



19 במרץ 2017

לכבוד

ד"ר אביחי מנדלבליט

היועץ המשפטי לממשלה

במייל: Lishkat-Yoetz@justice.gov.il

שלום רב,

הנדון: ערר על ההחלטה לסגור את תיק מצ"ח 150/15 בעניין מותו של מוחמד סמי עלי כוסבא

1. אני פונה אליך בשם מר עלי כוסבא בערר על החלטת הפצ"ר לסגור את תיק החקירה שנפתח בעקבות הריגת בנו, מוחמד עלי כוסבא בן ה-17 בידי מח"ט בנימין דאז, אל"ם ישראל שומר.
2. הודעה על סגירת תיק החקירה פורסמה בכלי התקשורת ב-10.4.2016. לאחר סגירת התיק, ולבקשת משפחתו של ההרוג, פנינו ביום 10.5.2016 למצ"ח בבקשה לעיין בתיק החקירה כדי לשקול האם להגיש ערר.
3. הערר מוגש כשנה לאחר סגירת התיק. להלן השתלשלות העניינים שהביאה לעיכוב זה: האישור לצלם את תיק החקירה הגיע אלינו רק ביום 2.11.2016, כחצי שנה לאחר ששלחנו את הבקשה. ביום 6.11.2016 התאפשר לנו לצלם את תיק החקירה באופן חלקי. עדות אחת כולה, עמודים שלמים מעדויות שונות וחומרי חקירה נוספים נעדרו מהתיק. שוב פנינו למצ"ח ביום 7.11.2016 להשלמת החומרים החסרים. אישור לצלם את חומרי החקירה הנותרים נשלח אלינו ביום 19.2.2017. באותה העת המשרדים הקבועים של פיקוח החקירות היו סגורים לצורך שיפוצים וקו הטלפון שלהם לא היה בשימוש. על ההודעה שהתיק מוכן לצילום לא נכתב היכן וכיצד ניתן להשיג את חיילי היחידה. לאחר שבועיים עלה בידי הח"מ לתאם את המועד לצילום התיק.
4. משך הזמן והקשיים שהוערמו עד שניתן לח"מ לעיין בחומרי החקירה אינם סבירים. התנהלות זו של יחידת פיקוח חקירות במצ"ח פוגעת בזכותה של משפחתו של הקורבן להגיש ערר שיטופל ביעילות, ופוגעת אף בזכותו של המח"ט לדעת שההחלטה שהתקבלה בעניינו היא החלטתן הסופית של רשויות אכיפת החוק.

5. עיון בחומרי החקירה מגלה את חומרת האירוע. אל"מ שומר ירה בגבו של מוחמד עלי כוסבא לאחר שזה לא היווה יותר סכנה, תוך הפרת הוראות הפתיחה באש וכשברור כי ניתן היה למנוע את הפגיעה הקשה שהביאה למותו. סגירת תיק החקירה בעילה שלא בוצעה עבירה פלילית משדרת מסר מסוכן של זלזול בוטה בחיי אדם ושל הימנעות מאכיפת החוק. המסר בעייתי עוד יותר כאשר היורה הוא מפקד הגזרה, הוא האמון על הסדר הציבורי באזור והוא האיש אשר אליו נושאים כל החיילים והקצינים המוצבים במקום עיניהם.
6. ביום שישי בחודש הרמדאן, 3.7.2015, בשעות הבוקר נסע מח"ט בנימין לכיוון מחסום קלנדיה בגייפ לא ממוגן. איתו בגייפ היו ע' (נהג), ד' (קשר) ושי' (חפ"ק). מספר דקות אחרי שדווה להם על יידי אבנים לעבר רכבו של הסמח"ט שנסע באותו הכביש, עת עברו ליד תחנת דלק, הגיח לעבר רכבם מוחמד עלי כוסבא ויידה אבן גדולה בשמשת הגייפ. ע', הנהג, נשרט בידו משברי זכוכיות השמשה.
7. מיד לאחר יידי הסלע החל הנער לברוח והמח"ט וד' הקשר יצאו מהגייפ. שני החיילים האחרים נשארו באותה העת ברכב, אחד מהם יצא לקראת סוף האירוע. המח"ט רדף אחרי הנער וירה לעברו שלוש יריות מהירות. מוחמד עלי כוסבא נפל. המח"ט התקרב לכוסבא, ראה שהוא שוכב על הקרקע כשדם רב סביבו. הקצין והחיילים חזרו לגייפ ונסעו משם מיד, מבלי שהגישו כל סיוע לנער שנורה. מאוחר יותר התבשרו שכוסבא נהרג מן הירי.
8. חקירת מצ"ח החלה ביום האירוע לאחר התחקיר המבצע. ביום האירוע העידו בפני החוקרים כל נוסעי הרכב. בין השאר הם סיפרו, שכאשר התקרבו לצומת הם נאלצו להאט עד לעצירה מפני שמכונית שנסעה לפניהם האטה. כך, הסבירו העדים, חשבו שנקלעו ללינץ'.

עדויותיו של מח"ט בנימין

9. הקצין היורה מסר בחקירותיו שתי גירסאות, ומשתיהן עולה כי הקצין ירה בכוסבא ללא שזה סיכן אותו, ולכל הפחות ברשלנות.

א. **הגירסה הראשונה:** ביום האירוע מסר המח"ט את גרסתו לאירועים. הוא אמר שחש סכנת חיים נוכח העובדה שטמנו לגייפ בו נסע מארב. עוד הוסיף שכאשר יצא מן הרכב ראה שהמנוח החזיק משהו ביד, משהו לא גדול. על כן הוא ביצע, לדבריו, נוהל מעצר חשוד. הוא מסביר שהוראות הפתיחה באש מאפשרות לירות על מנת לפגוע "בנסיבות סכנה מיוחדות, כאשר נשקפת סכנת חיים ממשית ומיידידת". "אני מציין שראיתי אותו מחזיק ביד משהו, לא גדול מידי, אבל מחזיק משהו, ומבחינתי גם הוא וגם המארב כולו שנעשה לנו, מהווה סכנת חיים". הוא מספר שצעק משהו ואז ירה באויר, ואז "אני יורה לעבר הפלסטינאי שגם זרק את הבלוק, ואוחז משהו בידו, שני כדורים לכיוון הברכיים ומטה. חשוב לי לציין

שלמרות סכנת החיים, פעלתי בשיקול דעת לנסות למזער פגיעה". המח"ט סיפר שהמנוח עמד עם הפנים אליו, אולי בזווית. הוא חזר וטען שכיוון לברכיים. הפגיעה בפלג הגוף העליון נבעה אולי מהתכופות של המנוח. כאשר עימת החוקר את המח"ט עם העובדה שהקשר לא ראה חפץ בידו של המנוח, אמר המח"ט שהוא חושב ששדה הראיה של ד' היה מוגבל. המח"ט מסר שאינו יודע היכן נפגע כוסבא ומה היה מצבו.

ב. לגרסה זו שמסר המח"ט אין תימוכין בעדויות החיילים שהיו עמו :

ג. ד', קשר המח"ט שיצא גם הוא מהרכב, מסר את הדברים הבאים : "לאחר שפרקתי מן הרכב הגעתי מאחורי הרכב נכנסתי בין כוונות ואז שמעתי ירי של המח"ט... והמחט הגיע אל הפלסטיני שנורה על ידו, מזהה שהוא מת ומורה לנו על קיפול". הוא הוסיף והסביר שלא הספיק לבצע נוהל מעצר חשוד : "נכנסתי בין כוונות, צעקתי עצור, ולא הספקתי לפעול בהמשך לנהלים מכיוון שהמח"ט הקדים אותי, ירה 3 כדורים והבחור נפל". בהמשך לשאלת החוקר האם עדיין סיכן המנוח את חייהם לאחר זריקת האבן ענה ד' : "לאחר שזרק את האבן ופרקנו מן הרכב, אותו פלסטיני באופן אינדיבידואלי לא סיכן חיים – בעייני. הוא עצמו לא סיכן, הסביבה עצמה, שהיתה הומה בכ-300 פלסטינים סיכנה את חיינו." בתשובה לשאלה האם הירי היה הכרחי ענה ד' שהירי היה הכרחי כדי לפזר את ההמון, אבל יכלו להסתפק בירי באוויר : "הירי כעצמו – כן, השאלה היא לאיפה. אם אפשר לירות 3 כדורים באוויר וזה מה שישחרר אותם". עוד סיפר, שלא שמע את המח"ט צועק נוהל מעצר חשוד, אף שהיה במרחק של מטרים ספורים ממנו, אולי לא שמע בגלל הרעש. הוא סיפר שכוונת הנשק שלו היתה על קרסולו של המנוח וראה אותו רץ לאט, להערכתו בשל כובד משקלו, כשגבו אליהם. ד' לא ראה שמוחמד כוסבא התכופף בזמן שרץ. לבסוף סיפר שמיהרו להסתלק מהאזור האירוע לאחר הירי מבלי שהזמינו סיוע רפואי כלשהו.

ד. חשוב לציין שבעדותו מסר ד' שהחיילים לא עברו תדריך טרם יצאו באותו יום, ושכלל הם לא עוברים תדרכים. גם לגבי ריענון הוראות הפתיחה באש באיו"ש מסר ד' : "מכיר לפי מה שלמדתי בהכשרה לפני שנתיים בערך ומאז לא יצא לי לעבור עליהם או תדרוך".

ה. בחקירתו השנייה מיום 6.7.2015 אמר ד' שראה את ידיו של המנוח ושהוא לא החזיק בידיו דבר. "זיהיתי בבירור את הידיים שלו, הוא רץ בקו ישר ממני עם ידיים מאוגרפות. לא ראיתי שום דבר או חפץ בידיים שלו".

ו. גירסתו של המח"ט לא מתיישבת גם עם הסרטון, בו לא נראית עצירה של כלי הרכב שלפניהם וניכר כי לו רצו, יכלו להמשיך בנסיעה.

ז. **הגירסה השנייה**: בחקירתו השנייה של המח"ט מיום 2.9.2015, לאחר שצפה בתיעוד של מצלמות האבטחה, השתנה סיפורו. הוא סיפר שהמנוח ברח והיה עם

הגב אליו בעת הירי, ולא עמד עם הפנים אליו כפי שמסר בגרסתו הראשונה. עוד סיפר המח"ט שהוא לא באמת כיוון לברכיים, כי לא נכנס בין כוונות, אלא "יריתי בסוג של יישור מקורב, לא בין כוונות". הוא עומד על כך שהירי הלא מדויק, שגרם להריגתו של כוסבא, היה "שגיאה מקצועית" ולא רשלנות, והסביר רשלנות לשיטתו היא "מקרה בו הירי פוגע באדם חף מפשע, ביודעין שהוא חף מפשע. רשלנות זאת סיטואציה שבה עשית משהו שאתה יודע שאסור לך ואתה עושה בניגוד לפקודות". בגרסה זו מסר המח"ט שידע שכוסבא נפגע בראשו, וחשב שנהרג.

ח. טווח הזמן בין שלוש היריות שירה המח"ט על פי הסרטון ועפ"י עדויות החיילים שהיו באירוע היה קצר מאוד. שניות בודדות. כך, למשל, לפי זיכרון דברים שנרשם אודות מהלך חקירתו של ע', שאמר שלא יכול להיות שהמח"ט ביצע נוהל מעצר חשוד ב-16 שניות. כך גם לפי ד' בעדותו השנייה.

ט. ביום 12.10.2015 העיד רס"ן ג', המשמש כרמ"ד קליעה, הוא "הסמכות המקצועית בתחום הקליעה בכלל בצה"ל". כשנשאל האם ירי בתנועה שלא בין כוונות הוא ירי תקין ענה: "אני לא יכול להגיד שכן. אתה לא יכול לחזות את הפגיעה שלך בלי כוונות בטח תוך כדי תנועה..." כשנשאל לגבי ירי תוך כדי ריצה שלא בין כוונות בתנאים הללו השיב: "באופן היפותטי זאת רשלנות, עפ"י המתואר זוהי רשלנות". כשהתבקש להבהיר מדוע זו רשלנות מסר: "ירי שלא בין כוונות ותוך כדי תנועה לא ניתן לצפות איפה יפגע הכדור, גם אם מכוונים את הנשק לכיוון מסויים אי אפשר לדעת בטווח של 10-20 מטרים איפה יפגע הכדור ולאיזה כיוון יפנה במיוחד כשאתה תוך כדי ריצה. זאת רשלנות כי מדובר בנשק, נשק הורג. ירי באופן הזה הוא לא ניתן לחיזוי".

10. בתי המשפט עמדו לאורך השנים על החובה להקפיד הקפדה יתרה על הוראות הפתיחה באש, אשר נכתבו, כך נאמר לא אחת, בדם רב.

"אנשי כוחות הביטחון אינם פועלים בחלל ריק בעת פעילות מבצעית. הם אינם נדרשים לקבוע – איש איש כפי הבנתו ועל פי הישר בעיניו – את נהלי הפתיחה באש הסבירים בעיניהם. במסגרת הפקודות החלות עליהם נקבעו ב"הוראות הפתיחה באש" מסגרות מחייבות, תבניות פעולה, המסדירות את פעילותם המבצעית. הוראות אלו מהוות נקודת מוצא ראויה בעת בחינת סבירות פעולתם (ראו, למשל, ע"פ 486/88 סמ"ר אנקונינה נ' התצ"ר, פ"ד מד(2) 353, 378-376; ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל פ"ד נו(4) 304, 314-313)".¹

1 64/04 צבי קורצקי נ' התובע הצבאי (2004) פסקה 23 להכרעת הדין

"חשיבות ההקפדה על הוראות הפתיחה באש 'על תגיהן ודיקדוקיהן' נקבעה על-ידי בית דין זה לא אחת בעבר (ראה בעניין זה ע/136/92). הוראות אלה גובשו לאחר שנים של ניסיון מצטבר באירועים שונים, שגבו מחיר דמים. הן מהוות, לא אחת, פשרה בין הצורך להתמודד ביעילות נגד פורעים ומחבלים לבין הרצון למנוע קיפוח מיותר של חיי אדם. בנסיבות שהפגיעה בזולת אינה מתחייבת במפגיע"²

11. **היסוד הנפשי**: בעבירת ההריגה נדרש יסוד נפשי של מודעות בפועל או עצימת עיניים. חזקה על מח"ט בנימין שידע שירי לא מדויק תוך תנועה עלול להרוג, הוא אמור, מתוקף תפקידו ללמד זאת את פקודיו. בעבירת גרם מוות ברשלנות נדרש יסוד נפשי של מודעות בכוח. כל קצין בכיר בתפקיד קרבי אמור היה להכיר את ההנחיות, כפי שתיאר אותן רמ"ד הקליעה בעדותו.

12. לסיכום, אל"מ שומר הודה בחקירתו כי חרג מנהלי הפתיחה באש עת ירה לעבר גבו של קטין שנמלט ממנו תוך כדי ריצה ומבלי לכוון, לאחר שהמנוח לא סיכן אותו יותר. לאחר הירי לא טרח המח"ט להזעיק עזרה לבן ה-17 ששכב מדמם ופצוע קשה. הפערים בין עדותו של המח"ט לבין עדות החיילים שנסעו עימו, והעובדה שאף לא אחד משלושת החיילים שנכחו באירוע ראה או שמע שביצע נוהל מעצר חשוד, מטילים צל כבד על אמינות גרסאותיו המשתנות של המח"ט.

13. המח"ט הגדיר את התנהלותו כ"טעות מקצועית". ה"טעות" הזו עלתה למוחמד עלי כוסבא בחייו. לפי תפיסתו המעוותת של המח"ט, לפיה רשלנות היא רק ירי בחף מפשע כשאתה יודע שהוא חף מפשע, הרי שגם תיק החקירה נגד אלמור אזריה היה אמור להיסגר באותה העילה. בהתחשב בדרגתו הגבוהה ובתפקידו הרם של אל"מ שומר, ניסיונו והעובדה שעליו לשמש דוגמא לחייליו, סגירת תיק של מקרה בו נעברה באופן כה מובהק עבירה, שהביאה למותו של אדם, משדרת מסר חמור של זלזול בחיי אדם.

14. על כן אנו מבקשים כי תורה לתביעה הצבאית להעמיד את אל"מ שומר לדין באשמת הריגה, או לכל הפחות באשמת גרם מוות ברשלנות.

בכבוד רב,

רוני פלי, עו"ד

העתק: הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל שרון אפק בפקס: 03-5694526

2 ע 274/96 התובע הצבאי הראשי נ' סגן יוסף שרף, פדאור (5) 97, עמוד 5