). כן אוזכרו ידיעות שהיו ברשות הכוח בעת קרות האירוע, בדבר קיומו של חשש כי גורמים עוינים זוממים להשליך אבנים על כוחות הביטחון, נתון שהיה בו כדי לעורר חשד כי האירוע המתנהל בפניהם נרחב יותר מהשלכת האבן על-ידי מוחמד, מה גם שבמקום נכחו שני נערים נוספים שאחזו באבנים.

16. לנוכח כל האמור לעיל – היועמ"ש מצא כי לכאורה אין מקום להתערב בהחלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין את אל"מ שומר בגין עבירת הריגה (הדורשת ראיות לכך שהיורה צפה כי מוחמד ייהרג כתוצאה מהירי), כפי שדרשו העותרים. זאת ועוד, כשים לב לנסיבות המבצעיות הייחודיות, היועמ"ש גם ציין כי התעורר ספק אם בכלל יש מקום לטיפול באירוע במישור הפלילי (ולו באישום חלופי של גרם מוות ברשלנות), אולם הוא ראה לנכון לאמץ את המלצת פרקליט המדינה, שסבר כי: "אם יינקט צעד פיקודי משמעותי וממשי כנגד אל"מ שומר, אשר ישדר מסר ותמרור אזהרה בכל הנוגע לחשיבות השמירה על חיי אדם וההקפדה על הפקודות וההוראות גם בסיטואציות מורכבות, ניתן יהיה להימנע מהתערבות בהחלטת הפצ"ר".

17. כפי שעולה מתגובת המשיבים 1-2, ומנוסח החלטת היועמ"ש – טרם מתן ההחלטה הסופית של היועמ"ש נערך, לבקשתו של היועמ"ש, ליבון נוסף של הדברים על-ידי הרמטכ"ל והפצ"ר, ובסופו של הליך זה נקבע כי קידומו של אל"מ שומר אכן יעוכב, כך שרק לאחר שיבצע ארבעה תפקידים שונים בדרגת אלוף-משנה – תישקל האפשרות להעלותו לדרגת תת-אלוף (וגם אז, כך צוין, יינתן משקל לאירוע הירי), זאת בשונה

מהנוהג המקובל שלפיו קידומו של קצין בדרגת אלוף משנה נשקל לאחר מילוי שניים עד שלושה תפקידים בדרגה זו.

בעקבות קביעה זו של הרמטכ"ל, שהוגדרה בהחלטת היועמ"ש כ"משמעותית ביותר לאדם בניסיונו הקרבי והפיקודי, ובדרגתו של אל"מ שומר", סבר היועמ"ש, בסופה של בדיקה, שאין מקום לשנות מהחלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין את אל"מ שומר, או כי יש מקום לנקוט בצעדים אחרים, מעבר לאלה הפיקודיים שצוינו לעיל, ודחה סופית את ההשגה.

### על דחייה זו נסובה העתירה שלפנינו.

טענות הצדדים בעתירה

18. העותרים טוענים כי היועמ"ש והפצ"ר לקו באי-סבירות קיצונית בהחלטתם שלא להעמיד את אל"מ שומר לדין פלילי. לטענתם, בחומרי החקירה ישנה כמות ראיות מספקת להעמדתו של אל"מ שומר לדין בעבירת הריגה, ולכל הפחות בעבירה של גרם מוות ברשלנות, שכן, לטענתם, בפעולותיו הוא סטה סטייה חמורה מהפקודות הצה"ליות המחייבות בעניין אופן ביצוע הירי, ובכך הביא לתוצאה הקטלנית. בהקשר לכך, העותרים מפנים לגרסאות הסותרות שמסר, לשיטתם, אל"מ שומר במהלך חקירתו. בתחילה, כך נטען, טען אל"מ שומר כי לרכב הצבאי בו נסע הוטמן מארב שבוצע באמצעות כלי רכב שנסעו לפניו ואילצו אותו לעצור, וכשנעצרו יודתה לעברם האבן, וכי במהלך המרדף, הבחין כי מוחמד ממשיך לאחוז בידו דבר-מה שנחזה כחפץ קהה. לטענתם, אל"מ שומר אף גרס כי מוחמד לא ברח כשגבו אל הכוח, אלא פנה בזווית אליו. אשר לביצוע הירי, מצביעים העותרים על כך שאל"מ שומר טען בתחילה כי פעל בהתאם להוראות הפתיחה באש, וכי הפגיעה בפלג גופו העליון של מוחמד נעשתה בשוגג, בין היתר, כנראה, בגלל שמוחמד התכופף במהלך ריצתו.

העותרים מבקשים לעמת גירסה זו עם ראיות נוספות שהועברו להם לצורך הגשת ההשגה. כך, למשל, העותרים סבורים כי סמל ד', שהיה הלוחם הקרוב ביותר להתרחשות, מסר גירסה שלפיה בעת ביצוע הירי לא נשקפה עוד סכנת חיים ממוחמד, וכי לא היתה הצדקה לבצע ירי לעבר גופו של מוחמד. בנוסף, נטען כי סמל ד' שלל בחקירותיו את האפשרות כי אל"מ שומר פעל לפי שלביו הראשונים של נוהל מעצר חשוד (שכן סמל ד' לא שמע אותו צועק קריאות אזהרה, שלב מקדים טרם ביצוע ירי לעבר חשוד), וכן טען כי לא ראה דבר בידיו של מוחמד במהלך המרדף אחריו, ואף דחה את האפשרות כי הפגיעה בגופו של מוחמד נגרמה כתוצאה מהתכופותו של מוחמד במהלך המרדף.

19. לצד העתירה, הגישו העותרים "בקשה לצו ביניים ולדיון מוקדם", במסגרתו נדרש בית המשפט לעכב את כניסתו של אל"מ שומר לתפקידו כמפקד חטיבת הנח"ל, וזאת עד להכרעה סופית בעתירה. בקשה זו נדחתה בהחלטת חברנו, השופט י' אלרון, מתאריך 27.05.2019.

