

1. **בסאם עראמין**

2. **סלוא עראמין**

3. **"יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר - 58**

0442622)

העותרים באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או נטלי רוזן ו/או שלומי זכריה ו/או נטע פטריק, כולם מרח' אחד העם 49, תל-אביב 65206; טל: 03-6206947-8-9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. **היועץ המשפטי לממשלה**

2. **סמל שני י', לוחם מג"ב**

3. **רס"ר ו', מפקד כוח מג"ב**

המשיבים באמצעות ב"כ עו"ד 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 לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יגיש המשיב מס' 1 כתב אישום כנגד המשיבים 2 ו-3, על חלקם בפרשת הריגתה של הילדה בת ה-10 עביר עראמין ז"ל (תיק פרקליטות מחוז ירושלים 744/07, תיק ערר פל"א 1/07), ומדוע לא יואשמו בביצוע העבירות הבאות:

1. הריגה (סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; **להלן: חוק העונשין**);

2. לחילופין, גרימת מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין);

3. לחילופין חילופין, סיכון חיים תוך הפרה של הוראות הפתיחה באש (סעיף 338(א) (5) לחוק העונשין).

חלק ראשון: מסגרת הטיעון

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בפרשת מותה הנורא של ילדה פלסטינית בת 10 מהכפר ענאתה שבמזרח ירושלים, שיצאה יחד עם חברותיה בשעת ההפסקה מבית ספרה כדי לקנות סוכריה במכולת הסמוכה, ונורתה בראשה.
2. עניינה של עתירה זו באחריותו של שוטר משמר הגבול (המשיב מס' 2), שעל-פי חומר החקירה, ירה כדור גומי שפגע בילדה וגרם למותה, וזאת בניגוד להוראות הפתיחה באש, ללא שקדם לירי הקטלני ירי אזהרה לאוויר וכשהירי התבצע במרכז של עיירה סואנת ובמתחם שבו מצויים שלושה בתי-ספר ובעת שתלמידי בתי הספר היו בהפסקה.
3. עניינה של עתירה זו באחריות הפיקודית של מפקדו של השוטר שירה (המשיב מס' 3), אשר נתן את האישור לביצוע ירי קטלני, למרות שטרם מוצו כל דרכי פיזור הפרות הסדר האחרות ולמרות שהשוטרים **לגורסתם** הותקפו על-ידי מידי אבנים שנמצאו מרחק רב מהם וכשהם בתוך גיפ ממוגן, ועל-כן בוודאי שלא נשקפה להם סכנת חיים.
4. עניינה של עתירה זו בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה (המשיב מס' 1), שלא להעמיד את המשיבים 2-3 לדין, החלטה **שנסמכת בעיקר על טעות עובדתית ברורה ומובהקת** והיא כי לא נשללה האפשרות שהמנוחה נפגעה מאבן ולא מכדור גומי. המדובר בטעות חמורה ובלתי מתקבלת על הדעת, כיוון שהתיזה שהביאה אותה לעולם גורסת שהאבן שכביכול פגעה במנוחה נזרקה לעבר המקום שבו עמדה בעת שהגיף של שוטרי מג"ב היה בדרכו החוצה מהכפר ומידי **האבנים הזדנבו אחריו**. אפשרות זו, כפי שיראה בפירוט רב בהמשך, איננה אפשרית לאור העובדה כי **למעלה משעה טרם עזב הגיף את הכפר כבר התקבלה המנוחה בבית-החולים אל-מוקאסד**, וככל הנראה יידוי אבנים ככל שהיה – היה תגובה לירי במנוחה.
5. עניינה של עתירה זו הוא גם בהתעלמות היועץ המשפטי לממשלה מהעובדות המוכיחות בבירור כי הן הירי שבוצע ע"י המשיב מס' 2 והן זה שבוצע ע"י המשיב מס' 3 – בוצעו בניגוד להוראות הפתיחה באש הנוהגות וללא תשומת לב לסכנת החיים שהן יוצרות לחפים מפשע ובעיקר לילדים קטנים באי בתי הספר הסמוכים.
6. האמת צריכה להיאמר והיא שארבעת שוטרי הגיף שהגיעו לאיזור אורבני צפוף לצורך ביצוע תצפית ושלטענתם נתקלו ביידוי אבנים לעברם, ניהלו בעיבורה של העיר, בשעת בוקר עמוסה, מרדף יריות חסר אחריות ואדיש לחלוטין לגורל האזרחים שסביבם, משל נקלעו לאתר סרט הוליוודי.
7. על-כן, עניינה של עתירה זו בתרבות האחריות (impunity) הנוהגת אצלנו. בשאלה האם הריגתה של ילדה בת 10 שיצאה בשעת ההפסקה מבית ספרה כדי לקנות סוכריה במכולת

הסמוכה ונהרגה מירי חסר אחריות וחסר איכפתיות של שוטרי מג"ב – תסתיים ללא שום תגובה שיפוטית. האם מותה יחלוף כאילו דבר לא אירע.

ב. הצדדים לעתירה

8. העותרים 1 ו-2 הם הוריה של עביר עראמין ז"ל, אשר בבוקר יום 16.1.06, בהיותה בת עשר, נפגעה על פי החשד מקליע של כדור גומי שנורה לעברה על ידי כוח מג"ב ששהה בכפרה, ענאתה. כתוצאה מפציעתה נפטרה המנוחה כעבור יומיים.

9. העותר מס' 2, אביה של המנוחה, הוא ממקימי תנועת "לוחמים לשלום" (2005). תנועה זו אשר הוקמה במשותף על ידי ישראלים ופלסטינים, לוחמים לשעבר, פועלת להעלאת המודעות בקרב שני העמים לתקוות ולסבל של הצד השני ולקיומם של שותפים לדיאלוג, לחינוך לפיוס ולמאבק בלתי-אליים בשתי החברות, הישראלית והפלסטינית וכן, ליצירת לחץ פוליטי על שתי הממשלות על מנת להביא להפסקת מעגל הדמים ולסיום הכיבוש.

10. העותר מס' 3 הנו הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר עוסק במגוון סוגיות הנוגעות לזכויות אדם בשטחי הגדה המערבית ובין היתר מעניק סיוע משפטי לנפגעים. הפרויקט המרכזי של הארגון עוסק בביקורות על הליכי אכיפת החוק על ישראלים בשטחי הגדה המערבית ובמסגרתו אף פרסם הארגון דו"ח שיצא בחודש אוקטובר 2006 ("מראית החוק: אכיפת חוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית").

ג. הוקע העובדות

I. האירוע וממצאי החקירה

11. האירוע נשוא עתירה זו התרחש ביום 16.1.07 בכפר ענאתה שבמזרח ירושלים. באותו בוקר, בערך בשעה 9:15, יצאה המנוחה עביר עראמין (להלן: "עביר") יחד עם אחותה ושתי חברותיה מבית הספר לבנות בכפרה. הן חצו את הכביש ונכנסו לחנות ממתקים. לאחר שרכשו ממתק יצאו ארבעתן מהחנות והחלו לצעוד לביתן, במורד הרחוב כשפניהן לעבר היציאה מהכפר וגבן לעבר הכיכר שבמעלה הרחוב. גיפ של משמר הגבול שנכח באותה עת בכפר, היה בקרבת מקום. שניות לאחר שיצאו מחנות הממתקים נשמע רעש ועביר נפלה ארצה פצועה בראשה. נער מקומי פינה אותה לתוך חצר בית הספר לבנות, משם פונתה במכונית פרטית לבית החולים "אל מוקסד" מלווה במנהלת בית הספר ובאחות בית הספר לבנות. מספר דקות לאחר מכן נמצא במקום פציעתה של עביר כדור גומי. מבית החולים "אל מוקסד" הועברה לבית החולים הדסה עין-כרם בירושלים. עביר עראמין נפטרה כעבור יומיים והיא בסך הכל בת עשר.

12. עובדות אלה שתוארו לעיל אינן שנויות במחלוקת.

13. חקירת האירוע החלה רק כעבור יומיים וחצי, ביום 18.1.07, ורק לאחר פניית ב"כ העותרים הח"מ, וזאת על אף שהמקרה היה מוכר לכוחות הביטחון ופורסם בתקשורת עוד ביום האירוע.

פניית ב"כ העותרים מיום 18.1.07 מצ"ב ומסומנת **נספח א'**

14. ביום 24.07.07 התקבלה החלטה לסגור את תיק החקירה כנגד ארבעת החשודים שהם ארבעת לוחמי מג"ב שאיישו את הגייפ שהסתובב באותו יום בכפר. הנימוק לסגירת התיק: חוסר ראיות. ההחלטה בדבר סגירת התיק נמסרה לב"כ העותרים בעל פה.

15. מתיק החקירה עלו הממצאים הבאים:

- בבוקר האירוע נכנס גייפ מג"ב ובו ארבעה שוטרים לכפר כדי להתמקם על-יד בית הספר לבנים ולצפות משם על עבודות בניית גדר ההפרדה באזור גבעת זאב. מפקד הכוח – המשיב מס' 3 – ישב ליד הנהג בקידמת הגייפ, והשוטר י' – המשיב מס' 2 – ישב מאחור יחד עם שוטר נוסף.

- בשלב כלשהו, כך לגרסת שוטרי מג"ב (להלן: **השוטרים ו/או הנילונים**), בהם המשיבים 2-3, יידו עליהם נערים מהכפר אבנים. לאורך כל חקירותיהם דיווחו השוטרים כולם על שני מוקדים שמהם נזרקו עליהם אבנים – האחד על יד התצפית שמאחורי בית הספר **לבנים** והשני אזור בית הקברות (הממוקם בקרבת בית הספר לבנות). **המוקד הרלוונטי לתיק זה הינו המוקד השני, קרי בית הקברות. הירי לכיוונו בוצע מהכיכר שנמצאת מספר עשרות מטרים מהמקום בו נפגעה עביר.** המוקד הראשון נמצא במעלה הרחוב, ליד בית הספר לבנים ומרוחק מאות מטרים מהמקום שבו נפגעה עביר. לנוחיות בית המשפט הנכבד, מצ"ב צילום אויר ותמונות ועליהם סימון מוקדי האירוע. התצלום והתמונות מסומנים **נספח ב'**

- גרסת השוטרים הינה כי בכדי להתמודד עם יידוי האבנים הם נסעו ברחבי הכפר במסלול שתיארו וביצעו ירי של כדורי גומי לעבר שני מוקדי יידוי האבנים הנ"ל וכי את הירי ביצעו שניים מהם בלבד: **המשיבים 2 ו-3, שוטר מג"ב ומפקד הכוח (בהתאמה).**

- **כאמור, השוטרים הודו כי האמצעים לפיזור הפגנות שבהם נעשה שימוש כללו ירי כדורי גומי.**

- **במקום פגיעתה של עביר נמצא כדור גומי על ידי אחד מעדי הראייה. הכדור הועבר לחוקרים ע"י הח"מ.**

- **קיים פער גרסאות שלא יושב בין תיאור האירוע על-ידי עדי הראייה האזרחים, לבין גרסת השוטרים, בעיקר בכל הנוגע למיקומו של הגייפ בעת שעביר נפגעה.**

• יחד עם זאת, ארבעת השוטרים מאשרים כי בוצע ירי לעבר בית הקברות ממנו נזרקו האבנים. המשיבים 2 ו-3 שביצעו את הירי מודים כי הירי בוצע בעת שהגיף עמד בכיכר, וצידו האחורי פונה לעבר בית הקברות.

מצ"ב שרטוטי המשיבים 2-3, כפי שצוירו בעת חקירותיהם, עליהם ניתן לראות כי בעת הירי הרלוונטי מיקום הגיף היה מצפון לכיכר (נקודה זו תורחב בהמשך). שרטוטים אלה מסומנים נספח ג'

• הממצאים הפתולוגיים: אף שיש הבדלי דגשים מסוימים וקביעות שונות לגבי דרגות הוודאות של המסקנות, שני הדוחות הפתולוגיים (אחד בהזמנת משטרת ישראל וע"י ד"ר קונסטנטין זייצב מהמכון הפתולוגי, והשני ע"י הפתולוג ד"ר חן קוגל שהתבקש ע"י המשפחה להיות נוכח בנתיחה שלאחר המוות) קובעים כי הפגיעה בעביר **מתאימה לפגיעה מכדור גומי** אך כי לא ניתן לשלול באופן מוחלט שהפגיעה נוצרה מאבן שגודלה כגודלו של כדור גומי, צורתה כצורת כדור גומי ומהירותה ומשקלה דומה. היות ויש ראיות ליידוי אבנים באזור, כאמור, לא ניתן היה לשלול שהאבנים שנזרקו באזור הם שגרמו לפגיעה בעביר.

• על אף שכבר ביום האירוע נודע לכוחות הביטחון על התרחשותו, חקירה פלילית נפתחה רק כעבור למעלה מ-48 שעות (קריטיות!) ורק לאחר שהח"מ הגישו תלונה רשמית בכתב בשם העותרים. האיחור בפתיחת החקירה גרם לכך שסימני הנסיעה של הגיף, אשר יכלו להוכיח מה היה בדיוק מסלולו בכפר – נעלמו בשל הגשמים שהיו באותם ימים.

II. הערר ודחייתו

16. ביום 24.9.07 הגישו הח"מ, בשם העותרים, **ערר** בגין ההחלטה לסגור את התיק ללא הגשת כתבי אישום.

מצ"ב כתב הערר ומסומן נספח ד'. נספח זה מהווה חלק בלתי נפרד מהעתירה והעובדות המופיעות בו הנן חלק בלתי נפרד מהעתירה.

17. הטענה המרכזית בערר לעיל הייתה כי אין כל סבירות, לא בינונית ולא נמוכה, כי עביר נפגעה מאבן וכי הפועל היוצא של מסקנה זו הוא כי עביר נפגעה מירי שבוצע מנשקו של השוטר י (משיב מס' 2).

18. עמדת העותרים בערר שהגישו הייתה תוצאה של ביקור במקום וצילום הזירה (הצילומים מצורפים כנספחי הערר) שגילו כולם עובדה חשובה לגבי מוקד יידוי האבנים היחיד שעליו דווח ושלכאורה נמצא במרחק ממנו ניתן להגיע בזריקה ידנית למקום שבו נפגעה עביר, הוא מוקד בית הקברות, והיא כי אין שום אפשרות – לא פיזית, לא טכנית ולא בליסטית – שאבן שנזרקה מבית הקברות פגעה בעביר וזאת בשל מבנה בגובה שלוש קומות החוצץ בין בית הקברות שממנו נזרקו האבנים לבין המקום שבו עמדה עביר עת נפגעה.

19. משנשללה האפשרות כי עביר נפגעה מאבן נותרה האפשרות היחידה העולה מחומר הראיות והיא שעביר נפגעה מקליע הגומי. לפיכך, טענו הח"מ בשם העותרים כי הירי שבוצע לעבר קבוצת הילדות הוא אשר גרם לפציעתה האנושה ובסופו של דבר למותה של עביר עראמין ז"ל. לאור ממצאים אלה, טענו הח"מ, ההחלטה לסגור את התיק מחוסר ראיות הייתה שגויה ובלתי סבירה באורח קיצוני.

20. בנוסף, נטען בערר, כי גם אם יוחלט שאין ראיות מספיקות להעמדה לדין בעבירת הריגה, הרי שהיה מקום להעמיד את השוטרים שביצעו את הירי ולכל הפחות את המשיב 2, בעבירות שעניינן סיכון החיים, שכן השימוש בנשק כפי שנעשה, בסביבה אזרחית ובקרבת שלושה בתי-ספר(!), סתר את הוראות הפתיחה באש בעיקר בשל כך שלא קדם לו שימוש באמצעים לפיזור הפגנות וירי אזהרה באוויר (ראו: סעיפים 107-109 לערר) ובמיוחד לנוכח העובדה שלא הייתה כל טענה לסכנת חיים מצד השוטרים.

21. ביום 4.2.08 דחה המשנה לפרקליט המדינה לעניינים פליליים, מר יהושע למברגר, את הערר. בתשובה לערר נטען שוב כי אין ראיות מספיקות לצורך העמדת הנילוים לדין וכי על פי החומר הקיים אין תשתית ראייתית מספקת לכך שעביר נפגעה מכדור גומי שנורה לעברה על ידי מי מהנילוים.

התשובה לערר מצ"ב ומסומנת נספח ה'

22. התשובה לערר התבססה על שתי נקודות עיקריות: ראשית, הערכת הרופא המטפל מהדסה לגבי מקור הפגיעה. שנית, וכתשובה לטענה בערר שמבית הקברות לא ניתן היה לידות אבן שתגיע לנקודה שבה עמדה עביר בעת שנפגעה – הועלתה האפשרות שעביר נפגעה מאבן שנזרקה בעת שהג'יפ היה בדרכו ליציאה מהכפר (ואז נסע ברחוב שבו עמדה עביר). להלן פירוט שתי הנקודות האלה (כל ההדגשות שלנו אלא אם צוין אחרת. מ.ס., נ.ר.).

- המשנה ליועץ המשפטי לממשלה סמך ידיו על הערכתו של ד"ר כהן מבית החולים הדסה (שטיפל בעביר כשהועברה מבי"ח מוקאסד) כי עביר לא נפגעה מכדור, תוך הדגשה כי הח"מ לא התייחסו בערר שהגישו לעדות זו.

