בבית המשפט העליון בירושלים
בשיבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 2458/19

1. עימאד ריזקה, ת"ז 023112535
2. "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם, ע.ר. 5804422

העותרים

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או נועה עמרמי ו/או סופיה ברודסקי ו/או הייא אבו ורדה כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812 ; טל': 03-6206947/8/9, פקס': 03-6206950

- נ ג ד -

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

המשיבים

כולם באמצעות פרקליט מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-4 לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יורו על הגשת כתב אישום בגין עבירה של חבלה חמורה נגד החייל משיב מס' 5 וזאת בשל אחריותו לירי שלא כדין שגרם לחבלה חמורה של העותר מספר 1, במהלך הפגנה בלתי אלימה בכפר בלעין שבגדה המערבית הכבושה ביום 23 באפריל 2010.

ב. לחלופין בלבד: מדוע לא יורו על הגשת כתב אישום נגד משיב מס' 5 בגין עבירות של סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק, לנוכח השימוש שעשה במטולי רימונים בכינון ישיר ובניגוד להוראות הפתיחה באש;

ג. מדוע לא יורו על נקיטה בצעדים משמעתיים ו/או פיקודיים כלפי המפקד/ים של המשיב מס' 5 בגין אחריותם הפיקודית לאירוע בו נפצע העותר וזאת לנוכח הראיות המצביעות על מחדליהם למנוע את הירי הלא חוקי בעת שהתרחש;

זהותו של המשיב מס' 5, למעט שמו הפרטי ודרגתו, אינם ידועים לעותרים ולפיכך הם מבקשים שפרקליטות המדינה תדאג להמציא לו את העתירה.

זהותם של המפקדים והקצינים שנקיטה בצעדים כלפיהם מתבקשת בסעד מס' 3 לעיל אינה ידועה לעותרים ולפיכך הם אינם מצורפים כמשיבים לעתירה. העותרים מסכימים מראש כי אלה יצורפו כמשיבים באמצעות המשיבים 1-4.

<u>בקשה לקביעת דיון בהקדם</u>

תיק זה עוסק באירוע שהתרחש באפריל 2010, קרי לפני תשע שנים. המשיבים 1-4 כולם גררו רגליים, משכו את קבלת ההחלטות עד אין קץ והזדחלו בביצוע פעולות נדרשות והכל באופן המצביע על זלזול עמוק ובלתי מתקבל על הדעת (אם כי רגיל בתיקים מסוג זה) בפגיעה הקשה שנגרמה לעותר.

כך אירע שעתירה זו מוגשת כמעט עשור שנים לאחר שאירע האירוע שבגינו מתבקשים הסעדים.

בשים לב לכך שהסעדים המבוקשים הם הגשת כתב אישום נגד חייל שירה באופן לא חוקי לכאורה בעותר, ונקיטה בצעדים משמעתיים ו/או פיקודיים כלפי מפקדים, כל עיכוב נוסף בבירור הסוגיה עלול להביא לכך שימנע מבית המשפט הנכבד להעניק לעותרים סעד אפקטיבי. מעבר לכך, עקרון יסוד של שלטון החוק הוא שפעולות אכיפה יש לנקוט במהירות ואילו במקרה זה כבר חלף זמן רב בשל התמהמהות חמורה של המשיבים כפי שיפורט בכתב העתירה להלן.

הסעדים המתבקשים בתיק זה רגישים ביותר למימד הזמן, ולפיכך העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בדחיפות, שהרי המתנה של חודשים רבים (בהתאם לתור הקיים היום בבית המשפט הנכבד לדיון ראשון בתיק) – יביא לכך שהדיון בעתירה יתקיים כמעט עשר שנים לאחר קרות האירוע והאפקטיביות של הביקורת השיפוטית עלולה להיפגע קשות בשל כך.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בהקדם האפשרי.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בפציעתו החמורה של העותר 1, אזרח ותושב ישראל, בן 41 בעת האירוע (ביום 23.4.10), שרימון גז מדמיע נורה לעברו בכינון ישיר ומטווח קצר על ידי המשיב 5 שהיה אז לוחם צה"ל.
2. עניינה של עתירה זו בהחלטה בלתי סבירה באורח קיצוני שלא להעמיד לדין את המשיב 5 ולא לנקוט בצעדים משמעתיים ו/או פיקודיים נגד מפקדיו, על אף שכאמור ביצע ירי בכינון

ישיר, בניגוד להוראות הפתיחה באש, נגד העותר שהשתתף בהפגנה שלווה של פלסטינים, ישראלים וזרים, בכפר בלעין שבגדה המערבית.

3. ההפגנה נאספה לשם ציון שנה להריגתו של באסם אבו רחמה ז"ל, אשר נהרג בהפגנה שהתרחשה באותו אתר ממש, ואשר נפגע אף הוא לכאורה מרימון גז מדמיע שנורה לעברו בכינון ישיר ובניגוד לחוק על ידי כוחות הביטחון (עניינו של באסם ז"ל היה נושא למספר עתירות לבית המשפט הנכבד, ולאחרונה נדחתה עתירת אימו וארגון יש דין, עותר מספר 2 בעתירה דנן, להעמיד לדין את החייל היורה תוך שבית המשפט הנכבד מותח ביקורת נוקבת על המחדלים הרבים והחמורים של המשיבים בחקירת האירוע, ראו **בג"צ 9850/16** צובחיה מוסא עבד אבו רחמה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (16.9.18).

4. עניינה של עתירה זו, אם כן, **בירי בכינון ישיר שהינו במקרה הטוב רשלני ובמקרה הרע מכוון,** שביצע כלפי עותר 1 איש כוחות הביטחון, משיב מס' 5, והכל בניגוד להוראות הפתיחה באש האוסרים ירי בכינון ישיר של רימוני גז לעבר מפגינים.

5. בעתירה זו, ייטען <u>ראשית</u>, שסגירת התיק ללא הגשת כתב אישום נגד משיב מס' 5, אינה סבירה באופן קיצוני.

6. בהקשר זה ייטען כי בתיק קיימות ראיות מספיקות להגשת כתבי אישום בגין ביצוע ירי שלא כדין שגרם לחבלה של ממש (קרי, פציעתו החמורה של עותר 1), וכן בגין עבירות סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק, בשל שימוש במטולי רימונים במהלך האירוע בכינון ישיר לעבר המפגינים ובניגוד להוראות הפתיחה באש;

7. <u>שנית</u>, ייטען כי ישנן די ראיות כדי לקבוע כי המפקדים באירוע נושאים באחריות לתוצאותיו החמורות במישור המשמעתי והפיקודי. ייטען כי חלה על המשיבים החובה לנקוט בהליכים משמעתיים, כנגד המפקדים שפיקדו על האירוע לנוכח אחריותם הישירה, בעיקר בהינתן תוצאותיו החמורות ובשים לב לקיומן של ראיות המלמדות על מחדלם במהלך האירוע למנוע מפקודם לעשות שימוש לא חוקי לכאורה באלפ"ה (אמצעים לפיזור הפגנות, קרי, ירי גז מדמיע בכינון ישיר לעבר אזרחים שלא היוו כל סכנה).

8. חקירות ואכיפת הדין על אנשי כוחות הביטחון שביצעו לכאורה עבירות כנגד פלסטינים בשטחים הכבושים, היא תחום שבו ישראל נכשלת ולאורך שנים. תיק זה מרכז מצבור של כשלים המאפיינים את החקירות של מצ"ח ואת פעולת הפרקליטות הצבאית.

9. לבסוף, אין להתעלם כי עתירה זו מוגשת לאחר התנהלותם האיטית של המשיבים, אשר גררו רגליים בקבלת ההחלטות לגבי האירוע מושא העתירה, והביאו לכך שאנו נמצאים 9 שנים לאחר האירוע, התנהלות זו מתרגמת כזלזול וקלות דעת מצד המשיבים לתוצאתו הקשה של האירוע, ולסבל שהוא הסב לעותר 1.

ב. רקע עובדתי

<u>I. הצדדים לעתירה</u>

10. העותר מס׳ 1, הוא אזרח ותושב ישראל, בן 41 בעת האירוע. אירוע הירי השאיר אותו עם פציעה בלתי הפיכה בראשו ואשר כתוצאתה נזקק לשני ניתוחים.

11. העותר מס׳ 2, ארגון ״יש דין״, הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית הכבושים ובין היתר מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

12. המשיבים מס׳ 1 ו-2, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מופקדים, בין היתר, על אכיפת החוק הפלילי והמשיב מס׳ 2 מייצג את מדינת ישראל בפני בתי המשפט בעניינים פליליים. למשיב מספר 1 הסמכות לבחון השגות על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי (משיב מס׳ 3) ואליו הגישו העותרים השגה על החלטתו של המשיב מס׳ 3, ביום 11.7.17, וזאת על פי הנחייה מס׳ 4.5003 ובהתאם להפנייתה של התצר״ית דאז, אל״מ שרון זגגי-פנחס, את העותרים להליך זה עם קבלת החלטתה מיום 8.5.17 לדחות את הערר שהוגש אליה על סגירת תיק חקירת פציעתו של עותר מספר 1. המשיב מספר 1 העביר את הטיפול בהשגה זו אל המשיב מספר 2.

13. כמו-כן, יש לציין כי לאור העובדה כי החשוד בתיק החקירה מושא עתירה הינו חייל אשר ככל הנראה יצא מתחולתו של *חוק השיפוט הצבאי, תשט״ו-1955*, החלטה על נקיטה בהליכים משפטיים בעניינו רובצת לפתחם של משיבים 1 ו-2.

14. המשיב מס׳ 3, הפרקליט הצבאי הראשי, מופקד על אכיפת החוק בצבא והינו הגורם אשר קיבל יחד עם המשיב מס׳ 4, את ההחלטה לדחות את עררם של העותרים שהוגש בגין ההחלטה לסגור את תיק חקירת פציעתו של עותר מספר 1.

15. המשיב מס׳ 4, התובע הצבאי הראשי, מופקד על העמדת חיילי צה״ל לדין בגין עבירות שהם ביצעו לכאורה, והינו הגורם המטפל בעררים על החלטות לסגור תיקי חקירה נגד חיילים. עררם של העותרים הוגש לידי קודמתו בתפקיד, אל״מ זגגי-פנחס, ובהתייעצות עם משיב מס׳ 3 ביום 8.5.17 קיבלה אל״מ זגגי-פנחס את ההחלטה לדחותו.

16. המשיב מס׳ 5, סמ״ר (מיל׳) גבריאל, הינו החשוד בתיק החקירה מושא העתירה שפצע שלא כדין את העותר 1. לאור העובדה שמשיב מספר 5 הינו חייל אשר ככל הנראה סיים את שירותו הצבאי, על-פי חוק השיפוט הצבאי שנה לאחר סיום השירות חדל החוק לחול עליו, כיום המשיבים מס׳ 1 ו-2 הינם הגורמים המוסכים להעמידו לדין.

II. האירוע ומיצוי הליכים

17. ביום 23.4.10 התקיימה הפגנה לא אלימה של פלסטינים, ישראלים וזרים, בכפר בלעין שבגדה המערבית. ההפגנה נאספה לשם ציון שנה להריגתו של באסם אבו רחמה ז״ל, אשר

נהרג בהפגנה שהתרחשה באותו אתר ממש, ואשר נפגע מרימון גז מדמיע שנורה לעברו בכינון ישיר ובניגוד לחוק על ידי כוחות הביטחון.

18. כבכל הפגנה בבלעין המגנים צעדו מכיוון הכפר דרך שביל צר אל השער בגדר ההפרדה שאז עוד ניצבה במקום שבג"צ קבע שלוש שנים קודם לכן שאינה חוקית ושיש להזיזה. כבכל הפגנה מהעבר השני של השער ניצבו חיילים שבשלב מסויים עשו שימוש באמצעים לפיזור הפגנות נגד המפגינים.

