



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1971/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ס' גובראן
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים: 1. מוניב רביע אלמסרי
2. מסרי מוניב

נגד

המשיב: הפרקליט הצבאי הראשי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד בשבט התשע"ז (20.2.2017)

בשם העותרים: עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד סופיה ברודסקי

בשם המשיב: עו"ד ענר הלמן; עו"ד אודי איתן

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו עתירה למתן צו על תנאי, המבקשת לחייב את המשיב להורות למשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח) לפתוח בחקירה פלילית של נסיבות פציעתו של העותר 1 (להלן: העותר), אשר לטענתו, נגרמה כתוצאה מירי של חיילי צה"ל לעברו, בגבול ישראל-לבנון, ביום 15.5.2011.

הרקע להגשת העתירה

2. ביום 15.5.2011, צעדו מאות רבות של פלסטינים וזרים, משטח מלבנון לכיוון מערכת הגדרות המפרידה בין לבנון למדינת ישראל, והפגינו במקום, לציון יום

הנכבה" (להלן: האירוע). אף שהצדדים חלוקים בשאלת ההתרחשויות בזירת האירוע, אין מחלוקת, כי במהלך האירוע יידו חלק ממשנתפי ההפגנה אבנים לעבר גדר הגבול ולעבר כוחות צה"ל, וכי כוחות צה"ל השיבו בירי לעברם. במהלך האירוע, כנטען בעתירה, נפצע העותר באורח קשה.

3. ביום 6.6.2012, פנה העותר 2, סבו של העותר, אל המשיב בדרישה לפתוח בחקירה פלילית של האירוע, וביום 4.11.2012 נמסר לעותר 2 מהפרקליטות הצבאית לעניינים מבצעיים, כי הוחלט שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית. ביום 20.12.2012, נשלח לעותר ולעותר 2 (להלן: העותרים) מכתב מטעם הפרקליט לעניינים מבצעיים, הכולל את תמצית התחקיר המבצעי שנערך בעקבות האירוע. במכתב הובהר, כי ביום 15.5.2012 הייתה הפרת סדר אלימה בגבול ישראל-לבנון, וכי התחקיר המבצעי שנערך בעקבותיה התבסס, בין היתר, גם על סרטונים המתעדים את ההתרחשות באותו יום, וזאת מכמה זוויות צילום. התחקיר העלה, כך נכתב, כי במהלך האירוע, ירדו מאות מפירי סדר אלימים לאזור גדר המערכת ויידו סלעים ואבנים לעבר חיילי צה"ל מטווחים קצרים מאוד, אשר גרמו לפציעת אחדים מהחיילים. עוד עלה מהתחקיר, כי מפירי הסדר גרמו נזקים לגדר המערכת, תוך שהם מנסים לחדור לשטח ישראל, וכי הם פרצו דרך שורות של חיילי צבא לבנון, אשר ניסו לחסום את הגעתם לגבול. מהלך זה גרר, בתגובה, ירי של אלפי כדורים מצד חיילי צבא לבנון. על פי התחקיר, נוכח התקרבותם של מאות מפירי הסדר האלימים לגדר המערכת; יידוי כבד של אבנים וסלעים שפגעו בחיילי צה"ל; ונסיונות חוזרים ונשנים לפרוץ את הגדר ולחדור לשטח מדינת ישראל- פעלו החיילים בהתאם לסמכויות המוקנות להם, על פי נוהל הוראות הפתיחה באש, וביצעו ירי על כל שלביו. עוד צויין במכתב, כי על פי התחקיר, בשעה 14:30, בה, על פי הנטען, נורה העותר "יש תיעוד להתפרעות אלימה ביותר סמוך מאוד לגדר המערכת, תוך יידוי אבנים וסלעים באופן מאסיבי לעבר החיילים מטווח קרוב ביותר, בד בבד עם נסיונות חוזרים ונשנים לפרוץ את גדר המערכת ולחדור לשטח ישראל". לאור המתואר לעיל, סבר המשיב כי אין חשד לביצועה של עבירה פלילית במהלך האירוע, המצדיקה פתיחה בחקירת מצ"ח. בשולי המכתב נאמר, כי החלטתו זו של המשיב עשויה להבחן פעם נוספת, ככל שיתקבל מידע חדש, וכי העותרים מוזמנים למסור לידו מידע כאמור, אם זה נמצא ברשותם.

4. ביום 20.3.2013, הגישו העותרים עתירה ראשונה לבית משפט זה, במסגרתה התבקש המשיב לפתוח בחקירה פלילית בעקבות האירוע (בג"ץ 2160/13 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: העתירה הראשונה)). המשיב טען בתגובתו המקדמית לעתירה הראשונה, כי דינה של העתירה להדחות עקב אי מיצוי הליכים - שכן העותרים

לא העבירו לידי מידע, שלטענתם מצוי ברשותם, וכן משום אי צירוף תצהיר אישי של העותר לעתירה - כאשר תחתיו הוגש תצהירו של העותר 2, שכלל לא נכח במקום. בהמשך לתגובתו המקדמית של המשיב לעתירה, מסרו העותרים למשיב מסמכים נוספים, שלשיטתם הצדיקו פתיחה בחקירה פלילית בגין האירוע.

5. ביום 30.7.2014, נשלח לעותרים מכתב נוסף מטעם הפרקליט לעניינים מבצעיים (להלן: המכתב הנוסף), ובו צויין, כי מרבית המסמכים שהוגשו על ידי העותרים (הצהרות, תצהירים וחוות דעת מומחה), הוכנו בחודשים אוקטובר ונובמבר 2013, היינו למעלה משנתיים וחצי ממועד האירוע, ולמעלה מחצי שנה לאחר הגשת העתירה.

לגופם של דברים, נטען במכתב הנוסף, כי עיון במסמכים השונים העלה, כי אין מקום לשנות מהחלטתו הקודמת של המשיב, שלא לפתוח בחקירה פלילית בגין האירוע. במכתב הנוסף הובהר, בין היתר, כי במסגרת האירוע מיום 15.5.2012 הגיעו למעלה מ- 1000 מפירי סדר אלימים בסמוך לגדר הגבול של מדינת ישראל, וזאת בניגוד להנחיות ולהוראות כוחות צבא לבנון והסדרנים שהיו במקום; כי חיילי צבא לבנון ירו למעלה מ- 16,000 כדורים במהלך האירוע; כי במסגרת הפרת הסדר האלימה, מפירי הסדר, לרבות העותר, יידו אבנים לעבר חיילי צה"ל ולעבר הגדר, באופן מסיבי שסיכן את שלום החיילים; וכי המתפרעים יידו מספר בקבוקי תבערה לעבר החיילים ואף ערמו מוקשים נגד אדם, בסמוך לגדר. כמו כן הודגש במכתב הנוסף, כי כתוצאה מפעולות אלו נפגעו 4 חיילי צה"ל וכ- 60 חיילים מצבא לבנון. זאת, בנוסף לנזק המשמעותי שגרמו מפירי הסדר לגדר הגבול, שנקרעה ונרמסה. אשר לירי שבוצע בידי חיילי צה"ל, נטען כי הירי היה מדויק, מכוון ומדוד, אשר כוון לעבר "מפירי סדר מרכזיים ומפירי סדר שפגעו בגדר הגבול וניסו לחצותה".

אשר למעורבותו של העותר באירוע, הובהר במכתב הנוסף, כי בהתאם ל"הצהרת עד", שמסר העותר לפרקליטות הצבאית, ושצורפה כנספח לעתירה (להלן: ההצהרה), העותר המשיך והתקדם לעבר גדר הגבול, חרף מאמצי חיילי צבא לבנון והסדרנים למנוע את התקדמות מפירי הסדר לעבר הגדר, ולא נשמע לאזהרותיהם. העותר, לדבריו שלו, המשיך לשהות בסמוך לגדר גם לאחר קריאות האזהרה של חיילי צה"ל והירי באוויר, ואף לאחר שנורו מספר מתפרעים שפגעו בגדר וחצו אותה. כמו כן, אישר העותר כי יידה אבנים לעבר חייל צה"ל במהלך האירוע.

6. ביום 31.7.2014, הגיש המשיב תשובה מעודכנת לעתירה הראשונה ובה נטען, כי דינה של העתירה להדחות על הסף מהטעמים שצויינו בתגובתו המקדמית. המשיב הוסיף וציין, כי העותרים רשאים להגיש השגה על החלטתו, וככל שזו תדחה, יוכלו העותרים להגיש עתירה חדשה, המלווה בתצהיר אישי מטעמו של העותר. ביום 9.9.2014, ולבקשת העותרים, הורה בית המשפט על מחיקת העתירה.

7. לאחר מחיקת העתירה, הגיש העותר השגה על החלטת המשיב, אך זו נדחתה, ביום 1.2.2015, כשהמשיב מציין כי פתוחה הדרך בפני העותר להגיש את השגתו גם אל היועץ המשפטי לממשלה, כפי שביקש. עוד הדגיש המשיב במענה להשגת העותר, כי במכתבו הנוסף, מיום 30.7.2014, נפלה שגגה, שעה שנרשם בו כי חיילי צה"ל ביצעו במהלך האירוע ירי לעבר "מפירי סדר מרכזיים ומפירי סדר שפגעו בגדר הגבול", במקום "מפירי סדר מרכזיים שפגעו בגדר גבול". לעמדת המשיב, העותר התבסס על שגיאה זו במסגרת השגתו, ואולם, למעשה "כלל הירי שבוצע על ידי כוחות צה"ל באירוע כוון כלפי מפירי סדר אלימים שניסו לפגוע בגדר הגבול או לחצות אותה".

ביום 19.3.2015, הוגשה העתירה שלפנינו.

תמצית טיעוני העותרים

8. בפתח העתירה הודגש, כי העותר נפצע קשות מירי חיילי צה"ל כשהשתתף "באסיפה" שהתקיימה בגבול ישראל - לבנון, לציון יום הנכבה. נטען, כי כתוצאה מהכדור שפילח את גופו במהלך האירוע, והתפרק בחלקו בתוך הגוף, נותר העותר כשהוא משותק במחצית פלג גופו התחתון. לגופה של העתירה, נטען, כי החלטתו של המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית של האירוע הינה בלתי סבירה, וזאת ממספר טעמים עיקריים.

ראשית, נטען, כי העותר נפגע בנושאות מירי חיילי צה"ל, אשר בוצע בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי, החלים באירוע של הפרת סדר אזרחית. בנסיבות מעין אלו, ולהבדיל מנסיבות מלחמתיות, לא ניתן לעשות שימוש בכוח קטלני שעה שלא נשקפה, לטענת העותרים, סכנת חיים לחיילי צה"ל - ולשיטתם, אף חייל לא נפצע; כאשר לא נגרם נזק של ממש לגדר הגבול; וטרם שנעשה שימוש באמצעים לפיזור הפגנות, עובר לירי. עוד נטען, כי עצם הפגיעה באזרח בנסיבות בלתי מלחמתיות מחייבת פתיחה בחקירה של האירוע. יתר על כן, לעמדת העותרים, גם אם האירוע, מושא העתירה,

חוסה תחת דיני הלחימה הבינלאומיים, לא היתה כל הצדקה, בנסיבות המתוארות, לבצע ירי כלפי אזרחים בלתי חמושים.

שנית, נטען, כי גם על פי הדין הישראלי, ובשים לב להגנות המעוגנות בחוק העונשין, לא היתה כל הצדקה לביצוע הירי על ידי חיילי צה"ל, דבר המחייב פתיחה בחקירה פלילית. העותרים הוסיפו וטענו, בהקשר זה, כי הירי בוצע שלא בהתאם להוראות הפתיחה באש הצה"ליות, וגם אם כך היה, הרי שההוראות עצמן הן בלתי חוקיות.

הטעם השלישי לקבלת העתירה, לעמדתם של העותרים, עניינו בטענה כי ללא קשר לאופי החוקי או הבלתי חוקי של הוראות הפתיחה באש, הרי שהמשיב לא הציג כל ראיות לפיהן העותר פגע בגדר הגבול. העותרים אינם חולקים, אמנם, על כך שהעותר השתתף בידוי האבנים במהלך אירוע, אך משהמשיב לא הציג ראיות לפיהן העותר פגע בגדר הגבול לא היתה הצדקה, גם לשיטת המשיב, לפתוח באש לעבר העותר. משכך נעשה, הרי שיש מקום לחקור את הירי במסגרת חקירה פלילית.

במסגרת הנדבך הרביעי לעתירה, נטען, כי ביצוע תחקיר מבצעי גרידא אינו יכול לשמש תחליף הולם לחקירה פלילית. העותרים הוסיפו וטענו, כי לעמדתם ראוי להקיש לענייננו ממדיניות החקירות של צה"ל באשר לאירועים דומים שהתרחשו באזור יהודה והשומרון. על פי מדיניות זו, חקירה פלילית תפתח בכל מקרה מוות של תושב פלסטיני מירי כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, למעט במקרים בהם ברור כי הפעילות, במהלכה נהרג התושב הפלסטיני, נשאה "אופי לחימתי של ממש". בנסיבות דנן, ואף שהאירוע ארע בגבול ישראל-לבנון, והעותר לא נהרג, ראוי, לדידם של העותרים, לאמץ את אותן אמות מידה לעניין שאלת הפתיחה בחקירה פלילית.

לבסוף, טענו העותרים, כי חרף שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות התביעה, באשר להחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית, הרי שהאירוע המתואר בעתירה מחייב התערבות בשיקול דעתו של המשיב.

תגובת המשיב

9. לעמדת המשיב, יש לדחות את העתירה על הסף, משום שהיא אינה נתמכת בתצהיר אישי מטעם העותר, כדרישת תקנה 4 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד - 1984, והיא מלווה רק בתצהירו של העותר 2, אשר כלל לא נכח

באירוע. יתר על כן, תצהירו של העותר 2 הוא זה שצורף אף לעתירה הראשונה, אשר הגישו העותרים (ושבגין צירופו התבקש בית המשפט לדחות את העתירה על הסף), ועל כן תצהיר זה אינו יכול לתמוך בעובדות המעודכנות המפורטות בעתירה דנן. הפגם באי צירופו של תצהיר אישי של העותר חמור עוד יותר, כך נטען, שעה שהצהרת העותר שצורפה לעתירה, מתארת נסיבות חמורות הרבה יותר מאלו המובאות בעתירה גופה. בהמשך לאמור, טען המשיב, כי העתירה דנן אף אינה מציגה את התמונה העובדתית המלאה, הנדרשת להכרעתו של בית המשפט בה, וגם משום כך יש לדחותה על הסף.