ולגבי המקום ממנו נזרקה האבן שפגעה בעביר, נכתב בתשובה -

- "מובן, כי בעמדת המומחה מטעמכם לפיה "סביר יותר" שהפגיעה נגרמה מקליע גומי לא די לצורך ביסוס תשתית ראייתית מספקת בשאלת הגורם ממנו נפגעה המנוחה, זאת ברמת הוודאות הגבוהה הנדרשת בהליך מסוג זה. ממילא, לא ניתן לקבוע כי קיים קשר סיבתי בין פעולות הנילוים במהלך האירוע לפגיעה במנוחה.

...ממצאי חוות הדעת הפתולוגית לפיהם קיימת אפשרות כי המנוחה נפגעה מאבן, מתיישבים עם גרסת הנילוים כמפורט להלן, לפיה במהלך יציאתם מהכפר, במורד הרחוב בו עמדה המנוחה, ידו לעברם מפגינים שירדו מאזור בית הקברות, הצומת

והסמטה הסמוכים, "גשם" של אבנים לדבריהם. כמובן שאין באמור לעיל, כדי לקבוע כי אלו הם פני הדברים אולם, בראיות אלו יש כדי להקים ספק של ממש באשר לאחריותם של הנילוונים למותה של המנוחה.

...במהלך השחזורים שבוצעו עם הנילוונים הצביעו הנילוונים על המקום בו עמדו בשלב ביצוע הירי לעבר הכיכר הסמוכה לבית הקברות. מהשחזור עלה, על פניו, כי ממקום זה **כלל לא ניתן לראות את המקום בו נפגעה הילדה כפי שהצביעו עליו עדי ראייה, שאף הם נטלו חלק בשחזור.** [ההדגשה במקור] מילא, האפשרות כי המנוחה נפגעה מכדורי גומי שנורו על ידי הנילוונים, נמוכה.

בנסיבות אלה כאמור, לא ניתן לשלול כי המנוחה, שעל פי החומר הקיים בתיק עמדה בכביש ממנו יצאו הנילוונים מהכפר, נפגעה מאבן אותה ידו המפגינים לעבר הגיף במהלך יציאתו מהכפר במורד הכביש. אפשרות זו מתיישבת עם ממצאי חוות הדעת הפתולוגית, לרבות של המומחה מטעמכם, ואף עם טענת הנילוונים לפיה לא היו מודעים כלל לפגיעה בילדה במהלך האירוע.

אכן בחומר הקיים בתיק עדויות מטעמכם לפיהן העדים לא ראו יידוי אבנים. עם זאת, בפתח חוות הדעת של המומחה מטעמכם נכתב, כי נמסרה לו עדות לפיה הירי לעבר המנוחה בוצע לאחר שהושלכה אבן לעבר הגיף בו נסעו הנילוונים. [ההדגשה במקור] **לכך נוסף כי תיאור האירוע העולה מעדויות אלה שונה בתכלית מהתיאור שנמסר על ידי הנילוונים גם בנקודות נוספות.** על כל פנים, מעדויות התלמידות שהיו עם המנוחה במהלך האירוע לא עולה כי הן ראו שמהגיף בו היו הנילוונים, נורו לעברן כדורי גומי... משכך נראה, כי אין בעדויות שהובאו מטעמכם כדי לשלול את גרסת הנילוונים, ועל כל פנים, לא די בהן כשלעצמן כדי לבסס תשתית ראייתית מספקת להעמדת הנילוונים לדין פלילי.

קיימת תשתית ראייתית לכאורית לכך, כי במהלך האירוע נושא הערר נזרקו לעבר הנילוונים, ממוקדים שונים, אבנים ובקבוקים, על ידי עשרות אנשים, וכי אמצעים קודמים לפיזור הפרת הסדר האלימה לא הועילו. בנסיבות אלה לא ניתן לשלול את גרסת הנילוונים לפיה חשו סכנת חיים. משכך נראה, כי הירי כדורי גומי שנעשה על ידם היה כדין, ובהתאם להוראות הפתיחה באש.

אשר לסתירות כביכול, לטענתכם, בעדויות הנילוונים מטבע הדברים, בעת שמדובר באירועים מהסוג נושא הערר, קיימות גרסאות שונות בפרט זה או אחר. לא מצאנו כי באלה, ככל שקיימות, יש בנסיבות העניין, כדי למלא אחר החלל הראייתי הקיים בתיק".

III. אחרי הערר: הטעויות בדחייתו

23. להבנת הח"מ התשובה לעיל נשענה לכל הפחות על **שתי טעויות עובדתיות מובהקות**: שעביר כביכול הייתה ברחוב בשעה שהגיף החל בדרכו לכיוון היציאה מהכפר והיעדר היכולת לפגוע בירי בעביר ממקום עמידת הגיף בכיכר שבמעלה הרחוב;

24. באשר לטעות הראשונה, אם כן, בתשובה לערר הוצע ההסבר לפיו ייתכן כי עביר נפגעה מהשלכת האבנים אשר ארעה לכאורה בזמן שבו הגיף והנילונים היו בדרכם אל מחוץ לכפר, עת חלפו בסמוך לשער האחורי של בית הספר לבנות (גרסה שהופיעה לראשונה על ידי הנילונים בהודעותיהם שנגבו לאחר השחזור). אפשרות זו הועלתה, ככל הנראה, לאור חוסר הייתכנות המוחלט – שנטען והוכח בכתב הערר – של האפשרות שעביר נפגעה מאבנים שהושלכו קודם לכן (בשל קיומו של המבנה בן שלוש הקומות שחצץ בין עביר למידי האבנים). אלא שההסבר המוצע מתעלם לחלוטין מהנתונים שנתגלו בחקירת המשטרה והובאו בערר – לפיהם ועל פי יומן המבצעים, בשעה 10:03 דיווחו הנילונים על זריקת אבנים בכפר ובעמודה שכותרתה "פעולות שנקטו" (ביומן המבצעים) נרשם כי "ההתקהלות פוזרה בשעה 11:00". כלומר, לכל המוקדם, בשעה 11:00 עדיין שהו הנילונים בכפר בעוד עביר עראמין נפגעה סמוך לשעה 9:15 ועל פי דו"ח בית החולים "אל-מוקאסד" התקבלה בבית החולים כבר בשעה 9:53! לפיכך, לא ייתכן כי עביר נפגעה מאבן שנזרקה על הגיף בזמן יציאתו מן הכפר כיוון שבשעה זו כבר לא הייתה שם.

25. באשר לטעות השנייה, אם כן, בתשובה לערר נכתב כי "במהלך השחזורים שבוצעו עם הנילונים, הצביעו אלה על המקום בו עמדו בשלב ביצוע הירי לעבר הכיכר הסמוכה לבית הקברות. מהשחזור עלה, על פניו, כי ממקום זה כלל לא ניתן לראות את המקום בו נפגעה הילדה כפי שהצביעו עליו עדי הראייה, שאף הם נטלו חלק בשחזור" [ההדגש במקור]. טענה זו פשוט אינה נכונה. המקום ממנו לגרסת הנילונים בוצע הירי "לכיוון בית הקברות" נמצא בקו ישר נטול מכשולים מהמקום בו עמדה עביר עראמין כאשר נפגעה, ואין כל בעיה לראות את הנקודה האחת מהשנייה ואף לירות מהנקודה האחת לשנייה. זאת ועוד: מהמקום בו הודו הנילונים שהמשיבים 2-3 ירו, ניתן לראות הן את בית הקברות והן את המקום בו נפגעה עביר. הזוית שבין הקו המחבר את הכיכר בו עמד הגיף וממנו ירו משיבים 2-3 לבית הקברות לקו המחבר את הכיכר למקום שבו נפגעה עביר היא זוית קטנה ביותר.

26. הסבר זה נסמך על קריאת גרסאות הנילונים, שרטוטיהם את זירת האירועים (בהם ממוקם הגיף בצד הצפוני של הכיכר) וכן על ביקור הח"מ בשטח. בנוסף, ניתן היה לראות כי שרטוט הנילונים היו שגויים (כאשר מיקמו את בית הקברות בכיוון הפוך למיקומו בפועל) ודבר זה נתמך בתצלום אוויר שצורף לערר.

27. לאור האמור לעיל, ביום 11.2.08 פנו הח"מ פעם נוספת אל עו"ד זוסמן, סגן בכיר א' (בפועל) לפרקליט המדינה, הפנו את תשומת ליבה לטעויות וביקשו את התייחסותה הדחופה אל הדברים.

28. ביום 12.2.08 התקבלה תשובתה של עו"ד זוסמן אשר **דחתה את טענות הח"מ** ושבה על עמדתה כי במקרה זה אין ראיות מספיקות לצורך העמדת הנילוונים לדין פלילי.

מצ"ב מכתבה של עו"ד זוסמן ומסומן נספח ז'

29. בין היתר, כתבה עו"ד זוסמן בתשובתה [ההדגשים במקור אלא אם צוין אחרת] –

"...בחומר הראיות ישנן מספר עדויות לכך כי הפעילות בכפר התרחשה בין השעות שמונה או שמונה ושלושים לשעה עשר בבוקר [ההדגשה שלנו : מ.ס., נ.ר.]

...

לא נעלם מאיתנו הרישום ביומן המבצעים אליו הפנתם. אשר לכך נאמר, כי יומן המבצעים, על פי טיבו, מתעד את שעת הדיווח על האירוע.

יצוין, כי אף לשיטתכם לפיה יומן המבצעים משקף את שעת התרחשות הדברים, כיוון שלטענתכם הפגיעה במנוחה התרחשה לפני האירועים עליהם מדווח ביומן המבצעים, ממילא לא ניתן להתבסס על הרישום ביומן כמשקף את שעת האירועים עליהם דווח.

על כך נוסיף כי הרישום ביומן המבצעים הינו חלק ממכלול הראיות המתייחסות לשעות במהלכן התרחשה הפעילות, כפי שפורטו לעיל. לא מצאנו טעם לדחות את גרסת הנילוונים כפי בעולה מעדויותיהם ומדוח המשימה, ולהעדיף את הרישום ביומן המבצעים. על כל פנים, ודאי שבעדויות אלה וברישום בדוח המשימה יש, לכל הפחות, כדי לעורר ספק שמא אכן הפעילות בכפר הסתיימה בשעה האמורה בעדויות הנילוונים ובדוח המשימה.

לפיכך, לא ניתן לשלול... כי המנוחה שעמדה בכביש ממנו יצאו הנילוונים מהכפר, נפגעה מאבן אותה יידו מפגינים לעבר הג'יפ במהלך יציאתו מהכפר. [ההדגשה שלנו : מ.ס., נ.ר.]

נוסף כל זה יש לחזור ולהזכיר... כי על פי הממצאים הפתולוגיים... לא ניתן לקבוע בוודאות מה גרם למות המנוחה. משכך ממילא, לא ניתן לקבוע כי קיים קשר סיבתי בין פעולות הנילוונים במהלך האירוע לפגיעה במנוחה.

אשר לטענתכם... נשיב, כי האמור במכתבנו מתבסס על השיחזורים המצולמים שבוצעו עם הנילוונים, שחזורים, שכעולה ממכתב הערר, אינם בידכם.

... בנסיבות אלה... המשנה לפרקליט המדינה סבור כי אין ראיות מספיקות לצורך העמדת הנילוונים לדין פלילי."

30. כפי שעוד יפורט בהמשך, תשובתה זו של עו"ד זוסמן הותירה על כנה את הטעות העובדתית לעניין ייתכנות פציעתה של עביר מאבנים שהושלכו על הג'יפ בעת שהיה בדרכו ליציאה מן

הכפר. לגבי טענת הח"מ לעניין מיקום הג'יפ בעת הירי, נכתב בתשובתה של עו"ד זוסמן, כי האמור מתבסס על השחזורים שנעשו עם שוטרי מג"ב בשטח אשר אינם בנמצא אצל הח"מ. לפיכך, החליטו הח"מ לפנות ולבקש את יתרת חומר החקירה שלא הועבר לידיהם עד כה.

IV. השחזור וההליכים עד הגשת העתירה

31. ביום 13.2.08 פנו הח"מ למפכ"ל המשטרה בבקשה לקבל את **סיכום ממצאי התחקיר** וחומר החקירה הקשור בתחקיר שנערך לשוטרי מג"ב שנכחו באירוע וזאת במסגרת סעיף 102 (ב)(5)(א) **לחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות), תשס"ו 2006.**

32. עד למועד הגשת העתירה לא התקבלה תשובה לבקשה ו/או ממצאי התחקיר.

הפנייה מיום 13.2.08 והתכתובת שבאה בעקבותיה מצ"ב ומסומנות **נספח ח'**

33. ביום 11.3.08 פנו הח"מ לרפ"ק יובל שטאל, ע"י ראש ענף חקירות מחוז ש"י, בבקשה לקבל את **קלטות השחזור** בתיק החקירה נשוא עתירה זו.

34. ביום 5.5.08 התקבלה הודעת עו"ד זוסמן לפיה ניתן יהיה לצפות בקלטות – ללא העתקתן - במשרדי הפרקליטות.

35. ביום 21.5.08 צפתה הח"מ בקלטות במשרדי הפרקליטות. השחזור חולק לשלוש קלטות (שחזור מיום 23.1.07, מיום 28.1.07 ושחזור שלישי ממועד לא ידוע).

הפנייה מיום 11.3.08 והתכתובת שבאה בעקבותיה מצ"ב ומסומנות **נספח ט'**

36. לאחר בחינת חומר החקירה, שתי התשובות לערר וצפייה בקלטות השחזור סבורים העותרים מעל לכל ספק כי ההחלטה הראשונה לסגור את תיק החקירה וההחלטה השנייה לדחות את הערר הנן שגויות ובלתי סבירות באופן קיצוני ושעונות על טעויות עובדתיות ברורות. העותרים אינם יכולים להשלים עם החלטות אלה ומכאן עתירה זו.

ז. הטענות כנגד זחיית הערר

37. ואלה, בתמצית, טענותינו: נוכח העובדה שאינה נתונה במחלוקת כי בוצע ירי גומי לכיוון בית הקברות, ההחלטות לסגור את התיק ולדחות את הערר הנן בלתי סבירות באורח קיצוני וזאת מהסיבות הבאות:

- ההחלטה מבוססת על טעות עובדתית לפיה תתכן האפשרות כי עביר נפגעה מאבן שנזרקה בעת שהג'יפ היה בדרכו ליצירה מן הכפר;

- ההחלטה לא נתנה כל משקל לעובדה שבמקום פציעתה של עביר נמצא קליע גומי;
- ההחלטה לא נתנה כל משקל לגרסאות עדי הראייה האזרחים הסותרות את גרסת השוטרים;
- ההחלטה לא בחנה לעומק את הטענות בדבר הפרה של הוראות הפתיחה באש באשר למדרג הנדרש במעבר בין ירי אלפ"ה, ירי אזהרה באוויר וירי גומי ובאשר להתקיימות הדרישה לסכנת חיים;
- ההחלטה התעלמה מהעובדה שבכל מקרה, הייתה הפרה של הוראות הפתיחה באש, שכן אין כל מחלוקת שלא בוצע ירי אזהרה באוויר;
- האופן שבו נערך השחזור בשטח הוא, בלשון המעטה, בעייתי ביותר שכן השוטרים הונחו על ידי החוקר להבין היכן הוא המקום אשר "יסגיר" אותם. ואכן, גרסתם המהוססת בתחילת השחזור לגבי המיקום המדויק של הג'יפ בכיכר הופכת למוצקה ובטוחה תוך כדי התקדמות השחזור שבסופו מוקם בבטחה הג'יפ מספר מטרים בלבד דרומה אך בכך כביכול – על פי המשיב-התאינה האפשרות לפגיעה בעביר.

ה. הטיעון המשפטי

38. הטיעון המשפטי יתחלק לשניים :

1. החלק הראשון יעסוק בסמכות בית המשפט הגבוה לצדק לדון בהחלטה לא סבירה באופן קיצוני של המשיב 1.
2. החלק השני יפרט את חוסר הסבירות שבהחלטות המשיב 1 בתיק נשוא העתירה.

I. התערבות בג"ץ בהחלטות יועמ"ש בעררים פליליים

39. שאלת התערבותו של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה, ובמיוחד בהחלטותיו בדבר הגשת אישומים פליליים או הימנעותו מלעשות כן, נדונה בשורה של פסקי-דין. ההלכה הנלמדת מפסיקתו של בית המשפט הנכבד היא כי למשיב 1 (להלן: המשיב) שיקול דעת רחב להחליט האם להעמיד פלוני לדין אם לאו וכי היקף הביקורת השיפוטית של בית משפט נכבד זה על החלטותיו אלו של המשיב מצומצם הוא. וידוגש, ההלכה הפסוקה לא ביטלה את

הביקורת השיפוטית של בית המשפט הנכבד על החלטות המשיב וזו עודה קיימת, אף אם היקפה מצומצם ואף אם הופעותיה נדירות הן.

40. כאשר החלטתו זו של המשיב מנומקת בטענה כי חומר הראיות אינו מספיק תהיה התערבותו של בית המשפט הנכבד בשיקול זה - הקשור בדיות חומר הראיות - נדירה, אך אפשורית היא עת יסבור בית המשפט הנכבד כי החלטת המשיב הנה בלתי סבירה באורח קיצוני. וראו לעניין זה דברי כבוד השופט מצא:

"ככל שמרחב שיקול-הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה ולרשויות התביעה האחרות, להחליט בשאלת דיות הראיות להעמדה לדין, הוא רב ונרחב, גם החלטותיהם בשאלה האמורה - כפי שכבר צוין - אינן חסינות מביקורת שיפוטית. אמנם נראה כי עד כה לא היה ולוא גם מקרה אחד שבו ראה בית-משפט זה להתערב בהחלטת היועץ המשפטי שלא להגיש כתב-אישום בשל חוסר ראיות, אך לא פעם צוין, כי ייתכנו מקרים - שבהכרח יהיו נדירים - שביט-משפט זה ייטה להתערב גם בהחלטת היועץ המשפטי המתייחסת לדיות הראיות, אם נוכח שמסקנתו שלא להגיש כתב-אישום היא בלתי-סבירה בעליל (ראו לדוגמה: בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, דברי השופט בד' בעמ' 368, ובג"ץ 806/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(4) 797, דברי השופט ש' לויין בעמ' 799).

(בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 19.8.04), פ"ד נט (1) 199, 211-212. (ההדגשות שלנו: מ.ס., נ.ר.).

41. ברור הוא כי לא כל טעות בשקילת הראיות הינה בגדר חוסר סבירות באופן קיצוני, אלא רק טעות מהותית וברורה (בג"ץ 2534/97, 2535, 2541 ת"כ יהב ואח' נ' פרקליטות המדינה ואח' (פס"ד מיום 15.6.97), פ"ד נא (3) 1, 24 (להלן: פרשת יהב).

42. למעשה, אין בכלל שתואר לעיל משום סטייה מהיקף התערבותו של בית-משפט זה בהחלטות אחרות של רשויות מינהליות אחרות בעילת אי-הסבירות. ההלכה הברורה והידועה היא שהמעשה המינהלי 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; בג"ץ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פס"ד מיום 10.5.90), פ"ד מד (2) 485, 528).

43. מובן הוא כי הכלל האמור בדבר מידת ההתערבות, נובע מן העיקרון כי בית-המשפט אינו ממיר את שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו אולם, אם בחרה הרשות באפשרות המצויה מחוץ למתחם הסבירות, הרי שעל בית המשפט לפסול החלטה זו כנגועה באי חוקיות ובכל מקרה, אף אם בית המשפט הנכבד נוהג להסתייג מאפשרות

הביקורת על סבירות ההחלטה בדבר דיות הראיות, אין בכך כדי למנוע את בחינת תהליך קבלת ההחלטה.

44. עיקרון ידוע הוא כי על רשות שלטונית מוטלת החובה להפעיל את שיקול הדעת השלטוני המסור לה בהגינות, ביושר, בסבירות וללא הפליה (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוני והשיכון (פס"ד מיום 23.3.93), פ"ד מז (2) 229, 259). לפיכך, תיבחן חוקיותו של מעשה מנהלי, בין היתר, בהתאם לאמות המידה האובייקטיביות של הסבירות המנהלית.

45. 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 (בג"ץ גנור לעיל, בעמ' 513). סבירותה של החלטה תיקבע, בין היתר, תוך בחינת השאלה האם נתנה הרשות הציבורית משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים השונים (ראו בג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה (פס"ד מיום 9.8.82), פ"ד לו(3) 349, 354 (1982); בג"ץ אייזנברג לעיל, בעמ' 272-273; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (פס"ד מיום 8.9.93), פ"ד מז(5) 404, 420-421 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל (פס"ד מיום 8.9.93), פ"ד מז(5) 441, 464-465 (1993) (להלן: פרשת פנחס); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פס"ד מיום 26.10.05), תק-על 2005(4) 387; בג"ץ 7542/05 גל פורטמן נ' מאיר שטרית (פס"ד מיום 11.2.07), פסקאות 17-18 לפס"ד של השופטת ארבל).

46. בענייננו, העותרים יטענו כי המשיב מס' 1 הגיעה לתוצאה שאינה סבירה באורח קיצוני היות ולצורך החלטתו הסתמך על הנחות עובדתיות שעל-פניהן הינן שגויות וכשהועמד על טעותו התייחס בביטול לעובדות העולות מתיק החקירה, התעלם לחלוטין מעדויות עדי הראייה האזרחיים-מקומיים והסתמך אך ורק על עדויות השוטרים, התעלם מראיות נסיבתיות ולבסוף, התעלם מהפרה ברורה של הוראות הפתיחה באש.

47. ויובהר: לא מדובר "בתחום האפור" אשר בתוכו עשויה הייתה להתקבל החלטה כי הראיות בלתי מספקות להעמדה לדין פלילי, אלא בחריגה קיצונית מתחום הסבירות, כזו היורדת לשורשו של עניין, ולפיכך דורשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

II. חוסר הסבירות הקיצוני במקרה דנן

48. נסכם את העובדות הידועות עד כה ואשר אינן נתונות במחלוקת: המשיבים 2 ו-3 ביצעו ירי גומי באזור הכיכר לכיוון בית הקברות; לא בוצע ירי אזהרה לאוויר קודם לכן; הדו"חות הפתולוגיים הצביעו על האפשרות כי עביר נפגעה מאבן אן מכדור גומי, כאשר אחד מהם אומר במפורש כי הסבירות שמדובר בכדור גומי גבוהה יותר; על פי דו"ח בית החולים "אל

מוקאסד" עביר התקבלה בבית החולים בשעה 9:53; במקום פציעתה של עביר נמצא כדור גומי;

49. ואלה הטעויות העובדתיות והטעויות בשקילת כל השיקולים הרלבנטיים, שנפלו בהחלטת המשיב 1, ושכל אחד מהם לבדו, ובוודאי שבהצטרותם, יוצרים מאסה קריטית של פגם של אי-סבירות קיצונית בהחלטה:

א. טעות עובדתית

50. כאמור, הבדיקות שנערכו ע"י הח"מ והצילומים שצורפו לערר שללו באופן מוחלט את הגירסה שייתכנותה הייתה בבסיס ההחלטה לסגור את התיק ללא הגשת כתבי אישום - שעביר נפגעה מאבן שנזרקה מכיוון בית הקברות. אפשרות זו הופרכה בשל מבנה בן שלוש קומות שחוצץ בין בית הקברות לבין המקום בו עמדה עת נפגעה ולפיכך, הוסקה המסקנה הלוגית היחידה האפשרית כי משנשללה האפשרות לפגיעה מאבן נותרה האפשרות היחידה לפגיעה מכדור גומי.

51. מסקנה זו כמובן מתחזקת באופן משמעותי לנוכח המצאותו של קליע גומי במקום פציעתה של עביר.

52. בתשובה לעניין זה שהועלה בערר, נטען בהודעה על דחייתו כי נותרה האפשרות (שהועלתה שם לראשונה) כי עביר נפגעה מאבן – בזמן שהגיף היה בדרכו החוצה מהכפר, אז עבר ברחוב שבו עמדה עביר כשהוא מזונב ע"י מידי אבנים. **יודגש** כי גרסה זו של השוטרים על ידוי אבנים בעת היציאה מהכפר הופיעה לראשונה בהודעותיהם שנגבו לאחר השחזור.

53. **אלא שתיזה זו סותרת את לוחות הזמנים כפי שנקבעו בחקירת המשטרה.**

54. כאמור, על פי יומן המבצעים בשעה 10:03 דווח על ידי השוטרים על זריקת אבנים בכפר ובעמודה (ביומן המבצעים) שכותרתה "פעולות שנקטו" נרשם כי "ההתקהלות פוזרה בשעה 11:00". לפיכך, טענו הח"מ, ולנוכח העובדה שעל פי דו"ח בית החולים "אל מוקאסד" עביר התקבלה בבית החולים כבר בשעה 9:53 (על פי גרסת אחות בית הספר אף מוקדם יותר ב- 9:40), טענו הח"מ כי בשעה שהגיף יצא מהכפר – אז על פי הנחת המשיב עשויה הייתה עביר להיפצע – עביר כבר הייתה מזמן בבית החולים.

55. כאשר פנו הח"מ לעו"ד זוסמן והפנו את תשומת ליבה לעניין נענו כי למרות האמור ביומן המבצעים, על פי הדוחות האחרים, הייתה הפעילות בכפר "בין שמונה – שמונה וחצי לשעה עשר", ולכן, חזרה על העמדה כי ייתכן ועביר נפגעה מאבן שנזרקה על הגיף בזמן שעזב את הכפר.

56. לא זו אף זו, אף אם נקבל את עמדת השוטרים לפיה פעילותם בכפר הייתה עד השעה עשר ואז כביכול לשיטת המשיב עשויה הייתה עביר להיפגע מ"מטר האבנים" שיודה על פי גרסת השוטרים כאשר עזבו את הכפר, הרי עביר לא נפגעה בשעה עשר או בסמוך לשעה עשר אלא בסמוך לשעה 9:15. מיד אחרי פציעתה פונתה עביר לתוך בית הספר לבנות ומשם במכונית למחסום חיזמה ומהמחסום לבית החולים "אל מוקאסד" אליו הגיעה – על פי דו"ח בית החולים - כבר בשעה 9:53! ולכן, אף אם נקבל את הגרסה לפיה עזב הג'יפ את הכפר בשעה עשר – בשעה זו כבר הייתה עביר בבית החולים!

57. מהאמור לעיל עולה בבירור כי יידוי אבנים, ככל שהיה, בוצע לאחר שעביר כבר נורתה ופונתה מהכפר, וייתכן שיידוי האבנים היה תגובה לפגיעה בילדה בת 10 שהלכה לקנות סוכריה ונורתה בראשה.

58. לאור כל האמור, התיאוריה לפיה עשויה הייתה עביר להיפגע מאבן אינה "מתיישבת" עם גרסת הנילוניס ואין בה "כדי להקים ספק של ממש באשר לאחריותם של הנילוניס למותה של המנוחה" כדברי המשיב.

ב. אי מתן משקל ראייתי לשעה המדווחת ביומן המבצעים

59. העותרים אינם מקבלים את הקלות שבה פותר המשיב ומבטל את הרשום ביומן המבצעים. אולם בכל מקרה, גם אם ניתן (בדוחק) לקבל את הטענה כי ייתכן שביומן המבצעים נרשמו דיווחים בשעה מאוחרת יותר לשעת התרחשותם בפועל, בוודאי שלא ניתן להתווכח עם יומן המבצעים כאשר נרשם בו במפורש כי "ההתקלות פוזרה בשעה 11:00". כלומר השעה 11:00 אינה שעת הדיווח אלא השעה שנמסרה בתוכן הדיווח.

ג. אי מתן משקל ראייתי לראייה נסיבתית משמעותית

60. התשובה לערר מתעלמת לחלוטין – ומכאן שלא ניתן כל משקל - לראיה הנסיבתית החשובה המצביעה על כך שבמקום פגיעתה של עביר נמצא כדור גומי.

61. ראיה זו מוכיחה באופן ברור כי בניגוד לגירסת הנילוניס וביניהם המשיבים 2-3, שהתקבלה על המשיב מס' 1 - כדור גומי נורה גם נורה למקום שבו עמדה עביר. בהיעדר עדות, גירסה או טענה שהיה גורם נוסף מעבר למשיבים 2-3 שעשה שימוש בנשק חם כלשהו, לא כל שכן כדורי גומי, אין אלא להסיק שכדור הגומי הגיע מנשקו של המשיב מס' 2.

62. מכאן שלנוכח העובדה שאינה נתונה במחלוקת לעיל בדבר מציאת כדור הגומי במקום פציעתה של עביר, לא ברורה קביעתה של עו"ד זוסמן במכתב דחיית הערר כי "ממילא, האפשרות כי המנוחה נפגעה מכדורי גומי שנורו על ידי הנילוניס, נמוכה".

ד. אי מתן משקל לגרסאות עדי הראיה האזרחים

63. אם כן, עדותם של עדי הראייה האזרחיים סותרת לחלוטין את עדותם של השוטרים גם באשר לשאלה האם נזרקו אבנים (לגרסתם לא, או לפחות לא בסמוך למקום ולזמן הפציעה) וגם באשר למיקום הגייפ עת בוצע הירי (כל העדים האזרחים, מלבד אחד, טענו כי הגייפ עמד מול השער האחורי של בית הספר לבנות ולא על יד הכיכר).

64. את הסתירה הזו פתר המשיב בטענה כי "אכן, בחומר הקיים בתיק עדויות מטעמכם לפיהן העדים לא ראו יידוי אבנים, עם זאת, בפתח חוות הדעת של המומחה מטעמכם נכתב, כי נמסרה לו עדות לפיה הירי לעבר המנוחה בוצע לאחר שהושלכה אבן לעבר הגייפ בו נסעו הנילונים. לכך נוסף, כי תיאור האירוע העולה מעדויות אלה שונה בתכלית מהתיאור שנמסר על ידי הנילונים גם בנקודות נוספות".

65. **מהדברים לעיל לא ברור מדוע החליט המשיב להעדיף את גירסת הנילונים על פני גירסתם של האזרחים שהיו עדי ראייה לארוע, וכיצד הגיע המשיב למסקנה כי דווקא עדי הראייה האזרחים הם שמשקרים.**

66. מוזרה במיוחד הטענה המדהימה כי לפתולוג מטעם המשפחה, ד"ר קוגל, נמסרה עדות לפיה הושלכה על הגייפ אבן קודם לירי. יודגש לעניין זה כי "העדויות" שנמסרה לד"ר קוגל (הפתולוג!) הנה ממקור שני שלא קיים לגביו כל מידע. כך כתב ד"ר קוגל בפתח חוות דעתו: "מר רוני שמעוני מארגון "בצלם" העביר לידי את עדותו של מחמוד רדואן אבו הנייה לפיה המנוחה הלכה על כביש. גייפ מג"ב נסע באיטיות על אותו כביש, ואז נזרקה עליו אבן. מיד לאחר מכן נשמע קול ירי מפתח אחורי בגייפ ממנו בלט קנה של נשק. בהמשך מצא העד את המנוחה שוכבת חסרת הכרה על הכביש". לא ברור מיהו מר רדואן אבו הנייה שכן המשטרה כלל לא טרחה לשוחח עמו (ואף לא עם מר רוני שמעוני) ולקבל את גרסתו. מעבר לצורך יצוין כי הנער שריף אבו הנייה אשר הרים את עביר לאחר פציעתה ופינה אותה לבית הספר טען דווקא בעדותו כי לא ראה מהיכן זרקו אבנים ואם זרקו אבנים, אך לדבריו, ברחוב הראשי, שבו נפגעה עביר, לא זרקו אבנים.

67. על פי גרסת עדי הראייה האזרחים עמד הגייפ במקום קרוב הרבה יותר למקום פגיעתה של עביר (ממול השער האחורי של בית הספר לבנות ולא באזור הכיכר, כפי שטענו השוטרים). יצוין כי קבלת גרסה זו הייתה עשויה לחזק את הסברה כי עביר נפגעה מכדור גומי שכן בחוות הדעת של ד"ר זייצב (הפתולוג מטעם מכון אבו כביר) נטען כי "לא ניתן לשלול מנגנון של פגיעת קליע גומי מירי מטוח קצר".

68. העדויות הברורות של כל העדים האזרחיים, שהתיאום ביניהם הרבה יותר קשה מאשר בין ארבעה שוטרים המשרתים יחד והיו יחד באותו הגייפ בעת האירוע, התנדפו כלא היו ללא שום הסבר. עדויות אלה הן כולן עדויות מפלילות חשובות, הן משום שהן מוכיחות את

העובדה שעביר נפגעה מהירי של השוטר המשיב מס' 2 והן משום שהן מפריכות את גירסת המשיבים שמתגלה כשקרית וככזו מהווה חיזוק לראיות התביעה.

ה. מחדל אי בחינת האפשרות להגיש כתב אישום באשמה הנוגעת להפרה של הוראות הפתיחה באש והתעלמות מהתנהגות חמורה זו

69. מעבר לשאלה האם יש מקום להאשים מי מהשוטרים באחת מעבירות ההמתה הקיימות בדין הפלילי שלנו, נטען בערר כי היה מקום לשקול האשמת המשיבים 2-3 אשר הודו כי ירו כדורי גומי בסביבה אזרחית ובשעת הפסקה של בתי ספר, בעבירות שעניינן סיכון החיים והבריאות בשל הפרה ברורה וחמורה של הוראות הפתיחה באש.

70. אם כן, בתשובה לערר מסר המשיב בעניין זה כי "קיימת תשתית ראייתית לכאורית לכך, כי במהלך האירוע נושא הערר נזרקו לעבר הנילונים, ממוקדים שונים, אבנים ובקבוקים, על ידי עשרות אנשים, וכי אמצעים קודמים לפיזור הפרת הסדר האלימה לא הועילו. בנסיבות אלה לא ניתן לשלול את גרסת הנילונים לפיה חשו סכנת חיים. משכך נראה, כי ירי כדורי הגומי שנעשה על ידם היה כדין, ובהתאם להוראות הפתיחה באש".

71. **היות והאירועים בכפר נמשכו זמן מה, כדי לבחון את סבירות תשובת המשיב 1 יש צורך לבדוק האם אכן נעשה שימוש באמצעים לפיזור הפגנות (אלפ"ה) בטרם נעשה שימוש בכדורי גומי - במוקד הספציפי שבו נעשה שימוש בגומי ובסמיכות זמן קרובה לירי.** הרי לא ניתן לראות באלפ"ה בהם נעשה שימוש באזור התצפית (המרוחקת מאזור הכיכר ובית הקברות) כממלאים אחר הדרישה לאלפ"ה כאמצעי מקדים לירי אזהרה לאוויר ו/או גומי (על פי סעיפים ה ו-ו' לרטיס הוראות פתיחה באש לחיילי איו"ש יולי 2006) שבוצע באיזור בית הקברות, וכך, לדוגמה גם לא ניתן לראות באלפ"ה בהם נעשה שימוש דקות ארוכות קודם לירי הגומי כממלאים אחר הדרישה למעבר הדרגתי בין האמצעים השונים לפיזור הפגנות (קרי, קודם אלפ"ה: סילוני מים, גז מדמיע ורימוני הלם, אח"כ ירי אזהרה לאוויר ולבסוף גומי).

72. לטענה כי "בנסיבות אלה לא ניתן לשלול את גרסת הנילונים לפיה חשו סכנת חיים ומשכך נראה, כי ירי כדורי גומי שנעשה על ידם היה כדין, ובהתאם להוראות הפתיחה באש" יודגש כי על פי גרסת השוטרים (כפי שעולה מהשחזור) עמדו הנערים במרחק של כשמונים מטר מהג'יפ הממוגן. אין שום דרך בעולם לראות באבנים הנזרקות ממרחק של קרוב למאה מטר על ג'יפ ממוגן כמסכנת חיים! יודגש עוד כי על פי עדות הנהג (בשחזור) כאשר ירד הג'יפ מכיוון בית הקברות לכיכר ברחו הילדים ולכן לא ברור מדוע בשלב זה בכלל בוצע ירי. כל ירי.

73. לבסוף ובכל מקרה, ברור מעל לכל ספק כי במקרה נשוא עתירה זו לא בוצע ירי אזהרה לאוויר בטרם בוצע ירי גומי ולפיכך ברור כי לכל הפחות הייתה הפרה של הוראות הפתיחה באש בהקשר זה.

74. ונזכיר את הפרט העובדתי שאין לגביו חולק והוא שכל הירי הזה בוצע בסמיכות לשלושה (13) בתי ספר ובשעת ההפסקה. דבר זה היה מחייב זהירות גדולה עוד יותר מצדם של השוטרים.

ו. אימוץ עיוור של מסקנת השחזור מתן משקל מכריע למסקנה זו

75. אם כן, מהודעותיהם של המשיבים 2 ו-3 עולה כי כאשר הגיע הגייפ לאזור הכיכר הסמוכה לבית הקברות יודו לעברו אבנים. בתגובה, ובעוד חזית הגייפ פונה לכיוון צפון, בוצע ירי אלפ"ה (ועל פי חלק מהגרסאות גם ירי גומי) על ידי מפקד הכוח, המשיב מס' 3, לכיוון בית הקברות. לאחר מכן, המשיך הגייפ בנסיעה לעבר בית הקברות, אשר בסמוך לו הסתובב ושב (בנסיעה דרומה) לכיוון הכיכר, שם עצר, כאשר אחוריו פונים לכיוון צפון-מזרח. בנקודה זו ביצע המשיב מס' 2 ירי של כדור גומי (בודד או יותר) לכיוון בית הקברות (צפון-מזרח) מתוך הגייפ. העותרים סבורים מעל לכל ספק כי הירי הזה שביצע המשיב מס' 2 הוא שפגע בעביר וגרם למותה.

76. יובהר כי באף אחת מהודעותיהם לא נשאלו המשיבים 2 ו-3 ואף לא השוטרים האחרים שהיו באירוע לגבי המיקום המדויק של הגייפ באזור הכיכר בעת ביצוע הירי לעיל, אולם, השרטוטים שהתבקשו לצייר ממחישים מעל לכל ספק כי בעת הירי עמד הגייפ בחלקה הצפוני של הכיכר. ראו: נספח ג'

77. מתוך הצפייה בקלטת עולה כי אין מחלוקת כי המשיבים 2 ו-3 ביצעו ירי בסמוך לכיכר שעל יד בית הקברות. השאלה המרכזית אותה היה צריך להבהיר בשחזור הייתה היכן בדיוק בכיכר עמד הגייפ עת ביצע הירי: האם בחלקה הצפוני – משם קיים קו ישיר נטול מכשול למקום שבו נפגעה עביר, או שמא בחלקה הדרומי יותר – משם לא ניתן לראות את מקום הפגיעה.

78. מסקנתנו מצפייה בהקלטות השחזור הינה כי השאלות שנשאלו השוטרים על ידי החוקר היו שאלות מנחות ויותר מפעם אחת נדמה כי החוקר מחלץ מהשוטרים "בכוח" את התשובות אליהן הוא מבקש/מקווה להגיע בעוד השוטרים כלל לא בטוחים – לפחות לא בשלב ראשון – היכן עמד הגייפ במדויק.

79. יצוין עוד כי בקטעים משמעותיים העוסקים במיקום הגייפ בכיכר אין קול בהקלטה ולפיכך לא ניתן לשמוע מה נאמר בין החוקר לשוטרים.

80. ולשם המחשה -

- החוקר רפ"ק ירון שטרית (להלן: החוקר) מורה לגייפ לעצור בנקודה מעט דרומית מהכיכר, בכיוון השער הקטן של בית הספר לבנות (הממוקם בכביש הראשי, בנקודה ממנה לא ניתן לראות את מקום פגיעתה של עביר) ושואל את

מפקד הכוח: "פה עמד הגייפ?" מפקד הכוח עונה: "פה. שם. לא בדיוק באמצע.
באזור הזה". (ומצביע לכיוון הצפוני יותר של הכיכר). (23.1.07, דקה 18: 18)

- החוקר שואל את המשיב מס' 2 האם לאחר שהגייפ הסתובב ירה לכיוון בית הקברות או לכיוון "הזה" (הרחוב בו עמדה עביר). המשיב מס' 2 מצביע לכיוון בית הקברות.

- אחד השוטרים (המשיב 2 או 3) שואל את הצלם מהו מקום פגיעתה של עביר. (לא נענה). (23.1.07, דקה 00: 22)

- המשיב מס' 3 מספר שפרקו מהגייפ בנקודה זו ועומד בקצה הצפוני של הכיכר. בשלב זה מתנהל דיון בנוגע למיקום הגייפ בצומת אותו לא שומעים בהקלטה ואז קורא החוקר למשיב מס' 2 ושואל אותו על הירי והמשיב מס' 2 בתגובה מצביע לכיוון החלק הדרומי יותר של הכיכר. שוב לא שומעים. (23.1.07, החל מדקה 15: 26)

- בשלב זה מנחה החוקר את הצלם המתעד את השחזור לפני השוטרים ואומר לו לצלם את המקום שבו הם עומדים ואז להסתובב ולצלם את הקיר שמאחוריהם (קיר בית הספר) בהדגישו/בהסבירו לצלם (ולפני השוטרים) שהשוטרים טוענים שביצעו א הירי מנק' גבוהה יותר (כלומר דרומית יותר) והילדה בכלל הייתה מאחורי הקיר ולכן, אין שדה ראייה. (23.1.07, דקה 00: 28)

- החוקר מבקש מהשוטרים להראות לו את המקום המדויק שבו עמד הגייפ כאשר אחוריו פנו לכיוון בית הקברות (אז בוצע הירי) והשוטרים (שעד עכשיו עמדו בחלק הצפוני של הכיכר) מתחילים לצעוד לחלקו הדרומי. החוקר שואל: "יכול להיות שעמדתם פה?" (עדין בחלק הצפוני) והם עונים: "לא". החוקר ממשיך אתם לנק' הדרומית של הכיכר ופוסק: "וכאן עמדתם ויריתם לכיוון בית הקברות". (23.1.07, דקה 19: 29)

- בשחזור עם נהג הגייפ רואים כיצד הגייפ עומד בעלייה בסמוך לבית הקברות ואז מתחיל לרדת חזרה בנסיעה לאחור. לטענת הנהג, בינתיים ברחו הילדים וכאשר נסעו לאחור כבר לא ראו ילדים. (28.1.07, דקה 30: 5)

- בשלב זה מבקש החוקר מהנהג להראות לו בדיוק את המסלול שבו חזר הגייפ לכיוון הכיכר. הנהג ממשיך בנסיעה לאחור ואז מסתובב ופונה לעבר הכיכר. החוקר שואל את הנהג היכן בדיוק עמדו בכיכר והנהג עונה: "באזור הזה". לא זוכר בדיוק אבל באזור הזה". החוקר מתעקש לדעת היכן בדיוק עמדו ומאיפה בדיוק ירו. הנהג משיב שוב שאינו זוכר בדיוק היכן עמד הגייפ אבל שהירי בוצע לאחור. החוקר מבקש להתחיל שוב. הפעם הגייפ מגיע מכיוון הדרומי של הכיכר

ונוסע לכיוון הצפוני והחוקר אומר לנהג: "תנסה לזכור איפה עמדתם". לאחר שעובר הגי' את השער הקטן של בית הספר לבנות (בערך במקביל לנק' הדרומית של הכיכר) אומר הנהג לחוקר "כאן עמדנו אבל בכיוון ההוא" (קרי, בנתיב השני, כי הרי באו מהכיוון ההפוך). החוקר מבקש מהנהג לעבור לנתיב השני ולהראות בדיוק היכן עמד הגי'. הוא שואל את הנהג אם הוא בטוח שבנקודה זו עמדו. הנהג משיב: "פחות או יותר". החוקר שואל האם לא יכול להיות שעמדו בנק' הצפונית יותר של הכיכר. הנהג משיב: "אין מצב". החוקר חוזר ואומר "אתה אומר שבכיכר הזו אין מצב שעמדתם". הנהג משיב: "לא עמדנו". בהמשך מוביל אותו לכיכר ושואל אם עמדו בה. הנהג משיב שלא. החוקר שואל שוב: לא יכול להיות שעמדתם פה (מצפון לכיכר) ויריתם. הנהג משיב: לא. הנהג שואל את החוקר איפה בדיוק נפגעה הילדה והחוקר מראה לו תוך שהוא שואל את הנהג: "לפה יריתם?" השוטר משיב: לא. (28.1.07, החל מדקה 00:07)

81. **אם כן, ניתן לראות כי השוטרים לא היו חד משמעיים לגבי המיקום של הגי' בכיכר. אולם, תוך כדי השחזור נראה כי הבינו מה המשמעות של גירסה דרומית ומה המשמעות של גירסה צפונית, קרי היכן עמדה עביר ואת המשמעות של המיקום המדויק שלהם בכיכר. מרגע שהבינו, גירסתם מאבדת ממשקלה באופן מהותי ויש להעניק משקל לגירסה הכתובה שלהם ולשרטוטיהם. ואכן, תוך כדי השחזור הופכים השוטרים ברוצים ונחרצים יותר לגבי מיקום הגי' בעת הירי, בהתאם לתובנה לגבי הגירסה הנוחה יותר.**

82. ובטרם נסכם פרק זה, נעיר לעניין הטענה בדבר חוסר ההתייחסות בערר לחוות הדעת של ד"ר כהן, כי להבנת הח"מ, משבוצעה נתיחה פתולוגית ברור כי משקלה ואמינותה גוברים על הערכת הרופא המטפל ולפיכך מיייתרים את הצורך לעשות בה שימוש. יצוין כי אף ד"ר כהן אמר ש"אין ל[ו]ן אפשרות לדעת בוודאות מה המנגנון של הפצע וכל ההנחות שדיווח[ו]ן עליהם הם רק השערות על סמך התרשמות[ו]ן וניסיון[ו]ן".

83. **לסיכום, המשיב מתעלם "בכוח" מעובדות מכרעות (זמן הפגיעה של עביר, זמן הגעתה לבית החולים וזמן עזיבת הגי' את הכפר); מתעלם מראיות נסיבתיות (הימצאות כדור גומי במקום הפגיעה של עביר); לא שוקל את חוות הדעת הפתולוגית (לפיה סביר כי מדובר בפגיעת כדור גומי) ביחס לעובדות ולראיות הנסיבתיות לעיל; לא נותן כל משקל לגרסת עדי הראייה האזרחיים (השוללת יידוי אבנים במקום האירוע בטרם ובמהלך האירוע ואשר לפיה עמד הגי' בסמיכות לשער האחורי של בית הספר לבנות) ולעומת זאת מאמץ בשתי ידיים את גרסת השוטרים; מדלג בקלילות מעל לטענות בדבר הפרה של הוראות פתיחה באש (למרות שמדובר בטענות חמורות להפרת ההוראות בלב אזור מגורים ועל יד שלושה בתי ספר) ואף מתעלם מההפרה הברורה שאינה שנויה במחלוקת כי לא בוצע ירי אזהרה באוויר בטרם בוצע ירי מסכן חיים; נותן לשחזור הבעייתי משקל מכריע בהחלטתו על אף הפגמים המשמעותיים שנפלו באופן ביצועו.**

84. לאור כל האמור לעיל, החלטת המשיב הינה בלתי סבירה בעליל וזועקת להתערבות בית המשפט הנכבד.

85. כפי שנכתב בערר העותרים סבורים כי חומר החקירה מחייב את המסקנה כי עביר נפגעה מהירי שביצע המשיב מס' 2 כאשר עמד הג'יפ באזור הכיכר, וניתוח משפטי של נסיבות ביצוע הירי מחייב המסקנה כי יש ראיות מספיקות להגשת כתב אישום נגד המשיבים 2-3 בגין עבירת הריגה או לחילופין גרימת מוות ברשלנות (כאשר המשיב מס' 2 אחראי כמבצע עיקרי והמשיב מס' 3 כמבצע בצוותא ו/או כמשדל, והכל מכוח אחריותו הפיקודית ובשל הוראות הפתיחה באש שנתן). ולכך נעבור עתה.

הגשת כתב אישום

86. 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".

87. הכלל והחריג נובעים ישירות מהאמור בסעיף 62 לחוק 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...".

88. 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 (פרשת יחב לעיל, עמ' 10-12).

89. וראו לעניין זה דברי הנשיא (דאז) ברק בבש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל (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".

ובהמשך, בעמ' 148-149 (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..."

90. ואמנם ראיות לכאורה לצורך עניין זה פירושו כי גם במקרה בו הראיות בתיק אינן ברורות כשמש ייתכן כי מתקיים סיכוי סביר להרשעה.

91. כבר נאמר כי העותרים סבורים מעל לכל ספק כי הירי אשר בסופו של דבר גרם למותה של עביר היה הירי שביצע המשיב מס' 2. ההצטברות של הודאתו כי ירה מהכיכר לכיוון בית הקברות (שהוא בזווית קטנה מאוד מכיוון המקום שבו עמדה עביר); המצאות כדור גומי במקום נפילתה ש עביר; וחוסר הייתכנות של פגיעת אבן בה – יוצרים לא פחות מסיכוי סביר להרשעה.

92. בנוסף, חומר הראיות קושר את המשיב מס' 3 לעבירת ההמתה וזאת מכוח **אחריותו הפיקודית לאירוע ולתוצאותיו**, וכן קושר אותו להפרת הוראות הפתיחה באש כמבצע עיקרי.

93. מן העדויות עולה כי המשיב מס' 3 הוא שנתן את האישור לירי אשר גרם למותה של עביר (הודעת המשיב מס' 2 מיום 21.1.07, עמ' 2, שורות 34-38, עמ' 4, שורות 51-50), ובמהלך האירוע אף ביצע בעצמו ירי בניגוד להוראות הפתיחה באש.

94. כמפקד הכוח היה על המשיב מס' 3 לנהוג בחומרה יתרה בהקפידו לא רק על התנהגותו ועל מעשיו הוא אלא אף על מעשי פקודיו, ובכך אף ליתן דוגמה אישית.

95. כפי שעולה מחומר החקירה במהלך האירוע בוצע ירי גומי בתוך שטח אזרחי צפוף, בקירבת שלושה בתי ספר, בשעת ההפסקה, ושלא בתנאי סכנת חיים ובניגוד להוראות הפתיחה באש שנהגו בגיזרה, ועל כן תוך אדישות מחפירה לחיי אדם.

96. את אחריותו הפיקודית לעיל של המשיב מס' 3 יש לתרגם לאחריות משפטית שתצא אל הפועל בדמות האשמה פלילית (ראו לעניין זה: תפ (י-ם) 0455/97 מדינת ישראל נ' אודרנקו מיכאל (פס"ד מיום 27.4.98); תפ (י-ם) 183/03 מדינת ישראל נ' סיסאי נוגה (פס"ד 10.5.05) שהרי לפחות חלק מן האחריות לחריגה מהוראות הפתיחה באש – אם לא רובה ככולה – מוטל על כתפיו של נותן הפקודה לביצוע הירי, הוא המשיב מס' 3.

97. במקרה שלפנינו, המבחן הראייתי עומד דווקא לחובת המשיבים ותומך בהגשת כתבי אישום באשמת הריגה; לחילופין, באשמת גרימת מוות ברשלנות ולחילופי חילופין, באשמת סיכון חיי אדם.

98. סגירת התיק ללא הגשת כתבי אישום נגד המשיבים 2 ו-3 מאפשרת לחשודים בגרימת מותה של ילדה בת עשר להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם

הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה למותם של אנשים תמימים שלא סיכנו אותם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראשית כתב עתירה זה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון בעל-פה – להופכו למוחלט.

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טירחת עורכי-דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

נטלי רוזן, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים

29.6.08