19. העותר מס' 1 (להלן: "העותר") השתתף בהפגנה האמורה לציון שנה לפגיעה באבו-רחמה, ובמהלכה נפגע אף הוא מרימון גז שנורה לעברו בכינון ישיר ובניגוד להוראות הפתיחה באש על ידי איש כוחות הביטחון. הרימון פגע בראשו וגרם לו לחבלה חמורה ולפגיעות מהן הוא סובל עד היום. מחומר הראיות שבתיק עולה כי היורה הינו המשיב מס' 5.

20. רגע הפגיעה תועד בשתי מצלמות. האחת היא מצלמת הוידאו של תושב הכפר בלעין, הצלם היית'אם חט'יב, אשר בעת שנס מהגדר לכיוון הכפר (גבו לחיילים) קלט את העותר בעת שהוא נופל מפגיעת הרימון כשקילוחי רימון הגז שפגע בו לצידו. הנה רגע הנפילה כפי שנקלט בעדשתו של חט'יב (העותר עם חולצה כתומה והגב למצלמה):

21. הצלם השני היה מר עידו מדיקס, שצילם צילומי סטילס. ברגע הפגיעה עדשתו פנתה לכיוון החיילים ותיעדה את המשיב 5 כשהוא יורה במטול רימונים לעבר המפגינים הנסים. הנה התמונה שצילם ממש ברגע הפגיעה בעותר:

22. בעקבות האירוע העותר אושפז בבית החולים "הדסה עין כרם" עם שבר בגולגולת וביום 23.4.10 עבר שני ניתוחים, האחד על מנת לנקות את חלל הסינוס והשני על מנת לשחזר את חלל הסינוס.

מצ"ב מסמכים רפואיים ומסומנים כנספח 1

23. בעקבות האירוע ביום 13.5.10 הוגשה תלונה על-ידי ב"כ העותרים לידי הפרקליטה לעניינים מבצעיים דאז, סא"ל סיגל משעל-שחורי, התובעת הצבאית הראשית דאז, אל"מ ז'נה מודז'גברשווילי, וראש מדור פיקוח וחקירות מצ"ח דאז, רס"ן חי בראון.

24. רק חודשיים וחצי לאחר מכן, ביום 2.8.10, נמסר לב"כ העותרים כי הוחלט על פתיחה של חקירת מצ"ח לנסיבות האירוע. בחלוף קרוב לחודשיים ימים נוספים, ביום 7.10.10, עודכנו ב"כ העותרים כי החקירה הסתיימה ובהתאם לכך כי התיק הועבר לטיפולה ולבחינתה של הפרקליטות לעניינים מבצעיים.

מצ"ב מכתביו של קצין פיקוח חקירות מצ"ח מיום 2.8.10 ומיום 7.10.10 ומסומנים כנספחים 2 ו-3 בהתאמה

25. בדיעבד עם קבלת ההחלטה מיום 19.12.18 בעניין דחיית ההשגה שהגישו העותרים, כפי שיפורט בהמשך, התברר לעותרים כי על אף שעודכנו כי החקירה נסגרה למעשה היה מדובר בהחלטה להקפיא את החקירה. ההחלטה של הפרקליטות הצבאית להקפיא את החקירה, כך כאמור נודע לעותרים במענה להשגה, התקבלה "לנוכח מדיניות החקירות באיו"ש"

וזאת "עד לקבלת התייחסות הגורמים הרלוונטיים בצבא" (פסקה 2 במענה להשגה מיום 19.12.18). הליך קבלת ההחלטות בפרקליטות הצבאית התבצע בקצב בלתי סביר. בחלוף **קרוב לשנתיים** מיום הקפאת החקירה, רק ביום 3.6.12 התקבלה ההחלטה להחזיר למצ"ח את תיק החקירה לצורך פתיחה בחקירה מלאה. יצוין כי כל זאת כאמור לא היה פרוש בפני עותרים בזמן אמת ולמעשה ביום 10.7.12 עודכנו רק אודות העובדה כי תיק החקירה הועבר למצ"ח. כעבור **כמעט שלוש שנים**, וככל הנראה לאחר שהתיק הוחזר שוב למצ"ח לצורך השלמת חקירה נוספת, ביום 21.5.15 נמסר לב"כ העותרים כי הוחלט לסגור את תיק החקירה ללא הגשת כתב אישום.

26. עילת הסגירה שנמסרה לב"כ העותרים היא חוסר ראיות לחריגה מכללי הפתיחה באש ולכך שפציעתו של העותר היא תוצאה של פעילות חיילי צה"ל.

מצ"ב מכתביה של הפרקליטות לעניינים מבצעיים מיום 10.7.12 ומיום 21.5.15 ומסומנים כנספחים 4 ו-5 בהתאמה

27. לאורך שלבי החקירה וקבלת ההחלטות של הפרקליטות הצבאית המוזכרים לעיל, התלוננו העותרים בפני הגורמים הרלוונטיים על הימשכות ההליכים הבלתי סבירה והחשש שחלוף הזמן תפגע באפקטיביות של החקירה.

28. בעקבות סגירת תיק החקירה, פנו ב"כ העותרים ביום 2.6.15, לפיקוח חקירות מצ"ח בבקשה לעיין בחומרי החקירה. לאחר שהתגלה שחומרי חקירה מסוימים לא הועמדו לעיונם של ב"כ העותרים, הוגשה בקשה להשלמת צילום התיק, וכך רק ביום 26.11.15 , חצי שנה לאחר שביקשו לעיין בתיק, התקבלו אצל ב"כ העותרים כל חומרי החקירה, או לפחות כך סברו ב"כ העותרים. בהמשך וכפי שיפורט מטה ב"כ העותרים גילו במקרה ובדרך אגב כי גם לאחר האמור חומרי חקירה מהותיים לא הועברו לעיונם.

מצ"ב מכתבם של ב"כ העותרים מיום 2.6.15 ובקשת השלמת הצילום מיום 24.9.15 ומסומנים כנספח 6

29. מעיון בחומרי החקירה עלו הממצאים הבאים:

א. לפי מזכר מיום 30.5.10 בדו"ח הסופ"ש של התאריכים 22.4.10 ו-24.4.10, תועדה הפגנה שבה היה שימוש באלפ"ה וכי "פעיל שמאל נפצע משאיפת גז וממכה בראשו".

ב. כחודשיים לאחר האירוע זומנו העותר ומי שהיתה זוגתו בעת האירוע, גב' ענת שגיא, אשר הייתה עדה לאירוע ועמדה לידו בעת הפגיעה בו, למסור את עדויותיהם לחוקר מצ"ח העונה לשם שי פיזנטי. בהודעתו מיום 28.6.10 סיפר העותר שהשתתף בהפגנה יחד עם גב' שגיא, ושבשום שלב לא הפגין בצורה אלימה וודאי שלא יידה אבנים. לדבריו, בשלב מסוים החלו כוחות הביטחון לירות גז מדמיע ללא התרעה מוקדמת. עקב קולות הפיצוצים, הסתובב העותר לאחור על מנת להימלט מהמקום, ובעת שסובב את ראשו, כאשר הוא נמצא במרחק של בין 50 עד 80 מ' מהכוחות, נפצע במצחו. העותר ציין בפני החוקר כי הצלם **עידו מדיקס** צילם את היורה (ואכן נגיע בהמשך לתצלומיו ולעדותו של מר מדיקס).

עדותו של העותר מיום 28.6.10 מצ"ב ומסומנת כנספח 7

ג. כאמור, באותו יום, 28.6.10, מסרה גב' שגיא, את עדותה לחוקר פיזנטי במצ"ח ירושלים. גב' שגיא מסרה כי ביום האירוע הייתה נוכחות גדולה של מפגינים בכפר, הן פלסטינים, הן ישראליים והן זרים, כאמור, בכדי לציין את יום השנה להריגתו של באסם אבו רחמה, ז"ל. לדבריה, זמן קצר לאחר הגעתם לשער שהוקם בשעתו בגדר ההפרדה, החלו כוחות הביטחון לירות "מטר של רימוני גז". עוד מסרה גב' שגיא כי קבוצה קטנה של ילדים, שהתמקמו במטע הזיתים במורד הגבעה ולצד השביל שבו התקיימה ההפגנה, החלה לידות אבנים לעבר הכוחות, דבר שהוביל להגברת כמות הגז שנורה. היא והעותר החלו לברוח יחד בשל גז המדמיע ובשלב מסוים הסתכלה לאחור וראתה חפץ עף לידה ופוגע בעותר במצחו. [יצוין: מאז האירוע גדר זו הוסרה וגדר חדשה הוצבה בתוואי חדש מערבה למיקומה המקורי, זאת במסגרת בג"צ 8414/05, <u>יאסין ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'</u>, תק-על 2007(3), 3557. בעת שההפגנה התקיימה הגדר כבר הוכרזה כבלתי חוקית והמדינה השתהתה בביצוע פסק דינו של בג"צ; מ.ס., ס.ב.]

עדותה של עדת הראייה ענת שגיא מיום 28.6.10 מצ"ב ומסומנת כנספח 8

ד. ביום 18.12.11 היה ניסיון לזמן את הצלם הישראלי <u>מר **עידו מדיקס**</u> באמצעות ארגון זכויות אדם "בצלם", אך נמסר לחוקר כי מר מדיקס נמצא בחו"ל. בעקבות הקושי להשיג את מר מדיקס במרוצת השנים, וזאת לאור העובדה שהעביר את מקום מגוריו לחוץ לארץ, ביום 4.4.13 תצהירו הועבר על ידי משרדה של עו"ד לאה צמל לידי מפקד בסיס מצ"ח ירושלים, סגן אבירם כנפו. עותק של תצהיר זה לא הופיע בחומר החקירה שהועמד לעיונם של ב"כ העותרים; עם זאת, ולשם השלמת התמונה, להלן סיכום של תצהירו של מר מדיקס אשר בסופו של דבר עותק ממנו הגיע לח"מ:

מר מדיקס מסר כי היה נוכח בהפגנה האמורה במסגרת עבודתו כצלם. לדבריו, בשלב מסוים בהפגנה החיילים עברו את השער הקטן והתמקמו מאחורי השער הגדול. בין החיילים שהתמקמו שם היה קצין בדרגת רב-סרן או סגן-אלוף. כתוצאה ממעבר החיילים את השער הקטן המפגינים נסוגו אחורה, רובם לאזור "העץ הגדול". מר מדיקס מסר כי הוא עצמו נעמד באמצע הדרך בין המפגינים לבין השער.

לדבריו החיילים ניסו למשוך צלם ישראלי דרך צידו השמאלי של השער. לאחר שלא הצליחו החל אחד מהחיילים לירות לעבר המפגינים. המפגינים עמדו במרחק של כ-50 מ' מהשער. לטענתו החייל שירה השתמש ברובה "תופי" לפצצות מטול גז, 40 מ"מ.

כאשר החייל החל לירות, מר מדיקס היה במצב שכוב, כאשר מהזווית בה שכב ראה הן את השער והן את שתי עמדות החיילים שמאחורי הגדר. החייל ירה שתי יריות. לאחר הירי הראשון או השני, ובזמן שהמשיך לצלם את השער ואת החיילים סובב מר מדיקס את ראשו לאחור והבחין בקהל המפגינים מתאסף סביב דבר מה.

על פי מר מדיקס כל היריות נורו בידי אותו חייל מאותו הנשק, כאשר כולן נעשו "בזווית שטוחה או אפילו שלילית" (ביחס לקרקע). למעט אותו רגע בו הסתכל על הקהל כאשר שמע צרחות לאחר הירי שבוצע, מבטו היה כל העת לכיוון השער. על פי מר מדיקס, באותו הרגע שמבטו היה לכיוון הקהל לא בוצע שום ירי. מר מדיקס מציין כי לא נורו שום יריות אחרות, לא לכיוון המפגינים ולא בכלל, למעט אלו שנורו על ידי אותו חייל ובעזרת אותו הנשק ובאותה הזווית אותה תיאר. שעת הירי כפי שמר מדיקס זוכר אותה הייתה סביבות שתיים אחר הצהריים (ואכן שעת התצלומים שלו המופיעה בקבצים המצורפים לעתירה זו מצביעה על דיוקו, כפי שיפורט להלן).