20. המשיבים 1-2 סבורים, בתגובתם לעתירה, כי אין מקום להתערבותנו בהחלטות שניתנו על-ידם. לטענתם, המקרה שלפנינו איננו מסוג המקרים הנדירים המחייבים התערבות בהחלטותיהם של רשויות ההעמדה לדין, וכי החלטתם שלא להעמיד לדין פלילי את אל"מ שומר מוצדקת הן מצד הדרך בה נחקר האירוע, נגבו הראיות והתקבלו ההחלטות, נושאי העתירה, והן מצד שיקולי מהות ומדיניות, שאינם דוחקים, בנסיבות, למיצוי הדין באמצעות המשפט הפלילי דווקא. בקצרה יצוין, כי המשיבים 1-2 עמדו בתגובתם על תחושת הסכנה שיצרה השלכת האבן הגדולה על-ידי מוחמד ממרחק קצר, ואשר פגעה בחזית הרכב, ניפצה את השמשה הקדמית ופצעה חייל אחד (את הנהג), וכן על ההצדקה לעריכת נוהל מעצר חשוד על-פי הוראות הפתיחה באש בנסיבות אלה. בהקשר זה הוסף שהשוני בין הגרסאות השונות שמסר אל"מ שומר, בין לבין עצמן ובין לבין גרסתו של סמל ד' – איננו משליך על ניתוח האירוע בכללותו (שנסמך בעיקר על עדותו של סמל ד'), אשר במרכזו ההנחה כי הכוח אכן חש, בנסיבות, בסכנה מוחשית ומיידית בעת ביצוע הירי.

21. אל"מ שומר הרחיב בתגובה מטעמו (שלוותה גם בתצהיר שלו ושל מפקד פיקוד מרכז לשעבר, אלוף רוני נומה) בפרטים על נפיצות הגזרה והזירה בהן התרחשו האירועים, על רקע התקופה הרלבנטית, חודש הרמדאן, שהיתה משופעת באירועי טרור. בהקשר זה, אל"מ שומר מבקש להדגיש כי הטעות במעשיו לא נבעה מעצם הפעלת נוהל מעצר חשוד וביצוע הירי, אלא באופן שבו זה בוצע – בתנועה ולא במצב סטטי – וכי הוא נוטל אחריות על שגיאה זו, ומיצר על תוצאותיה.

דיון והכרעה

22. לאחר עיון בעתירה, בתגובות לה ובחומר שצורף לכל אלה וכן בעקבות בדיקה של חומר סודי שהובא לעיוננו – בהסכמה – במעמד צד אחד (שפירט את הוראות הפתיחה באש בגזרה בה התרחש האירוע, נושא העתירה) ושמיעת טיעונים של באי-כוח הצדדים – סבורני כי יש לדחות את העתירה, וכך אציע לחברותיי שנעשה.

23. על אף התוצאות הקטלניות של האירוע, נושא העתירה, אשר אין עוררין (לרבות על-ידי אל"מ שומר עצמו), כי נגרמו בשל אי-קיום הוראות הפתיחה באש במלואן – הרי



שלא מצאתי, בנסיבות, כי הסנקציה הפיקודית שהושתה על אל"מ שומר, בדמות עיכוב בקידומו, היא בגדר עיצום מקל יתר על המידה, החורג ממתחם הסבירות, או כי בהתחשב במכלול השיקולים הרלבנטיים נדרשת התערבותנו, באופן שיביא להעמדתו של אל"מ שומר לדין פלילי.

אבהיר את הדברים מיד ובסמוך.

24. הסוגיה שבה עלינו להכריע מעוררת, מבחינה עקרונית, שאלות דומות לאלו העולות באותם מקרים שבהם מסורה ליועמ"ש הסמכות לפתוח בהליכים פליליים, ובעתירה המוגשת לבית-משפט זה אנו נדרשים לבקר את שיקול-הדעת שלו, או של רשויות אחרות המוסמכות להורות על העמדה לדין, כשאלה מחליטים שלא לנקוט בהליכים פליליים. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, במקרים אלה צריך להיבחן שיקול הדעת של הרשות במתווה הבא: האם הופעלה הסמכות כהלכה, והאם נמצאו בהחלטה אותם פגמים ממשיים, אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. בית-משפט זה נדרש במספר לא מועט של פסקי דין לשאלה מתי ראוי שבית זה יתערב בהחלטות מסוג זה. בעניין זה ההלכה קבעה, כי ככלל, ראוי שבית המשפט יגלה איפוק וריסון רב בבואו להיכנס בנעליה של הרשות האמונה על העמדתו לדין של אדם, זאת למעט במקרים חריגים שבחריגים, בהם ההחלטה נגועה בחוסר תום-לב, או באי-סבירות קיצונית, או ב"עיוות מהותי" (ראו: בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326 (1983); בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990)).

25. בהינתן השינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית והתנאים שהיא מציבה ללוחמים, וכן ממעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית, על צרכיה המיוחדים – אותם שיקולים, המדריכים בית-משפט זה להמעיט בהתערבות בשיקול-דעתו של היועמ"ש בסוגיה זו, בוודאי צריכים להוות לנו מורה דרך, בבואנו לבחון ולבקר את שיקוליו ואת החלטותיו של הפצ"ר (ראו: בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859 (02.05.1995) (להלן: עניין אישה); אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16 203 (2003) (להלן: שהם, הפצ"ר והיועמ"ש)). בהתאם לכך, אופי ומרחב ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות המתקבלות על-ידי הפצ"ר בדבר העמדה לדין, נדונו זה מכבר ברבים מפסקי הדין, אשר יצאו את מפתנו של בית המשפט, ובהם נקבע, כי הפעלת סמכות זו על-ידי הפצ"ר, שהיא סמכות "מעין שיפוטית", מסורה, באופן עקרוני, לשיקול דעתו הנרחב, תוך התחשבות במאטריה הצבאית הייחודית (ראו למשל: בג"ץ 442/87 שאול נ' הפרקליט

הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 749 (1988); בג"ץ 6009/94 שפרן נ' תובע צבאי ראשי, פ"ד מח(5) 573 (1994).

26. אי ההתערבות בהחלטות רשויות התביעה, ובכלל זה הפצ"ר, נעוצה במספר טעמים:

ראשית, טמון הדבר בכישורים, בידע ובניסיון המקצועי שבידי גופי התביעה השונים, בהערכת השאלה האם די בראיות שנאספו כדי לגבש תשתית להגשת כתב אישום. במקרים מעין אלה הריסון מפני התערבות שיפוטית בהחלטת הרשויות אמור לחול במידה "כפולה ומכופלת" (בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004)).