10. עוד נטען בתגובה, וזו עיקר עמדתו של המשיב, כי אין כל עילה להתערב בהחלטתו שלא לפתוח בחקירה פלילית בגין האירוע. על יסוד המפורט במכתביו של המשיב אל העותרים, חזר המשיב והדגיש, כי האירוע המדובר היה אירוע אלים מאוד אשר כלל יידוי אבנים, סלעים ובקבוקי תבערה לעבר החיילים; עקירת מוקשים וערימתם ליד הגדר; כמו גם גרימת נזק משמעותי לגדר הגבול. במהלך האירוע פעל צה"ל באופן הדרגתי ומידתי, ובתחילה ניסה לסכל את נסיונות החדירה לישראל באמצעות פניה לצבא לבנון (בסיועו של יוניפי"ל), בדרישה שימנע את התקדמות מפירי הסדר לעבר הגבול. רק לאחר מכן, ומאחר שפעילות צבא לבנון לא הועילה דיה, הפעילו החיילים כוח סביר, אשר היה דרוש וחינוי למניעת חדירה לשטח ישראל, ולסיכול האיום החמור שנשקף לכוחות ששמרו על הגבול.

המשיב פירט בנוסף, כי בדיקתו של האירוע, שהחלה ביוזמת הפרקליטות הצבאית, התבססה על מספר תחקירים מבצעיים של צה"ל על אודות האירוע, סרטונים שתיעדו חלקים ממנו, תחקיר שבוצע על ידי יוניפי"ל, ועדויות שהועברו לצה"ל על ידי הצלב האדום. על יסוד ראיות אלו וחומרים נוספים, לרבות חומרים שהועברו על ידי העותרים, הסיק המשיב, כי חיילי צה"ל ביצעו ירי, מכוון, מדויק ומדוד לעבר רגליהם של מפירי סדר מרכזיים שפגעו בגדר, המפרידה בין ישראל לבין לבנון, או ניסו לחצותה. עוד עלה מהתחקירים המבצעיים, כי בעקבות הבדלי גבהים בשטח האירוע, קיימת אפשרות לפיה חלק מהירי, אשר כוון כלפי מפירי הסדר שפגעו בגדר, פגע בשגגה במפירי סדר אחרים, אשר עמדו בסמוך להם; וכי השימוש באמצעים לפיזור הפגנות, ובפרט ברימוני גז, לא היה צפוי להיות יעיל מטעמים מבצעיים (בין היתר, משום המרחק ממפירי הסדר, וכיוון הרוח).

בתגובתו הדגיש המשיב, כי מהראיות שנאספו לא "הובהר עד תום" האם, עובר לירי הראשון לעבר מפירי הסדר, אכן בוצעו כל השלבים המוקדמים הקבועים בהוראות

הפתיחה באש. ואולם, גם אם כך היה, אין הדבר מצדיק פתיחה בחקירה פלילית - בשים לב לאזהרות הרבות שניתנו למפירי הסדר, טרם ביצוע הירי הראשון, כפי שעולה גם מהצהרתו של העותר עצמו. בכל אופן, כך צויין, שאלת יישומם של כל שלבי הוראות הפתיחה באש אינה רלוונטית לפציעתו העותר, שכן לדבריו, הוא נפגע בשלב מאוחר יותר, לאחר שהיה מודע לכך שצה"ל עשה שימוש בירי, במטרה לעצור את מפירי הסדר. עוד הובהר, כי בכלל החומר הראייתי שהוצג בפניו, לרבות על ידי העותרים, לא נמצא תיעוד לירי הקונקרטי, שלטענת העותר, גרם לפציעתו.

11. במענה לטענות העותרים בדבר הפרת הדין הבינלאומי והישראלי, במהלך האירוע, נטען בתגובה, כי המשיב בחן את שאלת השימוש בכוח כלפי המשתתפים באירוע בהתאם לפרדיגמת אכיפת החוק המעוגנת במשפט הבינלאומי. הובהר, כי בהתאם לכללים אלו, השימוש בכוח בנסיבות האירוע נעשה להשגת תכלית חוקית; וכן לצורך קונקרטי ובאופן מידתי, כדרישות המשפט הבינלאומי. המשיב הדגיש בנוסף, כי התנהלות חיילי צה"ל באירוע עלתה בקנה אחד עם הדין הישראלי, משום שאלו פעלו בהתאם לכללי הפתיחה באש, המשקפים סטנדרט התנהגות ראוי, ואשר נבחנו על ידי המשיב, ואושרו על ידי הרמטכ"ל.

12. המשיב הוסיף עוד, כי ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית לא הסתמכה רק על התחקיר המבצעי, אלא גם על מידע שהגיע לידיו ממקורות חיצוניים, ולכן טענות העותרים בדבר חסרונותיו של התחקיר המבצעי, אינן רלוונטיות לענייננו. לבסוף, הודגש בתגובה, כי שיקול דעתו של המשיב בשאלת פתיחה או המנעות מפתיחה בחקירה פלילית הינו רחב ביותר, והתערבותו של בית המשפט בהחלטה מעין זו תעשה לעיתים נדירות, ורק אם ההחלטה שהתקבלה הינה בלתי סבירה, באופן קיצוני.

עמדת פרקליט המדינה

13. לאחר הגשת העתירה, קיבלו העותרים את הצעתו של בית המשפט, לפיה תוגש לפרקליט המדינה השגה על החלטת המשיב, תוך הותרת העתירה על כנה. יצויין, כי אף שההשגה הייתה אמורה להבחן על ידי היועץ המשפטי לממשלה עצמו, הרי שמאחר שהיועץ המשפטי לממשלה היה מעורב, בתפקידו הקודם כפרקליט הצבאי הראשי, בסוגיה מושא העתירה, הונחה ההשגה בפני פרקליט המדינה, וזאת בהסכמת העותרים. בהודעת עדכון מטעם המדינה, מיום 29.12.2016, נמסר, כי פרקליט המדינה החליט לדחות את ההשגה.

14. במסגרת נימוקי החלטתו של פרקליט המדינה, הובהר כי האירוע כלל הפרת סדר קשה ואלימה, וכי, כעולה מהחומר הראייתי, הירי שבוצע על ידי חיילי צה"ל היה מידתי ומדוד; כוון אל מתחת לברך של מפירי הסדר המרכזיים, שפגעו בגדר או סיכנו את חיילי צה"ל; ותאם את הוראות הפתיחה באש, המתיישבות עם הדין הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים. לעניין קיום הוראות הפתיחה באש, נטען, כי הירי על ידי כוחות צה"ל בוצע לאחר נסיונות רבים של צבא לבנון להשתלט על המתפרעים, לרבות באמצעות ירי באוויר, וכי אף חיילי צה"ל ירו באויר, קודם לביצוע הירי לכיוון רגלי המתפרעים, אשר פגעו בגדר או סיכנו את חיילי צה"ל. בכך, ובניגוד לעולה מתגובתו המקדמית של המשיב, קיימו החיילים את שלב האזהרה, טרם ביצוע הירי.

אשר לפגיעה בעותר, צויין, כי מאחר שהוא עצמו אישר כי השתתף בידוי אבנים, ועמד בסמוך לגדר (במרחק של כ-5 מטרים הימנה), ייתכן שנפגע, לאחר שזוהה כמסית או כמפר סדר מרכזי, המסכן את הבטחון. אפשרות אחרת היא כי העותר נפגע בשגגה, משום שעמד בסמוך למי שזוהה כמסית מרכזי, אפשרות הנתמכת בהצהרת העותר עצמו. ואולם, שתי אפשרויות אלו, כך הובהר, אינן מצדיקות פתיחה בחקירה פלילית. עוד הודגש בהחלטת פרקליט המדינה, כי אין להקיש לענייננו ממדיניות החקירות של הפרקליט הצבאי הראשי ביהודה והשומרון, משום שהמדיניות האמורה מבוססת על נסיבות שונות לחלוטין מאלו שלפנינו.

15. לאור האירוע האלים והקשה, ומשום שכוחות צה"ל פעלו במסגרתו באופן סביר ומידתי, קבע פרקליט המדינה כי יש לדחות את השגת העותרים על החלטת המשיב, שלא לפתוח בחקירה פלילית של האירוע. מסקנה זו נתמכת, לדידו של פרקליט המדינה, אף בשיהוי הרב שחל בפניית העותרים למשיב, ובשיהוי במסירת החומרים הרלוונטיים מטעמם, לידו.

הדיון בעתירה

16. במהלך הדיונים בעתירה שנערכו לפנינו, טענו העותרים, כי בגרסתו של המשיב, בנוגע לאשר התרחש במסגרת האירוע, חלו שינויים רבים, באופן המצדיק עריכת חקירה פלילית מסודרת; כי העיכוב בבירור העובדות של האירוע אינו נובע מהתנהלותם של העותרים בלבד; וכי עקרונות הצדק מחייבים את מתן הסעד שהתבקש בעתירה. בתום הישיבה האחרונה, המלצנו לעותרים לשקול חזרה מן העתירה, ואולם, ביום 7.3.2017 הודיעו העותרים כי הם עומדים על עתירתם.

17. בפתח דבריי אציין, כי לא מצאתי לדחות את העתירה על הסף, על אף הפגם שנפל בה נוכח אי צירופו של תצהיר מטעמו של העותר לעתירה, וראיתי לנכון לבחון את טענות הצדדים בשאלת סבירות החלטתו של המשיב, לגופן.

התשתית הנורמטיבית

18. העתירה שלפנינו משיגה על החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), שלא לפתוח בחקירה פלילית, בגין פציעתו של העותר, במהלך האירוע מיום 15.5.2011, אשר התרחשה בגבול ישראל-לבנון. כלל ידוע הוא, ועליו לא חולקים מי מהצדדים, כי מתחם שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה, בין אם לעניין העמדה לדין ובין אם באשר להחלטה הטרומית אם לפתוח בחקירה פלילית אם לאו, הוא שיקול דעת רחב ביותר (ראו, מבין רבים, בג"ץ 1860/13 וקסמן נ' אל"מ אודי בן אליעזר (11.5.2014) (להלן: עניין וקסמן); בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.7.2010); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (1.7.2009) (להלן: עניין אבו רחמה); בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי, פ"ד מט(5) 859 (1995) (להלן: עניין אישה).

19. ואולם, גם שיקול הדעת של רשויות התביעה אינו בלתי מוגבל, והוא נתון לביקורתו של בית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. בהעבירו את החלטת רשויות התביעה תחת שבט ביקורתו, בית המשפט אינו בוחן את השאלה האם ההחלטה שהתקבלה הינה ההחלטה הטובה ביותר, בנסיבות העניין. התערבות בהחלטות של רשויות התביעה, ככלל, ובהחלטות לעניין פתיחה בחקירה פלילית, בפרט, תעשה רק מקום בו בית המשפט השתכנע, כי נפל בהחלטה פגם מהותי, וכפי שפירט השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין אישה:

"אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-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" (שם, בעמוד 870-871); ראו גם, בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (4.2.2015); בג"ץ 6274/11 חברת הדלק בישראלית בע"מ נ' שר האוצר (26.11.2012); בג"ץ 10682/06 אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי (18.6.2007); בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל (23.2.2006); בג"ץ 2702/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נג(4) 97, 107 (1999) (להלן: עניין פלוניס).

20. טרם שאדרש למהות החלטתו של המשיב, מושא עתירה זו, אזכיר כי המשיב לעתירה, הפצ"ר, הוא היועץ המשפטי לרמטכ"ל וליתר זרועות הצבא (סעיף 178(1) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חש"פ)), והוא הגורם העומד בראש מערך התביעה הצבאי, אשר "מפקח על השלטת המשפט בצבא" (סעיף 178(2) לחש"פ; וראו גם, עניין פלוניס; בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 (1997)). סמכויותיו של הפצ"ר, בתוך המסגרת הצבאית, מקבילות לאלו הנתונות בידי ראש מערכת התביעה הכללית- הוא היועץ המשפטי לממשלה. בין יתר סמכויותיו, מוסמך הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה, בעקבות קבלת תלונה על ביצוע עבירה, בהתאם לסעיף 282 לחש"פ (עניין וקסמן; אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה - בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16(ב) 203, 358-368 (2002)) וכן, לענייננו, כאשר חומר התחקיר המבצעי שהובא לפניו מעלה חשד לביצועה של עבירה (סעיף 539 א(ב)(4)(ב) לחש"פ). הפצ"ר, כמי שעומד בראש התביעה הצבאית, נדרש לקבל את החלטותיו בתום לב, בהגינות, בשוויון, על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, ותוך עמידה במבחן הסבירות (עניין אבו רחמה; עניין שוורץ).

21. העותרים משיגים על סבירות החלטתו של המשיב, שלא לפתוח בחקירה פלילית, בנסיבות המתוארות בעתירה. יצוין, כי "סבירות" החלטתה של התביעה פירושה מתן משקל ראוי למכלול השיקולים הרלוונטיים, לשם יישום הנורמה החקיקתית ותכליתה, והמנעות משקילת שיקולים שהם זרים לעניין (בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008); עניין אבו רחמה; בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990)). בהינתן מתחם שיקול הדעת הרחב של רשויות התביעה- הכללית והצבאית, הלכה היא, כאמור, כי רק חוסר סבירות קיצוני יצדיק התערבות בהחלטותיהן (בג"ץ 6711/16 בני משפחת המנוח מיכאל מנשרוב ז"ל נ' פרקליטות מחוז תל אביב (9.11.2016); בג"ץ 4372/11 פלוני נ' מדינת ישראל (17.12.2015); בג"ץ 6486/11 דטהאוז נ' היועץ המשפטי לממשלה (31.1.2013); עניין

שוורץ; בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989) (להלן: עניין צופאן)). עמדתי על הלכה זו בעניין וקסמן:

"מאחר שמרחב שיקול דעתם של הפצ"ר והיועמ"ש הוא רחב, קיים מגוון רב של החלטות אשר הם מוסמכים לקבל. לפיכך נקבע כי 'מתחם הסבירות' של החלטות הפצ"ר והיועמ"ש הוא רחב, שכן הוא כולל בחובו מספר רב של החלטות אפשריות, שכולן ייחשבו לסבירות בעיני בית המשפט. בהתאמה, הטעם שבגיננו נפסק כי 'מתחם ההתערבות' בהחלטות הפצ"ר והיועמ"ש הוא צר, נעוץ בכך שמתחם זה מתייחס רק למספר מצומצם של החלטות שהן כה בלתי סבירות, עד שלא ניתן לומר עליהן כי היה זה בסמכותם של הפצ"ר והיועמ"ש לקבלן" (שם, פסקה 36).

מן הכלל אל הפרט

22. לאחר שעיינתי בטענות העותרים, ונדרשתי למסד העובדתי עליו הושתתו מסקנותיו של המשיב, לא מצאתי כל עילה להתערב בהחלטתו, שלא לפתוח בחקירה פלילית בגין האירוע, מושא עתירה זו.