תצהירו ותצלומיו של מר מדיקס מצ"ב ומסומנים כנספחים 9 ו-10 בהתאמה. העתק של התצלומים ע"ג תקליטור תחת התיקייה "Ido" מצ"ב ומסומן כנספח 11

ה. ביום 31.1.12, תיעד החוקר פיזנטי קבלת 19 תצלומי סטילס מהפרקליטות לעניינים מבצעיים, וביום 7.2.12 העביר תצלומים אלו, יחד עם חמישה עמודים של מסמכים רפואיים ועדויותיהם של העותר וגב' שגיא, למכון לרפואה משפטית לשם הכנת חוות דעת.

ו. על פי <u>חוות הדעת מומחה</u> שהוכנה על במכון לרפואה משפטית ביום 16.3.12, לא ניתן היה לאפיין את אופי הפציעה על סמך החומר שהועבר. חוות הדעת המליצה להעביר תצלום של הפצע כאשר הוא נקי מדם בצירוף של קנה מידה, או לחלופין לשלוח את הפצוע למכון במידה ולא עבר טיפול

כירורגי-פלסטי, כדי לבחון את הפציעה. (העותר אכן עבר כבר ביום האירוע ניתוח בראשו). עוד צוין בחוות הדעת כי על מנת לקבוע האם הפציעה נגרמה מרימון גז הנורה ממטול יש לשלוח את המפרט הטכני של הנשק והרימון. יצוין כי אין אינדיקציה בתיק שהמפרט הטכני אכן הועבר למכון. בהמשך, ביום 3.3.14, התנהלה שיחה בין חוקר מצ"ח לבין גב' רינת מהמכון לרפואה משפטית ובה השיבה האחרונה לשאלתו של החוקר כי אין ביכולת המכון לקבוע בצורה חד משמעית אם פציעתו של העותר נגרמה מזריקת אבנים או מפגיעת רימון [זאת בהתאם לקביעת המכון כי לא ניתן כלל לאפיין את פציעתו של העותר 1], ולפיכך הוחלט כי אין טעם לשלוח את המתלונן, העותר, למכון לשם השלמת חוות הדעת.

חוות הדעת של המכון לרפואה משפטית מיום 16.3.12 מצ"ב ומסומנת כנספח 12

ז. ביום 3.7.12 נחקר מג"ד הגזרה באירוע, **<u>סא"ל חובב</u>**, תחת אזהרה. סא"ל חובב ציין כי במקביל להפגנה האמורה הייתה הפגנה בכפר נעלין ושהוא נכח בהפגנה השנייה בנעלין. סא"ל חובב הגיע לאירוע דנן עתירה זו רק בעקבות דיווח על פצוע, ולפיכך לא היה עד לאירוע זה. סא"ל חובב ציין כי אופי ההפגנה היה אלים וכי היה יידוי אבנים, אך כאמור, אין זה ברור מעדותו אם מדובר בהתרשמותו האישית מההפגנה בעת שהגיע למקום, כאמור, לאחר הפגיעה בעותר, או שזוהי עדות שמיעה וסא"ל חובב מסתמך על דבריהם של חיילים אחרים שנכחו באירוע. סא"ל חובב מסר כי לאחר הגיעו למקום האירוע, איתר יחד עם הסמח"ט את מקום הפציעה של העותר בשטח על פי עקבות הדם שהיו על הקרקע. יחדיו הם ביצעו ניסוי על מנת לבדוק האם מהנקודה בה מוקם הכוח ניתן היה לפגוע באדם עם האמל"ח שבו השתמש הכוח. השניים הגיעו למסקנה שלא ניתן היה לפגוע באדם בנקודה בה נפצע העותר. לפי דבריו של סא"ל חובב מדובר בנקודה נסתרת פיזית מהכוחות בגובה הקרקע [יש לציין שטענה זו לא נתמכת לא על ידי שאר העדים ולא על ידי הראיות הוויזואליות הקיימות בתיק, ובכלל זאת סרטונו של מר היתי'ם חטיב, צלם ותושב בלעין, אשר פורסם ביוטיוב ואשר מצורפים כנספחים לעתירה דנן]. על פי סא"ל חובב הניסוי של השניים כלל **<u>זריקה</u>** של רימונים שלא לפי הנהלים. עוד מסר סא"ל חובב כי זריקת האבנים הייתה ברובה מאחורי מרבית המפגינים. בתגובה לעדותו של העותר, טען סא"ל חובב כי אם עמד במרחק של כ-50 עד 80 מ' מהגדר זהו מרחק שאליו מתקשה להגיע אמל"ח שנזרק ידנית ואילו גז שנורה על ידי מדוחה (רימון גז 400) או מטול נורה על ידי כוחות סטטיים שלא פועלים מתוך לחץ.

עדותו של סא"ל חובב מיום 3.7.12 מצ"ב ומסומנת כנספח 13

ח. ביום 5.7.12 נגבתה עדותו של **<u>סג"מ אדם</u>**, אשר שימש כמ"מ באירוע. לדברי סג"מ אדם, הכוח האחורי הוא שירה רימונים בהפגנה, והכוח שלו כלל לא היה חמוש ברימוני גז או הלם. סג"מ אדם מאשר את הנראה בסרטונו של היתי"ם חטיב ואת האמור בתצהירו של עידו מדיקס כי כמה רגעים לפני שהאמבולנס הגיע למקום בעקבות פציעתו של העותר, נכנסו כוחות ל"צד הפלסטיני" של הגדר על מנת לנסות לבצע מעצר של אחד המפגינים. סג"מ אדם שיער כי הפציעה שנגרמה לעותר לא הייתה כתוצאה מירי של רימון, ובתמיכה למסקנתו זו, הסביר סג"מ אדם כי רימון הלם וגז 400 לא יכולים לגרום לפציעה כזו, ורימון גז של 40 מ"מ "לא יורים בכינון ישיר" (עמ' 3, שורה 25 להודעתו).

עדותו של סג"מ אדם מיום 5.7.12 מצ"ב ומסומנת כנספח 14

ט. לפי עדותו של **<u>סגן אראל</u>** מיום 10.7.12, הוא שימש באירוע כמפקד ההפגנה וכסמ"פ, משום שהמ"פ לא היה נוכח. מהלך ההפגנה לא היה זכור לו היטב. הוא לא זכר שבוצע ירי בכינון ישיר, או כי מי מהחיילים פעל שלא לפי הנהלים. עם זאת, סגן אראל מציין כי גרסתו של העותר, נשמעת לו הגיונית (עמ' 3, שורה 10 להודעתו).

עדותו של סגן אראל מיום 10.7.12 מצ"ב ומסומנת כנספח 15

י. כעבור קרוב לשנה, ביום 1.5.13 נחקר **<u>סמ"ר הדר</u>** תחת אזהרה. סמ"ר הדר מסר לחוקר כי הירי בגז מדמיע שבוצע בהפגנה בוצע תחת פיקודו. לטענתו הוא ראה כל ירי שבוצע ולא ראה פגיעה באף אחד מהמפגינים. עם זאת, כאשר נשאל כיצד יכול להיות הגיוני שהוא ראה כל ירי שבוצע אם לא ראה את הפגיעה בעותר, השיב סמ"ר הדר כי הוא ראה את מסלול הירי והנפילה לפי מתווה העשן, אך לא ראה היכן נפל הרימון עצמו. עוד ציין סמ"ר הדר כי ההפגנה לא הייתה שונה מכל הפגנת יום שישי אחרת. בנוסף, מסר סמ"ר הדר שבכדי שמטול ירה בטווח הרלוונטי למקרה זה, קרי עד 80 מטרים מהכוח היורה, היורה צריך לירות בזווית של - 80 מעלות והוא לא הבחין שבוצע ירי כזה. עוד טען סמ"ר הדר כי אינו זוכר שבוצע ירי בכינון ישיר. אולם, בהמשך חקירתו הוא זיהה בוודאות את החייל גבריאל בתמונות מהאירוע, טען כי גבריאל השתמש בנשק "רינגו" וכי לפי זווית הצילום נראה כי אותו חייל מבצע ירי בכינון ישיר: "יש לי זיהוי וודאי של חייל אחד מהתמונות, גבריאל. בתמונות נראה חייל שמשתמש בנשק בשם רינגו... שלפי זווית הצילום נראה ככיוון ישיר" (עמ' 6, שורות 12 - 15 להודעתו).

עדותו של סמ"ר הדר מיום 1.5.13 מצ"ב ומסומנת כנספח 16

יא. ביום 15.7.13 נחקר **סמ"ר מאור** תחת אזהרה, אשר לא זכר את האירוע עצמו. הוא ציין כי תפקידו באירוע היה ב"חוליית פרידה", שהינה קבוצה של חיילים הנכנסים להמון במטרה להביא מיידי אבנים. לאחר צפייה בתצלומי האירוע הצביע סמ"ר מאור על כך שהחייל שנראה בתמונות נראה יורה בכינון ישיר, כאשר ירי כזה צריך להתבצע ב-60 מעלות (עמ' 2, שורות 10 - 13 להודעתו). לטענתו, היה חמוש בנשק M16 באירוע ולא בגז מדמיע. עוד ציין סמ"ר מאור כי שאר החיילים הנראים בתמונות היו חיילים של החוליה שלו או זורקי גז ידני – קרי, החייל היורה הוא היחיד בתמונות שירה גז מדמיע.

עדותו של סמ"ר מאור מיום 15.7.13 מצ"ב ומסומנת כנספח 17

יב. ביום 19.8.13 נגבתה עדותו של **חמדי אבו רחמה**, צלם מטעם ארגון "בצלם", אשר מסר שעמד ליד העותר בעת שנפצע. לדברי מר אבו רחמה, היה רק חייל אחד שירה לעבר המפגינים והוא ירה ישירות לכיוונם, והוא החייל המופיע בתצלומים שהוצגו בפניו בגביית עדותו, וספציפית בתמונת DSC-1519, אשר צולמה על ידי מר מדיקס (ואשר מופיע בדיסק המצ"ב לעתירה דנן). מר אבו רחמה מסר כי הוא צילם את המפגינים, בעוד שמר מדיקס צילם את החיילים, וכי הוא הבחין שהחפץ שפגע בראשו של עותר היה "כדור רגיל אבל יותר גדול שעשוי מברזל או מאלומיניום" (עמ' 1, שורה 21 להודעתו). עוד טען מר אבו רחמה כי היה רק חייל אחד שירה במהלך האירוע, וכי העותר עמד במרחק של כ-20 עד 30 מטרים מהחייל שירה.

עדותו מיום 19.8.13 ותצלומיו של חמדי אבו רחמה מצ"ב ומסומנים כנספחים 18 ו- 19 בהתאמה. העתק של התצלומים ע"ג תקליטור תחת התיקייה "Hamde" מצ"ב ומסומן כנספח 11

יג. לאחר ניסיונות רבים לאתר את החשוד שנראה יורה בתצלומים, גבריאל, אשר שהה בחו"ל בסוף שנת 2013 ובתחילת 2014, הוא אותר ונחקר לבסוף ביום 20.2.14 תחת אזהרה. החשוד סמ"ר גבריאל טען שאינו זוכר את האירוע או אם הוא ביצע במהלכו ירי, וזאת לאור הזמן הרב שחלף וכן לאור העובדה כי נכח בעשרות הפגנות מהסוג הזה. על אף שלא זכר את פרטי האירוע, טען החשוד גבריאל כי בהפגנה היו יידוי אבנים וכי נשקפה סכנה לחיילים. **החשוד לא זכר אם ביצע ירי בכינון ישיר או לאו**, אך זיהה את עצמו בתמונות כחייל היורה. בהמשך החשוד טען כי אין בהכרח קשר בין התמונות לבין מקום האירוע או תאריכו, והוסיף כי התצלומים מראים ירי בין כוונות ולא בכינון ישיר.