שנית, הלכה זו נגזרת מן האחריות הכבדה המוטלת על כתפי התביעה בשאלת הגשתו, או אי הגשתו של כתב אישום, וכך נפסק:

"נזכור, נדע ונשנן זאת היטב: האחריות בנושא הגשתו – או אי-הגשתו – של כתב-אישום, על שכמן של רשויות התביעה נופלת היא; על שכמן ועל שכמן בלבד. והנושא באחריות מחזיק אף בסמכות, אלא אם חרג ביתר מסמכותו (דברי השופט (כתארו אז) מ' חשין בפרשת בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659 (2000)).

שלישית, הדבר מוסבר בהשלכות הפוטנציאליות של התערבותו של בית משפט זה – על תוצאות אפשריות של המשפט הפלילי שיוגש בעקבות ההתערבות (ראו: בג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, בפסקה 4 (27.06.2000)).

27. זאת ועוד – אחרת. בגדרי העניין שלפנינו איננו נדרשים לביקורת שיפוטית ראשונית וישירה על החלטת הפצ"ר, שהרי בהתאם להוראות נוהל ההשגות על החלטות הפצ"ר – החלטת הפצ"ר שלא להגיש כתב אישום בחקירה שנפתחה על אודות "אירוע משמעותי במהלך פעילות צבא ההגנה לישראל" מובאת, בכפוף להגשת השגה מתאימה, לעיון היועמ"ש; לאחרון מוקנה בהקשר זה שיקול דעת רחב – לשנות, או לאשר – את החלטותיו של הפצ"ר. בכך נקבע מנגנון ייחודי, המורה על בדיקה כפולה ועצמאית של התנהלות הרשויות העוסקות בחקירה ובהעמדה לדין בצבא, והכל על רקע העובדה שהתלונה עשויה לעורר "השלכות משמעותיות על פעילותה של מדינת ישראל במישורים רבים" (ראו בדברי ההקדמה לנוהל ההשגות על החלטות הפצ"ר).

28. בנסיבות העניין – המקרה שלפנינו נחקר היטב בפיקוחו של הפצ"ר. במסגרת זו נגבו הודעות ונחקרו כל הגורמים הרלבנטיים, לרבות מאל"מ שומר וסמל ד'. בנוסף, נתפסו ראיות שונות, כפי שתואר לעיל, ונגבו הודעות מעדים פלשתינים שהיו נוכחים בקרבת מקום וכן מתחקירן של ארגון בצלם. בסופו של יום, על אף שנמצא כי לא ניתן לשלול כי שלביו הראשונים של הנוהל הרלבנטי הופעלו על-ידי אל"מ שומר כנדרש, היועמ"ש קבע כי: "אופן ביצוע הירי לעבר כוסבה – תוך כדי תנועה ובלי להביט בין כוונות הנשק – חרג מהכלליים והיווה טעות מקצועית". חרף טעות זו, הפצ"ר, עם תום החקירה, כמו גם היועמ"ש בחלטה בהשגה שהגישו העותרים – סברו כי אין מקום להעמיד את אל"מ שומר לדין פלילי, תוך שהם מדגישים במסקנותיהם כי על אף שמוחמד היה במנוסה בעת שאל"מ שומר ביצע לעברו את הירי, הרי שמקובלת עליהם גרסתו של סמל ד', אשר טען כי הכוח חש בסכנה מוחשית וברורה לנוכח מכלול הנסיבות. דומה כי במסגרת זו נלקחו בחשבון על-ידי המשיבים 1-2 כל השיקולים הרלבנטיים, ולנוכח הכשל שנתגלה בפעילותו של אל"מ שומר – ננקטה נגדו סנקציה פיקודית, שהוגדרה על-ידי היועמ"ש כ"צעד ממשי".

הנה כי כן, בנסיבות העימות שהתנהל באותם ימים והמצב בשטח – נראה כי התלונה וההשגה שהגישו העותרים טופלה ונבדקה עניינית וכיאות על-ידי גורמי החקירה וההעמדה לדין. יתר על כן, ההשגה של העותרים הוגשה באיחור ניכר (כששה חודשים לאחר שנמסרה להם החלטת הפצ"ר ולאחר המועדים הקצובים לכך בנוהל ההשגות על החלטת הפצ"ר). המשיבים טענו כי די בטעמים אלה כדי להורות על דחיית העתירה שלפנינו. ואולם אנו החלטנו לבדוק את הדברים גם לגופם, ולפיכך אפנה עתה לבחינת הסבירות המהותית בהחלטות שניתנו על-ידי הגורמים השונים שטיפלו במכלול.

סבירות ההחלטות המתקבלות ביחס להעמדה לדין בהקשר לפעילות מבצעית

29. בבואנו לשקול את האפשרות להתערב בשיקול דעת הפצ"ר והיועמ"ש (בהליכים מהסוג שלפנינו), ראוי להקדיש שימת לב מיוחדת לאופן שבו מפעיל הפצ"ר את שיקול דעתו בכל הנוגע לטיפול בסוגיות של טוהר הנשק וקדושת חיי אדם. הנסיבות הייחודיות והתוצאות הרות-הגורל של המעשה הלוחמתי, המאופיין לא פעם בסיכון חיי אדם לכל המעורבים – מחייבות בחינה מדוקדקת מצד כלל הגורמים הן בשלב שקילת האפשרות לפתוח בחקירה, הן בשלב של ניהול החקירה והן בעת ההכרעה לגבי המשך הטיפול בתיק – אם לסיימו בהעמדה לדין, או בסגירה, או בנקיטת אמצעים פיקודיים בלבד.

בהקשר לכך, יפים דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה, בפרשת בג"ץ 7195/08 אבו-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (01.07.2009) (להלן: עניין אבו-רחמה), שם ניתן צו מוחלט (בהרכב שישבו בו אף השופט (כתארו-אז) א' רובינשטיין והח"מ), ואשר הורה

על החמרת העבירות בהן הואשמו קצין וחייל צה"ל בפרשה שעמדה שם לבירור. ההנמקה היתה שנמצא מרווח לא סביר בין טיב המעשים שתוארו בכתב האישום שהוגש שם, לבין אופן הערכתם כעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" בלבד – פער שהיה כה עמוק, עד כי התערבות שיפוטית נראתה מוצדקת. וכך התבטאה, בין היתר, בהקשר האמור, השופטת פרוקצ'יה בפרשה הנ"ל:

"דווקא לאור מעמדה המיוחד של המערכת הצבאית, נדרשת הקפדת-יתר באכיפת הנורמות המוסריות-ערכיות בפעילות הצבא וחייליו, במיוחד בכל הקשור לחובת השמירה הקפדנית על כללי הריסון וההגבלה בשימוש בכח הנשק והשררה הצבאית. בענין זה יש להקפיד, בקלה כבחמורה, ולתת עדיפות ברורה לצורכי אכיפת הנורמות הערכיות של החוק גם על פני אינטרסים מערכתיים של הצבא ושיקולים אישיים פרטניים הנוגעים לחייל שסטה מדרכו. רף האכיפה בעניינים הנוגעים לשימוש פסול בכח המרות הצבאי כלפי תושבים מקומיים, הנמנים על הצד היריב, או כלפי נחקרים, שבויים, ונתונים למשמורת הצבא, ראוי שיימצא במדרגה הגבוהה ביותר, כדי להטמיע את המסר הערכי לא רק בפרט שכשל, אלא בציבור החיילים כולו ובמערכת הצבאית כולה [...] כיבוד זכויות אדם, והשמירה על כבוד האדם גם כאשר הוא נמנה על האויב, טבועים באופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה צריכים למצוא את ביטויים גם באכיפת החוק הפלילי כלפי מי שבהתנהגותו הפר עקרונות אלה. אכיפה זו היא מרכיב חשוב גם בתפיסת הבטחון של ישראל, ובעמידה על כושרו ורמתו של צה"ל. 'כוחו של צה"ל תלוי ברוחו לא פחות מאשר בעוצמתו הפיזית ובשכלול כליו' [...] רוחו וצביונו המוסרי של הצבא תלויים, בין היתר, בשמירה על טוהר הנשק ובהגנה על כבודו של הפרט, באשר הוא" (שם, בפיסקאות 89-90; ראו עוד: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 390-393 (2012)).

30. לצד הקפדה על טוהר הנשק והשמירה על קדושת חיי אדם, אין להתעלם מכך שהפעילות הלוחמתית מאופיינת בעצימות ייחודית – בתחושת חוסר-ודאות, האופפת כל זירה מבצעית, בתכיפות האירועים הרודפים זה אחר זה, כאשר כל הכרעה של הכוחות הלוחמים, המתקבלת בשבריר של רגע, עלולה להיות הרת גורל וקטלנית. בנוסף, נטילת סיכונים, המגבירה מעצם טבעה את האפשרות לטעויות, מהווה חלק אינטגרלי מהפעילות הצבאית ומהשגת מטרותיה. היבטים אלה מעוררים את החשש מ"חכמה שבדיעבד" בביקורת שיפוטית על אופן פעילות הכוחות הלוחמים, מה גם שביקורת זו עלולה להיות בעלת השפעות שליליות לעתיד, ביצירת אפקט מצנן ו"הרתעת יתר" מפני יצירתיות, יוזמה ונטילת סיכונים, מקום בו אלה ראויים ורצויים. ואמנם, זה מכבר נקבע

כי בעת בחינת סבירות החלטתו של הפצ"ר בשאלת ההעמדה לדין יש ליתן את הדעת למאפייניה והשלכותיה של הפעילות. בעניין אישה פורטו מרכיביה הייחודיים של הפעילות הצבאית המבצעית והזיקה ביניהם לתהליך קבלת ההחלטות הנעשה במסגרתה כשיקול שיש ליתן לו משקל בבדיקת סבירות ההחלטה להעמיד לדין, או להימנע מלעשות כן (ראו גם: בג"ץ 6208/96 מור חיים נ' צבא ההגנה לישראל, פ"ד נב(3) 835 (1998) וכן: שהם, הפצ"ר והיועמ"ש, בעמ' 213-215)). עוד צוין כי כאשר מדובר ברשלנות של מפקד צבאי במהלך פעילות מבצעית, שאינה מגיעה כדי רשלנות חמורה – אין, ברוב המקרים, הצדקה לנקוט בענישה פלילית מרתיעה, וכי די בנקיטת סנקציות פיקודיות, המשפיעות על הקריירה הצבאית ועל אפשרויות הקידום, כדי לייצר הרתעה וכדי להגשים את עקרון הגמול, וכך באו הדברים לידי ביטוי בפסיקה:

"העמדת מפקד לדין פלילי עקב טעות בשיקול דעת שנתקבלה במהלך פעילות מבצעית בתנאי שדה, ואפילו מצביעה היא על מידה של התרשלות מצדו, מעוררת קושי ועלולה לפגוע בניהול המערכה, לגרור סטגנציה והיעדר מעוף ולהסב נזק לאינטרס הציבורי. נדמה איפוא, כי כשמדובר בפעילות צבאית מבצעית יש מקום לשקול, בכפוף לנסיבות המקרה ולחומרת ההתרשלות העולה ממנו, את השימוש בסנקציות פיקודיות גם במקרים מסוימים בהם היה מועמד המבצע לדין פלילי במידה והעבירה הייתה מבוצעת שלא כחלק מפעילות צבאית מבצעית. השאלה האם עובדותיו של מקרה מסוים אכן חמורות במידה המצדיקה נקיטה בסנקציה פלילית תיגזר לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ועל פי מידת אחריותו של הצד המעורב בגרם הנזק" (בג"ץ 10782/05 דבורה בן יוסף נ' השופט דוד מינץ, שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים (23.08.2007) (להלן: עניין בן יוסף)).

יחד עם זאת, הפסיקה הדגישה לא אחת כי אין באמור כדי להעניק חסינות כללית מפני העמדה לדין פלילי, תוך שימת דגש כי במקרים בוטים של התרשלות, אשר הובילה לאובדן חיים, או לתוצאה חמורה אחרת – המישור הפלילי עשוי עדיין לשמש כדרך הטיפול המיטבית, אפילו בתנאים של פעילות מבצעית (עניין בן יוסף, בפסקה 24; בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקאות 5-9 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף (28.10.2019)); יצוין כי בפרשה זו התקבלה בקשה לקיום דיון נוסף לעניין הסעד שקבע בית המשפט – ראו בהחלטת חברתי הנשיאה, א' חיות, ב-דנג"ץ 7491/19 נאור נ' חמדאן (27.04.2020)).

זה המקום לציין עוד כי גם במשפט המשווה אנו מוצאים בסוגיות קרובות – עמדות דומות לגישות שהובעו בפסיקה אצלנו והוצגו לעיל. לסקירה קצרה של המשפט הזר אעבור איפוא עתה.

