

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

**בג"ץ 7122/09**

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

כבוד השופט נ' הנדל

כבוד השופט א' שהם

העותר: חוסאם זחאיקה

נ ג ד

המשיבים:

1. התובע הצבאי הראשי

2. בית המשפט הצבאי לערעורים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ג בשבט התשע"ג (24.01.13)

מזכירת הרכב: בת-אל אברגל

בשם העותר: עו"ד פידא קעואר; עו"ד מיכאל ספרד

בשם המשיב: עו"ד רועי שויקה

בשם המתורגמן: מר אברהים מוסטפא

**פרוטוקול**

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14

עו"ד ספרד:

כבודכם, אקצר, כתבנו אמנם מזמן, היתה פה תקלה שהתיק לא הגיע לכאן עד היום, ובכל זאת הגענו ליום הזה, ולכן היינו מאוד עדינים.

כבוד השופט ח' מלצר:

יש כללים מתי כן ואני גם אגיד משהו ואני רוצה שאדוני יתמקד בזה, או שזה יידחה על הסף או שזה נכנס לחריגים, והחלטנו לשמוע את זה ואדוני יתמקד בנושא החריגים. אני אומר לכם מה היה גדר ההתלבטות הפנימית שהיתה.

עו"ד ספרד:

אני מודע לזה ואני אטען בצניעות ולא אחזור על כל הדברים שכתבנו. הטענה המרכזית, לגבי מסכת האישומים השנייה אישומים 4-12 יש סכנה ממשית שהאיש שהורשע והנאשם אינו האיש

שֶׁעָלָיו דִּיבְרוּ. אֲנִי חוֹשֵׁב שֶׁאִם אֲנִי אֲשַׁכְנַע אֶת כְּבוֹדְכֶם שִׁישׁ קוֹשֵׁי כֹּהֵ, אֲזִי אֲנִי נִכְנָסִים לְנוֹשֵׂא  
חֲרִיג בְּבִיהֶמ"שׁ הַגְּבוּהָ לְצַדֵּק כֹּאשֶׁר יֵשׁ לוֹ שִׁיקוֹל דַּעַת. גַּם אִם אֲגִרוֹם לְהִרְמֵת גְּבוּהָ, כְּבוֹדְכֶם לֹא  
חַיִּיבִים לְהִתְעַרֵּב, אֲבָל כֹּאשֶׁר יֵשׁ עֵיווֹת דִּין אֲנִי נִכְנָסִים לְפִרוּזְדוֹר שֶׁל הִתְחַיִּיבוּת. הַשִּׁילּוּב שֶׁאֲוֹתוֹ  
אֲטַעֵן הוּא שִׁילּוּב בֵּין חוֹסֵר הַדְּאֻת שֶׁל שְׁלוֹשֶׁת הָעֵדִים הַמְּפִלִּילִים הַתְּכוּוֹנוֹ לְאִישׁ שִׁוּשֵׁב מוֹלֶכֶם  
יַחַד עִם כָּשְׁלִי הַחֲקִירָה, אֲנִי חַיִּיב לֹמַר נִדְרִים שֶׁהוֹבִילוּ לַכֶּךְ שֶׁאֲנִי הַיּוֹם מִנְסִים לְתִלּוֹת  
פֶּרֶמְטֵרִים בָּאֵם זֶה הָאִישׁ הַזֶּה.

שְׁלוֹשֶׁת הָעֵדִים הָאֵלֶּה בָּאוּ לְבִיהֶמ"שׁ הַצְּבָאִי וְאִינְנוּ טוֹעֲנִים נֶגֶד הַהִרְשָׁעוֹת נֶגֶד הָעוֹתֵר בַּחֲטִיבָה  
הָרִאשׁוֹנָה.

כְּבוֹד הַשּׁוֹפֵט ח' מִלְצָר:

אֲנִי מְדַבֵּר עַל הַחֲטִיבָה הַשְּׁנִיָּה, בַּהֲתַחֲלָה אֲדוֹנִי מְדַבֵּר עַל טְעוֹת בִּזְיָהוּי, בְּנוֹשֵׂא טְעוֹת בִּזְיָהוּי בְּזִמָּן  
הַחֲקִירוֹת שֶׁהֵם תִּיאָרוּ מִשֶּׁהוּ אַחֵר מִמָּה שֶׁהֵם טַעְנוּ בַּעֲדוּיוֹת.

עו"ד סִפְרָד:

גִּדְר הַסּוּגִיָּה, שְׁלוֹשֶׁת אֲנָשִׁים נּוֹקְטִים בְּשֵׁם אָדָם וְאוֹמְרִים שֶׁהוּא הָאִישׁ וּבְבִיהֶמ"שׁ הֵם אֲמָרוּ שֶׁזֶּה  
לֹא הָאִישׁ הַזֶּה. לֹא נֶעֱרַךְ מִסְדֵּר תְּמוֹנוֹת לְמַעַט זָכ"ד אֶחָד. יֵשׁ חֲקִירָה שֶׁל שְׁב"כ וְלֵאחֵר מִכֵּן גְּבִיִּית  
עֲדוֹת שֶׁל שׁוֹטֵר. יֵשׁ זָכ"ד אֶחָד שֶׁמִּתְעַד שֶׁבַע שָׁעוֹת חֲקִירָה שֶׁאֶחָד מֵהֶם מֵתָאֵר אֶת הָאִישׁ הַזֶּה. אֵין  
מַחְלֻקֶּת שֶׁהוּא מְכִיר אֶת הָאִישׁ הַזֶּה. תְּעוּדַת הַזֵּהוּת שֶׁמַּחְזִיק הַנֶּאֱשָׁם אֵין אֶת הַשֵּׁם שֶׁהֵן, וְלִכֵּן  
בְּאוֹתוֹ קִטַּע שֶׁהוּא מִסְפָּר עָלָיו, כְּמִי שֶׁהוּא פָּגַשׁ אוֹתוֹ בְּמוֹעֶדוֹן הָאֲסִיר, אוֹתוֹ קִטַּע לֹא חוֹזֵר אַחֲ"כ  
בַּחֲקִירָה. אֵין סִפֵּק שֶׁמְדוֹבֵר בְּשָׁנֵי אֲנָשִׁים שֶׁהִתְחַבְּרוּ בְּאוֹתוֹ זָכ"ד לְאִישׁ אֶחָד, אֲנִי לֹא יֹכֹלִים  
לְדַעַת אֶת זֶה הַיּוֹם.

מְדוֹבֵר בְּטְעוֹת בִּזְיָהוּי וְאִזְּ אֲנִי נִכְנָסִים לְבִיהֶמ"שׁ הַגְּבוּהָ לְצַדֵּק.

אֲנִי טַעְנוּ וְלֹא קִיבַלְנוּ מַעֲנָה. בִּיהֶמ"שׁ בַּעֲרָכָה הָרִאשׁוֹנָה מַעַט מְאֹד הִגְדִּישׁ אֶת הַסּוּגִיָּה-הַזֶּה. הוּא  
מַחֲפֵשׁ פֶּרֶמְטֵרִים וְהוּא אוֹמֵר שִׁישׁ שֵׁם חוֹסֵאֵם שֶׁהֵן, יֵשׁ רְמַאלְלָה, יֵשׁ מְבוֹקֶשׁ, פֶּת"ח, וְזֶה לֹא  
בְּרוּר. אִזְּ מָה אִם יֵשׁ שְׁנֵי שְׁמֵים שֶׁהֵן בְּאֶזְזוֹר רְמַאלְלָה? אֲנִי סָבוֹר שֶׁכֹּאשֶׁר בִּיהֶמ"שׁ מִנְסָה  
לְהַשְׁלִים תִּיעוּד חֲקִירָה, וְכֹאשֶׁר בְּסוּפּוֹ שֶׁל דְּבַר, כְּבוֹד אֲבִי בֵּית הַדִּין הַשּׁוֹפֵט מִלְצָר שָׁאֵל עַל  
הַתִּיאוֹרִים בְּשִׁלְבַּת חֲקִירָה, רַק אֶחָד מֵהַשְׁתַּתְּפִּים נִשְׁאָל וְלִכֵּן אֵין סִיוֵּעַ לְדַבֵּר הַזֶּה.

כֹּאשֶׁר לּוֹקָחִים אֶת כָּל הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה בִּיחָד וּמִתְרַגְּמִים אֶת זֶה לְשִׁפָּה בְּמִגְזֵר הַיְּהוּדִי, הֵיוּ בָאִים  
וְאוֹמְרִים שִׁישׁ אֶחָד בְּשֵׁם אֵלִי מִזְרָחִי שִׁישׁ לוֹ סוֹבָאָרוֹ לְבִנָּה, אִזְּ מָה נִתְחִיל לַעֲשׂוֹת? לְלַכֵּת לְלִשְׁכָּה  
הַמְּרְכִזִּית לְסִטְטִיסְטִיקָה? כֹּאשֶׁר הָאֲשֵׁמָה רוֹבֶצֶת לְפִתְחָהּ שֶׁל הַפְּרַקְלִיטוֹת. הוֹצַג בְּפָנָיו קֶשֶׁת  
רֵאוּיוֹת וְלֹמַר לוֹ שִׁיגִיב, אֲבָל לֹא נָתַן לוֹ אֶת הָאֲפִשְׁרוֹת הַזֶּה. אִזְּ הוּא גַּם לֹא הוֹזָהָר.

כְּבוֹד הַשּׁוֹפֵט ח' מִלְצָר:

נִיחַ שֶׁאֲנִי נִקְבַּל אֶת הַפּוֹ פּוֹזִיצִיָּה שֶׁל אֲדוֹנִי, מָה אִזְּ? הַצַּגְתֶּם שְׁבַחֲטִיבָה הָרִאשׁוֹנָה אֵין לָכֶם טְעֻנוֹת  
וּבַחֲטִיבָה הַשְּׁנִיָּה יֵשׁ לָכֶם טְעֻנוֹת.

עו"ד סִפְרָד:

1 אני חושב שיוצא צו על תנאי. אם הם לא יסכימו אז נצטרך לקבל תצהיר תשובה.

2  
3 כבוד השופט ח' מלצר:

4 מה הסעד המבוקש?

5  
6 עו"ד ספרד:

7 לבטל את ההרשעה אותם אחד עשרה כתבי אישום.

8  
9 כבוד השופט ח' מלצר:

10 עוד נקודה אחת, אתם טענת שבניסיון יש בעיה משפטית, אדוני אולי יטען בעניין?

11  
12 עו"ד ספרד:

13 מפנה לפסק דינו של ביהמ"ש לערעורים – מצטט. מה זה מצב ראייתי טוב יותר?

14 האמירה המצב הראייתי היה טוב יותר, לא ייתכן בהרשעה מצב ראייתי טוב יותר.

15 לגבי הנושא השני שאנו סבורים שנפלה בו שגגה משמעותית. מה האשמה? מה עבירה הנכונה?

16 הסיפור שנוצרה חוליה וניתן לה נשק והיו שני מקרי ירי, ובשני המקרים לשמחתי הדבר הזה לא

17 גרם לפצועים ולא להרוגים.

18 באים העדים ומספרים שהמטרה היתה לעשות רעש, רעש שידעו שהיה אירוע ירי. הם אמרו

19 שהיה ירי לא יעיל, במרחק שלא נפגעה הניידת, הם ירו באוויר על מנת שידעו שיש קבוצה

20 חמושה שפועלת.

21 כאשר זו מסכת הראיות בפנינו, לא ניתן להרשיע בעבירה שהיסוד הנפשי שנדרש לה חפץ

22 בתוצאה גרימת מוות בכוונה.

23 השלב השני זה ניסיון וכדי להרשיע את האיש הזה בגרימת מוות.

24  
25 כבוד השופט ח' מלצר:

26 במה הורשעו חברי החוליה?

27  
28 עו"ד ספרד:

29 שם היה הסדר.

30  
31 כבוד השופט ח' מלצר:

32 שוב נדבר משפטית, יש מי שהורשע בעבירת ניסיון לירות כדי לגרום למוות, אז אדוני אומר

33 שבסיטואציה כזו צריך שתי כוונות. אז הכוונה הראשונה ירדה מהפרק.

34  
35 עו"ד ספרד:

36 אני אומר שההרשעה שלהם אינה ראייה. קודם כל מדובר במה שלא הוגש בתיק שלנו. אגב, חלק

37 מהם מכחישים, שעשו הסדר ושהם לא אשמים.

מבחינת הראיות נגד הנאשם הזה, אי אפשר לשאוב אותם מהתיק האחר.

כבוד השופט א' שהם :

אפשר מהודאה מהפרוטוקול.

עו"ד ספר"ד :

התובע בתיק הזה לא הגיש את ההרשעה שלהם. גם אם היו מגישים, אני חושב שבתיק הזה יש אדם מסוים ומביאים ראיות, אחד הערבים נתן תיאור, זה לא עדות שלו בביהמ"ש האחר, שזו עדות לפי סעיף 10 א. אבל כאשר מדובר בהרשעה במסגרת הסדר טעון

כבוד השופט א' שהם :

אם זה הסדר טעון, אז הוא מודה בזה.

כבוד השופט נ' הנדל :

הטעון היותר חזק, באם הוגש הדבר הזה?

עו"ד ספר"ד :

הם כן אישרו, אבל אני סבור שלא ניתן לגזור מהדבר הזה.

כבוד השופט א' שהם :

לא שאלו אותם באם הם עשו את זה או שלא?

עו"ד ספר"ד :

השאלה הראשונה שנשאל העד המרכזי ראייב – מצטט. ז"א זה רמת הפירוט.

כבוד השופט א' שהם :

אתם אומר שהם טענו שלא עשו את זה. אז מה הקונסטרוקציה המשפטית?

הם מודים במשפטם שהם ביצעו ירי על מנת לגרום למוות, אז באים למשפטו של השותף ואומרים שמאשרים שהם הורשעו בהסדר, הם הודו בדברים האלה. אם הם חוזרים מזה אז זה 10 א ואם הם לא חוזרים מזה, אז מה הבעיה?

עו"ד ספר"ד :

הם מסבירים מה היתה מטרת הירי.

כבוד השופט א' שהם :

זה בניגוד להודאה שלהם.

עו"ד ספרד :

אני רק אומר שהנטל הוא לא עלינו, וכאשר יש מצב כזה והמצב הזה לא הוסר.  
גם בהערכה שהם מאשרים את ההודאה, כמו שאמרתי נדרשת שלהם יש כוונה ולפי הניסיון לא  
נדרשת כוונה. יש קשר בין הנאשם לבין אותה חוליה שהקשר הוא רופף לחלוטין.

כבוד השופט ח' מלצר :

כל הטענה הזו, זה מה שהטריד אותי, אם אתה נותן לאנשים נשק ואתה אומר להם לבצע פיגוע,  
האם לומר להם פיגוע כדי להרוג? כי הוא נותן להם נשק. זה מה שעולה מהגרסה שלכם.

עו"ד ספרד :

היות והוא הורשע בביצוע בצוותא, ואנו סבורים שזה באמת לא הוכח שזה האיש.

כבוד השופט ח' מלצר :

זו הנקודה, ולכן העליתי אותה.

עו"ד ספרד :

כאשר מדובר בביצוע בצוותא בהרשעה של אדם שלא היה נוכח בביצוע, דרגת השליטה שלו  
באירוע צריכה להיות גבוה ודרגת הדיוק צריכה להיות במינימום מסוים. ואנו לא יודעים שום  
דבר והם באים ואומרים שהם רצו להפגין נוכחות. אז מדובר פה על קשירת קשר, אולי על ביצוע  
בצוותא של סיכון חיי אדם, אבל לגזור כוונה של גרימת מוות בכוונה?

עו"ד שויקה :

חברי מכיר את ההלכות הידועות מתי מותר לביהמ"ש הגבוה לצדק להתערב.  
הכרעת הדין מפרטת עשרות באם אני לא טועה זכ"דים ואמרות. וחברי צירף לעתירה את  
העדויות.

כבוד השופט ח' מלצר :

ככל אין בג"ץ, אבל יש חריגים וחברך מנסה להיכנס לחריגים. אנו נחבר את שני הטעונים לטענה  
ששבית הדין היו מחדלים.

עו"ד שויקה :

הבסיס של כל העתירה זה למעשה העדויות שלהם בביהמ"ש. כל פסק הדין מתבסס על זה  
שהגרסאות האלה פנטסטיות.

כבוד השופט ח' מלצר :

אדוני, יכול להיות שמדובר בגרסאות פנטסטיות, אבל איך שאומרים שהיו מחדלי חקירה, והיו  
מחדלי חקירה. אם למשל היו עושים מסדר זיהוי, אז לא היו כאן, אבל לא עשו מסדר זיהוי.

עו"ד שויקה :

הסיבה שאני שם דגש על מורכבות ההליך, זו הסיבה של התערבות בג"ץ כאשר יושבים שופטים במשך תקופה ארוכה, וחברי מצרף את הגרסה שביהמ"ש אמר שיש גרסאות פנטסטיות. אני אומר בזהירות שחקירה זה דבר מורכב, לפי קביעה של ביהמ"ש בהליך פלילי התנהג כמבוקש משנת 2004. החקירות משנת 2001, 2002. חברי פתאום עבר לעניין השני של הכוונה של היסוד הנפשי והוא עבר לעניין האחרים, מפנה בעניין האחרים – מצטט. חברי מכיר את התיק הפלילי שהתנהל במשך כשלוש שנים, הוגשו עשרות דברים, נשמעו לפחות שבעה עדים והצפייה בדיון לפני שלושה שופטי ביהמ"ש העליון שיתחם את זה.

חברי אומר שישבו שלושה עדים בביהמ"ש ואמרו שלא מכירים, וישבו שלושה שופטים שהתרשמו מהעדים. יכולים שלושה שופטים בהליך פלילי להתרשם, ולא תמיד ניתן לפרט הכל, אבל שלושה שופטים התרשמו. חברי הפנה בעתירה לעדות של עד מסוים בביהמ"ש ותיאר אדם שונה לגמרי, חברי רמז שבעמוד 17 לפסק הדין בהכרעת הדין ציטוט מזכ"ד מסוים – מצטט. המבוא מדוע לא עשו מסדר זיהוי ולא עשו דברים נוספים?

כבוד השופט א' שהם :

אולי לא מסדר זיהוי חי, אבל מסדר תמונות?

עו"ד שויקה :

אפילו הערה כזו שרק עם עד אחד יש היכרות מוקדמת. אחזור לטענה וזה כתב ביהמ"ש שבגלל היכרות מוקדמת, וזו ההתייחסות למחדלי החקירה. מפנה לפסקי דין בהליך הפלילי.

כבוד השופט א' שהם :

זה שיש היכרות מוקדמת, באמת לא צריך לעשות מסדר זיהוי.

עו"ד שויקה :

היתה טענה של היכרות מוקדמת ובעקבות זה לא עשו מסדר זיהוי. הביאו אותם בצווי הבאה והם מסרו גרסאות פנטסטיות. במגבלות הליך פלילי ביהמ"ש נדרש למחדלי חקירה, ביהמ"ש ביקר את זה בחריפות. אני מבין את הלך הטעון של חברי, אבל אין פה פגיעה בכללי הצדק. חברי חלק על כך שביהמ"ש הצבאי לא קיבל את העובדות. גם אם היו מגיעים לפה בהליך של ערעור פלילי והיו תוקפים את זה.

כבוד השופט ח' מלצר :

מגיעים לנושא השלישי, יש מחדלי חקירה של בית הדין הצבאי לערעורים מבקר אותם בחריפות ואחרי זה הו מגיע לגזור את העונש. הוא כאילו בגזר הדין שכח על הביקורת.

עו"ד שויקה :

ביהמ"ש בגזר הדין התייחס לשתי פרשיות נפרדות. הוא התייחס לשותפים, והתייחס לרמת הענישה וקבע על פיהן. זו אחת המלאכות הקשות בשבתו של שופט על כס המשפט. ביהמ"ש הסתכל על 11 האישומים שהוגשו-נגדו על פרשייה מורכבת וארוכה. הוא נתן את דעתו גם בביהמ"ש הצבאי וכן ביהמ"ש לערעורים.

להוכחת היסוד הנפשי – מפנה לשני הדברים העיקריים, להיבט של השותפים. הערעור ניתן במאי 2007 ופסק הדין של אחד השותפים ניתן בשנת 2006 ולכן אני לא ידוע מה אפשר היה להגיש.

נקודה שנייה, יסוד נפשי כאשר צריכים להוכיח כוונה במקרה הזה. אני סבור שהעתירה הזו עם כל הכבוד לטעון של חברי, אני לא מוצא שהוכחו פה חריגה מכללי הצדק. זה ערעור עובדתי באופיו. ההחלטה שהיא החלטה שחרצה את גורל המשפט לבקר את הזכ"דים, זה לא בעתירה. העותרים הבינו שלא ניתן לתקוף בביהמ"ש הזה את העובדות כבג"ץ.

כבוד השופט ח' מלצר :

עו"ד שויקה, אמר כאן עו"ד ספרד שאם הוא צפה באם יהיה צו על תנאי תבואו בהידברות. השאלה שאני שואל, אולי לפעמים ניתן לחסוך משהו והוא שתדברו ביניהם, להחזיר את זה לבית הדין לערעורים להפחתה בעונש, רצפה ותקרה. להפחתה מסוימת בעונש שתסכימו, פסק הדין יישאר בעינו ורק התקופות תצומצמנה לרצפה ותקרה. אני גם אומר לאור הביקורת שבית הדין ביקר על מחדלי החקירה. מה שהם עשו שהם חברו את זה עם הזיהוי.

אדוני ידמיין לעצמו שעכשיו אחרי חמש שנים פתאום נמצא האדם האחר שהם טוענים לו? הם אומרים שהאדם האחר לא נמצא, אבל ספק באם יש.

עו"ד שויקה :

אני אתייעץ ואני אבקש לענות בכתב. באם יורשה לי שבהחלטה יכתב באופן יותר כללי.

כבוד השופט נ' הנדל :

עולה מפסק הדין שיש בעיה בחקירה, כיצד שהם ניהלו את החקירות ועולה. לכן אני אומר שההסכמה במקרה הזה, יש בזה היגיון מבחינתם.

כבוד השופט ח' מלצר :

גם גזר הדין יישאר בעינו.

1 עו"ד ספרד : חברי חזר על כך שלא תקפנו שבית המשפטי הצבאי העדיפו את האמירות בחקירה.  
 2 ההסתמכות על גרסאות החקירה לא מסייעת לגבי פתרון הזיהוי. בכל זאת אנו עוסקים באם יש  
 3 משהו במשפט שהוא על גבול של ספק סביר, ומתכוון הכי בעייתי לעיוות דין, זה זיהוי. תמיד.

4

5 כבוד השופט א' שהם :

6 ההצעה , אולי אפשר לשכלל אותה, עו"ד שדיקה.

7

8 כבוד השופט ח' מלצר :

9 חברי השופט שוהם עשה עוד שכלול להצעה שלי, שתהיה התערבות , שתהיה קצת יותר הקלה.

10

11 ניתנה החלטה

12

13 קלדנית : ענת

14

15

16

17

18

19

20

21