עדותו של משיב מס' 5 מיום 20.2.14 מצ"ב ומסומנת כנספח 20

יד. בימים 28.5.14 ו-30.6.14 היו ניסיונות להשיג את העד והצלם **הית'ם חטיב** באמצעות מת"ק חברון ומת"ק רמאללה ללא הצלחה. [יצוין כי רק עם קבלת המענה לערר שהוגש מטעם ב"כ העותרים התברר כי למעשה מר חטיב אכן מסר את עדותו וזו היתה חלק מחומרי החקירה אך מסיבה לא ברורה לא הועברה לעיונם של ב"כ העותרים. רק ביום 24.9.17 התקבלה בידי העותרים עדותו של מר חטיב].

טו. ביום 20.10.14 נגבתה עדותו של מר חטיב אשר מסר כי הוא תיעד את האירוע. מר חטיב מסר כי ברגע שהחל הירי של הרימונים הוא החל לברוח ולכן ברגע שהעותר נפגע מהירי הוא היה עם הגב לחיילים ועל כן הצליח לתעד את הרגע בו העותר נפגע. מר חטיב נשאל האם ראה את הרגע בו נורה רימון לעבור של העותר אך מר חטיב חזר והשיב כי ראה חייל יורה ובעקבות כך החל לרוץ ורק אז רק העותר נפל.

עדותו של היתי'ם חטיב מיום 20.10.14 מצ"ב ומסומנת כנספח 21

טז. רק ביום 29.5.14, קרי למעלה משלוש וחצי שנים מאז קרות האירוע, תיעד קצין חקירות מצ"ח, סג"מ נאור, כי צפה בסרטון האירוע שצולם על ידי מר חטיב ופורסם ביוטיוב, אך הגיע למסקנה כי מעבר לכך שבסרטון ניתן לראות את ההפגנה, את הגז שמקיף את העותר, את פציעתו ואת העובדה שפונה באמבולנס, מהסרטון לא עולה דבר שמסייע לחקירה. <u>סרטון זה יהיה רלוונטי בהמשך.</u>

סרטונו של מר היתי'ם חטיב ע"ג תקליטור תחת התיקייה "Haitham"
מצ"ב ומסומן כנספח 11

יז. ביום 20.10.14 נערך שחזור של האירוע, כארבע שנים לאחר שהתרחש, על אף שכאמור הזירה והטופוגרפיה שלה השתנו מאז האירוע, בפרט לאור הזזת הגדר וכל המערכת הכרוכה בה למקום אחר באדמות הכפר, בהתאם להוראות בג"צ. כפי שעולה ממזכר מיום 24.4.14, החשוד לא זומן להשתתף בשחזור לאור העובדה כי לא זכר את האירוע. מפקד ההפגנה, סגן אראל, גב' שגיא, והעותר 1 השתתפו בשחזור. שחזור זה שתועד ויזואלית גם הוא לא הועבר במקור לב"כ העותרים ורק לאחר המענה לערר שהוגש מטעם ב"כ העותרים נתגלה כי קיים תיעוד כזה וכי היה עליו להיות מועבר אליהם. רק ביום 28.12.17 התקבל תיעוד זה.

<u>סיכום חומרי החקירה</u>

- העותר עמד במרחק של כ-50 מ׳ מהכוחות. כך עולה הן מעדותו של העותר עצמו, הן מתצהירו של מר מדיקס, והן מהראיות הוויזואליות שבתיק. יצוין כי על פי מר מדיקס, אשר טען שהמפגינים עמדו במרחק של כ-50 מ׳ מהכוחות, הוא עצמו עמד באמצע הדרך בין המפגינים לבין החיילים כלומר, ממקומו יכול היה לאמוד את המרחק בין המפגינים הקרובים ביותר לבין החיילים. על פי סרטונו של מר היתׂים חטיב, סרטון היוטיוב בו צפה סג״מ נאור, ניתן לראות כי העותר עמד בקרב הקבוצה שהייתה קרובה ביותר לחיילים.

- היה רק חייל אחד שביצע ירי במהלך ההפגנה, קרי החשוד סמ״ר (מיל׳) גבריאל, והוא ביצע ירי של רימוני גז מדמיע 40 מ״מ ממטול.

- החשוד סמ״ר (מיל׳) גבריאל זוהה על ידי סא״ל חובב, סמ״ר הדר ואף על ידי עצמו בתור החייל היורה בתצלומי הסטילס שצילם מר מדיקס ושהוצגו בפניהם על ידי חוקר מצ״ח פיזנטי. ספציפית, הוא זוהה בתמונה שסומנה ״DSC-1519״, אשר צולמה על ידי מר מדיקס.

- על פי עדי הראיה, מר מדיקס ומר אבו רחמה, הם ראו כי החייל היורה ירה בכינון ישיר, או במילים של מר מדיקס, ״בזווית שטוחה או אפילו שלילית״ (כאשר יש שיפוע קל בין המקום בו עמדו החיילים לבין המקום בו עמדו המפגינים, כפי שעולה מבדיקת זירת האירוע). סמ״ר הדר וסמ״ר מאור קבעו על בסיס ניתוח של התמונות כי משיב 5 ביצע ירי בכינון ישיר. אף החשוד עצמו לא הכחיש כי ירה בכינון ישיר, כל שהעיד הוא שאינו זוכר. שאר העדים וביניהם סג״מ אדם, העידו כי רימון גז של 40 מ״מ ״לא יורים בכינון ישיר״ וסמ״ר מאור שטען בעדותו כי ירי כזה (של רימון גז של 40 מ״מ) צריך להתבצע ב-60 מעלות.

- על פי עדת הראייה, גב׳ שגיא, מידיי האבנים עמדו בעמק שמשמאל לשביל (כאשר הפנים פונות מערבה לכיוון הגדר), בעוד שהעותר עמד על השביל המוביל לשער עם שאר המפגינים הלא אלימים שלא יידו אבנים. כלומר, מידיי האבנים עמדו עם גבם לקבוצת המפגינים שבה היה העותר ובנקודה הקרובה יותר לכוח. לטענתה הנערים יידו אבנים (<u>ללא רוגטקות</u>) לכיוון הג׳יפים הצבאים שעברו בכביש הביטחון (כלומר, לכיוון ההפוך ממנה ומהעותר), וכלל לא לכיוון המפגינים. גרסה אחרת נמסרה על ידי סא״ל חובב, אשר טען כי זריקת האבנים בוצעה ברובה מאחורי מרבית המפגינים. יוזכר שסא״ל חובב **לא היה עד לאירוע עצמו**, אלא הוקפץ למקום מהכפר ניעלין בעקבות דיווח על פציעתו של העותר.

<u>מידע נוסף השופך אור על חומרי החקירה</u>

- שעת צילום התמונות על-ידי מר מדיקס בו נראה החשוד סמ״ר גבריאל מכוון את נשקו ולאחריו נראה עשן היוצא מנשקו, כלומר לאחר ביצוע ירי, הינה 14:03.

- שעת הפריים מתוך צילום סרטון היוטיוב של מר חטיב (ואשר מופיעים בדיסק המצ״ב תחת השם "movie-frame Hathiam-ambukance" ו- "movie-frame Hathiam- Nefila") בו נראה העותר נופל עם הפגיעה בו ופציעתו ולאחריו שעת הפריים מהסרטון שבו נראה באמבולנס ופצוע, הינן השעות 14:03 ו-14:04, בהתאמה. כפי שיוסבר להלן, השעה המצויינת בסרטון היא 12:03 ו-12:04 אך למעשה מדובר בשעה 14:03 ו- 14:04.

  מצ״ב תצלומים מתוך הסרטון ומסומנים כנספח 22. העתק מהתצלומים ע״ג תקליטור תחת התיקייה "Haitham" מצ״ב ומסומן כנספח 11

- השעה שהוטבעה בצילומיו של מר אבו רחמה (ואשר מופיעים בדיסק המצ״ב בתיקייה "Hamde" תחת השמות-"photo-Hamde-Watch" ו- "photo-Hamde-Pegiyal 1/2/3" בו נראה העותר פצוע ובאמבולנס הינה 14:03.

- שעון המצלמה של מר חטיב פיגר ביום האירוע בשעתיים בדיוק, והוכחה לכך היא שכל שאר התמונות המתעדות את אותו האירוע ממש על ידי שאר הצלמים צולמו באותן שעות – 14:03 ו-14:04. אין אפשרות כי העותר 1 הועלה לאמבולנס גם בשעה 12:04 וגם שעתיים לאחר מכן כפי שתועד על ידי מר אבו רחמה בשעה 14:04. לאור זאת, ההתייחסות לשעה צריכה להיות בהתאם.

  [דרך בירור תאריך ושעת הצילום (״Time stamps״) של כל תמונה במחשב שפועל במערכת הפעלה Windows של מיקרוסופט היא זו: מקש ימני על קובץ התמונה הפתוח ולחיצה על ״פרטים מאפיינים/properties״ מובילים ללשוניות שונות וביניהן הלשונית ״פרטים/details״. בלשונית זו ניתן לראות את תאריך ושעת הצילום.]

<u>הערר ודחייתו:</u>

30. ביום 27.12.15 הגישו ב״כ העותרים ערר לתובעת הצבאית הראשית דאז, אל״מ שרון זגגי-פנחס, בגין ההחלטה לסגור את תיק החקירה ללא הגשת כתב אישום וכל זאת על בסיס הראיות הקיימות בתיק כפי שפורטו לעיל.

מצ״ב הערר מטעם העותרים מיום 27.12.15 ומסומן כנספח 23

31. בערר הועלו ארבע טענות מרכזיות, ולהלן תמציתן:

1. ראשית, נטען כי העדויות והראיות האחרות בתיק מצביעות על כך שהחשוד, משיב מס' 5, ביצע ירי בניגוד להוראות הפתיחה באש – קרי, בכינון ישיר, בטווח קצר מטווח הבטיחות של סוג האלפ"ה בו עשה שימוש, ולעבר אזרחים שלא היוו כל סכנה. בפרט נטען שהירי שביצע משיב מס' 5 לעבר העותר אשר הפגין בדרכי שלום, נעשה בנסיבות בהן לא הייתה כל הצדקה משפטית לביצוע ירי שכזה. בערר נטען כי בגין ירי בלתי חוקי זה שגרם לפציעה חמורה היה על התביעה הצבאית להעמיד את החשוד לדין.

2. שנית, נטען בערר כי בניגוד לטענות הבלתי-מבוססות של חלק מהחיילים שתושאלו בקשר לאירוע, כלל הראיות בתיק מוכיח כי פגיעה ישירה בעותר על ידי ירי רימון גז מדמיע שנורה ממטול ומהעמדה שבה היה החשוד גבריאל (כפי שתועדה ברגעים שקדמו לפגיעה ולאחריה), **אפשרית לחלוטין, ובהיעדר יורים אחרים - הכרחית.**

3. שלישית, בערר נטען כי השילוב של הראיות המצביעות על כך שהחשוד היה היחיד שעשה שימוש במטול רימוני גז יחד עם הראיות המצביעות על כך שהחשוד ירה בכינון ישיר לכיוון המקום בו עמד העותר ברגע פציעתו, מוביל למסקנה החד-משמעית שמשיב מס' 5 הוא שירה בעותר ופצע אותו.

   לפיכך, הוסק בערר כי בחומרי החקירה אשר הועברו לידי ב"כ העותרים, קיימות ראיות מספיקות להעמדה לדין של החשוד, משיב מס' 5, בגין ירי שלא כדין שגרם לחבלה של ממש, קרי פציעתו של העותר.

   נטען כי מכלול הראיות נגד החשוד מביא ללא כל ספק לרף של ראיות מספיקות להגשת כתב אישום, ואף מעבר לכך.

4. לבסוף, עוד נטען בערר כי קיימות די ראיות בתיק כדי להצדיק העמדה לדין של מפקדיו של החשוד, אשר על פי החשד נמנעו מהדרכה מספקת של כוחותיהם בשימוש באלפ"ה באופן שאינו מסכן חיי אדם, וכן חדלו מלמנוע ביצוע של ירי שלא כדין במהלך האירוע.

32. הערר שכב אצל התצ"רית חודשים ארוכים רק כעבור **שנה וחצי**, ולאחר פניות חוזרות ונשנות של ב"כ העותרים בדרישה כי תתקבל החלטה בערר, ולאחר שהלינו כי משך זמן הטיפול הארוך בערר פוגע באפקטיביות ההליכים וביכולת של העותרים לממש את הסעדים המבוקשים, ביום 8.5.17 התובעת הצבאית הראשית דאז, אל"מ זגגי-פנחס בהתייעצות עם משיב 3 החליטה לדחות את הערר וקבעה כי אין מקום לשנות את ההחלטה של הפרקליטות לעניינים מבצעיים לסגור את תיק החקירה ללא הגשת כתב אישום.

(מצ"ב פניותיהם של העותרים לאל"מ זגגי-פנחס בעניין משך זמן הטיפול בערר מימים 28.6.16, 10.8.16, 16.10.16, 3.11.16, 28.12.16 ו-25.4.17 ומסומנים כנספח 24)

33. ההחלטה של אל"מ זגגי-פנחס לדחות את הערר התקבלה על בסיס הטענות הבאות:

א. לא ניתן לבסס כמסקנה יחידה כי החשוד סמ"ר גבריאל (משיב מס' 5) הוא שגרם לפציעתו של העותר באמצעות ביצוע ירי רימון גז בניגוד להוראות הפתיחה באש.

ב. עוד בעניין זה, ציינה התצ"ריתכי הרף הנדרש כדי להרשיע אדם בביצוע עבירה פלילית הינו אמת מידה של "מעבר לכל ספק סביר". לפיכך, לשיטתה, רף ההוכחה שהוצג בכתב הערר אינו עולה כדי הוכחה שבוצעה העבירה המיוחסת לחשוד בתיק (זו כמובן טעות משפטית ונעמוד על כך בהמשך).

ג. בכל הנוגע לשימוש באלפ"ה במהלך האירוע, ולאופן השימוש בו, עמדת התצ"ריתכפי שהוצגה בערר הינה כי בנסיבות האירוע ("הפרת סדר המונית שהגיעה בסמיכות רבה לגדר, ושבה יידו חלק מהמפגינים אבנים, ושלא התפזרה אף לאחר כריזות של צה"ל להתרחק", במילותיה) – השימוש שנעשה ברימוני גז תאם את כללי הפתיחה באש שהיו בתוקף באותה תקופה. לטענת התצ"ריתכללים אלו אף התירו ירי של גז מדמיע בכינון ישיר בנסיבות מסוימות. עוד הוסיפה התצ"ריתכי בהעדר עדותו של הצלם מטעם ארגון "בצלם", עידו מדיקס, וכפועל יוצא היעדרה של הזדמנות לעמת אותו אל מול אמירותיו בתצהירו, ולנוכח עדויותיהם של חלק מהגורמים הצבאיים שנכחו באירוע אשר לא הבחינו בירי שבוצע בכינון ישיר במהלך האירוע, לא ניתן להוכיח כי החשוד, או כל חייל אחר שהיה מעורב באירוע, ביצעו ירי שלא כדין.

ד. עוד קבעה אל"מ זגגי-פנחס כי לא קיימות די ראיות כדי לבסס שהפגיעה בעותר נגרמה מרימון שנורה על ידי החשוד סמ"ר גבריאל – או שנגרמה מרימון גז כלשהו. התצ"ריתהסתמכה בעניין זה הן על מסקנת המכון לרפואה משפטית שלא ניתן לקבוע מהו מקור הפציעה, והן על העובדה שרימוני גז נוספים הושלכו ו/או נורו לעבר המפגינים (כפי שיפורט בהמשך, במענה להשגה המשיב מס' 2 דחה אפשרות זו שרימוני גז נוספים **<u>נורו</u>** לעבר המפגינים).

ה. התצ"ריתכי, אל"מ זגגי-פנחס, לא התייחסה כלל לדרישה לבחון את אחריותם של מפקדיו של החשוד, אשר על פי החשד נמנעו מהדרכה מספקת של כוחותיהם בשימוש באלפ"ה באופן שאינו מסכן חיי אדם, וכן חדלו מלמנוע ביצוע של ירי שלא כדין במהלך האירוע.

34. כאמור, ביום 18.5.17 עם בחינת המענה של אל"מ זגגי-פנחס לערר שהוגש אליה, נחשפו ב"כ העותרים לעובדה כי היו קיימים חומרי חקירה נוספים אשר עד לאותו רגע לא הועמדו לעיונם. לאור מידע זה, ב"כ העותרים הגישו בקשה נוספת לפיקוח מצ"ח להעביר את החומרים החסרים, זאת לאחר שכבר בעבר הוגשה בקשה אחת להשלמת חומרי חקירה. ב"כ העותרים יציינו כי אין מדובר בחומרי חקירה שוליים אלא מדובר בעדותו של עד ראיה מרכזי באירוע, מר היית'ם אל חטיב, וכן בסרטוני השחזור של האירוע. עדותו של עד הראיה הועברה לב"כ העותרים ביום 24.9.17 ואילו הסרטונים הועברו לעיון ב"כ העותרים רק ביום 28.12.17.

<u>ההשגה ודחייתה:</u>

35. בהתאם לדחיית הערר ביום 11.7.17 הגישו ב"כ העותרים השגה למשיב 1 וזאת בכפוף להנחית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.5003 מאפריל 2015- השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית של צה"ל (להלן: הנחית היועץ).

36. ב"כ העותרים יציינו כי בהחלטתה מיום 8.5.17 לדחות את הערר שהוגש אליה הפנתה אל"מ זגגי-פנחס את ב"כ העותרים להליך ההשגה בפני היועץ המשפטי לממשלה על החלטתם שלה ושל הפצ"ר, בהתאם להנחית היועץ. ב"כ העותרים יטענו כי אומנם ההנחיה מתייחסת למקרי מוות, אך ההליך הוקם על מנת לאפשר פיקוח ובקרה נוספים על החלטותיו של הפצ"ר בתיקי מצ"ח חמורים המעלים חשד להפרה של דיני הלחימה ודיני הכיבוש, ולשיטת ב"כ העותרים המקרה דנן בעתירה זו– מקרה של פציעה חמורה של אזרח חף מפשע במסגרת פעילות אכיפת חוק בשטח הכבוש – עלה בקנה אחד עם מטרתו של הליך ההשגה. הפנייתה של אל"מ זגגי-פנחס להליך זה היתה ראויה ונכונה ובהתאם לאמור העותרים יטענו, ומעבר לגבולות עתירה דנן, כי בניגוד לשיטתו של משיב 2 כפי שעולה במענה להשגה לפיה ההחלטה לבחון את המקרה נעשתה לפנים משורת הדין לטעם העותרים, על המשיבים לאמץ דרך זו ולייישמה במקרים נוספים.

37. בהשגה נטענו הטענות הבאות:

א. ראשית, ביחס לטענה כי ניתוח הראיות שנערך על ידי ב"כ העותרים התבסס על רף הוכחה שאינו הרף הנכון, שהוא "מעבר לכל ספק סביר". נטען שבשלב זה של ההליך הפלילי נדרשות רק "ראיות מספיקות להעמדה לדין", או כהגדרת הפסיקה: ראיות מספיקות לבסס "סיכוי סביר להרשעה".

ב. כך בהתאם נטען כי הראיות הקיימות מספיקות כדי להצדיק הגשת כתב אישום נגד החשוד גבריאל בגין ביצוע ירי לא חוקי שגרם לחבלה של ממש, שהיא פציעתו של העותר. העדויות שבתיק, ובפרט תצלומי הסטילס שצולמו על ידי הצלם, עידו מדיקס, מצביעות על כך שהחשוד ביצע ירי של רימוני גז מדמיע בקוטר של 40 מ״מ, אשר כיוון אל תוך ההתקהלות (קרי, בכינון ישיר) ובטווח שאינו עומד בטווחי הבטיחות של אותו אלפ״ה (מתחת למאה מטר, וייתכן שאף מתחת לשמונים מטר), הן ברגעים שקדמו לפציעתו של העותר והן אחריה. ראיות נסיבתיות שבתיק, ובכלל זאת חותמות הזמן על גבי התצלומים ועל גבי סרטון הווידאו שצילם מר חטיב, עוד מצביעות על כך שהחשוד ביצע ירי בכינון ישיר לכיוון המפגינים ולעבר המקום בו עמד העותר – בדיוק באותו רגע של נפילתו מהפגיעה.

ג. בנוסף, מחומרי החקירה עולה כי החשוד היה <u>היחיד שירה</u> רימוני גז (להבדיל מהשלכה ידנית) באותם רגעים ממש שבהם נפגע העותר. מעדויותיהם של עדי הראייה האזרחיים, ובפרט לפי עדותו של הצלם חמדה אבו רחמה ותצהירו של הצלם עידו מדיקס, וכן צפייה בסרטון, עולה כי החשוד היה היחיד שביצע ירי ברגעים שקדמו לפציעה של העותר, והוא ביצע ירי של רימוני גז בקוטר של 40 מ״מ בעלי טווח מוגדל שהם עשויים לגרום לפגיעה חמורה כמו זו ממנה סבל העותר כאשר הם נורים בכינון ישיר ובטווח שאינו תואם את טווחי הבטיחות.

ד. כמו כן נטען כי לפי נתוני זירת האירוע האפשרות כי העותר נפגע מאבן שנזרקה, או אף שהושלכה באמצעות רוגטקה, אפסית.

ה. ב״כ העותרים טענו כי חומר הראיות מוביל למסקנה אחת ויחידה: שהחשוד הוא שירה בכינון ישיר את הרימון שפגע בראשו של המשיג. חומר הראיות מוביל למסקנה זו ברמה הלכאורית הגבוהה ביותר, ובוודאי שהוא יוצר את הרף של ראיות מספיקות להגשת כתב אישום ושיוצרות סיכוי סביר להרשעה.

ו. לחלופין נטען כי יש להשלים את החקירה ולגבות את עדותו של מר מדיקס, הן על מנת לעמת אותו מול אמירותיו בתצהירו, והן על מנת לאמת את תצלומיו כדי לבחון את עמידתן בכללי הקבילות הנדרשים לשם הגשתן לבית משפט.

ז. לבסוף נטען לחלופין בלבד כי במידה ולא ניתן לייחס את הפגיעה בעותר לחשוד גבריאל – או בשל העדרו של העד והצלם מר מדיקס, או אף לאחר השלמת החקירה בגביית עדותו – על המדינה להעמיד את החשוד לדין בגין ביצוע ירי שלא כדין המסכן חיי אדם וגופו.

ח. ב"כ העותרים טענו כי מהראיות שבתיק, ובפרט הראיות הוויזואליות, המראות ירי של גז מדמיע לכיוונם של האזרחים המפגינים – **ולא לצדם** – בעת שהם לא היוו כל סכנה, ובטווח שאינו עולה על 80 מטר, עולה בבירור כי המדובר בירי שאינו תואם את ההוראות משום שהוא מסכן חיי אדם ואת שלמות הגוף של המפגינים (סכנה שהתממשה בפועל במקרה זה).

ט. העותרים לבסוף טענו כי התעלמותה של אל"מ זגגי-פנחס מדרישתם להגיש כתבי אישום נגד מפקדיו של החשוד על כך שלא הכשירו / אימנו / פיקחו כנדרש על בחשוד שביצע ירי בכינון ישיר ומסכן חיים אל עבר מפגינים בלתי-אלימים.

מצ"ב ההשגה מטעם העותרים מיום 11.7.17 ומסומנת כנספח 26

38. ביום 18.7.17 הודיע המשיב 1 לב"כ העותרים על העברת בחינת ההשגה מיום 11.7.17 לטיפולו של המשיב 2.

מצ"ב מכתבו של משיב 1 מיום 18.7.17 ומסומן כנספח 27

39. ביום 21.8.17 התקבל במשרדי הח"מ מכתב מעו"ד שלומי אברמזון, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) והגורם שטיפל בהשגה מטעם משיב 2, כי לאור בקשת ב"כ העותרים להשלים את חומרי החקירה החסרים שאודותיהם נודע לח"מ כאמור מהמענה לערר של אל"מ זגגי-פנחס, לסברת משיב 2 על בחינת ההשגה להידחות עד לאחר עיון הח"מ בחומרי החקירה החסרים. כמו כן במכתבו ביקש עו"ד אברמזון לברר האם העובדה שנטענה ע"י ב"כ העותרים בהשגה, כי יש אפשרות לסייע בהבאתו של מר מדיקס לצורך גביית גירסתו, הובאה לידיעת גורמי הפרקליטות הצבאית.

מצ"ב מכתבו של עו"ד אברמזון מיום 21.8.17 ומסומן כנספח 28

40. לאחר קבלת החומרים החסרים ובחינתם, ביום 8.1.18 פנו הח"מ לעו"ד אברמזון בבקשה כי תיק ההשגה יבחן על בסיס הטענות שהועלו בכתב ההשגה כפי שהוגש לידי משיב 1 ביום 11.7.17. באשר לעדותו של מר מדיקס, ציינו הח"מ כי האפשרות והנכונות לסייע לגורמי הפרקליטות הועלתה בפניהם כבר ביום 5.9.17 עם שליחת העתק מההשגה לתצ"ריט וכן כי ביום 24.9.17 נתקבלה התייחסותה של אל"מ זגגי-פנחס לעניין זה לפיה לנוכח חלוף הזמן מעת האירוע והשלכותיו על משקל דבריו של מר מדיקס אין עוד תחולה ממשית בעריכת ניסיונות לגבות את עדותו של האחרון.

מצ"ב מכתבם של ב"כ העותרים מיום 8.1.18 ומסומן כנספח 29

41. כשנה לאחר הודעתם של ב"כ העותרים למשיב 2 כי ניתן להמשיך בבחינת ההשגה ושבעה עשר חודשים מיום הגשת ההשגה, ביום 19.12.18 החליט המשיב 1 על דעת המשיב 2 לדחות את ההשגה. את הנימוקים לדחייה פירט במכתבו המשנה לפרקליט המדינה עו"ד אברמזון.

מצ"ב עותק מכתבו של המשנה לפרקליט המדינה מיום 19.12.18 ומסומן כנספח 30

42. את ההחלטה לדחות את השגת העותרים נימק המשנה לפרקליט המדינה בעיקר באלו:

א. ישנן לכאורה ראיות מסוימות הקושרות את משיב מס' 5 לירי שבוצע בזירה, וזאת בהתבסס על גרסאות של מר מדיקס ומר אבו רחמה הנתמכות בתצלומים.

ב. משעלתה על הפרק האפשרות לפגיעת אבן וזו לא נשללה; עמדת המכון לרפואה משפטית היה כי לא ניתן לקבוע מה מנגנון הפגיעה; גרסת המג"ד כי יחד עם הסמח"ט עשו השניים ניסוי בשטח ומצאו כביכול כי הנקודה בה נפגע העותר היתה נסתרת פיזית מהכוחות.
כל אלו הביאו את המשנה לפרקליט המדינה לקבוע כי על אף שישנה סבירות לא מבוטלת כי הירי אשר ביצע משיב 5 הוא אשר פגע בעותר נוכח סימני השאלה העולים מחומר הראיות הקיים, מתעורר קושי מסוים במסקנה כי סמ"ר (מיל') גבריאל הוא זה שפגע בעותר.

ג. בנוגע לירי בכינון ישיר נטען כי ההוראות והפקודות הצה"ליות בכל הנוגע לשימוש בגז מדמיע ורימוני הלם אכן חל איסור על שימוש באמצעים אלה בכינון ישיר לעבר אדם. עם זאת נטען כי ההוראות מאפשרות לבצע ירי בכינון ישיר לצידי המפגינים ותוך שמירה על טווחי בטיחות. משכך נטען כי לא סיטואציה בה נחזה חייל כשהוא יורה רימון גז, כאשר נשקו מצוי בזווית מקבילה לקרקע יש בה כדי ללמוד על חריגה מההוראות.

ד. למרות שלצידו של העותר נראה קילוח רימון אין בכך לפוגג את הספק על בסיס חומר הראיות הקיים, שהירי בוצע בהסטה ואולם בין אם בשל תנאי השטח ובין אם בשל טעות מקצועית הירי בפועל פגע בסמוך למתלונן.

ה. ביחס לאחריות מפקדים נטען כי מהראיות בתיק לא עולה כל מודעות מראש של המפקדים לירי אשר בוצע ע"י משיב מס' 5 או למתן הנחיה אשר אפשרה לו לבצע ירי כזה.

ו. גם לו היו ראיות להעמדה לדין בעבירה קלה יותר, כלל נסיבותיו של התיק ובין היתר העבודה שהירי בוצע במהלך הפרת סדר על-ידי חייל בשירות סדיר, הקשיים הראייתיים, וחלוף 8 שנים מיום האירוע אינם מצדיקים העמדה לדין פלילי.

43. מכאן עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי

I. ההחלטה על אי-העמדה לדין של משיב מס' 5 במהלך האירוע נגועה בחוסר סבירות קיצוני

<u>הרף הראייתי הנדרש:</u>

44. המבחן שנקבע בדין לחובת תובע להגיש כתב אישום נגד חשוד הוא מבחן ה"ראיות המספיקות לאישום". לכלל האמור חריג אחד בלבד והוא אם "אין במשפט עניין לציבור".

45. הכלל והחריג נובעים ישירות מהאמור בסעיף 62 ל**חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982**:

> *"ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור...".*

46. המבחן שנקבע בפסיקה לקיומן של "ראיות מספיקות לאישום" הוא מבחן הסיכוי הסביר להרשעה על פיו בבוא התובע להחליט האם קיים **סיכוי סביר להרשעה** עליו לבצע בחינה כפולה של חומר הראיות הגולמי והערכת סיכויי ההרשעה על-פיו (ראו פרשת יהב לעיל, עמ' 10-12).

47. וראו לעניין זה דברי הנשיא (דאז) ברק בבש"פ 8087/95 <u>זאדה נ' מדינת ישראל</u> (פס"ד מיום 15.4.96), פ"ד נ(2) 133, 146:

> *"'ראיה לכאורה' היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של נאשם... 'ראיה לכאורה' היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי".*

48. ובהמשך, בעמ' 149-148 (שם נאמרו הדברים בהקשר של ראיות לכאורה לצורך מעצר עד תום ההליכים, אך מתאימים גם לענייננו):

> *"בית המשפט בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה... מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט תמונה כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה, כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר חקירה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם..."*

49. העותרים יטענו כי ישנן ראיות מספיקות לאישום של משיב מס' 5 בגין ביצוע ירי שלא כדין שגרם לחבלה של ממש (קרי, של העותר), ובגין עבירות סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק. בנוסף יטענו העותרים כי ישנן ראיות מספיקות לנקיטה באמצעים נגד מפקדיו של משיב 5 בגין אחריותם לירי הבלתי חוקי (במקרה החמור פחות) ולפציעה (במקרה החמור יותר) בגין שלא נקטו בצעדים כדי לעצור את הירי הלא חוקי בזמן אמת.

ישנן ראיות מספיקות להגשת כתב אישום נגד המשיב 5 וישנו סיכוי סביר להרשעתו:

50. בפנינו מסכת ראיות שלא מותירה מקום לספק: התיעוד הכפול (תצלומי הסטילס של מדיקס המתעדים את הירי והסרטון של חטיב המתעד את הפגיעה) וחותמות הזמן על גבי התיעוד, מצביעים על כך שהחשוד ביצע ירי בכינון ישיר לכיוון המפגינים השלווים ולעבר המקום בו עמד העותר, בטווח שאינו תואם את טווחי הבטיחות ושלא לצד המפגינים.

51. בנוסף, מחומר החקירה עולה כי המשיב 5 היה היחיד שירה רימוני גז (להבדיל מהשלכה ידנית) ברגעים בהם נפגע העותר.

52. מעדויותיהם של עדי הראייה האזרחיים, ובפרט לפי עדותו של הצלם חמדה אבו רחמה ותצהירו של הצלם עידו מדיקס, וכן מהצפייה בסרטון, עולה כי לא רק שהמשיב 5 היה היחיד שביצע ירי ברגעים שקדמו לפציעה של העותר 1, אלא שהוא ביצע ירי של רימוני גז בקוטר של 40 מ״מ בעלי טווח מוגדל שהם עשויים לגרום לפגיעה חמורה כמו זו ממנה סבל העותר כאשר הם נורים בכינון ישיר ובטווח שאינו תואם את טווחי הבטיחות.

53. אין ולו עדות אחת או ראשית ראיה כלשהי המצביעה על כך שמי מהחיילים האחרים ביצע אף הוא **ירי** של רימוני גז באותם רגעים בהם ירה משיב מס׳ 5. ככל שמי מהחיילים השליך ידנית רימון גז, זה לא היה יכול להגיע לנקודה בה עמד העותר ובוודאי לא לגרום לנזק הקשה של ריסוק גולגולתו. נזכיר כי סא״ל חובב, אשר שימש כמג״ד הגזרתי ואשר הגיע לזירה לאחר שהעותר נפצע, טען כי אם העותר עמד במרחק של כ-50 עד 80 מ׳ מהגדר זהו מרחק שאליו מתקשה להגיע רימון שנזרק ידנית (ראו הודעתו של חובב מיום 3.7.12, עמ׳ 2, שורות 2 עד 4).

54. המשיב 2 קבע באופן שאינו נתמך בראיות כי לא ניתן לעמוד את מרחקו של העותר מהמשיב 5. אלא שהראיות בתיק מצביעות כי העותר עמד במרחק של לא יותר מ-80 מ׳ מהכוח. כך כאמור ע״פ עדותו של העותר עצמו, כך ע״פ תצהירו של מר מדיקס וכך מהראיות הוויזואליות שבתיק וביניהן סרטו של מר חטיב ממנו עולה כי בקרב המפגינים שעמדו על השביל הראשי, העותר עמד בקבוצה המפגינים הקרובה ביותר לחיילים.

55. לבסוף לנקודה זו, נזכיר כי מחומרי החקירה עולה כי החשוד אינו מכחיש כי ביצע ירי בניגוד להוראות פתיחה באש אשר גרם לפציעתו של העותר.

56. כל אלו יחדיו יוצרים מארג שהוא למעשה למעלה מסיכוי סביר להרשעה. המדובר בהוכחה די קונקלוסיבית שהמשיב 5 ירה בכינון ישיר וממרחק שלא תואם את ההוראות בדבר טווחי הבטיחות בעותר ופגע בו, ללא שום הצדקה.

57. העותרים יטענו כי נימוקי דחיית ההשגה החילו בפועל רף הוכחה גבוה בהרבה מסיכוי סביר להרשעה כאשר ספקולציות של ספק סביר שימשו כגורמים מכריעים ולא ראיות המובילות למסקנה סבירה ואף למעלה מסבירה. כך למשל המשנה לפרקליט המדינה לא הסתפק

בעובדה שלצד העותר בעת שנפגע תועד קילוח של עשן (גז) כדי לדחות את האפשרות שהיורה כיוון **לצד** המפגינים, ובכדי לדחות את המסקנה הסבירה הזו נזקק המשנה לפרקליט המדינה להסבר שהוא בגדר ניחוש לא מבוסס כלל שאולי הרימון הגיע כל כך קרוב לעותר "בשל תנאי השטח" או "בשל טעות מקצועית".

58. גם הקביעה המרכזית לדחיית ההשגה, לפיה לא נשללה האפשרות שהעותר נפגע מאבן, אינה מבוססת על כלום ושום דבר. ההחלטה בהשגה מפנה אמנם **להיעדר מסקנה** של המכון לרפואה משפטית, ומעדיפה היעדר זה על היש שבעדויות המוכיחות שיידוי האבנים בוצע לכיוון ההפוך מהעותר ולכן אינו יכול להיות המקור לפגיעה בו.

59. **הראיות מובילות למסקנה סבירה אחת ויחידה: המשיב 5 ביצע ירי בכינון ישיר, אל כיוון קבוצת המפגינים השלווים, מטווח שהינו קצר מטווח הבטיחות שנקבע לחימוש המדובר, ושירי זה פגע בעותר בראשו ופצעו.**

60. **אין שום מנגנון אחר <u>שאינו בלתי סביר באורח קיצוני</u> שיכול להסביר את הפגיעה בעותר.**

61. לפיכך, סגירת התיק ללא הגשת כתב אישום נגד משיב מס' 5 מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל הן משום שהיא מפירה את החובה הקבועה בדין להעמיד לדין כשיש עניין לציבור ויש ראיות שיוצרות סיכוי סביר להרשעה, והם משום שהיא מאפשרת לחשוד בגרימת פציעתו החמורה של אדם שומר חוק שלא סיכן אף אחד, להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה לפציעתם של אנשים תמימים שלא סיכנו אותם.

62. גם ההחלטה לדחות את הדרישה החלופית שהוצגה בהשגה – להעמיד את המשיב 5 לדין בעבירות של רשלנות בנשק וסיכון החיים, אינה סבירה באורח קיצוני מובהק.

63. כזכור, במענה להשגה המשיב מס' 2 דחה אפשרות זו, של העמדה לדין בגין עבירת התנהגות ולא בעבירה תוצאתית, לנוכח הזמן הרב שחלף. העותרים יטענו כי זו תשובה עזת מצח בהינתן שחלוף הזמן היא תוצאה של גרירת הרגליים הבלתי סבירה של המשיבים 1-4 ולנוכח האחריות שרובצת לפתחם בנושא, כפי שפורט בחלק העובדתי של עתירה דנן.

64. גרירת הרגליים של המשיבים בתיק זה הייתה בלתי סבירה בצורה קיצונית, וזאת בעוד שהיה ועדיין ידוע להם היטב כי ככל שהזמן חולף, פוחתים הסיכויים להעמיד חשודים לדין ולהרשיע אותם. למעשה, כשלונם והתנהלותם כעת מאיים לסכל כל סיכוי שהאמת תצא לאור והצדק ייעשה. בנוסף, אף שלא בכוונת מכוון, התנהלות זו משדרת זלזול בחובה להגן על אזרחים, בעקרון שלטון החוק ובחשיבות אכיפת החוק. מניסיונם של העותרים תיקים מסוג זה לא פעם, אם לא לרוב, מגיעים לפתחו של בית המשפט הנכבד בחלוף זמן בלתי סביר, העותרים יטענו כי הימנעותם של המשיבים מהעמדה לדין בשל חלוף הזמן מעבירה

פעם נוספת מסר לאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי המערכת תספק להם חסינות בדמות גרירת רגליים.

65. רק לאחרונה בית המשפט הנכבד פסק בעניין אשר נוגע באופן כאוב לתיק זה, בעניינו של בסאם אבו רחמה ז"ל (בג"צ 9580/16) ואמר את הדברים הבאים בנוגע להימשכות ההליכים בפרשה זו ובעניין התנהלותם של משיבים 1-3. תיק זה נגרר במשך שמונה שנים:

"לא ניתן להתעלם מהתמונה הקודרת שמציירת העתירה לעניין התמשכות הטיפול בפרשה ואובדן תיק החקירה. יש לקוות כי מדובר במקרה חריג, וכי הלקחים ממנו הופקו, ולמצער יופקו, ביחס לטיפול במקרים עתידיים."

66. בכל אופן, בניגוד למצב בעניינו של באסם אבו רחמה ז"ל, במקרה שלפנינו חלוף הזמן לא פגע במהימנותן של הראיות הקיימות בתיק, ואף לא נטען הדבר, ועל כן על אחת כמה וכמה בתיק זה אין מקום לתת לחלוף הזמן להוות הצדקה להימנעות מהעמדה לדין.

67. מכאן שאף אם נקבל (ואנו לא מקבלים) את הטענה כי לא ניתן להוכיח שהמשיב 5 פגע בעותר, אין שום הסבר הגיוני להמנעות מהעמדתו לדין בגין עבירות הרשלנות בנשק וסיכון החיים.

<u>מנגנון הירי:</u>

68. המשיב 2 טוען כי על אף שיש ראיות לכך שהעותר נפגע מפגיעת רימון לא ניתן לשלול כי פציעתו נגרמה מאבן שנזרקה לעברו (פסקה 27 במענה להשגה של משיב 2). משיב 2 מבסס טענתו זו לנוכח עמדת המכון לרפואה משפטית; העובדה שהיה לכאורה יידוי אבנים במהלך האירוע; גרסתו של סא"ל חובב.

69. העותרים יטענו שאין אף לא ראיה אחת התומכת בסברה כי העותר 1 נפצע כתוצאה מפגיעת אבן ואף יש ראיות השוללות סברה זו.

70. כאמור לעיל, הראיות הויזואליות ובהן הצלבת התצלומים של מר מדיקס, מר אבו רחמה ומר חטיב מובילות למסקנה כי באותם רגעים ממש שבהם ביצע החשוד ירי נפגע העותר בראשו. כמו כן, אין מחלוקת כי מחומר הראיות ניתן להצביע <u>שלצד העותר נראה קילוח רימון</u> (פסקה 34 במענה להשגה של משיב 2). לבסוף, משיב 5 אינו מכחיש כי ירה לעבר העותר רימון גז.

71. מנגד, ובכל הנוגע לאפשרות שפציעתו של העותר נגרמה מיידוי האבנים שהתרחשה באירוע, העדה גב' שגיא העידה כי היידוי שבוצע ע"י מספר קטן של נערים שעמדו משמאל לשער הצהוב (כאשר הפנים פונות מערבה לכיוון הגדר), בעוד שהעותר (והיא) עמד על השביל המוביל לשער עם שאר המפגינים שלא יידו אבנים. כלומר, מיידי האבנים עמדו במיקום הקרוב יותר לחיילים מאשר העותר. על כן ההגיון הפשוט מוביל למסקנה כי לא קיימת

סבירות לפיה הנערים יודו אבנים לכיוון העותר, אשר עמד רחוק יותר ממיידי האבנים, ולא לכיוון החיילים, בין אם בטעות ובין אם בכוונה. הנערים יידו אבנים לכיוון הג׳יפים הצבאים שעברו בכביש הביטחון, וכלל לא לכיוון המפגינים.

72. לטעמו של משיב 2 עובדה נוספת המבססת את הסבירות שפציעתו של העותר נגרמה שלא מירי של רימון היא אמירתו של סא״ל חובב, אשר **כאמור כלל לא נכח באירוע** לאור ניסוי שערך עם הסמח״ט במהלכו **<u>זרקו</u>** רימוני גז מהמקום הקדמי ביותר והקרוב ביותר למפגינים והגיעו למסקנה כי לא ניתן היה לפגוע בעותר מהמקום בו מוקם הכוח.

73. ראשית, עולה מאמירתו של סא״ל חובב כי הניסוי שבוצע הכיל אך ורק **<u>זריקה ידנית</u>** של רימונים ואילו משיב מס׳ 5 ביצע ירי במטול ולא זרק ידנית. משכך, קביעתו זו של סא״ל חובב הינה חסרת כל משקל לעניין השאלה האם המשיב 5 פגע בעותר.

74. שנית, בעדותו ציין סא״ל חובב כי הנקודה בה נפצע העותר הינה נסתרת מהכוח וציין כי ״החייל החזק ביותר בגדוד״ לא היה מצליח להגיע לנקודה בה נפצע העותר. משכך העותרים יטענו כי בניגוד לאופן שהבין זאת המשיב 2, עדותו של סא״ל חובב עוסקת במרחק (ולפיכך באלמנט הכוח הנדרש ליידוי רימון) ולא בשאלה של זוויות הפגיעה.

75. בכל הנוגע להסתמכותו של משיב 2 על חוות הדעת של המכון לרפואה משפטית כמחזקת את הסברה כי הפציעה של העותר נגמרה מפגיעת אבן יטענו העותרים כי חוות דעת זו אינה קובעת דבר ואין לייחס לה כל משקל בעתירה דנן. חוות הדעת של המכון לרפואה משפטית אינה קבעה כי ישנה סבירות כי הפציעה של עותר נגרמה מפגיעת אבן אלא קבעה כי על בסיס החומרים שהועברו לעיונם לא ניתן היה לקבוע מה מקור הפציעה של העותר. המדובר בחוות דעת שאינה מחזקת ואינה מחלישה אף היפותזה לגבי מנגנון הפגיעה.

<u>ירי בניגוד להוראות הפתיחה באש:</u>

76. בנוסף ולחלופין יטענו העותרים כי בתיק קיימות ראיות מספיקות כנגד משיב מס׳ 5 בגין עבירות סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק, וזאת בהינתן שעשה שימוש במטולי רימונים במהלך האירוע בכינון ישיר לכיוונם של המפגינים– ולא לצדם– בטווח שאינו עומד בטווחי הבטיחות המתחייבים ומשכך עשה שימוש בירי בניגוד להוראות הפתיחה באש;

77. העותרים יטענו כי ללא קשר לשאלה האם בוצע ירי בכינון ישיר לעבר העותר 1, הראיות שבתיק מצביעות על כך שהחשוד ביצע ירי של רימוני גז מדמיע בקוטר של 40 מ״מ, אשר כיוון אל תוך ההתקהלות (קרי, <u>בכינון ישיר</u>) ובטווח שאינו עומד <u>בטווחי הבטיחות</u> של אותו אלפ״ה (מתחת למאה מטר, וייתכן שאף מתחת לשמונים מטר), הן ברגעים שקדמו לפציעתו של העותר 1 והן אחריה.

78. משיב 2 במענה להשגה טען כי אכן קיים איסור לירי בכינון ישיר לעבר אדם אך עם זאת ההוראות מאפשרות יריר בכינון ישיר לצדי המפגינים תוך שמירה על טווחי בטיחות משכך לא כל סיטואציה בה נחזה ירי בנורה כינון ישיר יש בה ללמד על חריגה מההוראות. העותרים יטענו כי ישנן די ראיות כדי לבסס את המסקנה כי הירי שבוצע ע"י משיב מס' 5 היה בכינון ישיר – **ולא לצדם** – של המפגינים תוך ומתחת לטווחי הבטיחות המתחייבים.

79. נזכיר, הראיות לכך, ובפרט הראיות הוויזואליות, שסמ"ל גבריאל (מיל') ביצע ירי של גז מדמיע בכינון ישיר לכיוונם של האזרחים המפגינים בעת שהם לא היוו כל סכנה, ובטווח שאינו עולה על 80 מטר הן; הראיות הוויזואליות ובפרט תצלומיו של הצלם מר מדיקס ובכלל זאת תמונה שמסומנת "DSC-1519" ; עדויותיהם של העדים מר מדיקס ומר אבו רחמה אשר שניהם העידו כי ראו את החייל היורה מבצע ירי בכינון ישיר; עדותיהם של סמ"ר הדר וסמ"ר מאור אשר קבעו על בסיס ניתוח התמונות מהאירוע כי משיב מס' 5 ביצע ירי בכינון ישיר; משיב מס' 5 לא הכחיש כי ביצע ירי בכינון ישיר;

80. משיב 2 אינו חולק על העובדה כי לצדו של העותר נראה קילוח רימון ואף אם כפי שנטען ע"י משיב 2 אין אפשרות להצביע כי ירי זה בוצע לעברו בכינון ישיר, ואין העותרים מקבלים טענה זו, ישנן די ראיות מספיקות כדי לבסס את המסקנה שהירי שבוצע לעבר המפגינים היה בכינון ישיר **ולא לצדם** ומתחת לטווחי הבטיחות.

81. העותרים יטענו כי כל הראיות בתיק, ובתוך כל התיעוד הוויזואלי, מצביעות על כך שהעותר עמד בשביל כאשר סביבו התקהלות של אנשים נוספים – כך ניתן לראות בתמונה מסרטו של מר חטיב המסומנת "movie-frame-Haitham-Nefila". משכך, **ואף אם הירי אכן בוצע לצדו של העותר הרי שהוא בוצע לעברם של שאר המפגינים שעמדו לצידו של העותר ומבחינתם זהו ירי בכינון ישיר**. ירי מסוג זה בכינון ישיר לעבר מפגינים שאינם מהווים כל סכנה הינו בניגוד להוראות הפתיחה באש ומבסס את המסקנה כי בוצעו עבירות של סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק.

82. העותרים יזכירו כי המפגינים עמדו במרחק של כ-50 מ' מהכוחות. כך עולה הן מעדותו של העותר, הן מתצהירו של מר מדיקס, והן מהראיות הוויזואליות שבתיק. יצוין כי על פי מר מדיקס, אשר טען שהמפגינים עמדו במרחק של כ-50 מ' מהכוחות, הוא עצמו עמד באמצע הדרך בין המפגינים לבין החיילים כלומר, ממקומו יכול היה לאמוד את המרחק בין המפגינים הקרובים ביותר לבין החיילים. על פי סרטונו של מר היתים חטיב, סרטון היוטיוב בו צפה סג"מ נאור, ניתן לראות כי העותר עמד בקרב הקבוצה שהייתה במרחק הקרוב ביותר לחיילים.

83. העותרים יטענו כי אף אם לא ניתן לקבוע כי ירי זה שבוצע בכינון ישיר כוון לעבר המפגינים שעמדו לצד העותר 1 ויקבלו את ההנחה כי בוצע לצדי המפגינים, ואין העותרים מקבלים טענה זו, עדיין הוא בוצע מתחת לטווחי הבטיחות המתחייבים בעת ביצוע ירי מסוג זה. הראיות כולן מצביעות על כך שהמפגינים שעמדו לצד העותר עמדו במרחק של בין 50 מ' ועד כ- 80 מ' מהכוח. המשמעות הינה כי אף אם בוצע ירי בכינון ישיר שלא לעבר המפגינים

אלא לצדם, ירי זה בוצע כך או כך בניגוד להוראות לפתיחה באש. הוראות הפתיחה באש כפי שאושר ע"י משיב 2 מחייבות כי ירי בכינון ישיר ובהנחה שבוצע לצדי המפגינים יבוצע בטווח בטיחות העולה לכל הפחות על 80 מ' – המרחק בו עמדו המפגינים מהכוח וממשיב מס' 5 בפרט.

<u>אחריות המפקדים:</u>

84. העותרים יטענו כי האחריות לירי הבלתי חוקי (במקרה החמור פחות) ולפציעה (במקרה החמור יותר) רובצת לא רק לרגלי החשוד אלא אף לפתחם של מפקדיו שלא נקטו בצעדים כדי לעצור את הירי הלא חוקי בזמן אמת. המדובר באחריות פלילית ו/או משמעתית ו/או פיקודית. **במקרה זה לא ננקטו שום הליכים ולמרבה הצער אף לא נראה שנשקלו הליכים כלשהם כלפי המפקדים.**

85. מדינת ישראל טרם אימצה את דוקטרינת המשפט הפלילי הבינלאומי "אחריות מפקדים", זאת על אף המלצת דו"ח טירקל מס' 2, לפיה:

> "תיקבענה הוראות בחוק, המטילות על מפקדים וממונים אזרחיים אחריות פלילית ישירה בשל עבירות שעברו הכפופים להם, כאשר הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע ביצוע עבירות או לא פעלו להביא את האחראים לדין כאשר נודע להם על העבירות לאחר מעשה".

86. לטענת מחברי דו"ח צ'חנובר (עמ' 10), ולראייתם של נציגי המשיבים בפורומים שונים, המשפט הישראלי וחוק השיפוט הצבאי מכילים כבר כיום כלים שונים כדי להעמיד מפקדים לדין פלילי בגין מחדלם מלמנוע עבירות פליליות המבוצעות על ידי פקודיהם, או מחדלם מלדווח על אירועים הבאים לידיעתם והמעלים חשד לפלילים המתרחשים תחת פיקודם, וכן כלים מנהליים.

87. נדגיש באופן חד משמע כי אין אנו רואים בכלים אלו תחליף לאימוץ דוקטרינת אחריות מפקדים, שכן לפי הדוקטרינה, מחדלים אלו על ידי מפקדים יובילו להעמדתם לדין <u>בגין אותה העבירה אשר בוצעה על ידי פקודם</u>. אין אפשרות כזו כיום בדין הישראלי.

88. בענייננו, איננו טוענים לפיכך שיש מקום להעמיד את המפקדים לדין פלילי, אבל לכל הפחות היה על המשיבים לנקוט בצעדים משמעתיים ו/או פיקודיים כנגדם.

89. ב"כ העותרים יפנו בנקודה זו לעדותו של מי שהיה מג"ד הגזרה בזמן האירוע, סא"ל חובב, במהלכו נשאל מה נהלי הפתיחה באש. למרות שסא"ל חובב השיב כי אינו זוכר את ההוראות בע"פ הוא ציין כי אלו כללו "חיוב קיום בקרה של מפקד אשר צמוד לכל יורה" (עמוד 2, שורה 26-25). כלומר, מפקדיו של משיב 5 כשלו לכל הפחות בחובתם זו לקיים בקרה צמודה לכל יורה שהרי במבחן התוצאה פקודם ירה בניגוד לחוק.

90. העותרים ידגישו כי בניגוד לאמור במענה להשגה, אין צורך כי מפקדיו של משיב מס' 5 יהיו מודעים מראש לירי אשר בוצע על ידי פקודם, או כי נתנו הנחייה אשר אפשרה לו ירי כזה, בכדי שמשמעתית או פיקודית נראה בהם אחראיים להפרת ההוראות שביצע פקודם. די כי אלו התרשלו בנקיטת כל האמצעים הסבירים כדי למנוע ירי כזה בזמן אמת כדי להגיע למסקנה כי המפקדים התרשלו בתפקידם, ומשכך מתגבשת האחריות האמורה של אותם המפקדים.

II. סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבים

91. ההלכה הנוגעת להתערבות בית משפט נכבד זה בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ורשויות החקירה והתביעה בעניין פתיחה בחקירה פלילית והעמדה לדין פלילי מוסדרת ונקבעה בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו, בין היתר: בג"ץ 935/89 אורי גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) (להלן "פרשת גנור"); בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 425 (1996); בג"ץ 571/09 אורי אבני נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 10.6.2009); בג"ץ 4405/06 פונדק פליקן בע"מ נ' פרקליטות מחוז ב"ש והדרום (פורסם בנבו, 16.11.2006)).

92. ההלכה הנלמדת מפסיקתו של בית המשפט נכבד זה היא כי למשיבים שיקול דעת רחב להחליט האם להעמיד פלוני לדין אם לאו, האם לפתוח בחקירה אם לאו, והאם להורות על השלמת חקירה אם לאו, אך החלטותיו כפופות לביקורת שיפוטית. אף שבית משפט נכבד זה חזר ואמר בהזדמנויות שונות כי התערבותו בהחלטות מסוג זה תהיה זהירה, מדודה ומצומצמת, בית המשפט הדגיש שוב ושוב כי במקרים הראויים יש מקום להתערבותו.

93. ההלכה הברורה והידועה היא שהמעשה המנהלי יפסל מחמת אי-סבירות רק מקום שבו אי-הסבירות היא רבה וחמורה. (פרשת יהב לעיל, בעמ' 24; וראו גם בג"ץ 6781/96 ח"כ אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 5.11.96), פ"ד נ(4) 793, 807; פרשת גנור, 528).

94. בית המשפט הנכבד ציין כי על רשויות אכיפת החוק, כעל כל רשות ציבורית אחרת, מוטלת החובה להפעיל את שיקול הדעת המסור להן בהגינות, ביושר, בסבירות וללא הפליה (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (פס"ד מיום 23.3.93), פ"ד מז (2) 229, 259). בית משפט נכבד זה חזר על עקרון זה בפסק דינה של כב' השופטת (בדימ') פרוקצ'יה, בנוגע לאחיו של המנוח אבו רחמה, כאשר כתבה:

*"על ראש התביעה לבסס את החלטתו על **שיקולים הוגנים ותמי לב, לפעול ביושר ובהגינות, ועל פי שיקולים ענייניים בלבד**"* (ההדגשות אינן במקור, מ.ס., ס.ב.).

(בג"ץ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט הפרקליט הצבאי (תק-על 2009 (3), 357, 1.7.09), בפסקה 68) (להלן "פרשת אבו רחמה"; ההדגשה אינה במקור, מ.ס., ס.ב.).

95. לפיכך, תיבחן חוקיותה של החלטת המשיבים בתיק זה, ככל מעשה מנהלי, בין היתר, בהתאם לאמות המידה האובייקטיביות של עיקרון הסבירות המנהלית. מובן הוא כי אין החלטה סבירה אחת, כי אם מתחם של אפשרויות סבירות אשר הרשות יכולה לבחור בכל אחת מהן בהתאם לשיקול דעתה. אם כן, סבירות היא מושג נורמטיבי ומשמעותה איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם. כב' הנשיאה (בדימ') בינייש תיארה את אמות המידה הללו כלהלן:

> *"כללי המשפט המינהלי – המחייבים את היועץ המשפטי לממשלה, כמו את כל מקבלי ההחלטות ברשויות המדינה, להפעיל את שיקול דעתו בכפוף לשורה של עקרונות ובהם, **החובה לנהוג בסבירות, בתום לב ובשוויון, ולקבל כל החלטה על בסיס תשתית עובדתית מספקת, תוך שקילת שיקולים ענייניים** (ראו לעניין זה פרשת גנור, עמ' 527)".*

(בג"צ 5305/08 העמותה לקידום מימשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.11.09), פסקה 9) (ההדגשה אינה במקור, מ.ס., ס.ב.)).

96. בעניינו, בית משפט נכבד זה מתבקש לצוות על רשויות אכיפת החוק להגיש כתבי אישום.

97. העותרים יטענו שהחלטת המשיבים אי-סבירה באופן קיצוני ובשים לב לתוצאותיו החמורות של האירוע מושא עתירה זו והחשיבות העצומה של אכיפת הדין על מקרים מסוג זה, יש מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

ד. סוף דבר

98. כפי שנטען לעיל, ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד המשיב מס' 5 בתיק מושא עתירה זו מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל.

99. אי-הגשת כתב אישום במקרה כה חמור מאפשרת לחשוד בפציעתו החמורה של אדם חף מפשע, להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה לפציעתם של אנשים שלא סיכנו אותם.

100. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות המשפט של העותרים וכן בשכ"ט עורכי-דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

_____ _____

מיכאל ספרד, עו"ד סופיה ברודסקי, עו"ד

ב"כ העותרים