31. לאחרונה (ב-2020) פורסם ספר במסגרת ההוצאה היוקרתית של Oxford Monographs in International Humanitarian and Criminal Law, אשר נכתב על-ידי ד"ר J.F.R. Boddens Hosang (הספר הוא למעשה עיבוד של עבודת הדוקטורט), וכותרתו: Rules of Engagement and the International Law of Military Operations (להלן: Hosang).

הספר עוסק בהוראות פתיחה באש למיניהן במדינות שונות ובבריתות צבאיות מגוונות (כגון: נאט"ו), ודן בהן, אקדמית ומעשית, מנקודת ראות של: טענת ההגנה העצמית, המשפט הבינלאומי, ובמיוחד זה ההומניטרי, משפט זכויות האדם והמשפט הפלילי המדינתי והבינלאומי, תוך הפניה לפסיקה מדינתית ובינלאומית עניפה.

נביא איפוא להלן מספר דוגמאות שהובאו בספר של Hosang מהפסיקה הזרה, שדנה בסטיה מהוראות פתיחה באש ובהן התוצאה היתה זיכוי.

#### פסיקה בהולנד:

The Eric O. Case – שם הקצין זוכה בשתי ערכאות (זו המחוזית, ובבית המשפט לערעורים). להרחבה בפרשה זו, שעסקה בפעילות של קצין בכיר הולנדי, ששירת בחיל המשלוח ההולנדי בעירק והרג, בירי, אזרח (שנכנס למתחם שנסגר מחשש לביזה), כאשר השאלה המשפטית היתה אם הקצין חרג מהוראות הפתיחה באש הרלבנטיות) – עיינו בספרו של Hosang בעמ' 250-256, שם גם מופיעה הפניה לפסקי הדין, שפורסמו בהולנדית.

#### פסיקה בבלגיה:

נמצאו 2 מקרים של העמדה לדין דומה – זיכוי:

The Koralid Kalid v. Paracommando Case, שעסק בפעילות של קצין בלגי, ששירת מטעם ארצו בכוח האו"ם בסומליה, והרג שם נער, שניסה לפרוץ לבסיס הצבאי, תוך שהיורה חורג במקצת מהוראות הפתיחה באש.

The Osman Somow v Paracommando Case, שעסק אף הוא בפעילות של קצין בלגי, ששירת מטעם ארצו בכוח האו"ם בסומליה וירה באוויר, לטענתו, במי

שנכנס ל"מתחם אסור", תוך סטייה מהוראות הפתיחה באש (הקורבן נפטר, כנראה, מנתז).

לתיאור הפרשות הנ"ל והפניה לפסקי הדין שניתנו שם – עיינו בספרו של Hosang, בעמ' 282-284.

#### פסיקה בקנדה :

R. v. Mathieu, 2008 SCC 21 (CanLII), בפרשה זו נדון סמל ששירת מטעם הצבא הקנדי בסומליה, הועמד לדין, וזוכה מאישום של גרימת מוות של גנב מקומי, שנכנס ל"אזור האסור", שהיה בשליטת הקנדים שם, וניסה לגנוב רכוש מהמחנה. הקורבן נורה בעת מנוסתו מהמקום, בסטייה מהוראות הפתיחה באש הרלבנטיות.

לתיאור הפרשה וההפניה לפסקי הדין שדנו בה ולחקירות שנוהלו בעטייה – עיינו בספרו של Hosang, בעמ' 284-285.

#### פסיקה בארצות הברית :

פרשת Corporal Banuelos (1997), שם זוכה חייל אמריקאי שפיטרל בגבול ארה"ב-מקסיקו והרג, בירי בשגגה, אזרח, תוך כדי הגנה עצמית (אולי מוטעית) מפני תוקפים, אף שנטען כי היורה חרג מהוראות הפתיחה באש.

לתיאור הפרשה וההפניה לפסק הדין שניתן בעניין – עיינו בספרו של Hosang, בעמ' 285-286.

32. המלומד G. A. Wolusky (ששירת בפרקליטות הצבאית של חיל האוויר האמריקאי), פירסם בשעתו מאמר מצוטט –

G. A. Wolusky *Combat Crime: Rules of Engagement in Military Courts-* *Martial*, 38 MIL. L. & L. WAR REV. 91 (1999) – בגדרו הוא סקר פסקי דין אמריקאיים נוספים שהובילו לתוצאה דומה של זיכוי, ולכן הוא מסיק שאין מקום להעמדה לדין מאחר וניהול הליך כזה הוא בנסיבות:

"unprofitable, unnecessary, and improper"  
(שם, בעמ' 105).

הוא גורס עוד כי העמדות לדין שכאלו, אם תתאפשרנה בגין הפרת הוראות הפתיחה באש בנסיבות שאינן יוצאות דופן בחומרתן – עלולות לגרום לירידה במוראל ובמוטיבציה של החיילים, לחוסר יוזמה ולאיבוד הגמישות והיצירתיות הנדרשות בכל פעילות צבאית. יתר על כן, יהיה בכך משום חוסר הוגנות כלפי אנשי הצבא, המסכנים את חייהם במצבים של חוסר ודאות.

33. עתה לאחר שסקרנו את הפסיקה הישראלית הרלבנטית, הפנינו לפסיקה מהמשפט המשווה והבאנו גם דעת מלומדים – ניתן לעבור למישור היישומי.

מן הכלל אל הפרט

34. לאחר עיון במכלול החומר, וצפיה בסרטון מצלמת האבטחה, כמו גם במה שהוצג בפנינו – בהסכמה – במעמד צד אחד (הוראות הפתיחה באש שנהגו באיזור) – אינני רואה מקום לשנות ממסקנותיו של היועמ"ש, שבאו בעקבות הממצאים שעלו מהחקירה שנוהלה בצבא ולאחר החלטת הפצ"ר.

35. עם זאת אעיר כי מצופה היה מאל"מ שומר כי יפעל בהתאם להוראות הפתיחה באש. כידוע, הוראות אלה מבקשות להבנות באופן אחיד את דרך השימוש בנשק באירוע לוחמתי (ראו: ע"א 3889/00 לרנר נ' משרד הבטחון, פ"ד נו(4) 304, בעמ' 313-314 (2002); בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (24.05.2018)). באמצעות הבניית סדר הפעולות הנדרש מהלוחמים בשטח בהתאם להתרחשות המבצעית – הוראות הפתיחה באש מורות כי השימוש ב"אש חיה" ייעשה, על-פי רוב, רק לשם התמודדות עם הפרות דין אלימות, אשר מהן ובמסגרתן נשקפת סכנה ממשית מיידית וקרובה לכוחות צה"ל, או לאזרחים ישראלים, וזאת רק לאחר שמוצו ניסיונות ההתמודדות עם האירוע באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי קטלניים. בנסיבות העניין, אין חולק כי אל"מ שומר פעל בסטייה מנוהל מעצר חשוד (כחלק מהוראות הפתיחה באש), בכך שביצע ירי תוך כדי תנועה לעברו של מוחמד, כשהוא אינו מביט בכוונות הרובה, וכאשר האחרון איננו מהווה לכאורה עוד סכנה ממשית ומיידית עבורו ועבור הכוח.

זאת ועוד – אחרת. חומרי החקירה אף מגלים אי-דיוקים בין הגרסאות שמסר אל"מ שומר בחקירותיו השונות (האחת בטרם נתפס סרטון האבטחה והאחרת לאחר מכן),



וקושי ליישבן עם חלקים מגרסתו של סמל ד'. כך, למשל, לא ברור מהו הגורם שהביא לעצירת הכוח מלכתחילה (אל"מ שומר טען בתחילה כי על הציר הוצב מארב שבוצע על-ידי רכבים נוספים שחסמו את הכביש); לא הובהר מדוע בחר אל"מ שומר לבצע נוהל מעצר חשוד (שעה שטען כי הוא היה מצוי בסכנת חיים מיידית), והאם נוהל כאמור אכן בוצע על-ידו בפועל, ובאיזו מידה; כמו כן לא הוכחה טענתו של אל"מ שומר לכך שמוחמד אחז בחפץ קהה כלשהו בעת שנס מהזירה. אף הטענה כי מוחמד התכופף, או סובב לעבר אל"מ שומר את ראשו בעת המרדף נסתרה, לכאורה, על-ידי סמל ד'. יחד עם זאת, על אף סתירות אלו – ההחלטות, נושאי העתירה, התבססו על גרסתו של סמל ד' (שהיתה לפרקים פחות נוחה לאל"מ שומר), ונקבע שאין גם בגרסה המחמירה יותר כדי להורות על העמדתו של אל"מ שומר לדין.

36. בהינתן האמור בפסקה 35 רישא שלעיל ועל אף שהוראות הפתיחה באש, כתבנית פעולה מוגדרת מראש לכוחות צה"ל, מהווה מסגרת ראויה לבחינת סבירות הפעולה – אין בסטייה מהן כדי ללמד בהכרח על אחריות פלילית, אף מקום בו פעילות זו הביאה לתוצאות קטלניות (עיינו: ע"פ 486/88 סמ"ר אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2), 353 (1988); לכלל האמור יש חריגים, והנסיבות הקיצוניות שהתעוררו בפרשת כפר-קאסם הן דוגמא מובהקת לכך – ראו: מ"ר (מרכז) 3/57 התובע הצבאי נ' מלינקי, פ"מ יז 90 (1958); וכן הערעור: ע/283/58 עופר ואח' נ' התובע הצבאי הראשי, פסקים עליון מ"ד 362 (1959). להשתלשלות פרשה זו כולה, עיינו: שרון אפק "פרשת כפר-קאסם" בתוך: שורשים במשפט, עמ' 113-118 (דינה זילבר, עורכת 2020) והשוו לאחרונה לנסיבות שנדונו ב- ע/18/17 סמל אזריה נ' התובע הצבאי הראשי (30.07.2017); ו-ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' דרי (19.08.2018).

בהקשר זה אין להתעלם מכך שעסקינן, בנסיבות העניין שלפנינו, באירוע שנמשך שניות – תחילתו בעצירה של הרכב הצבאי (שאינו ממוגן) באיזור עוין (וכפי שניתן לראות מסרטון האבטחה – אף שוקק בבני אדם); המשכו בהטחת אבן גדולה בחזית הרכב, שהביאה לניפוץ השמשה הקדמית של הרכב ובפגיעה של אחד החיילים שהיו בו (הנהג). בעקבות זאת אל"מ שומר וסמל ד' יצאו במהירות מן הרכב, כשהאחרון מתמקם מאחורי הרכב בקו ישר אל מוחמד, ואילו אל"מ שומר, שעמד באלכסון למוחמד – יורה כעבור כמה שניות שלוש יריות, ששתיים מהן הביאו לפגיעתו ולמותו של מוחמד. סופו של האירוע, בהתקרבותם של אל"מ שומר וסמל ד' אל מוחמד השרוע על הקרקע, ובהסתלקותו המהירה של הכוח מהמקום נוכח ההתקהלות שהחלה שם והסכנה שהיתה כרוכה בכך, וזאת לאחר שהוברר כי אמבולנסים בדרכם למקום.

בנסיבות הללו, וכפי שציינו המשיבים 1-2 בתגובתם, "קו התפר" בין טעות בשיקול דעת, לבין רשלנות פלילית, הוא עמום, מורכב וקשה להגדרה ברורה.

37. אם מלחמות וקרבות הן ממלכת האי-ודאות, כפי שהדבר ידוע ומוכר בחשיבה העיונית הביטחונית, אזי אירועי טרור עממי – מהסוג והנסיבות הנדונות כאן – הם בבחינת זירה, אשר יכולה כאחת להביא התנהלות שגרתית של כוח, לכדי התרחשות צבאית אלימה וקטלנית, זאת מאחר וגם אבנים יכולות להרוג (וראו לאחרונה הפיגוע הקשה שהביא למותו של הלוחם סמ"ר עמית בן-יגאל ז"ל, כפי שאירוע זה תואר בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (10.08.2020); יש לציין כי הוגשה בקשה לדיון נוסף בפסק הדין האמור – דנג"ץ 5924/20).

38. הנה כי כן, כמו שצוין בפסיקה שהצגתי לעיל – ההכרעה השיפוטית במקרים מעין אלה, אמורה להיות רגישה מאוד לנסיבות המבצעיות, ולמיידיות המאפיינת אירועי לחימה, התובעים קבלת החלטות הרות-גורל בשבריר של רגע, והכל בתוך עננת חוסר ודאות וחשש מפני סכנה מוחשית ומיידית האורבת לכוח והצורך לנסות ולתפוס את המפגעים.

39. המקרה שלפנינו מעיד על הקושי הנ"ל. סרטון מצלמת האבטחה מלמד על הסכנה בה חשו, קרוב לוודאי, הלוחמים ששהו בסביבה עוינת בעת שהוטחה בהם על-ידי מוחמד האבן הגדולה שפגעה בחזית הרכב, תוך ניפוץ השמשה הקדמית, מה שהביא גם לפגיעתו של החייל שנהג ברכב. חיזוק לכך ימצא אף בממצאים שקבע היועמ"ש, בדבר הימצאותו של המון בקרבת מקום, לרבות נערים נוספים שאחזו באבנים, וכן החשש כי מנוסתו של מוחמד עלולה היתה להוביל את הכוח לתוככי סיכון נוסף והצדיקה ניסיון לתפוס אותו.

40. בד בבד – אין להקל ראש בצעד הפיקודי שננקט כנגד אל"מ שומר, אשר התבטא בעצירת קידומו האישי בשרשרת הפיקוד לתקופה משמעותית. צעד מדוד זה עשוי להוות תמרור אזהרה לכל חייל ומפקד בדבר חשיבות ההקפדה על הוראות הפתיחה באש, ומנגד עשוי לקיים את האינטרס הציבורי שלא להכביד יתר על המידה ב"אפקט הצינון" ובדחיקת יוזמות ופעולות צבאיות חיוניות, או בהרתעת מי שבחרו לשרת בתפקידי לחימה ופיקוד, תוך סיכון חייהם בתנאים מבצעיים מורכבים, כפי שמסביר Wolusky במאמרו הנ"ל (עיינו והשוו בעניין שירות ההליך הפלילי: רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (05.05.2020); יוער כי בפרשה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף, ראו: דנ"פ 5387/20).

41. בנסיבות הללו, סבורני כי החלטת היועמ"ש, שניתנה על בסיס החקירה שנוהלה בצבא והחלטת הפצ"ר, בצד ההחלטה הפיקודית שהתקבלה על-ידי הרמטכ"ל דאז, רא"ל גדי איזנקוט, לעיכוב קידומו של אל"מ שומר – נופלות במתחם הסבירות ואינן מצדיקות התערבות שיפוטית.

42. לסיכום, אם תשמע דעתי – העתירה תידחה בשל כל הסיבות שפורטו לעיל. בנסיבות העניין – אציע עוד כי לא ייעשה צו להוצאות.

## המשנה לנשיאה

### השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר.

זאת יש לזכור, תחילתה של מסכת האירועים הנדונה לפנינו היא במעשה טרור שביצע מוחמד כוסבה (להלן: מוחמד), אשר הטיח, ממרחק של כמטר אחד בלבד, אבן גדולה מאד ברכב לא ממוגן בו נסע אלוף-משנה ישראל שומר (להלן: אל"ם שומר) יחד עם שלושה מחייליו. מעשהו זה של מוחמד הביא לניפוץ שמשת הרכב הקדמית ולפציעת אחד החיילים שישב בו; והעמיד את אל"ם שומר ואת חייליו בסכנת חיים ממשית. לא מן הנמנע כי יהיו מצבים בהם מעשה מעין זה יעלה אף כדי ניסיון רצח. עוד יש לציין בהקשר זה את הסביבה העוינת בה היו אל"ם שומר וחייליו מצויים באותה העת, את הימצאותם במקום בו אנשים נוספים אחזו באבנים, ואת החשש שנלווה לאירוע כולו מפני "משיכתם" של החיילים אל תוך ההמון על מנת לבצע בהם לינץ'.

2. על רקע כל האמור יש לבחון את המעשים המיוחסים לאל"ם שומר – אשר ברי כי נעשו בסיטואציה מלחמתית, שהתאפיינה בסכנת חיים ממשית, במיידיות וברגישות ייחודית. כמובן שאין להקל ראש בהתנהלותו של אל"ם שומר באירוע הנדון, שבגינה אף עוכב באופן ניכר קידומו הצבאי. ואולם, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, במקרים מעין אלה שומה עלינו להישמר מפני ביקורת המהווה משום חכמה שבדיעבד ואשר נעשית ב"תנאי מעבדה" (ראו: בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 31 (18.7.2017)). יש לתת, אפוא, את הדעת על הנסיבות החריגות המאפיינות פעילות ביטחונית-לוחמתית ב"זמן אמת", ועל הצורך לאפשר לכוחות הביטחון להפעיל כחיות

את שיקול דעתם המקצועי בהתאם לנסיבות הרלוונטיות בשטח (והשוו: בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 864-865 (1995); ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 509 (2004)).

3. זאת ועוד, כאמור בחוות דעתו של חברי, הרי שבית משפט זה אינו מחליף את שיקול דעתם של גורמי התביעה בשיקול דעתו שלו, וגדר ההתערבות השיפוטית בכגון דא תחום למקרים חריגים בהם ההחלטה הנדונה לוקה בחוסר סבירות קיצונית, או כאשר נפל פגם ניכר בהליך קבלתה (ראו: בג"ץ 1299/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 13 (23.1.2007); בג"ץ 4658/19 חסן נ' פרקליט המדינה, פסקה 7 (4.2.2020)).

הלכה מושרשת זו יפה אף בכל הנוגע להחלטות התביעה הצבאית (ראו: עניין אישה, בעמודים 870-872; בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל, פסקה 16 (23.2.2006); בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 10-11 (12.7.2010)), ולדידי, הדברים הם בבחינת קל וחומר, כאשר עסקינן בהחלטה מעין זו שבענייננו – אשר התקבלה על-ידי גורמי המקצוע הבכירים ביותר (הפרקליט הצבאי הראשי, שהחלטתו אושרה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להמלצת פרקליט המדינה, ועל רקע החלטת הרמטכ"ל בדבר עיכוב קידומו של אל"ם שומר), ואשר נוגעת לשיקול דעת מקצועי-צבאי מובהק שהפעיל אל"ם שומר בתנאי לוחמה ומתוך סיכון ממשי.

4. אני מצטרפת, אפוא, לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, על כל נימוקיה.

## ש ו פ ט ת

### הנשיאה א' חיות:

1. אני שותפה למסקנה אליה הגיעו חבריי, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטת י' וילנר, לפיה לא קמה עילה להתערב בהחלטת המשיבים שלא להגיש כתב אישום נגד המשיב 3 בשל מעורבותו באירוע אשר בו מצא את מותו בנם של העותרים 1-2. זאת,

משום שבהתאם לקריטריונים שנקבעו לעניין זה בפסיקה, המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם יתערב בית המשפט בהחלטת רשויות התביעה הפלילית שלא להגיש כתב אישום. על עיקר הקריטריונים הללו עמד בית משפט זה בכג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995) (להלן: עניין אישה) בהתייחסו אל: "החלטה שנתקבלה שלא כיושר או שלא כתום לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור [...]; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין".

2. בענייננו, קיימו הפרקליט הצבאי הראשי וכן היועץ המשפטי לממשלה בדיקה מקיפה ביותר של מכלול נסיבות המקרה, ובין היתר נתנו דעתם גם לסתירות שהתגלו בין גרסתו של המשיב 3 לגרסת הלוחם ד', אך בסופו של יום הגיעו אל המסקנה כי אף שהתנהלותו של המשיב 3 באירוע נגועה בכשל מקצועי חמור, הדברים אינם מגיעים כדי התנהלות המצדיקה העמדה לדין פלילי. בהקשר זה ציין היועץ המשפטי לממשלה כי "אין כל אינדיקציה, ודאי לא כזו הנדרשת במשפט פלילי, ולפיה [המשיב 3] התכוון להרוג את כוסבה או שהירי בוצע במכוון לעבר פלג גופו העליון". על סמך קביעה עובדתית זו, מצא היועץ המשפטי לממשלה כי היסוד הנפשי לקיומה של עבירת ההריגה לא התקיים במקרה דנן. כחבריי אף אני סבורה כי בקביעה זו של המשיבים 1-2 לא נפל פגם מסוג הפגמים המצדיקים להמיר את שיקול דעתם של גורמי התביעה המקצועיים בשיקול דעתו של בית המשפט.

3. העותרים הוסיפו והתייחסו בטענותיהם לאפשרות חלופית של הגשת כתב אישום נגד המשיב 3 בגין גרם מוות ברשלנות. בהקשר זה סברו המשיבים 1-2 כי אף אם ניתן היה, מהבחינה הראייתית, לנהל הליך פלילי נגד המשיב 3 בגין עבירה זו, האינטרס הציבורי אינו מצדיק זאת. היועץ המשפטי לממשלה התייחס לכך בהחלטתו וציין "קו התפר בין טעות בשיקול דעת, וודאי בסיטואציות מבצעיות, לבין רשלנות, הינו קו תפר מורכב וקשה להגדרה ברורה. 'מקדם המבצעות' אותו אנו שוקלים, כשמו כן הוא, נועד להגביה את הרף, לפני העמדה לדין בסיטואציות מורכבות אלו". דבריו אלה של היועץ המשפטי עולים בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט זה בכל הנוגע למאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית (ראו: עניין אישה, בעמ' 866; בג"ץ 4190/05 נעים נ' פרקליט המדינה, פסקה 20 (12.9.2006)), ועם הצורך למנוע "אפקט מצנן" אשר עלול להוביל "לשיבוש הפעילות ולאי עמידה במשימה" (עניין אישה, בעמ' 867).

ויודגש – אין חולק כי המשיב 3 חרג במעשיו מהוראות הנוהל בדבר מעצר חשוד שבכללי הפתיחה באש לחיילים ביהודה ושומרון ובמרחב התפר, לפיהם יש לפעול באירועים דוגמת המקרה דנן. תכליתם המבצעית של כללי הפתיחה באש היא "להורות את חיילי צה"ל, באופן אחיד ומוסמך ומפי הדרג הפיקודי העליון, בדבר דרכי הפעולה שעליהם לנקוט במצבים טיפוסיים מסוימים העשויים לחייב, או להצדיק, שימוש בנשק" (ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 304, 314 (2002)). כללים אלה מגשימים את ערכי צה"ל ובראשם טוהר הנשק, כבוד האדם וחיי האדם. ההקפדה על הכללים נועדה להתוות לחיילים ולמפקדים את הדרך להתמודד עם הסיטואציות המורכבות שבהן הם עשויים להיתקל והיא נושאת משנה חשיבות בסביבה אזרחית שבה לכל פעולה מבצעית עשויות להיות השלכות חמורות. החריגה של המשיב 3 מן ההוראות והכללים הללו מהווה על כן כשל מקצועי. חומרתו נובעת לא רק מן התוצאה הקשה שנגרמה בעקבותיו אלא גם משום שניתן לצפות כי מפקד בדרגתו של המשיב 3 יפעל אחרת.

אשר למקורות המשפט המשווה שפורטו בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, כידוע, "מהותן של כל הוראות פתיחה באש תלויה הן באופייה של המשימה והן ברמות הכוח הנדרשות לצורך השלמתה של אותה משימה" (דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מתאריך 31.05.2020 – חלק ראשון, פסקה 205 (ינואר 2011)). לכן השאלה אם ארעה חריגה מכללי הפתיחה באש במקרה מסוים, ואם חריגה עולה כדי עבירה פלילית, היא לעולם שאלה שיש לענות עליה בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות ובהתאם להוראות הדין החל על אותו המקרה.

4. בשל הפרת כללי הפתיחה באש במקרה שלפנינו מצא הפרקליט הצבאי הראשי להמליץ בפני הרמטכ"ל לנקוט באמצעים פיקודיים משמעותיים כלפי המשיב 3, ובהמשך – בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה – אף ננקטו כלפיו סנקציות נוספות אותן פירט חברי המשנה בחוות דעתו ואשר, כדברי חברי, נועדו "להוות תמרור אזהרה לכל חייל ומפקד בדבר חשיבות ההקפדה על הוראות הפתיחה באש". הנקיטה בצעדים אלה מהווה אף היא שיקול רלבנטי בעת בחינת האינטרס הציבורי שבהעמדתו של המשיב 3 לדין פלילי (עניין נעים, בפסקה 21; בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 33 (15.8.2017)) והיא מחזקת את המסקנה לפיה החלטת המשיבים 1-2 אינה חורגת ממתחם הסבירות ואינה מצדיקה את התערבותו.

ה נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, י"ד באלול התש"ף (03.09.2020).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

---

19017820\_K09.docx אר

מרכז מידע, טל' 077-2703333 \*3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>