

1. שר הביטחון
2. ראש המטה הכללי, צה"ל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[11.4.94]

לפני הנשיא **מ' שמגר** והשופטים **ש' לין**, **ד' לין**,

**א' גולדברג**, **א' מצא**

בעתירה לבג"צ העלה העותר את השגותיו לעניין הוראות הפתיחה באש הנהגות בצה"ל ולעניין הנהל הקיים לעצירת חשודים. לטענתו, הוראות הפתיחה באש המחייבות את אנשי המילואים שעמם הוא נמנה, חושפות אותו - כמו את החיילים האחרים - לאפשרויות של ביצוע פקודה בלתי חוקית, או לעשיית מעשה שהוא עבירה פלילית חמורה של רצח, או מעשה שהוא פשע מלחמה. לפי הטענה, יש לבטל מקצת מהנהלים הקיימים ולנסח מחדש נהלים אחרים, באופן המגשים את העיקרון של שמירת החיים. העתירה נדחתה ברוב דעות. מכאן העתירה לדין נוסף.

הדין נוסב על מעמדו בדין של העותר ועל שפיטותה של הסוגיה שהועלתה לדין בעתירה שנדחתה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) מקום בו מועלית טענה בדבר פגם חמור בפעולת המינהל השלטוני, או כאשר העניין המועלה נושא אופי ציבורי שיש לו נגיעה לקידומו של שלטון החוק ולהתוויית הקווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה, ובכל אותן סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאות דופן הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק, מקנים מעמד לעותר, אף אם אין הוא מצביע על נגיעה אישית ישירה או על פגיעה אישית בו (815 ה-ו).
- (2) עניין הפתיחה באש - נושא הניצב בפני כל חייל ושוטר במילוי תפקידים, בין שהם פועלים מן הצד האחד של הקו הירוק ובין מעברו האחר - הוא על פניו נושא בעל חשיבות כללית לשלטונות החוק (815 ז-816 א).
- (3) מבחינת העותר בעתירה דנן אין הבעיה עיונית, אלא עניין אשר אליו הוא עומד להידרש יום-יום בשירותו מול האויב, בדמות חייל או מחבל. אם עולה בהקשר זה בעיה בעלת משמעות כללית אשר לה נגיעה לרבים, וכאשר עם זאת תידרש מן העותר פעולה מעשית, אם לא על אתר הרי תוך זמן קצר, אין מקום לסירוב להאזין לדבריו (816 א).
- ב. (1) הסוגיה המועלית בעתירה דנן אינה שאלה פוליטית המבקשת ללבוש איצטלה מלאכותית

= 812 =

של שאלה משפטית, כאשר הלבוש האמור מכסה אך בקושי על התוכן והמהות האמיתיים והוא נפרם כולו בתפריץ; ניצבות לדין הוראות פרטניות בקשר להתנהגות של נושא נשק בנסיבות אפשריות שבהן עשויה להידרש ממנו תגובה על אתר, ללא אפשרות להיזקק מראש לעצה בדבר אופן היישום של ההוראות לנסיבות הקונקרטיות שהתהוו (816 ג-ד).

(2) סוגיה כאמור ראויה - הן מן הבחינה הנורמטיבית, הן מן הבחינה המוסדית והן כמקשה אחת - לבחינה משפטית, ואין להתנות כתנאי לדין בעניין שיתהוו נסיבות קונקרטיות של גרם מוות או של הפרת הוראה כדי להטות אוזן לקושיה המועלית לפני בית המשפט (816 ד-ה).

ג. (דעת מיעוט - השופט ד' לין): ככל שמדובר במקרה הקונקרטי שעמד לדין, הכרעת הרוב בפסק הדין נושא העתירה לדין נוסף היא הנכונה וההולמת (817 א).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד (2) 353.
- [2] בג"צ 945/87 נחייס ואח' נ' ההסתדרות הרפואית בישראל ואח', פ"ד מב (1) 135.
- [3] בג"צ 987/89 קהוג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה; בשארה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מד (2) 227.
- [4] בג"צ 66/89 הליגה לזכויות האדם והאזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מד (2) 221.
- [5] בג"צ 852/86 869, בג"צ 483/86 486, 502, 507, 512 - 518, 521, 523, 543 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1.
- [6] בג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) 365.
- [7] בג"צ 428/86 429, 431, 446, 448, 463, בג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505.
- [8] בג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה מחוז חיפה ואח', פ"ד לה (4) 477.
- [9] בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441.
- [10] בג"צ 2926/90 3039 בן-חיים נ' שר החקלאות ואח'; קבוצת דגניה א', אגודה שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות ואח',

פ"ד מו (4) 622.  
[11] בג"צ 4481/91, בשג"צ 5156/91, 5459, 5527, 5530, 5558, 272/92, ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ  
(4) 210.

עתירה לדין נוסף בעניין בו פסק בית המשפט העליון בשלושה (השופטים ש' לוין, ד' לוין, א' גולדברג) מיום 11.8.92 בבג"צ 873/89. העתירה נתקבלה ברוב דעות נגד דעתם החולקת של השופטים ש' לוין וד' לוין. התיק הוחזר לדין לגופה של העתירה.

א' פלדמן - בשם העותר;  
נ' ארד, מנהלת מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.

= 813 =

#### פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. דיון נוסף בפסק-דינו של בית-משפט זה בבג"צ 873/89.

2. העותר הוא אזרח ותושב של מדינת ישראל, הפעיל בגוף פוליטי המכונה "יש גבול". הוא משרת, מדי היקראו, בשרות המילואים בצה"ל; הוראות הפתיחה באש המחייבות את אנשי המילואים "חושפות את העותר", כדבריו, "כמו חיילים אחרים לאפשרויות של ביצוע פקודה בלתי חוקית, או לעשיית מעשה שהוא עבירה פלילית חמורה של רצח, או מעשה שהוא פשע מלחמה".

מכאן, לטענתו, עניינו בהוראות הפתיחה באש והבסיס למעמדו לפני בית המשפט.

בעתירה העלה ארבע טענות - הראשונה מכוונת נגד אותו קטע בהוראות הפתיחה באש המתירות לחיילי צה"ל לירות כלפי אנשים בקליעי מתכת ופולסטיק ובקליעים אחרים שפגיעתם קטלנית, וזאת בנסיבות שבהן הירי אינו נדרש כדי למנוע סיכון רציני ומיידי של חיילי צה"ל או של אחרים שהגנתם על חיילי צה"ל.

טענה שנייה מופנית לעניין תיקון של ההוראות המתחייב לדעת העותר, ולפיו ירי במצב של סיכון רציני ומיידי של החיים ייעשה אך ורק כאשר הוא סביר וכאשר הסיכון הנובע מן הירי אינו בלתי שקול כנגד הרעה שהוא מבקש למנוע.

שלישית, העותר משיג על נוהל עצירת חשודים, אף זאת בשל טעמים ברוח האמור לעיל.

רביעית, נתבקש ביטולם של תשעה נהלים לפתיחה באש, כגון נגד רעולי פנים ו"מבוקשים".

לבסוף נתבקש, כעתירה חלופית, שבית המשפט ינסח הוראות פתיחה באש המגשימות את העיקרון של שמירת החיים.

הצו-על-תנאי שיצא מלפני בית-משפט זה התייחס לארבעה נושאים ספציפיים מבין אלה שהיו כלולים בעתירה.

בתשובת המשיב השני עלה כי בשני נושאים תוקנו ההוראות בעקבות פסק הדין בע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי [1], והעותר לא השיג על התיקונים האמורים; נותרו שני נושאים אחרים - ירי בכדורי פלסטיק ונוהל ירי בעוטי מסכות.

בית המשפט עורר בשלב האמור את השאלה אם יש מקום להיזקק לעתירה, שהייתה כללית באופייה וללא זיקה לנסיבות של זמן ומקום, או שמא מן הנכון להשאיר עניין זה כשיתעורר בגדר אישום פרטיקולרי שיוגש נגד מי שיפר את ההוראות.

בית המשפט דחה את העתירה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט גולדברג, על יסוד טענת הסף האמורה.

= 814 =

בהנמקתו מצייין הרוב כי תפקידו של בית המשפט הוא הכרעה בסכסוכים, ואין סכסוך אלא בגדרה של תשתית עובדתית קונקרטית (בג"צ 945/87 נחייסי ואח' נ' ההסתדרות הרפואית בישראל ואח' [2]; בג"צ 987/89, 988 קהווגי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה; בשאווה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית [3]; בג"צ 66/89 הליגה לזכויות האדם והאזרח בישראל נ' שר הביטחון [4]).

העניינים שהועלו על-ידי העותר אין להקל ראש בהם, אך עליהם להתברר לעת מצוא בגדר הליך שיפוטי המבוסס על תשתית עובדתית קונקרטית.

מוסיפה ואומרת דעת הרוב (מפי כבוד השופט ש' לוין):

"...זו דרכה של הלכה, שבדרך כלל, נקבעת היא אגב הדיון בעניין מסויים.  
כמו שציינתי לעיל, ער אני לכך שלגישה האמורה קיימים סייגים ואיני דוגל בקביעה הרמטית של כללים בנושא  
האמור: במקרה קיצוני לא מן הנמנע הוא שבית משפט זה יטה להתערב אף ללא קיומו של סכסוך קונקרטי והוא,  
בעיקר, באותם מקרים, נדירים לדעתי, שבהם ניתן לעותר 'מעמד' להגיש עתירה דמויית 'עתירה ציבורית', אם כי גם  
במקרים אלה יהיה זה שיקול כנגד מתן הצו שמבקשים לתקוף נורמה פלזמית ללא קיומה של תשתית עובדתית  
קונקרטית;  
אך במקרה שלפנינו איני מבסס את חוות דעתי של היעדר מעמד.

נושא העתירה מתייחס לכמה פרטי הנחיות והוראות שניתנו לאנשי הצבא.  
הנחיות והוראות אלו נבחנו בעבר והן חוזרות ונבחנות מפעם לפעם ומגיעות למבחן ההלכה הפסוקה, אגב הדיון  
בהתדיינות ממשית ואקטואלית ותחולתן עשויה לקבל משמעויות שונות לפי 'הנסיבות הקונקרטיות של הזמן והמקום  
והתנאים המבצעיים והבטיחותיים': [בג"צ 66/89](#) הנ"ל. לדעתי אין, במקרה שלפנינו, מקום לבחון את נושא העתירה  
במנותק מקיומן של עובדות ספציפיות."

השופט גולדברג ציין, בחוות-דעתו החולקת, כי אין חולק שלעותר זכות עמידה, כי לאור אופי העתירה ותוכנה יש לראות בה  
"עתירה ציבורית": "אין הוא קובל על פגיעה באינטרס המיוחד רק לו, והפגיעה לה הוא טוען משותפת לו ולרבים אחרים".  
כאשר מיטשטשים הגבולות בין עתירה ציבורית לעתירה פרטית יש לפנות להיבט הדומיננטי שבה ולבחון שאלה זו לפי  
מבחן אובייקטיבי. אפיונה של עתירה כציבורית אינו שולל בכל מקרה את זכות העמידה. העותר הוא בעל נגיעה ממשית  
וישירה בנושא העתירה, ועל-פי מבחן אובייקטיבי אין לראות את העתירה כמצמצמת להיבט הציבורי בלבד: בעת שהעותר  
ייקרא למילואים, עלול הוא להיקלע למצבים שבהם יהא עליו למלא אחר ההוראות הרלוואנטיות ואולי אף לפגוע באנשים,  
ומכאן כי לעותר נגיעה ממשית לעתירה.

לענין אי-קיומה של תשתית עובדתית קונקרטית גורסת דעת המיעוט הנ"ל כי כאשר

= 815 =

דנים בטענה בדבר הוראת חיקוק בלתי חוקית אין לראות תנאי מוקדם לחקירת אי החוקיות בכך שיווצרו התנאים  
הקונקרטיים שבהם באה אי החוקיות לידי ביטוי ממשי וקונקרטי:

"ייבואן התוקף חוקיותו של צו הקובע שיעורי מס, אינו חייב לייבא את סחורתו טרם שיהא בידו לעתור לביטולו של  
הצו. כשם שמי שמבקש לתקוף חוקיותה של הוראה הקובעת מגבלות בבנייה, אינו חייב לבנות תחילה על פי היתר  
הכולל אותן מגבלות, ורק אחר כך לעתור כנגד חוקיות ההוראה. יש והקונקרטיזציה גלומה בהוראה עצמה, אותה  
מבקשים לבטל, ובידי בית המשפט להכריע בסכסוך, אף אם לא ארע מעשה בפועל. יש שההכרעה נדרשת כדי  
להקדים רפואה למכה, במיוחד באותם מקרים בהם לא ניתן יהא להחזיר הגלגל אחורנית, או כשראו הוא כי העותר  
והציבור יידעו לכלכל צעדיהם מראש, או שלא יהא סיפק בידי העותר לעתור כשתתבררנה העובדות הספציפיות.  
במקרים אלה אין בית המשפט נותן חוות דעת משפטית בעלמא, אלא קובע את המותר והאסור, החוקי והבלתי  
חוקי, כשלעותר עניין ישיר וממשי בקביעה שכזאת. התווית הדרך בה ילכו, אינה חייבת, על כן, להיות מלווה תמיד  
בהנחת תשתית עובדתית קונקרטית מעבר להוראה העומדת לדיון."

כאמור, נדחתה העתירה ברוב דעות; על כך נתבקש דיון נוסף, והוריתי כי דיון כאמור יישמע.

3. שניים הנושאים העולים לטעמי במקרה דנן: הראשון עניינו המעמד של העותר.  
השני עניינו שפיטותה של הסוגיה שהועלתה בעתירה, כבר עתה ועכשיו. נדון בראשון ראשון ובאחרון אחרון.

4. מקום בו מועלית טענה בדבר פגם חמור בפעולת המינהל השלטוני, או כאשר העניין המועלה נושא אופי ציבורי שיש לו  
נגיעה לקידומו של שלטון החוק ולהתוויית הקווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה, ובכלל אותן סוגיות בעלות מהות משפטית  
יוצאות דופן הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק, מקנים מעמד לעותר, אף אם אין הוא מצביע על נגיעה אישית ישירה או  
על פגיעה אישית בו ([בג"צ 852/86](#), 869, [בשג"צ 483/86](#), 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543 אלוני  
ואח' נ' שר המשפטים ואח' [5]; וראה גם: [בג"צ 1/81](#) שירן ואח' נ' רשות השידור ואח' [6]; [בג"צ 428/86](#), 429, 431, 446,  
448, 463, [בשג"צ 320/86](#) ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [7]; [בג"צ 511/80](#) גליא נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה  
מחוז חיפה ואח' [8]; [בג"צ 910/86](#) רסלר ואח' נ' שר הביטחון [9]).

עניין הפתיחה באש - נושא הניצב בפני כל חייל ושומר במילוי תפקידם, בין שהם פועלים מן הצד האחד של הקו הירוק ובין  
מעברו האחר, הוא על פניו נושא בעל חשיבות כללית לשלטון החוק, וזאת לא רק בשל תוצאותיו הקטלניות האפשריות  
והשלכותיו על מי שנותן את ההוראות או מבצען, אלא בשל תדירותן של הנסיבות שבהן עלול חייל

= 816 =

בשירות סדיר או בשירות מילואים (כדוגמת העותר) להיקלע למצב שבו יידרש לפעול לפיהן הלכה למעשה.

מבחינת העותר אין הבעיה עיונית, אלא עניינית אשר אליו הוא עומד להידרש יום-יום בשירותו מול האיוב, בדמות חייל או מחבל. אם עולה בהקשר זה בעיה בעלת משמעות כללית אשר לה נגיעה לרבים, וכאשר עם זאת תידרש מן העותר פעולה מעשית, אם לא על אתר הרי תוך זמן קצר, אין מקום לסירוב להאזין לדבריו עד שיהיה במצב שתואר ב**בג"צ 66/89** [4] הנ"ל.

על-כן אין מקום לשלול זכות העמידה, וגם הרוב ב**בג"צ 873/89** לא ראה לבסס החלטתו על אדן זה.

5. מכאן לשאלה השנייה, והיא עניינית שפיטותה של הסוגיה שהועלתה בעתירה. הרחבתי בשאלה זו בדבריי ב**בג"צ 910/86** [9] הנ"ל (שם, בעמ' 516 ואילך).

הסוגיה המועלית לפנינו אינה שאלה פוליטית המבקשת ללבוש איצטלה מלאכותית של שאלה משפטית, כאשר הלבוש האמור מכסה אך בקושי על התוכן והמהות האמיתיים והוא נפרם כולו בתפריט: לא מדיניות המים הראויה (ב**בג"צ 2926/90**, 3039 בן-חיים נ' שר החקלאות ואח'; קבוצת דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות ואח' [10]) בכל כלליותה, ולא מדיניות ההתנחלות ביהודה ושומרון וחבל עזה (בג"צ 4481/91, **בשג"צ 5156/91**, 5459, 5527, 5530, 272/92, 5558 ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [11]) ניצבות לפנינו, אלא הוראות פרטניות בקשר להתנהגות של נושא נשק בנסיבות אפשריות שבהן עשויה להידרש ממנו תגובה על אתר, ללא אפשרות להיזקק מראש לעצה בדבר אופן היישום של ההוראות לנסיבות הקונקרטיות שהתהוו. סוגיה כזו ראויה - הן מן הבחינה הנורמטיבית, הן מן הבחינה המוסדית והן כמקשה אחת - לבחינה משפטית, ותמים דעים אני בעניין זה עם חברי הנכבד, השופט גולדברג, כי אין להתנות כתנאי לדיון בעניין שיתהוו נסיבות קונקרטיות של גרם מוות או של הפרת הוראה כדי להטות אוזן לקושיה המועלית לפנינו.

על-כן, לא הייתי דוחה את העתירה על הסף, והייתי נענה, כמבוקש, לדיון בבקשה לגופה. לשם הסרת כל ספק אני מוסיף כי אינני מתייחס בשלב זה לטענות לגופן.

השופט א' גולדברג: את דעתי הבעתי בפסק הדין נושא העתירה, ואיני רואה להוסיף דברים.

השופט א' מצא: אני מסכים.

השופט ש' לוי: גם לאחר שקראתי את חוות-דעתו של חברי הנכבד הנשיא, לא ראיתי לנכון לחזור בי מהעמדה בה נקטתי בדיון הראשון, ב**בג"צ 873/89**.

לפיכך דעתי היא שיש לדחות את העתירה.

= 817 =

השופט ד' לוי: עיינתי בחוות-דעתו של הנשיא, ואיני רואה לנקוט עמדה עקרונית לגביה, שכן, ככל שמדובר במקרה הקונקרטי שעמד לדיון (עם צמצום הסוגיות שלגביהן נדרשה הכרעתנו), הכרעת הרוב ב**בג"צ 873/89**, כפי שנומקה על-ידי חברי, השופט ש' לוי, היא הנכונה וההולמת.

אם דעתי תישמע, מקום יש לדחות את העתירה.

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של הנשיא: התיק יוחזר לדיון לגופה של העתירה.

ניתן היום, ל' בניסן תשנ"ד (11.4.94).