23. אקדים ואפרט את העובדות העולות מהתחקיר המבצעי שביצע צה"ל ומחומר הראיות הנוסף שנלווה אליו: האירוע, אשר התרחש בגבול ישראל-לבנון, ביום 15.5.2011, היה אירוע רב משתתפים, אלים ומסוכן. במסגרת האירוע נטלו חלק למעלה מ-1,000 מפירי סדר אשר יידו אבנים, סלעים ובקבוקי תבערה לעבר חיילי צה"ל, וגרמו נזק של ממש לגדר הגבול. האירוע הסתיים בפציעתם של מספר חיילי צה"ל; פציעה של עשרות מחיילי צבא לבנון; ומספר הרוגים מתוך מפירי הסדר (בין 6 ל-10), כמו גם עשרות פצועים מתוכם. המתפרעים, ובהם העותר, לא שזו לאזהרות הירי הרבות, מטעם צבא לבנון, ולפיכך, ביצעו חיילי צה"ל, בהמשך, ירי לכיוון רגלי מפירי סדר מרכזיים באירוע, שפגעו בגדר הגבול, וזאת על מנת למנוע את חדירתם לישראל. העותר, בהתאם לתוכן ההצהרה שמסר למשיב (נספח 11 לעתירה), העיד כי פילס את דרכו לעבר גדר הגבול, למרות הירי מצד חיילי לבנון ונסיונם לעצור את הפורעים, והגיע עד למרחק של כ-5 מטרים הימנה. העותר אישר בנוסף, כי היה חלק ממיידי האבנים במהלך האירוע. נתונים נוספים מעלים, כי בשעה 14:30, שבסמוך לה, כנטען, נפגע העותר, הייתה התפרעות אלימה ביותר בסמוך לגדר, אשר כללה ידוי אבנים ונסיונות לפרוץ אותה ולחדור לשטח ישראל. יחד עם זאת, אין חולקין, כי אין תיעוד בחומר הראיות של הירי הקונקרטי, אשר פגע בעותר.

24. ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית, בגין פציעתו של העותר באירוע, תלויה בקיומו של חשד לביצועה של עבירה פלילית. ואולם, המשיב, ולאחריו פרקליט המדינה, אשר נדרשו לתוצאות התחקיר המבצעי ולראיות הנוספות שנלוו אליו, לא מצאו כי הירי שביצעו חיילי צה"ל במהלך האירוע מבסס חשד בפלילים. ואכן, כשים לב לאופיו האלים של האירוע ולמידת מסוכנותו בכוח ובפועל; לעובדה שהמשתתפים בו בחרו להתעלם מאזהרות חוזרות ונשנות שלא להתקרב לגדר הגבול; ולעצם התרחשותו בגבול ישראל - בסמוך ליישובים ישראלים וכאשר קיים סיכון ממשי לחדירת מפגעים לשטחה של ישראל במהלכו - לא ניתן, לשיטתי, לראות את החלטתו של המשיב כבלתי סבירה, באופן המצדיק את התערבותו של בית משפט זה. כפי שאבהיר להלן, לא מצאתי בטענותיהם הפרטניות של העותרים כדי להוביל למסקנה אחרת.

25. כך, לא השתכנעתי, בניגוד לעמדת העותר, כי הירי שביצע צה"ל במהלך האירוע, ושבמסגרתו, על פי הנטען, נפגע העותר, חרג מעקרונות המשפט הבינלאומי או בוצע בניגוד לכללי המשפט הישראלי, באופן המחייב פתיחה בחקירה פלילית.

26. לעניין הטענה בדבר הפרת הדין הבינלאומי, הרי שכפי שגרסו העותרים, המשיב בחן את עיקר פעולות מפירי הסדר ואת תגובת כוחות צה"ל אליהן, בראי פרדיגמת "אכיפת החוק" (law enforcement), וזאת בנסיבות האירוע הפרטני שלפנינו. במילים אחרות, המשיב בחר להגדיר את האירוע האלים, בנסיבותיו הספציפיות, כאירוע של הפרת סדר אזרחית. במצב דברים זה, השימוש בכוח כלפי אזרחים מוסדר על ידי הדין הפנימי ונאכף באמצעי שיטור מדינתיים. זאת, להבדיל, מהגדרת האירוע כ"עיוות מזויין", המאפשר למדינה להשתמש בכוח גם כלפי אזרחים, בהתאם לדיני המלחמה (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict* 5-7 (2011), available at www.ohchr.org/documents/publications/hr_in_armed_conflict.pdf). העותר הפנה בטיעונו ל"עקרונות הבסיסיים של האו"ם בדבר השימוש בכוח ונשק על ידי רשויות אכיפת החוק" (ראו Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement (Officials (U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, at 112 (Sept. 7, 1990)). עקרונות אלו אומצו על ידי הקונגרס השמיני של האומות המאוחדות למניעת פשע וטיפול בעבריינים, שנערך בקובה בשנת 1990 (להלן: העקרונות הבסיסיים של האו"ם), ומסדירים את השימוש בכוח המדינתי בהתאם לפרדיגמת "אכיפת החוק". מתוך הנחה שעקרונות אלו מהווים נורמות מנהגיות, בעלי מעמד מחייב במשפט הבינלאומי (ראו

למשל, (Noam Lubell, Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors 167 (2010)), הרי שהמשיב בחן את ביצוע הירי באירוע, מושא העתירה, בהתאם לאמור באותם עקרונות, ולא מצא כי צה"ל הפר אותם.

העקרונות הבסיסיים של האו"ם דורשים, כי השימוש בכוח יעשה לתכליות מסויימות - ובין היתר, לשם הגנה עצמית או הגנה על הזולת; ויהיה כפוף למגבלות של צורך קונקרטי ו-מידתיות (הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010, דין וחשבון חלק ראשון 191 (23.1.2011) (להלן: דוח ועדת טירקל)). כאמור בתגובת המשיב, וכפי שעולה מהחומר הראייתי שעמד לפניו, מפירי הסדר ניסו לרמוס ולפרוץ את גדר הגבול, ובכך ייצרו סכנה מוחשית לחדירת מפגעים ממדינת אויב לשטח המדינה, וזאת באזור הסמוך ליישובים יהודיים. כעולה מהחומר, המתפרעים ידו אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל. לפיכך, השימוש בירי בוצע לשם השגת תכלית חוקית- הגנה על אזרחי מדינת ישראל וחיילי צה"ל. עוד ברור מתוצאות התחקיר, כי הירי לעבר מפירי הסדר בוצע לאחר שלא היתה אפשרות מעשית להשתמש באמצעים אחרים לפיזור ההמונים, ולאחר שנסיונות צבא לבנון להרחיק את הפורעים מהגדר, באמצעות ירי, לא הועילו. רק במצב דברים זה, וכמוצא אחרון, בוצע ירי מכוון ומדוד, ובהתאם להוראות הפתיחה באש, לעבר רגלי מפירי הסדר המרכזיים, שפגעו בגדר הגבול. על העובדה, כי הירי היה זהיר ומידתי ניתן ללמוד גם מהנתונים העולים מהחלטת פרקליט המדינה. בהתאם לחומר הראיות, כך הדגיש פרקליט המדינה, כוחות צה"ל ירו מספר מוגבל של כמאה כדורים, "כאשר בכ-75% מהכדורים, הירי היה באוויר, לחומת מפגע או שזוהתה פגיעה מתחת לברך". לגבי יתר המקרים אין תיעוד, או לא ידוע היכן פגעו הכדורים, למעט שני כדורים שפגעו בשגגה מעל הברך. זאת, משום המבנה הטופוגרפי בשטח, כך ש"רגלי המתפרעים בחזית היו בגובה של מרכז מסה של מתפרעים בעומק" (פסקה 32 להחלטת פרקליט המדינה).

27. עוד יוטעם, כי טענת העותרים, לפיה המשפט הבינלאומי מחייב פתיחה בחקירה שעה שאדם נהרג או נפצע באורח קשה, במהלך אירועים של אכיפת חוק (הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010, דין וחשבון שני 94 (6.2.2013)), אף היא אינה מצביעה על פגם בהתנהלותו של המשיב, בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו. זאת, משום שחובת החקירה באירועים של "אכיפת חוק" המתרחשים באזור המוגדר, בדרך כלל, כאזור "עימות מזויין", הינה תלויה נסיבות ומותנית בקיומו של חשד סביר לפעולה אסורה (שם, בעמוד 96). אשר להכפפת חובת החקירה לקיומו של חשד להתנהגות אסורה מצד חיילי צה"ל, ראו האמור בבג"ץ

9594/03 בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (21.8.2011), פסקה 10 (להלן: עניין בצלם):

"נקודת המוצא לכל דיון בסוגיה הינו מרכזיותה וחשיבותה של ההגנה על הזכות לחיים. זכות זו הינה זכות יסוד, המוגנת במשפט הישראלי והיא זכותו של כל אדם גם על פי המשפט הבינלאומי [...] ההגנה על הזכות לחיים מחייבת את הכוח הלוחם במגוון רחב של פעולות שונות והימנעות מפעולות אחרות [...] לעצם החקירה השלכה על ההגנה על הזכות לחיים - החקירה מאפשרת בראש ובראשונה העמדה לדין במקרים המתאימים, והטלת אחריות על החורגים מהדין. מעבר לכך, חקירה פלילית פועלת לשמירת הרכיב הצופה פני עתיד של החובה להגן על החיים, בכך שהיא מרתיעה פוגעים עתידיים, מונעת זילות היחס לזכות לחיים ותורמת לאווירה של קיום שלטון החוק. יודגש: החובה אינה לחקור כל מקרה מוות, אלא לחקור כל מקרה מוות שיש חשש שיסודו בהתנהגות אסורה - כאשר מתעורר חשש להפרה של הדין ולעבירה פלילית. חובה זו חלה הן בעת לחימה והן בעת רגיעה - כאשר ישנו חשד להתנהגות אסורה, יש לפתוח בחקירה לצורך בירור חשד זה. עם זאת, נקודת האיזון ויציקת תוכן לתבנית 'חשד להתנהגות אסורה' משתנים על פי נסיבות האירוע הפרטני, והנסיבות המצדיקות פתיחה בחקירה הן תמיד שאלות שהן תלויות נסיבות" (ההדגשה במקור - א.ש.).

יודגש, כי הדברים בעניין בצלם, נאמרו בהקשר למדיניות החקירות של המשיב באזור יהודה והשומרון, החל משנת 2011, מדיניות שהתגבשה לאור המסקנה, כי מרבית האירועים באזור אינם בעלי אופי לחימתי. ואולם, הם נכונים, מקל וחומר, לחקירת האירוע בגבול ישראל-לבנון, מקום שברירת המחדל היא דווקא הפוכה, כפי שיובהר בהמשך.

28. אשר לשאלה, האם הירי בוצע בהתאם להוראות הדין הישראלי, הרי שחיילי צה"ל פעלו במהלך האירוע, כבאירועים מבצעיים אחרים, בהתאם להוראות הפתיחה באש. הוראות אלו הינן חלק מפקודות הצבא, והן אושרו על יד הרמטכ"ל, לאחר שהמשיב מצא כי הן מתיישבות עם הדין הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי. על צביוןן של הוראות אלו ניתן ללמוד מהאמור בע"א 3889/00 לרנר נ' משרד הבטחון, פ"ד נו(4) 304, בעמ' 313-314 (2002):

"תכליתן העיקרית של הוראות הפתיחה באש היא מבצעית: 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. אך לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי, בכך שהן מסייעות לחייל להפנים ערכי יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמירתם של ערכים אלה על-ידי גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק" (ראו גם, רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה (24.9.2009)).

29. ככל שהעותרים, בטענתם לעניין הפרת הוראות הפתיחה באש, מבקשים להצביע על העדר אזהרה, טרם הירי שבוצע לעבר מפירי הסדר, הרי שמחומר הראיות עולה, כי הירי במהלך האירוע תאם את הוראות הפתיחה באש, לרבות בכל הנוגע לשלב האזהרה, עובר לירי. פרקליט המדינה הבהיר בתגובתו (סעיף 18), כי על פי התשתית הראייתית שלפניו, כוחות צה"ל כרזו לעבר מפירי הסדר וביצעו ירי באויר, טרם שירו לעבר רגלי המתפרעים. בכך, תיקן פרקליט המדינה את דברי המשיב בתגובתו הראשונית (סעיף 17), לפיהם לא ניתן לדעת אם צה"ל ביצע במהלך האירוע את כל שלבי הפתיחה באש. יודגש, כי גם במצב הדברים העובדתי עליו נסמך המשיב, הוא לא סבר כי נפל דופי בביצוע הוראות הפתיחה באש, המצדיק פתיחה בחקירה פלילית. זאת משום האזהרות הרבות שניתנו, ממילא, למפירי הסדר באמצעות ירי מאסיבי מצד צבא לבנון, ומאחר שביחס לפגיעה הנטענת בעותר, אין מחלוקת כי בוצעה אזהרה כנדרש: העותר עצמו אישר בהצהרתו, כי הוא נפגע בשלב מאוחר, לאחר שהיה מודע לכך שצה"ל עושה שימוש בירי על מנת לעצור את המתפרעים.

אשר לטענת העותרים כי הוראות הפתיחה באש אינן חוקיות, הרי שמדובר בטענה שנטענה בעלמא. כך למשל, לשיטתם של העותרים, חיילי צה"ל השתמשו במהלך האירוע בירי צלפים, בעל פוטנציאל קטלני, וככל ששימוש זה מותר במסגרת כללי הפתיחה באש, הרי שהכללים, לדידם של העותרים, הם בלתי חוקיים. ואולם, התשתית העובדתית, העולה מחומר הראיות, שנבחן על ידי המשיב, מובילה למסקנה אחרת. כפי שהובהר בתגובתו של פרקליט המדינה, אשר התייחס לעניין זה, חיילי צה"ל לא עשו שימוש בירי צלפים במהלך האירוע, מושא העתירה, וסוג הקליע שנמצא בגופו של העותר יכול להתיישב עם ירי של קליעים "רגילים", ולא עם שימוש בנשק צלפים (פסקה 16).

מעבר לדרוש, יובהר, כי מאחר שחיילי צה"ל פעלו על פי הוראות הפתיחה באש, הרי שגם אם היה מתברר כי הללו אינן חוקיות (ואינני רואה מקום לגרוס כך), הרי שמדובר בעובדה שלא הייתה בידיעתם של החיילים. לפיכך, אין מקום לייחס למי מהם ביצוע עבירה פלילית, בהעדר יסוד נפשי לביצוע העבירה. לבסוף, ובהקשר זה, יודגש, כי היות שחומר הראיות שעמד בפני המשיב לא העלה חשד לביצועה של עבירה

פלילית על ידי מי מבין חיילי צה"ל, אין צורך לבחון את השאלה, האם בנסיבות האירוע המדובר, התמלאו התנאים לקיומם של סייגים לאחריות הפלילית, כעמדת העותרים.

30. לא מצאתי לקבל אף את טענת העותרים, לפיה העדר תיעוד של הפגיעה בעותר, מצדיק פתיחה בחקירה פלילית בנסיבות דנן. עצם העובדה שהעותר נפצע במהלך האירוע, אינה מעידה, מניה וביה, כי הירי נעשה תוך ביצוע עבירה פלילית. התשתית העובדתית העולה ממכתביו של המשיב לעותרים, ומהדברים שמסר העותר עצמו בהצהרתו, אינם תומכים באפשרות כי פציעתו של העותר מקורה בעבירה פלילית – היינו בעקבות ירי מכוון, ואף שהעותר לא זוהה כמפר סדר מרכזי באירוע.

כפי שעולה מהחלטת פרקליט המדינה, ייתכן שהעותר נפגע משום שנחשד כמסית או כמפר סדר מרכזי המסכן את בטחון החיילים, מאחר שעמד בסמוך לגדר הגבול ויידה אבנים לעבר חיילי צה"ל, כאמור בהצהרתו. עוד אפשר, כי העותר נורה בשוגג, משום שעמד בסמוך לאדם הנחשד כמפר סדר מרכזי, דבר שאין לשלול אותו, לנוכח המבנה הטופוגרפי בשטח. אפשרות אחרונה זו מתיישבת עם דברי העותר, כי הוא נורה בחלוף כשעה או שעה וחצי מאז שיידה אבנים לעבר חיילי צה"ל, וכן עם התשתית הראייתית הנוספת. על פי הראיות שאסף המשיב, ידוע על שני קליעים שפגעו במפירי סדר, בשוגג, מעל הברך, וזאת משום המבנה הטופוגרפי בשטח, כך "שרגלי המתפרעים בחזית היו בגובה של מרכז מסה של מתפרעים בעומק" (פסקה 32 להחלטת פרקליט המדינה). אין צריך לומר, כי גם אם פציעתו של העותר היא תוצאה של ירי שנעשה בשוגג, נוכח תנאי השטח, הרי שהדבר אינו מצדיק פתיחה בחקירה פלילית, בשים לב לנסיבות האירוע ולהתנהלות המידתית של חיילי צה"ל במהלכו.

31. זה המקום להזכיר, כי בחינת חוקיות הירי, שבוצע במהלך האירוע, חייבת להעשות בשים לב לנסיבות המיוחדות, המלמדות על אופיו המבצעי של האירוע. ענייננו באירוע שבמהלכו התרחשה הפרת סדר אלימה בגבולה של ישראל עם לבנון, אשר כללה הפגנת אלימות קשה נגד חיילי צה"ל וגרימת נזק משמעותי לגדרות הגבול, עד כדי חשש מפני חדירת מחבלים לשטח המדינה. המתפרעים, אשר לא שעו לאזהרות הירי הרבות שהגיעו מצד צבא לבנון, המשיכו בהתקדמותם לעבר הגדר, תוך כדי נסיון לפרוץ אותה. חיילי צה"ל, כמו גם אזרחי המדינה המתגוררים בסמוך לגבול, עמדו בפני סיכון מוחשי לפגיעה בשלומם ובגופם, ומספר מסויים של חיילים אכן נפצעו במהלך האירוע. התנהלותם של חיילי צה"ל במצבי חירום ולחץ, אליהם נקלעו גם במקרה דנן,

אינה צריכה להבחן בתנאי "מעבדה" של בית המשפט. עמדתי על כך בהרחבה בבג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 23 (20.7.2014):

"אל לנו לבחון את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון במצבי לחימה, בגדרם נשקף סיכון ממשי לחייהם ולשלומם, באופן תלוש מהסיטואציה המיוחדת בה הם פעלו [...] עוד יש להזכיר, כי בית משפט זה קבע, לא אחת, כי יש להותיר 'מרווח טעות' לשוטרים ולחיילים הפועלים בתנאי קרב, או במסגרת פעילות מבצעית. הטעם לעמדה זו, נעוץ בתובנה לפיה 'ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע' (ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחלייל (7.3.1999), בפסקה 5 לפסק הדין) (ראו גם, ע"א 1459/11 עזבון המנוח מוחמד (נביל) נאפע חרדאן ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון (נביל) 16.6.2013); רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה (24.09.09) ע"א 5604/94 אוסמה חמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2), 498 (2004)).

32. העותרים השיגו, במסגרת עתירתם, על תקפותו של התחקיר המבצעי שערך צה"ל. נושא התחקיר המבצעי מעוגן בסעיף 539 לחש"צ, ונועד לאפשר בירור עובדתי מהיר של אירועים מבצעיים, על מנת לאפשר לצבא להסיק מסקנות ולהפיק לקחים לעתיד (ראו גם, הגדרתו של התחקיר המבצעי במסגרת הוראת הפיקוד העליון 2.0702). על מאפייני התחקיר ניתן ללמוד מדברי השופטת ע' ארבל בבג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל, פסקה 11 (29.06.2008):

"הנחת המוצא היא כי אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית אינו פלילי במהותו וכי מטרת תחקורו אינה בדיקתם של חשדות לביצוע עבירה, אלא הפקת לקחים. התחקיר המבצעי הוא הליך של ביקורת פנימית על דרך של בחינת אירוע, ניתוחו והסקת מסקנות ממנו, וכפועל יוצא של אלה, גיבוש המלצות באשר להתנהלות עתידית במצבים דומים. במסגרת התחקיר נבחנים התכנון והביצוע של הפעילות המתוכננת, כמו-גם היחס בין התכנון לבין הביצוע בפועל. התחקיר מאפשר למידה והפקת לקחים בטווח המידי, כמו-גם בחינה מתמדת של הנחות יסוד והנחיות לאורך פועלות יחידות הצבא [...] משכך, הוא מאפשר את עדכניותם של ההוראות, הנהלים ושיטות הפעולה, והתאמתם לתנאים המשתנים ולמציאות בשטח עימה מתמודדות יחידות הצבא. הוא מאפשר התחדשות ומקדם חתירה למצוינות ונטילת אחריות. הלמידה והסקת המסקנות בעקבות התחקיר המבצעי אינן מוגבלות על פי רוב למסגרת היחידה בה

התרחש האירוע המתוחקר, אלא הן נעשות ביחידות צה"ל השונות לגביהן יש רלבנטיות לממצאי התחקיר. התחקיר המבצעי מהווה על כן כלי לימוד מערכתי ראשון במעלה המאפשר את שימור יכולות הצבא ושיפורן. הוא כלי ארגוני חשוב לאיתור משגים, לתיקונם ולהתייעלות, והוא חיוני לשמירת יכולתו המקצועית והמבצעית של צה"ל, לעיתים עד כדי הצלת חיים" (ראו גם, בג"ץ 7232/01 יוסוף נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 561 (2003); בג"ץ 6208/96 מור חיים נ' צבא ההגנה לישראל, פ"ד נב(3) 845, 835 (1998)).

33. מוכן אני להסכים כי גם התחקיר המבצעי אינו חף מחסרונות (ענין אבו רחמה; עניין בצלם), אך כפי שהובהר לעיל, החלטות המשיב, ולאחריו פרקליט המדינה, אינן מבוססות רק על התחקיר המבצעי ועל חומר הראיות שנאסף במסגרתו. המסקנה, לפיה אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בנסיבות דנן, מתבססת בנוסף על התחקיר שערך יוניפי"ל (הנסמך גם על מידע שהתקבל מצבא לבנון); על עדויות וראיות מטעם הצלב האדום; ועל מידע שהתקבל מידי העותרים עצמם, לרבות הצהרותיו של העותר עצמו. חומר הראיות כלל, בין היתר, סרטונים שתיעדו חלקים מהאירוע, תמונות, דו"חות רפואיים, ועדויות של עדי ראייה. כל אלו, ולא רק התחקיר המבצעי הצה"לי, הציגו תמונה עובדתית שאינה מבססת חשד לביצוע עבירה פלילית על ידי חיילי צה"ל. לפיכך, אינני רואה להדרש, במסגרת זו, לשאלת חסרונותיו של התחקיר המבצעי ומשמעות הדבר בענייננו (ראו לעניין זה, בג"ץ 1901/08 דבאבסה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 14 (15.7.2012); עניין אבו רחמה, פסקה 12).

34. לבסוף, יש לדחות את טענת העותרים, לפיה היה על המשיב להקיש לנסיבות דנן ממדיניות החקירות, בה הוא נוהג באזורי יהודה והשומרון. על פי מדיניות זו, עליה הוחלט בחודש אפריל 2011, תפתח חקירה פלילית בכל מקרה בו נהרג אזרח פלסטיני מירי של כוחות צה"ל, למעט בנסיבות בהן ברור כי הפעילות שבמהלכה נהרג האזרח היא בעלת "אופי לחימתי של ממש". ואולם, מדיניות זו אינה תואמת, ואין להקיש ממנה, לנסיבות האירוע שלפנינו. ראשית, המדיניות האמורה חלה על אזרח שנהרג מירי חיילי צה"ל, ולמרבח המזל, אין זה המצב דכאן. שנית וזה העיקר, מדיניותו של המשיב באזור יהודה והשומרון היא תולדה של שינויים שחלו באזורים אלו, אשר הפכו את מירב העימותים המתרחשים בהם לבעלי אופי שאינו לחימתי. הטעמים למדיניות זו הובהרו במסגרת פסק הדין בעניין בצלם:

"בהודעה זו הבהיר המשיב כי לגישתו חלו באזורים הנידונים בעתירה שינויים מרחיקי לכת שהובילו לשינוי מדיניותו. כך, ברצועת עזה נוצר, לשיטת המשיב, מצב

משפטי חדש בשל סיום התפיסה הלוחמתית של אזור זה, לצד תפיסת השלטון שם על ידי ארגון החמאס. העימות המזוין באזור זה מתנהל כעת, לשיטת המשיב, מול גורם שלטוני המצויד בכוחות מזוינים, ולפיכך אין מדובר עוד על לחימה בכוחות אזרחיים או אזרחיים באופן חלקי. בשטחי יהודה ושומרון ציין המשיב, כי בתקופה האחרונה חל צמצום בפעילות המבצעית של צה"ל הנושאת אופי מלחמתי מובהק. לפיכך הודיע המשיב כי בעקבות עבודת מטה שנערכה בפרקליטות הצבאית ובתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה חל שינוי במדיניות החקירות הנוגעות למקרי מוות בשטחים אלו. על פי המדיניות החדשה שנקבעה, ככלל, כל מקרה בו יהרג אזרח מעתה ואילך כתוצאה מפעולה של כוחות צה"ל באיו"ש, יביא לפתיחה מיידיה בחקירת מצ"ח. עם זאת הבהיר המשיב כי במקרים שבהם יהיה ברור כי הפעילות במהלכה נהרג האזרח הינה בעלת אופי לחימתי של ממש ההחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח תתקבל לאחר שיערך בירור ראשוני של עובדות המקרה באמצעות תחקיר מבצעי. בשולי הודעתו צירף המשיב הבהרה נוספת והיא כי ההחלטה על שינוי מדיניות החקירות 'קשורה בטבורה למצב הדברים בשטח' והיא כפופה לשינויים ככל שמצב דברים זה ישתנה" (עניין בצלם, פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש) (ההדגשות במקור – א.ש.).

אין אלו נסיבות האירוע, מושא העתירה דנן. נהפוך הוא. הירי בוצע בגבול ישראל-לבנון, בשטח שאינו נתון כלל לשליטה ישראלית, כי אם לשליטה של גורם זר; שטח שבו התבצעו פעילויות עויינות בעבר, ואף התרחשו בו קרבות רבים וקשים. כפי שהובהר בתגובתו של פרקליט המדינה, מרבית העימותים באזור זה הם בעלי אופי לחימתי, בשונה מברירת המחלוקת החלה בשטחי יהודה ושומרון. משכך, לא מצאתי כל הצדקה לקבל את טענתם של העותרים בהקשר זה, ומכאן יש לדחות את הטענה כי החלטתו של המשיב בענייננו הינה בלתי סבירה.

דברי סיום

35. לאחר שבחנתי את טענותיהם הפרטניות של העותרים לא מצאתי כי יש מקום לחרוג מן הכלל, לפיו התערבות בשיקול דעתו הרחב של המשיב, בשאלת הפתיחה בחקירה פלילית, תעשה בצמצום ובמקרים חריגים בלבד. המשיב בחן, פעם אחר פעם, ובאופן מעמיק את השגות העותרים בנושא; נדרש למסמכים השונים שהוגשו על ידם, הגם שחלקם נמסר באיחור ניכר; והתייחס באופן מפורט לטענות השונות שהעלו העותרים, תוך שהוא מבסס את עמדתו על החומר הראייתי שלפניו, הנסמך גם על מקורות שאינם צה"ליים.

בעקבות השגתם של העותרים על החלטתו של המשיב, נבחנה עמדתו של המשיב, פעם נוספת, על ידי פרקליט המדינה, אשר מצא כי לא נפל פגם בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, עקב פציעתו של העותר. הנה כי כן, שני גורמים מקצועיים, האמונים על בחינת התשתית הראייתית, הן במערכת התביעה הצבאית והן במערכת התביעה האזרחית, בחנו בדקדקנות את חומר הראיות והגיעו לאותה מסקנה. במצב דברים זה, תהיה נטייתו של בית המשפט להתערב בשיקול דעתו הרחב של המשיב, מצומצמת אף יותר (עניין אבו רחמה; בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' השופט דוד מינק, שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים, פסקה 25 (23.8.2007)).

36. עוד יש ליתן את הדעת למשך הזמן שחלף, מאז התרחש האירוע ועד למועד פניית העותרים למשיב בבקשה לפתוח בחקירה פלילית. כאמור, האירוע, מושא העתירה, התרחש בחודש מאי 2011, ואולם פניית העותרים למשיב נעשתה רק בחודש יוני 2012. אף שבמכתב הראשון מטעם המשיב, בו נדחתה בקשת העותרים, הובהר כי הללו מוזמנים להעביר לרשותו מסמכים חדשים, לשם בחינה מחודשת של החלטתו, העדיפו העותרים לפנות לבית משפט זה באמצעות הגשת העתירה הראשונה. רק ביום 18.11.2013, לאחר הגשת העתירה הראשונה וכשנתיים וחצי לאחר האירוע, העבירו העותרים למשיב חומר ראיות נוסף, על אודות האירוע.

השתהות זו של העותרים פגמה במידת רבה ביעילותה של חקירה פלילית, גם אם המשיב היה מורה על עריכתה, טרם הגשת עתירה זו. המסקנה האמורה, נכונה שבעתיים בחלוף למעלה משש שנים ממועד האירוע. האפשרות להתחקות כיום אחר התנהלות חיילי צה"ל ואחר מהלך הירי שבוצע ביום ה- 15.5.2011, במסגרת חקירה פלילית, תוך איסוף מידע ראייתי חדש, שלא היה בידי המשיב קודם לכן, הינה קלושה ואינה מעשית.

דומה, כי גם בא כוח העותרים, על פי הדברים שמסר במהלך הדיון בעתירה, שותף להנחה זו (ראו, בין היתר, דבריו של עו"ד ספרד בפרוטוקול הדיון מיום 20.2.2017, בעמ' 1 ו-2). לפיכך, חלוף הזמן מהווה אף הוא נסיבה התומכת בדחיית העתירה שלפנינו. זאת, בנוסף לתשתית העובדתית המוצקה שעמדה בפני המשיב, אשר אינה מבססת חשד לביצועה של עבירה פלילית על ידי חיילי צה"ל, במהלך האירוע.

37. עם כל הצער על פציעתו הקשה של העותר במהלך האירוע, מושא העתירה, דעתי היא כי יש לדחות את העתירה.

בנסיבות העניין, אציע כי לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ס' ג' ובראן:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן ביום, כ"ד בתמוז התשע"ז (18.7.2017).

תוקן היום, ט"ו באב התשע"ז (7.8.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה