



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2458/19

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

העותרים:

1. עימאד ריזקה
2. "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם

נגד

המשיבים:

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. פרקליט המדינה
3. הפרקליט הצבאי הראשי
4. התובע הצבאי הראשי
5. סמ"ר (מיל') גבראל

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה:

כ"ב בחשון התשפ"ג (16.11.2022)

בשם העותרים:

עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד שי אילוק

בשם המשיבים 1-4:

עו"ד ענר הלמן; עו"ד מיטל בוכמן-שינדל

בשם המשיב 5:

עו"ד עידן פסח

פסק-דין

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

עניינה של העתירה שלפנינו בבקשת העותרים כי נורה למשיבים 1-4 (להלן: משיבי המדינה) ליתן טעם מדוע לא יוגש כתב אישום נגד המשיב 5 בגין עבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ולחלופין "בגין עבירות של סיכון החיים והבריאות ו/או בעבירות רשלנות בנשק".

1. ביום 23.4.2010 נערכה הפגנה בכפר הפלסטיני בלעין בסמוך לגדר הביטחון, שבמסגרתה התקרבו חלק מהמפגינים לגדר וידו אבנים, וכוחות צה"ל הפעילו אמצעים לפיזור הפגנות (להלן: האירוע). במהלך האירוע נפצע בראשו העותר 1, מר עימאד ריזקה (להלן: העותר). בשמו של העותר הוגשו מספר תלונות למשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מ"ח) ולפרקליטות הצבאית, שבהן נטען כי העותר נפצע כתוצאה מפגיעת רימון גז שנורה לעברו על ידי כוחות צה"ל. בהתאם למדיניות הנהוגה, נפתחה בשלב ראשוני בדיקה מקדימה לבירור נסיבות האירוע מול הגורמים הצבאיים הרלוונטיים. במקביל נגבו עדויותיהם של העותר ושל בת זוגו, שנכחה אף היא באירוע. לאחר קבלת ההתייחסויות, הן נבחנו על ידי הפרקליט הצבאי הראשי דאז (להלן: הפצ"ר), תוך היועצות במפקד פיקוד מרכז דאז, בהתאם לסעיף 539א(ב)(4)(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בחודש נובמבר 2011 החליט הפצ"ר על פתיחה בחקירה מוגבלת, שבמסגרתה התקבלה חוות דעת רפואית מהמכון לרפואה משפטית לעניין הגורם לפגיעתו של העותר. חוות הדעת מצאה כי "לא ניתן לאפיין בדיוק הרצוי את הפגיעה", והמליצה על צעדי המשך לטובת בירור העניין (יוער כי בתגובה המקדמית מטעם משיבי המדינה צוין שבמהלך שנת 2014 נערך בירור משלים עם המכון לרפואה משפטית שאף מסקנתו הייתה כי לא ניתן לקבוע בצורה חד משמעית כיצד נפגע העותר; סעיף 12 לתגובה). ביום 3.6.2012 החליט הפצ"ר על הרחבת החקירה לחקירה מלאה.

2. במסגרת החקירה המלאה נגבו עדויות מהקצין ששימש כמפקד הגדוד הגזרתי באותה העת (להלן: מפקד הגדוד) ומקציני וחיילי צה"ל שנכחו באירוע. מפקד הגדוד ציין בעדותו כי הלוחמים תודרכו קודם להגעתם לשטח, כנדרש, וכי לאחר שהמפגינים החלו להתקרב לגדר הביטחון וליידות אבנים, ניתן ללוחמים אישור לפתוח בירי של רימוני גז. עוד ציין מפקד הגדוד כי לאחר האירוע הוא ערך בדיקה עם חיילי הגדוד על מנת לבחון אם רימוני הגז שבהם השתמשו במהלך האירוע יכולים להגיע אל הנקודה בה נפגע העותר. לדבריו, החיילים לא הצליחו לזרוק את רימוני הגז למרחק זה (אך יוער כי על פי העדות הבדיקה כללה השלכה ידנית של רימוני הגז ולא ירי באמצעות נשק). במסגרת חקירתם של הקצינים והחיילים, ציינו בין היתר כי הם תודרכו לפני היציאה לאירוע; כי הם לא ראו את הפגיעה בעותר; וכי לא ידוע להם או לא זכור להם שבוצע ירי בניגוד לדין במהלך האירוע. כשהוצגה להם תמונה של המשיב 5, שבה הוא נחזה כאוחז בנשקו במקביל לקרקע כשעשן מיתמר מנשקו, ציינו הלוחמים כי נראה שהוא ירה בכיוון ישיר. המשיב 5, שנחשד בפגיעתו של העותר, נחקר באזהרה ביום 20.2.2014 – בחלוף כ-4 שנים מהאירוע (יצוין כי המשיב 5 שהה מחוץ לארץ בשנת 2013 וגורמי החקירה הצליחו

ליצור עמו קשר בשנת 2014). בנוסף, נחקרו שני צלמים שתיעדו את האירוע, וצלם שלישי מסר את תצהירו (עקב שהייה ארוכה מחוץ לארץ). ביום 21.5.2015 סגרה הפרקליטות הצבאית את התיק וזאת "לאחר שלא נמצאו ראיות, ברמה הנדרשת בפלילים, לחריגה מכללי הפתיחה באש ואף לכך שפציעתו של [העותר – ע' פ'] נגרמה בעקבות פעילות חיילי צה"ל" (שם, סעיף 2). מספר חודשים לאחר מכן, הגישו העותרים השגה על החלטה זו לפצ"ר, וטענו שקיימות די ראיות בתיק כדי להצביע על כך שהמשיב 5 ביצע ירי שלא כדין שפגע בעותר. עוד טענו העותרים כי הראיות מצביעות על כשלים של מפקדיו של המשיב 5, באופן שמצדיק גם הגשת כתב אישום נגדם. לאחר כשנה וחצי, ביום 8.5.2017, השיבה התובעת הצבאית הראשית דאז להשגה וציינה כי הפצ"ר מצא שאין מקום לשנות מן ההחלטה שהתקבלה. כך, צוין שחומר הראיות לא מבסס כנדרש במשפט הפלילי כי המשיב 5 או לוחם אחר ביצעו ירי רימוני גז בניגוד לכללי הפתיחה באש, וכי לא ניתן להוכיח ברף הפלילי הנדרש כי ישנו קשר סיבתי בין הירי של רימוני הגז לבין הפציעה של העותר (להלן: החלטת הפצ"ר).

3. ביום 11.7.2017 הגישו העותרים השגה על החלטה זו ליועץ המשפטי לממשלה דאז (להלן: היועץ המשפטי לממשלה), שבמסגרתה טענו כי הניתוח שעל בסיסו הוחלט שלא להגיש כתב אישום נגד המשיב 5 התייחס לרף שגוי וגבוה מהנדרש (ההשגה הוגשה לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.5003 "השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים במהלך פעילות צבא ההגנה לישראל, שנטען שיש בהם משום הפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי" (2015) (להלן: הנחיית היועץ), הגם שתחולתה במקרה דנן שנויה במחלוקת כפי שיפורט להלן). לטענת העותרים, הפרקליטות הצבאית בחנה אם הראיות בתיק החקירה עומדות ברף של "מעבר לכל ספק סביר", בעוד שהרף הנדרש בשלב ההחלטה על העמדה לדין הוא "אפשרות סבירה להרשעה". העותרים טענו כי הראיות מספיקות לשם הגשת כתב אישום, תוך מתן דגש לתמונות שצולמו באירוע, שבהן ניתן לראות את המשיב 5 אוחז במטול לירי רימוני גז בזווית מקבילה לקרקע (כינון ישיר) כשעשן מיתמר מנשקו, וכן לסרטון שצולם, שמתעד את העותר ברגע פציעתו. לטענת העותרים השוואה בין חותמות הזמן של התמונות והסרטון מובילה למסקנה כי המשיב 5 ביצע ירי בכינון ישיר שפצע את העותר. עוד הצביעו העותרים על כך שלפי העדויות שנגבו מהנוכחים באירוע המשיב 5 הוא היחיד שביצע ירי באמצעות מטול, וכי בהתחשב במיקום העותר ברגע פציעתו אין זה סביר כי הוא נפצע מרימון שהושלך באופן ידני או מיידוי אבנים. עוד במסגרת ההשגה נטען כי יש להעמיד לדין את מפקדיו של המשיב 5 בגין תפקידם והתנהלותם באירוע.

4. ביום 19.12.2018, לאחר בחינת טענות העותרים ובהסתמך על חוות דעתו של פרקליט המדינה דאז, דחה היועץ המשפטי לממשלה דאז את ההשגה (להלן: החלטת היועץ המשפטי לממשלה). בפתח ההחלטה צוין כי ספק אם ניתן היה להגיש השגה על החלטת הפצ"ר מאחר שהנחיית היועץ, כנוסחה דאז, התירה להגיש השגה כאמור בנסיבות שספק אם מתקיימות במקרה דנן. חרף האמור, הוחלט לבחון את ההשגה לגופה לפנים משורת הדין. נקבע כי על אף שישנה "סבירות לא מבוטלת" כי המשיב 5 הוא שפגע בעותר (סעיף 39 להחלטת היועץ המשפטי לממשלה), הראיות בתיק החקירה אינן מספיקות על מנת להעמידו לדין בעבירה הדורשת כוונה לפגיעה. גם ביחס לעבירה של גרימת חבלה חמורה שלא כדין לפי סעיף 333 לחוק העונשין וביחס לעבירות רשלנות, מצא היועץ המשפטי לממשלה כי ישנם קשיים ראייתיים משמעותיים, וכי הנסיבות המבצעיות של האירוע, יציאתו של המשיב 5 מתחולת חוק השיפוט הצבאי, וחלוף הזמן (כ-8 שנים מיום האירוע נכון למועד זה) לא מצדיקים את העמדת המשיב 5 לדין פלילי בעבירות אלו.

5. ביום 4.4.2019 הוגשה העתירה שלפנינו, שכוונה להחלטת היועץ המשפטי לממשלה, ושעיקרה בדרישת העותרים להעמיד את המשיב 5 לדין פלילי בגין עבירה של חבלה חמורה, ולחלופין בעבירת רשלנות. נוסף לכך, ביקשו העותרים כי ינקטו צעדים משמעותיים או פיקודיים כלפי מפקדיו של המשיב 5 בגין אחריותם הפיקודית לאירוע בו נפצע העותר.

העתירה והשתלשלות ההליכים עד כה

6. לאחר הגשת תגובת משיבי המדינה, התקיים ביום 24.1.2021 דיון ראשון בעתירה (השופטים ג' קרא, ע' גרוסקופף וא' שטיין). במהלך הדיון התברר כי בשל תקלה התייעוד החזותי של האירוע שאליו התייחסו העותרים בעתירתם לא הועבר למותב שדן בעתירה. לאחר הדיון ביקשו העותרים לצרף את התייעוד החזותי כך שבית המשפט יוכל לצפות בו, אך זאת בשינוי מסוים: חלף הסרטון הערוך שצורף לעתירה, בו גם צפו משיבי המדינה כשקיבלו את החלטותיהם שתוארו לעיל, ביקשו העותרים לצרף את הסרטונים המקוריים (חומרי הגלם), לפני שנערכו לסרטון אחד (להלן: הסרטונים המקוריים). לטענת העותרים, השוואה בין חותמת הזמן של אחד הסרטונים המקוריים, בו נצפה העותר מיד לאחר פציעתו, לבין חותמת הזמן של תמונה בה נראה המשיב 5 אווזו בנשקו במקביל לקרקע כשעשן מיתמר ממנו, מוכיחה כי המשיב 5 ירה בכינון ישיר, בניגוד לדין, ופגע בעותר. בית המשפט ביקש מהעותרים להודיע מדוע לא תימחק העתירה תוך שמירת זכויותיהם לפנות לפצ"ר וליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיבחנו החלטתם מחדש

לאורו של הבסיס העובדתי המלא שיוצג לפניהם. העותרים דחו את הצעת בית המשפט, וטענו כי מאחר שהסרטונים המקוריים נוגעים לשאלה ממוקדת – השפעת חותמות הזמן על ההחלטה שלא להעמיד לדין את המשיב 5 – ולא משנים את התמונה העובדתית בכללותה, אין צורך במחיקת העתירה. העותרים ציינו כי מחיקת העתירה עלולה להוביל לעיכוב נוסף בטיפול בפרשה, ולכך שלא יוכלו לקבל סעד אפקטיבי. ביום 24.3.2021 הורה בית המשפט כי הסרטונים המקוריים יומצאו למשיבי המדינה, ואלה ישובו ויבחנו אם יש בהם כדי לשנות מהחלטתם. יצוין כי במהלך הדיון הראשון בעתירה התברר כי המשיב 5 לא עודכן בדבר הגשת העתירה וכי הוא לא מיוצג בהליך. בהתאם להחלטת בית המשפט, המציאו משיבי המדינה למשיב 5 עותק מהעתירה וכן הוסדר ייצוגו על ידי הסנגוריה הצבאית.

7. לאחר קבלת הסרטונים המקוריים מהעותרים הורה הפצ"ר על השלמת חקירה, שבמסגרתה נשלחו הסרטונים המקוריים יחד עם התמונות לבחינת מומחה (להלן גם: המומחה). ביום 19.10.2021 עדכנו משיבי המדינה כי המומחה מטעמם בחן את הסרטון הרלוונטי, בו נצפה העותר רגע לאחר פציעתו, ואת התמונות שצולמו באירוע (להודעת העדכון צורפה גם חוות דעת המומחה; להלן: חוות דעת המומחה). המומחה מצא כי בניגוד לעמדת העותרים, הסרטון והתמונות אינם מאפשרים לקבוע באופן חד משמעי כי המשיב 5 ביצע את הירי שפצע את העותר. המומחה קבע כי הירי לא מתועד בסרטונים המקוריים או בתמונות, ולא ניתן לקבוע לאיזה כיוון ובאיזו זווית (כינון) הוא בוצע. בנוסף, הפגיעה בעותר אינה מתועדת בסרטונים המקוריים או בתמונות, ולפיכך לא ניתן לקבוע מה האובייקט שגרם לפציעתו. לבסוף צוין כי בהתחשב בכך שאין אובייקט משותף שמופיע גם בסרטון שמתעד את העותר שרוע על הקרקע וגם בתמונה שמתעדת את המשיב 5 מחזיק בנשקו במקביל לקרקע כשעשן מיתמר ממנו, לא ניתן לסנכרן בין חותמות הזמן של שתי המדיות, כלומר – לא ניתן לקבוע מתי בדיוק צולמה התמונה ביחס לציר הזמן של הסרטון הרלוונטי. בהתבסס על חוות דעת המומחה טענו המשיבים כי לא ניתן לקבוע ברף הנדרש במשפט הפלילי כי המשיב 5 גרם לפציעתו של העותר. משכך, לא היה בממצאי השלמת החקירה כדי לשנות את ההחלטה על סגירת התיק.

8. התבקשה עמדת העותרים. העותרים טענו כי ישנן ראיות מספיקות להגשת כתב אישום נגד המשיב 5 גם מבלי להתחשב בסרטונים המקוריים, וכי הם משמשים רק תוספת ראייתית. נטען כי בניגוד לחוות דעת המומחה, ניתן להשוות בין חותמת הזמן של התמונות לבין זו של הסרטונים המקוריים. לטענת העותרים, בהתבסס על תמונה וקטע סרטון בהם נראה אותו האובייקט, ניתן לחשב את חותמת הזמן של התמונה שמתעדת את המשיב 5 ביחס לחותמת הזמן של מקטע הסרטון בו נראה העותר שרוע על הקרקע,

מיד לאחר פציעתו. העותרים ציינו כי השוואה זו עשויה להיות לא מדויקת ברמת עשירות השנייה, אך לעמדתם עדיין ניתן להסיק ממנה כי המשיב 5 הוא שירה בעותר, בכינון ישיר ובניגוד לדין. לאור הדברים ביקשו העותרים כי יוצא צו על תנאי וייקבע דיון נוסף בעתירה.

9. ביום 29.11.2021 הוצא צו על תנאי (השופטים ג' קרא, ע' גרוסקופף וא' שטיין), שהורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יוגש כתב אישום נגד המשיב 5, בעבירה של חבלה חמורה ולחילופין בעבירה של סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק, בגין פציעתו של העותר 1. עוד הוחלט שלא להוציא צו על תנאי בעניין מפקדיו של המשיב 5. בהקשר זה יוער כי כידוע, הוצאת צו על תנאי כמוה כהחלטה לדחות את העתירה בכל הקשור ליתר הסעדים שהתבקשו על ידי העותרים (בג"ץ 8544/20 חברת מוקד אנוש בע"מ נ' נציב קבילות הציבור למקצועות רפואיים במשרד הבריאות, פסקה 9 (16.11.2022); בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 16 (3.7.2022); בג"ץ 2335/19 עמותת הקנאביס הרפואי נ' משרד הבריאות שר הבריאות, פסקה 18 (16.11.2021)).

טענות הצדדים

10. בתצהיר התשובה שהוגש מטעם משיבי המדינה נטען כי גם לאחר בחינה נוספת של הראיות – שנערכה בשים לב לצו על תנאי שהוצא – נמצא כי אין אפשרות סבירה להרשעה. משיבי המדינה הפנו להלכה בדבר היקף ההתערבות המצומצם של בית משפט זה בהחלטות התביעה שנוגעות להעמדה לדין. נטען כי על בית המשפט להימנע מהחלפת שיקול דעת התביעה בשיקול דעתו, ובכלל זאת – להימנע מבחינת חומר הראיות הגולמי שעמד בפני התביעה בעת קבלת ההחלטה. לטענת משיבי המדינה, המקרה דנן לא בא בגדר המקרים החריגים שמצדיקים את התערבות בית המשפט. זאת, בין היתר בהתחשב בכך שההחלטות בעניין נשענו על שיקולים מקצועיים שנוגעים להערכת הראיות בתיק החקירה, והתקבלו על ידי הדרגים הבכירים ביותר בתביעה הצבאית, ובהמשך על ידי הדרגים הבכירים בפרקליטות המדינה וכן על ידי היועץ המשפטי לממשלה בעצמו. אף לגופם של דברים, טוענים משיבי המדינה שאין מקום להתערב בהחלטה שלא להעמיד את המשיב 5 לדין. לטענתם, חומר הראיות מעורר קשיים משמעותיים, ובכלל זאת: היעדר תיעוד של הירי עצמו, היעדר ראיות לכך שהירי בוצע בכינון ישיר או ללא שמירה על טווחי בטיחות, שימוש של לוחמים נוספים ברימוני גז במהלך האירוע וכן חוות דעתו של המומחה שקובעת כי לא ניתן להסיק מהתיעוד החזותי שהמשיב 5 ביצע את הירי שפצע את העותר. נוסף לכך, משיבי המדינה התייחסו לפסק דין שניתן בתביעה אזרחית שהגישו העותר ובת זוגו עובר להגשת העתירה, בגין נזקים שנגרמו להם, כנטען, בעקבות

האירוע (להלן: פסק הדין האזרחי). משיבי המדינה טענו כי לא ניתן להתעלם מקביעותיו של בית המשפט בפסק הדין האזרחי ביחס למהימנות העדים. בית משפט השלום קבע ממצאי מהימנות שליליים ביחס לעותר, לבת זוגו ולצלמים שנכחו באירוע. לעמדת משיבי המדינה קביעות אלו מפחיתות אף יותר את הסיכוי להרשעתו של המשיב 5. משיבי המדינה ציינו כי לו ניתן פסק הדין האזרחי לפני שהתקבלה החלטת היועץ המשפטי לממשלה, הוא היה מהווה שיקול משמעותי נוסף לדחיית ההשגה. יוער כי ביום 13.9.2022 נדחה הערעור על פסק הדין האזרחי.

11. בתצהיר התשובה שהוגש מטעם המשיב 5 נטען כי אין עילה להתערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, ודאי בהתחשב בכך שהיא התקבלה לאחר היוועצות בדרגים הגבוהים בפרקליטות הצבאית ובפרקליטות המדינה. המשיב 5 הפנה אף הוא לפסיקת בית משפט זה ביחס למידת ההתערבות בהחלטת התביעה על אי-העמדה לדין, והדגיש כי המקרה הנוכחי אינו נמנה עם המקרים החריגים שמצדיקים התערבות בהחלטה. עוד נטען כי האירוע שבמוקד העתירה התרחש במסגרת פעילות צבאית-מבצעית, ולכן יש לבחון אותו תוך התחשבות בנסיבות המבצעיות והותרת "מרווח טעות". המשיב 5 אף התייחס לחומר הראיות בתיק החקירה לגופו, והצביע על הקשיים הראייתיים שקיימים בו לשיטתו. כך, למשל, התנגד המשיב 5 לטענת העותרים לפיה הוא היה הלוחם היחיד שירה רימוני גז במהלך האירוע, והצביע על מספר סרטונים בהם מתועד ירי שלא בוצע על ידי המשיב 5, וכן על תמונה שבה נראה לוחם צה"ל אחר שיורה רימוני גז באמצעות מטול. נוסף לאמור לעיל, נטען כי השנים הרבות שחלפו ממועד האירוע וכן נסיבותיו האישיות של המשיב 5 (סעיפים 16-18 לתצהיר התשובה מטעמו של המשיב 5), מצדיקים אף הם את דחיית העתירה.

12. בעיקרי הטיעון שהגישו העותרים לקראת הדיון בהתנגדות לצו על תנאי הם חזרו על טענתם כי קיימות ראיות כבדות משקל בתיק שמצדיקות את העמדתו לדין של המשיב 5. העותרים טענו כי ההשוואה בין חותמות הזמן של תיעוד האירוע מצמצמת את התרחישים החלופיים והספקולטיביים, ומטה את הכף לטובת הגשת כתב אישום. עוד נטען כי משיבי המדינה שגו בהערכת הראיות ואף נתנו משקל לפסק הדין האזרחי שלא לצורך. לטענת העותרים, חרף ההלכה המצמצמת את התערבות בית המשפט בהחלטות שעניינן העמדה לדין, השגיאות בענייננו מצדיקות התערבות במקרה זה.

13. ביום 16.11.2022 קיימנו דיון בהתנגדות לצו על תנאי (המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופטים ע' גרוסקופף וא' שטיין). במסגרת הדיון נעתרנו לבקשת המשיב 5 להגיש מסמך תשובה לבקשתו לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, שנוגע למדיניות

הפרקליטות הצבאית להעמדה לדין של לוחמי צה"ל בנסיבות דומות לעניינו של המשיב
5.

דיון והכרעה

14. במוקד העתירה שלפנינו ניצבת מחלוקת ביחס ליישומו של מבחן "האפשרות הסבירה להרשעה" בעניינו של המשיב 5. מבחן זה מנחה את התביעה בהחלטה אם הראיות שבתיק החקירה מספיקות לשם הגשת כתב אישום, בהתאם לקבוע בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (בג"ץ 2534/97 י"ב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 9, 10-12 (1997) (להלן: עניין י"ב)). במסגרת המבחן, על התביעה להתחקות אחר אופן קבלת ההחלטות בבית המשפט הפלילי, ולנסות להעריך אם בית המשפט היה מוצא את הנאשם אשם בהינתן מכלול הראיות הקיימות (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 743-745 (2008) (להלן: עניין קצב); עניין י"ב, בעמ' 12). יודגש כי הדרישה לאפשרות סבירה להרשעה אינה דרישה לתשתית ראייתית "נטולת קשיים ראייתיים" (עניין קצב, בעמ' 669), אלא לראיות שסביר שבית המשפט הפלילי ימצא כמספקות לצורך הרשעת הנאשם.

15. נקודת המוצא לדיון בעניינו היא שהדין מקנה לתביעה שיקול דעת רחב בכל הנוגע להחלטה על העמדה לדין, החלטה שמצויה בליבת שיקול דעתה. משכך, כפי שצינו לא אחת, "הביקורת השיפוטית על החלטות התביעה בעניינים כגון דא מצומצמת ביותר, ומוגבלת למקרים חריגים שבהם הפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות התביעה יורדים לשורש העניין, והחלטותיהן לוקות בחוסר סבירות קיצוני או שיש בהן עיוות מהותי הדורש תיקון" (בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 14 (15.8.2017); וראו מיני רבים: בג"ץ 4308/21 עזבון אבו נאב נ' ראש המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים, פסקאות 11-12 (18.4.2022); בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (30.12.2012) (להלן: עניין פלונית); עניין קצב, בעמ' 740-743). כידוע, הכלל בדבר מתחם ההתערבות המצומצם בשיקול דעתה של התביעה חל גם בכל הנוגע לתביעה הצבאית הראשית, כבעניינו (בג"ץ 8008/20 בכר נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 11 (29.5.2022) (להלן: עניין בכר)); והוא חל ביתר שאת מקום שבו מתבקשת התערבותו של בית המשפט בהחלטה שנשענת על היעדרה של תשתית ראייתית מספקת. התערבות כאמור תהא שמורה "למקרים קיצוניים בלבד" (עניין פלונית, פסקה 14; עניין קצב, בעמ' 717).

16. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בכתב ובעל פה, ובשים לב לאמת המידה שתוארה לעיל, הגעתי למסקנה כי לא קמה עילה להתערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה ובהחלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין את המשיב 5. העותרים טוענים כי הראיות בתיק החקירה מספיקות לצורך הגשת כתב אישום נגד המשיב 5 בעבירה של חבלה חמורה וכן בעבירה של סיכון החיים והבריאות או בעבירת רשלנות בנשק. לטענתם, בהתחשב במכלול הראיות בתיק החקירה, סבירותם של תרחישים אחרים שהעלו משיבי המדינה קלושה ביותר. אף עמדת גורמי התביעה הצבאית שנדרשו לתיק, כמו גם פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, היא שקיימת "סבירות לא מבוטלת" (כלשון משיבי המדינה; סעיף 13 לתצהיר התשובה מטעמם) שהמשיב 5 ביצע את הירי שפצע את העותר. ואולם, בחינת חומר הראיות על ידי האחרונים העלתה כי ישנם קשיים ראייתיים משמעותיים, שמפחיתים את ההסתברות כי בית משפט פלילי ישוכנע באשמתו מעבר לכל ספק סביר. קשיים ראייתיים אלה הטו, בסופו של דבר, את כף המאזניים להחלטה שלא להעמיד לדין את המשיב 5. ההחלטה התקבלה לאחר בחינה מעמיקה ויסודית של מכלול הראיות, שנערכה גם על ידי הדרגים הבכירים ביותר בתביעה הצבאית ובתביעה האזרחית – הפצ"ר, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. אף לנתון זה יש ליתן משקל, שכן כידוע, היקף ההתערבות מצומצם במיוחד מקום שבו ההחלטה התקבלה על ידי הדרגים הבכירים ביותר ברשויות התביעה (עניין בכר, פסקה 14; בג"ץ 199/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 (6.4.2022); בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 95 (22.7.2021)).

17. החלטת הפצ"ר והחלטת היועץ המשפטי לממשלה כוללות התייחסות מקיפה לקשיים הראייתיים שהוליקו למסקנה שלא להעמיד לדין את המשיב 5. כעולה מהחלטת הפצ"ר, טענת העותרים לפיה המשיב 5 הוא היחיד שירה במטול רימוני גז שמתאים לטווח הפגיעה ולעוצמתה נבחנה על ידי משיבי המדינה, ונמצא (גם לאחר בחינה חוזרת) כי היא אינה חד משמעית כפי שהוצגה. בהחלטות הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה, וכן בתצהיר התשובה מטעמם, הסבירו משיבי המדינה כי הראיות שהציגו העותרים הן נסיבתיות, ומותירות מקום להסברים חלופיים לפציעתו של העותר. כך, בין היתר, חוות הדעת הרפואית לא הצליחה לקבוע מה העצם שפגע בראשו של העותר והביא לפציעתו, וכי גם אם מדובר ברימון גז ישנם חיילים נוספים שיכלו לבצע את הירי (וראו סעיפים 33 ו-62(ד) לתצהיר התשובה מטעם משיבי המדינה). המשיבים מצאו כי גם טענת העותרים שנשענת על חותמות הזמן של התמונות והסרטונים המקוריים אינה ודאית כפי שהוצגה. כך, כעולה מחוות דעת המומחה, העדר אובייקט משותף שמופיע בתמונה ובמקטע הסרטון הרלוונטי וכן ההפרשים בשעונים בין המצלמות לא מאפשרים לקבוע באופן ודאי

כי המשיב 5 הוא שירה בעותר. בנוסף, ישנו קושי להוכיח כי הירי בוצע בכינון ישיר, בניגוד להוראות הבטיחות ולדין. המומחה מטעם משיבי המדינה שבחן את התמונה בה נראה המשיב 5 מחזיק את נשקו בזווית מקבילה לקרקע (כינון ישיר, לכאורה), מצא כי היא עשויה להטעות, מאחר שהיא לא מתעדת את רגע הירי עצמו, וכן בהתחשב בכך שלא ידועים תנאי הקרקע ומיקומם של המפגינים ביחס למיקומו המשיב 5. כמו כן, משיבי המדינה מצאו כי העדויות של העותר, בת זוגו והצלמים בעניין זה עשויות להיות מוטות אף הן בהתחשב בתנאי השטח והמרחק שהיה בין אותם עדים לבין המשיב 5 ברגע הירי. קשיים ראייתיים אלה פוגעים, להערכת המשיבים, בקשר הסיבתי בין הירי שביצע המשיב 5 לפציעתו של העותר, ומפחיתים את הסיכוי להרשעה.

18. עוד יש ליתן משקל לכך שלאחר שהוצא צו על תנאי בעתירה דנן נבחנו ההחלטות נושא העתירה פעם נוספת על ידי הדרגים הבכירים ביותר. יוער כי בשלב זה התחלפו בתפקידם הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה כך שהסוגיה נבחנה פעם נוספת על ידי נושאי תפקידים אלה. זאת ועוד, בשלב זה ניצבו לפניו גם קביעות המהימנות בפסק הדין האזרחי (ביחס לעדויותיהם של העותר, בת זוגו והצלמים שנכחו באירוע), שמפחיתות לשיטתם אף יותר את האפשרות להרשעת העותר.

19. נוכח כל האמור לעיל, אין בידי לקבל את הטענה כי המקרה שבפנינו בא בגדר המקרים החריגים והנדירים שבהם יתערב בית משפט זה בהחלטה על אי-העמדה לדין שנובעת מהערכת דיות הראיות. גורמי התביעה סקרו לפנינו בפירוט את השיקולים ששקלו ואת הערכתם את הראיות בגדר הפעלת שיקול דעתם המקצועי. לאחר שמצאו כי נעשתה הערכה מקצועית ויסודית של הסיכוי להרשעה של המשיב 5 על ידי גורמי התביעה הצבאית והאזרחית הבכירים ביותר, אין בידי לקבוע, בהתאם לאמת המידה שפורטה לעיל, כי התוצאה שאלה הגיעו גורמי התביעה חורגת ממתחם הסבירות, וזאת אף אם תוצאה אחרת הייתה מצויה גם היא במתחם זה.

20. לפני סיום אבקש להתייחס לשתי סוגיות נוספות. ראשית, המשיבים טענו כי יש ליתן משקל בסוגיה שלפנינו גם לחלוף הזמן מהאירוע. מתוך 12 השנים שחלפו מאז יום האירוע, כ-5 שנים עברו עד לקבלת ההחלטה הראשונית בתיק החקירה, וכשנתיים נוספות עד לקבלת החלטה בהשגה שהוגשה לפצ"ר (ויוער כי חקירתו הראשונה של המשיב 5 נערכה בחלוף 4 שנים מיום האירוע). מכאן שניתן לייחס למצער חלק מהתמשכות ההליכים להתנהלות גורמי התביעה, ומשכך הישענותם של משיבי המדינה (להבדיל מהמשיב 5) על שיקול חלוף הזמן מעוררת קושי. שנית, יש לציין כי אירוע פציעתו של העותר, אירוע מצער וחמור לכל הדעות, התרחש במסגרת הפגנה במלאת שנה לפרשה

מצערת קודמת שהתרחשה באותו המקום ובנסיבות דומות, ואשר הסתיימה במותו של באסם אבו רחמה (בג"ץ 9850/16 אבו רחמה נ' היועץ המשפטי לממשלה (16.9.2018)). בירור הפרשה שם העלה קשיים דומים בכל הנוגע להתנהלות רשויות התביעה ואין לנו אלא לשוב ולהביע תקווה כי הלקחים ממקרים אלה הופקו.

21. סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את העתירה ולבטל את הצו על תנאי שהוצא. בנסיבות העניין, ובהינתן הקשיים שתוארו בהתנהלות המדינה, אציע כי לא נעשה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ב בטבת התשפ"ג (15.1.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה