



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4845/17

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותר: ראפת אמארה חמדאן

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. המחלקה לחקירות שוטרים  
3. נאור יצחק  
4. אהוד חן  
5. בן לוי  
6. אבי גולדנברג  
7. ירון שוסטר

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"ג באדר א' התשע"ט (18.2.2019)

בשם העותר: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד יפעת בקר-מימרן;  
עו"ד עומר חמאיסי; עו"ד אחמד אמארה

בשם המשיבים 1-2: עו"ד יונתן ברמן; עו"ד סיגל אבנון; עו"ד קובי  
עבדי

בשם המשיב 3: עו"ד זאב ניר

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עניינה של עתירה זו, בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה על דחיית ערר שהגיש העותר נגד החלטת המחלקה לחקירות שוטרים, לגנוז את תיק החקירה נגד המשיבים 3-7 בקשר לאירוע אשר התרחש בליל 7.11.2014, ובו נהרג בנו של העותר.

רקע והשתלשלות האירועים

2. בליל 7.11.2014 יצא כוח של שוטרי יס"מ (להלן: הכוח) בניידת משטרתית מסוג סוואנה (להלן: הסוואנה), על מנת לעצור חשוד המתגורר בכפר כנא. החשוד נעצר,

הועלה על הסוואנה, והמשיך יחד עם הכוח למשימת מעצר נוספת. במהלך נסיעתה של הסוואנה, רץ לעברה חיר חמדאן (להלן: חמדאן או המנוח), כשבידו סכין מטבח, אורכה 29 ס"מ, כשהוא קורא קריאות 'אללה אכבר'. מכונית הסוואנה נעצרה, חמדאן נצמד אליה והחל להכות על חלונותיה באמצעות הסכין שבידו. תחילה הכה על החלון הימני-קדמי, וניסה לפתוח את הדלת. החלון לא נשבר רק מחמת היותו ממוגן; הדלת לא נפתחה אך משום שהיתה נעולה. בהמשך פנה חמדאן לחלון הימני-אחורי, וחבט גם בו. השוטר בן לוי (להלן: לוי), שישב בסמוך לחלון זה – צעק לעברו שיתרחק. כשהבחין לוי כי צעקותיו אינן מועילות, פתח את דלת הסוואנה, וירה שני כדורים באוויר. חמדאן נרתע קמעא מן הירי, אך מיד שב להכות עם סכין על אותו חלון. בשלב זה, פרקו לוי והשוטר נאור יצחק (להלן: יצחק) מהסוואנה, פיוונו את נשקם לעברו של חמדאן, והפצירו בו להשליך את הסכין שבידו; חמדאן היה בתנועה בזווית ליצחק, במרחק מספר מטרים ממנו, ובמרחק קצר מלוי, במגמת התרחקות ממנו, ולא נענה להוראות השוטרים להשליך את הסכין. השוטר יצחק, ירה כדור בודד לעבר חמדאן, אשר פגע במרפקו השמאלי והמשיך משם למותן שמאל; חמדאן התמוטט ונפל ארצה. המון זועם ששהה בסמוך החל להתקהל במקום, ולהתקרב אל הכוח המשטירי. אנשי הכוח שצפו במתרחש, מיהרו לגרור את חמדאן, ולהעלותו אל הסוואנה. במקביל, ירה אחד מאנשי הכוח שתי יריות באוויר על מנת להניס את ההמון. עם תחילת הנסיעה, דיווחו אנשי הכוח לקצין תורן על אשר אירע, והזמינו ניידת טיפול נמרץ. חמדאן הועבר לטיפול בניידת; בהגיעו לבית החולים – נקבע מותו.

3. עוד באותו לילה החלה חקירת נסיבותיו של האירוע. עדים זומנו לחקירה, ראיות וממצאים נאספו בזירה, ומומחים חיוו דעתם. החקירה הסתיימה, וביום 5.5.2015 נמסרה למשפחת המנוח החלטת מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש) לסגור את תיק החקירה בעילה של 'חוסר אשמה'. ההחלטה ניתנה על דעת פרקליט המדינה, וכך נומקה: "מדובר באירוע שארך שניות ספורות בלבד ושבהלכו תקף המנוח את הניידת כאחוז אמוק. ירי באוויר לא הרתיע את התוקף. בנסיבות אלה טענת השוטר היורה כי ירה במנוח כדי לנטרל אפשרות של פגיעה אפשרית בחברו שעמד במרחק קצר מאד מהתוקף, הינה סבירה, ולמצער לא ניתן יהיה לסתור אותה ברמת הודאות הנדרשת במשפט פלילי. ניתוח הראיות לקביעת המצב העובדתי בשטח, ויישום והחלת הכללים המשפטיים הנוהגים, מעלה כי הירי שבוצע, מקים ליוור, לכל הפחות בהיבט הסובייקטיבי, את סייג ההגנה העצמית, ומלמד כי בנסיבותיו המיוחדות של האירוע, לא דבק חשד סביר לאשם פלילי בשוטר היורה, שפעל בדוחק השעה, בסיטואציה מורכבת, וקיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שנכרך בסכנת חיים, אשר ארך כולו שניות ספורות".

4. על ההחלטה לסגור את תיק החקירה, הוגש ביום 4.6.2015 ערר ליועץ המשפטי לממשלה. הערר הוגש מטעם ראפת, הוא העותר, אביו של המנוח. בערר נטען, כי ליצחק אחריות ישירה למותו של המנוח, שכן הוא ירה "לעבר מרכז גופו, מתוך אי אכפתיות לתוצאות הירי, בנסיבות העולות לכדי עבירת הריגה". אשר לשוטרים הנוספים שנכחו באירוע נטען, "כי היו שותפים לשיבוש החקירה, תיאום עדויות וניסיון להסתיר את אשמתו של היורה במעשה עבירה של הריגה". ראפת הציג את גרסתו לאופן השתלשלות האירועים. לטענתו, במהלך משימת המעצר הראשונה התעמת המנוח עם השוטרים, ומשהושלמה המשימה, שב הכוח על עקבותיו במטרה לתפסו ו'ללמדו לקח'. ראפת שלל את טענת השוטרים, שלפיה נבעה הגעתם למקום מאי-התמצאותם בדרך, ותלה אותה ברצונם להעניש את המנוח. עוד נטען בערר, כי בשעה שהשוטרים יצאו מהסוואנה עם כלי נשק שלופים, החל המנוח להתרחק מן המקום, ודווקא אז, כשחלפה הסכנה, ירה בו יצחק. לגרסת ראפת, הסרטון אשר תיעד את האירוע מוכיח שהשוטרים לא היו נתונים בסכנה, ואף אם כן היו בסכנה, הרי שיצחק יכול היה לאיין אותה באמצעות ירי לעבר רגלי המנוח, במקום ירי למרכז גופו. ראפת ציין, כי המנוח אמנם הכה על הסוואנה באמצעות סכין, אלא שמעשיו לא גרמו נזק. לדבריו, גם לאחר פציעת המנוח, לא הגישו לו השוטרים עזרה, ואם לא די בכך, הרי שהם גם התעללו בו, היכו וקיללו אותו, בשכבו כאוב בסוואנה. בא-כוחו של ראפת הוסיף, "כי התנהגות השוטרים מוכתמת בגזענות כלפי צעיר ערבי, שמיד סווג כמחבל מסוכן". ראפת הצביע על ראיות שונות אשר מוכיחות כי הגרסאות שנמסרו על-ידי השוטרים הן כוזבות, ואינן תואמות את אשר התרחש בפועל. בתוך כך, התייחס לגרסת השוטרים, שלפיה בוצע הירי רק לאחר שהמנוח הניף את הסכין אל-על, גרסה אשר לטענתו אינה עולה בקנה אחד עם מה שנראה בסרטון. כמו כן טען, כי דוח מז"פ סותר את טענת יצחק, לפיה מהמקום שבו עמד לא היתה לו אפשרות לראות את פלג גופו התחתון של המנוח. ראפת סיכם, כי גרסאות השוטרים מתואמות, ובחלקים מסוימים סותרות זו את זו. אשר לחקירת מח"ש נטען בערר, כי זו נערכה בצורה 'אוהדת', ובלא כוונה לרדת לחקר האמת.

5. חלפו כשנתיים-ימים מעת שהוגש הערר, והחלטת היועץ המשפטי לממשלה בוששה לבוא. בפרק הזמן הזה, פנה ראפת לא אחת ללשכת היועץ המשפטי לממשלה, אך החלטה בערר לא ניתנה. משכך היה, הגיש ראפת ביום 14.6.2017 עתירה לבית משפט זה. בעתירתו ביקש, בין היתר, כי נורה ליועץ המשפטי לממשלה ליתן טעם מדוע טרם ניתנה החלטה בערר. החלטת היועץ המשפטי לממשלה בערר ניתנה באותו יום, ובמסגרתה הורה על דחייתו. בהחלטתו, סקר היועץ המשפטי לממשלה את השתלשלות העניינים החל משלב המעצר, וכלה בהעלאת המנוח לסוואנה המשטרית. היועץ המשפטי תיאר את מורכבותה של הסיטואציה שאליה נקלעו השוטרים, את סכנת החיים

הממשית שנשקפה להם, ואת פרק הזמן הדחוק שעמד להם לצורך קבלת החלטתם. כמו כן, התייחס היועץ המשפטי לממשלה לממצאים באשר לאופן ביצוע הירי לעבר המנוח: "כיוון תעלת הירי היה ימינה קדימה ולמטה, דבר המעיד כי הירי בוצע לכיוון פלג גופו התחתון של המנוח" (ההדגשה במקור – נ' ס'). לבסוף קבע היועץ המשפטי, כי "לא נמצאה תשתית ראייתית לטענה כי השוטרים בדו ראיות ושיבשו את החקירה".

6. נוכח העובדה שניתנה החלטה בערר, קבע השופט מ' מזוז בהחלטתו מיום 5.9.2017, כי "התשתית העובדתית והמשפטית עליה מתבססת העתירה השתנתה מהותית, והעתירה במתכונתה הנוכחית אינה אקטואלית עוד". כדי שלא להכביד על העותר, ניתנה לו אפשרות להגיש עתירה מתוקנת, וביום 15.10.2017 עשה כן. בעתירתו ביקש העותר צו על-תנאי אשר יורה ליועץ המשפטי לממשלה ליתן טעם, מדוע נדחה הערר שהוגש על החלטת מח"ש לגנוז את תיק החקירה נגד משיבים 3-7 בעילה של חוסר אשמה. לטענתו, בתיק החקירה קיימות ראיות אובייקטיביות "המעידות על קיומה של מציאות שונה מהמתואר בתוצאות הערר". מצע עובדתי זה, ביחד עם סתירות שנתגלעו בהודעותיהם של השוטרים, מובילים לכלל מסקנה כי החלטותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ומח"ש אינן סבירות.

7. תגובה מקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה ומח"ש, הוגשה ביום 23.5.2018. בתגובה נטען, כי דין העתירה להידחות על הסף, כמו גם לגופה, בהעדר עילה להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בערר. הודגש, כי החלטת מח"ש שלא להעמיד לדין את המשיבים 3-7 מחוסר אשמה, התקבלה בדרגים הגבוהים ביותר במשרד המשפטים. התערבות בשיקול דעתה של התביעה שמורה למצבים חריגים שבהם שיקול הדעת נגוע בחוסר סבירות קיצוני; הנדון דידן אינו נמנה עליהם. לגופם של דברים, ציינה באת-כוח המדינה, כי בנסיבות המורכבות והרגישות שבהן התרחש האירוע, פעילות השוטרים אינה מגלה אשם פלילי, ולפיכך – סגירת תיק החקירה ודחיית הערר הן החלטות סבירות שאינן מקימות עילה להתערבות.

8. ביום 4.10.2018 התקיים דיון בעתירה (המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר, והשופטים ג' קרא ו-י' אלדון). במהלך הדיון חזרו ב"כ הצדדים על טענותיהם – אלו בכה ואלו בכה. בא-כוח העותר הציג במסגרת טיעונו את סרטון האבטחה שמתעד את האירוע, והרחיב מדוע בהתבסס על הנראה בו – הירי של יצחק היה בלתי מוצדק, ומנוגד לדין. לדבריו, אין שחר לטענתו של יצחק, כי סבר שלשוטר לוי נשקפת סכנת חיים. הוא הוסיף: "אני לא חושב שזה clear cut ולא אומר שברור שהם אשמים". יחד עם זאת הדגיש, כי האופן שבו בוצעה החקירה – אינו מניח את הדעת, שכן השוטרים המעורבים באירוע

לא נחקרו כחשודים, לא עומתו עם סתירות שנתגלו בעדויותיהם, ולא נשאלו על עובדות מרכזיות באירוע.

9. באת-כוח המדינה טענה מצדה, כי ההחלטה על דחיית הערר נתקבלה לאחר בחינה מקיפה של כל חומר החקירה בתיק, ובשים לב לכך שמדובר באירוע מבצעי שארך כ-13 שניות בלבד. היא שללה את טענת בא-כוח העותר, שלפיה גביית הודעות השוטרים נעשתה באווירה נוחה, והצביעה על שאלות שמוכיחות כי השאלות שנשאל יצחק היו קשות. עוד הראתה, כיצד בניגוד לטענת בא-כוח העותר, הוא עומת אל מול הסרטון שהוצג לפניו, ונשאל על אודותיו. באת-כוח המדינה הבהירה בטיעוניה, כי חקירתו של אדם על רקע פעילות שביצע מתוקף תפקידו, שונה מחקירה המבוצעת בעניינו של אזרח מן השורה. בא-כוחו של יצחק הצטרף לעמדתה, והוסיף, כי סרטון האבטחה שהוצג על-ידי בא-כוח העותר, אינו משקף את האירוע כולו, שכן הוא צולם מזווית מאד מסוימת. כך למשל ציין, כי אין בסרטון כל זכר להמון הזועם שעמד מנגד ואיים על השוטרים באמצעות אבנים. לדבריו, הסרטון צריך להיבחן בתנאי 'שטח', ולא בתנאי מעבדה.

בתום הדיון הוצא צו על-תנאי אשר הורה למשיבים 1-3 ליתן טעם מדוע נדחה הערר שהגיש ראפת.

10. ביום 30.1.2019 הוגשה תשובת היועץ המשפטי לממשלה ומח"ש לצו על-תנאי. בתשובתם טענו, כי בעקבות הצו שניתן "התקיימו שתי ישיבות בראשות היועץ המשפטי לממשלה בהשתתפות פרקליט המדינה וגורמים בכירים נוספים לצורך בחינת הנושא. בסופו של יום, הוחלט שלא לשנות מן ההחלטה שלפיה בנסיבות העניין אין מקום להעמיד לדין את המשיבים 3-7. המשיבים יטענו כי בהחלטה זו לא קמה עילה להתערבות, אף בשים לב להלכה הפסוקה הנוגעת להתערבות שיפוטית בהחלטות ראשי מערכת אכיפת החוק בנוגע להעמדה לדין פלילי". בא-כוחו של יצחק הצטרף לתשובה זו, תוך שהוא חוזר ומדגיש, כי לא היה מקום לחקור את מרשו באזהרה, כמו גם את השוטרים הנוספים שהיו מעורבים באירוע.

11. דיון בהתנגדות לצו על-תנאי התקיים לפנינו ביום 18.2.2019, ובמהלכו, לבקשת העותר, הוצג בשנית הסרטון שמתעד את האירוע. לאחר הצגתו, ניתחו אותו הצדדים; כל צד לפי גרסתו ועמדתו. עד כאן, בתמצית, הרקע העובדתי, השתלשלות העניינים בזירה, והדיונים בבית המשפט.

עיקרי טענות הצדדים

12. אסכם עתה, בתמצית, את עיקרי טענות ב"כ הצדדים, כפי שפורטו על-ידם בהרחבה בכתבי הטענות, ובטיעוניהם בעל-פה.

13. העותר טוען, כי השתלשלות העניינים שתוארה על-ידי השוטרים בחקירותיהם אינה נכונה. כמפורט לעיל, העותר מציג גרסה שונה באשר לסיבה שבגינה החל האירוע; למידת הסכנה שנשקפה לשוטרים בעת העימות; ולאופן שבו התנהלו השוטרים לאחר הירי. בנוסף על השגותיו ביחס לתיאור התשתית העובדתית טוען העותר, כי פעולות החקירה שבוצעו על-ידי מח"ש לאחר האירוע – "פגומות ביסודן והפער בינן לבין חקר האמת הוא כה גדול שאינו מותר מקום של ספק בדבר אי סבירות ההחלטה". חקירת השוטרים המעורבים נעשתה ללא אזהרה, ובלי שעומתו עם הסתירות שבין הודעותיהם לבין סרטון האבטחה, ועם הממצאים הפתולוגיים. לטענת העותר, השחזור שביצעו השוטרים הריהו "בגדר פארסה מוחלטת", ואינו עולה בקנה אחד עם סרטון האבטחה. לפי השחזור שביצעו השוטרים, עובר לביצוע הירי – הניף המנוח בידו את הסכין, ואילו בסרטון רואים שהנפת היד בוצעה רק לאחר הירי. פער זה מעיד, לשיטת העותר, "על תיאום עדויות ושיבוש חקירה". העותר גם אינו מקבל את גרסת יצחק, שלפיה מן המקום שבו עמד לא היתה לו אפשרות לכוון את הירי לרגליו של המנוח, וכי הוא כיוון את נשקו לאזור הנמוך ביותר שיכל. לעמדת העותר, גרסה זו נסתרת מחוות הדעת של מז"פ: "בחוות דעת מומחה המז"פ [...] נקבע כי בתחילה ראה היורה את ברך המנוח ומעלה, זאת בניגוד למה שהעיד היורה כי לא הייתה לו אפשרות לכוון לרגלי המנוח מכיוון שמכסה מנוע הניידת הסתיר לו את פלג גופו התחתון". מכאן מסיק העותר, כי בפני יצחק עמדה חלופה נוספת אשר יכולה היתה למנוע את מותו של המנוח, אלא שהוא, באדישותו, בחר לכוון את הירי לפלג גופו העליון של המנוח. עוד מוסיף העותר, כי בניגוד לגרסת השוטרים – לא נשקפה למי מהם כל סכנה, שכן עם יציאתם מהסוואנה נסוג המנוח מפניהם. הנפת הסכין שממנה 'חששו' השוטרים, אירעה לטענת העותר רק לאחר הירי. לשיטתו, היתה זו תנועה אינסטינקטיבית שנגרמה כתוצאה מהפגיעה במנוח. את טענתו-זו סומך העותר על סרטון האבטחה, שממנו עולה כי הירי קדם בזמן להנפת הסכין. מעשיו של יצחק עומדים אפוא בניגוד להוראות הפתיחה באש של משטרת ישראל, לטענת העותר, ועולים כדי עבירת הריגה.

14. המדינה מצדה גורסת, כי הבדיקה שנעשתה על-ידי מח"ש היתה הלכה למעשה חקירה לכל דבר ועניין, וכי "אין בנמצא פעולות נוספות שהיו ננקטות אילו ההליך היה מוגדר באופן רשמי כחקירה". עוד טוענת המדינה, כי ההחלטה שלא לחקור את השוטרים באזהרה נתקבלה באופן מושפל, לאחר בחינת המידע הראשוני שהתקבל במח"ש (גרסאות השוטרים, דו"ח קצין אח"מ מחוז צפון, עדותו של העצור והסרטון). משנבחן המידע על-ידי מח"ש, הסיקו "כי על פניו השימוש בכוח נעשה כדין ובמסגרת סמכותם של השוטרים, באופן שלא הקים חשד לביצוע עבירה פלילית, ומכאן שלא נמצאה עילה לחקור את השוטרים באזהרה בשלב ראשוני זה".

15. המדינה מצדדת בגרסת השוטרים לאירוע, ולפיה הם נתקלו במנוח באקראי, מחמת טעות בדרכם. היתקלותם היתה בעת שהסוואנה המשטרתית חלפה בסמוך למנוח; המנוח רץ לעברה כשהוא אוחז בסכין מטבח גדולה, וקורא קריאות 'אללה אכבר'. גם העצור שישב באותה עת בסוואנה מסר, כי המנוח השמיע את הקריאות הללו. המנוח הלם בחלונות הסוואנה כשהוא אחוז טירוף, ולא נרתע גם כאשר נורו יריות באוויר. לשוטרים לא היתה ברירה, הם פרקו מהניידת, וניצבו במרחק של מטרים ספורים מהמנוח. משחשו כי חיייהם בסכנה, ביקשו מהמנוח להשליך את הסכין שבידו; המנוח לא שעה לקריאות – ויצחק ירה לעברו כדור בודד. ניתוח סרטוני האבטחה מלמד, כי יצחק לא יכול היה לראות את השוטר לוי בעת הירי, וכי קיימת סבירות גבוהה לכך שהירי שביצע פוון "כלפי חלקו התחתון של המנוח". המון זועם החל להתקהל במקום, ומחשש לעימות עם ההמון, פעלו אנשי הכוח כדי להעלות את המנוח במהירות האפשרית לסוואנה. לאחר שהועלה המנוח לסוואנה, נוצר קשר עם ניידת טיפול נמרץ כדי לתאם את העברתו לטיפול. אשר לעדויות שמסר העצור, כי השוטרים נהגו כלפי המנוח באלימות, משיבה המדינה שגרסאותיו מתפתחות ואינן עקביות. לגישת המדינה, הדוחות הרפואיים שהועברו למח"ש ביססו את גרסת השוטרים, כיוון שבגופו של המנוח לא נמצאו חבלות, לבד משפשופים שיש להניח כי נגרמו כתוצאה מנפילתו ומגרירתו. המדינה מסיקה, כי פרישת הממצאים שנאספו ונחקרו על-ידי מח"ש מעלה שמח"ש ביצעה את עבודתה בצורה מקיפה ויסודית, בטרם גיבשה את החלטתה.

16. משהוגש ערר ליועץ המשפטי לממשלה, נבחנו הטענות על-ידי מחלקת עררים בפרקליטות המדינה, והוכנה חוות דעת שהועברה לעיונו של פרקליט המדינה. בהמשך הועברה חוות הדעת אל היועץ המשפטי לממשלה אשר בחן את הדברים והגיע למסקנה, כי אין מקום לסטות מן ההחלטה שנתקבלה על-ידי מח"ש. לאחר שהוצא צו על-תנאי בתיק, התקיימו שתי ישיבות נוספות בראשות היועץ המשפטי לממשלה, ובהשתתפות פרקליט המדינה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים), המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), מנהלת מח"ש ומנהל מחלקת הבג"צים. במהלך אותן ישיבות נבחן פעם נוספת אירוע הירי, ואופן הטיפול בו. המדינה טוענת כי ההחלטה שלא להעמיד לדין פלילי את השוטרים המעורבים באירוע נתקבלה לאחר בדיקות מעמיקות, ומשכך – אין כל הצדקה להתערב בה. "החלטה בדבר העמדתו של אדם לדין פלילי, מסורה ליועץ המשפטי לממשלה, או למי שהסמיך לשם כך. סמכות זו היא בלב סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה" (סעיף 33 לתשובה לצו על-תנאי).

17. באת-כוח המדינה עמדה בהרחבה על היקף התערבותו המצומצם של בית משפט זה, בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה במה שקשור להעמדה לדין. עוד ציינה, כי בשקילת סבירות ההחלטה, לא יבחן בית המשפט את חומר הראיות לגופו. לעמדתה, ההחלטה שנתקבלה בענין דנן סבירה, ואין מדובר באחד מאותם מצבים חריגים שבהם יתערב בית המשפט בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בנושא העמדה לדין.

#### דיון והכרעה

18. "הסמכות להעמיד לדין פלילי מופקדת בידיהן של רשויות התביעה, ומידת התערבותו של בית-משפט זה בשיקול דעתן הינה מצומצמת ביותר. כדבר הזה יעשה אך במקרים קיצוניים, בהם לוקה החלטתה של הרשות בעיוות מהותי או בחוסר סבירות קיצוני" (בג"ץ 7364/06 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.12.2006)). הנדון דין אינו בא בגדרם של אותם מצבים קיצוניים המצדיקים את התערבותנו. כבר כליל האירוע, החלה מח"ש לבדוק באופן יסודי את נסיבותיו. השוטרים המעורבים באירוע, כמו גם עדי ראיה מזדמנים – נחקרו; סרטונים – נתפסו; ראיות – נאספו; חוות דעת מקצועיות – נתבקשו. לאחר דרישה וחקירה, ניתנה החלטה מקיפה על דעת פרקליט המדינה, החלטה מבוססת ומנומקת, המורה לגנוז את התיק שנפתח נגד המשיבים 3-7 בהעדר אשמה. אכן, פעולות החקירה שבוצעו על-ידי מח"ש הוכתרו כ'בדיקה', אך מקובלת עליי עמדת המדינה, כי לא הכותרת עיקר, אלא המהות; ומבחינה מהותית, 'הבדיקה' התנהלה כחקירה לכל דבר ועניין. כמו כן, מקובלת עליי עמדת המשיבים, לפיה בשלביה המוקדמים של הבדיקה לא עלה חשד סביר, כי המשיבים 3-7 ביצעו עבירה פלילית. בייחוד אמורים הדברים, מקום שבו בגורמים שמוסמכים להשתמש בכוח כדין עסקינן, ולפיכך "עצם הפעלת הכוח אינה מקימה חשד לביצוע עבירה פלילית" (סעיף 45 לתשובה לצו על-תנאי). בהחלטה שניתנה בתום הבדיקה שעשתה מח"ש פורט בהרחבה, מדוע נסיבות העניין אינן עומדות ברף הנדרש לצורך העמדה לדין פלילי: "ניתוח הראיות לצורך קביעת המצב העובדתי בשטח, ויישום והחלת הכללים המשפטיים הנוהגים, מעלה כי הירי שבוצע, מקים ליורה, לכל הפחות בהיבט הסובייקטיבי, את סייג ההגנה העצמית, ומלמד כי בנסיבותיו הייחודיות של האירוע, לא דבק חשד סביר לאשם פלילי בשוטר היורה, שפעל בדוחק השענה, בסיטואציה מורכבת, וקיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שנכרך בסכנת חיים, אשר ארך כולו שניות ספורות". הנה כי כן, החלטת מח"ש ונימוקיה עמה; נימוקים המבוססים על המצע הראייתי בתיק, כמו גם על טעמים שבמשפט.

19. לא זו אף זו: החלטת מח"ש, אשר נתקבלה כאמור על דעת פרקליט המדינה, נבחנה בשנית על-ידי היועץ המשפטי לממשלה במסגרת הערר שהוגש. עובר לבירורו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, גיבשה מחלקת עררים בפרקליטות המדינה חוות דעת מטעמה, וזו הועברה לעיונו של היועץ. משנפרשו לפניו חומרי החקירה בתיק, החלטת



מח"ש וחוות דעתה של מחלקת עררים – שקל ובדק, לבסוף הכריע, כי דין הערר להידחות. החלטת היועץ המשפטי לממשלה ניתנה רק בחלוף שנתיים, על כך יש להצר, אך לגופה – מנומקת ומשכנעת. היועץ המשפטי לממשלה סקר את פרטי האירוע, השתלשלותו ונסיבותיו, וקבע כי יש להותיר את החלטת מח"ש על מכונה: "מניתוח כלל חומר הראיות שנאסף, לא נמצא אשם פלילי בהתנהלות השוטר היורה, שפעל בדוחק השעה, בסיטואציה מורכבת, ואשר קיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שארך שניות ספורות ואשר העמיד את השוטרים בסכנת חיים ממשית. כן לא נמצאה תשתית ראייתית לטענה כי השוטרים בדו ראיות ושיבשו את החקירה". היועץ הוסיף וקבע, כי לא נפל פגם בהתנהלות המשיבים 7-3 אף לאחר שהמנוח נורה ונפל ארצה: "כן עולה מחומר הראיות כי בנסיבות העניין, אין באופן שבו העלו השוטרים את המנוח אל הניידת כדי להקים נגדם אחריות בפלילים. מחומר הראיות עולה בעניין זה, כי השוטרים נדרשו לפנות את המנוח באופן דחוף, תוך נסיגה מקהל שנאסף במקום. המנוח לא דימם (דימום חיצוני) משמעותי, ומטרת השוטרים הייתה לחבור מהר ככל האפשר לצוות רפואי, על מנת להעניק לו טיפול. כמו כן, לא נמצאו ראיות כלשהן לטענות שעלו בערר לפיהן השוטרים התעללו במנוח בעת היותו בניידת". נמצאנו למדים, כי היועץ המשפטי לממשלה נתן דעתו על הטענות שטען העותר בערר, בחן אותן אחת לאחת, ובתום הבירור המעמיק שעשה, קבע כי התנהלות המשיבים 7-3, בשלביו השונים של האירוע, אינה מצדיקה את העמדתם לדין פלילי.

20. זאת ועוד. כאמור, לאחר ששאלת העמדתם של המשיבים 7-3 לדין, נבחנה הן על-ידי מח"ש ופרקליט המדינה, הן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, התקיים דיון בעתירה שבסופו ניתן צו על-תנאי. בעקבותיו, שב היועץ המשפטי לממשלה ובחן את החלטתו, בפורום מקצועי בכיר ורחב אשר כלל בין היתר את פרקליט המדינה, משנים ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה וגורמים מקצועיים נוספים במשרד המשפטים. הבירור התקיים במהלך שתי ישיבות, שבסופן הסיקו המשיבים 1 ו-2 וגורמי המקצוע, כי "מח"ש ביצעה פעולות חקירה רבות – מקיפות ומעמיקות – כדי להגיע לחקר האמת" (סעיף 21 לתשובה לצו על-תנאי).

21. הנה כי כן, שאלת העמדתם לדין של המשיבים 7-3 נבחנה חזור ובחון על כל צדדיה והיבטיה – פעם, פעמיים ושלוש. הגורמים המקצועיים האמונים על כך, נדרשו לחומרי החקירה השונים, ניתחו אותם, עיינו וליבנו; לבסוף התייצבה על-ידם התמונה העובדתית הבאה: ראשיתו של האירוע בהסתערות המנוח על הסוואנה המשטרית, כשהוא אוחז בסכין וקורא קריאות 'אללה אכבר'; יריות שנורו לאוויר על-ידי אחד השוטרים – לא הרתיעו אותו; בראותם כך, פרקו אנשי הכוח מהסוואנה, כיוונו את נשקיהם לעברו, ודרשו כי ישליך את הסכין שבידו. אף על-פי כן, נותר המנוח בשלו, כשהסכין בידו. בשלב זה, חשש יצחק לחייו של לוי, וירה כדור אחד לכיוון גופו של

המנות. יצחק "ביצע את הירי כשהוא עומד בתוך רכב המשטרה כשגופו שעון על הדלת החוצה. מזווית זו היה באפשרותו לראות את המנוח רק מברכיו ומעלה, והוא כיוון את נשקו לחלק התחתון של גופו של המנוח שהתאפשר לו לראות" (סעיף 42 לתשובה לצו על-תנאי). משזוהי תמונת המצב אשר הצטיירה לפנייהם – הסיקו המשיבים 1 ו-2, כי בנסיבות, לא נפל פגם בהתנהלותם של המשיבים 3-7. ענינו הרואות, החלטת היועץ המשפטי לממשלה התקבלה באופן מקצועי, לאחר הליך ארוך ומורכב. גורמי המקצוע שקדו על הראיות הרבות והמגוונות שנאספו, הפכו בהן, טו אותן, העמידו אותן זו מול זו, וציירו לפנייהם את תמונת האירוע. על בסיסה, קיבל היועץ המשפטי לממשלה את החלטתו. החלטתו מיוסדת על שיקולים מקצועיים, לא ניתנה בשירות לב, גם לא משיקולים זרים. למעשה, גם בטיעוני השונים של העותר, לא מצאנו טענות המצביעות על קיומה של עילה מבוררת המצדיקה את התערבותנו. אמנם, מטיעוני בא-כוחו בדיון לפנינו, עלתה טענה משתמעת להפליה, אלא שטענה זו נטענה בעלמא, ללא תימוכין, וללא ראיות. במצב דברים שכזה, אין עילה לירד לאומנותו של היועץ המשפטי לממשלה, לבוא בנעליו, ולהחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתנו-שלנו.

22. על אף שלא נמצאה עילה מבוררת כאמור, מבקש העותר שנושב ונהפך בראיות. לעמדתו, המצע הראייתי בתיק מוביל למסקנה שונה מזו שאליה הגיעו היועץ המשפטי לממשלה, וגורמי התביעה. אין בידי להעתר לבקשתו-זו. בית משפט זה, בשבתו כבג"ץ, אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, משל היה זה ערעור פלילי המגיע לפתחנו. הבחינה הנדרשת היא בחינה מנהלית, וממילא חל הכלל, לפיו בית משפט זה לא יבוא בנעלי הרשות, ולא יטול לעצמו את סמכויותיה. "בית-משפט זה אינו הופך במהלך הדיון בעתירה למעין 'יועץ משפטי-על', הבודק תחת היועץ המשפטי לממשלה ובמקומו אם חומר החקירה מצדיק הגשת כתב-אישום אם לאו. מכאן אף ברורה עמדתנו, כי בית-משפט זה אינו נוטה – בגדר עתירה המוגשת לו בעניין כגון דא – להעביר תחת שבט ביקורתו כל ראיה המצויה בתיק החקירה כאילו ניהל הוא את החקירה, ובוודאי אינו עורך בדיקה ברמה שבה יעשה זאת שופט שלפניו מתנהל משפט פלילי" (בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1, פסקה 10 (1996)). ראוי, בנסיבות העניין דנן, להדגיש: "במקרים שבהם היועץ המשפטי הגיע למסקנה שהראיות אינן מספיקות להגשת כתב-אישום, להבדיל ממקרים שבהם הוא סבור כי אין בתיק עניין לציבור, 'ינהג בית-המשפט מידת ריסון כפולה ומכופלת'" (בג"ץ 3922/14 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות המדינה, פסקה 6 (29.12.2015)).

23. סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חס"פ) מסמך את התביעה להחליט על העמדה לדין ועל סגירת תיק. תובע, כאמור שם, הוא אשר הופקד על מלאכה זו, התביעה היא הנושאת באחריות על תוצאותיה. התערבות

יתרה בהחלטותיהן של הרשויות, וגופי התביעה בכללן, עלולה להוביל לצמצום האחריות המוטלת עליהם: "מצד אחד גופי הביקורת, שלהם ניתנת סמכות נרחבת להשפיע על פעולות הממשל, אינם נושאים באחריות ישירה לתוצאות התערבותם. ומצד אחר, היקף הסמכות, וממילא גם היקף האחריות שאפשר לייחס לגופים המוסמכים המקוריים, נשחק" (יואב דותן "על הקשר שבין סמכות לאחריות" משפטים על אתר ו' 77, 82 (תשע"ג)).

24. יטען הטוען, כי לא ראי התערבות בהחלטותיהן של רשויות מנהליות, כהתערבות בהחלטה על העמדה לדין, שכן מתוקף תפקידנו כשופטים אנו מורגלים בבירורן של ראיות, ניתוחן ושקילתן. משכך, במצבים שכאלו ראוי שלא נמשוך את ידינו מבירור מחודש של החלטת הרשות. אלא שטיעון זה כשלעצמו אינו מתיר לפרוץ את הגדר התחומה בין הרשויות השונות; לא נבוא בנעליו של היועץ המשפטי לממשלה וגורמי התביעה הכפופים לו. אי-התערבות בהחלטותיהן של הרשויות המנהליות נחוצה והכרחית, לא רק מחמת מומחיותה ועדיפותה של הרשות המנהלית, אלא גם לשם שמירה על הפרדה בין רשויות השלטון השונות, ובלשונו של השופט (כתוארו אז) א' ברק: "זהו הביטוי לעקרון הפרדת הרשויות ולסובייקטיביות של שיקול הדעת המנהלי" (בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 694 (1991)). כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, וא"ל משאו" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדה זו, איש את רעהו – סמכותו בלעז. משכך, חרף הפיתוי לרדת לשורשם של דברים, ולבחון את החלטת הרשות בתחום הנמצא בלב עיסוקנו המקצועי – עלינו להישמר מכך. בהקשר אחר – בגדרי התערבות בית משפט זה לגבי שאלות בבחינת הסמכה ללשכת עורכי הדין, אמרתי:

"כיד אומנותו הטובה, 'נסחף' חברי [השופט עמית] קמעא, ובא בעובי הקורה לגבי שאלה 44 בבחינה, חקר ובדק אם ב'החלטה אחרת' עסקינן; אם ערעור על החלטה בבקשה לתיקון סופר בקשר עם טעות בחישוב סכום הוצאות משפט שנקבע בפסק דין, הוא בזכות, או ברשות; בקעה להתגדר בה ליודעי דת ודין – לנתח את ההלכה הפסוקה, לעיין באסמכתאות, לחקור ולדרוש בדברי מלומדים – כפי שעשה חברי. ברם, זהו בדיוק ה'נסחף' שמפניו עלינו להישמר. אל לה, למומחיותנו (היחסית) בתחום המשפט, לקלקל את השורה, ולקרבנו אל מושא הביקורת השיפוטית יתר על המידה שבה נעביר תחת שבט ביקורתנו בחינות הסמכה במקצועות הרוקחות, הרפואה, האופטומטריה, השמאות, ההנדסה וכיוצא באלה מקצועות ומלאכות. איננו באים בנעלי הגוף המקצועי הסטטוטורי המוסמך, ולא נתערב

בתחום מומחיותו שעליו הופקד, אלא אם חרג מסמכותו או  
 שנפל פגם משפטי בעשייתו" (עע"ם 8281/18 לשכת עורכי  
 הדין נ' פומס (11.12.2018)).

25. למעלה מן הצורך אציין, כי גם ההנחה לפיה בסוגיות של העמדה לדין, מידת מקצועיותו כשופטים אינה נופלת ממידת מקצועיותו של היועץ המשפטי לממשלה והמוסמכים על-ידו – כלל אינה מדויקת. המבחנים שנקבעו לצורך העמדה לדין, שונים מאלו שנקבעו לשם בחינת ראיות בהליך פלילי. בסעיף 62(א) לחסד"פ נקבע כאמור כך: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". מקרא מלא דיבר הכתוב, שתי משימות שונות מוטלות על תובע בעת גיבוש החלטתו: אחת – לנתח את חומר הראיות בתיק, ולבחון אם יש בו כדי לגבש כתב אישום נגד החשוד; השנייה – לבחון אם בנסיבות, נכון יהיה להגיש כתב אישום, וזאת תוך התחשבות בשיקולי מדיניות רוחביים (בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (30.12.2012)). כפי שאראה לקמן, בכל אחת מן הבחינות מומחיותו של היועץ המשפטי לממשלה עולה על מומחיותו.

26. אשר לבחינת שיקולי המדיניות המצדיקים העמדה לדין פלילי – ידו של היועץ המשפטי לממשלה על העליונה, שכן תחום זה נמצא בליבת מומחיותו ובגדרי סמכותו. כאמור, בסעיף 62(א) לחסד"פ, נקבע, כי גם אם חומר הראיות בתיק מגלה עבירה, הרי שהתובע רשאי שלא להגיש כתב אישום בתיק, משיקולים לבר-ראייתיים, אם הנסיבות בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין. סמכות זו קשורה בטבורה לעיסוקו השוטף של היועץ המשפטי לממשלה, ולרוחב היריעה הנפרשת לפניו, ולפני הכפופים לו, במסגרת תפקידם. היועץ המשפטי לממשלה אמון על אחת מזרועותיה של הרשות המבצעת, וככזה הוא פועל אל מול רשויות מינהל שונות, אשר פועלות עמו מצידן בתיאום, מיידעות אותו ומעדכנות אותו בנעשה במרחבי עשייה מגוונים. המידע הרב שמועבר אליו, מעמידו על הצרכים השונים העולים ונובעים מן השטח – מן העבר האחד; ועל משמעויות החלטותיו, והשלכותיהן – מן העבר השני. היועץ המשפטי לממשלה מנהל שיח מתמיד עם הרשות המחוקקת, במסגרת דיונים שמתקיימים בנוכחותו, או בנוכחות נציגיו – בוועדות הכנסת השונות. באמצעות שיח זה, קשוב היועץ המשפטי לצרכי השעה ולרחשי הציבור; הן בשגרה, הן בצוק העיתים. אי לכך, מופקד היועץ המשפטי לממשלה "על שמירת האינטרס הציבורי בתחום המשפטי, על-ידי – בין השאר – התייצבות בבתי-המשפט, גם בתיקים שהממשלה אינה צד להם, כשמדובר בנושאים בעלי אינטרס ציבורי" ("תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0 (התשס"ג)). תמונת

הרוחב הנפרשת לפני היועץ המשפטי לממשלה, מאפשרת לו לגבש מדיניות של העמדה לדין, תוך מתן משקל הולם לצרכי השעה. המחשה לכך, נוכל למצוא למשל בהנחיית פרקליט המדינה בנוגע למדיניות העמדה לדין בתאונות דרכים קטלניות: "ככלל, בתחום זה של תאונות דרכים קטלניות, וכן בתאונות דרכים שגרמו לפציעות ממשיות, גובר האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין על פני נסיבות ושיקולים אחרים. לפיכך, ככלל, יש להגיש כתב אישום בעבירה ההולמת את חומר הראיות, ואין מקום להימנע מהגשת כתב אישום או להסתפק בהגשת כתב אישום בעבירה קלה יותר מזו שהראיות מלמדות עליה" ("מדיניות התביעה בהעמדה לדין וענישה בעבירות של גרימת מוות בתאונות דרכים" הנחיות פרקליט המדינה 2.1 (התשע"ז)). עניינו הרואות, היועץ המשפטי לממשלה, והפועלים מטעמו, מגבשים מדיניות באשר להגשת כתבי אישום בעבירות מסוימות, תוך שהם מתחשבים בשיקולים שונים, דוגמת האינטרס הציבורי. פעמים נקבעת על-ידם מדיניות המבקשת להרחיב את האכיפה, ופעמים נקבעת מדיניות המבקשת לצמצמה. גיבושה של מדיניות העמדה לדין, והתחשבות בשיקולים שכאלו בעת בחינה פרטנית של העמדה לדין, הם בתחום מומחיותו של היועץ המשפטי לממשלה; לא של בית משפט זה.

27. לא רק בבחינת שיקולי המדיניות, עדיפה מומחיותו של היועץ המשפטי לממשלה על מומחיותנו, אלא גם בבחינת הרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. הגם שכשופטים אנו מורגלים בבחינת ראיות וניתוחן, ניתוח זה שונה מן הבירור הראייתי שנעשה על-ידי התביעה בטרם העמדה לדין. הרף הנדרש לצורך העמדה לדין על-פי החוק הוא "ראיות מספיקות לאישום", ובפסיקה נקבע כי המבחן לצורך בירורו של רף זה, הוא "סיכוי סביר להרשעה" (ראו למשל: בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2008); להלן: עניין פלונית). הפסיקה קבעה, כי "כשדיבר המחוקק בסעיף 62 'על ראיות מספיקות לאישום אדם פלוני' המצויות בחומר החקירה, הוא התכוון בעליל לקיומו של חומר ראיות, אשר יכול להביא להרשעתו של אדם בעבירה מסוימת" (בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 216, 222-223 (1983)). קרי, "בחינת הסתברות ההרשעה פירושה התחקות גם אחר אופן החלטתו של בית-המשפט במשפט. היינו, הסתברות סבירה להרשעה אין פירושה רק הסתברות סבירה כי על-פי חומר הראיות אכן ביצע הנאשם את העבירה המיוחסת לו, אלא הסתברות סבירה שבית-המשפט יפסוק שאין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה" (בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, פסקה 5 לפסק דינו של השופט א' גולדברג (1997) (להלן: עניין יהב)). בחינה זו אינה מלאכה פשוטה כלל ועיקר. עמדה על כך בהרחבה השופטת א' פרוקצ'יה:

"מלאכת הערכת הראיות היא מורכבת ורבת פנים. אין די בהערכה כמותית של הראיות; יש צורך בהערכה איכותית

שלהן, ובשקילתן על-פי מימד הערכתי-הסתברותי מבחינת רמת הציפייה להרשעה שיפוטית על-פיהן. הערכת הראיות על-פי כמותן ואיכותן לצורך קביעת רמת ההסתברות להרשעה על-פיהן היא פונקציה אנושית קשה מאוד למדידה. היא בנויה על התרשמות והערכה של חומר הראיות, הן פרט לפרט, והן במכלול. היא מבוססת במידה רבה על כושר הערכה וניבוי לגבי רמת ההסתברות כי בית משפט, בפניו יובאו הראיות, יראה להרשיע על-פיהן על-פי מבחן של ביטחון באשמת הנאשם מעבר לספק סביר. הערכה זו של הראיות נעשית באמצעות כלי ההיגיון והחושים גם יחד; היא בנויה על בדיקה טכנית של הראיות, בצד הערכת משקלן הסגולי ומהימנותן, בהשתלבותן זו עם זו למערך כולל. לצורך החלטה בדבר העמדה לדין, התובע אינו מסתפק בהערכת הראיות על-פי רמת מהימנותן או שקריותן בעיניו. עליו להעריך את מידת התרשמותו הצפויה של בית המשפט מהן, לאחר שיעברו בכור ההיתוך של החקירה הנגדית. בכור היתוך זה, ראיה שקרית של עד מתוחכם עלולה להימצא אמינה; ראיה מהימנה של עד חלש ופגיע, המתקשה בניסוח גירסה קוהרנטית, עלולה להימצא חסרת משקל. הערכות אלה הן חלק ממלאכת הליבון והלישה של הראיות ההיוליות שבתיק התביעה, אשר על יסודן מתעצבים רמת ההסתברות והסיכוי להרשעה. מלאכת הערכת הראיות במשמעות זו נתונה לאיש המקצוע, האמון על מלאכה זו, על רקע ניסיון מקצועי מצטבר ורב-שנים. בהיות ניתוח הראיות לצורך העמדה לדין פרי הערכה של היגיון וחושם גם יחד, ייתכן שוני בהערכות אנשי המקצוע, מעולים ומיומנים ככל שיהיו, לגבי אותה תשתית ראייתית עצמה. לא בהכרח ניתן לומר כי האחד שוגה והאחר צודק" (בג"ץ פלונית, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

28. בחינה מורכבת זו, היא נחלתם של גופי התביעה לסוגיהם. הם אשר מופקדים על מלאכת העמדה לדין, ממילא הם אשר רגילים לאמוד ולהעריך אותו רף נדרש. התמקצעות במלאכה זו מצריכה ניסיון רב. בתי המשפט, אינם מורגלים בבחינה זו, שכן הכרעות מתגבשת, רק משנתגלע הריב לאשורו; לאחר שהעדים עלו על דוכן העדים, שטחו את גרסתם, ונחקרו על אודותיה. בשלב זה, שבו המחלוקת מחוורת כשמלה, והצדדים מעלים טענותיהם – אלו בכה ואלו בכה, נדרשים בתי המשפט לעמוד על פרטי העדויות, ולבחון כיצד הם משתלבים עם גרסאות הצדדים. עיסוק בניבוי סיכויי של ההליך הפלילי,

בשלביו הבוסריים, תוך שקילת סיכויי ההרשעה נמצא בתחום מומחיותן של רשויות התביעה אשר עוסקות במלאכה זו דבר יום ביומו. כך לגבי דיות הראיות, וכך גם לגבי השאלה אם נסיבות הענין בכללותן מתאימות להעמדה לדין.

29. טעם נוסף, המצדיק התערבות מצומצמת בהחלטות הנוגעות להעמדה לדין, ניתן על-ידי השופט ויתקון: "חשיפת החלטות היועץ המשפטי לביקורת בית-המשפט הגבוה לצדק, פירושה, בהכרח, שכל תלונה שיגיש אדם נגד פלוני ממילא ניתן לעשותה נושא לדין משפטי, אף אם סבור היועץ המשפטי שדיון כזה אינו רצוי מטעמים שעמו" (בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(2) 634, 638 (1980)). אכן, שערי בית משפט זה פתוחים לרווחה בפניהם של המשוועים לעזרה ולסעד, אך שיעורו של פתח זה צריך שיהיה מדוד, כך שבית המשפט יוכל ליתן את הסעד המבוקש לנזקקים לו באמת ובתמים. הנה כי כן, אף בשל שיקולים מוסדיים לא בנקל נרד אל שדה חברנו, ונבור בה.

30. אין לכחד. מצב שבו מת אדם בדמי ימיו, הוא מעיק, קשה, כואב. ארוע שכזה כבנדון דידן, צריך להיבחן על-ידי הרשויות בכובד ראש, ובדקדוק. על הרשויות היושבות על המדוכה, לישוב 'שבעה נקיים', בטרם יגבשו את החלטתן. בנדון דידן, למדנו כי כך אכן פעלו הרשויות, שעה שבחנו את האירוע לפרטיו ודקדוקיו. אמנם ההחלטה בערר ניתנה רק בחלוף שנתיים, על כך הערתי, אך גורמי המקצוע המופקדים על המלאכה לא הקלו ראש ולא חסכו במאמצים, עד אשר התבהרה מבחינתם תמונת המצב העובדתית עד תום. משנסתיימו בדיקותיהם ובירוריהם, הסיקו, כי נכון היה לסגור את התיק נגד השוטרים המעורבים בעילה של חוסר אשמה. לא מצאתי כי נפל פגם בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. אציע אפוא לחברי להותיר את החלטתו על כנה, ולדחות את העתירה.

אחר הדברים האלה

31. קראתי את חוות הדעת של חברי, השופטים ע' גרוסקופף וג' קרא, נתתי דעתי על מסקנתם, שלפיה יש להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, ולהורות על העמדתו של יצחק לדין; דברי חברי אינם מניחים את דעתי. עיון בדבריהם מעלה, כי דרך הילוכם חורגת מהמסגרת שבה אנו מצויים – ביקורת מנהלית על החלטות הרשות. זאת, בשלושת המישורים שנבחנו על-ידם: המישור הראייתי, המישור המשפטי, וכן גם בבחינת האינטרס הציבורי שבהעמדת יצחק לדין. חברי צללו לעומקם של דברים, ניתחו את הראיות, קבעו ממצאי מהימנות, והמירו את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתם; כזאת אין לעשות.

32. לגישת חברי השופט ע' גרוסקופף, החלטת היועץ המשפטי לממשלה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, זאת בין היתר, משום שהאינטרס הציבורי בבירור אשמתו

של שוטר יורה גובר, מקום שבו נסיבות ביצוע הירי מעוררות ספק ותהייה, ושעה שעלו קשיים בגרסה שמסר. קביעותיו של חברי יוצרות ערבוביה בין שיקולים מתחומים שונים: ראייתיים וציבוריים. אסביר.

שני השלבים בהעמדה לדין

33. על-פי סעיף 62(א) לחסד"פ, מוסמך תובע כאמור להעמיד לדין, וכן גם לסגור תיק; שני שלבים במלאכה זו: (1) בחינה ראייתית, שבמסגרתה בוחן התובע בחומר החקירה אם "הראיות מספיקות לאישום אדם פלוני". (2) בחינת האינטרס הציבורי, שבמסגרתה בוחן התובע אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין פלילי.

34. שני שלבים שונים המה: האחד ראייתי-מקצועי; האחר נוגע לשאלות ציבוריות כלליות יותר. שיקוליו של התובע בכל אחד מן השלבים, נבדלים זה מזה. בשלב הראשון, נשקלים על-ידו שיקולים מקצועיים מתחום הדין המהותי, דיני הראיות, סדרי הדין וההלכה הפסוקה; ואילו בשלב השני, ישקול התובע שיקולים המתייחסים אל חומרת העבירה, נסיבות ביצועה, תפוצתה, נסיבות חייו של החשוד, עברו הפלילי, סדרי עדיפות, בהתחשב גם עם עומסי העבודה המוטלים על התביעה; ועוד כהנה וכהנה, שיקולים משיקולים שונים אשר על שקילתם אמון התובע, מכוח ההסמכה שניתנה לו בחוק, ובהסתמך על מומחיותו וניסיונו המקצועי.

35. לגבי סדר הדברים, ככלל, יבחן תחילה הרף הראייתי הנדרש. אם הראיות מספיקות, יחליט התובע על העמדה לדין, זולת אם התובע סבור, בשלב השני – "שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". היה והראיות אינן מספיקות – יסגר התיק (אלא אם יוחלט לבצע בו השלמות חקירה), מבלי לעבור לשלב השני ולבחון את שאלת האינטרס הציבורי שבהעמדת החשוד לדין. בבג"ץ פלונית הדגישה הנשיאה (דאז) ד' ביניש: "ברמה העיונית והמעשית גם יחד ראוי לשאוף להפרדה ברורה בין שני היסודות הנדרשים להגשת כתב-אישום בפלילים. יש להישמר מפני מצב בו קביעת הרף הראייתי הנדרש להגשת כתב-אישום בפלילים, תהא מושפעת מהאינטרס הציבורי הטמון בהעמדתו לדין של הנחקר" (פסקה 21). חברי השופט גרוסקופף לא שעה לדבריה החשובים הללו של הנשיאה (דאז) ד' ביניש. אמנם, הובעה בפסיקה דעה נוספת, לפיה במצבים שבהם התשתית הראייתית היא גבולית, נכון יהיה לבחון בד בבד את התשתית הראייתית ואת האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין. לפי אותה גישה, באותם מצבים, ישמשו המבחנים השונים כמעין 'מקבילית כוחות', באופן שבו אינטרס ציבורי משמעותי, יוכל להשלים את החסר הראייתי ולהצדיק הגשת כתב אישום (בג"ץ פלונית, פסקאות 41-42 לפסק דינו של השופט (דאז) א' א' לוי). אולם הודגש, כי זאת אינה דרך הכלל, וכי כזאת יעשה רק במצב חריג שבו התשתית הראייתית שנמצאה היא גבולית: "מקום בו אין די בראיות להקים



סיכוי סביר להרשעתם של אלה, לאמור כי הסיכוי לזיכוי עולה על זה של הרשעה, כי אז אין להעמיד אדם לדין ואפילו ענינו הוא בעל חשיבות ציבורית ניכרת. דברי נוגעים אך לשני אלה: למצב, שמטבעו הוא נדיר שבנדיר, בו כפות המאזניים מעוינות, ולחלופין לנסיבות נפוצות יותר בהן נוטים המאזניים להרשעה, אולם במעט. ענין ציבורי רב ככל שיהיה – אשוב ואדגיש – לא יוכל לגבור על תשתית ראייתית, המצויה מתחת ל'קו המשווה' של סיכויי ההרשעה" (שם, פסקה 42). בענייננו, לא הגענו אל ה'קו המשווה'.

36. בחוות דעתו של חברי השופט גרוסקופף יש 'עירוב תחומין', כריכה יחדיו של התשתית הראייתית והאינטרס הציבורי. כאמור לעיל, גם לפי אותה גישה שלפיה התייחס בין שני השלבים אינו מוחלט, הרי שההכלאה ביניהם שמורה אך למצבים גבוליים שבהם מתעורר ספק אם חומר החקירה מבסס את הרף הראייתי הנדרש, אם לאו. בענייננו, רשויות התביעה – מח"ש, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה – תמימי דעים היו, כי לא בעניין גבולי עסקינן. בהחלטותיהם חזרו וקבעו, כי יש לסגור את תיק החקירה שנפתח נגד המשיבים 3-7 – בהעדר אשמה; לא משום שהראיות אינן מספיקות, גם לא משום שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין. במצב דברים זה, לכולי עלמא לא היה מקום לעבור לשלב השני, כדרך שעשו חברי, ולבחון את שאלת האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין. לא בכדי, כעולה מסקירת חברי, השופט ג' קרא, אין בנמצא ולו פסק דין אחד, שבו התערב בית משפט זה בהחלטה על סגירת תיק בעילה של העדר אשמה. כאמור בחוות דעתי לעיל, ההחלטה על סגירת תיק החקירה לא באה לעולם בשרירות, לא נתקבלה בחריגה מסמכות, אין בה משום אפליה, לא טעות בפרשנות הדין, ולא חוסר הגינות; שיקולים רלבנטיים נשקלו, שיקולים זרים לא באו במניין. לא מצאתי עילה מבוררת המצדיקה את התערבותנו. מה שציין חברי, השופט ע' גרוסקופף, ש"עיון בהחלטת היועמ"ש אינו מגלה התייחסות נאותה לאינטרס החברתי החשוב שבבירור אשמתו של השוטר" (פסקה 8; ההדגשה הוספה) איננו מחוור כל צרכו; "התייחסות נאותה", כן או לא, אינה עילה להתערבותנו.

37. כריכת התשתית הראייתית עם האינטרס הציבורי באה לידי ביטוי בחוות דעתו של חברי, גם בדברים שהכביר על "האינטרס הציבורי בבירור אשמתו של השוטר היורה" (פסקה 5), ועל חובה מוגברת לחקור את העניין דנן, הנובעת מתפקידו של שוטר. הדברים הללו אינם עולים בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה: "אין חולק כי מעמדו הציבורי המיוחד של הנחקר וההשפעות הציבוריות הנלוות להעמדתו לדין, הינם שיקולים רלוונטיים במסגרת בחינת האינטרס הציבורי שבהגשת כתב-אישום. עם זאת, עקרון השוויון בפני החוק מחייב להישמר ולהקפיד כי בשלב ההעמדה לדין, הרף לאורו ייבחן חומר הראיות הלכאורי – מבחן 'האפשרות הסבירה להרשעה' – יהיה זהה לכלל הנחקרים, בלא קשר לזהותם ולאינטרס הציבורי שבהגשת כתב-אישום נגדם" (דברי הנשיאה (דאז) ד' ביניש בבג"ץ פלונית, פסקה

21). מרחיק לכת חברי בהצעתו, שבמצבים שבהם "זרושה הכרעה עובדתית שתלויה במהימנות של עדים ממערך האכיפה, מראית פני הדברים עשויה להצדיק שגורם אחר הוא שיקבע קביעה סופית אם לזכות את החשוד או להרשיעו. הגורם העצמאי הוא בית המשפט. במקרים כאלה יש להגיש כתב אישום, ובית המשפט ידון בשאלת האשמה" (פסקה 7). הצעה זו משנה סדרי בראשית, פוגעת בעקרון השוויון, מעמידה את אנשי מערך האכיפה, בכללם גורמי תביעה, בסיכון מוגבר – ביחס לאזרחים מן השורה – להיות מואשמים בפלילים. אותה מראית עין שחברי חושש לה – ובעטיה מציע את 'קפיצת הדרך' היישר לבית המשפט – תחילתה כאן באנשי מערך האכיפה, וסופה מי ישורנו.

הבחינה הראייתית

38. חברי צללו לעומקן של ראיות, בהצביעם על ספקות שונים העולים מן התשתית הראייתית. הספק האחד נובע מן הצפייה בסרטון גופו; הספק האחר מתעורר נוכח קיומן של סתירות לכאורה בין גרסתו של יצחק, לבין הנחזה בסרטון; ספק נוסף מתעורר על רקע קיומה של סתירה לכאורה בין ההודעות השונות שמסר יצחק במשטרה. אחזור ואדגיש, כי מסגרת הדיון שלפנינו הריהי ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית. בית משפט זה איננו יושב בענין הנדון כערכאת ערעור בפלילים, ולבטח לא כערכאה דיונית המבררת את הראיות מראשיתן. אין הצדקה לדלג, לא לסטות, ולא לחרוג מן הכלל. לא עלינו, כאן ועכשיו בבג"ץ, להתמקד בבירור הראיות, בניתוחן ובפרשנותן. אף אין בכוחנו לעשות כן, במסגרת הדיונית הנוכחית. במקום אחר שבו נדרש בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, להחלטה שלא להעמיד לדין, ציינה המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור כדלקמן: "מבקשת אני להביע הסתייגות מההחלטה, שהתקבלה בידי הרכב בשלבים מוקדמים של ההליך, לקבל את חומר הראיות ולעיין בו. לא כך נהג בית משפט זה בהרכב מורחב" (בג"ץ 143/12 ג'לאני נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.7.2014)). באותו הרכב מורחב נאמר מפי הנשיאה (דאז) ד' ביניש כדלקמן: "יודגש כי במהלך הדיונים בעתירות שלפנינו סירבנו לקבל לעיוננו את חומר הראיות בתיק החקירה בעניינו של קצב. הטעם לכך היה כי בית משפט זה לא יחליף את היועץ המשפטי לממשלה במלאכת הערכת הראיות, ואף לא יחליף את הערכאה הדיונית שלפניה יוגש כתב אישום" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 689 (2008)). לא היה מקום אפוא להידרש לחומר הראיות גופו בגדרי הליך זה. ברם, משעשו כן חברי, נכנסו בעובי הקורה, הפכו בראיות השונות, ניתחו והסיקו מסקנות, לא אוכל לפטור את עצמי בלא כלום. אבקש להעיר אפוא דברים אחדים על כמה מנימוקיהם.

39. חברי מתמקדים בעיקרו של דבר באקט האחרון שקדם לירי, ונוטים כמעט להתעלם ממה שארע קודם לכן (כמפורט בסעיף 2 לעיל), ואשר נותח על-ידי היועץ המשפטי לממשלה במכלול, כנדרש. הסרטונים שתיעדו את השלב האחרון, אינם חזות הכל.

חברי השופט ג' קרא מצביע בחוות דעתו על סתירה בין הודעותיו השונות של יצחק בהתייחס למקום שאליו כוון הירי. בהודעתו הראשונה מיום 8.11.2014, ציין יצחק: "ביצעתי ירי בפלג גופו העליון של החשוד כדור אחד על מנת למנוע פגיעה בשוטר בן [לוי] ובשלמותו". לעומת זאת, בהודעתו מיום 9.11.2014 הסביר: "בשלב זה ביצעתי ירי של כדור אחד לאזור כמה שיותר למטה, לא כיוונתי לראש או למרכז מסה. לא התכוונתי להרוג אותו". חברי השופט קרא סבור, כי אמירות אלו סותרות זו את זו. כשלעצמי תהיתי אם אמנם יש סתירה בדברים. לדברי יצחק, הוא כיוון את הירי אל 'פלג גופו העליון' של המנוח, 'כמה שיותר למטה'; "לא כיוונתי לראש או למרכז מסה". אמרתי אינן סותרות לכאורה, והלכה למעשה עולות בקנה אחד עם גרסתו הכוללת, לפיה בעומדו מבעד לדלת הסוואנה, לא יכול היה לכוון לפלג הגוף התחתון של המנוח, ומשכך כיוון את נשקו כמה שיותר למטה בפלג גופו העליון. ודוק, אין מדובר בגרסה מתפתחת. גרסתו-זו נמסרה כבר בחקירתו הראשונה, בהסבירו היכן נפצע המנוח: "בפלג גופו העליון אזור הבטן [...] ואני רוצה לציין לא הייתה לי אפשרות לכוון לרגליו בגלל שהוא נעמד ליד הגלגל הקדמי ימני והמכסה מנוע של הניידת הסתיר לי את פלג גופו התחתון" (שורות 60-61). לא זו בלבד, שלידי סתירה לא באנו, אלא שטענה זו הועלתה על-ידי חברי, השופט קרא, מיוזמתו, מבלי שנטענה כלל על-ידי העותר ובא-כוחו; לא בערר, לא בעתירה ולא בדיונים לפנינו. העלאת טענות בשמם של מתדיינים ועבורם, שמורה למצבים חריגים (נדרשתי לכך אתמול בעניין אחר: ע"פ 2921/18 מדינת ישראל נ' אביב בצלאל, פסקאות 13-14 (27.10.2019)); לא היה מקום אפוא להעלות את הטענה כאן – לא מבחינה דיונית, וכפי הנראה גם לא מבחינה מהותית.

40. עוד הצביעו חברי על ספק הנובע מן הצפייה בסרטון גופו, ומסתירות לכאורה בין גרסתו של יצחק, לבין הנחזה בסרטון. בהודעתו הראשונה של יצחק, אמר כי המנוח התקרב לשוטר לוי בטרם בוצע הירי, ואילו מהסרטון עולה שבשלב זה המנוח דווקא התרחק ממנו. בהודעתו השנייה הסביר יצחק, כי הירי בוצע לאחר שהמנוח הניף את ידו האוחזת בסכין, בעוד שהתמונה המשתקפת מן הסרטון בהקשר זה שונה, שכן הנפת היד מאוחרת לביצוע הירי. השוטר לוי הציג במשטרה גרסה דומה לזו של יצחק, ובדומה לו הסביר תחילה, כי הירי בוצע כתוצאה מהתקרבותו של המנוח, ובהודעתו השנייה הסביר כי הירי בוצע כתוצאה מהנפת היד. מששתי הגרסאות אינן עולות בקנה אחד עם הנראה בסרטון – הסיקו חברי, כי קיים חשש ל'תיאום גרסאות'. נוכח האמור סברו, כי יש להטיל ספק במהימנותם של השוטרים, ולברר את הספקות הללו במסגרת של הליך פלילי בבית המשפט.

41. דא עקא, בכך כמדומני סטו חברי ממושכלות ראשונים של הדין הפלילי. כידוע, ספקות בגרסתם של נאשמים, אינם יכולים כשלעצמם למלא חלל ראייתי, ולבסס הרשעה

בפלילים (ראו למשל: ע"פ 9897/05 אלמגור נ' מדינת ישראל (11.6.2009)). לספק בדין הפלילי נודעת משמעות, אך ורק ככל שהוא מכרסם בגרסת התביעה; לא להפך. עיקרון זה יפה גם לעניין זיכוי מחמת סייג של הגנה עצמית. סעיף 34(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מורנו, כי אם "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". ספקות בדין הפלילי יכולים לפעול לזכותו של נאשם, אך לא לחובתו. אשר לעניינו, העמדה לדין פלילי מצריכה סיכוי סביר להרשעה. ספקותיהם של חברי, כשלעצמם, אינם מנפיעים סיכוי שכזה. ודוק, חברי השופט גרוסקופף קובע, כי צפייה בסרטון מעלה ספק. מצב דברים זה מלמד, כי גם לגישתו-שלו אשמתו של יצחק מוטלת בספק, ואינה מוכרחת. "ל'ספק' יש תכונה של סימטריות, כלומר ספק בדבר אמיתות הטענה הוא בהכרח ספק בנוגע לאי-אמיתותה, וספק בדבר אי-אמיתות הטענה הוא ספק בנוגע לאמיתותה. אם לבית המשפט יש אפוא ספק בכך שהנאשם אשם, בהכרח יש לו ספק בכך שהוא חף" (דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר 24 (2017)). על הספק לבדו, אין אפשרות לבסס הרשעה בפלילים. גם אין מקום להעמיד לדין בעטיו. יפים לעניין זה, דברים שאמר השופט (דאז) א' גולדברג בעניין יהב: "תוצאותיו של ההליך הפלילי, גם אם אינו מסתיים בהרשעה, גורליות מכדי שיעשה 'ניסוי' בהגשת כתב-אישום" (פסקה 5). משכך, "יש לדרוש סיכויי הרשעה אשר עולים על הסיכוי לזיכוי" (יניב ואקי "סיכוי סביר להרשעה – סבירותו של סיכוי" ספר יורם דנציגר 423, 432 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019)). זאת ועוד: כזכור, משלא קם חשד לביצוע עבירה פלילית (לעמדת מח"ש), לא נחקרו השוטרים באזהרה. מן המשיכים 3-7 נגבו הודעות פתוחות. חרף האמור – והפגיעה הנגזרת מכך בזכויותיו של יצחק – יש להורות ליועץ המשפטי לממשלה, לדעת חברי, להעמידו לדין. לשיטתם של חברי, דומני, הגם שדעתי שונה בתכלית, נכון היה בשלב הזה להורות על השלמת חקירה, ולהימנע מ'קפיצת-הדרך' היישר לבית המשפט.

42. לגופם של דברים, דומני כי חברי מרחיקים לכת בקביעותיהם ביחס למהימנות השוטרים, בשים לב למסגרת הדיונית המצומצמת שבה אנו נתונים (למשל: חברי, השופט ג' קרא, מתייחס אל הסתירות שהתגלו, ככאלה ה"מעלות שאלות ותהיות לגבי אמינותו של השוטר היורה כמו גם לגבי אמינותו של המשיב 5" (פסקה 22)). סוף-סוף, קביעת מהימנות, עניין הוא לערכאה אשר העדים מעידים לפניה לענות בו. כך מורה סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות): "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם ענין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". הסקת מסקנות בכל הנוגע למהימנותו של עד, חשוד או נאשם, תעשה רק לאחר התרשמותו הישירה של בית המשפט מעדויותיהם. התרשמות שכזו, היא אשר מאפשרת לבית המשפט לבחון אם נפלו בגרסאותיהם סתירות, אם לאו. גם אם נתגלו סתירות, אין בכך כדי להביא באופן מיידי

להטלת דופי במהימנות העדים, לפסילת גרסתם. בסעיף 57 לפקודת הראיות נקבע: "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות". נחקר המוסר גרסה במשטרה, עד המעיד על דוכן העדים – צריכים לכוון את עדויותיהם, לדייק בהן. אולם לא אחת קורה כי מחמת המעמד, חלוף הזמן, או הטראומה שנלווית למאורעות, העדות הנמסרת – אינה מדויקת דיה. בהתחשב בכך, לא כל אי-דיוק שכזה, מוביל מוקנית (אוטומטית) למסקנה, כי העד אינו מהימן וגרסתו אינה נכונה. בעניין אחר אמרתי, "בחינת 'אותות האמת', אינה עומדת על התרשמות בית המשפט מהעדות לבדה. 'אותות האמת' נבחנים במבט כולל בהתבסס על העדויות שנשמעו בבית המשפט, ועל כלל הראיות שהובאו לפניו" (ע"פ 6808/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתי (16.5.2019)). כך ביתר שאת נוכח הנסיבות שהתקיימו בנדון דידן: אירוע שנמשך כ-13 שניות, בשעת לילה, כשהשוטרים נתונים בסכנה, ובעת שעצור שוהה במכוניתם. כפי שצינו חברי, צפייה בסרטון מעוררת ספק אם הנפת היד קדמה לירי, או שמא הירי הוא שקדם להנפת היד. אם אנו, כתנאים של רוגע ושלווה, מתקשים להגיע לכדי מסקנה מבוררת בשאלה זו, כיצד נצפה מאותם שוטרים אשר חזו במתרחש במשך שניות ספורות, תחת הלחץ והחרדה הנלווים לכך, כי ידעו לתאר את הדברים במדויק? מן הראוי לזכור ולהזכיר גם זאת: קביעת קשרים וממצאים של מהימנות בשלב זה ובמסגרת זו, על-ידי בית המשפט העליון, עלולה להטביע חותם, להשפיע ולו למראית עין על משפטו של יצחק, השוטר היורה. קשה עלי בהקשר זה, לשון החלטית שנקט בה חברי, השופט ג' קרא: "משבוצעה עבירה, נקודת המוצא היא שיש עניין לציבור בהעמדה לדיון" (פסקה 34). האם מִסֵּר כזה מכאן – "בוצעה עבירה" – יוכל להבטיח ליצחק משפט הוגן?

43. הנה כי כן, חוששני כי נפלו פגמים בדרך שהילכו בה חברי, שעיקרם – הסגת גבולו של היועץ המשפטי לממשלה במלאכתו. חשיבות רבה נודעת לביקורת שיפוטית על החלטות המינהל, אך גם בעקרון הפרדת הרשויות עלינו להיזהר ולהישמר. לו היתה דעתי נשמעת, היינו דוחים אפוא את העתירה.

## ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

לצערי, אין באפשרותי להצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט נעם סולברג, במקרה זה. לדעתי אין מנוס מקבלת העתירה, תוך מתן הנחיה ליועץ המשפטי לממשלה

להעמיד לדין פלילי את המשיב 3 (להלן: "השוטר היורה") בגין הירי שגרם למותו של חיר חמדאן ז"ל (להלן: "חיר ז"ל"), תוך הותרת שיקול הדעת לקבוע מה יהיו סעיפי האישום ליועץ המשפטי לממשלה בהתאם למיטב שיקול דעתו המקצועי.

1. המקרה שלפנינו הוא מקרה קשה. בראש ובראשונה הוא קשה בשל תוצאתו: אובדן חייו של אדם צעיר, חיר ז"ל, אזרח ישראלי בן 22, אשר בעקבות מעצר בן דודו איבד את עשתונותיו, תקף בסכין מטבח את ניידת המשטרה שקרובו נלקח בה, ונורה בידי אחד השוטרים בניידת בעקבות התפרעותו. כידוע, תפקידיה המרכזיים של משטרת ישראל, בנוסף למניעת עבירות וגילויין, הם "קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש" (סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971). נטילת חיי אדם כתוצאה מפעילות משטרתית, אף אם מדובר בפעילות שיטור הנדרשת לקיום הסדר הציבורי ולתפיסת עבריינים, היא התרחשות המעוררת דאבון לב ותמיהת הדעת. היא מחייבת חשבון נפש מצד כל המעורבים, בראשם פיקוד המשטרה והשוטרים שנטלו חיים. לא ניתן לנהוג כלפיה בשוויון נפש.

2. נוסף על התוצאה הקשה, המקרה הוא קשה גם מבחינה משפטית. הדיון בו נוגע לשלוש מערכות יחסים שונות:

ראשית, במישור היחסים שבין האזרח למדינה מוטלות על האחרונה החובות לקיים בירור יסודי ומעמיק של הנסיבות שהביאו לתוצאה הטרגית, להסיק מהן את המסקנות המתחייבות כדי למנוע הישנותם של מקרים מעין אלה, ולנקוט את הצעדים הפליליים והמשמעתיים המתבקשים נגד האחראים לאשר התרחש.

שנית, במישור היחסים שבין רשויות אכיפת החוק למדינה מוטלת על המדינה החובה להעניק לאנשים המופקדים על שלטון החוק בכלל, ולשוטרים בפרט, את ההגנה הנחוצה כדי שיוכלו לבצע את תפקידם ללא מורא וללא חשש. פעילויות שיטור מבוצעות לעיתים קרובות תוך הקרבה אישית ובתנאים של חוסר ודאות ואף סכנה מוחשית. שוטרים הנשלחים לבצע פעולות אלה לטובת הכלל זכאים ליהנות מהגנות הדין, ולא להיות מושלכים כשעיר לעזאזל בכל מקרה שבו מאמציהם לא עלו יפה.

שלישית, במישור היחסים שבין הרשות השופטת לרשויות אכיפת החוק יש לשמור על חלוקת התפקידים שבה הסמכות להורות על העמדה לדין מסורה לפרקליטות (ובראשה ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה), ואילו הסמכות לחרוץ את הדין מסורה למערכת בתי המשפט.

3. בעניין שלפנינו החליט היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועמ"ש") להימנע מלהעמיד לדין את השוטר שירה בחיר ז"ל. אין חולק כי החלטה זו מצויה בתחום סמכותו. אולם לטעמי אין בבסיסה שקילה ראויה של כל השיקולים הנדרשים, ואין בהנמקתה בסיס מספיק להצדקתה. היא חורגת לשיטתי באופן קיצוני ממתחם הסבירות, ועל כן מחייבת התערבותו של בית משפט זה. חריגתה הקיצונית של ההחלטה ממתחם הסבירות נובעת משילוב של שלושה רכיבים, אשר הצטברותם מחייבת התערבות חריגה בהחלטת היועמ"ש. הרכיב הראשון, הנוגע למערכת היחסים בין המדינה לאזרח, הוא המשקל החסר, אם בכלל, שניתן לאינטרס הציבורי שבבירור אשמתו של השוטר היורה במקרה דוגמת זה, שבו נסיבות ביצוע הירי מעוררות תהיות, והן לא התבררו די צורכן; הרכיב השני, הנוגע למערכת היחסים בין המדינה לשוטר היורה, הוא התעלמות ההחלטה מהקשיים המתעוררים על רקע הגרסאות שמסר השוטר היורה לאחר האירוע, וההשלכות שיש לכך על האינטרס החברתי שבקיום בירור משפטי בסוגיית אשמתו; הרכיב השלישי, הנוגע למערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשויות אכיפת החוק, עניינו חוסר הבהירות של הטעמים שניתנו להחלטת היועמ"ש, וכתוצאה מכך הקושי להשתכנע מהם.

4. להלן אפרט ואבאר כל אחד מהרכיבים הללו, שכאמור הצטברותם היא המצדיקה לטעמי התערבות חריגה בשיקול דעת היועמ"ש. בטרם אעשה כן אבקש לחדד: ראשית, אינני חולק על גישתו העקרונית של השופט נעם סולברג בנוגע להיקף ההתערבות הראוי של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בשיקול דעתו של היועמ"ש ביחס לסמכות ההעמדה לדין. ההלכה בעניין זה מבוססת ונטועה היטב, ואין אני סבור שיש הצדקה לסטות ממנה; שנית, לשיטתי אחת הסכנות המרכזיות בהתערבות בהחלטות בעניין העמדה לדין היא שהדבר עלול לפגוע בזכותו של הנאשם הפוטנציאלי למשפט הוגן (בג"ץ 625/18 בונדרנקו נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (5.7.2018); בג"ץ 9850/16 אבו רחמה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 (16.9.2018)). מטעם זה אזהר זהירות יתרה מלטעת מסמרות, על מנת שלא לחרוץ דין באשר לאשמתו של השוטר היורה, ואף אשתדל, ככל הניתן, להימנע מהעמקה והרחבה בהתייחסות לחומר הראיות גופו.

האינטרס הציבורי בבירור אשמתו של השוטר היורה

5. כאמור, המדינה חייבת חובה מוגברת לחקור את נסיבות המוות במקרה זה. החובה נובעת מהתפקיד של השוטר היורה ומההקשר של שימוש בכוח במהלך אכיפת דין בכלל. אזכיר עקרונות ראשוניים: "למדינה – באמצעות הממשלה והגופים הביטחוניים השונים הכפופים לה – נתונה רשות בלעדית לעשות שימוש בכוח מאורגן בכלל, ולשם אכיפת

המשפט הפלילי – בפרט" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 604 (2009) (להלן: "עניין המרכז האקדמי")). במערך הגופים שניתנה להם סמכות להשתמש בכוח, "המשטרה מופקדת על אכיפת החוק הפלילי, לצורך הגנה על ביטחון החיים ושלמות הגוף והרכוש. לשם השגה יעילה של יעדי המשטרה, הוקנו בידיה סמכויות וכוחות אותם היא נדרשת להפעיל" (ע"א 3580/06 עמבון יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה 91 (21.3.2011)). כדי להבטיח שהשימוש בכוח יהיה ראוי, עומדים לרשות המדינה כלים שתכליתם לוודא שבעלי התפקידים מטעמה ינהגו כדין. "כך פוחתות הסכנות לניצול לרעה של כוח שלטוני שטמונה בו פגיעה בזכויות אדם, ולשימוש בו בשרירות או למטרות זרות" (רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק הדין של השופט עוזי פוגלמן (20.12.2018)). ראו גם עניין המרכז האקדמי, בעמ' 604. שוטר ממלא את תפקידו מכוח סמכויות שהקנתה לו המדינה לטובת שמירה על החוק ועל ביטחון הציבור. סמכויות חשובות שניתנו לו עוסקות בשימוש בכוח, שהמדינה מייחדת לעצמה ולפועלים בשמה. אם שוטר חרג מסמכויותיו ופגע במי מבני הציבור, ודאי אם עשה זאת בהפעלת כוח, יש עניין חברתי רב חשיבות לבחון את המקרה עד תום. "שימוש בכוח לא סביר על ידי שוטר במשטרת ישראל הוא לא עניין של מה בכך, ויש לציבור עניין מובהק במיצוי הליכי החקירה, בקיומו של ההליך השיפוטי ובהטלת סנקציה פלילית ככל שהדבר יידרש" (בג"ץ 3070/17 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 28 לפסק הדין של השופט יורם דנציגר (28.2.2018)). השוו ל- UKPC [2019] Comm'n v. Police Serv. Jamaicans for Justice (appeal taken from Jam.) 12). ככל שתוצאת השימוש בכוח חמורה יותר, גובר העניין הציבורי במיצוי הדין לגביה. כאשר מדובר בהפעלת כוח על ידי המשטרה, שהובילה לקטילת חייו של אדם, האינטרס החברתי בבירור העניין הוא ראשון במעלה.

6. הערת אגב: המדינה חייבת חובה חוקתית להגן על חיי אדם, ולא רק להימנע מפגיעה בהם (סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9 (2016)). ייתכן כי ניתן לגזור מכך חובה לאכוף את הדין במקרי מוות שגרמו המדינה או הפועלים בשמה: לחקור כל מקרה באופן הראוי לו לפי נסיבותיו, ובמקרים בהם ממצאי החקירה מצדיקים זאת, להעמיד לדין, ולפעול על פי תוצאות ההליך המשפטי (השוו להיבט הדיוני של הזכות לחיים באמנה האירופית לזכויות אדם, שחל גם על מקרי מוות שלא המדינה גרמה להם. McCann v. United Kingdom, 324 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1995)). סקירה קצרה מהעת האחרונה נמצאת ב-In the Matter of an Application by Finucane for Judicial Review [2019] UKSC 7, [83] (appeal taken from N. Ir.). השוו גם לחובה שמוטלת בדיני הנזיקין על גורמי חקירה לחקור תלונות שמגיעות אליהם. ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 184–185 (2004)). במקרה בו עסקינן ניתן להשאיר את הסוגיה



בצריך עיון, שכן אין חולק כי קמה בנוגע אליו חובה על המדינה הן לחקור, הן לשקול העמדה לדין לאור ממצאי החקירה.

7. לבד מזאת, את ההחלטה בתיק קיבלו גורמים עמיתים במערך האכיפה. גורמי התביעה אף הם חלק ממערך אכיפת הדין בשם המדינה. הם עצמאיים בהחלטתם, וחזקה עליהם שלא הושפעו משיקולים פסולים. עם זאת, שעה שהם מחליטים אם להעמיד לדין גורם אחר במערך האכיפה, עלולה להיווצר מראית עין – מראית עין בלבד – של ניגוד עניינים (לאחרונה נשמעה ביקורת על הטיפול המערכתי בעבירות של שוטרים בכלל, ובעבירות אלימות שלהם בפרט. ראו: מבקר המדינה דוח ביקורת מיוחד – הרפורמה בניהול ההון האנושי בשירות המדינה, הטיפול בעבירות משמעת בשירות המדינה, הטיפול המערכתי בעבירות שוטרים, הטיפול בעבירות משמעת במוסדות להשכלה גבוהה 246–167 (2017); הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2018 94–90 (2019). היא אינה דרושה לענייננו). במקרי גבול, למשל אם דרושה הכרעה עובדתית שתלויה במהימנות של עדים ממערך האכיפה, מראית פני הדברים עשויה להצדיק שגורם אחר הוא שיקבע קביעה סופית אם לזכות את החשוד או להרשיעו. הגורם העצמאי הוא בית המשפט. במקרים כאלה יש להגיש כתב אישום, ובית המשפט ידון בשאלת האשמה.

8. עיון בהחלטת היועמ"ש אינו מגלה התייחסות נאותה לאינטרס החברתי החשוב שבבירור אשמתו של השוטר שגרם למותו של חיר ז"ל. כל המתבונן בסרטון המזעזע שבו מונצח האירוע נותר עם תהיות וסימני שאלה. קיים אינטרס חברתי ראשון במעלה כי אלה יתבררו בהליך שיפוטי פומבי, שבו יוצגו וינותחו הדברים לפני ולפנים, כך שהצדק לא רק ייעשה אלא גם ייראה. ונבהיר: אין זהו מקרה קל, בו נעשה שימוש מוצדק בעליל בכוח ממית. זהו מקרה גבול, שיש לענות בו. תפקידו של היועמ"ש אינו לחרוץ את הדין במקרי גבול. תפקידו הוא להחליט אם ראוי להעמיד לדין, וזאת על רקע סיכויי ההרשעה. ברקע החלטתו עליו להעמיד את העניין הציבורי הרב שבבירור היקף הספקות בהליך שיפוטי אובייקטיבי החשוף לעין כול. יותר מכך: בית משפט מסוגל לבחון את הקשיים בחומר הראיות באובייקטיביות ובלי החשש למראית עין של יחס מיטיב בין גורמי האכיפה ברשות המבצעת. מכלול השיקולים הללו אינו משתקף בהחלטת היועמ"ש.

הקשיים שמעוררות הגרסאות שמסר השוטר היורה

9. למול האינטרס הציבורי בבירור אשמתו של השוטר היורה ניצבת חובת המדינה להגן על שוטרים שפעלו בשמה, כדי שיוכלו להמשיך לפעול כיאות ובלי מורא. התפקיד

של השוטר היורה, עמיתו השוטר המשיב 5 (להלן: "השוטר ב'"), חבריהם לכוח ועמיתיהם שוטרי משטרת ישראל בתפקיד מבצעי הוא תפקיד מאתגר וחשוב. ההחלטה כיצד להגיב בשעת פעילות עשויה להידרש תוך פרק זמן קצרצר ועל רקע גורמים רבים, משתנים ולא ידועים. משום כך אין שופטים פעילות מבצעית באמות המידה של פעילות רגילה. אופי הפעילות נשקל, בין היתר, במסגרת מכלול השיקולים בהחלטה אם להעמיד לדין. זו מדיניות נכונה. עם זאת, "אין [...] בפעילות מבצעית כדי להעניק חסינות כללית מפני העמדה לדין פלילי. במקרים של התרשלות אשר הובילה לאובדן חיים או לתוצאה חמורה אחרת, המישור הפלילי עודנו עשוי לשמש כדרך הטיפול המיטבית גם בתנאים של פעילות מבצעית" (בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים, פסקה 24 (23.8.2007)). השוו לקביעה בדיני הנזיקין ש"גם במצבי חירום יש שאדם מתנהג באופן לא סביר, ועליו לשאת בתוצאות התרשלותו". ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 508 (2004)).

[הסמכות והמרות שהוענקו לשוטרים] רק לצרכי ביצוע התפקיד ניתנו ואסור שיעשה בהם שימוש לרעה. עליהם לשנן זאת לעצמם השכם והערב, דוקא משום שמלאכתם מחייבת לעתים קרובות נוקשות ואפילו שימוש בכוח. המעבר מ"כח סביר" לאלימות מיותרת הוא מהיר ומפתה וחלילה להם לעבור את הגבול. עליהם לדעת ולהבין כי אם יעברו את הגבול ואם ישתמשו לרעה בסמכויות שנתנו להם, ובעיקר אם ינהגו באלימות מיותרת, לא יעניקו להם בתי המשפט אהדה, וימצו עמם את הדין ומן העבר השני, אזרח הבא במגע עם אנשי משטרה, אפילו הוא חשוד או עברין, זכאי לצפות ולהניח שאם יתנהג כהלכה לא יגעו בו לרעה (ע"פ 64/86 אשש נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (20.7.1986)).

10. האינטרס הציבורי בהגנה על שוטרים מתקיים במלוא עוצמתו כאשר השוטרים ממלאים כראוי את חובותיהם כלפי הציבור. חובות אלה מתייחסות לא רק להתנהלותם בזמן אמת, אלא גם לדיווחים שהם מוסרים לאחר מעשה. אנו נותנים אמון בדין וחשבון שמוסרים שוטרים על השימוש שעשו בכוח שהופקד בידיהם. אנשי חוק המועלים באמון זה אינם מאבדים את זכותם למשפט הוגן, ואולם האינטרס החברתי בהגנתם פוחת. על רקע זה מן הראוי לתת משקל לדרך שבה דיווחו השוטר היורה, ועמיתיו, על האירוע בחקירותיהם במחלקה לחקירת שוטרים.

11. השוטר היורה נחקר במחלקה לחקירות שוטרים על הירי. בחקירתו הראשונה אמר שחשש לחיי עמיתו השוטר ב' משום שראה את חיר ז"ל מתקדם לעבר האחרון: "זיהיתי את החשוד צועק שוב אללה ואכבר ומתקדם לעבר [השוטר ב'] ... חששתי על חייו

של השוטר [ב'] שכן החשוד החזיק בסכין וצעק אללה ואכבר והתקדם לעברו (ש' 33, 63 לאמרה מיום 8.11.2014. ההדגשות בפסקה זו ובפסקה הבאה הוספו). אדגיש כי הטענה של השוטר היורה לא הייתה בגדר פליטת פה, שהרי הוא שב עליה פעמיים. הסרטון שמתעד את האירוע, ואשר השוטר היורה לא היה מודע לקיומו בעת חקירתו הראשונה, מעלה תמונה אחרת. בעת הירי היה חיר ז"ל בדרכו להתרחק מהניידת ומהשוטר ב'. יתר על כן: גבו היה מופנה אל השוטר ב'. לכאורה, קשה לראות שחיר ז"ל התקדם לעבר השוטר ב'. בחקירה הבאה, שנערכה כמה שעות מאוחר יותר, הציגו החוקרים לשוטר היורה את הסרטון, ושאלו אותם על אי ההתאמה בין דבריו לאשר נראה בו. כעת הוא אמר שוב ושוב שחיר ז"ל הניף את ידו, כאילו הוא עומד לדקור בסכין את השוטר ב':

אני לא זוכר אם הוא הסתכל עליי, אבל כל הזמן ניסיתי להסתכל לכיוון הידיים שלו, ואז הוא צעק שוב אללה וואכבר והוא עשה תנועה כאילו הוא הולך לחזור לכיוון הלוחם, לכיוון [השוטר ב'] והניף את היד, לשאלתך אני לא בטוח שאת היד עם הסכין אבל אני חושב שכן כי הוא הניף את היד כאילו בתנועה של דקירה, בשלב זה ביצעתי ירי של כדור אחד לאזור כמה שיותר למטה, לא כיוונתי לראש או למרכז מסה, לא התכוונתי להרוג אותו. ...

... אני הייתי בקשר עין מתמיד עם האמצעי שהיה לו ביד, כלומר הסכין, וברגע שראיתי את היד עם הסכין מונפת לכיוון השוטרים, וחצי שנייה לפני כן הוא גם צעק אללה וואכבר, ואז הוא הניף את הסכין ובשלב זה ביצעתי את הירי על מנת לנטרל אותו ולא להרוג...

... לא הייתה לי דרך אחרת אלא לבצע ירי ולהפסיק את העבירה. למנוע את הפגיעה ב[שוטר ב']. אני [לא] יודע מה היה קורה, אולי [השוטר ב'] היה מקבל את הסכין, אני הייתי בטוח שהוא עמד לדקור אותו או את אודי (ש' 29–33, 123–125 ו-159–161 לאמרה מיום 9.11.2014).

צפייה בסרטון מעלה ספק גם בגרסה זו. רגע לפני שחיר ז"ל נפל מהירי, הוא נראה מניף את ידו הימנית. אולם אפשרות סבירה היא שהוא הניף את ידו בשל הדף מהירי, ולא קודם לירי. היועמ"ש והמחלקה לחקירות שוטרים (המשיבה 2. להלן: "מח"ש") אימצו אפשרות זו בתשובתם לצו על תנאי. על כן אמשיך בבחינת החלטתם על בסיס זה. כמובן, איני קובע מסמרות בכך כלפי הליכים בעתיד.

12. הקשיים שמעלות שתי הגרסאות של השוטר היורה קשורים לעדות של השוטר ב'. הלה מסר גרסאות דומות. בחקירתו הראשונה הוא טען (פעמיים) שחיר ז"ל נע לכיוונו מעט לפני הירי: "[חיר ז"ל] עמד במרחק של 3 מטר בערך ממני ואני צעקתי לו שיזרוק את הסכין כשאני מכוון לעברו את האקדח שלי אך הוא התעלם מהקריאות שלי ולפתע התחיל

לנוע לכיוון שלי כשהוא צועק אללה ואכבר", "צעק אללה ואכבר תוך כדי שהוא משתולל עם הסכין ומנופף אותה לכל עבר ואז התחיל להתקרב לעברי" (ש' 45–46, 94 לאמרה מיום 8.11.2014 בשעה 4:32). בחקירה כעבור כמה שעות עומת השוטר ב' עם כך שבסרטון רואים שחיר ז"ל התרחק ממנו ולא התקרב אליו. הוא השיב: "אני מה שאני זוכר זה כשאני יוצא הוא עומד מולי ואתה יכול לראות בסרטון שאני יוצא הוא עומד מולי, יש כמה צעדים שהוא הולך מתרחק ממני ואז הוא עושה סיבוב כשהוא מרים את הסכין וצועק אללה ואכבר" (ש' 136–138 לאמרה מיום 8.11.2014 בשעה 22:25). הוא אמר גם שלאחר שיצא מהניידת, כיוון את אקדחו לעבר פלג הגוף התחתון של חיר ז"ל וצעק לו לזרוק את הסכין. לדבריו, חיר ז"ל "הסתובב והרים את היד שלו עם הסכין וצעק אללה ואכבר" (ש' 40–43 שם). על הנפת הסכין ראו גם ש' 112–113). הטענות של השוטר ב' דומות לטענות של השוטר היורה. כמותן הן אינן עולות בקנה אחד עם הסרטון ועם העמדה של היועמ"ש ומח"ש. מאליהן מזדקרות שתי שאלות: כיצד מסרו השוטר היורה והשוטר ב' כל אחד בחקירתו הראשונה אותה גרסה לא נכונה כאילו חיר ז"ל בא לכיוון השוטר ב'? לאחר שהראו להם את הסרטון (שנראה שהיה זמין קודם לכן במרשתת), כיצד ידעו שניהם למסור אותה גרסה חדשה שאף באמיתותה מוטל ספק?

13. ומדוע גרסאות השוטרים חשובות כאן? היועמ"ש סבר שאין מקום להגיש כתב אישום נגד השוטר היורה משום שנשקפה סכנה מחיר ז"ל. השוטר היורה והשוטר ב' העידו מה הייתה אותה סכנה, אולם עדויותיהם אינן תואמות לכאורה את הראיות כפי שהיועמ"ש רואה אותן. ודוקו: אין מדובר בפרשנות שגויה של האירועים, בבחינת טעות במצב דברים. השוטר היורה והשוטר ב' תיארו מעשים שלא התרחשו כלל קודם לירי (לעמדת היועמ"ש), ושלא נראה כאילו התרחשו. ודוקו עוד: חוסר ההתאמה אינו בסוגיה שולית. הוא נוגע לטעם העיקרי שביסוד ההחלטה לא להעמיד לדין את השוטר היורה - קיומה של סכנה מחיר ז"ל.

14. במישור היחסים בין רשויות אכיפת החוק למדינה נדרשת, כאמור, הגנה על שוטרים שמבצעים את תפקידם כדין גם אם תוצאות מעשיהם קשות. לטעמי יש לבחון את מכלול מעשי השוטר, כולל בחקירת המעשה, כדי להחליט מה היקף ההגנה שייהנה ממנה. במקרה שלפנינו ההחלטה שלא להעמיד לדין מבוססת על תחושת הסכנה בה חשו השוטרים. על תחושות מעיד מי שחש אותן, כאן השוטר היורה, ומהימנותו חשובה להערכת אמיתות הטענה. היועמ"ש סבור שמכלול הראיות אינו תואם את דברי השוטר היורה בחקירתו. אם התערערה האמינות של גרסתו – ליתר דיוק: גרסאותיו – בחקירה, הכף אמורה לנטות לכיוון העמדה לדין כדי שבית המשפט יכריע בכך. יתר על כן, מי שמבקש ליהנות מההגנה המוגברת (והמוצדקת ככלל) של המדינה, צריך להיות ראוי לה

בכל הקשור להליכים שהיא ניתנת בהם. אם הוא העלים מידע בחקירת מעשיו, ובוודאי אם שיקר, יש לשקול זאת לחובתו. "התנהגות הכוללת מסירת עדויות שקר וחיפוי עליהן איננה נסבלת, ודאי מקום שהדבר מבוצע על-ידי רשויות המדינה המופקדות על שמירת החוק והשגת צדק" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 379 (2002)). בעניינו מרחפת בשלב זה עננה של חשד על נכונות הגרסאות שהשוטר היורה מסר בחקירתו. היא מפחיתה את ההצדקות להעניק לו אותה הגנה.

ליקויים בהנמקת ההחלטה

15. היועמ"ש נימק את החלטתו לדחות את הערר, אך בנימוקיו נפלו לטעמי מספר ליקויים: הבסיס המשפטי להחלטה אינו ברור; הנימוק העיקרי אינו נתמך בחומר הראיות; תירוץ הקשיים שבהחלטה אינו משכנע; לא נשקלו כל האפשרויות שעמדו לרשות היועמ"ש. נוסף על כך, בהחלטת מח"ש ניתן טעם אחד לגניזת תיק החקירה. היועמ"ש ציין טעם אחר לאישור החלטת מח"ש. חלק מנימוקיו צוינו רק בתשובה לצו על תנאי שהגיש. על כל אלה אעמוד כעת. במאמר מוסגר, אפשר לטעון שהנימוק החדש שהופיע בתשובה לצו על תנאי הוא בגדר נימוק חדש ויש להתייחס אליו בחשדנות (בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 94–95 (2000)). בשל החלטתי לגוף העניין אין לי צורך להידרש לכך.

16. הנימוקים של מח"ש לגניזת תיק החקירה תיארו מהלך משפטי: השוטר היורה חש סכנה לחיי חברו השוטר ב'; גם אם הסכנה לא הייתה אמיתית, היא נראתה אמיתית בתנאי הפעילות המבצעית ובפרק הזמן הקצר שעמד לרשותו; השוטר היורה יוכל לטעון שעמד לו סייג ההגנה העצמית המדומה; אי אפשר לסתור את הסייג; אין סיכוי סביר להרשעה.

הערה: הגנה עצמית מדומה היא שילוב של סייג ההגנה העצמית וסייג הטעות במצב דברים, כלומר אדם דימה מצב דברים שבו התקיימו תנאי ההגנה העצמית והוא פעל לפיהם (סעיפים 34 ו-34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין")); ע"פ 54/49 היועץ המשפטי נ' עסלה, פ"ד ד 496 (1950); ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לפסק הדין של השופטת עדנה ארבל (25.10.2006) (להלן: "עניין אלטגאוז")).

היועמ"ש, לעומת זאת, נתן להחלטתו הנמקה מעורפלת, אשר אינה מבססת קו טיעון ברור:

מניתוח כלל חומר הראיות שנאסף, לא נמצא אשם פלילי בהתנהלות השוטר היורה, שפעל בדוחק השעה, בסיטואציה מורכבת, ואשר קיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שארך שניות ספורות ואשר העמיד את השוטרים בסכנת חיים ממשית. כן לא נמצאה תשתית ראייתית לטענה כי השוטרים בדו ראיות ושיבשו את החקירה.

...

מכלל חומר הראיות עולה כי השוטרים חשו סכנת חיים ממשית וזאת בשל התנהגות [חיר ז"ל], קריאות "אללה אכבר" שצעק, דקירות הניידת בסכין, המרחק הקצר מאד בין השוטרים לבין [חיר ז"ל], והעובדה שלמרות צעקות השוטרים והירי ההרתעתי באוויר, לא נסוג [חיר ז"ל] ולא השליך את הסכין מידו. בנסיבות אלו טענת השוטר היורה ... כי הוא ירה לכיוון החלק התחתון של [חיר ז"ל] על מנת לנטרל חשש לפגיעה אפשרית בשוטר [ב'] שעמד במרחק קצר מאד מ[חיר ז"ל] הינה סבירה, ואינה מקימה אחריות בפלילים.

היועמ"ש לא ביאר מדוע הירייה בחיר ז"ל "אינה מקימה אחריות בפלילים": משום שהיא סבירה כשלעצמה או מפני שחל עליה סייג של הגנה עצמית מדומה? אמירה שטענת השוטר היורה היא "סבירה" עשויה לתמוך באפשרות הראשונה. הזכרת תחושת "סכנת חיים ממשית" לשוטרים ונטרול "חשש לפגיעה אפשרית בשוטר [ב']" מצביעה על האפשרות השנייה. הערפול האמור פוגע ביכולת לעמוד על טעמי ההחלטה.

17. הסברתי לעיל מדוע הנימוק העיקרי שהיועמ"ש הסתמך עליו, סכנה לחיים, אינו נתמך לכאורה בחומר הראיות כפי שהיועמ"ש עצמו רואה אותו. לפי עמדת היועמ"ש, בעת שנורה חיר ז"ל הוא לא איים עוד על איש ולא נראה מאיים על איש. חלף זאת מדגיש היועמ"ש שחיר ז"ל עדיין החזיק בסכין בעת שנורה, ומציין זאת בתור עדות להמשך קיום סכנה מצידו. לטעמי, החלטת היועמ"ש מעוררת קשיים. הם קשורים הן לתחושת הסכנה הכללית בזירה, שבתורה מלמדת על סבירות הירי לעצמו, הן לשאלה אם לשוטר היורה קמה הגנה עצמית מדומה. תום האיום אמור להפיג את הסכנה. תום האיום (גם לעיני השוטר היורה) מבטל לכאורה את האפשרות להסתמך על סייגי ההגנה העצמית וההגנה העצמית המדומה (לתנאי ההגנה העצמית ראו למשל עניין אלטגאוז, בפסקה 13 לפסק הדין של השופטת עדנה ארבל). אשר לסכנה בשל החזקת הסכין בלבד, מתעוררת השאלה האם סביר ששוטר מיומן יירה באדם המחזיק סכין בנסיבות שבהן עסקינן. פקודת המטא"ר 06.02.14 "השימוש בכלי ירייה" מיום 3.9.2007 מתירה לשוטר להשתמש בכלי ירייה "כאשר יש חשש ממשי לפגיעה מיידיית בחיים או בשלמות הגוף של השוטר או של אחרים, ואין כל דרך אחרת למנוע אותה פגיעה" (סעיף 4(א)). סעיף 1(ד) לפקודה קובע

ש"נחיצות השימוש בכלי ירייה במהלך ביצוע תפקיד, תיבחן בכל שלב משלבי האירוע. השוטר יפסיק את הירי, מייד משפסק הצורך בכך". גם לא ברור כיצד הטענה לסכנה בשל סכין בלי איום משתלבת בדיני סייג ההגנה העצמית. תנאי לקיום הסייג הוא שתתרחש תקיפה שלא כדין. לכאורה, חיר ז"ל לא תקף איש בשעת הירי. להפך, נדמה כי הוא החל לסגת ממקום האירוע. אל השוטרים היה מופנה גבו או צידו ולא פניו. באותו רגע לא ברור כלל של "יכולת" שלו (בדמות הסכין) נלוותה עדיין "כוונה" לפגוע בשוטרים. כל התרחישים הללו מעוררים שאלות של עובדה ושל משפט. הם אינם ברורים, כפי שעשוי להשתמע מהחלטת היועמ"ש שלא להעמיד לדין את השוטר היורה.

18. קיים ליקוי נוסף בהנמקת היועמ"ש. הזכרתי את הקשיים באשר למהימנות של השוטר היורה והשוטר ב'. היועמ"ש ביקש לפטור אותם באמירה זו: "מדובר באירוע אינטנסיבי ומהיר, אשר במהלכו אין חולק כי הנפת היד האוחזת בסכין אכן אירעה בסמיכות רבה לירי, ומכאן נמצא כי אין מקום להשליך מקביעה זו על מהימנות גרסתם של השוטרים המעורבים]" (סעיף 59 לתשובת היועמ"ש ומח"ש לצו על תנאי). נימוק זה אינו מובן. הנפת היד הייתה סמוכה לירי, אך דומה שיש כאן עירוב סמיכויות. השוטר היורה והשוטר ב' טענו לסמיכות לפני הירי. בפועל הסמיכות מאוחרת לו. בכך טמון ההבדל בין אמינות הגרסה לערעורה, ואולי גם בין אשמה לחפות. הנפת יד קודם לירי מצביעה על סכנה, ולפחות על טעות במצב דברים שיש סכנה, וזו עשויה להצדיק את הירי; הנפת יד רק לאחר הירי היא חלק ממקרה של ירי שאינו מוצדק ושלכאורה מנוגד לחוק. הנפת יד קודם לירי עולה בקנה אחד עם הגרסה שמסרו השוטרים; הנפת יד רק לאחר הירי מצביעה על תיאור לא נכון של פרט עיקרי בשאלת האשמה. על פני הדברים, עשויה להיות לה השפעה על מהימנות הגרסה. לבד מכך, יש לבחון אותה בהקשר המלא שלה. כאמור, השוטר היורה והשוטר ב' מסרו גרסה ראשונה שאינה תואמת את המציאות בשטח. שניהם מסרו אותה גרסה ראשונה. שניהם מסרו גם (אותה) גרסה שנייה לא נכונה. אף זה שיקול בהערכת המהימנות. הוא לא נזכר בנימוקי היועמ"ש. ועוד: אולי השוטר ב' ראה את הירי ואת הנפת היד סמוכים זה לזה, וסדר הדברים התערבל במוחו. השוטר היורה אמור להיות מודע לסדרם. הוא שירה בחיר ז"ל, ולכן יש להתמודד בעיקר עם מהימנות גרסתו. גם בכך לא דן היועמ"ש בהחלטתו.

19. קושי נוסף בנימוקים של היועמ"ש הוא שלא נדונו כראוי כל החלופות שצריכות לעניין. אפשר למשל לשקול להעמיד את השוטר היורה לדין בעבירות רשלנות. בעבירות אלו יש לבחון היבטים ערכיים בהתאם לעובדות המקרה. היבט נוסף של עבירות רשלנות קשור לסייג ההגנה העצמית המדומה. אחד המרכיבים שלו, סייג הטעות במצב דברים, דורש בדרך כלל טעות כנה בלבד (ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597,

609 (1997)). אולם בעבירות רשלנות נדרש שהטעות תהיה גם סבירה (סעיף 34 יח(ב) לחוק העונשין). בענייננו שאלת הסבירות דורשת בירור. סבירות הטעות, כלומר השאלה אם שוטר סביר במקום השוטר היורה היה טועה לחשוב שחיר ז"ל הציב סכנה לשוטר ב', אף היא תלויה בין היתר בהכרעות עובדתיות. לכל אלה אין התייחסות בנימוקי היועמ"ש.

סיכום הפגמים בהחלטת היועמ"ש ותוצאותיהם בראי המשפט המנהלי

20. ההכרעה בעתירה זו תלויה בשאלה של משפט מנהלי: האם ההחלטה של היועמ"ש היא בלתי סבירה במידה קיצונית. לפני שאסכם את עיקרי הפגמים בהחלטתו ואתרגם אותם לשפת המשפט המנהלי, אתאר את הכללים שצריכים לעניין. רשות מנהלית אמורה לנמק את החלטתה (כאן – מכוח סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958). הנימוקים אמורים לסייע לרשות להגיע להחלטה מושכלת וכדין, לספק תשתית עובדתית לביקורת עליה, לאפשר להסתמך כראוי בעתיד על ההחלטה ולשמור על אמון הציבור במנהל הציבורי (בג"ץ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל, פסקה 14 (1.12.2016); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 423–424 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1269 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 7–10 (2002)). כדי להשיג כל אחת ממטרות אלו נדרש "שהנימוקים יהיו ברורים ומדויקים ככל שניתן" (בג"ץ 7177/95 יורגם בע"מ נ' מרכז ההשקעות על-פי חוק לעידוד השקעות הון, פ"ד נ(2) 8, 1 (1996) (להלן: "עניין יורגם")). הנימוקים עצמם מתארים את השיקולים שהיועמ"ש שקל בהחלטתו. הוא נדרש להתחשב בכל השיקולים הענייניים, שדרושים להחלטה (בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)). אל לו להתחשב בשיקול זר, בנימוקים שאין להם שייכות לענין כלל ועיקר" (בג"ץ 70/49 "תבלין" בע"מ נ' שר האספקה והקיצוב, פ"ד ה 1613, 1618 (1951)). התעלמות משיקול ענייני והתחשבות בשיקול זר מנוגדות לדרישת הסבירות בהחלטות של רשויות האכיפה (בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 21 (18.7.2017)). ההחלטה צריכה גם להתבסס על תשתית עובדתית הולמת (בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים (20.11.2017)).

21. ומה בענייננו? ראשית, אשר להקשר הדברים במסגרתו הופעל שיקול הדעת נראה כי היועמ"ש לא שקל את אינטרס הציבורי הראשון במעלה בבירור אשמתו של שוטר שירה למוות באזרח. הוא לא שקל גם את מראית העין הנוצרת בשל הקשר של החלטה של גורם אחד במערך האכיפה בנוגע לגורם אחר בו ואת הקושי הראייתי, שתלוי במהימנות של עדים שוטרים. זו התעלמות משיקולים ענייניים; שנית, אשר לחשוד (השוטר שירה) התגלו קשיים בגרסאות שמסר בחקירתו. היועמ"ש מאמץ גרסה עובדתית



שאינה תואמת גרסאות אלו. חוסר ההתאמה מפחית מעוצמת ההגנה מפני העמדה לדין שראוי להעניק לשוטר החשוד. היועמ"ש לא שקל זאת, כלומר הוא התעלם משיקול ענייני. חוסר ההתאמה משפיע בתורו על מהימנות החשוד וקשור לנימוק שעומד בלב החלטת היועמ"ש. שלישית, אשר לרשות המחליטה, בנימוקי היועמ"ש נמצאו כמה ליקויים. הבסיס המשפטי להחלטה אינו ברור, בניגוד לחובה למסור נימוקים ברורים ומדויקים. הנימוק העיקרי אינו נתמך בחומר הראיות, כאמור, כלומר התחשבות בו אינה עולה בקנה אחד עם התשתית העובדתית שהיועמ"ש התבסס עליה. היועמ"ש לא שקל את כל העבירות שאפשר להעמיד לדין בגינן, משמע הוא לא שקל את כל השיקולים הענייניים.

22. אינני בטוח שאיזה מקשיים אלה לעצמו או ששילוב של חלקם בלבד היה מצדיק את קבלת העתירה, וזאת בשים לב למבחן המחמיר להתערבות בשיקול דעתו של היועמ"ש בהחלטות על העמדה לדין. אולם ההצטרפות של כולם יחד במקרה זה גוררת את התוצאה הזו. הקשיים עוסקים רובם ככולם בנימוק שהביא את היועמ"ש לסגור את תיק החקירה. הם מערערים את הנימוק הזה. לכן הם יורדים לשורש העניין. אדגיש: אין זו הכרעה של בית המשפט מהי השאלה העיקרית ומה הבסיס העובדתי שעל בסיסו היא נבחנת. איננו מחליפים את שיקול הדעת של היועמ"ש רק משום שגם אנו משפטנים; כזאת אין לעשות, כפי שהבהיר השופט נעם סולברג. במקרה זה יש לבחון את החלטת היועמ"ש מתוכה: מה הנימוק שמובא בה (או בכתבי טענות של היועמ"ש להצדקתה), ומה התשתית הראייתית שמצוינת בה. בשאלה העיקרית לגישתו, היא שאלת הסכנה וההתגוננות ממנה, התעלם היועמ"ש מראיה מרכזית ולא התמודד בנימוק ענייני עם בעיות במהימנות החשודים. זו החלטה "שלכאורה היא אומרת הכול אך בפועל אין היא אומרת כלום" בסוגיה החשובה ביותר להכרעה (עניין יורוגם, בעמ' 4). בנפול הנימוק העיקרי להחלטה, אין לה עוד על מה שתסמוך. מה נותר? שוטר גרם למות אזרח, השוטר לא התנהג כמצופה ממנו במהלך חקירתו, ורשויות התביעה אינן מאמצות את גרסתו. ההחלטה אם להעמיד אותו לדין תלויה בהערכת ראיות ובקביעות משפטיות וערכיות. יש להותיר את ההכרעה לבית המשפט ולא להסתפק בעמדת רשויות התביעה. ודאי שכך אם התביעה אינה מבהירה במדויק את הטעמים להחלטתה.

23. אחרד עוד. החלטה להעמיד לדין נדרשת לשניים: סיכוי סביר להרשעה (על בסיס דיות הראיות); נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין (סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). כפי שתיאר השופט סולברג, וכאמור מקובלת עליו עמדתו העקרונית, ככלל לא יתערב בית משפט זה בהחלטות על העמדה לדין. אולם הכלל אינו מוחלט. במקרים נדירים וחריגים התערב בית המשפט בהן. לרוב

היה מדובר בטעמים של התאמת כלל הנסיבות להעמדה לדין (אז: "עניין לציבור". ראו למשל בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד סג(2) 325 (2009); בג"ץ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944 (2002)). גם בשאלה של דיות ראיות התערב בית המשפט במקרה שבו היה "ראוי להעמידן לבחינה של בית המשפט" את גרסת החשוד (בג"ץ 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 (28.2.2017)). אני סבור שלפנינו מקרה הנופל לגדר החריג, בשל שילוב של האינטרס הציבורי בהעמדה לדין מזה, וניתוח פגום של היועמ"ש בשאלת דיות הראיות מזה. ודוק, היועמ"ש סבר שאין אשמה, משום שלטעמו אין סיכוי סביר להרשעה. בשל צירוף הרכיבים שהזכרתי, לא ניתן לקבל עמדה זו. במילים אחרות, חומר הראיות מעלה אפשרות סבירה לכך שבית המשפט יקבע שהשוטר היורה אשם בעבירה. אדגיש: אולי השוטר היורה יורשע במה שיואשם בו, אולי יורשע בחלק מכך, אולי יורשע בעבירה קלה יותר ואולי יזוכה. אני יכול ואינני רוצה להכריע בכך. זאת ראוי שיעשה בית משפט בהליך פלילי שיתנהל כהלכתו. בשלב זה לא נפרסה לפנינו תמונת הראיות כולן והחשודים טרם הציגו את מלוא ראיותיהם. כך הוא תמיד במועד הגשת כתב אישום. אלא שלפי האמור בהחלטת היועמ"ש, התגלו קשיים בגרסת השוטר היורה בנוגע לנקודה העיקרית שאמורה לעמוד לזכותו. לכל הפחות, יש לבחון כאן מגוון שאלות של עובדה ושל משפט. מכל הסיבות שמניתי, "ראוי להעמידן לבחינה של בית המשפט" (שם), ולא להסתפק בהחלטה של רשויות התביעה. המסקנה ההפוכה של היועמ"ש נגועה בטעות שיורדת לשורש העניין, ובנסיבות המקרה דנן היא בלתי סבירה במידה קיצונית.

24. אסכס: לדידי, כלל נסיבות העניין מצדיקות העמדה לדין של השוטר היורה: התוצאה החמורה של המקרה; התהיות שהוא מעורר; האינטרס החברתי החשוב לברר הרג של אזרח בידי שוטר; המשקל שיש לתת לקשיים בגרסאות השוטר היורה. כל אלה מובילים למסקנה זו. נוסף לכך, בהנמקת היועמ"ש להחלטתו שלא להגיש כתב אישום נפלו פגמים מהותיים. הצטברות השיקולים והפגמים הם שמצדיקים את התערבותנו.

25. לאור כל האמור, לו תישמע עמדתי, יהפוך הצו על תנאי למוחלט ותינתן הוראה ליועמ"ש להעמיד לדין את השוטר היורה בגין הירי שגרם למותו של חיר ז"ל. העותר ציין אילו עבירות בחוק העונשין מתאימות לדעתו למעשים של השוטר היורה. בשל שיקול הדעת הרחב שיש ליועמ"ש ולגופי התביעה בהחלטות על העמדה לדין, לא ראוי שאנו נבחר את סעיפי האישום. היועמ"ש (או בא כוחו) יחליט מה סעיף האישום המתאים

לפי מיטב שיקול דעתו המקצועי. בהערת אגב אוסיף שהצו על תנאי עסק רק בגרימת המוות של חיר ז"ל. כפי שעולה מדבריי, עשויות לעלות שאלות בנוגע לעדויות של השוטר היורה והשוטר ב' (ואולי נוספים) בחקירה. העותרים הזכירו בעתירתם את הנושא. על פני הדברים נראה שהיועמ"ש ומח"ש לא התמודדו עם סוגיה זו כיאות. מאחר שהצו על תנאי לא עסק בכך, לא שמענו טיעונים מקיפים בנושא והמשיבים 3–7 לא התגוננו מפניהם לפנינו, לא ראוי שאקבע דבר בעניין. היועמ"ש יעשה בו כחוכמתו.

השלמת דברים

26. אחר כתיבת הדברים הללו, הגיעו לידי חוות דעתו של חברי השופט ג'ורג' קרא, המצטרף לתוצאה אליה הגעתי, וההשלמה לחוות דעתו של חברי, השופט נעם סולברג (פסקאות 31–43 לחוות דעתו), המבקר בחריפות הן את עמדתי והן את עמדת השופט ג'ורג' קרא. ביקורתו של השופט נעם סולברג על חוות דעתי, עם כל תקיפותה, אינה משכנעת בעיניי. ביקורת זו מבוססת על ארבעה נדבכים, ואבקש בתמצית שבתמצית להבהיר מדוע לטעמי אין בהם כוח משכנע.

27. נדבך ראשון בביקורתו של השופט נעם סולברג, היא שחוות דעתי לוקה ב'עירוב תחומין' בין התשתית הראייתית והאינטרס הציבורי, שכן לשיטתו שיקול הדעת בעת החלטה על העמדה בדין חייב להיות מופעל בשני שלבים נפרדים ונבדלים: תחילה יש לבחון את הרף הראייתי ורק לאחר מכן, ככל שנמצא שיש בסיס ראיתי להעמדה לדין, יש לבחון את האינטרס הציבורי בהעמדה לדין. דומני שגם חברי לא יחלוק על כך שבשלב השני של הדיון, דהיינו בעת בחינת האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, ניתן לייחס משקל לעוצמת התשתית הראייתית נגד הנאשם. אם תאמר אחרת ימצא ששיקול דעת היועמ"ש ביחס לאינטרס הציבורי בהעמדה לדין צריך להיות מופעל באותה צורה ביחס למי שהראיות נגדו חותכות וחד משמעיות, ומי שקיימות בעניינו ראיות לכאן ולכאן (הגם שנחצה הסף של "אפשרות סבירה להרשעה"). אם כך, הרי שגם חברי אינו דוגל ביצירת הפרדה הרמטית בין שלב בחינת התשתית הראייתית לשלב בחינת האינטרס הציבורי, אלא כל טענתו היא שבשלב הראשון יש להשתכנע כי נחצה רף ראיות מינימאלי – קיומה של אפשרות סבירה להרשעה – וכי ללא שמתקיים תנאי סף זה אין להעמיד אדם לדין. מבחינה אנליטית, טענתו של חברי מתמצית איפוא בדרישת סף לקיומו של "רף ראיות מינימאלי" להפעלת הסמכות, ולא לדרישה ליצירת תיחום מוחלט בין הדיון בתשתית הראייתית לבין הדיון באינטרס הציבורי. אם צודק אני בפרשנותי לעמדתו – הרי שחילוקי הדעות ביננו בשאלה העיונית מצומצמים למדי.

חברי מזכיר בחוות דעתו את המחלוקת שהתעוררה בין שני שופטי המיעוט בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008) (להלן: "עניין פלונית"), ביחס לשאלה אם "רף הראיות המינימאלי" הנדרש להגשת כתב אישום הוא אחיד (כדעתה של הנשיאה דורית ביניש) או שבמקרים אפורים ניתן להקל בו בשל עניין ציבורי בהעמדה לדין (כדעת השופט אדמונד לוי ז"ל, הפוסעת בעקבות עמדתה של פרופ' רות גביון). במחלוקת עיונית זו דעתי כדעתו של השופט לוי ז"ל, ואולם אינני סבור שיש צורך להכריע בה במקרה שלפנינו, לאור הדברים שאציין להלן ביחס לנדבך השני בטיעונו של חברי. בשולי הדברים אציין שגם הנשיאה דורית ביניש מבהירה כי "היותו של הנחקר בעל מעמד ציבורי מיוחד וההשלכות הציבוריות הכרוכות בהעמדתו לדין, מצדיקים זהירות מוגברת - הן מבחינת בכירותם של גורמי התביעה שישקלו את שאלת ההעמדה לדין והן מבחינת קיומה של בדיקה מוקדמת מפורטת, המתאפיינת במידה מוגברת של זהירות והקפדה בטרם גיבוש מסקנה בנסיבות העניין" (פסקה 21 לחוות דעתה בעניין פלונית). כפי שהובהר לעיל, במקרה בו עסקינן לא נשמרה זהירות והקפדה מוגברת זו.

28. נדבך שני בביקורתו של השופט נעם סולברג הוא שלשיתו לא נחצה במקרה שלפנינו הרף הראייתי המינימאלי, ואף איננו מצויים במקרה גבולי (ראו פסקה 36 לחוות דעתו). עם כל הכבוד, בעניין זה חולק אני על חברי. כפי שביקשתי להבהיר בחוות דעתי, וכפי שהבהיר היטב חברי השופט ג'ורג' קרא בחוות דעתו, התרשמותנו מהחומר שהונח לפתחנו – בהתאם לפרשנות שנתן לו היועמ"ש עצמו – היא שהרף הראייתי המינימאלי להעמדה לדין נחצה במקרה זה, דהיינו קיימת אפשרות סבירה (גם אם לא וודאית) כי העמדה לדין של השוטר היורה בגין הירי תוביל להטלת אחריות פלילית (דהיינו כי קיימת אפשרות סבירה שטענתו לסייג ההגנה העצמית, ובכלל זה הגנה עצמית מדומה, תדחה). ודוק, עמדת רשויות התביעה ביחס לשאלה האם מתקיים רף ראייתי מינימאלי זה היא אחד הנושאים העומדים לביקורת שיפוטית במקרה זה, ועל כן אין תמימות דעות התביעה מהווה ראיה חלוטה לנכונות עמדתה – משל היו רשויות התביעה יכולות להרים עצמן בשערות ראשן. זאת ועוד, בשים לב לאינטרס הציבורי שבהעמדה לדין במקרה דנן, ולפגמים המהותיים שנפלו בהחלטת היועמ"ש ובאופן הנמקתה, כמפורט לעיל, מוצדק לשיטתי לחרוג בעניין זה ממדיניות אי ההתערבות השיפוטית בהחלטות גורמי התביעה בעניין העמדה לדין.

29. נדבך שלישי בביקורתו של השופט סולברג הוא שעמדתי "משנה סדרי בראשית, פוגעת בעקרון השוויון, מעמידה את אנשי מערך האכיפה, בכללם גורמי תביעה, בסיכון מוגבר - ביחס לאזרחים מן השורה – להיות מואשמים בפלילים" (פסקה 37 לחוות דעתו). רחוק מכך. כפי שציינתי בפסקה 9 לחוות דעתי, נקודת המוצא המוסכמת לדיונונו היא שהעמדה לדין של אנשי כוחות הביטחון, ואנשי משטרה בכללם, בשל מעשים שעשו

במהלך פעילות מבצעית מחייבת זהירות מיוחדת. נקודת המוצא, אם כך, מצמצמת את סיכון ההעמדה לדין לו חשופים אנשי כוחות הביטחון בגין השימוש בכוח, והאתגר בעניינו הוא לקבוע גבולות ראויים למדיניות מצמצמת זו. התרגיל המחשבתי הבא ממחיש עניין זה: דמיינו בנפשכם כי המנוח היה נורה על ידי נוסעי רכב שאינם אנשי כוחות הביטחון באותן נסיבות בדיוק בהן נורה בפועל (דהיינו לאחר שתקף את רכבם בסכין, הם פרקו מהרכב והמנוח היה נוהג כפי שנהג). הניחו עוד לטובתם כי נשיאת הנשק על ידי אותם אזרחים הייתה כדין. היש ספק כי האזרח היורה, היה נחקר תחת אזהרה בנסיבות אלו? האם אין להניח כי היה מועמד לדין פלילי בגין שימוש בכוח ממית אם היה מתברר כי מסר גרסאות שאינן נכונות ביחס לנסיבות ביצוע הירי? ההתלבטות הקיימת ביחס לשוטר שירה אינה מבטאת איפה הפליה לרעה של אנשי כוחות הביטחון; היא מבטאת הצבת גבולות ראויים למדיניות הזהירה הננקטת ביחס להעמדתם לדין פלילי.

30. נדבך אחרון בביקורתו של השופט נעם סולברג הוא שגם לגישתי נותר ספק לאחר בחינת הראיות באשמתו של השוטר שירה, ומכאן הוא מגיע למסקנה כי "על הספק לבדו, אין אפשרות לבסס הרשעה בפלילים. גם אין מקום להעמיד לדין בעטיו" (פסקה 41 לחוות דעתו). לצערי בכך נקלע חברי לאותו כשל של 'עירוב תחומין' שהוא מייחס לי. קיום ספק באשמתו של אדם, לאחר ניהול משפט כהלכתו, מחייב זיכוי בדין. לעומת זאת, קיומו של ספק באשמתו של אדם לאחר בחינת עניינו בידי גורמי התביעה אינו מצדיק, כשלעצמו, החלטה שלא להעמיד לדין. הטעם לכך ברור: גורמי התביעה צריכים להחליט האם קיימת "אפשרות סבירה להרשעה". אין הם נדרשים לקבוע כי קיימת וודאות של הרשעה. ספק הקיים בעת בחינת הראיות בידי גורמי התביעה, עשוי להיות מוסר במהלך המשפט. על גורמי התביעה להעריך האם קיימת אפשרות סבירה לכך. כפי שהבהרתי, בנסיבות המקרה בו עסקינן, הערכה מוקדמת מסוג זה – דהיינו שגם לאחר בחינת הראיות באספקלריה השיפוטית יוותר ספק – ככל שהיא זו העומדת מאחורי החלטת היועמ"ש, אין לה על מה שתסמוך.

סוף דבר

31. אציע לחבריי לקבל את העתירה כאמור בפסקה 25 לעיל, ולחייב את המשיבים 2–1 בתשלום הוצאות העותר בסך 25,000 ש"ח.

השופט ג' קרא:

1. היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) החליט בערר, שלא לשנות מהחלטת מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (להלן: מח"ש) לגנוז את תיק החקירה נגד השוטרים הנילונים מחוסר אשמה.

השאלה היא האם חל בענייננו החריג לכלל אי-ההתערבות בשיקול דעת רשויות התביעה, המצדיק את התערבותו של בית משפט זה בהחלטה בערר. בעניין זה אצרף דעתי לחוות דעתו המלומדת של חברי השופט ע' גרוסקופף, כי יש להורות על העמדה לדין של המשיב 3 בגין אירוע הירי.

## העובדות

2. מדובר באירוע קשה שקיפד את פתיל חייו של חיר חמדאן ז"ל (להלן: המנוח) כתוצאה מירי שביצע המשיב 3 (להלן: השוטר היורה), לאחר שהמנוח תקף את ניידת המשטרה בה שהו המשיבים 3-7 (להלן: השוטרים) כשבידו סכין. בליל 7.11.2014, יצא צוות יס"מ בניידת סוואנה למשימת ביצוע מעצר של שני חשודים בכפר כנא. לאחר ביצוע מעצרו של העצור הראשון, בן דודו של המנוח, הניידת טעתה בדרכה ועברה פעמיים נוספות ליד ביתו של העצור הראשון. המנוח החל לרוץ לעבר הסוואנה כשהוא מחזיק סכין מטבח גדולה וכשהוא קורא קריאות "אללה אכבר". הסוואנה נעצרה והמנוח החל להכות עם הסכין על חלונות הסוואנה וניסה לפתוח את דלתות הסוואנה, שהיו נעולות (להלן: תקיפת הסוואנה). הסוואנה היא רכב ממוגן ומסיבה זו החלונות לא נשברו. השוטרים צעקו למנוח להתרחק אך משהדבר לא קרה, פתח המשיב 5 את דלת הסוואנה וירה שני כדורים באוויר. המנוח נרתע מהירי אך המשיך להכות עם הסכין על חלון הסוואנה. המשיב 5 יצא מהסוואנה עם אקדח שלוף, וכשהיה במרחק קצר מהמנוח, כיוון את אקדחו לעבר המנוח. במקביל, פתח הנהג, הוא המשיב 3, את דלת הניידת ונעמד בתוך הסוואנה עם אקדח שלוף, כך שפלג גופו העליון וידיו הפשוטות לפנים נמצאו מעל חלקה העליון של מסגרת דלת הנהג. בשלב זה, "המשיב 3 ראה את המנוח מברכיו ומעלה וזאת כיוון שמכסה המנוע של הרכב הסתיר את החלק התחתון של רגלי המנוח. המנוח היה בתנועה בזווית למשיב 3 ובמרחק של מספר מטרים ממנו. המנוח היה גם במרחק קצר מהמשיב 5 ובמגמת התרחקות מזה האחרון, והוא לא נענה להוראות השוטרים להשליך את הסכין" (סעיפים 7-8 לתשובת היועמ"ש ומח"ש לצו על תנאי מיום 29.1.2019 (להלן: תשובת היועמ"ש); "הירי בוצע כאשר רק חלק מגופו של השוטר הנהג נמצא מחוץ לניידת... למרות שהמנוח החל לפסוע אחור". החלטת מנהל מח"ש מיום 5.5.2015.

ההדגשות הוספו – ג'.ק.). המשיב 3, כשהוא עומד בתוך הסוואנה וגופו שעון על הדלת החוצה, ירה כדור בודד לכיוון המנוח. לפי התשתית העובדתית המצוינת בתשובת היועמ"ש (וכפי שיפורט בפסקה 21 להלן), המשיב 3 לא היה יכול לראות את המשיב 5 בעת הירי. המנוח נפגע מהכדור שחדר דרך המרפק השמאלי למותן שמאל ונפל על הארץ. קהל רב החל להתקרב לניידת. השוטרים גררו את המנוח הפצוע לסוואנה וחברו במהירות לצוות רפואי כדי להעביר את המנוח לקבלת טיפול. מותו של המנוח נקבע בבית החולים.

מצלמות אבטחה תיעדו את האירוע בסרטוני וידאו. באחד הסרטונים, ניתן לראות את אירוע תקיפת הסוואנה שהוביל לירי, כאשר בשל מיקומן של המצלמות, רואים את צלליתו של השוטר היורה (להלן: הסרטון). בסרטון השני ניתן לראות רק את צלליתו של השוטר היורה בעת שהוא ירה במנוח. סרטון נוסף, אותו מזכירה תשובת היועמ"ש, הוא סרטון שהתקבל בוטצאפ ובו תועד חלק מאירוע תקיפת הסוואנה והירי.

החלטת מח"ש

3. ביום 5.5.2015, נמסרה למשפחת המנוח החלטת מנהל המחלקה לחקירות שוטרים לגנוז את תיק החקירה (תיק מח"ש 6042/14) נגד המשיבים 3-7 בעילת חוסר אשמה. ההחלטה התקבלה על דעת פרקליט המדינה (להלן: החלטת מח"ש). החלטת מח"ש מתארת את פעולות החקירה שנערכו ואת הבסיס העובדתי לאירועים שקדמו לירי (מעצר בן דודו של המנוח), את תקיפת הסוואנה ואת הירי בעקבותיה. לאחר פירוט הרקע העובדתי, קבעה החלטת מח"ש כדלקמן:

"יודגש כי האירוע כולו, מרגע תחילת תקיפת המנוח את הניידת בסכין ועד לנפילתו לאחר הירי כלפיו, ארך כ-13 שניות בלבד ובנסיבות אלה, כאשר מדובר בשיקול דעת ובהחלטות המתקבלות במהירות רבה, באירוע שנלוותה אליו סכנה לשוטרים, גם טעות בשיקול הדעת אינה מבססת חשד לעבירה פלילית, מבלי שייקבע כי אמנם הייתה כזו. [...]

בנסיבות אלה טענת השוטר היורה כי ירה במנוח כדי לנטרל אפשרות של פגיעה אפשרית בחברו שעמד במרחק קצר מאוד מהתוקף, הינה סבירה, ולמצער לא ניתן יהיה לסתור אותה ברמת הודאות הנדרשת במשפט פלילי. [...]

הירי שבוצע, מקים ליורה, לכל הפחות בהיבט הסובייקטיבי, את סייג ההגנה העצמית, ומלמד כי בנסיבותיו המיוחדות של האירוע, לא דבק חשד סביר לאשם פלילי בשוטר היורה, שפעל בדוחק השעה, בסיטואציה מורכבת, וקיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שנכרך בסכנת חיים, אשר ארך כולו שניות ספורות". (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

החלטת מח"ש ציטטה מבג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.7.2014) (להלן: עניין ג'ילאני), כפי שיידון להלן.

4. הנה כי כן, ההנמקה העולה מהחלטת מח"ש מתבססת על הגנה עצמית (ולפחות מדומה). עמדת מח"ש הייתה כי על פניו השימוש בכוח נעשה כדין ובמסגרת סמכותם של השוטרים, באופן שלא הקים חשד לביצוע עבירה פלילית, ומכאן שלא נמצאה עילה לחקור את השוטרים באזהרה בשלב ראשוני זה, אלא נגבו מהם הודעות פתוחות (סעיף 18 לתשובת היועמ"ש). תשובת היועמ"ש הדגישה כי "הערכה ראשונית זו לא השתנתה גם לאחר איסוף כלל הראיות וניתוחן במסגרת הבדיקה הממצה והיסודית שנערכה על ידי מח"ש בהמשך, ומשכך סברו הגורמים הרלוונטיים כי לא נמצא שיש צורך לחקור את השוטרים באזהרה".

הערר וההחלטה בערר

5. ביום 4.6.2015, הגיש אביו של המנוח ערר על החלטת מח"ש לסגור את תיק החקירה (להלן: הערר). שנתיים חלפו מבלי שניתנה החלטה בערר, למרות פניות חוזרות של מגיש הערר. ביום בו הגיש העורר עתירה לבית משפט זה למתן החלטה בערר, ושנתיים לאחר הגשת הערר, ניתנה ההחלטה בערר ביום 14.6.2017 (להלן: ההחלטה או ההחלטה בערר). ההחלטה בערר דחתה את הערר על החלטת מח"ש. ההחלטה בערר היא קצרה, בת כשלושה עמודים. בטרם ניתנה ההחלטה, גיבשה מחלקת עררים בפרקליטות המדינה חוות דעת מטעמה שהועברה ביום 23.11.2015 ללשכת פרקליט המדינה ובהמשך ללשכת היועמ"ש (בסעיף 25 לתשובת היועמ"ש).

6. ההחלטה בערר מודיעה לעורר כי היועמ"ש בחן את הערר ואת חומר הראיות בתיק וכי היועמ"ש לא מצא לנכון לשנות מהחלטת מנהל מח"ש שהתקבלה על דעת פרקליט המדינה, לסגור את תיק החקירה נגד השוטרים בעילה של חוסר אשמה. ההחלטה בערר קובעת כדלקמן:

"מעיון בתיק החקירה עולה כי לצורך בירור מקיף ויסודי של עובדות האירוע ביצעה המחלקה לחקירות שוטרים פעולות חקירה רבות, לרבות תפיסה של סרטוני מצלמות האבטחה וניתוחם, גבייה של הודעות ממעורבים ועדי ראיה ובהם תושבי הכפר ובני משפחת המנוח, ניתוח של ממצאים וראיות מזירת האירוע ע"י מומחים, וביצוע שיחזור של האירוע וניתוחו על ידי מומחה.



מניתוח כלל חומר הראיות שנאסף, לא נמצא אשם פלילי בהתנהלות השוטר היורה, שפעל בדוחק השעה, בסיטואציה מורכבת, ואשר קיבל החלטה מהירה באירוע מתגלגל שארך שניות ספורות ואשר העמיד את השוטרים בסכנת חיים ממשית" (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

ההחלטה מתארת בהרחבה את עובדות אירוע הירי, הרקע לו וכיצד הוא הסתיים. ההנמקה להחלטה והבסיס המשפטי לה קובעים כי:

"מכלל חומר הראיות עולה כי השוטרים חשו סכנת חיים ממשית וזאת בשל התנהגות המנוח, קריאות 'אללה אכבר' שצעק, דקירות הניידת בסכין, המרחק הקצר מאד בין השוטרים לבין המנוח, והעובדה שלמרות צעקות השוטרים והירי ההרתעתי באוויר, לא נסוג המנוח ולא השליך את הסכין מידו. בנסיבות אלו טענת השוטר היורה (הנהג נאור) כי הוא ירה לכיוון החלק התחתון של המנוח על מנת לנטרל חשש לפגיעה אפשרית בשוטר בן שעמד במרחק קצר מאד מהמנוח הינה סבירה, ואינה מקימה אחריות בפלילים. ויודגש כי מדובר בסיטואציה מורכבת, שבה נשקפה לשוטר היורה וליתר השוטרים סכנת חיים, והם נדרשו לקבל החלטה מהירה תוך שברירי שניות" (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

לאחר ניתוח משפטי זה, ההחלטה מפנה לעניין ג'ילאני הדן בפעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון במצבי לחימה.

העתירה המתוקנת

7. לאור מתן ההחלטה בערר, הגיש העותר עתירה מתוקנת ביום 15.10.2017, להורות ליועמ"ש ליתן טעם מדוע נדחה הערר. לאחר קבלת תגובה מקדמית מהמדינה וקיום דיון בעניין, בית משפט זה הוציא צו על תנאי כמבוקש. תשובת היועמ"ש ומח"ש הוגשה ביום 29.1.2019. דיון נוסף התקיים בפנינו ביום 18.2.2019 ובו הוצג שוב הסרטון המתעד את השתלשלות האירוע.

8. בעקבות מתן הצו על תנאי, התקיימו שתי ישיבות בראשות היועמ"ש ובפורום בכיר ורחב הכולל, בין היתר, את פרקליט המדינה, משנים ליועמ"ש וגורמים מקצועיים בכירים נוספים (להלן: הישיבות המאוחדות) (ראו: סעיפים 4 ו-31 לתשובת היועמ"ש). המדינה טענה כי בישיבות אלו נבחנו פעם נוספת אירוע הירי ואופן הטיפול בו והוחלט שלא לשנות מההחלטה לפיה אין להעמיד לדין את השוטרים.

9. לעמדת המדינה, אין עילה להתערבות בית משפט זה בהחלטה לפיה אין להעמיד לדין פלילי את השוטרים בגין מות המנוח מכיוון שהתנהלות השוטרים אינה מקימה אחריות בפלילים. ההחלטה התקבלה לאחר בחינה יסודית ומלאה של כלל הראיות בתיק; ההחלטה מנומקת ומפורטת; תחושת סכנת החיים הממשית שאפפה את האירוע מעלה שהשוטרים חששו באופן סובייקטיבי כי יש סכנה ממשית לחייהם ובייחוד למשיב 5 שעמד במרחק קצר מהמנוח; מדובר באירוע מבצעי בו תקף המנוח את השוטרים ואשר ארך כולו שניות בודדות.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית לעניין התערבות בשיקול דעתן של רשויות התביעה

10. מושכלות ראשונים הן כי רשויות התביעה מוסמכות להעמיד לדין פלילי וכי סמכות זו היא בליבת סמכויותיו של היועמ"ש. שיקול דעתם של היועמ"ש ושל רשויות התביעה בתחום ההעמדה לדין פלילי (ואף בדבר פתיחה בחקירה פלילית) הוא רחב ביותר ומכך נגזר גם המנעד הרחב של מתחם הסבירות של החלטות אלו.

סמכות גופי התביעה להחליט על העמדה לדין קבועה בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לשם כך, נדרש קיומם של שניים: ראשית, 'סיכוי סביר להרשעה', כלומר דיות הראיות (ראו, למשל: בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, בפס' 20 (15.8.2017) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)). מדובר בהתרשמות ובהערכה של חומר הראיות, הכולל את הערכת התובע את מידת התרשמותו הצפויה של בית המשפט מהראיות וכן שקילת שיקולי מדיניות רוחביים. שנית, קיומו של "עניין לציבור" (ראו: הנחיית פרקליט המדינה מספר 1.1, אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין").

11. הלכה פסוקה ומושרשת היא כי התערבותו של בית משפט זה בשיקול דעתן של רשויות התביעה בסוגיות העמדה לדין פלילי היא מצומצמת ביותר, אך היא אפשרית ואף מיושמת (ראו, למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 750-756 (2010)). בית משפט זה יתערב כאשר ההחלטה לוקה בעיוות מהותי או בחוסר סבירות קיצוני (להלן: כלל אי-ההתערבות וחריגיו) (ראו, למשל: בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995) (להלן: עניין אישה)), בו נקבע כי בית המשפט הגבוה לצדק

יתערב, בין היתר, בהחלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; בהחלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי או בעיוות מהותי; ובהחלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין).

12. להלן מספר דוגמאות למקרים בהם בית משפט זה מצא כי מוצדק להתערב בהחלטות רשויות התביעה: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 511-509, 528 (1990), בו קבע בית המשפט כי החלטת היועמ"ש שלא להעמיד לדין את מנהלי הבנקים ואת רואי החשבון של הבנקים מחמת העדר עניין לציבור – היא החלטה בלתי סבירה באופן מהותי; בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (ניתן 1.7.2009) (להלן: עניין אבו רחמה), בו נדונה שאלת האינטרס הציבורי בהתאמת הנורמה הפלילית הראויה לנסיבות העובדתיות המתוארות בכתב האישום. באותו עניין, התביעה הצבאית הגישה כתב אישום נגד מג"ד וחייל, המייחס להם עבירה יחידה של התנהגות שאינה הולמת. נקבע, כי נדרש מיתאם בין ליבת המעשים (מערכת העובדות) לבין סעיפי האישום בעוד שבאותו עניין היה פער כה עמוק העולה כדי פגם מהותי בכתב האישום ואשר לא שיקף את מהות העבירה ואת חומרתה. נקבע, כי ההחלטה להעמיד לדין בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, שהיא עבירה קלה, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. עובדות האירוע שיקפו כשל ערכי-מוסרי עמוק של המג"ד והחייל – הם התאכזרו והתעללו בעצם ניסיונם להפחיד אדם כפות-ידיים וקשור-עיניים, בדרך של איומים ממשיים שהיו מכוונים להפחידו שהוא עומד להיות קרבן ירי מטווח קרוב; וכן בג"ץ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי (14.4.2002), בו נקבע כי יש "עניין לציבור": החלטת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר) העבירה מסר מוטעה למשרתים בצה"ל ולכלל הציבור כאילו אין פגם בהתנהגותו של קצין שקיים במסגרת הצבאית מערכת יחסים מינית עם אחרת התלויה בו ישירות מבחינת מקצועית. לפיכך, יש אינטרס ציבורי לברר האם הוא ניצל יחסי מרות. יוער, כי הדין לעניין התערבות שיפוטית בהחלטות הפצ"ר דומה לדין באשר להתערבות בהחלטות היועמ"ש (ראו, למשל, עניין אישה, בעמ' 870-871).

להתערבות בסוגיית דיות הראיות, ראו: 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.2.2017) (להלן: עניין פלוני), בו היועמ"ש ומח"ש החליטו לסגור את תיק החקירה בעילת חוסר ראיות. העותר טען למסכת קשה של התעללות בעת ששהה במשמורת חוקית בתחנת משטרה. בית המשפט קיבל חלקית את העתירה לגבי האפיזודה הנטענת לפיה השוטר הטיל את מימיו על העותר כדי להשפילו. אותו שוטר מסר הודעה, לאחר שהכחיש קודם לכן במשך מספר חודשים, כי התרחש אירוע חריג שקשור לטענות העותר. נקבע,

כי בהינתן גרסה זו ראוי להעמידה לבחינת בית המשפט. בית המשפט הורה ליועמ"ש להעמיד את השוטר לדין בגין מעשים אלו.

13. כלל אי-ההתערבות וחריגיו משקף את התפיסה לפיה בג"צ אינו פועל כ"יועץ משפטי-על" ואין הוא מקבל החלטות במקום היועמ"ש או בוחן את נכונותן. בית המשפט איננו יושב כערכאת ערעור על החלטות היועמ"ש. מומחיותן ומקצועיותן של רשויות התביעה אינן מוטלות בספק במקרה הכללי. סמכותו של בג"צ מוגבלת ומגודרת לבחינה מינהלית של ההחלטה שקיבל היועמ"ש (או גופי התביעה, לפי העניין).

מסיבות אלו, מרחב ההתערבות בפן הראייתי הקשור להעמדה לדין נחשב צר, להבדיל ממרחב ההתערבות לגבי האינטרס הציבורי, הוא הפן הערכי-נורמטיבי הקשור בהעמדה לדין ושם נכונות בית המשפט להתערב בהחלטות גופי התביעה הייתה באופן מסורתי רבה יותר (ראו: שם; עניין אבו רחמה, בפס' 84; בג"ץ 5817/08 עדאמין נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס' 12 (10.07.2011) (להלן: עניין עדאמין)).

ההחלטה בערר סוטה משמעותית ממתחם הסבירות

14. אני סבור כי יישומה של ההלכה הפסוקה בדבר כלל אי-ההתערבות וחריגיו, לאור טיבו המיוחד של המקרה הנוכחי, מצדיק ואף מחייב התערבות שיפוטית. ההחלטה בערר, לפיה יש לסגור את התיק בעילת חוסר אשמה, היא בלתי סבירה באופן מהותי. החלטה מינהלית סבירה היא החלטה אשר במסגרתה נשקלו מכלול השיקולים הרלוונטיים ואשר נתנה את המשקל ההולם לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. ההחלטה בערר אינה עומדת באמות מידה אלו. מסקנה זו בדבר החריגה המשמעותית של ההחלטה בערר ממתחם הסבירות, עולה מההחלטה בערר, מתשובת היועמ"ש ומעיון בשתי הודעות השוטר היורה. לפיכך, לעמדתי יש להורות על העמדתו לדין של השוטר היורה בגין הירי שגרם למותו של המנוח.

נבחן כעת את (אי) סבירות ההחלטה בערר ואת הפגמים המהותיים שדבקו בה:

על אף שהליך הבדיקה המקדימה חשף סתירות לכאורה שעלו מהגרסאות שמסרו השוטרים, גורמי האכיפה לא פתחו בחקירה פלילית

15. השוטרים לא נחקרו כחשודים (באזהרה) מכיוון שבשלבם ראשוניים של הבדיקה המקדימה "על פניו השימוש בכוח נעשה כדין ובמסגרת סמכותם של השוטרים,

באופן שלא הקים חשד לביצוע עבירה פלילית... (סעיפים 18 ו-45 לתשובת היועמ"ש). המדינה טוענת כי בפועל בוצעו פעולות חקירה מקיפות (בפרק ב' לתשובת היועמ"ש; החלטת מח"ש), לרבות: גביית הודעות השוטרים כהודעות פתוחות; גביית הודעת בן דודו העצור של המנוח שהיה בניידת בעת קרות האירוע ועדויות עדי ראייה נוספים; דו"ח מד"א; חוות דעת מומחה מטעם המכון לרפואה משפטית מיום 22.12.2014, לפיה הקליע פגע במרפק השמאלי כאשר כיוון תעלת הקליע היה "ימינה, קדימה ומעט מטה"; חוות דעת מומחה מז"פ מיום 4.1.2015, לפיה, בין היתר, כיוון הירי היה משמאל לימין, מעט מלמעלה כלפי מטה ומעט מאחור לפנים וכי השוטר היורה לא יכול היה לראות את המשיב 5 ואת המנוח כשהם נמצאים מימין לרכב מקו מישור השמשה הקדמית ולאחור וזאת עד לחשיפת המנוח בקו הראייה של השוטר היורה בסמוך לירי. עוד נמצא כי הנפת ידו הימנית של המנוח האוחזת בסכין הייתה עם הפגיעה בו, ולא לפניו וכן נקבע כי בתחילה ראה השוטר היורה את המנוח רק מהברך ומעלה (להלן: חוות דעת מומחה מז"פ); וכן חוות דעת מעבדת סימנים וחומרים במז"פ מיום 25.12.2014.

16. בשנת 2015 פורסמה הנחיית יועמ"ש חדשה על הליך הבדיקה המקדימה, לפיה במסגרת בדיקה מקדימה לא תיגבה הודעה פתוחה של מושא הבדיקה כל עוד מדובר בבדיקה מקדימה ולא בחקירה, אלא בנסיבות מיוחדות ובאישור פרקליט המדינה או היועמ"ש (הנחיות היועמ"ש מספר 4.2204, "בדיקה מקדימה" (2015), סעיף 16 (להלן: הנחיית הבדיקה המקדימה)). הנחייה זו מסבירה כי הבדיקה המקדימה משמשת כלי עזר לצורך קבלת החלטה האם לפתוח בחקירה או לסגור את התיק. אם בעקבות הבדיקה לא נתגבש חשד סביר לביצוע עבירות פליליות, אין הצדקה לפתוח בחקירה פלילית והתיק ייגנז (שם, בסעיף 4). ההנחיה מציינת כדוגמא, כי מצב בו יש אפשרות ממשית להתקיימותו של סייג לאחריות פלילית או למימושה עשוי להצדיק הליך של בדיקה מקדימה חלף סגירת התיק (שם, בסעיף 9). ההנחיה קובעת גם כי:

"יתכנו מקרים בהם עולה צורך לנקוט בהליך של בדיקה מקדימה, הן בשל תשתית ראייתית חלשה אל מול עניין ציבורי רב בבירור התלונה, והן בשל ההשלכות הציבוריות הכרוכות בהחלטה על פתיחה בחקירה. כך, למשל, כאשר מדובר בתלונות על אלימות שוטרים, סוהרים או חיילים וכיו"ב, מקום שבו קיימת אפשרות ממשית שנעשה שימוש כדין בכוח וכאשר פתיחה בחקירה פלילית כנגד נילונים אלה עלולה לגרום להרתעת יתר של הנמנים עם אותו גוף אליהם הם משתייכים..." (שם, בסעיף 12)

עם זאת, הנחיית הבדיקה המקדימה קובעת במפורש כי "הבדיקה אינה מתנגשת עם מטרות הדין הפלילי, שכן היא אינה מהווה תחליף לחקירה מקום שזו נדרשת" (שם, בסעיף 22). גם בבג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועמ"ש (12.12.2017) (להלן: עניין אבו גוש), נקבע כי אין חובה כללית על התביעה להורות על פתיחה בחקירה פלילית וכי אין פגם בעריכת בדיקה מקדימה כאמצעי מסייע לתביעה להחליט האם יש לפתוח בחקירה (שם, בפס' 38). באותו עניין, נקבע כי בוצעו במסגרת הבדיקה המקדימה פעולות חקירה ענייניות ומקצועיות שהניבו תשתית ראייתית אמינה (בניגוד לתשתית שהניבה הבדיקה המקדימה בעניינו, כפי שיוסבר כעת).

17. הנה כי כן, על פי הקבוע בהנחיית הבדיקה המקדימה, בהתאם לתוצאותיה של הבדיקה המקדימה מתבקשת החלטה האם לפתוח בחקירה פלילית. חברי השופט נ' סולברג קיבל את עמדת המדינה וקבע כי מבחינה מהותית, הבדיקה המקדימה שערכה מח"ש התנהלה כמו חקירה לכל דבר ועניין. דעתי שונה. בעניינו, עולה בחריפות השאלה האם לא נכון היה, בעקבות תוצאות הבדיקה המקדימה ועם התגלות הסתירות לכאורה שעלו מהגרסאות שמסרו השוטרים "בהודעה פתוחה", להבדיל מחקירה באזהרה (כפי שיפורט להלן בפסקאות 21-22), להורות על פתיחה בחקירה פלילית ולחקור את השוטרים באזהרה, תוך נקיטת פעולות חקירה אפשריות נוספות, כגון בדיקת פוליגרף, האזנות סתר, עימות עם עדים אחרים (השוו: סעיפים 15-16 להנחיית הבדיקה המקדימה, אשר קובעים אלו פעולות ניתן לבצע בהליך הבדיקה מקדימה ואלו פעולות ניתן לבצע בחקירה פלילית בלבד). אכן, תוצאות הבדיקה המקדימה הקימו לכאורה חשד לביצוע עבירה פלילית בשל הסתירות שעלו מהגרסאות שמסרו השוטר היורה והמשיב 5. במהלך הבדיקה המקדימה נתגלו לפני מח"ש הסתירות לכאורה בעניינים המרכזיים שיכולים לבסס את טענת ההגנה העצמית של השוטר היורה, כפי שעלו מהסרטון ומהקביעות העובדתיות שגופי התביעה אימצו על בסיסו ועל בסיס חוות הדעת שניתחו אותו. לכן, החלטת מח"ש שלא לפתוח בחקירה פלילית חרף התמיהות המשמעותיות העולות מממצאי הבדיקה המקדימה – נראית כהחלטה בלתי סבירה. הימנעותה של מח"ש מפתיחה בחקירה מהווה מחדל מהותי. ההחלטה בערר סומכת עצמה על התשתית הראייתית כפי שנקבעה בהליך הבדיקה המקדימה, שהיא תשתית ראייתית חלקית וחסרה מפני שמח"ש הייתה צריכה לקבוע את התשתית הראייתית לאחר ביצוע חקירה, ולא להסתפק בבדיקה מקדימה. בשונה מעניין אבו גוש, בעניינו, הערכה עתית סבירה של התשתית הראייתית הייתה מגבשת מסקנה לפיה יש פעולות נוספות שניתן לנקוט בהן כדי לקבל תשתית ראייתית מלאה ומקיפה (בסעיף 18 להנחיית הבדיקה המקדימה). אכן, "תנאי מוקדם לקבלתה של החלטה מינהלית תקינה הוא הביסוס העובדתי לה" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 439 (2009) (להלן: ברק-ארז)). כדי לעמוד בדרישה זו,

מוטלות על הרשות הן החובה לאסוף ראיות והן החובה לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות (שם, בעמ' 440). התשתית הראייתית שהתגבשה בענייננו היא חסרה לכאורה בעוד לו היה מתבצע המעבר לחקירה ב"זמן אמת", היא הייתה יכולה להיות אפקטיבית. לכן, אין די בעצם הטענה של המדינה, לפיה נעשו פעולות רבות. ההחלטה בערר שלא להעמיד לדין את השוטרים, התבססה על תשתית ראייתית חסרה וחלקית ומשכך נפל בהחלטה בערר פגם מהותי.

#### הישיבות המאוחרות

18. המדינה הבהירה בתשובה מטעמה כי נערכו הישיבות המאוחרות לאחר שניתן הצו על תנאי. מסיבה זו, חברי השופט סולברג סבור כי שאלת ההעמדה לדין נבחנה "חזר ובחון על כל צדדיה והיבטיה – פעם, פעמיים ושלוש. הגורמים המקצועיים האמונים על כך, נדרשו לחומרי החקירה השונים, ניתחו אותם, עיינו וליבנו; לבסוף התייצבה על-ידם התמונה העובדתית הבאה...: החלטת היועץ המשפטי לממשלה התקבלה באופן מקצועי, לאחר הליך ארוך ומורכב גורמי המקצוע שקדו על הראיות הרבות והמגוונות שנאספו לפניהם, הפכו בהן, טוו אותן, העמידו אותן זו מול זו, וציירו לפניהם את תמונת האירוע. על בסיסה, קיבל היועץ המשפטי לממשלה את החלטתו...". בנסיבות המקרה, אינני יכול להצטרף לדברים אלו.

19. בבג"ץ 7487/15 ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה (25.1.2016), נדונה היעדרה של החלטה מינהלית כתובה של מנכ"ל משרד ראש הממשלה. נקבע, כי (בפס' 22 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן):

"ראוי שהחלטה מינהלית, בפרט החלטה דוגמת זו שלפנינו, תועלה על הכתב מבעוד מועד. אמנם במקרה דנן התשתית העובדתית והמקצועית העומדת בבסיס ההחלטה, כמו גם ההחלטה עצמה והשיקולים שעמדו בבסיסה, הוצגו בפירוט בתגובה מטעם המדינה, וזו נתמכה – בין היתר – בתצהירו של מנכ"ל משרד ראש הממשלה. אולם כאשר מדובר בהפעלת סמכות מכוח החלטת ממשלה, ובפרט נוכח ההיבטים המורכבים שעמדו על הפרק, היה מקום לכך שההחלטה תינתן בכתב" (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

ובפסק דינה של הנשיאה א' חיות (שם):

"בעיניי סדרי מינהל תקינים חייבו כי החלטה מנהלית מן הסוג שקיבל מנכ"ל משרד ראש הממשלה במקרה דנן,

תינתן בכתב. במקרה דנן הובא תוכן ההחלטה בפני בית- המשפט ובפני העותרים על דרך של שילובה בכתובים לראשונה בתגובה שהגישה המדינה בעתירות אלה, והגם שאותה התגובה נתמכה בתצהירו של מנכ"ל משרד ראש הממשלה – לא זו הדרך. יתרה מכך, במהלך הדיון שהתקיים בפנינו התברר עוד כי אין בנמצא פרוטוקול המתעד את הדיון שהתקיים בפני מנכ"ל משרד ראש הממשלה טרם קבלת אותה ההחלטה. בנסיבות אלה, אין מנוס מן המסקנה כי האופן שבו תועדו הדיון וכן ההחלטה הנ"ל לוקה בחסר ומן הראוי להבטיח כי ליקויים מסוג זה – אף שבמקרה דנן סברנו כי אין בהם כדי להשפיע על התוצאה שאליה הגענו – לא יישנו".

דברים אלו כמו נכתבו לענייננו. ראו גם: בג"ץ 6241/14 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (5.5.2016), בו נקבע כי תהליך קבלת ההחלטה של היועמ"ש שלא לפתוח בחקירה מעורר קושי בהעדר תיעוד באשר לדיון שקיים בעניין זה או באשר להחלטה שנתקבלה. נקבע, כי יש פגם בכך שבתגובת הפרקליטות לעתירה פורטו לראשונה הנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטה.

20. מסיבות אלו, אין בקיומן של הישיבות המאוחרות כדי "למרק" את הפגמים שנפלו בהליך המינהלי, משום שלא ניתן לדעת אם אכן סוגיית ההעמדה לדין נבחנה בכושר ראש ונשקלה שוב. המדינה טענה כי עמדת היועמ"ש נבחנה שוב בישיבות המאוחרות, אך המדינה נמנעה מלספק פרטים נוספים על הישיבות או על תוכנן, כמו באמצעות החלטה בכתב או קיומו של פרוטוקול. לפיכך, אין בידינו ללמוד מה התרחש במהלכן. עצם עריכתן של הישיבות המאוחרות אינו מהווה "חותמת הכשר" אוטומטית להחלטה בערר, על אף שהישיבות נערכו בפורום משתתפים מקצועי ובדרג בכיר.

בהחלטה בערר לא ניתן המשקל המתאים לסתירות לכאורה שעלו מהגרסאות שמסרו השוטרים

21. השוטר היורה מסר בגרסתו תחילה שהוא חשש לחיי חברו השוטר (המשיב 5) מכיוון שהמנוח התקדם לכיוונו של המשיב 5, תוך שהוא מחזיק סכין וצועק אללה ואכבר. שאז "בשלב זה ביצעתי ירי בפלג גופו העליון של החשוד כדור אחד על מנת למנוע פגיעה בשוטר בן ובשלמותו על פי חוק" (שורות 33-34 להודעת השוטר היורה מיום 8.11.2014. ההדגשה הוספה – ג.ק.). במועד שבו השוטר היורה מסר גרסה זו, הוא לא היה מודע לקיומו של הסרטון שתיעד את האירוע. מנגד, לפי הסרטון, וכפי שמודה המדינה, המנוח החל להתרחק מהניידת המשטרתית ומהמשיב 5 (סעיף 49 לתשובת היועמ"ש).



לאחר שהשוטר היורה צפה בסרטון, הוא מסר בגרסתו השנייה מיום 9.11.2014 ובניגוד למה שמסר בגרסה הראשונה באשר למקום בגופו של המנוח אליו כיוון את הירי, כי "בשלב זה ביצעתי ירי של כדור אחד לאזור כמה שיותר למטה, לא כיוונתי לראש או למרכז מסה. לא התכוונתי להרוג אותו" (שורות 32-33 לגרסה השנייה. ההדגשה הוספה – ג'.ק.), השוטר היורה ממשיך ומסביר את כיוון הירי "כמה שיותר למטה" בזווית הירי שלא אפשרה לו לראות את רגליו של המנוח: "לא יכולתי, מכסה המנוע די, אני כיוונתי כמה שיותר למטה, לא יכולתי לראות את כפות הרגליים שלו או הברך שלו" (שורות 84-86 לגרסה השנייה). בגרסתו השנייה מסר השוטר היורה גרסה השונה מהגרסה שמסר גם בעניין הנפת ידו של המנוח עם הסכין בטרם ביצוע הירי כלפיו, משטען כי המנוח הניף את ידו כך שהיה נראה שבכוונתו לדקור בסכין את חברו המשיב 5 ובשלב זה הוא ירה את הכדור כדי לנטרל את המנוח (סעיף 49 לתשובת היועמ"ש). בניגוד לגרסה זו, ניתוח הסרטון העלה כי הנפת היד של המנוח, שנעשתה לפי גרסת השוטר בטרם נפל המנוח מפגיעת הכדור, נעשתה למעשה בעקבות הירי וכתוצאה ממנו. ההחלטה בערר אימצה קביעה עובדתית זו.

המשיב 5 מסר גרסאות דומות לגרסאות שמסר השוטר היורה (שם). גם הוא טען תחילה כי המנוח נע לכיוונו לפני שנורה בידי השוטר היורה. לאחר שצפה בסרטון, הוא טען כי המנוח הניף את ידו עם הסכין טרם הירי.

מכאן עולה, כי הגרסאות שמסרו השוטר היורה והמשיב 5 – אינן תואמות את התשתית הראייתית שאומצה בהחלטה בערר וכן יש לכאורה סתירות פנימיות בגרסאות של השוטר היורה. השוטרים התבקשו להסביר תהיות וטענות בגרסאות שמסרו שעל פני הדברים לא עלו בקנה אחד עם הנראה בסרטון. כאמור, השוטר היורה והמשיב 5 טענו שהמנוח התקרב למשיב 5 בעוד שהסרטון מראה שהמנוח התרחק מהניידת לאחר שהמשיב 5 יצא ממנה, ואז מסרו השוטר היורה והמשיב 5 שהירי בוצע לשם נטרול המנוח לאחר שהמנוח הניף את ידו עם הסכין לכיוון השוטרים. אך גם גרסה זו התגלתה כלא נכונה משום שהנפת היד התרחשה בעקבות הירי. בנוסף, המשיב 3 טען במפורש שהוא ירה בפלג גופו העליון של המנוח, בעוד לאחר מכן טען שהוא לא יכול היה לראות את ברכי המנוח ולכן הוא ירה "כמה שיותר למטה".

יש לזכור בהקשר זה כי שוטרים הם משרתי ציבור, וכשהם מוסרים גרסה בחקירה או בהליך הבדיקה המקדימה בדבר חשד למעורבותם בעבירה בה נקטלו חיי אדם (ובפרט כשהדבר אירע במסגרת תפקידם), מצופה כי מהימנותם תהיה גבוהה. ויודגש, כי הספיקות לעניין מהימנותם של השוטרים נחשפו בשל קיומם של סרטונים שתיעדו את

האירוע (השוו: באופן דומה, בעניין אבו רחמה, האישום נולד לאחר שהתפרסם סרטון וידאו שצילמה עדת ראייה שצפתה בהתרחשות מחלון ביתה. שם, בפס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

22. הנה כי כן, מציאתן של הסתירות הנ"ל, אשר עולות באופן אחיד משתי הגרסאות שמסרו השוטר היורה והמשיב 5 – מעלות שאלות ממשיות לעניין מידת מהימנותו של השוטר היורה, כמו גם לעניין מידת מהימנותו של המשיב 5 אשר מסר גרסה דומה לגרסת השוטר היורה בעניין ההתקרבות ובהמשך לאחר שעומת עם הסרטון ביקש למסור גרסה דומה לגרסתו ה"מזכה" של השוטר היורה בעניין הנפת היד טרם הירי. שניהם מסרו גרסאות התומכות זו בזו והיוצרות מצג המאפשר לכאורה לטעון לקיומו של סייג ההגנה העצמית. גרסאות השוטרים נוגעות לסוגיות רלוונטיות (לא כל שכן מרכזיות) להחלטה בערר – תחושת הסכנה הממשית שחש השוטר היורה בטרם ירה במנוח כהגנה עצמית, ולו "מדומה". לצורך בירור סוגיה זו, גרסאות השוטרים ומהימנותן הן קריטיות. כך, המדינה טוענת שהייתה סכנה מידית שכן המנוח לא הרפה מהסכין במשך כל האירוע לאחר שתקף את הסוואנה, למרות קריאות האזהרה והירי באוויר. לעניין זה, תיתכן נפקות משפטית לכך שהנפת יד המנוח שאחזה בסכין הייתה "עם הפגיעה" מהכדור וכתוצאה מכך (בסעיף 59 לתשובת היועמ"ש), שכן הדבר יכול להשפיע על המסקנה האם יוכל השוטר היורה לבסס טענת הגנה עצמית סובייקטיבית. אכן, הסתירות שהתגלו ושהיועמ"ש מודה בקיומן בתשובה מטעמו, מעלות שאלות ותהיות לגבי אמינותו של השוטר היורה כמו גם לגבי אמינותו של המשיב 5. פגיעה במהימנותם יש בה כדי להשליך על מידת המהימנות שבית המשפט עשוי לייחס לגרסתם הנוגעת לטענת ההגנה העצמית.

העדר הנמקה מפורטת

23. בבג"ץ 4379/09 אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה, בפס' 27-28 (5.8.2010), נקבע כדלקמן:

"חוות הדעת מנומקת ומפורטת כדבעי. היא פורשת את השתלשלות העניינים, את החשדות ואת הממצאים שניתן להעלות מחומר הראיות. היא בוחנת את המישורים השונים בהם נמצא כי המשיב 2 [מר אהוד אולמרט – ג.ק.] פעל בניגוד עניינים ודנה במשמעות הממצאים לאור המסגרת הנורמטיבית כפי שהותוותה בעניין שבס. בחוות הדעת לא חסך המשיב 1 לא בתיאור הקשיים והלבטים, לא בהצגת העניינים בהם מצא כי המשיב 2 פעל שלא כהלכה. ההחלטה מציגה את היש ואת האין – את הראיות שנמצאו, לצד החוסרים הראייתיים, תוך הסבר

מפורט מדוע לשיטת המשיב 1 אין די בראיות שנאספו כדי לעמוד ברף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום. לא מצאתי בטיעוני העותרת הצדקה להתערבותנו בהחלטת המשיב 1 " (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים (23.8.2007) דן במקרה של התרשלות במהלך ביצוע פעילות מבצעית כאשר שני צעירים עסקו בפעולות אבטחה ונהרגו מאש חיילי צה"ל שאיתרו מבוקשים וזיהו אותם בטעות כמחבלים. באותו מקרה (שלא כבענייננו) נפתחה חקירה פלילית שנוהלה באופן מקיף ופרטני. וכך נקבע:

"המשיב 2 [היועמ"ש – ג'.ק.] התייחס בהחלטתו בהשגה לסתירות ולתהיות עליהן הצביעו העותרים בכמה מן העדויות ותשובותיו להן ענייניות, סבירות והגיוניות, ובכל מקרה סתירות אלה אין בהן כדי ללמד על כך שחקירת המשיב 4 לא ירדה אל שורש האמת, או כי התעלמה מקשיים שהתעוררו בה. חלק מן הסתירות הנטענות, נראה כי הן תוצאה של הבלבול והמתח ששררו בזמן אמת ושל המהירות בה קרו הדברים... בחקירות מעין אלה יש איפוא להתבונן על הדברים כמכלול, ואי הידרשות לכל פרט ופרט, כל עוד אין מדובר בפרט קריטי, אין בה כדי להצביע על חקירה בלתי ממצה" (שם, בפס' 20. ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

24. בניגוד לפסיקה המתוארת לעיל, במקרה דנן ההחלטה לא תיארה את הקשיים והלבטים הקיימים בתיק, לא התמודדה עם הראיות בתיק והיא איננה מציגה "את היש ואת האין". ההחלטה בערר (וכן החלטת מח"ש) התעלמה מהסתירות שהתגלו בבדיקה המקדימה שנערכה וכנגזרת מכך מהשאלות שהן העלו ביחס למהימנותם של השוטר היורה ושל המשיב 5. ההחלטה גם לא הסבירה מדוע עצם קיומן של הסתירות אינו משפיע על המסקנה המשפטית. כלומר, גם אם השאלות שנשאלו בבדיקה המקדימה היו שאלות "נכונות", הלכה למעשה, רשויות התביעה לא לקחו בחשבון את המשמעות שעולה מהתשובות שסיפקו השוטרים: גרסאות השוטרים לכאורה לא עלו בקנה אחד עם חוות דעת מומחה מז"פ, עם הנראה על פניו בסרטון ועם התשתית העובדתית-ראייתית כפי שנקבעה בהחלטה בערר. גרסאות אלו נוגעות לפרטים הרלוונטיים לאירוע הירי ואשר על בסיסם התקבלה החלטת היועמ"ש שלא להעמיד לדין את השוטר היורה. התעלמות זו מהסתירות עולה כדי פגם מהותי בהחלטה ומהווה ליקוי היורד לשורשו של עניין. ההחלטה לא נתנה את המשקל המתאים לשיקול רלוונטי שהיה הכרחי לשקול, אלא ניתן משקל מועט מדי בהחלטה לסתירות שהתגלו.

השוו לנסיבות הקרובות לענייננו: גם בעניין פלוני, בית המשפט קבע כי "יתכן וניתן לראות בדברים אלו של המשיב 4 ראשית הודאה, יתכן שהמשיב 4 שיקר נוכח תרגיל החקירה שבוצע לו. זאת איננו יכולים לדעת, אך אנו סבורים כי דווקא בהינתן גרסתו של המשיב 4 ראוי להעמידה לבחינה של בית המשפט (ולא נעלמו מעינינו גרסאותיו השונות של העותר עצמו לגבי האפיזודה הנטענת)". באותו עניין, בית המשפט הורה ליועמ"ש להעמידו לדין בגין מעשיו (שם, בפס' 3).

25. המדינה הודתה בדיעבד, בתשובת היועמ"ש עצמה, כי היו סתירות בגרסאות השוטרים. תשובת היועמ"ש מציינת במפורש כי:

"הנתון בדבר הנפת היד האוחזת בסכין (בעת הירי ולא קודם לכן), לא היה ידוע עדיין בעת שנגבתה הודעת השוטר... הואיל ובמועד שבו התקבלה חוות הדעת, כבר התגבשה תמונה מלאה למדי של חומר הראיות ונסיבות האירוע, ואף לאחר שנשקל נתון זה, לא נמצא כי יש בכך כדי לשנות מהמסקנה כי מעשי השוטר לא חרגו מהסביר בנסיבות האירוע". (בסעיף 49, ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

למרות קיומם של הקשיים המובהקים הנ"ל, המדינה איננה מנמקת מדוע "אף לאחר שנשקל נתון זה, לא נמצא כי יש בכך כדי לשנות מהמסקנה...". בתשובת היועמ"ש נכתב גם כי "הוחלט לדחות את גרסת המשיבים 3-7 לפיה הנפת היד היוותה נדבך נוסף בהצדקה לירי" (בסעיף 59). על אף שגרסת השוטרים נדחתה, תשובת היועמ"ש מבהירה כי "...הנפת היד האוחזת בסכין אכן אירעה בסמיכות רבה לירי, ומכאן נמצא כי אין מקום להשליך מקביעה זו על מהימנות גרסתם של המשיבים 3-7" (שם).

התייחסות זו לסתירות לא הייתה קיימת בהחלטה בערר, ועדיין אין מדובר בהנמקה ממש. "הנמקה" זו לא הופיעה בהחלטה בערר, אשר לא חשפה את הסתירות הנ"ל ולא התמודדה איתן. היא הופיעה רק במסגרת ההליכים המשפטיים בפני בית משפט זה, במסגרת תשובת היועמ"ש שהוגשה. הנמקה מאוחרת כזו היא חשודה. אכן, הלכה פסוקה היא כי הנמקה שהרשות מעלה לראשונה בבית-המשפט היא חשודה (ראו, למשל: בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 94-96 (2000)). בבג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, בפס' 31 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.7.2017), נקבע כי:

"הלכה היא, שיש להעלות החלטות מינהליות על הכתב. זאת במועד קבלת ההחלטה, ובפרט כאשר מדובר בהחלטה מורכבת. אין להלוס מצב שבו החלטה מינהלית מקבלת ביטוי בכתב שנים לאחר שהתגבשה, או רק במסגרת

הליכים שיפוטיים שבגדרם היא נתקפת. הדברים ברורים מאליהם, שאחרת נפגעים חובות השקיפות וההנמקה בהם חבה הרשות, ואף עלול להיפתח פתח לשקילת שיקולים מאוחרים ו"עיצוב" או "התאמת" ההחלטה המינהלית לשיקולים שלא נשקלו - והיו צריכים להישקל - בזמן אמת".

הדברים כמו נכתבו לענייננו. כמו כן, תיתכן משמעות משפטית לשאלה האם הרמת היד נעשתה לפני או אחרי הירי והאם המנוח התרחק או התקרב והאם הירי בוצע כלפי פלג גופו העליון של המנוח או "לאזור כמה שיותר למטה". כל אלו מהווים אינדיקציות אפשריות לטענת ההגנה העצמית לה טוען השוטר היורה ולפיה הוא חש בתחושת סכנה ולמידתיות התגובה. הסתפקות כללית בכך שהנפת היד נעשתה "בסמיכות" זמנים כלשהי, כפי שנכתב בתשובת היועמ"ש, מתעלמת מהנפקות המשפטית האפשרית של עיתוי הנפת היד ומתעלמת מהמשמעות של הסתירות שעלו. משכך, נראה שהמסקנה בהחלטה לפיה "אין מקום להשליך מקביעה זו על מהימנות גרסתם של המשיבים 7-3" – איננה עולה מהתשתית העובדתית עליה מתבססת ההחלטה. כנ"ל דברים אמורים בהתעלמות משינויי הגרסה של השוטר היורה באשר למקום אליו כיוון את הירי.

וידוגש, כי תשובת היועמ"ש, שסיפקה הסברים בדיעבד לחלק מהסתירות שעלו, התעלמה אף היא מאמירתו המפורשת של השוטר היורה בדבר ביצוע הירי בפלג גופו העליון של המנוח. כאמור, השוטר היורה מסר בהודעתו מיום 8.11.2014 כי "בשלב זה ביצעתי ירי בפלג גופו העליון של החשוד...". דברים אלו כתובים בהודעתו באופן מפורש, שחור על גבי לבן, והם מדברים בעד עצמם. כך, אין צורך בפרשנות שלהם לצורך בחינת סבירות ההחלטה של רשויות התביעה אשר התעלמו מהודאה מפורשת, לכאורה, בביצוע הירי בפלג הגוף העליון.

26. ההחלטה בערר איננה עומדת בחובת ההנמקה המינהלית. כדי שההנמקה תוכל לשרת את יעדיה, היא חייבת להיות מפורשת ולהימנע מניסוחים כלליים וסתמיים (ראו: ברק-ארז, בעמ' 423-424). בבג"ץ 5538/09 עו"ד פלג נ' נציבות שירות המדינה, בפס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (06.07.2010), עמד בית המשפט על חשיבותה של חובת ההנמקה:

"כפי שמציין י' זמיר בספרו על הסמכות המינהלית, לחובת ההנמקה מספר טעמים. ראשית, ההנמקה מחייבת את מקבל ההחלטה לכתוב באופן סדור ומובנה, ובכך מאפשרת לקיים הליך של בקרה וביקורת עצמיים המקטינים את החשש מפני החלטות שרירותיות או שגויות. שנית, ההנמקה מאפשרת לרשות המינהלית

לבדוק עצמה לאחר מעשה. שלישית, ההנמקה מאפשרת ביקורת חיצונית על פעולת הרשות המינהלית, הן של הממונים על הרשות והן של האזרח המושפע מן ההחלטה. רביעית, ההנמקה תורמת למערכת היחסים שבין הפרט והשלטון, שכן היא מקהה את התחושה שהשלטון מתנהל בשרירות.

בבג"ץ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת ע' ברוך (1.12.2016) (להלן: עניין ארגמן)), נקבע כי חובת ההנמקה המינהלית חלה גם על ההחלטה בדבר העילה לסגירת תיק חקירה. "באשר לתוכן החובה, נכתב כי על ההנמקה לאפשר להעמיד את ההחלטה למבחן ערכאות הערעור והביקורת – ולשם כך עליה לשקף את הפרמטרים המרכזיים של הליך קבלת ההחלטה, כאשר לצד טעמיה עליה לכלול את עיקרי הממצאים העובדתיים שההחלטה מבוססת עליהם, ורצוי גם התייחסות לטענות שהעלה האזרח בפני הרשות" (שם). באותו עניין, העותר ביקש כי תשונה עילת הסגירה של תיק החקירה נגדו. במכתבי התשובה לפניו, לא היה אלא סירוב תמציתי ביותר. בתשובתה ציינה המשטרה כי בקשות העותר נבחנו בקפידה ובאריכות וכי היא לא מצאה מקום לשנות את הנימוק לסגירתו של התיק. אולם, המשטרה לא ציינה מה הביאה להחלטה זו. בית המשפט קבע כי (אף שבאותו עניין ההחלטה נמצאה סבירה לגופה):

"הצדק עם העותר בטענתו שההנמקה בעניינו הייתה לקונית וחסרה... במקרים מעין אלה, הנוגעים לזכויות הפרט ואשר לא ניתן להפריז במשמעותם עבור האזרח, שומה על הרשות לנמק את החלטתה ואל לה להסתפק בתשובה לקונית" (שם, בפס' 15).

ובעניין התנועה למען איכות השלטון, נקבע לעניין פער הזמנים בין פרסום ההחלטה לתקשורת לבין העלאת נימוקיה על הכתב, כי:

"החלטת רשויות התביעה צריכה הייתה להינתן בכתב, תוך פירוט נימוקי ההחלטה בצורה סדורה ובהירה, כמתחייב בראש ובראשונה מסדרי מינהל תקינים ומעקרונות השקיפות וההגינות שבהם חבה הרשות המינהלית" (שם, בפס' 36, ההדגשות הוספו – ג.ק.).

בענייננו, הניתוח וההנמקה בהחלטה בערר הם תמציתיים, לאקוניים ובעיקר – חסרים. ההחלטה אף איננה מנמקת מדוע לא קמה לגישתה אחריות פלילית לשוטר היורה. לכן, אינני יכול להצטרף לחברי השופט סולברג אשר סבר כי החלטת היועמ"ש היא החלטה "מפורטת ומנומקת".

ההחלטה לסגור את התיק בעילת חוסר אשמה אינה סבירה

27. תמוה הוא כי למרות השאלות שעולות לעניין מהימנות השוטרים, הדבר לא השפיע אף על המסקנה בהחלטה בערר, לפיה אין חשד לפלילים, כך שיש לסגור את התיק בעילת העדר אשמה.

בעניין ארגמן, נקבע כי:

”כיום הכלל הוא שכל אימת שקיים ספק או חשד כלשהו בדבר חפותו של אדם – לא ניתן לסגור את התיק נגדו בהיעדר אשמה”. (שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ע' ברון)

28. לכאורה ועל פני הדברים, נראה בלתי סביר לקבוע שאין במקרה הנוכחי "ראיה המבססת חשד סביר" נגד השוטר היורה ובפרט לאור הודאת המדינה כי התגלו סתירות בגרסאות שסיפקו השוטרים בבדיקה המקדימה. אין חולק כי השוטר היורה הוא שירה במנוח וגרם למותו. בכך ענייננו מובחן מהפסיקות הבאות: ראשית, בבג"ץ 6547/11 אלעבד אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (28.8.2014), נדונה השאלה האם יש להתערב בהחלטת הפצ"ר להימנע מלהורות על פתיחה בחקירה פלילית לבריור נסיבות מותה של המנוחה, אזרחית שלא הייתה מעורבת בפעילות הצבאית ממנה לכאורה נפגעה. באותו מקרה, לא היה ברור אם מותה נגרם כתוצאה מפעילות צה"ל (שאיפת גז מדמיע). נקבע, כי הפצ"ר ערך בדיקה החורגת מבריור ראשוני מצומצם, החלטתו נומקה כראוי וניתנה לאחר שמיעת טענות העותרות. הבדיקה שנעשתה דומה במהותה לחקירה. באותו עניין, עלתה שאלת הקשר הסיבתי בין פעילות צה"ל לבין המוות. זאת, לעומת מקרים אחרים בהם לא הייתה מחלוקת כי פעילות צה"ל גרמה למותו של אדם והשאלה הייתה אם נסיבות המקרה הקונקרטיות מחייבות פתיחה בחקירה פלילית. לפיכך, נקבע כי המשוכה שעל העותרות לעבור גבוהה יותר שכן כלל לא ברור שמות המנוחה נגרם כתוצאה מפעילות צה"ל (שם, בפס' 15). באופן דומה, בעניין עראמין, ילדה נפגעה בראשה מירי כדור גומי בעת שיצאה מבית ספרה בהפסקה והיא נפטרה. לטענת העותרים, שוטרי מג"ב ששהו אז בכפר לצרכים מבצעיים והשתמשו באמצעים לפיזור הפגנות לעבר מתפרעים – פגעו בילדה. הנימוק המרכזי בהחלטה על סגירת התיק ועל דחיית הערר היה כי קיימת אפשרות חליפית שאינה מקימה אשמה מצד השוטרים, לפיה הילדה נפגעה מאבן שהושלכה. גורמי התביעה קבעו כי ייתכן שמקור הפגיעה הוא אבן ולא כדור גומי. בית המשפט קבע כי ההחלטה הראשונית לסגור את התיק מחוסר ראיות ולא להמשיך בחקירה

וההחלטה לדחות את הערר הייתה מוטעית על פניה, והיא התבססה על מסד ראיות רעוע וחלקי:

"...הכשל המרכזי בפרשה מלכתחילה היה ברשלנות החקירה הראשונית שנפתחה בעקבות פציעתה ולאחר מכן פטירתה של עביר. כלל בסיסי וחיוני הוא שכאשר מתרחש אירוע אלים שבו נגרמת פציעה קשה של אזור, ועל אחת כמה וכמה של קטינה או קטין – ובוודאי כך כאשר מתקיים אירוע המסתיים במוות – מתחייבת חקירה מיידית על אתר. כל עוד ניתן היה לבחון את הזירה בסמוך לאירוע, אולי ניתן היה לגבות את הודעות העדים ולזכות ביתר שיתוף פעולה שלהם; למצוא את הקליע הקטלני וממצאי הזירה; ואף לסמן את הטעון בדיקה, על פי אמות מידה אובייקטיביות. זוהי חובה אלמנטארית לקיים חקירה מיידית ולא לסמוך על הודעות השוטרים או המעורבים שנמצאים במצב של נטייה טבעית להתגונן. בעניין שלפנינו היו הסתירות העולות מההודעות השונות, וכן מסגרת התחקיר היחידתי שבה נגבו העדויות ונערך השחזור בשטח צריכות להשפיע גם הן על המשקל שניתן לעדויות השוטרים. אימוץ עמדתם של השוטרים באופן גורף יתר על המידה, כפי שקרה בראשית החקירה, מנעה ככל הנראה מתן משקל מספק לשיקולים רלוונטיים, שהיה על התביעה להתייחס אליהם". (בפס' 14-16, ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

יצוין, כי הדברים שנקבעו לעניין קיום חקירה מיידית בעניין עראמין, חלים במלוא עוזם גם בענייננו, לעניין הצורך שעלה לעבור מבדיקה מקדימה לחקירה פלילית.

השוו גם: בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל (30.12.2012), אשר דן במעשה אינוס והתשתית הראייתית שם התבססה על "גרסה מול גרסה" לעניין עצם ביצוע המעשה. יוער כי באותו עניין המתלוננת רואיינה מספר פעמים על ידי מספר גורמים שונים בפרקליטות.

29. לעומת זאת, בענייננו, אין חולק על כך כי גרימת מותו של המנוח היתה בעקבות וכתוצאה מירי השוטר היורה ולא עלתה כל שאלה בדבר העדר קשר סיבתי, השאלה היחידה שעמדה להכרעה היא האם יש תחולה לסייג מאחריות פלילית. במקרה כזה, כשמתעוררת שאלת תחולתו של סייג מאחריות פלילית, שומה על רשויות התביעה הרלוונטיות לבסס נימוקים כבדי משקל כדי להראות כי יש עילה לסגירת התיק מחמת חוסר אשמה, ובהתאמה במקרים אלו נכונות בית משפט להתערב בשיקול דעת התביעה תגבר כאשר התביעה לא תעמוד בדרישה זו. לעניין נטל ההוכחה, די שנאשם יעורר ספק סביר בכך שנתקיימו מנקודת מבטו תנאי ההגנה העצמית ושהמדינה לא תפריך את הספק



הסביר כדי שיחול הסייג והוא לא יורשע בעבירה (סעיף 34 כב(ב) לחוק העונשין, לפיו "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג").

בענייננו, השוטרים יצאו נקיים מכל רבב ופטורים "בלא כלום" על אף עצם קיומו של אירוע הירי שגרם למותו של המנוח, היות שגופי התביעה קבעו שעילת סגירת התיק היא חוסר אשמה. תיק ייסגר מחוסר אשמה כאשר הראיות הקיימות בתיק מצביעות על חפותו של החשוד או כאשר אין בכוחן של הראיות הקיימות להטיל ספק סביר בחפותו. אם נותר ספק בחפותו של החשוד, על התיק להיסגר "מחוסר ראיות". ראו, למשל: הנחיית פרקליט המדינה מספר 1.3 – סגירת תיקים בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "העדר אשמה". הנחיה זו קובעת (בסעיף 8) כי כשעילת הסגירה היא "העדר אשמה", רישום התיק שנפתח נמחק מרישומי המשטרה הפנימיים, להבדיל מתיק שנסגר מ"חוסר ראיות" – שרישומיו נותרו. סעיף 13 להנחיה הנ"ל קובע כי "ככל שהסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה – כעולה מהראיות שנאספו בתיק – נמוך, הרי שעילת הסגירה הראויה הנה 'העדר אשמה'. ככל שהסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה הנו גבוה יותר, יש לסגור את התיק בעילה של 'חוסר ראיות'. סעיף 16 להנחיה זו קובע כי:

"עילת הסגירה של 'העדר אשמה' נועדה לתיקים בהם התשתית הראייתית חסרה מאוד. על כן ראוי שחשד זה ימחק מרישומי המשטרה הפנימיים. כך יהיה למשל במקרים הבאים (אין מדובר ברשימה ממצה):

- (1) בתיקים שאין בהם ראיה המבססת חשד סביר נגד החשוד;
- (2) בתיקים שאין בהם ראיות פרט לתלונתו של המתלונן – כשהנילון מכחיש אותה – היינו כשיש גרסה מול גרסה בלבד – וכשיש ספק ממשי לגבי מהימנות גרסת המתלונן, כגון עקב אינדיקציה אובייקטיבית לאי מהימנות הגרסה או חלקה". (ההדגשות הוספו – ג.ק.).

ראו גם: יניב ואקי "עילה לביטול? עיון מחודש בעילות לסגירת תיק פלילי" 190

אדמונד לוי 461 (2017).

30. מן הראוי הוא כי במקרה כזה, לא ייסגרו דלתות בית המשפט בפני מגיש הערר וכי בית המשפט יבחן את חומר הראיות ויקבע בשאלת האשמה. בענייננו ניתן לומר בזהירות ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי תיתכן אפשרות סבירה שבית המשפט יקבע שהשוטר היורה אשם בעבירה כלשהי. אכן, בענייננו עולות כמתואר תמיהות שלא ניתן להן מענה והן תוכלנה להתברר במשפט עצמו (השוו: עניין אבו רחמה, בפס' 46 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). יודגש, כי בהכרעתנו זו איננו דנים בשאלות של אשמה

או של חפות (השוו: עניין אבו רחמה, בפס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר). בנוסף לכך, ההחלטה בערר מציינת במפורש כי מדובר ב"סיטואציה מורכבת". במקרה מורכב ומסובך – מוצדק כי יתקיים בירור לעניין שאלת האשמה בהליך שיפוטי פומבי, מקיף, אובייקטיבי ואשר בסופו יינתן פסק דין מנומק.

סייג ההגנה העצמית בהחלטה

31. ההחלטה בערר מסתמכת על הסכנה לחיים אותה חש השוטר היורה. כלומר, לעמדת גופי התביעה, ביצוע הירי עומד בתנאי סייג ההגנה העצמית (סעיף 55 לתשובת היועמ"ש).

התנאים לקיומה של הגנה עצמית הם: תקיפה שלא כדין; סכנה מוחשית של פגיעה; מידיות, כלומר על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מיידי כדי להדוף את התקיפה ועליה להיפסק מעת שלא נדרש עוד להתגונן להדיפת התקיפה; נחיצות, כלומר שלא ניתן היה להדוף את התקיפה בדרך אחרת פוגענית פחות, האם היו אלטרנטיבות אחרות לפעולה; שהאדם לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה; פרופורציה (מידיות). בעוד חמשת היסודות הראשונים הם עובדתיים, תנאי הפרופורציה הוא נורמטיבי ונקבע על ידי בית המשפט. ראו, למשל: ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, בפס' 13 (25.10.2006) (להלן: עניין אלטגאוז). השוו בהקשר זה: פקודות משטרת ישראל של המפקח הכללי (פקודת מטא"ר 06.02.14), "השימוש בכלי ירייה" (3.9.2007); מדריך לשימוש והחזקת כלי ירייה, המשרד לביטחון הפנים – אגף רישוי כלי ירייה, הוראות שימוש בכלי ירייה – פתיחה באש במקרה של סכנת חיים, בעמ' 20-19 (2012).

הגנה עצמית מדומה פירושה כי כאשר נאשם פועל מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית, הוא יישא באחריות פלילית רק במידה בה היה נושא אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. די בכנות הטעות באשר להתקיימות התנאים העובדתיים המקימים את ההגנה. עם זאת, סבירות הטעות משמשת אבן בוחן להערכת כנותה. השאלה האם נאשם טעה טעות כנה בנוגע להתקיימות התנאים היא שאלה עובדתית (עניין אלטגאוז, בפס' 16-17; ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, בפס' 10 (21.07.2010) (להלן: עניין מזרחי)). סעיף 34טז לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שקובע כי "הוראות סעיפים 34, 34א ו-34ב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה", מגביל את האפשרות של נאשם ליהנות מטענת ההגנה העצמית ובכלל זה טענת ההגנה העצמית "המדומה".

32. בענייננו, עולות לכאורה שאלות משפטיות ממשיות לעניין תחולת תנאי ההגנה העצמית. למרות זאת, ההחלטה בערר לא ניתחה שאלות אלו ולא דנה בתחולת תנאי ההגנה המצטברים (והשוו: בעניין אבו גוש, בית המשפט עצמו הגיע למסקנה כי באותו מקרה לכאורה אכן התקיימו תנאי סייג הצורך). ההחלטה קבעה כי הסייג חל סובייקטיבית בשל קיומה של סכנה לתחושתו של השוטר היורה. לעניין הסכנה, האם התרחקות המנוח מהשוטרים, כאשר הוא נמנע מלהשליך את הסכין למרות קריאות האזהרה והירי באוויר, מהווה נסיגה או הכנה לקראת תקיפה? ההחלטה בערר קבעה בפשטות כי המנוח "לא נסוג". שאלה נוספת היא האם השוטר היורה טעה לסבור שחברו השוטר מצוי בסכנת חיים ממשית או מיידית, שעה שנקבע כי הוא לא היה יכול לראות את חברו השוטר (המשיב 5) בעת הירי (בסעיף 57 לתשובת היועמ"ש). גם בהנחה שהייתה סכנה, ההחלטה בערר נמנעה מלבחון את התקיימותם של יסודות הנחיצות והמידתיות, למשל. תנאי הסכנה הוא יסוד אחד בלבד מתוך שישה יסודות, כאשר תחולת יתר היסודות אינה ברורה מאליה. מתעוררות שאלות לעניין נחיצות ומידתיות הירי שבוצע לשם נטרול הסכנה האפשרית. למשל, האם ירי לעבר פלג גוף עליון ולא לעבר הרגליים מהווה תגובה הכרחית או מידתית (השוו: ע"פ 298/88 טויטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 151, 155 (1989)). אם בעת ביצוע הירי, השוטר היורה אכן היה יכול לראות את המנוח רק מברכיו ומעלה (סעיף 42 לתשובת היועמ"ש), מדוע הוא לא ירה לכיוון הברכיים (ומנגד, ראו תשובת היועמ"ש בסעיף 42, לפיה הכיוון "קצת למטה" יכול להעיד שהירי בוצע לכיוון פלג גופו התחתון של המנוח)? (והשוו: בעניין מזרחי, נקבע כי "המערער היה שוטר מיומן ונראה כי אף אם חש בלחץ ומתח בנסיבות האירוע הוא יכול היה להימנע, בלא קושי רב במיוחד, מהסכנה אותה חש על ידי שימוש באלטרנטיבות אחרות שעמדו בפניו כגון ירי לעבר גלגלי הרכב או ירי לעבר רגלי המנוח. ייתכן אף שעמדו בפני המערער דרכי פעולה נוספות [...] נקיטת אמצעים אלה הייתה מונעת הן את הסכנה שנשקפה כביכול למערער מצידו של המנוח והן את הימלטות המנוח מזירת האירוע, בלא לגרום למותו של המנוח" (שם, בפס' 13)). ההחלטה בערר קובעת כי השוטר ירה לכיוון החלק התחתון של פלג גופו של המנוח, אך בפועל הכדור פגע תחילה במרפקו של המנוח (המצוי בחלק גופו העליון) ומשם חדר למותנו של המנוח. בסעיף 8 לתשובת היועמ"ש (וכן בהחלטה בערר) נכתב כי "במצב דברים זה ירה המשיב 3 ירייה בודדת לכיוון החלק התחתון של פלג גופו של המנוח שהיה גלוי לפניו. המנוח נפגע מהכדור שחדר דרך המרפק השמאלי למותן שמאל ונפל על הארץ". שאלה אפשרית נוספת היא האם יש משמעות משפטית לכך שהירי בוצע לכאורה באופן מהיר, אם לא אף נמהר, שכן מרגע שהחל המנוח בתקיפה ועד לירי חלפו כ-13 שניות בלבד. הפסיקה קבעה כי אין לדרוש מהמותקף להמתין לתקיפתו (ראו למשל: ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל, בפס' 6-9 לפסק

דינו של השופט ט' ג'ובראן (30.4.2008) וכי בנסיבות ברורות של התגוננות מפני סכנה, ניתן 'להקדים תרופה למכה': "בגדרי יסוד המיידיות ניתן להחיל גם מצב של 'התגוננות מונעת', המתרחשת אמנם בטרם השתכללה התקיפה לכלל סכנת חיים, אלא שנדרש שההתגוננות נעשית במועד שלאחריו לא תתאפשר כל דרך סבירה למניעת הסכנה שבתקיפה). ועדיין, נקבע כי:

"...ככל שיקדם מעשה ההתגוננות למועד שבו משתכללת הסכנה שבתקיפה, יקשה על הטוען לקיומו של סייג לאחריותו הפלילית להראות כי לא עמדו לרשותו אמצעים אחרים למניעת הסכנה [...] על האפשרות להכרה ב'מכה מקדימה', במסגרתה פועל המתגונן כדי למנוע את ההתקפה עליו, עוד בטרם השתכללה הסכנה הגלומה בה, כמקימה סייג לאחריות הפלילית, להיות כרוכה לא רק בהכבדת נטל ההוכחה בדבר מידת נחיצותה של ההתגוננות, אלא אף במידת וודאותה של הסכנה העתידה להתממש [...] הותרת מרווח פעולה נרחב מדי בידי המתגונן עשויה להוביל להותרת פרצה נרחבת מדי לעשיית דין עצמית, התלויה בהפעלת שיקול דעתו של כל נושא נשק" (שם, ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

33. המדינה מסתמכת על עניין ג'ילאני בהחלטת מח"ש ובהחלטה בערר. בעניין ג'ילאני, כוח מג"ב הוצב בעיר העתיקה בירושלים. המנוח נסע ברכבו ברחוב בניגוד לכיוון התנועה ואז האיץ, סטה בפתאומיות לכיוון מרכז הכוח, פגע חזיתית במספר שוטרים ונמלט בנסיעה מהמקום. שני שוטרים רדפו אחריו תוך שהם צועקים לו לעצור ומבצעים ירי באוויר ולאחר מכן לעבר הרכב. המנוח החל להימלט ברגל. השוטרים ירו בו והוא נפגע ונפל. בעודו מוטל על הארץ, ירה אחד השוטרים בראשו מטווח קצר. גורמי התביעה קבעו כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהשוטרים סברו שהמנוח ביצע פיגוע חבלני שהחל בדריסת לוחמי מג"ב ועלול להימשך בדרכים נוספות והם חשבו שמחובתם לנטרל את המנוח, שנחזה בעיניהם כמחבל וכי הם האמינו שהוא ממשיך לסכן את חייהם ואת חיי הנוכחים גם לאחר נפילתו, מכיוון שהוא הזיז ידיו לאחר שנפל. תיק החקירה נסגר בעילת חוסר ראיות מספיקות. נקבע, כי הפגיעה באנשי משטרה באמצעות רכבו של המנוח נתפסה על ידי השוטרים כפיגוע חבלני וכי ייתכן שזה היה המצב. בית המשפט חזר על ההלכה הפסוקה לפיה אין לבחון את פעולות אנשי הביטחון במצבי לחימה באופן תלוש מהסיטואציה וב"תנאי מעבדה" וכי יש להותיר להם "מרווח טעות" (שם, בפס' 23). נקבע שם, כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהשוטר האמין, באופן סובייקטיבי, שנשקפת לו ולחבריו סכנת חיים, גם כשהמנוח היה מוטל על הקרקע. השוטר, שהיה צעיר ובשירות חובה, היה נסער, מפוחד ובחרדה עקב פגיעת המכונית בחבריו והוא התייחס לכך כפיגוע חבלני קשה (בפס' 28). לפיכך, נקבע שם שמסקנת פרקליט המדינה

לפיה אין סיכוי סביר להרשעת השוטר איננה בלתי סבירה באופן קיצוני. נסיבות ענייננו שונות מאלו של עניין ג'ילאני ומשכך אין להקיש מעניין ג'ילאני לענייננו.

ההחלטה סותרת את אינטרס הציבור

34. משבוצעה עבירה, נקודת המוצא היא שיש עניין לציבור בהעמדה לדין. כך תמיד, כך וודאי כשהתוצאה היא פטאלית (מוות) ובנסיבות בהן שוטר ירה למוות באדם במהלכה של פעילות שביצע מכוח תפקידו (השוו: בעניין אבו רחמה, הואשמו המג"ד והחייל בעבירה בדרגה נמוכה, בעוד שבענייננו השוטר היורה כלל לא הועמד לדין). על השוטרים להקפיד לשמור על מגבלות הכוח שהם מפעילים במסגרת פעילות משטרתית, כדי שלא יחרגו מסמכות (ראו: סעיף 4א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, ובפרט סעיף 4א(א)(3)(ב) לפקודת המשטרה הנ"ל, לפיו "מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא לצורך הצלת הנפש או הרכוש – לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע פעולה כאמור"). זאת, מתוך הכרה בערך חיי אדם והזכות לחיים ולכבוד. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא, בפס' 29 (20.9.2010):

"המשטרה קיבלה סמכויות נרחבות ביותר של מרות וכוח כלפי בני החברה המפרים את כללי ההתנהגות, ופוגעים בכך בסדר החברתי. 'לצורך כך, ניתנו לרשות השלטונית סמכויות חקירה, מעצר, משפט, ענישה וכליאה. השימוש בסמכויות אלה טומן בחובו, מעצם טיבו, פוטנציאל פגיעה בזכויות היסוד של הפרט – בחירותו, בעיסוקו, בקניינו, בפרטיותו ופעמים אף בכבודו ... פוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם, הטמון בשימוש בכוח המרות השלטוני במסגרת ההליך הפלילי, מחייב הגדרה קפדנית של גבולות השימוש בכוח השלטוני. ואכן, בכללי השימוש בכוח השלטון מוטמעת ומובנית מערכת ריסונים, המגדירה את מגבלותיו' (פרשת המרכז האקדמי, פס' 5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). כל אחד מבני החברה זכאי לזכויות אדם, שמחובתה של המדינה, ובכלל זה המשטרה, לכבדם (ראו סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ואין לפגוע בהם אלא בהתאם לאמות המידה אשר מאפשרות פגיעה בזכויות חוקתיות (ראו דיון מקיף באהרון ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)). פעולה של שוטרי משטרת ישראל שהינה מחוץ לגדר החוק ובאופן שאינו הולם את כבוד האדם וחזיונותיו עלולה לפגוע פגיעה אנושה בתפקוד המשטרה ובאמון הציבור בה [...] מכאן נגזרות חובות המשטרה לפעול במסגרת החוק בסבירות ובמידתיות: ראשית, משטרת ישראל מחויבת לפעול אך ורק במסגרת החוק. [...] שנית, על משטרת ישראל להפעיל את סמכויותיה החוקיות אשר פוגעות בזכויות חוקתיות

המעוגנות בחוקי היסוד רק בהתאם לאמות המידה המצויות בפסקת ההגבלה ובמרכזם התכלית הראויה ודרישת המידתיות. [...] זהו ביטוי לכך שהמטרה אינה מקדשת את האמצעים. המלחמה בפשיעה אינה חזות הכול. המטרה הראויה של הגברת הביטחון האישי ומאבק בפשיעה מאורגנת אינה מקדשת פגיעה בזכויות אדם בסיסיות ... הפעולה במסגרת החוק, תוך כיבוד זכויות האדם הינה מרכיב חיוני והכרחי בביטחון הלאומי" (ההדגשות הוספו).

ובע"פ 64/86 אשש נ' מדינת ישראל (31.12.1986) נקבע כי:

"שוטרי ישראל... הסמכות והמרות שהוענקו להם, רק לצרכי ביצוע התפקיד ניתנו ואסור שיעשה בהם שימוש לרעה. עליהם לשנן זאת לעצמם השכם והערב, דוקא משום שמלאכתם מחייבת לעתים קרובות נוקשות ואפילו שימוש בכח. המעבר מ'כח סביר' ל'אלימות מיותרת' הוא מהיר ומפתה וחלילה להם לעבור את הגבול" (ההדגשות הוספו – ג'.ק.).

אכן, "על תגובת שוטר, גם במצב של איום לכאורה, להיות סבירה ומידתית" (רע"פ

3232/10 סיקולר נ' מדינת ישראל (25.7.2010)). יפים לענייננו הדברים שנקבעו בבג"ץ

7141/05 ויתקין נ' מפכ"ל המשטרה (27.2.2006):

"האיסור המוחלט על שימוש בכח ואלימות בידי שוטרים, תוך חריגה מגדר הנדרש באורח סביר להשגת תכלית שמירת הסדר ובטחון הציבור, אינו צריך הדגשה. הוא מהווה אבן-יסוד בשיטה החוקתית הנוגעת לפעילותם של גורמי אכיפת החוק במדינה... המשטרה אמורה להגן על הסדר והבטחון הציבורי, ולהבטיח את שלומו של הפרט והכלל. היא לא נועדה להפיל את חיתתה על הסביבה, והיא מנועה מעשיית שימוש בכוחה שלא למטרה לשמה הוא הופקד בידיה. סטייה ממושכלות יסוד אלה, או אף קיומו של חשש לסטייה כזו, מחייב בחינה מעמיקה של ההשלכות המתחייבות מכך הן לגבי הפרט הנחשד או המואשם, הן לגבי המשטרה כזרוע מרכזית של השלטון, וכל אלה בהתייחסם לנורמות ואורחות פעולה הצריכים לאפיין את גופי השלטון בישראל.

[...]

השימוש באלימות בידי גורמי אכיפת החוק אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה הבסיסית הראשונית כי גורמים אלה, בראש וראשונה, יכבדו הם עצמם, את החוק במסגרת מילוי תפקידם [...] כבר נפסק בעבר כי רמתה ודמותה של משטרת ישראל בעיני הציבור הם גורמים בעלי חשיבות מן המעלה הראשונה, וכי אימון הציבור הוא נכס חיוני לתיפקודה התקין של הרשות השלטונית בישראל. יש להגן על אימון זה תוך עמידה על כך ששוטרי ישראל ימלאו את תפקידם למען הציבור ביושר, ניקיון כפיים, ושמירה על גידרי החוק; אימון זה עומד בבסיס

תיפקודן של רשויות אכיפת החוק, ובלעדיו לא יוכלו למלא את משימותיהן [...] שימוש בכח והפעלת אלימות על ידי שוטר במהלך מילוי תפקידו תוך סטייה מן הנדרש לקיום הסדר ובטחון הציבור פוגע בדמותה של המשטרה ובתדמיתה בעיני הציבור" (שם, בפס' 12, 14-15, ההדגשות הוספו – ג.ק.).

35. הצפייה בסרטון מלמדת כי על פניו אין המדובר במקרה "פשוט" של שימוש מוצדק לכאורה בכוח ממית, במתכונת שבה הוא התרחש. הטיפול של רשויות התביעה בענייננו עלול ליצור מראית עין של העדפה והטייה, באופן שה"מערכת" עשויה לפטור שוטרים מאחריות למעשיהם באמצעות אי-העמדה לדין, אף על פי שנגרם מותו של אדם. זאת, גם כאשר ההליכים הם ממושכים (ובענייננו ההחלטה בערר, שהיא בת מספר עמודים בלבד, ניתנה שנתיים לאחר הגשתו). שיקולים אלו מחזקים את המסקנה שאין לסגור את דלתות בית המשפט במקרה זה באמצעות אי-העמדה לדין.

סוף דבר

36. הצטברות הפגמים והליקויים שנפלו בהחלטה בערר מלמדת כי מדובר בהחלטה הסוטה משמעותית ממתחם הסבירות. דין העתירה להתקבל, כך שייקבע כי על היועמ"ש להעמיד לדין את השוטר היורה בגין גרימת מותו של המנוח, כמפורט בפסקאות 25 ו-31 לחוות דעתו של חברי השופט ע' גרוסקופף.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות השופטים ע' גרוסקופף וג' קרא, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, להפוך את הצו על-תנאי למוחלט, ולהורות ליועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את השוטר יצחק בגין הירי שגרם למותו של חיר ז"ל.

ניתן היום, כ"ט בתשרי התש"פ (28.10.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט