

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3003/18

בג"ץ 3250/18

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים בבג"ץ 3003/18 :

1. יש דין – מתנדבים לזכויות האדם
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
4. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 3250/18 :

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם בעזה

נגד

המשיבים:

1. ראש המטה הכללי של צה"ל
2. הפרקליט הצבאי הראשי

המבקש להצטרף כידיד בית המשפט בבג"ץ 3003/18 :

ארגון "אלמגור" – ארגון נפגעי הטרור

עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה:

ט"ו באייר התשע"ח (30.4.2018)

בשם העותרים בבג"ץ

: 3003/18

עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד דן יקיר ;
עו"ד רוני פלי

בשם העותרים בבג"ץ

: 3250/18

עו"ד סוהאד בשארה ; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיבים:

עו"ד אבי מיליקובסקי

בשם המבקש להצטרף:

עו"ד שמואל פז ; עו"ד מוריס הירש

פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. עניינן של העתירות שלפנינו הוא בהוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני בין רצועת עזה לישראל, הרלבנטיות לאירועים האלימים המתרחשים בתקופה האחרונה במרחב האמור.

2. במסגרת העתירות התבקשו צווים-על-תנאי, כמפורט להלן:

במסגרת בג"ץ 3003/18 (להלן גם: עתירת יש דין):

א. מדוע לא תבוטל כל הוראה המתירה לחיילים לירות ירי חי על מפגינים תושבי רצועת עזה בגבול ישראל עם רצועת עזה אם אינם מסכנים באופן ממשי חיי אדם;

ב. מדוע לא ידאגו המשיבים לאלתר למנגנון אפקטיבי להטמעת האיסור על הפעלת כוח קטלני כלפי אזרחים לא חמושים תושבי רצועת עזה בגבול ישראל עם רצועת עזה שאינם מסכנים באופן ממשי ומיידי חיי אדם, לדרגי השטח."

במסגרת בג"ץ 3250/18 (להלן גם: עתירת עדאלה):

א. מדוע לא ייקבע כי מדיניות הפתיחה באש כלפי מפגינים בעזה שהחלה ביום 30.03.2018 הינה בלתי חוקית;

ב. מדוע לא יורו המשיבים באופן ברור ומיידי על איסור השימוש בצלפים או באש חיה כאמצעי לפיזור הפגנות אזרחיות ו/או לפיזור המון בעזה בהיותם אמצעים קטלניים ביותר ומנוגדים להוראות המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי."

3. במסגרת שתי העתירות הוגשו גם בקשות לקיום דיון דחוף, ובגדר עתירת עדאלה אף נתבקש צו ביניים: "האוסר על המשיבים להשתמש באש חיה, כולל על-ידי צלפים, נגד המפגינים בעזה, וזאת עד למתן החלטה סופית בעתירה".

4. בתאריך 23.04.2018, קבעה חברתנו, השופטת ע' ברון כי: "הבקשה לצו ביניים תידון על-ידי ההרכב שידון בעתירה", ובתאריך 30.04.2018 אכן קיימנו דיון דחוף

בשתי העתירות, לאחר שקיבלנו תגובה מקדמית מאת המשיבים (להתפתחויות נוספות אחרי הדיון – ראו בפיסקאות 28-35 שלהלן).

עתה אביא את הנתונים הנדרשים להכרעה בעתירות.

רקע

5. בשבועות האחרונים מתרחשים במרחב המכשול הביטחוני שבין רצועת עזה לבין ישראל אירועים המוניים ואלים בהשתתפות עשרות אלפי פלסטינים. מארגני האירועים מכנים אותם: "צעדת השיבה הגדולה", וקוראים בגדרם לחזרה המונית של "הפליטים הפלסטינים" "לבתי אבותיהם" בשטח מדינת ישראל. האירועים, אשר רובם התרחשו בהכוונת ארגון הטרור חמאס, כללו, בין היתר: התנגשויות מאורגנות, מכוונות ומשמעותיות עם כוחות הביטחון של ישראל, כמו גם ניסיונות לפגוע בתשתיות ביטחוניות, ומתוכם ובחסותם בוצעו אף פיגועים. עם זאת, אין מחלוקת ממשית כי באירועים השתתפו ומשתתפים גם אזרחים פלסטינים מפגינים, שאינם מעורבים בפעילות טרור.

לטענת המשיבים האירועים הנ"ל נעשים בהובלת ארגון החמאס ומתאפיינים בהפעלת טקטיקה חדשה של המאבק נגד ישראל בכסות של: "אירועי אזכור לאומיים" ו"מחאות עממיות". אלה כוללים הפגנות עממיות, זאת במקביל לניהולו של מסע הסברתי (הכולל לפרקים דיסאינפורמציה רבה) באשר לאופי האירועים האלימים המתרחשים במרחב המכשול הביטחוני, במיוחד עם דגשים ביחס להוראות הפתיחה באש של צה"ל ובהקשר לאמצעים שבהם צה"ל עושה שימוש בהתמודדותו עם האירועים.

6. בתאריך 30.03.2018, המועד שבו הפלסטינים מציינים את "יום האדמה", החלו האירועים האלימים הנ"ל, והם נמשכים מאז בעצימות משתנה, בעיקר בסופי שבוע. האירועים האמורים הגיעו בשלב זה לשיאם בתאריך 14.05.2018, בסמוך לתאריך של הקמת מדינת ישראל לפי הלוח הגרגוריאני (15.05.2018), מועד שבו מציינים הפלסטינים את "יום הנכבה".

7. זירת ההתרחשות של האירועים האלימים מצויה במספר מוקדים לאורך המכשול הביטחוני הפרוש בין ישראל לבין רצועת עזה. מכשול זה, הוקם על-ידי

ממשלת ישראל לנוכח האיומים הביטחוניים המשמעותיים והמתמשכים מרצועת עזה. המכשול הנוכחי הוא ברובו המוחלט מכשול פשוט יחסית וקל לחדירה מכוונת. הוא מורכב מגדר ברזל בסיסית בשטח ישראל, אשר רגישה לחיתוך, גובהה כגובה אדם ומותקנים עליה: גלאי התרעה אלקטרוניים, תיל מסולסל הממוקם בשטח רצועת עזה, והוא בר-חיתוך וניתן לדלג מעליו בקלות. המרחק בין שני מרכיבי המכשול משתנה בהתאם לתנאים הטופוגרפיים ועומד על בין 20 ל-80 מטרים, כך שאדם העובר את התיל עשוי להגיע תוך שניות בודדות לגדר הברזל שבשטח ישראל. בהקשר זה יצוין, כי שני מרכיביו של המכשול בולטים לעין, ומוכרים לאוכלוסיה המתגוררת ברצועת עזה.

8. מאז הקמתו, המכשול נועד להגן על אזרחי ישראל ועל כוחות הביטחון מפני האיומים השונים, בדגש על חדירתם של מפגעים מרצועת עזה לישראל. המכשול ממוקם מאות מטרים בלבד משורה של יישובים ישראלים ועשרות מטרים בלבד מכוחות צה"ל, ועל כן מפריצתו נשקפת – וביתר שאת כאשר מדובר בהמון מתפרע – סכנה לאזרחים ולחיילים כאחד.

הערה: בתקופה האחרונה ממשלת ישראל משקיעה משאבים רבים בשדרוג המכשול הביטחוני הקיים, כך שיכלול חומת בטון מסיבית, שבסיסה שקוע באדמה כדי שתוכל להתמודד עם איום המנהרות התת-קרקעיות, ואשר גובהה מעל הקרקע יהיה כשישה מטרים. החומה תכלול אמצעי התרעה מתקדמים וחסנים יותר מפגיעה. עם זאת, עבודת שדרוג זו רחוקה מסיום, והמכשול הקיים כיום כולל נקודות תורפה משמעותיות, כמתואר לעיל.

9. בהסתמך על הערכות מודיעיניות ומבצעיות שונות – ישראל רואה במרחב הצמוד למכשול הביטחוני מצדו העזתי, מרחב שבו קיימת סכנה מוגברת לפעילות חבלנית עוינת נגד תושבי מדינת ישראל וכוחות הביטחון (מרחב זה, שאיננו מאוכלס, מכונה לעיתים: "אזור החיץ", או "הפרימטר"). במטרה למתן במידת-מה סכנה זו – קיימות במרחב הפרימטר מגבלות תנועה שונות. תושבי רצועת עזה מודעים היטב למגבלות אלה, וחמאס עצמו הקים לפני מספר שנים מוצבים בסמוך ל"אזור החיץ" הנ"ל כדי לשבש ניסיונות מכוונים של פלסטינים לפרוץ את הגבול, וזאת בשל חששו של הארגון מהסלמה ביטחונית שבאותו הזמן לא היתה רצויה לו.

10. לאירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני קדם תכנון ארוך ומשמעותי ברצועת עזה, ועל פי המידע שנמסר לנו מטעם המשיבים – האירועים הנ"ל מוכוונים ומאורגנים בידי גוף המכנה עצמו: "ועדת

השיבה". בוועדה חברים נציגים של ארגוני טרור שונים הפועלים ברצועה, לרבות: חמאס, "הג'יהאד האסלמי הפלסטיני" ו"החזית העממית לשחרור פלסטין", והוועדה מובלת על-ידי חמאס. הוועדה גיבשה תוכנית פעולה מסודרת, שתכליתה מימוש מירבי של מטרות לצורך פריצה לישראל ופגיעה בכוחות הביטחון.

11. ייחוד האירועים המתרחשים בתקופה הנוכחית, בא לידי ביטוי, כפי שצויין בתגובה המקדמית מטעם המשיבים, בשלושה מישורים מרכזיים:

(א) עידוד תושבי רצועת עזה, לרבות באמצעות הרשתות החברתיות, להגיע לאזור האירועים האלימים ולהשתתף באופן פעיל בהפרות סדר.

(ב) תכנון מפורט ומקדים של אופן התנהלות האירועים והתקדמותם, תוך חלוקה למוקדים גאוגרפיים שונים, במטרה להקשות על כוחות הביטחון הישראליים להתמודד עם ניסיונות הפריצה (והכל, בין השאר, תוך שימוש בצמיגים שמובערים לשם "מיסוך", כלי חיתוך שונים, בקבוקי תבערה וכדומה).

(ג) ביצוע שורה של פעולות טרור "בזמן אמת", בין אם הודות לפריצת המכשול, ובין אם בחסות הפרות הסדר עצמן.

הערה: גם העותרים בעתירת יש דין הסכימו כי במהלך ההפגנות היו, ככל הנראה, אירועים של אלימות כגון: יידויי אבנים, שריפת צמיגים, ניסיונות לפגוע בגדר הגבול ואף מספר אירועים של ירי ויידוי בקבוקי תבערה (ראו: סעיף 37 לעתירת יש דין); עיינו בהקשר זה גם בפסקה 62 לעתירת עדאלה.

12. זה המקום לציין כי בראיית הדרג המדיני של ישראל וכוחות הביטחון שלה – סיכול הפעילות האלימה הנ"ל חייב ומחייב היערכות צבאית-מבצעית לכל דבר כדי להתמודד עם סכנה ממשית וקרובה לחייהם ולגופם של אזרחי ישראל ושל כוחות הביטחון, ולפריצת הגבול. הנה כי כן, לטובת התמודדות עם האיומים הנ"ל – נפרשו בצדו הישראלי של מרחב המכשול הביטחוני (על פני קילומטרים רבים לאורך רצועת עזה) כוחות גדולים של צה"ל מיחידות שונות, לרבות כוחות שהוסטו מגזרותיהם והוצבו במיוחד במקום.

כוחות צה"ל שהוצבו בשטח הצטיידו מבעוד מועד במגוון אמצעים התואמים את האתגר המבצעי שבהתמודדות עם המון עוין, לרבות אמצעי כריזה ואזהרה

ואמצעים בלתי-קטלניים לפיזור הפגנות. לנוכח אופיים החריג של האירועים האלימים, ובהתאם להוראות הקיימות, אף הוקצו אמצעים בלתי-קטלניים ייעודיים אחרים (כגון: רחפן המפזר גז מדמיע), ונקבע כי אם יהיה צורך – ניתן יהיה להשתמש כאמצעי אחרון גם בירי באש חיה לעבר מפרי סדר אלימים, שאינם נרתעים מאזהרות ומסכנים את הביטחון, והדבר יעשה בראש ובראשונה על-ידי ירי מדויק של צלפים, והכל במטרה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה במשתתפים בהפרות הסדר האלימות.

13. לבסוף נערכו בשטח פעולות תשתית משמעותיות, ובין היתר: עובה התיל המסולסל המרכיב את המכשול הביטחוני; בוצע חישוף משמעותי במרחב המכשול הביטחוני משני צדדיו, ונחפרו בשטח ישראל תעלות עמוקות בסמוך למוקדים הגאוגרפיים הצפויים של האירועים האלימים, כדי לעכב פריצה המונית, במידה ותתרחש. לצד האמור, המפקדים אף תדרכו את הכוחות בדבר הוראות הפתיחה באש הגזרתיים ומסרו להם דגשים שונים בהקשרים אלו, בהתאם לאירועים האלימים הצפויים.

14. זה המקום להוסיף ולציין כי תכנית הפעולה של המארגנים אכן התממשה, והאירועים האלימים ההמוניים שהתרחשו במרחב המכשול הביטחוני היו חריגים בהיקפם ובעוצמת האיום שנשקף מהם. עד כה השתתפו בהם עשרות אלפי בני אדם (בתאריך 30.03.2018 – כ-41,000; בתאריך 06.04.2018 – כ-29,000; בתאריך 13.04.2018 – כ-15,000; בתאריך 20.04.2018 – כ-13,000; בתאריך 27.04.2018 – כ-13,800, ובתאריך 14.05.2018 – כ-45,000; באותו יום – בחסות הפרות הסדר, הושלכו לעבר כוחות צה"ל מטעני חבלה ורימון, נפתחה כנגד החיילים אש חיה, והושלכו לעבר שטח ישראל מטעני חבלה, בצד הפרחה של למעלה מ-15 עפיפונים הנושאים חומר בערה בכוונה לפגוע בישובים ובתושבים בעוטף עזה). הפרות הסדר נמשכו ברצף משעות הבוקר ועד שעות הערב, והן התקיימו במספר מוקדים גאוגרפיים בו זמנית. חלק מן המשתתפים בהפרות הסדר פעלו במטרה ברורה ונחושה לפרוץ את המכשול הביטחוני בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה, לחדור לשטח ישראל ולפגוע בכוחות הביטחון באופן שאף עורר חשש ממשי לשלומם של אזרחים ישראלים המתגוררים בסמוך למכשול הביטחוני. לשם כך, אף הובערו צמיגים (בהכוונת המארגנים) במטרה לנסות ולשרוף את המכשול הביטחוני ולייצר "מסך עשן" שיסווה ניסיונות חבלה בו ויאפשר חדירה בלתי מזוהה לתוך ישראל. חלק מהמתפרעים אף הצטיידו באמצעי לחימה.

15. בניסיון למנוע את התרחשותם של האירועים האלימים – כוחות הביטחון הישראליים העבירו לאוכלוסיה הפלסטינית ברצועת עזה, במספר אפיקים, מסרי אזהרה שקראו להם להימנע מלהגיע למרחב המכשול הביטחוני. זה"ל אף קיים שיח ישיר עם חברות האוטובוסים שנשכרו על-ידי החמאס לצורך הובלת התושבים למרחב, ובמסגרת זו הן התבקשו שלא לשתף פעולה עם הגעת המשתתפים ועם הצבתם בסיכון על-ידי חמאס.

16. המאמצים הנ"ל לא צלחו, למרבה הצער, והאירועים הקשים החלו, כאמור, ב-30 במרץ 2018, וחייבו, לטענת המשיבים, במקרים מסוימים אף ירי באש חיה כדי למנוע את התממשות הסיכונים ופגיעה בחיי אדם.

טענות הצדדים

17. העותרים בעתירת יש דין מציינים בפתח דבריהם כי למיטב ידיעתם הוראות הפתיחה באש הצה"ליות כוללות הוראה המתירה לחיילים לירות על מפגינים בגבול ישראל עם רצועת עזה המסווגים על-ידם כ"מסיתים מרכזיים", או "מפרי סדר מרכזיים", גם בשעה שאלו אינם מסכנים באופן ממשי ומידי חיי אדם. כתוצאה מהוראות אלו, כך נטען, מאז החלו אירועי הפרת הסדר בגבול הרצועה ועד הגשת העתירה – נהרגו עשרות מפגינים ונפצעו אלפים, מבלי שאלו סיכנו באופן ממשי ומידי חיי אזרחים, או חיילים ישראלים.

משכך, העותרים בעתירת יש דין טוענים כי בהתאם לדיני אכיפת החוק והסדר הבינלאומיים והישראליים – פתיחה באש שיש בה פוטנציאל קטלני ואיננה נדרשת לשם סיכול של סיכון מידי וחמור לחיי אדם, הינה אסורה.

העותרים בעתירת יש דין טוענים עוד כי אף אם ניתן לסווג את האזור בו מתקיימים אירועי הפרת הסדר כאזור לחימה – הרי שהאירועים המתרחשים עתה בגבול הרצועה הינם "אזרחיים" במהותם, ולפיכך לא חלים עליהם דיני הלחימה.

18. גם לטענת העותרים בעתירת עדאלה יש לאפיין את אירועי הפרת הסדר הנ"ל – כאירועים "אזרחיים", וככאלה שחוסים במשפט הבינלאומי תחת פרדיגמת אכיפת החוק, וזאת אפילו אם התרחשו במסגרתם מספר מקרים בהם התקיים שימוש בזריקת אבנים, הבערת צמיגים, השלכת בקבוקי תבערה וירי חי (דבר המוכחש על-ידי העותרים

באותה עתירה). העותרים בעתירת עדאלה טוענים בנוסף כי מדיניות הפתיחה באש כנגד מפרי סדר שהחלה במרחבי רצועת עזה בשלהי חודש מרץ 2018 – מנוגדת לנורמות המשפט הבינלאומי החלות על הוראות פתיחה באש. כן נטען כי הוראות הפתיחה באש עומדות גם בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

19. בתגובתם המקדמית – המשיבים גורסים כי דין העתירות להידחות על הסף מטעמים של היעדר מיצוי הליכים, הצגת תשתית עובדתית חסרה, וסוגיות סף של חוסר זכות עמידה והיעדר שפיטות. המשיבים טוענים בנוסף כי דין העתירות להידחות גם לגופן, וזאת בהיעדר עילה להתערבות בסוגיות כגון אלו, שהן בעלות זיקה ישירה להיבטים צבאיים מבצעיים-מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל.

20. עוד נטען על-ידי המשיבים, כי הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם הדין הישראלי, הדין הבינלאומי, ובתוך כך אף עם פסיקתו של בית משפט זה, בדגש על נסיבות שבהן כוחות הביטחון נדרשים להתמודד עם הפרות סדר המוניות מסכנות חיים. נקודת המוצא לעמדת המשיבים היא כי אירועי הפרת הסדר הנ"ל מתרחשים כחלק מהעימות המזוין המתקיים בין ארגון הטרור חמאס, לבין ישראל – ועל כן המסגרת המשפטית המסדירה פתיחה באש נעוצה בדיני הלחימה, תוך עשיית הבחנה במסגרת זו בין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של פעולות איבה (Conduct Of Hostilities) – למשל כאשר הפתיחה באש נעשית במסגרת לחימה ממשית בין אנשי חמאס לבין ישראל), לבין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של אכיפת חוק (Law Enforcement), והאירועים מושאי העתירות מערבים מזה ומזה.

21. המשיבים טוענים בנוסף, כי אין גם ממש בטענות העותרים בעתירת עדאלה לפיהן פעולות כוחות הביטחון עומדות בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעמדת המשיבים, טענותיהם של העותרים בהקשר זה אינן נתמכות בפסקי הדין שאליהם הם מפנים ואף אינן עולות בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לסמכותו של צה"ל לפתוח באש לצורך מימוש ייעודו על פי הדין.

22. המשיבים טוענים עוד כי תוכן הוראות הפתיחה באש עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ותואם את התנאים שמכתיבות שתי הפרדיגמות להפעלת כוח במהלך עימות מזוין (Armed Conflict). בתוך כך המשיבים גורסים כי טענות העותרים ביחס

לתוכנן של ההוראות אינן מתבססות על ידיעה, אלא לכל היותר על השערה, וכי פרסומים בלתי רשמיים וכן תמונות וסרטונים שאליהם מפנים העותרים בשתי העתירות – מציירים תמונה חלקית ושגויה שלא ניתן ללמוד ממנה על מה שהתרחש בפועל, או על הוראות הפתיחה באש עצמן.

השתלשלות ההליכים

23. לאחר הגשת העתירות פנה בתאריך 16.04.2018 ארגון "אלמגור" – ארגון נפגעי הטרור – בבקשה להצטרף כמשיב לעתירת יש דין וזאת כ"ידיד בית משפט", וחברתי הנשיאה, א' חיות קבעה כי הבקשה תידון במעמד הדיון בעתירות.

אציין כבר עתה כי בעקבות הדיון ראינו לאפשר את צירופו של ארגון אלמגור כמשיב, וזאת נוכח ההלכה שנפסקה ב-דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (14.04.2015), שם קבע הנשיא א' גרוניס כי צירוף כזה אפשרי לשם הכרעה יעילה ושלמה בתיק, או כדי לתרום לבירור הדברים.

24. בתאריך 30.04.2018 התקיים בפנינו כאמור דיון בעתירות, לאחר שנמסרה לנו תגובה מקדמית מטעם המשיבים. במהלך הדיון העותרים חזרו על טענתם המרכזית לפיה שימוש ב"אש חיה" במסגרת מדיניות הפתיחה באש של כוחות צה"ל כלפי מפרי סדר במהלך אירועים הנושאים עמם, לטענת העותרים, "אופי אזרחי", ובשעה שאלו אינם מסכנים באופן ממשי ומידי חיי אדם – הינה אסורה. בהקשר זה, העותרים הפנו לכללים ולאמנות מהמשפט הבינלאומי וכן לפסיקה ישראלית וזרה, התומכים, לשיטתם, בטענות אלה.

25. המשיבים טענו מנגד כי דין העתירות להידחות על הסף מחמת הצגת תשתית עובדתית פגומה וחסרה על-ידי העותרים, אשר התמונה המשתקפת ממנה איננה עולה בקנה אחד עם מצב הדברים לאשורו בכל הנוגע לאופיים של האירועים האלימים ולסכנות הממשיות לחיי אדם הנשקפות מהם. בתוך כך, המשיבים ביקשו להציג בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד, מידע מודיעיני חסוי הרלבנטי לאירועים האלימים, מושאי ענייננו, וכן העתק של הוראות הפתיחה באש המסווגות החלות כאן, בליווי הסברים – ואולם, העותרים סירבו ליתן את הסכמתם לעיון האמור, והודיעו כי הם נכונים רק שיוצגו לנו הוראות הפתיחה באש עצמן, ללא כל הסבר, או פירוט נוסף כלשהו.

על אף שהתרענו בפני העותרים כי סירוב שכזה עלול להביא לכך שתקום חזקת תקינות למעשי המשיבים, הם עמדו בהתנגדותם ובהתנייתם הנ"ל ולפיכך לא הובאו בפנינו הוראות הפתיחה באש והסברים נלווים נדרשים להבנת תחולתן ודרכי ישומן ולהבנת החלופות השונות הבאות בחשבון במצבים שונים.

26. במהלך הדיון שמענו במעמד הצדדים גם את דברי ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, אל"מ ערן שמיר-בורד, שמסר כי על אף העובדה שהוראות הפתיחה באש הן קבועות – הפרדיגמה בה הן פועלות משתנה בהתאם למציאות בשטח (טופוגרפיה של השטח, גודל האיום, ממשיותו ומיידיותו, היענות מפרי הסדר לאזהרות, פעילות המפגינים ומעורבות של גורמי טרור בגדרן וכדומה). כפועל יוצא מכך גם אמצעי ההרתעה שבהם צה"ל עושה שימוש הם מגוונים.

המשיבים הדגישו במהלך הדיון עוד כי הוראות הפתיחה באש, המתירות ירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי – מתבצעות במסגרת העימות המזוין המתקיים בין ישראל לבין תושבי רצועת עזה, וזאת כמוצא אחרון בלבד, בכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות, ולאחר שמוצו, אך לא צלחו – כל האמצעים האחרים.

27. ארגון אלמגור – טען כי אין מקום להתערב בשיקול דעת הכוחות הצבאיים ביחס לדרך הפעולה הננקטת על-ידם, מקום בו מדובר בעיצומה של פעילות לוחמה מתמשכת, אשר בבסיסה עומדים שיקולים ביטחוניים.

28. בתום הדיון שנערך בפנינו – הורינו, בהתאם לבקשת העותרים בעתירת יש דין, כי תינתן לעותרים האפשרות להגיש אסמכתאות שונות שנזכרו במהלך הדיון (בליווי התייחסות לגביהן), זאת מאחר שהתגובה המקדמית מטעם המשיבים הגיעה לידיהם (ולדינו) רק ערב הדיון. כן נקבע כי המשיבים וגם "ארגון אלמגור" יוכלו להגיש התייחסויות מטעמם בהקשר זה.

29. בתאריך 01.05.2018 העותרים בשתי העתירות הגישו אסמכתאות משלימות מטעמם, ובין היתר: אסמכתאות בנוגע לשימוש הנוהג ב"כללי הוואנה" (כללי האו"ם בדבר שימוש בכוח על-ידי סוכנויות אכיפת חוק, 1990); אסמכתאות המתייחסות להגבלות החלות על שימוש בכוח לדיכוי מהומות, וכן אסמכתאות המתייחסות לשימוש בכוח נגד מפרי סדר אלימים בגבול.

30. בתאריך 06.05.2018 המשיבים הגישו השלמת טיעון מטעמם. בתוך כך המשיבים התייחסו לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני תחת פרדיגמת אכיפת החוק שבדיני הלחימה ותחת דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי, וכן פירטו את עמדתם בכל הקשור למעמדם המשפטי של "כללי הוואנה", עליהם נסמכים העותרים. בהקשר זה המשיבים ציינו עוד כי כל פסקי הדין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, אליהם הפנו העותרים, עוסקים בתרחישים עובדתיים שונים באופן מובהק ומוחלט מהאירועים שבבסיס העתירות, ולא ניתן לגזור מהם גזירה שווה לענייננו.

31. בתאריך 09.05.2018 העותרים הגישו ברשות תגובה להשלמת הטיעון מטעם המשיבים ובמסגרתה הם דחו את טענת המשיבים כי "כללי הוואנה" מהווים "Soft Law", ואינם מחייבים. עוד נטען כי פסקי הדין שהובאו במסגרת הודעתם המשלימה הנ"ל – נועדו להמחיש מצבים שבהם התעוררה שאלת השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כלפי מפרי סדר אלימים, וכי לא נעשה על-ידם ניסיון לטעון כי בכל הפנייה שניתנה במסגרת התגובה המשלימה – הנסיבות העובדתיות בהן זהות למתרחש בגבול ישראל עם רצועת עזה. לבסוף, נטען כי המשיבים לא הרימו את הנטל להראות כי בהתאם לדין ניתן לבצע ירי לעבר אדם הנחשב ל"מסית מרכזי".

32. בתאריך 16.05.2018 המשיבים הגישו ברשות, ובהסכמת העותרים, תצהיר נוסף, עליו היה חתום ראש אגף המבצעים בצה"ל, האלוף ניצן אלון – הכולל עדכון אודות האירועים האלימים, ורשימה בלתי ממצה של פעולות טרור, אשר בוצעו מתוכן ובחסותן של הפרות הסדר האלימות, שהתרחשו לאחר הגשת התגובה לעתירות מתאריך 29.04.2018, ושאותן ניתן לפרט בגלוי. בהקשר זה צויין כי בתאריך 04.05.2018 התקיימו הפרות סדר אלימות בהן השתתפו כ-11,000 איש, אשר במהלכן: הושלך רימון לעבר כוחות צה"ל; בוצעו פגיעות בגדר המערכת, והופרחו כ-9 עפיפונים המכילים חומרי בערה לעבר ישראל. כן צויין כי באירועים מתאריך 11.05.2018 השתתפו כ-20,000 איש, וננקטה בהם אלימות קשה, שכללה, בין היתר: ירי לעבר כוחות צה"ל, השלכת מטענים ורימונים בניסיון לעבור את הגדר ולפגוע בה, והצתת מעבר כרם שלום באמצעות השלכת בקבוקי תבערה. בנוסף נמסר כי בתאריך 14.05.2018 האירועים האלימים הגיעו לשיאם, והתקיימו בשמונה מוקדים נוספים (מעבר לחמשת המוקדים הקבועים). באירועים האלימים הנ"ל שנערכו בהשתתפותם של כ-45,000 איש: הושלכו מטעני חבלה לשטחי ישראל; בוצע ירי באש חיה לעבר כוחות צה"ל, ונפגעו תשתיות ביטחוניות משמעותיות של צה"ל.

בתוך כך, המשיבים הדגישו, פעם נוספת, כי הצגת התמונה העובדתית המלאה בפני בית המשפט מחייבת גם גילוי במעמד צד אחד של מידע רלבנטי חסוי המצוי ברשותם, וכי מידע זה לא מוצג בפני בית המשפט רק בשל עמדת העותרים בעניין זה.

33. בתגובה לתצהיר הנ"ל, העותרים בעתירת עזרה חזרו על עמדתם לפיה מדובר באירועים בעלי אופי אזרחי-עממי, וכי אפיונם של אירועים אלו איננו נפגע בגלל ההשתייכות הארגונית של חלק מהמשתתפים לזרוע הצבאית של החמאס.

34. בתגובתם של העותרים בעתירת יש דין לתצהיר הנ"ל, צוין כי גם קיומם של אירועים מסכני חיים במסגרת הפגנות ההמונים – אינם יכולים להכשיר, לשיטתם, את התיזה המשפטית המאפשרת שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כלפי מי שמשתתפים באותם אירועים ואינם חמושים, כל עוד שהם לא מסכנים חיי אדם באופן מיידי.

35. בתגובתו של "ארגון אלמגור" – נטען כי הפרות הסדר האלימות מאורגנות, מוכוונות וממומנות על-ידי ארגון החמאס, וכי מטרת ההפגנות היא לשמש כיסוי לניסיונות לפגוע ולפרוץ את מכשול הביטחון המפריד בין ישראל לבין רצועת עזה ולאפשר כניסה של מחבלים לשם ביצוע פיגועים. בתוך כך "ארגון אלמגור" הפנה לדבריהם של מנהיגי ומייסדי ארגון החמאס בראיונות שנתנו לתקשורת, שבהם הודו כי הנחו את משתתפי האירועים להצטייד בכלי נשק ולהשתמש בהם במהלך הפרות הסדר, ואף עודדו אותם לנסות לבצע חטיפה של אזרחים וחיילים ישראלים ולמוסרם לארגון. הם אף הצהירו באותם ראיונות כי מתוך 60 ההרוגים באירועי ה-14.05.2018 – כ-50 היו חברי החמאס.

דיון והכרעה

36. לאחר בחינת מכלול החומר שבתיקים שבפנינו, שמיעת באי-כוח הצדדים בדיון, ועיון באסמכתאות שצורפו לאחר הדיון ובהשלמות הטיעון – הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירות להידחות, וכך אציע לחברתי הנשיאה ולחברי שנעשה. אביא להלן בתמציתיות את נימוקי למסקנה זו.

התשתית הנורמטיבית

37. עיקרן של העתירות שבפנינו מתמקד, כאמור, בחוקיותן של הוראות הפתיחה באש הצה"ליות, וביישומן בפועל, ואולם טרם שאדון באלה – אפתח בהצגת הרקע הנורמטיבי הרלבנטי לסוגיה.

38. כפי שנקבע לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה, בין מדינת ישראל לבין השולטים ברצועת עזה (וארגון הטרור חמאס) – מתקיים עימות מזוין מתמשך, אשר חלים עליו דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי (עיינו, בין היתר: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: עניין הסיכול הממוקד), ולאחרונה: בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.02.2017). הערה: בפרשת עליאן אמור להתקיים דיון נוסף במסגרת דנג"ץ 10190/17, ואולם הסוגיות העומדות לדיון נוסף שם – שונות מהשאלות שבפנינו).

39. דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי מתווים שתי פרדיגמות שונות לשימוש בכוח במהלך עימות מזוין:

האחת – פרדיגמת פעולות האיבה (Conduct Of Hostilities) והשנייה – פרדיגמת אכיפת החוק (Law Enforcement).

פרדיגמת פעולות האיבה מתייחסת למצב בו הצדדים נלחמים בפועל זה בזה באמצעים ובשיטות שונות, ועוסקת, בין היתר, בתקיפה של "מטרות צבאיות" וחוקיותם של אמצעי לחימה שונים.

פרדיגמת אכיפת החוק, לעומת זאת, מסדירה את הפעלת הכוח במצבים אחרים שבהם נדרשות פעולות לשמירת הסדר הציבורי והביטחון.

עיינו: דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מתאריך 31.05.2010 (חלק ראשון, מינואר 2011) (להלן: דו"ח ועדת טירקל א'), בפסקה 234; דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מתאריך 31.05.2010 (חלק שני, מפברואר 2013), (להלן: דו"ח ועדת טירקל ב'), בעמ' 48-83 וההפניות המובאות שם).

בשים לב לכך שעימותים מזוינים מערבים, לעיתים, תרחישים מבצעיים שונים, ניתן לומר כי שתי הפרדיגמות רלבנטיות בכל עת, וכדי לדעת מהי הפרדיגמה הישימה יש לבחון את נסיבותיה של הפעלת הכוח הקונקרטי. השאלה מהי הפרדיגמה המסדירה הפעלת כוח ספציפית הינה איפוא שאלה סבוכה ומורכבת, הנגזרת בראש ובראשונה מן השאלה האם הפעלת הכוח היא חלק מפעולות האיבה. משכך ישנו קושי

לסווג אירועים מורכבים, שבהם מעורבות פעולות איבה בעימות מזוין יחד עם פעולות אחרות – תחת פרדיגמה אחת בלבד.

המשיבים מנתחים, ככלל, את הפעלת הכוח של צה"ל כלפי המשתתפים באירועים האלימים שבפנינו כחוסה, כברירת מחדל, תחת פרדיגמת אכיפת החוק, וזו הנחה המקלה עם טיעוני העותרים, כפי שאף הם עצמם ציינו בדיון. לצד זאת, בנסיבות מסוימות, בהן קיים מידע המצביע על השתתפותו הממשית של אדם מסוים בפעולות האיבה בגדר (למשל, כאשר מזוהה אדם המחזיק במטען חבלה בידיו) – הפעלת הכוח נגדו חוסה תחת פרדיגמת פעולות האיבה.

40. אף שפרדיגמת אכיפת החוק בידי הלחימה איננה מוסדרת בהרחבה במקורות כתובים, ניתן למצוא לה סימוכין באמנות שונות (ראו, למשל, סעיף 42 לאמנת ז'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה משנת 1949, ותקנה 43 לתקנות האג הנספחות לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר דיני הלחימה ביבשה משנת 1907). גם הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מתאריך 31.05.2010 עמדה על כך שפרדיגמת אכיפת החוק הינה חלק מדיני הלחימה, בציינה כדלקמן:

”כל שימוש בכוח נבחן על פי המסגרת המשפטית החלה, שהיא כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לפי כללים אלה, על השימוש בכוח נגד אזרחים שאינם משתתפים ישירים בפעולות איבה חלות נורמות של אכיפת חוק בעוד שימוש בכוח נגד משתתפים ישירים בפעולות איבה מותר במשך אותו זמן שבו הם משתתפים בפעולות אלה” (שם בפסקה 234 לדו"ח ועדת טירקל א').

במסגרת פרדיגמת אכיפת החוק של דיני הלחימה ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות, דהיינו ניתן לעשות כן רק בנסיבות שבהן ישנה סכנה ממשית לחיים, או לשלמות הגוף. סכנה כזו עלולה לנבוע מפעולתו של אדם בודד, או מפעולה המונית. הרחבה נוספת בנושאים אלה תובא להלן.

שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני

41. בפסיקתו של בית משפט זה, נקבעו כללים מנחים באשר לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני. ב-ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 353 (1990) (להלן: עניין אנקונינה), שעסק בשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני שתכליתו

הוצאה לפועל של מעצר, או מניעת בריחתו של עצור במחסום ברצועת עזה (עת הייתה תחת שליטה ישראלית מלאה) – קבע בית המשפט הנכבד כי ניתן לפגוע בחייו של אדם רק לשם מניעת סכנה ממשית לחיים, או לשלמות גופו של אדם. בתוך כך, הנשיא מ' שמגר פסק שם, כדלקמן:

"יש להימנע מקיפוח חיי אדם או מפגיעה בשלמות הגוף, כאשר הדבר איננו עומד ביחס סביר למידת הסכנה אותה מבקשים למנוע, גם כאשר מדובר בתפיסת העבריין [...]

יחס הגומלין ההגיוני, בין האמצעי המופעל לבין הרעה אשר אותה מבקשים למנוע, מכתוב התוויית גבולות צרים לאיש הרשות הנדרש או המבקש להפעיל סמכויותיו לצורך מעצר עברייני או למניעת בריחתו. העונש המירבי שנקבע בחוק אינו יכול להיות מבחן בלעדי וברור לצורך מטרה זו, ועל-כן, מן הראוי, כפי שכבר הוער, כי תגובה העלולה לפגוע בחיים או בשלמות הגוף תוגבל לנסיבות, אשר בהן נוצר חשש סביר לכך שאי-נקיטת אמצעי קיצוני יביא לתוצאה, אשר בה טמונה סכנה בעלת אופי כמתואר לעיל מצד מי שמבקשים לעוצרו או למנוע את בריחתו.

במסגרת המקרים בהם מוענקת הרשות להפעלת כוח, כלול, למשל [...] מעצרו של מי שחשוד בביצוע מעשה פח"ע שסיכן או מסכן את החיים או מסכן בצורה חמורה את שלמותם הגופנית של אחרים" (ראו: שם, בעמ' 371-372).

42. ב-ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 197 (1971), התייחס בית המשפט הנכבד לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני שתכליתו הסרת סכנה לחיים, או לשלמות הגוף מהפרת סדר אלימה, שהתרחשה בסמוך לשפרעם (בתוככי מדינת ישראל), ואשר בניסיון לפזרה – ירי של שוטר הוביל למותו של אחד ממפרי הסדר. באותה פרשה, בית המשפט הנכבד קבע כדלקמן:

"לפי החוק מורשים אנשי המשטרה, לצורך מילוי תפקידם האמור, שלא לסגת מפני התקפת המתפרעים ולהחזיק מעמד במקום שבו הם פועלים כדי להתגבר עליה (TO STAND THEIR GROUND AND NOT TO RETREAT) ולכן, אם עקב כך נשקפת סכנה לחייהם או לגופם, כי אז יהיו מוצדקים להשתמש באותם האמצעים הנראים להם כדרושים למניעת הסכנה ולהתגברות על המתפרעים כאחד, כולל השימוש בנשק חם ואף אם זה עלול לגרום מוות או נזק גופני אחר לאלו מהמתפרעים [...]

עם זאת, הכרחי להסכים כי אפילו בתנאים אלה, לעולם אין להצדיק פעולת יריה מכוונת או לא-איכפתית מצד איש המשטרה [...] אשר אין בינו לשימוש בכוח סביר ולא כלום" (ראו: שם, בעמ' 216).

43. ב-בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (18.07.2017) (להלן: עניין אלמסרי), מהעת האחרונה, נדונה בקשת העותרים דשם, לחייב את הפרקליט הצבאי הראשי להורות למשטרה הצבאית החוקרת לפתוח בחקירה פלילית של נסיבות פציעתו של העותר 1 שם, אשר נגרמה, כך נטען, כתוצאה מירי של חייל צה"ל לעברו, בגבול ישראל-לבנון. הרקע לסיטואציה, מושא עניין אלמסרי, היה נסיונם של מאות פלסטינים וזרים, לחצות בתאריך 15.05.2011 את מערכת הגדרות המפרידה בין לבנון למדינת ישראל לרגל "יום הנכבה". באותה פרשה, חברי, השופט א' שהם, דחה, על דעת ההרכב כולו, את העתירה, בקובעו, בין היתר, כי הירי לעבר מפרי הסדר שניסו לרמוס ולפרוץ את גדר הגבול – ובכך ייצרו סכנה מוחשית לחדירת מפגעים ממדינת אויב לשטח המדינה באזור הסמוך לישובים ישראלים – בוצע כמוצא אחרון, משהמתפרעים לא שעו לאזהרות שקראו להם לחדול ממעשיהם, ולאחר שלא היתה כל אפשרות מעשית אחרת להשתמש באמצעים חלופיים לפיזור ההמונים.

אציין כבר עתה כי מסקנות בית המשפט בעניין אלמסרי, באשר להיות הירי שביצע צה"ל בנסיבות אותו עניין תואם את הוראות המשפט הבינלאומי ואת כללי המשפט הישראלי – אמורות לחול לכאורה מקל וחומר על ענייננו, לאור מאפייניהם של האירועים הנוכחיים, שבהם האיום הנשקף לאזרחי ישראל ולכוחות הביטחון כתוצאה מהפרות הסדר האלימות בגבול רצועת עזה, הוא רב וחמור יותר מזה שעמד בפני כוחות הביטחון ואזרחי ישראל במסגרת האירועים, מושאי עניין אלמסרי.

44. גם בספרות המשפטית העוסקת בנושא, נזכרת האפשרות לפיזור של הפרות סדר אלימות על-ידי הצבא, תוך הפעלת כח, וכך נאמר באחד המקורות:

"Situations of armed conflict and military occupation are often characterized by high political tensions and unstable general security. As a result, soldiers may also confront riots, violent demonstrations, opportunistic banditry, and other types of civilian violence. While such civilians do not use violence in direct support of a party to an armed conflict at a level of organization and intensity that qualifies them as participants in the armed conflict, soldiers and other security forces may still take measures against them" (See: Jan Arno Hessbruegge, Personal Self-Defense in

Military-Led Operations (in Human Rights and Personal Self-Defense in International Law), p. 221-223 (2017)).

זה המקום לציין כי על פי הוראות הפתיחה באש שהפעילה ארה"ב בתרחיש של אכיפת חוק בהאיטי הובהר כי ניתן להשתמש בכח קטלני כמוצא אחרון לפיזור הפרות סדר אלימות אף במצב שבו האזרחים המשתתפים במהומות אינם חמושים (עיינו: – Rules of Engagement Handbook for Judge Advocates (May 1, 2000) מש/20 לכרך האסמכתאות מטעם המשיבים מתאריך 07.05.2018). כמו כן פורסם באופן רשמי על-ידי ממשלת ארצות הברית, כי בכל הנוגע להפרות סדר אלימות ובלתי חמושות – ניתן להשתמש בירי צלפים ולהפעיל כוח קטלני כלפי: "Leaders or Troublemakers" (ראו: US Army Field Manual 3-19.15, Civil Disturbance Operations, p. 2-15 (2005)).

45. כאן יש להוסיף תובנה נוספת:

אם ניתן לסווג חלק מהמפגינים כמשתתפים ישירים בעימות המזוין המתנהל בין ישראל לבין החמאס (וודאי שזהו הדין ביחס למפגעים ולחמושים שביניהם, ובקטגוריה קרובה נכללים גם המשתייכים לארגוני טרור המסתווים כמפגינים, וכן משתתפים במחאה המסכימים לשמש "מגן אנושי" לטרוריסטים המסתתרים מאחוריהם), אזי הם מאבדים את ההגנה הנתונה להם לפי העיקרון שמבוטא בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית הקובע כי ההגנה הקמה להם כאזרחים, מוסרת למשך אותו הזמן בו הם נוטלים (בפועל) חלק במעשי האיבה. בסיטואציות כגון אלו מתקיים בהסתברות גבוהה גם המבחן המשולש, אותו התווה צוות המומחים הבינלאומי שכנס הצלב האדום, ואשר במסגרתו נקבעו שלושה קריטריונים, אשר בהתקיימם תוסר ההגנה העומדת לאזרחים, אשר נוטלים חלק בפעולות איבה. אמות מידה אלה דורשות כי ההתנהלות האסורה תעמוד בשלושה תנאים:

(א) הפעולות עלולות בדרגת סבירות גבוהה לגרום נזק למבצעים צבאיים וליכולות צבאיות של הכוח היריב, או למוות או לפגיעות והרס לאזרחי היריב (זהו "תנאי הנזק המינימאלי" – Threshold of harm);

(ב) חייב להתקיים קשר סיבתי ישיר בין הפעילות האסורה לנזק המינימאלי שהוגדר לעיל (זהו התנאי לקשר סיבתי ישיר – Direct causal link);

(ג) הפעולות תוכננו במיוחד כדי לגרום נזק לחלק מהמאמץ הצבאי של צד לסכסוך (זהו התנאי בדבר הקשר הלוחמתי – Belligerent Nexus).

ראו: Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (International committee of the Red Cross 2009), p. 46

עיינו גם: ICRC, The Use of Force in Armed Conflicts – Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement paradigms 26, f. 70 (Gloria Gaggioli ed., 2013).

Thomas H. Lee, *The law of War and the Responsibility to Protect Civilians: A Reinterpretation*, 55 HARV. INTL. L. REV. 251 (2014).

Christian Marxsen, *Territorial Integrity in International Law – It's Concept Implications for Crimea?* 75 ZaöRV REV. 7-26. (2015).

46. נוכח כל האמור לעיל, דומה כי שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לטובת פיזור הפרת סדר המונית שממנה נשקפת סכנה ממשית ומיידית לחיים, או לשלמות הגוף – היא מותרת בעיקרון, בכפוף להוכחת צורך הכרחי, ולמידתיות.

47. בשים לב לעקרונות יסוד אלה – אדון עתה בהוראות הפתיחה באש הרלבנטיות.

הוראות הפתיחה באש

48. הוראות הפתיחה של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני של רצועת עזה, הן מסווגות, ולא הוצגו לנו, כאמור, בשל התנגדות העותרים כי נעיין בהן, לצד קבלת הסברים רלבנטיים לגביהן במעמד צד אחד. זה המקום לציין כי, כפי שנמסר לנו, נוסח הוראות הפתיחה באש אושר על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי, ועל-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

49. על צביון של הוראות פתיחה באש מעין אלה עמד השופט א' מצא ב-ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נו(4) 304, בעמ' 313-314 (2002), בציינו כדלקמן:

"תכליתן העיקרית של הוראות הפתיחה באש היא מבצעית: להורות את חיילי צה"ל בדבר דרכי הפעולה שעליהם לנקוט במצבים טיפוסיים מסוימים העשויים לחייב, או להצדיק, שימוש בנשק. אך לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי בכך שהן מסייעות לחייל להפנים ערכי יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמירתם של ערכים אלה על-ידי גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק".

50. בהתאם לכללים המשפטיים שתוארו לעיל, ולמידע שנמסר לנו מטעם המשיבים – הוראות הפתיחה באש הנדונות בעתירות שלפנינו מאפשרות שימוש ב"אש חיה" רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות, אשר מהן ובמסגרתן נשקפת סכנה ממשיית מיידית וקרובה לכוחות צה"ל, או לאזרחים ישראלים. בהתאם להוראות הנ"ל, ההתמודדות עם הסכנה תעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי קטלניים. מקום בו השימוש באמצעים אלו איננו מביא להסרת הסכנה הממשית והמיידית הנשקפת מהפרת הסדר האלימה – ורק אז – ההוראות מתירות, על-פי מה שנמסר לנו, ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי, זאת במטרה לאיין את הסכנה הקרובה והצפויה.

בהקשר זה ראוי להפנות לתיאור התנהלות כוחות צה"ל במהלך האירוע בעניין

אלמסרי, שם בית משפט זה ציין כך:

"האירוע, אשר התרחש בגבול ישראל-לבנון, ביום 15.5.2011, היה אירוע רב משתתפים, אלים ומסוכן. במסגרת האירוע נטלו חלק למעלה מ-1,000 מפרי סדר, אשר יידו אבנים, סלעים ובקבוקי תבערה לעבר חיילי צה"ל, וגרמו נזק של ממש לגדר הגבול. האירוע הסתיים בפציעתם של מספר חיילי צה"ל; פציעה של עשרות מחיילי צבא לבנון ומספר הרוגים מתוך מפרי הסדר (בין 6 ל-10), כמו גם עשרות פצועים מתוכם. המתפרעים, ובהם העותר, לא שעו לאזהרות הירי הרבות, מטעם צבא לבנון, ולפיכך, ביצעו חיילי צה"ל, בהמשך, ירי לכיוון רגלי מפרי סדר מרכזיים באירוע, שפגעו בגדר הגבול, וזאת על מנת למנוע את חדירתם לישראל" (ראו: שם, בפסקה 23; ההדגשה במקור – ח"מ).

נוכח חשיבות הדברים, אדגיש שוב כי בהתאם למידע שנמסר לנו באשר להוראות הפתיחה באש הרלבנטיות – ירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי אמור להתבצע כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות (כפי שהוכרו בעניין אלמסרי).

על רקע האמור לעיל – אפנה עתה לבחינת טענות העותרים לגופן, ואולם טרם שאעשה כן מחובתי להקדים עוד הערה באשר למעמדה של רצועת עזה וביחס לקיום כללי המשפט הישראלי והבינלאומי בהקשר אליה.

51. ב-בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש המחשלה (30.01.2008) בית משפט זה קבע מפי הנשיאה ד' ביניש (על דעת שאר חברי ההרכב: השופטת א' חיות (כתוארה אז) והשופט י' אלון) כי מאז ביצוע ההתנתקות – אין לישראל "שליטה אפקטיבית" בנעשה ברצועת עזה. עם זאת נפסק שם כי בתקופת לחימה בין ישראל לבין מי ששולט ברצועת עזה עדיין יש לקיים את דיני הלחימה. לדיון ולהרחבה בנושא זה – עיינו: Dana Wolf, *Transitional Post-Occupation Obligations under the Law of Belligerent Occupation* 27 Minn. J. of Int'l L. 5 (2018).

מן הכלל אל הפרט

52. סבורני כי בנסיבות האירועים האלימים שבבסיס העתירות, ובהתקרבן של הפרות הסדר האלימות והכרוך בהן למכשול הביטחוני – אין לשלול את טענת המשיבים כי נוצרת לפרקים סכנת חיים ממשית ומיידית לכוחות צה"ל וכן לאזרחי ישראל בישובי עוטף עזה. על קיומה של סכנה כזו, בנסיבות מעין אלה, עמד, כאמור, בית משפט זה בעניין אלמסרי, שם כפי שציינו נדון מצב שבו ניסו מתפרעים – במספר קטן בהרבה מזה של המתפרעים מושא ענייננו – לפרוץ את המכשול הביטחוני בין לבנון לבין ישראל, ונקבע כדלקמן:

"זה המקום להזכיר, כי בחינת חוקיות הירי, שבוצע במהלך האירוע, חייבת להעשות בשים לב לנסיבות המיוחדות, המלמדות על אופיו המבצעי של האירוע. ענייננו באירוע שבמהלכו התרחשה הפרת סדר אלימה בגבולה של ישראל עם לבנון, אשר כללה הפגנת אלימות קשה נגד חיילי צה"ל וגרימת נזק משמעותי לגדרות הגבול, עד כדי חשש מפני חדירת מחבלים לשטח המדינה. המתפרעים, אשר לא שעו לאזהרות הירי הרבות שהגיעו מצד צבא לבנון, המשיכו בהתקדמותם לעבר הגדר, תוך כדי נסיון לפרוץ אותה. חיילי צה"ל, כמו גם אזרחי המדינה המתגוררים בסמוך לגבול, עמדו בפני סיכון מוחשי לפגיעה בשלומם ובגופם" (שם, בפיסקה 31).

53. במובנים אלה: כוונותיהם של המתפרעים, מושא העתירות שלפנינו, מספרם העצום והרב, האמצעים שברשותם והאלימות שנקטו – מבדילים לכאורה, מבחינה עובדתית, את האירועים ההמוניים בהם אנו דנים, מהפגנות סתם, וממחאה "אזרחית" רגילה, ולכן "כללי הוואנה", על פני הדברים, אינם רלבנטיים לפה, מה גם שהמשיבים גורסים שהכללים הנ"ל הם בבחינת "Soft Law". סבורני, איפוא, כי בנסיבות הנדונות את תוקפם של "כללי הוואנה" ניתן להשאיר בצריך עיון. בכל מקרה רוב הפסיקה הישראלית והמשווה שהביאו העותרים בהקשרים אלה דנה במצבים מקומיים של הפרות סדר במסגרת של הפגנות (שלא נערכו בתקופות של קיום עימות מזוין), ולכן אין ההפניות האמורות שייכות לענייננו (המקרה הזר היחידי שיש לו קירבה מסוימת כלשהי – ידון בפסקה 58 שלהלן).

54. עוד אוסיף כי לשיטתי בהתרחשויות שמתוארות – אין מדובר במחאה עממית, או ספונטנית רגילה, מה גם שהפרות הסדר האלימות, מושא העתירות, יצרו לפרקים סכנה ממשית וקרובה לחייהם ולשלמות גופם של כוחות הביטחון ותושבי ישראל – סכנה, אשר התעצמה והחמירה עקב פעולות הטרור שבוצעו מתוכן ובחסותן. הפרות הסדר האלימות אורגנו, תואמו והוכוונו על-ידי חמאס, שהוא ארגון טרור המצוי בעימות מזוין עם ישראל. בתוך כך ניתן לומר כי חמאס ביקש להפיק תועלת צבאית מפריצה אפשרית של המכשול הביטחוני, באופן שגם היה מסייע לחדירת מפגעים לישראל. כדי לקדם מטרה זו – חלק לא מבוטל מהמשתתפים באירועים האלימים ומהנפגעים היו פעילים בארגון החמאס, לרבות מנגנוניו הצבאיים, ואלה נשלחו כדי להפר את הסדר והביטחון והונחו לשלהב את ההמון, לעודד את התקדמותו לשטח ישראל, להוביל לפריצת המכשול הביטחוני ולבצע פיגועים.

ארגון אלמגור הפנה בהקשרים אלה לפרסומים של מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית באשר לזהות ההרוגים באירועי "צעדת השיבה הגדולה", אשר מרביתם פעילי טרור, או כאלה המזוהים עם ארגוני טרור. ארגון אלמגור הפנה בנוסף גם לפרסומים מהתקשורת בהם סלאח אל-ברדוויל, חבר הלשכה המדינית של חמאס, התבטא בראיון עיתונאי לערוץ טלוויזיה פלסטיני כי בהתאם לנתונים רשמיים, ב"אירוע האחרון" (14 במאי 2018) נהרגו, לשיטתו, 61 שהידים, מהם 50 שהידים המשתייכים לארגון החמאס (כ-80%). ארגון אלמגור הפנה גם לדברים שנשא יחיא סינוואר, מנהיג החמאס ברצועה, בתאריך 06.04.2018 בפני קהל המפגינים ברצועה, וציין במסגרתם "שיחכו [ישראל] לדחיפה הגדולה, נוריד את הגדר ונקרע את ליבם מגופותיהם".

מידע דומה הוגש מטעם המשיבים בהודעה מתאריך 16.05.2018, שגובתה בתצהירו של האלוף ניצן אלון לפיו בהתאם לנתונים המצויים בידי צה"ל עשרות מן ההרוגים באירועים מתאריך 14.05.2018 היו פעילי הזרוע הצבאית של חמאס ושל ארגון הג'יהאד האסלמי.

55. האיומים הנ"ל, אמנם, לא התממשו במלואם, בין היתר, בשל העובדה שכוחות הביטחון ניתחו מבעוד מועד את אופי האירועים הצפויים, ונערכו בהתאמה. ועדיין, בחסות הפרות הסדר האלימות בוצעו מספר רב של פעולות טרור. כך, בהנחיית בכירי הזרוע הצבאית של חמאס ובמעורבותם של דרגי המפקדים בשטח, אירעו בחסות ההתפרעויות, על פי הצהרת המשיבים, בחודש האחרון, עשרות פעולות חבלה וזאת אל מול תשתיות אזרחיות וצבאיות במרחב העוטף. בתוך כך, עשרות מטענים ורימונים הונחו במרחב הגדר, או נזרקו לעבר כוחות צה"ל והסבו נזק לתשתיות צבאיות; כ-25 פלסטינים חצו לשטח ישראל ונתפסו, ועוד עשרות חצו וחזרו לשטח הרצועה, כדי לפגוע במכשול ובתשתיות הסמוכות לו ובכוחות הפועלים במרחב הגדר. ברשות חלק מהמתפרעים נתפסו אמצעי לחימה וחלקם הודו בחקירתם כי חצו לשטח ישראל, כדי לפגוע בכוחות צה"ל. כמו כן נגרם נזק משמעותי לתשתיות אזרחיות ולשטחים חקלאיים נרחבים כתוצאה משריפות, אשר נגרמו מ"הצנחת" מטענים מאולתרים ובקבוקי תבערה בשטח ישראל באמצעות עפיפונים ואמצעי יידוי מאולתרים.

ברי, אם כן, כי ניסיונם של העותרים להציג את האירועים כ"הפגנות אזרחיות בלתי חמושות" שבהן "היו ככל הנראה אירועים של אלימות כגון יידוי אבנים, הבערת צמיגים, ניסיונות לפגוע בגדר הגבול ואף מספר אירועים של ירי ויידוי בקבוקי תבערה" (ראו: סעיף 37 לעתירת יש דין, ועיינו גם בסעיפים 10 ו-65 לעתירת עדאלה) – חוטא, בלשון המעטה, למציאות הדברים.

56. ברקע האמור אדגיש שוב כי בפסיקתו של בית משפט זה קיימת הכרה בכך שפיזור הפרת סדר אלימה ומסכנת חיים, לרבות בנסיבות של פריצת מכשול ביטחוני בין שטח האויב לבין שטח ישראל – יש בה כדי לאפשר, בהתקיים תנאים הכרחיים מסויימים, לרבות תכלית חוקית, שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני (ראו: עניין אנקונינה; עניין אלמסרי).

57. גם העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי מתירים שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני, ובלבד שכך ייעשה לתכליות ספציפיות מצומצמות ומוכרות – ובין היתר, לשם הגנה עצמית, או הגנה על הזולת, והכל יהיה כפוף למגבלות של צורך קונקרטי ו-מידתיות (דו"ח ועדת טירקל א', שם בפסקה 188). כאמור בתגובת

המשיבים, וכפי שעולה מהחומר שעמד לפנינו, חלק ממפרי הסדר ניסו לרמוס ולפרוץ את גדר הגבול, ובכך יצרו סכנה מיידית ומוחשית לחדירת מפגעים לשטח המדינה, וזאת באזורים הסמוכים ליישובים בצד הישראלי. בין המתפרעים היו מי שיידו אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל. לפיכך, דומה כי השימוש בירי בוצע לשם השגת תכלית חוקית – הגנה על אזרחי מדינת ישראל וחיילי צה"ל. עוד עולה מתגובת המשיבים, כי הירי מנשק חם לעבר מפרי הסדר בוצע ומבוצע רק לאחר שלא נמצאה אפשרות מעשית להשתמש באמצעים אחרים לפיזור ההמונים, והובהר שהשימוש באמצעים מתונים יותר לא הועיל. לטענת המשיבים, רק במצב דברים זה, וכמוצא אחרון, בוצע ירי מכוון ומדוד, בהתאם להוראות הפתיחה באש, כנגד המפגעים ולעבר רגלי מפרי הסדר המרכזיים, שפגעו במכשול הביטחוני (השוו: עניין אנקונינה).

58. זה המקום לציין עוד כי האירוע, מושא פסק דינו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם (ראו: Issak V. Turkey, 24 June 2008, Application no. 44587/98) (להלן: עניין Issak), שעליו נסמכו העותרים במהלך הדיון (והוגש לנו אחרי הדיון), אשר עסק בהתרחשויות שאירעו בקפריסין ודן בשימוש בכוח נגד מפגינים אלימים בגבול, נחזה, לשיטת העותרים, לפסק הדין הקרוב ביותר לענייננו, ואולם גם הוא שונה בתכלית מהאירועים שבבסיס העתירות שלפנינו. באותו מקרה היה מדובר בהפרת סדר שהתרחשה על רקע המתיחות ששררה בין טורקיה לבין קפריסין, ואשר במהלכה קבוצה מפדרציית האופנוענים הקפריסאים שיצאה מברלין וכללה קפריסאים-יוונים ואירופאים אחרים – הפגינה כנגד הנוכחות הטורקית בצפון קפריסין. בהגיעם לשטח המפורז המפריד בין החלק הדרומי של קפריסין לחלקה הצפוני, אשר בו מוצבים כוחות של האו"ם – המפגינים התקדמו ברגל לעבר צדו השני של השטח. במקביל, המון של אזרחים טורקים שהתייצב ליד החיילים והשוטרים הטורקים שהיו מוצבים באזור, החל להתאסף מול המפגינים הקפריסאים. באותו מקרה, בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע בדיעבד כי החיילים והשוטרים הטורקים לא ניסו לעצור את הפרות הסדר, אלא השתתפו בהן לצד ההמון הטורקי שהגיע לאזור, עד שבשלב מסוים, Antonios Issak (הקפריסאי היווני המנוח) – מצא עצמו מוקף בקבוצה של כ-15 טורקים וקפריסאים-טורקים, שחלקם שוטרים וחיילים, שהכו אותו עד מוות.

סבורני, כי בנסיבות ישנה הצדקה לאבחנה בין האירועים, מושא העתירות שבפנינו, לבין עניין Issak, וכי לא ניתן להקיש מפסק דינו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם – על הסוגיות שבפנינו, כפי שאסביר בקצרה להלן, זאת משורה של טעמים:

ראשית, הפרת הסדר בעניין Issak התרחשה בתקופה של רגיעה יחסית, ללא קיומן של פעולות איבה בין הצדדים, והיתה ממוקמת בשטח מפורז שיש בו נוכחות כוחות של האו"ם (ולא בשטח האויב, כפי המקרה שלפנינו).

שנית, כוחות הביטחון הטורקים לא ניסו באותו מקרה לעצור את הפרות הסדר, אלא השתתפו בהן בעצמם (כפי שנוהגים כאן דווקא גורמי החמאס).

שלישית, השימוש בכוח נגד המנוח בוצע בעת שהיה מוקף בחיילים ושוטרים שיכלו לעוצרו, אך במקום זאת הם היכו אותו באכזריות עד מוות.

רביעית, בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע כי באותן הנסיבות, השימוש בכוח קטלני לא היה הכרחי, או מוצדק (והדברים נאמרים מבלי לקבוע מסמרות באשר לתחולתו, או היעדר תחולתו המחייבת של הדין הבינלאומי שנדון שם).

59. בעקבות האמור לעיל, נעבור עתה מן הפרוזדור לטרקלין, ונבחן לגופן את טענותיהם של העותרים. כזכור, בעתירות שלפנינו מועלות טענות כנגד חוקיותן של הוראות הפתיחה באש הצה"ליות; טענות באשר ליישומן בפועל; טענות לגבי הצורך ביצירה לאלתר של "מנגנון אפקטיבי להטמעת האיסור" על הפעלת כוח קטלני אסור, וטענות לעניין הצורך באיסור השימוש בצלפים, או באש חיה במסגרת האירועים, מושא העתירות.

60. הלכה היא, כי מתחם התערבותו של בית המשפט בהחלטות המבוססות על שיקולים מבצעיים הוא מצומצם וצר ביותר. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו ב-בג"ץ 3261/06 עמותת הרופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (31.01.2011) (להלן: עניין עמותת הרופאים לזכויות אדם), שם נידונו ההוראות המבצעיות של צה"ל בדבר טווחי ירי ארטילרי ברצועת עזה, ונפסק כך:

"מלכתחילה סברנו כי גדר התערבותו של בית משפט זה בעתירה הינם מצומצמים ביותר. המדובר בעתירה בעלת זיקות ישירות להיבטים מבצעיים-מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל מפני רקטות הקסאם המשוגרות לשטחי ישראל במטרה לפגוע בתושביה, שכן התבקש במסגרתה סעד המורה לצה"ל להימנע מלפעול בדרך מבצעית מסוימת תוך העדפת אחרת. דרישה זו יוצרת קושי שכן היא מערבת בתוכה היבטים מבצעיים צבאיים מובהקים, אשר כידוע המומחיות בכגון דא נתונה לרשויות הצבא האמונות על כך, ולכן יטה בית המשפט למשוך ידיו מלהתערב בהם" (שם, בפיסקה 10).

על יסוד הלכה זו – בית משפט זה אף דחה עתירות נוספות בעלות אופי דומה. כך, למשל, נקבע במסגרת עתירה שתקפה את חוקיות השימוש בפגזי פלאשט בעת לחימה:

“העותרים ביקשונו לאסור על הצבא את השימוש בפגזי פלאשט. משנוכחנו כי השימוש בתחמושת זו איננו אסור על-פי דיני הלחימה, אין בקשת העותרים יכולה להתקבל. הלכה היא מלפנינו כי “ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם” (בג”ץ 5872/01 ברכה נ’ ראש הממשלה, פ”ד נו(3) 1 (2002)). מעבר לצורך נציין, כי המשיבים הניחו את דעתנו כי היקף השימוש בתחמושת זו הוסדר על-ידי צה”ל בכללים המחייבים את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח. ההכרעה בשאלה, אם התנאים השוררים בזירת הלחימה, בכל מקרה נתון, מצדיקים שימוש בפלאשט, נתונה כמובן להכרעתו של המפקד המוסמך, שבגיבוש החלטתו מצווה לפעול על-פי ההנחיות המקצועיות, שבעיקרן נועדו למנוע פגיעה בתושבים שאינם מעורבים בפעילות המסכנת את חיילי צה”ל או אזרחי ישראל” (בג”ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ’ אלוף פיקוד הדרום (27.04.2003)).

ראו גם: עניין עמותת הרופאים לזכויות אדם; בג”ץ 3022/02 קאנון (Law) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נו(3) 9 (2002); בג”ץ 2940/18 הס נ’ הרמטכ”ל, רב אלוף גדי איזנקוט (12.04.2018).

61. בנסיבות העניין שלפנינו – העותרים ביקשו אמנם לגרוס כי ההיבט הדומיננטי של עתירותיהם ממוקד בטענות משפטיות, אך אני מתקשה לראות כיצד התערבותנו, בשלב זה – לא תחרוג מגדרי תחומי הביקורת השיפוטית המקובלים במשפטנו בסוגיות כגון דא, שהרי בהינתן שהוראות הפתיחה באש ככאלו עומדות באמות המידה הנדרשות – ההחלטה לגבי אופן יישומן נתונה לשיקול דעתם של המפקדים בשטח, ואילו תפקידנו מתמצה בביקורת שיפוטית על קיום כללי המשפט הישראלי והבינלאומי המחייבים את ישראל, ואשר המשיבים הצהירו בפנינו כי המדינה מצייתה להם (השוו: עניין אלבסיוני).

62. זה המקום להזכיר שוב כי הצענו לעותרים שיתנו את הסכמתם לכך שנעניין במעמד צד אחד בלבד בהוראות הפתיחה באש הרלבנטיות ובכל החומר הסודי הנלווה, שעליו מסתמכים המשיבים, טרם שנחליט האם להוציא צו-על-תנאי בעתירות. העותרים סירבו כאמור להצעה זו, והתנו הסכמתם בתנאים שלא ניתן היה לקבלם, שהרי

בהוראות הפתיחה באש יש התייחסות שונה למצבים מגוונים, ואין אפשרות לפרש, או לנתח את ההוראות הללו מבלי להבין באילו מצבים ספציפיים מדובר. התרענו לפיכך בפני העותרים כי סירוב שכזה עלול להביא לכך שתקום חזקת תקינות למעשי המשיבים, ואולם הם עמדו בסירובם (עיינו והשוו: בג"ץ 7993/11 חמדאן נ' שופט צבאי (18.01.2012); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף – האלוף יאיר גולן (15.02.2012)).

אף בשל כך סבורני כי מסד הנתונים הקיים איננו מאפשר, לעת הזו, התערבות כלשהי, על פי מה שמבוקש בעתירות. זאת מאחר שאין בידינו כל מידע קונקרטי באשר: לזהות הפעילים והמסיתים המרכזיים; טיב מעשיהם; השתייכותם הארגונית ומעורבותם בפעילות טרור, או פעילות עוינת אסורה אחרת, והאם ובאיזה אופן הם היו סכנה מיידית וממשית, אשר הצריכה – כמוצא אחרון – ירי.

63. טרם סיום ראוי להוסיף כי לקראת האירועים האלימים, מושא ענייננו – התקיימה היערכות משמעותית בצה"ל, אשר במסגרתה, המפקדים תדרכו את הכוחות שנפרשו בשטח בדבר כללי הפתיחה באש הגזרתיים, והכוחות צוידו באמצעים שאינם קטלניים לפיזור הפרות הסדר. המשיבים ציינו לא אחת את החשיבות הרבה שהם מייחסים לצמצום בהיקף הנפגעים בהפרות הסדר האלימות, ככל שניתן, בנסיבות. בהתאם לכך, רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים כי מיד לאחר האירועים האלימים שהתרחשו ב-30 במרץ 2018, ובאופן מתמיד מאז, מתקיים תהליך סדור לתחקור ולהפקת לקחים מבצעיים ולהטמעתם. במסגרת זאת, נמסרו לכוחות הביטחון גם הדגשים שונים, אשר נועדו לצמצם עוד יותר, את היקף הנפגעים.

במקביל להפקת לקחים זו, המשיבים מסרו כי הם הפנו אירועים מסוימים, בהם נטען כי מותו של אדם נגרם כתוצאה מירי של כוחות צה"ל שלא בהתאם לפקודות ולהוראות הפתיחה באש – לבירור על-ידי המנגנון המטכ"לי העצמאי לתחקור אירועים חריגים, שהוקם בעקבות המלצת דו"ח ועדת טירקל ב'. בהקשר זה יצוין כי משימת המנגנון הינה לבצע תחקיר ובירור עובדתי מקיף של האירועים ואיסוף נתונים וחומרים רלבנטיים, כדי לספק למשיב 2 מידע עובדתי מלא, ככל הנדרש, לקבלת הכרעה בשאלה האם קיים חשד סביר לביצוע עבירה פלילית ולפתיחה בחקירה. הננו מניחים עם זאת כי ריבוי ההרוגים והפצועים עד הנה, והעובדה שעל פי הנטען על-ידי העותרים, רבים נפגעו בחלקי גוף עליונים, ואחדים גם בגב – יביא מחד גיסא להפקת לקחים לגבי האפשרויות לשימוש באמצעים חליפיים לא קטלניים ככל האפשר, ומאידך גיסא לבדיקה מעמיקה, באמצעות המנגנונים שנזכרו כאן, לגבי מה שקרה בעבר.

64. נוכח כל האמור לעיל, סבורני, איפוא, כי אין בידינו לבחון את האמצעים שצה"ל מפעיל בתגובה לאירועים האלימים שבבסיס העתירות, המתרחשים בסמוך למכשול הביטחוני, זאת הן משום הריסון הרב המתחייב בהפעלת ביקורת שיפוטית בכל הנוגע לפעילות צבאית מבצעית שאינה נוגדת על-פניה את הדין, ובמיוחד בנסיבות העניין כאשר הביקורת מתבקשת כלפי יישום מדיניות מבצעית המתרחשת בזמן אמת. משכך, מצאתי לנכון להותיר ב"צריך עיון" גם את שאלת תחולתו האקס-טריטוריאלי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – האם ובאיזה היקף הוא חל בנסיבות (השוו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בעמ' 560-561 (2005)). הוא הדין בשאלות זכות העמידה שהעלו המשיבים בבקשתם לדחות את העתירות על הסף.

65. למען הסר ספק יובהר לבסוף, כי כל האמור לעיל לא נועד לגרוע כהוא זה מחובתם של כוחות הביטחון לפעול לפי הכללים החלים עליהם הן מתוקף המשפט הישראלי והן מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי, גם אגב פעולות לחימה, בהקשר הנידון בענייננו, וכן לבחון, להרבות ולשפר ככל האפשר את השימוש באמצעים חלופיים לא קטלניים, כל זאת לצד קיום תהליך סדור לתחקור ולהפקת לקחים מבצעיים ואחרים ולהטמעתם.

66. לפיכך, ועל בסיס הנחתי כי המשיבים עומדים בהצהרתם, כפי שנמסרה לנו בכתובים ובמהלך הדיון שהתקיים בפנינו, לפיה הם והחייילים נוהגים בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המחייבים והדין הישראלי המקומי ומכבדים את החובות ההומניטאריות המוטלות עליהם מכוח דיני הלחימה בפעולות הננקטות על ידם במסגרת הפעילות למניעת העימותים והסיכונים מהאירועים האחרונים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירות במתכונתן הנוכחית – להידחות (ממילא לא מתקבלת גם הבקשה לצו-ביניים), והכל בלא צו להוצאות, וכך אציע לחברתי הנשיאה, א' חיות, ולחברי, השופט נ' הנדל שנעשה.

המשנה לנשיאה

אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר ולפיה דין העתירות להידחות ולהלן אבקש להוסיף ולפרט מספר נימוקים שהולכונים לתוצאה זו.

1. רצועת עזה נתונה מאז שנת 2007 תחת שליטת ארגון החמאס שהוכרז כארגון טרור בארץ ובעולם (בין היתר בארצות הברית, בבריטניה ובאיחוד האירופי). מזה כ-30 שנה קיים עימות מזוין (Armed Conflict) בין ישראל לארגון החמאס, הפועל פרט לעזה גם באזור יהודה ושומרון (ראו בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 534, 521 (2009) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 18 (30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני); הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 – ועדת טירקל דו"ח הוועדה חלק ראשון 43-44 (2011) (להלן: ועדת טירקל ודו"ח טירקל הראשון); לעניין זה כן ראו פסקה 38 לחוות דעתו של חברי המשנה ח' מלצר והאסמכתאות הנוספות המובאות שם).

זהו עימות מזוין בעל מאפיינים ייחודיים. הוא אינו מתקיים בין שתי מדינות אלא בין ישראל כמדינה ריבונית ובין ארגון טרור. בעניין רייצ'ל קורי ציינתי בהקשר זה כי:

"המלחמה המודרנית לובשת ופושטת צורה. במידה רבה אין מדובר עוד במלחמה שמנהל צבאה של מדינה אחת מול צבאה של מדינה אחרת אלא במלחמה, לעתים יומיומית, מול איומים חדשים שלא היכרנו בעבר שיוצרים גורמי טרור שונים בזירה הישראלית המקומית ובזירה הבינלאומית" (ההדגשות הוספו; ע"א 6982/12 עזבון המנוחה Rachel Aliene Corrie ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פסקה 11 (12.2.2015)).

2. אף שאין מדובר בעימות מזוין בין שתי מדינות עמדת מערכת המשפט בישראל היא כי יש לסווג את העימות המזוין בין ישראל לחמאס כעימות בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict) (ראו עניין רופאים לזכויות אדם, שם; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 549 (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים); דו"ח טירקל הראשון, שם), וכפי שנפסק לא אחת מדובר בעימות שאינו מתרחש בחלל נורמטיבי והוא כפוף לכללי המשפט הבינלאומי ולדין הישראלי הרלוונטי (עניין אלבסיוני, פסקה 20; פרשת הסיכולים

הממוקדים, בעמ' 547-545; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34 ((2002)).

3. במשפט הבינלאומי מקובל להתייחס לשתי פרדיגמות המסדירות מבחינה משפטית פעולות מבצעיות של כוחות הביטחון. האחת – פרדיגמת פעולות האיבה (Conduct of Hostilities) והשנייה – פרדיגמת אכיפת החוק (Law Enforcement). הפרדיגמה הראשונה מתייחסת, ככלל, למצבי לחימה, ואילו פרדיגמת אכיפת החוק מסדירה את התנהלות הכוחות במצבים שבהם מתבצעות פעולות של אכיפת החוק ושמירה על הסדר הציבורי ועל הביטחון (ראו דו"ח טירקל הראשון, בעמ' 187-188; לעמדת הצלב האדום ראו ICRC, International humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report 33 (2015) (להלן: דו"ח הצלב האדום); Nils Melzer, Conceptual Distinction and Overlaps Between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities *in* THE HANDBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW OF MILITARY OPERATIONS 34-33 (Terry D. Gill & Dieter Fleck ed., 2010) (להלן: Nils Melzer)).

כל אחת משתי הפרדיגמות מתייחסת כאמור לתרחישים מבצעיים שונים ומתווה על כן כללים שונים להתנהלות הכוחות בשטח, לרבות באשר למדיניות השימוש בכוח ובפרט בכוח בעל פוטנציאל קטלני. בתמצית, פרדיגמת פעולות האיבה מבחינה בין לוחמים ומחבלים ובין אזרחים. נקודת המוצא היא כי אזרחים זכאים להגנה מפגיעה וכי אין להתיר הפעלת כוח כלפי מטרות צבאיות הצפויה לגרור פגיעה באזרחים או במטרות אזרחיות מקום שבו הפגיעה עומדת ביחס בלתי מידתי לתועלת הצבאית הצפויה מן הפעולה (ראו למשל סעיפים 51(5)(ב) ו-57 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה (12.8.1949) שהם בעלי מעמד מנהגי; פרשת הטיכולים הממוקדים, בעמ' 573-577; ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 154-157 (2006)). בפרדיגמת אכיפת החוק הסמכות לעשות שימוש בכוח מוגבלת יותר, שכן היא מתייחסת ככלל למצבים שתכליתם אכיפת סדר. במסגרת פרדיגמה זו שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני ייעשה להשגת תכליות מסוימות (אשר היקפן שנוי במחלוקת בין הצדדים שבפנינו), וכמוצא אחרון ולאחר שמוצה שימוש באמצעים פוגעניים פחות (Nils Melzer, *The Use of Force in Armed Conflicts – Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms* 9-8 (Gloria Gaggioli ed., 2013) (להלן: חסמן המומחים של הצלב האדום)).

4. המלחמה בטרור ובארגוני הטרור מציבה בפני ישראל – ובשנים האחרונות גם בפני מדינות נוספות בעולם – אתגרים לא פשוטים בהתמודדות עם תרחישים מורכבים שאינם נופלים באופן מובהק תחת איזו משתי הקטגוריות שצוינו לעיל – פעולת "לחימה" או פעולת "אכיפת חוק". עמד על כך המלומד קנט ווטקיין, שהיה משקיף בוועדת טירקל:

"Global terrorism seems to straddle the law enforcement and armed conflict paradigms [...] Both military forces and their traditional law enforcement counterparts may be confronted with threats that range from violence associated with normal criminal activity to military type attacks under circumstances where it could be difficult to distinguish initially the nature or scope of the threat"

(Kenneth Watkin, Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle Over Legitimacy, HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND (CONFLICT RESEARCH 66 (2005); Kenneth Watkin, Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norm in Contemporary Armed Conflicts, 98 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 5 (2004); יובל שני "פרדיגמת אכיפת החוק ופרדיגמת הסכסוך החמוש" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2.9.2008) זמין ב: www.idi.org.il/parliaments/5478/6935).

עמדה על כך גם ועדת טירקל בציינה כי "במהלך עימות מזוין תיתכנה פעולות שסיווגן נמצא על התפר בין פעולות לחימה ובין פעולות אכיפת חוק" (הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 – ועדת טירקל דו"ח הוועדה חלק שני 64 (להלן: דו"ח טירקל השני)). במצבים מורכבים מעין אלה התנודות המתרחשות בשטח עשויות לחייב בחינה פרטנית של פרדיגמת הפעולה המתאימה לכל הפעלת כוח קונקרטי (ראו הדיון בהקשר זה במסמך המומחים של הצלב האדום, בעמ' 24-28; לעמדת הצלב האדום ראו דו"ח הצלב האדום, בעמ' 33-37).

5. לאורך השנים נאלצת ישראל להתמודד שוב ושוב עם מצבים מורכבים כאלה במהלך העימות המזוין המתמשך שבינה ובין חמאס וארגוני טרור אחרים הפועלים באזורנו. בעקבות כך נדרשו בתי המשפט לא אחת לאפיין את הפעילות המבצעית במקרים קונקרטיים ולקבוע אמות מידה אשר לפיהן ייקבע, למשל, האם מדובר באירוע "לוחמתי" החוסה תחת פטור מאחריות נזיקית לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים

(אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 9 (2002) (להלן: עניין בני עודה); ראו עוד ע"א 1459/11 עזבון המנוח מוחמד (נביל) נאפע חרדאן ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פסקאות 17-18 (16.6.2013); למקרים בהם פעולה שהחלה כפעולת "שיטור" הפכה לפעולה "מלחמתית" עקב סיבוך אליו נקלעו הכוחות או שינוי נסיבות פתאומי ראו למשל ע"א 8384/05 סאלם נ' מדינת ישראל (7.10.2008); ע"א 3030/05 זידאן נ' המפקד הצבאי באיו"ש (9.8.2006); ע"א 8599/02 חזימה נ' המפקד הצבאי באיו"ש (26.2.2006) – שבמסגרתם כוחות סיור שגרתיים של צה"ל נקלעו למתקפה ישירה של ירי, אבנים או חפצים אחרים; מנגד השוו ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005); ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'ה, פ"ד נז(3) 693 (2003); עניין בני עודה; עוד ראו רע"א 10482/07 עלאונה נ' מדינת ישראל (17.3.2010) שם דובר על פעולה מלחמתית באופייה שבמהלכה אירעה הפוגה שטיבה וטבעה לא הוברר; למקרה שבו נקבע כי ירי שבוצע מתוך מוצב כדי למנוע חדירת מאות מתפרעים מהווה פעולה "מלחמתית", ראו ע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל (4.11.2008).

6. האירועים מושא העתירות שבפנינו נסקרו בפירוט ובהרחבה בחוות דעתו של חברי המשנה ואין צורך להוסיף על הדברים. בתמצית אומר כי מזה כחודש וחצי מתקיימים בסמוך לגדר המערכת ברצועת עזה (להלן: הגדר או גדר המערכת) אירועים המוניים ואלימים בהשתתפות עשרות אלפי פלסטינים תושבי רצועת עזה, המאורגנים וממומנים על ידי ארגון חמאס וארגוני טרור נוספים הפועלים ברצועה. מארגני האירועים הללו שמו להם למטרה לפרוץ את גדר המערכת, לחדור לשטח ישראל ולבצע פעולות טרור נגד כוחות הביטחון הישראליים ותושבי ישראל המתגוררים בצדה השני של הגדר. במהלך אותם האירועים אכן פעלו הפלסטינים לחבל בגדר ולפרוץ אותה, בין היתר, תוך יצירת מסך עשן באמצעות הבערת צמיגים. כמו כן בוצעו על ידם פעולות טרור שכללו השלכת רימונים ובקבוקי תבערה, הטמנה והשלכה של מטעני נפץ וכן ירי לעבר הכוחות הישראליים. עוד שוגרו על ידי הפלסטינים במהלך אירועים אלה עפיפוני תבערה אשר גרמו לשרפות נרחבות ולהשחתת שדות ורכוש רב בישובים הישראליים הסמוכים לגדר. באחד האירועים אף הושחת לחלוטין מעבר כרם שלום אשר שימש להעברת סחורות, דלק וגז מישראל לרצועה. שיאם של האירועים היה, לעת הזו, ביום 14.5.2018 בו השתתפו כ-45,000 פלסטינים שהתפרסו על פני 13 מוקדים לאורך גדר המערכת לביצוע הפעולות המתוארות לעיל.

7. אירועים אלה מעמידים בפני כוחות הביטחון הישראלים את אחד האתגרים המשמעותיים ביותר שעמו עליהם להתמודד. זאת בשל מצב הדברים המורכב שיוצרים בשטח – בכוונת מכוון – ארגון החמאס וארגוני הטרור האחרים המובילים את האירועים. המורכבות של המצב נובעת בעיקרה מן העירוב שבין פעילי הטרור ובין האוכלוסייה האזרחית ובהם נשים וילדים, הנוטלים חלק באירועים. עירוב מכוון זה מיועד לטשטש ולהקשות על איתור פעילי הטרור בתוך המון האדם המשתתף באירועים על מנת לאפשר לאותם פעילים לבצע את פעולות הטרור שתוארו, בחסות האוכלוסייה האזרחית. על התנהלות מכוונת ופסולה זו אותה נוקטים ארגוני הטרור באופן שיטתי עמד בהקשר אחר המשנה לנשיאה א' ריבלין בפרשת הסיכולים הממוקדים בצינו:

”אכן, במלחמה קונבנציונאלית הלוחמים מזוהים ומובחנים מן האוכלוסייה האזרחית. ניתן לפגוע בלוחמים אלה (בכפוף להגבלות של המשפט הבינלאומי). באזרחים אין לפגוע. בדומה, במסגרת המאבק כנגד הטרור מותר לפגוע בלוחמים פורעי-החוק הבינלאומי, אולם יש להימנע, ככל האפשר, מפגיעה באזרחים. הקושי נובע כמובן מן העובדה שהלוחמים הבלתי-חוקיים, בהגדרה, אינם פועלים לפי דיני המלחמה, ובכלל זה, הם פועלים לעיתים קרובות במסווה מתוך אוכלוסייה אזרחית – זאת בניגוד להוראותיו המפורשות של הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה. הם עושים כן כדי לזכות ביתרון הנובע מכך שהעומד מולם מבקש לכבד את כללי המשפט הבינלאומי [...] אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי-החוק לבין האזרחים” (ההדגשות הוספו; פרשת הסיכולים הממוקדים, בעמ' 594).

איום נוסף פרט לפעולות הטרור המבוצעות בחסות האירועים ההמוניים המערבים אוכלוסייה אזרחית, הוא האיום שאותו תיארו המשיבים כ”פריצה המונית של המכשול הביטחוני מצד אלפי פלסטינים, ששולהבו לחדור לשטח הארץ, להגיע ליישובים ישראלים המצויים מאות מטרים בלבד מהמכשול ולפגוע בחיילים המוצבים במכשול עצמו ואולי אף באזרחים המתגוררים בקרבתו”.

מציאות דברים זו “מבית היוצר” של ארגון החמאס וארגוני הטרור האחרים מעוררת, על פניה, קושי לסווג באופן מובהק את האירועים שבמוקד העתירות דנן, לאחת משתי הפרדיגמות שעליהן עמדנו לעיל. מדובר למעשה באירועים אשר בהם משמשים בערבוביה מאפיינים של כל אחת משתי הפרדיגמות – פרדיגמת פעולות האיבה ופרדיגמת אכיפת החוק. על כן עומדת, כאמור, בפני כוחות הביטחון הישראלים

משימה מורכבת ביותר. עליהם לפעול לסירוגין ובמהלך אותו אירוע עצמו על פי הכללים השונים החלים בכל אחת משתי הפרדיגמות.

8. לכך יש להוסיף את העובדה כי המרחב שבו מתקיימים האירועים, הוא המרחב הסמוך לגדר המערכת החוצצת בין ישראל ובין רצועת עזה. מרחב זה מסמן הלכה למעשה חייץ בין מדינת ישראל ותושביה ובין אוכלוסייה פלסטינית עוינת בעזה הנשלטת על ידי ארגון טרור, שעמו נתונה ישראל בעימות מזוין מזה כ-30 שנה. ובמילים אחרות, לישראל אין שליטה פיזית באזור שבו מתרחשות הפרות הסדר. משכך, לא עומדים לרשות כוחות הביטחון אמצעי "שיטור ואכיפה" כגון מעצר וחקירה, המאפיינים התמודדות עם הפרות סדר אלימות המתרחשות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (השוו לעמדת הנשיא (בדימ') א' ברק בפרשת הסיכולים הממוקדים, בעמ' 572 ולעמדת המשנה לנשיאה א' ריבלין בעמ' 590 וכן השוו Nils Melzer, Targeted Killing in Operational Law Perspective in THE HANDBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW OF MILITARY OPERATIONS 282 (Terry D. Gill & Dieter Fleck ed., 2010), אלא אם כן חוצים המשתתפים את הגדר ואז ניתן לעוצרם. מגבלה זו מבחינת קשת האמצעים שעומדת בנסיבות העניין לרשות כוחות הביטחון, נושאת אף היא משקל בעת בחינת האמצעים הננקטים על ידם.

9. כפי שפירט חברי המשנה ח' מלצר בחוות דעתו, העתירות שבפנינו מכוונות כנגד הוראות הפתיחה באש של צה"ל באירועים הללו וכנגד האופן שבו הן מיושמות בשטח "כלפי אזרחים לא חמושים תושבי רצועת עזה [...] שאינם מסכנים באופן ממשי ומיידי חיי אדם". העתירות הוגשו בעוד האירועים מתרחשים בשטח ועל הקושי שבקיום ביקורת שיפוטית תוך כדי התרחשות אירועים כגון אלה, עמד בית משפט זה בעבר, בין היתר, בבג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (להלן: עניין רפיח)) בציינו כי "בנסיבות כאלה הליך הביקורת מוגבל ולוקה בהיעדר כלים מספיקים לבירור הנתונים הרלוונטיים כדי לבחון אותם בזמן אמת וליתן סעדים יעילים בגינם" (שם, בעמ' 410). בית המשפט הוסיף והדגיש בעניין רפיח כי אין זה תפקידו של בית המשפט לנקוט עמדה באשר לאופן ניהול הפעילות הצבאית על ידי צה"ל וכי הביקורת השיפוטית נועדה אך כדי לבחון את חוקיותה של פעילות זו על פי אמות המידה הקבועות בדין הבינלאומי ובדין הישראלי והנוגעות לעניין (עניין רופאים לזכויות אדם, בעמ' 533; עניין רפיח, בעמ' 393).

אם לא די בקושי המובנה הניצב בפני בית המשפט בעת שהוא נדרש להתייחס לעתירות המוגשות תוך כדי התרחשות האירועים, הוסיפו העותרים קושי על קושי בעת

שהתנגדו במהלך הדיון בפנינו לכך שנקיים דיון במעמד צד אחד במסגרתו נוכל לקבל מאת גורמי הביטחון הסברים והבהרות ככל שידרשו, וכן חומר מודיעיני חסוי לאחר שיוצגו בפנינו ההוראות המסווגות לפתיחה באש שעל פיהן פועל צה"ל במהלך האירועים דנן. אנו סברנו כי לנוכח התנגדותם זו של העותרים יש להסתפק בתיאור הגלוי של הוראות הפתיחה באש כפי שהובא בתגובת המשיבים ואין טעם לקיים דיון במעמד צד אחד לעיון בהוראות, בלא שיש בידנו לקבל הבהרות והסברים. זאת, כפי שציין חברי המשנה ח' מלצר משום ש"בהוראות הפתיחה באש יש התייחסות שונה למצבים מגוונים, ואין אפשרות לפרש, או לנתח את ההוראות הללו מבלי להבין באילו מצבים ספציפיים מדובר" (ראו בפסקה 62 לחוות דעתו). סירובם של העותרים לאפשר לנו לבחון את הדברים תוך התייחסות להתפתחויות הדינמיות בשטח, מערים כאמור קושי נוסף על הקושי הקיים ממילא בהליך המתנהל תוך כדי התרחשות האירועים והוא מקשה על עריכת הבירור הנדרש. לנוכח סירוב זה קמה בשלב זה על פי ההלכה הפסוקה חזקה לטובת הרשות כי פעולתה נעשתה כדין בהתבסס על החומר החסוי שהצגתו לא התאפשרה (ראו בג"ץ 4350/14 אלדין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 5 (13.7.2014); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף – האלוף יאיר גולן (15.2.2012)).

10. על פי התיאור הגלוי של הוראות הפתיחה באש שהציגו המשיבים בטיעוניהם, ההוראות מאפשרות שימוש בירי חי רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות אשר מהן נשקפת סכנה ממשית וקרובה לכוחות צה"ל או לאזרחים ישראלים והן קובעות כי ההתמודדות עם הסכנה תעשה באופן הדרגתי: תחילה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי קטלניים לפיזור הפגנות. בהמשך, ככל שהשימוש באמצעים אלה לא הוביל להסרת הסכנה הנשקפת מהפרת הסדר האלימה, ההוראות מתירות ירי מדויק לעבר רגליו של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" במטרה להסיר את הסכנה. נטען כי ההוראות קובעות שעל הירי לעבר רגליו של מפר הסדר המרכזי או המסית המרכזי להתבצע כמוצא אחרון בלבד ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות. המשיבים הבהירו כי ההוראות אושרו על ידי הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה וכי ההוראות אינן מתירות ירי חי לעבר אדם אך בשל שהייתו באזור החיץ או בשל הימצאותו בסמוך לגדר המערכת, והן אינן מתירות ירי חי לעבר אדם אך בשל השתתפותו בהפרת סדר אלימה או תמיכתו בארגון בחמאס. המשיבים הוסיפו וציינו כי מדיניות השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני – בהתאם לכללים המשפטיים הרלוונטיים – נבחנת בכל הפעלת כוח קונקרטי בהתאם לנסיבות המשתנות בשטח ולפי שיקול דעתם המקצועי של גורמי הצבא המנהלים את האירועים. כך למשל מציינים המשיבים כי "בנסיבות מסוימות, לרבות כאשר מידע פרטני מצביע על השתתפותו של

אדם בפעולות האיבה במהלך האירועים (למשל, כאשר מזוהה אדם המחזיק במטען חבלה בידו), הפעלת הכוח כלפיו חוסה תחת פרדיגמת פעולות האיבה".

11. תיאור זה של הוראות הפתיחה באש מעלה כי לעניין שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני ההוראות מבחינות, בעיקרו של דבר, בין שלוש קבוצות הנוטלות חלק באירועים האלימים. האחת, עמה נמנים מי שבמהלך האירועים נוטלים חלק ישיר ופעיל בביצוע פעילות טרור ולגביה אין חולק כי ניתן לעשות שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני בהתאם לכללים הקבועים בפרדיגמת פעולות האיבה. השנייה, עמה נמנים מפרי סדר מרכזיים ומסיתים מרכזיים. והשלישית, עמה נמנים משתתפים אחרים ובכלל זה מפרי סדר שאינם מבצעים איזו מן הפעילויות המיוחסות לשתי הקבוצות האחרות. לגבי שתי הקבוצות האחרונות חלים לגישת העותרים והמשיבים כאחד הכללים הקבועים בפרדיגמת אכיפת החוק.

מהתיאור הנ"ל של הוראות הפתיחה באש עולה כי הן קובעות אמות מידה של שימוש הדרגתי באמצעים להתמודדות עם הסכנות הנובעות מן האירועים וכי אמות מידה אלה עומדות ביחס ישיר לחומרת הסכנה ולוודאות התממשותה. עוד עולה מן התיאור הנ"ל כי על פי ההוראות שנקבעו, הפעלת כוח בעל פוטנציאל קטלני במקרה קונקרטי כפופה לעקרונות המחמירים של צורך ומידתיות הקבועים בדין הבינלאומי בכל אחת מן הפרדיגמות הרלוונטיות לאותו המקרה (השוו ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 374, 353 (1990); ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 197, 224 (1971); כן ראו עוד דו"ח טירקל הראשון, בעמ' 191).

12. הקטגוריה השנייה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" שאליה מתייחסות הוראות הפתיחה באש, לא עוגנה – על פי האסמכתאות שהביאו המשיבים בפנינו – בדין הבינלאומי והדברים נאמרים בזהירות המתבקשת בהינתן העובדה שלא התאפשר לנו לבחון במעמד צד אחד את החומר המודיעיני הרלוונטי ולקבל הבהרות והסברים באשר למאפייניה. חברי המשנה התייחס בהקשר זה בחוות דעתו לפסק הדין שניתן לפני כשנה בבג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (18.7.2017) (להלן: עניין אלמסרי) (בקשה לדיון נוסף נדחתה: ראו דנג"ץ 6626/17 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (16.10.2017)), בו נדחתה עתירה להורות בדיעבד על פתיחה בחקירה פלילית לגבי ירי שביצעו חיילי צה"ל לעבר העותר במהלך הפרות סדר אלימות בשנת 2011 בגבול עם לבנון, משום "שנחשד כמסית או כמפר סדר מרכזי המסכן את בטחון החיילים". ואולם, בעניין אלמסרי הוראות הפתיחה באש לא הוצגו בפני בית המשפט ושאלת חוקיותן בהקשר זה של מפרי סדר מרכזיים או מסיתים מרכזיים לא התבררה על

ידו (ראו שם, פסקה 29). עם זאת ובדומה לעניין אלמסרי, אין להוציא מכלל אפשרות כי במסגרת בחינה בדיעבד ככל שתתקיים לגבי מקרים קונקרטיים אשר בהם נעשה שימוש באש חיה, יימצא כי הייתה לכך הצדקה על פי כללי הדין הבינלאומי והדין הישראלי בהינתן מכלול הנתונים העובדתיים שיוצגו באשר למידת מעורבותם והסכנה שנבעה מהם.

13. אכן, בנסיבות שנוצרו בענייננו, אני סבורה כי המקום לברר את הטענות העולות לגבי פגיעות במי שמשתייכים לקטגוריה של מפרי סדר מרכזיים או מסיתים מרכזיים הוא בתחקירים מבצעיים ואחרים, שעל טיבם אעמוד להלן, אשר מתבצעים ויוסיפו להתבצע בדיעבד לגבי יישום ההוראות. ואמנם, עיון בעתירות מלמד כי רבות מהטענות המועלות בהן אינן מכוונות כלפי חוקיות הוראות הפתיחה באש ככאלה, אלא כלפי האופן שבו הן מיושמות בשטח על ידי המפקדים והחיילים. העותרים בבג"ץ 3250/18 אף טענו כי הם מוכנים להניח שהוראות הפתיחה באש חוקיות או כדברי באת כוחם, עו"ד בשארה "אניח לצורך הדיון, בלי להסכים לסיווגו של המידע, כי ההוראות הכתובות על הנייר הן הכי קפדניות" (פרוטוקול הדיון מיום 30.4.2018, בעמ' 8, שורות 16-17). אך הם הוסיפו והדגישו כי ב"מבחן התוצאה" ולנוכח היקף הנפגעים וההרוגים בקרב הפלסטינים, המסקנה המתבקשת לגישתם היא כי השימוש שנעשה באש חיה נוגד את הדין הבינלאומי ואת הדין הישראלי וכי יש לאסור על שימוש בצלפים או באש חיה לצורך "פיזור הפגנות אזרחיות ו/או לפיזור המון בעזה".

בשונה מבדיקת חוקיותן של הוראות הפתיחה באש, שעליה אמון בית המשפט, בדיקת האופן שבו מיושמות הוראות אלה נוגעת להיבטים מקצועיים אשר ספק אם יש בידי בית המשפט – בייחוד בעת שהאירועים מושא העתירות עודם מתרחשים – הכלים לקיימה (השוו בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום – דורון אלמוג, פ"ד נז(4) 193, 196 (2003); בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6, 8 (2002)). בשלב זה ובייחוד לנוכח החזקה הקמה כמפורט בסעיף 9 לעיל, אין בידינו לקבוע כי יישום הוראות הפתיחה באש בוצע שלא כדין.

14. כפי שציין חברי המשנה בחוות דעתו, צה"ל נקט אמצעים מגוונים טרם תחילת האירועים על מנת למזער ככל הניתן את הנזק שעלול להיגרם לאזרחים בלתי מעורבים שייטלו בהם חלק. כמו כן, לצד אמצעים אלה מקיים צה"ל תוך כדי התרחשות האירועים הליך סדור של הפקת לקחים מבצעיים שבעקבותיו ניתנים לכוחות בשטח דגשים והבהרות כדי לצמצם – כמידת האפשר – את היקף הנפגעים בקרב הפלסטינים.

המשיבים אף הדגישו בפנינו כי תקריות מסוימות, בפרט מקרים בהם נטען כי נגרם מותו של אדם כתוצאה מירי של כוחות צה"ל בהקשר של הפרות סדר, הופנו לבירור של מנגנון מטכ"לי עצמאי לתחקור אירועים חריגים. מנגנון זה מורכב מקצינים בעלי תחומי מומחיות רלוונטיים והם מצויים כולם מחוץ לשרשרת הפיקוד של האירועים הנוכחיים. תכליתו של המנגנון האמור היא קיום בירור עובדתי מקיף ואיסוף חומרים ונתונים רלוונטיים על מנת לאפשר לפרקליט הצבאי הראשי (המשיב 2 בעתירות דנן) לקבל את מלוא המידע הנדרש לצורך הכרעה בשאלה האם קיים חשד סביר לביצוע עבירה פלילית באירוע קונקרטי, המצדיק פתיחה בחקירה. מנגנון זה משמש גם כערוץ נוסף להפקת לקחים מבצעיים שממצאיו יועברו לבחינתו של הפרקליט הצבאי הראשי.

למען הסר ספק יודגש, אפוא, כי פסק דיננו זה אינו בא חלף הליכים של בירור וחקירות בדיעבד כאמור (לחובות החקירה החלות על המדינה לחקור פעילות אכיפת חוק במסגרת עימות מזוין ראו דו"ח טירקל השני, בעמ' 94-96). זאת לאחר היאסף כל המידע הנדרש וקבלת תמונה עובדתית מלאה וממצה (השוו בג"ץ 9594/03 בצלם נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 11 (21.8.2011); עניין רופאים לזכויות אדם, בעמ' 534).

15. מכל הטעמים המפורטים לעיל אני מצטרפת, כאמור, למסקנתו של חברי המשנה ח' מלצר כי דין העתירות להידחות.

הנשיאה

השופט נ' הנדל:

1. אני מסכים ומצטרף למסקנתו ולעיקר דבריו המקיפים של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, ומצטרף באופן מלא לחוות דעתה המשלימה והבהירה של חברתי הנשיאה א' חיות. נוכח חשיבות הסוגיה שעל הפרק, מצאתי להוסיף מספר הדגשים.

2. אם נתבונן על שתי העתירות כמכלול, לרבות הטענות שהתווספו במהלך הדיון ולאחריו, הן מופנות כלפי חוקיות הוראות הפתיחה באש, וכלפי אופן יישומן בשטח. עולה כי צה"ל מסור להוראות אלו כמחייבות, כחלק מתפיסתו כצבא וכחלק מהדין הבינלאומי. הווי אומר, כי ההוראות מבטאות הכרה בשתי הפרדיגמות המקובלות בדין הבינלאומי – פרדיגמת פעולות האיבה ופרדיגמת אכיפת החוק – בשוני בין פעולות

לחימה לפעולות שיטור, ובמאמץ להימנע מפגיעה באזרחים בלתי מעורבים אף בזמן לחימה בכפוף לשיקולים של צורך ומידתיות.

אמנם, בין טענות באי כוח העותרים נטען כי התוצאות בשטח מלמדות על פגם בהוראות. אולם, כפי שיובהר מיד, מסקנה זו עומדת בסתירה להוראות הפתיחה באש כפי שהוצגו על ידי המשיבים. מאחר והעותרים מנעו את העיון בהוראות הפתיחה באש במעמד צד אחד, אין לנו אלא להתייחס לתיאורן על ידי המשיבים:

”הוראות הפתיחה באש מאפשרות ירי חי רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות אשר מהן נשקפת סכנה ממשית וקרובה לכוחות צה”ל או לאזרחים ישראלים [...] ההתמודדות עם הסכנה תיעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי-קטלניים לפיזור הפגנות. אם השימוש באמצעים אלו לא הביא להסרת הסכנה הנשקפת מהפרת הסדר האלימה, הכללים מתירים ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי במטרה להסיר את הסכנה מהפרת הסדר האלימה” (פסקה 44 לתגובה המקדמית).

משמע, ההוראות מאפשרות הפעלת כוח בעל פוטנציאל קטלני רק כמוצא אחרון, ובכפוף לקיומם של צורך הכרחי ומידתיות – ועל כן הן עולות בקנה אחד עם פרדיגמת אכיפת החוק, וביתר שאת עם פרדיגמת פעולות האיבה. צא ולמד כי צבא ההגנה לישראל קיבל על עצמו, בנסיבות המקרה הנדון, פרשנות קפדנית של הדין הבינלאומי. והכוונה היא למישור הצורך, בעניינו הובהר כי השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני ייעשה כמוצא אחרון רק במקרה של “סכנה ממשית וקרובה לכוחות צה”ל או לאזרחים ישראלים”, ולא לשם הבטחת החוק והסדר גרידא (אשר ללגיטימיות הצורך האחרון, ראו גיל לימון המאבק בטרור בראי המשפט הבין-לאומי 248 (2016), תוך הפניה לסעיף 2(2) לאמנה האירופית לזכויות האדם; הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 – ועדת טירקל דו”ח הוועדה חלק ראשון 204 (2011), והמקורות מהדין הבינלאומי שהובאו שם).

מכל מקום, נדמה כי לא תוכן ההוראות עומד במוקד. כך גם עולה מדברי ב”כ העותרים בבג”ץ 3250/18, כי הייתה מוכנה להניח לצורך הדיון כי “הוראות הכתובות על הנייר הן הכי קפדניות” (ראו פרוטוקול הדיון מיום 30.4.2018, עמ’ 8 שורות 16-17; פסקה 13 לחוות דעת חברתי הנשיאה) – אלא שיישומן בשטח בעייתי. לסוגיה זו נפנה עתה.

3. כאשר למבחן יישום ההוראות בשטח, המלאכה קשה יותר. בהשאלה מדברי חברתי הנשיאה, קיים קושי על קושי אינהרנטי בהכרעה, כתוצאה מסירובם של העותרים לאפשר דיון במעמד צד אחד בחומר הסודי הרלוונטי – ואף קיים קושי שלישי, כי העובדות השתנו והתפתחו תוך כדי הדיון ובכל מקרה התשתית העובדתית הנדרשת להכרעה לא הובאה בפנינו. על אף האמור, ולו כדי להבהיר את גבולות השאלה, אתייחס למבחני המידתיות והצורך, החלים במסגרת שתי הפרדיגמות.

חלוקת הפרדיגמות לשניים עלולה להטעות. כך, לא מפני שאין היגיון וטעם בהבחנה – ואכן יש – אלא מפני שהמציאות טופחת על פני סיווגים נקיים ומסודרים כאילו כל פרדיגמה שוכנת במגרה נפרדת. במקרה שלפנינו, הקושי בזיהוי הפרדיגמה הרלוונטית אינו מקרי; נהפוך הוא: החמאס וארגוני הטרור מנסים במכוון לטשטש את הגבולות בין פעילות מחאה אזרחית ופעילות לחימה, ולנצל את דיני הלחימה, תוך יצירת ערבוביה במציאות בעלת שני כובעים. ברם, אין לאפשר לארגון טרור המערב במכוון בין האוכלוסייה האזרחית לפעילי טרור בסמוך לגדר, ומסכן, בחסות הערבוביה, את חיי חיילי צה"ל ואזרחי ישראל, לשתק את הצבא ולמנוע ממנו להתגונן ולהגן מפני האיום, שיש ודאות קרובה להתממשותו.

אף ניתן לומר כי "הקול קול מחאה והידיים ידי טרור". באי כוח העותרים שמו דגש על מבחן התוצאה תוך הפנייה למספרים, ובמיוחד לאירועים בתאריך 14.5.2018. ברם, לא בוחנים מידתיות רק לפי תוצאה ולא רק לפי מספר מסוים. נכון כי יש להבין את התמונה המלאה, ומספר הנפגעים רלוונטי. בד בבד, באותה מידה בבוא צה"ל להתמודד עם הסכנה יש חשיבות למספר האנשים בשטח, למשל, כ-45,000 במועד האמור, ולסכנה כי האירוע, על מיקומו הרגיש בסמוך הגדר ובמספר מוקדים, יצא משליטה – וליתר דיוק, יישלט על ידי ארגוני הטרור החפצים לפגוע בחסותו בחיי אדם. אף מנתונים אלה לא ניתן להתעלם.

4. אבהיר – מטרתי אינה להכריע בשאלת היישום. מובן שאף במציאות מורכבת יש לעמוד בדרישות הצורך והמידתיות, תוך הבחנה בין שלוש הקבוצות השונות – מבצעי פעולות איבה, מפרי סדר ומסיתים מרכזיים, ואנשים שאינם משתייכים לקבוצות אלה. נטען על ידי המדינה כי יישום ההוראות היה בהתאם למבחנים הכלליים ולצרכים שנוצרו בשטח. כחבריי, אינני סבור כי במסגרת עתירה זו ניתן להכריע בעניין. זאת, בהעדר תשתית עובדתית מספקת, ובטרם בוצעו התחקירים הפנימיים על ידי צה"ל – בהתאם לחובתו ובאמצעות מנגנוני הפיקוח שיצר.

דוגמה נוספת למורכבות מלאכת היישום עניינה הקטגוריה של מפרי חוק או מסיתים מרכזיים שלגביה נקבעו, כאמור, הוראות פתיחה באש ייחודיות. נדמה כי אין לשלול התייחסות מעשית שונה לקבוצה זו, שכן התמודדות עם האתגר המיוחד שנוצר בשטח מובילה ליישום דרישת המידתיות גם באמצעות הבחנה בין מפרי סדר מרכזיים לאחרים. קטגוריה זו אמנם מפנה את הזרקור אל קבוצה מסוימת, אך מגבילה מאד את הפגיעה באחרות. לשון אחר, מלאכת היישום, על הכללים המחייבים גם לשיטת הצבא, דורשת התאמה ובחינת המתרחש בשטח. אם בתחומי המשפט האזרחי הדין נגזר מהעובדות, על אחת כמה וכמה שמבט זה ראוי בכל הקשור לדיני המלחמה – על מורכבות יישומם במציאות עמומה ודינמית.

נסכם ונאמר: האמרה כי הדין נגזר מהעובדות מקפלת בתוכה הכרה בתשתית הקונקרטי, אך גם שיש דין והוא חל אף בתחום בו עסקינן.

5. כך ראוי למדינה יהודית ודמוקרטית. נזכיר כי, כפי שפסק הרב שאול ישראלי ז"ל (חתן פרס ישראל למדעי היהדות, ראש ישיבת מרכז הרב וחבר במועצת הרבנות הראשית, שהלך לעולמו בשנת 1995), המשפט העברי מייחס משקל רב להוראות המשפט הבינלאומי בכל הקשור לדיני המלחמה –

“ועל כן יש לראות הסכמת העמים שמלחמה היא אחד האמצעים החוקיים, כל עוד שהעמים הנלחמים שומרים על הנוהג המקובל בעמים ביחס למלחמה [...] ומעתה נאמר שדינא דמלכותא שבין מדינה למדינה הוא גם כן מטעם הסכמת בני המדינות, ואף על פי שזה נוגע לדיני נפשות הסכמתם מועילה. וזהו היסוד של חוקיות המלחמה” (עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה (1992)).

בה בעת, וכפי שציין הרב אהרן ליכטנשטיין (חתן פרס ישראל לספרות שהלך לעולמו בשנת 2015):

“בימינו הפכה המלחמה להיות מלחמה טוטאלית. שוב אין היא מפרידה כבימי הביניים בין הקוים ובין אחורי הקוים. ועל כן קשה היא ההפרדה בין אוכלוסיה אזרחית ובין צבא לוחם... ואולם גם בהלכה אין רצפט קבוע לכל מקרה. כל מאורע צריך להיות נידון לגופו על פי תנאיו ואופיו המיוחדים” (תחומין ד, 185-184 (תשמ"ג)).

”כלי המלחמה השתנו, אך לא רק. לעתים צד נוקט בשבירת הכללים תוך ניצולם, בכדי ליצור יתרון, על כל המשתמע מכך, מול הצד השני” (ע”א 4112/09 פלוני נ’ המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פסקה 5 לחוות דעתי (3.1.2012)). לא רק שמדינת ישראל רשאית להשיב מלחמה לארגוני טרור המנסים לנצל את הכללים על מנת לפגוע באזרחיה ובחייליה, אלא שזו חובתה.

כללי הדין בלחימה נגד הטרור מחייבים בדיקה קונקרטית של כל מקרה ומקרה, והחובה בשמירה קפדנית על הדין מחייבת העמקת והכנת העובדות בשטח.

6. אני מצטרף לעמדת חבריי כי דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט פה אחד לדחות את העתירות.

ניתן היום, י' בסיון התשע”ח (24.05.2018).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה