

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 3003/18
בג"ץ 3250/18**
קבוע לדיון ביום 30.4.18

1. יש דין – מתנדבים לזכויות אדם
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
 4. המוקד להגנת הפרט
- על ידי בא כוח עוה"ד מיכאל ספרד ו/או מיכל פסובסקי ו/או סופיה ברודסקי מטעם ארגון יש דין
רח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812
טלפון: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

ובאמצעות עוה"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ואח' מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165
מייל: roni@acri.org.il

העותרים בבג"ץ 3003/18

1. עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 2. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם בעזה
- על ידי בא כוח העותר עוה"ד סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או פאדי חורי
מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טלפון: 054-2490669; 050-7456580
מייל: suhad@adalah.org

העותרים בבג"ץ 3250/18

נ ג ד

1. ראש המטה הכללי של צה"ל
 2. הפרקליט הצבאי הראשי
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

ארגון "אלמגור" – ארגון נפגעי טרור
על ידי בא כוח עוה"ד שמואל פז ו/או מוריס הירש
רח' זהבית 13, יבנה 81502
טלפון: 08-9438161; פקס: 08-9327343

המבקש להצטרף כצד להליך בבג"ץ 3003/18

תגובה מטעם המדינה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד (כבי השופט ע' פוגלמן; כבי השופטת ע' ברון; שתי ההחלטות מיום 23.4.18), ולקראת הדיון הקבוע בשתי העתירות שבכותרת, מתכבדים המשיבים (לעיל ולהלן: "המדינה" או "המשיבים") להגיש תגובתם לעתירות, כדלקמן.

2. עניינן של שתי העתירות שבכותרת הוא בהוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני בין רצועת עזה לישראל הרלוונטיות לאירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב האמור.

במסגרת העתירות מבוקשים צווים-על-תנאי, כמפורט להלן.

בגדרי בג"ץ 3003/18 (להלן גם – "העתירה הראשונה" או "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 ומיידי 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".

בגדרי בג"ץ 3250/18 (להלן גם – "העתירה השניה" או "עתירת עדאלה"):

"א. מדוע לא ייקבע כי מדיניות הפתיחה באש כלפי מפגינים בעזה שהחלה ביום 30.3.2018 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. כן הוגשו במסגרת שתי העתירות בקשות לקיום דיון דחוף, ובמסגרת 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 זו". בהחלטת בית המשפט הנכבד (כבי השופטת ע' ברוך) מיום 23.4.18, נקבע כי "הבקשה למתן צו ביניים תידון על ידי ההרכב שידון בעתירה".

4. המדינה תטען כי דין העתירות להידחות, הן בשל שורה של טענות סף העומדות כנגד חלק ניכר מן הטענות, הן לגופם של דברים, ביחס לכלל הטענות המועלות בשתי העתירות; וכי אין כל מקום להתערבות שיפוטית בענייננו, בין היתר בשים לב למתחם שיקול הדעת הרחב המסור למשיבים, ולמתחם ההתערבות השיפוטית המצומצם והצר עד מאוד – בעניינים כגון דא.

5. במישור הסף, יצוין כבר עתה, כי התשתית העובדתית הניצבת בבסיס העתירות היא, בכל הכבוד, פגומה וחסרה, הן ביחס לתוכן של הוראות הפתיחה באש, והן ביחס לאופיים ומהותם של האירועים מושא ענייננו, והיא אינה עולה בקנה אחד עם מצב הדברים בהווייתו; על בסיסה, מסיקים העותרים מסקנות משפטיות שגויות, בראש ובראשונה ביחס לסיווגם של האירועים כ"אירועים אזרחיים מובהקים", כביכול; אלא שבחינת המציאות לאשורת, מעלה כי המדובר באירועים המהווים חלק מן העימות המזוין בין ארגון הטרור חמאס לבין ישראל, על כל המשתמע מכך.
6. לגופם של דברים, בתמצית, יצוין כבר עתה: הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם הדין הישראלי ועם הדין הבין-לאומי, ובתוך כך אף עם פסיקתו של בית-המשפט הנכבד.
- נקודת המוצא לעמדת המדינה היא כי האירועים האלימים הנ"ל מתרחשים כחלק מהעימות המזוין בין ארגון הטרור חמאס לבין ישראל, ועל כן המסגרת המשפטית המסדירה פתיחה באש במסגרתם היא דיני הלחימה. לעמדת המדינה, אופיים המורכב של האירועים, כמתואר בהרחבה להלן, מחייב להבחין, במסגרת דיני הלחימה, בין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של פעולות איבה (למשל, כאשר הפתיחה באש נעשית במסגרת הלחימה בין חמאס לישראל) ובין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של אכיפת חוק.
- במסגרת התגובה שלהלן, תביא המדינה מפסיקתו של בית-המשפט הנכבד בכל הנוגע להוראות פתיחה באש, בדגש על נסיבות שבהן כוחות הביטחון נדרשים להתמודד עם הפרות סדר המוניות מסכנות חיים. כמו כן המדינה תתאר, במגבלות הניתן מטעמי סיווג, את הוראות הפתיחה באש שבתוקף במרחב המכשול הביטחוני שבין רצועת עזה לישראל, ותטען כי אין כל ספק באשר לחוקיותן. כמו כן נתייחס לטענותיהם המהותיות של העותרים, ונראה כי דינן להידחות, אחת לאחת.
7. המדינה תציין כבר עתה כי ברצונה להציג לבית המשפט הנכבד בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד בלבד, ככל שתיתכן לכך הסכמת העותרים, מידע מסווג בשני היבטים:
- א. העתק הוראות הפתיחה באש המלאות והמסווגות מושא ענייננו.
- ב. מידע מודיעיני מסווג הרלוונטי לאירועים האלימים מושא ענייננו.
- המדינה סבורה כי המידע המסווג מחזק את המסקנות שיפורטו להלן, הן ביחס לחוקיותן של הוראות הפתיחה באש, הן ביחס לאופיים של האירועים הנדונים.
8. הכל, כמפורט להלן.

עיקרי התשתית העובדתית הצריכה לעניין

9. בשבועות האחרונים מתרחשים במרחב המכשול הביטחוני בין רצועת עזה לישראל אירועים המוניים ואלים ביותר בהשתתפות עשרות אלפי פלסטינים. מארגני האירועים האלימים מכנים אותם "צעדת השיבה הגדולה" ומגדירים אותם כחזרה המונית של "הפליטים הפלסטינים" לבתי אבותיהם בשטח מדינת ישראל.
- כמפורט להלן, בהכוונת ארגון הטרור חמאס, האירועים כללו התנגשות מאורגנת, מכוונת ומשמעותית עם כוחות הביטחון של ישראל, כמו גם ניסיונות לפגוע בתשתיות ביטחוניות, ומתוכם ובחסותם אף בוצע מספר גדול של פיגועים. עם זאת, אין מחלוקת כי באירועים משתתפים גם אזרחים פלסטינים שאינם מעורבים בפעילות טרור.
10. יובהר כבר כעת: בשבועות האחרונים מוביל חמאס טקטיקה חדשה של פעילות טרור בכסות "אירועי אזכור לאומיים" ו"מחאות עממיות". במקביל, חמאס מנהל קמפיין דיסאינפורמציה נרחב באשר לאופי האירועים האלימים המתרחשים במרחב המכשול הביטחוני, באשר להוראות הפתיחה באש של צה"ל ובאשר לאמצעים שבהם עושה צה"ל שימוש בהתמודדותו עם האירועים.
11. למקרא העתירות מתקבל הרושם המצער – והדברים נאמרים בזירות המתבקשת - כי חמאס הצליח, לפחות ביחס לעותרים, במאמציו לשוות לאירועים האלימים נופך כמעט ספונטני, משל היה מדובר במחאה אזרחית רגילה, וכלשון העותרות – "הפגנות אזרחיות בלתי חמושות" ו"אירועים אזרחיים מובהקים" (סעיף 36 ו-39 בהתאמה לעתירת יש דין) ו"עממית ... שקטה, לא אלימה ונטולת נשק" (סעיף 14 לעתירת עדאלה).
- על כן, במסגרת תגובת המדינה לעתירות והבאת עיקרי העובדות הרלוונטיות בפני בית- המשפט הנכבד, רואה המדינה חשיבות רבה בתיאור המציאות לאשורה.
12. האירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני החלו בפועל ביום 30 במרץ 2018, המועד שבו מציניים הפלסטינים את "יום האדמה", והם נמשכים מאז בעצימות משתנה, בעיקר בסופי השבוע. על-פי הצהרות מארגניהם, האירועים צפויים להגיע לשיאם ביום 15 במאי, יום לאחר המועד הלועזי של הקמת מדינת ישראל, שבו מציניים הפלסטינים את "יום הנכבה" ("יום האסון").

13. זירת ההתרחשות של האירועים האלימים היא מספר מוקדים לאורך המכשול הביטחוני בין ישראל לרצועת עזה. מכשול זה, הפרוש בין רצועת עזה לישראל, הוקם בידי ממשלת ישראל לנוכח האיומים הביטחוניים המשמעותיים והמתמשכים מרצועת עזה. המכשול הקיים כיום 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; ומתיל מסולסל בשטח רצועת עזה, אשר רגיש למגע ולחיתוך ושניתן לדלג מעליו בקלות יחסית.

המרחק בין שני מרכיבי המכשול משתנה בהתאם לתנאים הטופוגרפיים ועומד על בין 20 ל-80 מטרים בלבד, כך שפלסטיני העובר את התיל מגיע תוך שניות בודדות לגדר הברזל שבשטח ישראל. בהקשר זה יודגש כי שני מרכיביו של המכשול בולטים לעין ומוכרים היטב לאוכלוסיית רצועת עזה.

14. מאז הקמתו נועד המכשול 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, ודאי מצד המון מתפרע, סכנה לאזרחים ולחיילים כאחד.

חבלה במכשול הביטחוני מאפשרת חדירה בפועל של מפגעים וכן מסכנת את היכולת לזהות חדירה כזו בזמן אמת, בייחוד אם החבלה כוללת – כפי שקורה לרוב – פגיעה גם בגלאי ההתרעה האלקטרוניים. למען הסר ספק, לא ניתן לתקן פגיעה במכשול במהירות, בקלות ובבטחה: תיקון עלול לארוך זמן בלתי-מבוטל, מצריך הקדשת משאבים מבצעיים שונים ומחייב כניסה של כוחות הביטחון לשטח אויב מסוכן.

מלבד זאת, הנחת מטענים במכשול מסכנת את כוחות צה"ל הנעים לאורכו.

15. בימים אלה משקיעה ממשלת ישראל מיליארדי שקלים בשדרוג המכשול הביטחוני הקיים, על מנת שיכלול מכשול בטון מאסיבי שיוכל להתמודד עם איום המנהרות התת-קרקעיות, שגובהו מעל הקרקע יהיה כשישה מטרים, ואשר יכלול אמצעי התרעה מתקדמים וחסינים יותר מפגיעה. עם זאת, עבודת שדרוג זו רחוקה מסיום, והמכשול הקיים כיום כולל נקודות תורפה משמעותיות, כמתואר לעיל.

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 לעתים "אזור החיץ" או "הפרימטר"). במטרה למתן במידת מה סכנה זו, במרחב הפרימטר קיימות מגבלות תנועה שונות. תושבי רצועת עזה מודעים היטב למגבלות אלה, וחמאס עצמו הקים לפני מספר שנים קו מוצבים בסמוך ל"אזור החיץ" על מנת לשבש ניסיונות מכוונים של פלסטינים להפר אותו, וזאת בשל חששו של הארגון מהסלמה ביטחונית.

16. לאירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני קדם תכנון ארוך ומשמעותי ברצועת עזה, והאירועים מוכוונים ומאורגנים בידי גוף המכנה עצמו "ועדת השיבה". בוועדה חברים נציגים של ארגוני טרור הפועלים ברצועה, לרבות חמאס, "הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני" ו"החזית העממית לשחרור פלסטין", והוועדה מובלת בידי חמאס. הוועדה גיבשה תכנית פעולה מסודרת, שתכליתה מימוש מרבי של המטרות של פריצה לישראל ופגיעה בכוחות הביטחון.

במגבלות סיווג וביטחון המידע, ניתן לחלק לשלושה את מרכיבי האירועים בפועל:

א. עידוד מספרים גדולים של תושבי רצועת עזה, לרבות באמצעות הרשתות החברתיות, להגיע לאזור האירועים האלימים ולהשתתף באופן פעיל בהפרות הסדר. כדי לממש את המטרות שהוגדרו לאירועים, ההגעה למרחב המכשול הביטחוני בין רצועת עזה לישראל, הפגיעה בו והפריצה לישראל הוגדרו כולם כיעדים.

לטובת כך, חמאס הורה למנגנוניו להימנע מלאכוף כלפי תושבי רצועת עזה את האיסור על הגעה למרחב המכשול הביטחוני.

אף הוחלט לפרוש בשטח נציגים של ארגוני הטרור, בדגש על חמאס, כדי שיקדמו את האירועים האלימים בפועל ויסייעו להגשמת המטרות שהוגדרו להם מראש.

ב. תכנון מפורט ומקדים של אופן התנהלות האירועים והתקדמותם.

כך, הפרות הסדר האלימות חולקו לחמישה מוקדים גאוגרפיים שונים (גיבאליה, שגיעיה, דיר אל-בלח, ח'אן יונס ורפיח), כדי להקשות על כוחות הביטחון להתמודד עם ניסיונות הפריצה. מיקומו המדויק של כל מוקד נבחר בקפידה ומבעוד מועד, כך שיהיה סמוך לריכוזי אוכלוסייה ברצועת עזה ויאפשר הגעה מהירה של אלפי אנשים לכל מוקד; לפי המידע המצוי בידי המשיבים, חמאס לקח חלק פעיל בהובלת המשתתפים למרחב המכשול הביטחוני.

כמו כן, גובשו שיטות פעולה המקשות על כוחות הביטחון לזהות את ניסיונות הפריצה ולהתמודד עמם, כגון מיסוך פעילות הפריצה בעשן, ונערכה הצטיידות מראש באמצעים הדרושים לטובת מימוש שיטות פעולה אלה (צמיגים, כלי חיתוך שונים, בקבוקי תבערה להצתת הגדר ופגיעה בחיילים, וכדומה).

ג. במקביל לכל אלה, בזמן אמת בוצעו שורה של פעולות טרור מתוך הפרות הסדר האלימות ובחסותן. כלומר, לצד האיום הביטחוני שניסה חמאס ליצור באמצעות אלפי אזרחים מוסתים ומשולהבים בכל מוקד גאוגרפי, שינסו לפרוץ את המכשול הביטחוני ולפגוע בכוחות הביטחון ובאזרחים ישראלים, חמאס גם הוציא לפועל פיגועים (ראו גם התייחסות להלן).

17. בניסיון למנוע את התרחשותם של האירועים האלימים, כוחות הביטחון העבירו לאוכלוסייה הפלסטינית ברצועת עזה, במספר אפיקים, מסרי אזהרה שקראו להם להימנע מלהגיע למרחב המכשול הביטחוני. צה"ל אף קיים שיח ישיר עם חברות האוטובוסים שנשכרו על-ידי חמאס לצורך הובלת התושבים למרחב, אשר במסגרתו הן התבקשו שלא לשתף פעולה עם הגעת המשתתפים ועם הצבתם בסיכון על-ידי חמאס. מאמצים אלו לא צלחו, למרבה הצער, והאירועים החלו, כאמור, ב-30 במרץ.

18. לאור המידע המודיעיני שהיה בידי צה"ל וניתוח מבצעי שבוצע מבעוד מועד, כוחות הביטחון נערכו להתמודדות עם שני איומים מרכזיים:

א. פריצה המונית של המכשול הביטחוני מצד אלפי פלסטינים, ששולחו לחדור לשטח הארץ, להגיע ליישובים ישראלים המצויים מאות מטרים בלבד מהמכשול ולפגוע בחיילים המוצבים במכשול עצמו ואולי אף באזרחים המתגוררים בקרבתו.

בהקשר זה יודגש כי עקב נקודות התורפה שמהן סובל המכשול והמשמעות הביטחונית של פריצתו בידי המון פלסטיני עוין, איום הפריצה יצר לפרקים סכנה ממשית וקרובה לחייהם ולשלמות גופם של אזרחים וחיילים כאחד, ולו היה איום זה מתמש, הסרת הסכנה (שבשלב זה הייתה הופכת מיידית) הייתה מחייבת שימוש בירי חי בהיקפים גדולים ביותר.

ב. הוצאה לפועל של פיגועים מצד חוליות טרור, בין אם הודות לפריצת המכשול ובין אם בחסות הפרות הסדר האלימות עצמן.

19. אכן, בראיית הדרג המדיני וכוחות הביטחון מדובר בהיערכות מבצעית לכל דבר, שנועדה להתמודד עם סכנה ממשית וקרובה לאזרחי ישראל ולכוחות הביטחון.

20. לטובת ההתמודדות עם איומים אלה, 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 במקום במיוחד. בשטח אף נערכו פעולות תשתית משמעותיות. בין 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, על מנת לעכב פריצה המונית אם תתרחש.
21. הכוחות שהוצבו בשטח הצטיידו מבעוד מועד במגוון אמצעים התואמים את האתגר המבצעי המשמעותי שבהתמודדות נאותה עם המון עוין, לרבות אמצעי כריזה ואזהרה ואמצעים בלתי-קטלניים לפיזור הפגנות. לנוכח אופיים החרוג של האירועים האלימים, ובהתאם להוראות הקיימות, אף הוקצו אמצעים בלתי-קטלניים ייעודיים (כגון רחפן המפורז גז מדמיע) ונקבע כי אם יהיה צורך – כמוצא אחרון – להשתמש בירי חי לעבר מפרי סדר אלימים, יהיה זה בראש ובראשונה ירי מדויק ומדוי של צלפים, וזאת במטרה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה במשתתפים בהפרות הסדר.
- לבסוף, המפקדים תדרכו את הכוחות בדבר כללי הפתיחה באש הגזרתיים ומסרו להם חידודים ודגשים שונים, בהתאם לאירועים האלימים הצפויים.
22. תכנית הפעולה של חמאס אכן התממשה, והאירועים האלימים ההמוניים שהתרחשו במרחב המכשול הביטחוני היו חריגים בהיקפם ובעוצמת האיום שנסקף מהם. עד כה השתתפו בהם עשרות אלפי אנשים (ביום 30 במרץ השתתפו בהפרות הסדר כ-41,000 אלף אנשים; ביום 6 באפריל כ-29,000 אלף; ביום 13 באפריל כ-15,000; ביום 20 באפריל כ-13,000; וביום 27 באפריל כ-13,800). הפרות הסדר (נמשכו ברצף משעות הבוקר ועד שעות הערב, עם רדת החשכה, והן התקיימו בחמשת המוקדים הגיאוגרפיים בזמנית. רבים מן המשתתפים בהפרות הסדר האלימות פעלו במטרה ברורה ונחושה לפרוץ את המכשול הביטחוני בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה, לחזור לשטח ישראל ולפגוע בכוחות הביטחון באופן שאף עורר חשש ממשי לשלומם של אזרחים ישראלים המתגוררים בסמוך למכשול הביטחוני. לשם כך, הם הצטיידו מראש במגוון אמצעים, חלקם אף באמצעי לחימה, והבעירו צמיגים במטרה לשרוף את המכשול הביטחוני ולייצר "מסך עשן" שיסווה ניסיונות חבלה בו ויאפשר חדירה בלתי-מזוהה לתוך ישראל.
- במובנים אלה, כוונותיהם של המתפרעים, מספרם העצום, האמצעים שברשותם והאלימות שנקטו מבדילים את האירועים האלימים ההמוניים, מבחינה עובדתית, מהפגנות סתם, וממחאה אזרחית רגילה – נופך הדברים העלול להצטייר למקרא העתירות.

23. ויודגש שוב: אין המדובר במחאה עממית או ספונטנית: הפרות הסדר האלימות אורגנו, תואמו והוכוונו על-ידי חמאס, שהוא ארגון טרור המצוי בעימות מזוין עם ישראל. חמאס ביקש להפיק תועלת צבאית מפריצת המכשול הביטחוני, באופן שגם היה מסייע לחדירת מפגעים לישראל. כדי לקדם מטרה זו, חלק לא מבוטל מהמשתתפים באירועים האלימים היו פעילים בארגון, לרבות במנגנוני הצבאיים, שנשלחו להפרות הסדר והונחו לשלהב את ההמון, לעודד את התקדמותו לשטח ישראל, להוביל לפריצת המכשול הביטחוני ולבצע פיגועים.

24. איומים אלה לא התממשו במלואם אך ורק בשל ההבנה המוקדמת של כוחות הביטחון את אופי האירועים, והודות להיערכותם בשטח מבעוד מועד. ועדיין, בחסות הפרות הסדר האלימות בוצעו מספר רב של פעולות טרור.

כך, בהנחיית בכירי הזרוע הצבאית ובמעורבותם של דרג המפקדים בשטח, בוצעו בחודש האחרון בחסות ההתפרעויות עשרות פעולות חבלה אל מול תשתיות אזרחיות וצבאיות במרחב העוטף:

א. עשרות מטענים ורימונים הונחו במרחב הגדר או נזרקו לעבר כוחות צה"ל והסבו נזק לתשתיות צבאיות.

ב. כ-25 פלסטינים חצו לשטח ישראל ונתפסו ועוד עשרות חצו וחזרו לשטח הרצועה, על מנת לפגוע במכשול ובתשתיות הסמוכות לו ובכוחות הפועלים במרחב הגדר. ברשות חלקם אף נתפסו אמל"ח וחלקם הודו בחקירתם כי חצו לשטח הארץ, על מנת לפגוע בכוחות צה"ל.

ג. הסבת נזק משמעותי לתשתיות אזרחיות ולשטחים חקלאיים נרחבים כתוצאה משריפות, אשר נגרמו מ"הצנחת" מטענים מאולתרים ובקבוקי תבערה בשטח ישראל באמצעות עפיפונים ואמצעי יידי מאולתרים.

25. הפרות הסדר האלימות יצרו לפרקים סכנה ממשית וקרובה לחייהם ולשלמות גופם של כוחות הביטחון ותושבי ישראל – סכנה אשר אך התעצמה והחמירה עקב פעולות הטרור שבוצעו מתוכן ובחסותן. ברי, אם כן, כי ניסיונם של העותרים להציג את האירועים כ"הפגנות אזרחיות בלתי ממושגות" שבהן "...היו ככל הנראה אירועים של אלימות כגון יידי אבנים, הבערת צמיגים, ניסיונות לפגוע בגדר הגבול ואף מספר אירועים של ירי ויידי בקבוקי תבערה" (ראו סעיף 37 לעתירת יש דין, וראו גם סעיף 10 ו-65 לעתירת עדאלה), אינו עולה בקנה אחד עם שהתרחש בפועל, כמתואר לעיל, ואין מנוס מן המסקנה כי התשתית העובדתית הניצבת בבסיס העתירות – מהן גוזרות העותרות את מסקנתן כי המדובר כביכול ב"הפגנות אזרחיות בלתי ממושגות" וב"אירועים אזרחיים

מובהקים" (סעיף 36 ו-39, בהתאמה, לעתירת "יש דין") - היא, בכל הכבוד הראוי, מוטעית ומטעה.

אלו הם עיקרי התשתית העובדתית הרלוונטית לענייננו. נזכיר, למען הזהירות, כי תשתית עובדתית זו עוסקת באירועים מבצעיים מתמשכים, שעודם מתרחשים בעצימות משתנה בעת כתיבת שורות אלו, על כל המשתמע מכך.

עיקרי התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין

דיני הלחימה והפרדיגמות להפעלת כוח במהלך עימות מזוין

26. כפי שקבע בית-המשפט הנכבד במספר הזדמנויות בעבר, בין מדינת ישראל וארגון הטרור חמאס קיים עימות מזוין מתמשך, אשר חלים עליו דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי (ראו, בין היתר: בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002), בפס" 1; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2006), בפס" 18-16; בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 14.12.17); יתקיים דיון נוסף במסגרת דנג"ץ 10190/17, ביום 17.7.18, תוך שהסוגיות העומדות לדיון נוסף, אינן רלוונטיות לענייננו).

27. דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי מתווים שתי פרדיגמות שונות לשימוש בכוח במהלך עימות מזוין – פרדיגמת פעולות האיבה (conduct of hostilities) ופרדיגמת אכיפת החוק (law enforcement). אכן, הבחנה בסיסית בדיני הלחימה היא בין פעולות האיבה בין הצדדים, שבמסגרתן הם נלחמים זה בזה באמצעים ובשיטות שונות, ובין מצבים אחרים המתעוררים במהלך העימות. הפעלת כוח במצבים מן הסוג הראשון מוסדרת בפרדיגמת פעולות האיבה, המסדירה למשל את תקיפתן של "מטרות צבאיות" ואת חוקיותם של אמצעי לחימה. הפעלת הכוח במצבים אחרים, לעומת זאת, מוסדרת בפרדיגמת אכיפת החוק.

28. עימותים מזוינים מערבים תרחישים מבצעיים שונים, ועל כן שתי הפרדיגמות רלוונטיות בהם בכל עת. לצד זאת, הפעלת כוח קונקרטי – לרבות ירי חי לעבר אדם מסוים – מוסדרת בידי פרדיגמה אחת בלבד. השאלה מהי הפרדיגמה המסדירה הפעלת כוח קונקרטי היא שאלה סבוכה ומורכבת, הנגזרת בראש ובראשונה מן השאלה האם הפעלת הכוח היא חלק מפעולות האיבה. אירועים מורכבים, שבהם מעורבות פעולות איבה בעימות המזוין יחד עם פעולות אחרות, לא ניתן לסווג כחוסים כולם תחת אותה פרדיגמה. לעמדת המשיבים, כאמור, כדי לדעת מהי הפרדיגמה הרלוונטית, יש לבחון את נסיבותיה של כל הפעלת כוח קונקרטי.

29. כפי שמעיד התיאור העובדתי של האירועים שאליהם מתייחסות העתירות, האירועים האלימים המתרחשים במרחב המכשול הביטחוני הם אירועים מורכבים ביותר, שבהם מטמיע חמאס, באופן מכוון, את פעולות האיבה שלו נגד ישראל. משכך, המשיבים סבורים כי זיהוי הפרדיגמה החלה על הפעלת כוח כלפי אדם מחייב בחינה נקודתית ופרטנית.

30. המשיבים מנתחים, ככלל, את הפעלת הכוח של צה"ל כלפי המשתתפים באירועים האלימים כחוסה, כבירית מחדל, תחת פרדיגמת אכיפת החוק. לצד זאת, בנסיבות מסוימות, לרבות כאשר מידע פרטני מצביע על השתתפותו של אדם בפעולות האיבה במהלך האירועים (למשל, כאשר מוזהה אדם המתזיק במטען חבלה בידו), הפעלת הכוח כלפיו חוסה תחת פרדיגמת פעולות האיבה.

31. אף שפרדיגמת אכיפת החוק בידי הלחימה אינה מוסדרת בהרחבה במקורות כתובים, ניתן למצוא לה עדויות באמנות השונות (כדוגמאות בלתי-ממצות, שאינן רלוונטיות במישרין לאירועים שבבסיס עתירה זו, ראו למשל סעיף 42 לאמנת ז'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה משנת 1949, ותקנה 43 לתקנות האג הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני הלחימה ביבשה משנת 1907). עמדה על כך גם הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 ("וועדת טירקלי") (דין וחשבון, חלק ראשון, פסקה 234; ההדגשות אינן במקור):

"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 ששימוש בכוח נגד משתתפים ישירים בפעולות איבה מותר במשך אותו זמן שבו הם משתתפים בפעולות אלה."

מדברים אלה של הוועדה ניכר כי היא רואה בפרדיגמת אכיפת החוק חלק מדיני הלחימה.

32. כאמור, פרדיגמת אכיפת החוק בידי הלחימה אינה מוסדרת בהרחבה בכתובים. בנסיבות אלה, ואף שהמשיבים סבורים כי דיני זכויות האדם אינם חלים על האירועים האלימים שמתרחשים במכשול הביטחוני (ופירוט בעניין זה יובא בהמשך), לשיטתם ניתן לקבל השראה מסוימת מכללי אכיפת החוק המוסדרים בנפרד בדינים אלה. כך, ניתן לומר כי לעניין שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני, פרדיגמת אכיפת החוק בידי הלחימה מתירה, לכל הפחות, את שמתירים דיני זכויות האדם בהקשר המקובל של אכיפת סדר בתוך המדינה.

לצד זאת, לנוכח ההבדלים המשמעותיים בהנחות המוצא של דיני זכויות האדם ודיני הלחימה, בבואנו לקבל השראה מסוימת מכללי אכיפת החוק המוסדרים בדיני זכויות

האדם יש לעשות זאת בזהירות ובשינויים המחויבים. אכן, בייחוד באירועים מעין אלו העומדים בבסיס העתירות, המאורגנים בידי צד לעימות מזוין, מתרחשים בשטח אויב ומנוצלים על-ידיו להמשך פעולות האיבה – ועל כן שונים בתכלית מן האירועים שמסדירים באופן מסורתי דיני זכויות האדם – לא ניתן ליישם ביחס לאירועים אלה את כללי אכיפת החוק שבדיני זכויות האדם כמות שהם.

33. במסגרת פרדיגמת אכיפת החוק של דיני הלחימה ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני בנסיבות שבהן ישנה סכנה ממשית לחיים או לשלמות הגוף. סכנה כזו יכולה לנבוע מאדם בודד או מהמון אדם. השימוש בכוח כזה כפוף לכמה תנאים עיקריים: מוצה השימוש באמצעים בלתי-קטלניים לטובת ההתמודדות עם הסכנה לחיים או לשלמות הגוף, או שהוא אינו ישים בנסיבות העניין; יש הכרח להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כדי להתמודד עם הסכנה (כלומר, ההערכה היא כי נדרש להשתמש בכוח באותה עת כדי להסיר את הסכנה לפני התממשותה, גם אם הסכנה עצמה טרם הפכה מיידית); והכוח שבו נעשה שימוש הוא מידתי ביחס לסכנה. אכן, לעמדת המשיבים, בפרדיגמת אכיפת החוק יש להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כמוצא אחרון בלבד, באופן מידתי ובהיקף המינימאלי הנדרש.

34. מטבע הדברים, ההיגיון שבבסיסה של פרדיגמת פעולות האיבה שונה בתכלית, ובהתאם, פרדיגמה זו נבדלת מפרדיגמת אכיפת החוק במספר היבטים. הבדל תפיסתי מרכזי ביניהן הוא ביחסן לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני. בעוד שפרדיגמת אכיפת החוק מגבילה מאוד את השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני ורואה בו מוצא אחרון בלבד, פרדיגמת פעולות האיבה מתירה שימוש כזה בכוח, בנסיבות מסוימות (למשל, נגד לוחמי האויב), אף כמוצא ראשון.

35. במסגרת תגובה זו, אין המשיבים רואים צורך להידרש בהרחבה לכלליה הרבים והמורכבים של פרדיגמת פעולות האיבה. אף שהמשיבים חולקים על האופן שבו מתארים העותרים חלק מכללים אלה, ובייחוד על פרשנותם למונח "אזרח המשתתף במישורן בפעולות האיבה" (בסעיפים 52-55 לעתירת יש דין), דומה כי אין מחלוקת מהותית בין המדינה לעותרים בהקשר זה, בכל הנוגע לסיווג המשתתפים באירועים האלימים שבבסיס העתירות, שכן המדינה אינה רואה בעצם ההשתתפות בהפרות הסדר האלימות, או בעצם ההתקרבות למכשול הביטחוני, השתתפות ישירה בפעולות האיבה.

פסיקתו של בית המשפט הנכבד הרלוונטית לענייננו

36. פסיקתו של בית-המשפט הנכבד בעשורים האחרונים כוללת קווים מנחים שונים בדבר השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני.

37. כך, בע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 353, 371-372 (1990), קבע כדלקמן כבוד הנשיא שמגר (ההדגשות אינן במקור):

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

...

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 הועד, 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.

...

בין הדוגמאות ניתן לכלול ... נסיבות מעצר בהן יש יסוד סביר להניח שאם החשוד יצליח לחמוק מן המעצר הוא יסכן בעקבות זאת חיי אחרים או יפגע פגיעה חמורה בשלמותם הגופנית".

38. באותה פרשה עסק בית המשפט הנכבד בשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני שתכליתו הוצאה לפועל של מעצר או מניעת בריחתו של עצור במחסום ברצועת עזה (עת הייתה בשליטה ישראלית). בית המשפט הנכבד קבע כי ניתן לפגוע בחייו של אדם רק לטובת הסרת סכנה ממשית לחיים או לשלמות הגוף.

39. תפיסה זו עולה אף מפסק-הדין בע"פ 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (1) 197, שבו התייחס בית-המשפט הנכבד במפורש לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני שתכליתו הסרת סכנה לחיים או לשלמות הגוף מהפרת סדר אלימה, ועל כן – אף שעסק בעיקר בשאלות מתחום דיני הנזיקין – המקרה דשם רלוונטי ביותר לעתירות שבכותרת. באותה פרשה דובר בהפרת סדר אלימה שהתרחשה ליד שפרעם ואשר בניסיון לפזרה הוביל ירי של שוטר למותו של אחד ממפרי הסדר. בית-המשפט הנכבד קבע כדלקמן (מפי כבוד הנשיא אגרנט; ההדגשות אינן במקור):

"לפי החוק מורשים אנשי המשטרה, לצורך מילוי תפקידם האמור, שלא לסגת מפני התקפת המתפרעים ולהחזיק מעמד במקום שבו הם פועלים כדי להתגבר עליה... 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 בגושק 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..." (עמ' 216)

כלומר, הפסיקה מתירה שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לטובת דיכוי הפרת סדר אלימה שממנה נשקפת סכנה לחיים או לשלמות הגוף, בכפוף לתנאים כגון צורך הכרחי, ומידתיות.

40. לקביעות אלו מצטרפת פסיקתו הברורה והעדכנית של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם באר"ש, 18.7.2017; להלן – "עניין אלמסרי"), שהוא פסק הדין העדכני והרלוונטי ביותר לגופם של דברים בעניינו, בשים לב לנסיבותיו העובדתיות והמשפטיות; בהיבטים רבים, התלם בו תפסע המדינה בתגובה זו שלפנינו, כבר נחרש באותה פרשה.

בעניין אלמסרי נדונה בקשת העותרים דשם, לחייב את הפרקליט הצבאי הראשי להורות למשטרה הצבאית החוקרת לפתוח בחקירה פלילית של נסיבות פציעתו של העותר 1, אשר לטענתם, נגרמה כתוצאה מירי של חייל צה"ל לעברו, בגבול ישראל-לבנון, ביום 15.5.11. הרקע העובדתי לסיטואציה מושא פסק הדין בעניין אלמסרי, היה ניסיונם של מאות רבות של פלסטינים וזרים, ביום 15.5.11, לחצות את מערכת הגדרות המפרידה בין לבנון למדינת ישראל לרגל "יום הנכבה". כפי שציין בית המשפט הנכבד (מפי כבי השופט שחם, ובהסכמת כבי המשנה לנשיאה גיבוראן וכבי השופט מזוז) בעניין אלמסרי (סעיף 2 לפסק הדין):

"אף שהצדדים חלוקים בשאלת ההתרחשויות בזירת האירוע, אין מחלוקת, כי במהלך האירוע יידו חלק ממשותפי ההפגנה אבנים לעבר גדר הגבול ולעבר כוחות צה"ל, וכי כוחות צה"ל השיבו בירי לעברם. במהלך האירוע, כנטען בעתירה, נפצע העותר באורח קשה".

בית המשפט הנכבד בעניין אלמסרי קבע כדלקמן בדחותו את העתירה:

"...מפרי הסדר ניסו לרמוס ולפרוץ את גדר הגבול, ובכך ייצרו סכנה מוחשית לחדירת מפגעים ממדינת אויב לשטח המדינה, וזאת באזור הסמוך ליישובים יהודיים. לפיכך, השימוש בירי בוצע לשם השגת תכלית חוקית – הגנה על אזרחי מדינת ישראל וחיילי צה"ל".

הנה כי כן, גם בפסיקתו העדכנית של בית המשפט הנכבד, בעניין אלמסרי, קיימת הכרה בכך שפיוור הפרת סדר אלימה ומסכנת חיים, לרבות בנסיבות של פריצת מכשול ביטחוני בין שטח אויב לשטח ישראל, מהווה תכלית חוקית לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני.

יוער כי על פסק הדין בעניין אלמסרי הגישו העותרים דשם עתירה לקיום דיון נוסף (דנג"ץ 6626/17 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי), שנדחתה בהחלטת כבי הנשיאה נאור מיום 16.10.17, מהטעם שלדיון הנוסף לא תהיה השפעה על בעלי הדין שם.

נציין כבר עתה כי מסקנות בית המשפט הנכבד בעניין אלמסרי, לעניין היות הירי שביצע צה"ל בנסיבות אותו עניין תואם את הוראות המשפט הבין-לאומי ואת כללי המשפט הישראלי, חלות מקל וחומר על ענייננו; לאור מאפייניהם של האירועים הנוכחיים מושא ענייננו, שבהם האיום הנשקף לאזרחי ישראל ולכוחות הביטחון כתוצאה מהאירועים האלימים בגבול רצועת עזה, הוא רב וחמור יותר מזה שעמד בפני כוחות הביטחון ואזרחי ישראל במסגרת האירוע מושא עניין אלמסרי שהתרחש ביום 15.5.11.

נדגיש, למען הזהירות, כי בעניין אלמסרי, לא הוצגו לעיונו של בית המשפט הנכבד הוראות הפתיחה באש הרלוונטיות, וממילא הוא לא נדרש להן. אולם, חשוב לענייננו שבית המשפט הנכבד נדרש באותה פרשה לאופן הפעלת הכוח בידי כוחות צה"ל בסיטואציה של פיזור הפרות סדר אלימות, וקיימת בפסק הדין, כאמור, הכרה בכך שפיזור הפרת סדר אלימה ומסכנת חיים, לרבות בנסיבות של פריצת מכשול ביטחוני בין שטח אויב לשטח ישראל, מהווה תכלית חוקית לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני.

כאמור, היקף האירועים והסכנה הנשקפת מהם – גדולים הרבה יותר בענייננו, בהשוואה לאירוע שנדון באותו עניין.

עד כאן לעניין פסיקת בית המשפט הנכבד הרלוונטית לענייננו.

הוראות הפתיחה באש

41. הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני של רצועת עזה, בשתי פרדיגמות הפעלת הכוח, הן מסווגות.

כאמור, המדינה תבקש להציג עותק של הוראות הפתיחה באש המלאות והמסווגות לבית המשפט הנכבד, ככל שתינתן לכך הסכמת העותרים, בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

מכל מקום, יודגש כי ההוראות שמכוחן פועלים חיילי צה"ל בהתמודדות עם האירועים האלימים שבבסיס העתירה הן אלו החלות בשגרה.

יודגש כי נוסח הוראות הפתיחה באש אושר על ידי הפרקליט הצבאי הראשי ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה.

42. על צביון של הוראות הפתיחה באש ניתן ללמוד מהאמור בע"א 3889/00 לרנר נ' משרד הבטחון, פ"ד נו(4) 304, בעמ' 313-314 (2002):

"תכליתן העיקרית של הוראות הפתיחה באש היא מבצעית: להורות את חיילי צה"ל, באופן אחיד ומוסמך ומפי הדרג הפיקודי העליון, 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-ידיו גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק" (ראו גם, רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה (24.9.2009)).

43. במגבלות הסיווג, ניתן לציין כי בפרדיגמת אכיפת החוק מתירות הוראות הפתיחה באש ירי חי כמוצא אחרון בלבד, בנסיבות חריגות ובכפוף לקיומן של דרישות מחמירות שונות, הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות.

44. בכל הנוגע להתמודדות עם הפרות סדר, ובהתאם לכללים המשפטיים שתוארו לעיל, 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. לפי החוראות, 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. נפנה לתיאור לאופן התנהלות כוחות צה"ל במהלך האירוע מושא עניין אלמסרי, שם ציין בית המשפט הנכבד:

"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... 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" (פס' 23)

בחקשר זה יובהר כי לפי ההוראות על הירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי להתבצע כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות.

לעמדת המדינה, בנסיבות האירועים האלימים שבבסיס העתירה, בהתקרבן של הפרות הסדר האלימות למכשול הביטחוני הן יצרו לפרקים סכנה ממשית וקרובה לכוחות

צה"ל ולאזרחי ישראל. על קיומה של סכנה בנסיבות מעין אלה עמד בית-המשפט הנכבד בעניין אלמסרי, שבו נידון כאמור מצב שבו ניסו מתפרעים – במספר קטן בהרבה מזה של המתפרעים מושא ענייננו ב-30 במרץ, ב-6 באפריל, ב-13 באפריל, ב-20 באפריל 2018 וב-27 באפריל 2018 – לפרוץ את המכשול הביטחוני בין לבנון לישראל. כך היה דברו של בית המשפט הנכבד בעניין אלמסרי בהקשר זה:

"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..." (פסקה 23)

45. כמפורט ברקע העובדתי לעיל, לקראת האירועים האלימים מושא ענייננו התקיימה היערכות משמעותית בצה"ל. בין היתר, המפקדים תדרכו את הכוחות שנפרשו בשטח בדבר כללי הפתיחה באש הגזרתיים, והכוחות צוידו באמצעים פחות קטלניים ובלתי-קטלניים רבים לפיזור הפרות הסדר.

46. נעיר, כי המשיבים רואים חשיבות רבה בצמצום היקף הנפגעים בהפרות הסדר האלימות ככל הניתן. בהתאם, מיד לאחר האירועים האלימים שהתרחשו ביום 30 במרץ, ובאופן מתמיד מאז, מתקיים תהליך סדור להפקת לקחים מבצעיים ולהטמעתם. במסגרת זאת, נמסרו לכוחות חידודים ודגשים שונים, שנועדו לצמצם עוד יותר, כמידת האפשר, את היקף הנפגעים.

47. במקביל להפקת לקחים זו, הופנו אירועים מסוימים, בדגש על אירועים בהם נטען כי נגרם מותו של אדם כתוצאה מירי של כוחות צה"ל בהקשר של הפרות הסדר האלימות הנ"ל, לבירור על-ידי המנגנון המטכ"לי לתחקור אירועים חריגים. משימת המנגנון הינה קיום בירור עובדתי מקיף של האירועים ואיסוף נתונים וחומרים רלוונטיים, על-מנת לספק למשיב 2 מידע עובדתי מלא ככל הניתן הנדרש לקבלת הכרעה בשאלה אם קיים חשד סביר לביצוע עבירה פלילית, המצדיק פתיחה בחקירה.

כמו-כן, המנגנון משמש ערוץ נוסף להפקת לקחים מבצעיים. בראש צוות התחקיר המברר את האירועים הנ"ל עומד תא"ל מוטי ברוך, ראש חטיבת התורה וההדרכה בצה"ל, וחברים בו קצינים בעלי תחומי מומחיות רלוונטיים שונים, שמצויים כולם מחוץ לשרשרת הפיקוד של האירועים הנוכחיים. ממצאי המנגנון יועברו, בצירוף חומר רלוונטי נוסף, לבחינתו של המשיב 2.

על רקע כלל האמור לעיל, תפורט להלן עמדות המדינה.

עמדת המדינה

48. המדינה תטען כי דין העתירות להידחות, הן בשל שורה של טענות סף העומדות כנגד חלק ניכר מן הטענות המועלות בהן, הן לגופם של דברים, ביחס לכלל הטענות המועלות בשתי העתירות.

נפנה תחילה למישור הסף.

סוגיית מיצוי ההליכים ביחס לעתירת יש דין

49. כעולה מעתירת יש דין, העותרים דשים פנו מבעוד מועד למשיב מס' 2, הפרקליט הצבאי הראשי, ודרשו את הסעד המבוקש בעתירתם; ביום 15.4.18, "בשעה שהשליח עם העתירה כבר היה בבית המשפט הנכבד", כלשון העותרים, הגיע לידיהם מענה מטעם לשכת הפרקליט הצבאי הראשי, ובו צוין כי "לצורך גיבוש מענה מתואם אנו זקוקים למספר שעות נוספות. בכוונתנו להשיב לכם, לכל המאוחר, עד מחר בשעה 09:00 בבוקר" (נספח ע/16 לעתירה אשר צורף לבקשה מטעם העותרים מיום 15.4.18 להגשת הודעה מעדכנת).

חרף מענה זה, ביכרו העותרים להגיש את עתירתם, ולא להמתין לקבלת המענה למחרת בבוקר; נדגיש כי בשעת הגשת העתירה היתה מצויה טיוטת המענה מטעם הפרקליט הצבאי הראשי לפניית העותרים בשלבי אישור סופיים, לאחר מאמצים רבים שנערכו להשיב לעותרים מוקדם ככל הניתן.

בנסיבות אלו, השיב למחרת היום עוזר הפרקליט הצבאי הראשי לבי"כ העותרים, ומסר כי "נוכח הגשת העתירה לבג"ץ, התייחסותנו לטענות המועלות בפניותיכם תימסר במסגרת תגובתה המקדמית של המדינה לעתירה".

העתק מכתב עוזר הפרקליט הצבאי הראשי מיום 16.4.18 מצורף ומסומן מש/1 לתגובה זו.

50. בשים לב לאמור לעיל, מתעוררת בקשר עם עתירת יש דין שאלת מיצוי ההליכים, ויש לתהות על התנהלות העותרים, שחרף העדכון שהתקבל מלשכת הפרקליט הצבאי הראשי לפיו דרושים למשיבים עוד מספר שעות נוספות לשם גיבוש המענה, ביכרו הם להגיש את עתירתם – ושיקוליהם עימם.

בנסיבות ענייננו, שעה שממילא קבועות העתירות שבכותרת לדיון, ומטעמים מעשיים, לא תעמוד המדינה על טענת אי מיצוי הליכים בקשר עם עתירת יש דין, אולם יש להבהיר כי בענייננו, מיצוי הליכים בדמות המתנה בת מספר שעות לקבלת מענה מטעם הפרקליט הצבאי הראשי, איננו דבר של מה בכך, וזאת מבלי להקל ראש בדחיפות הרבה שמייחסים העותרים לבירור העתירות.

אכן, כלשון בית המשפט הנכבד (כב' השופט נ' סולברג) אך לאחרונה בעניין חס (בג"ץ 2940/18 שיוזכר להלן), "החובה למצות הליכים אינה בבחינת דקדוקי עניות; מחמת פגם זה, לוקה העתירה גם בהעדר תשתית עובדתית, באופן שאינו מאפשר את בירורה כדבעי [ההדגשה במקור – הח"מ]".

עוד בהקשר זה ראו פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בבג"ץ 9403/05 מסוף העברת מסמכי מחשבים בע"מ נ' שר האוצר, תק-על 2005 (4) 540 (2005), כדלקמן:

3. דין העתירה להידחות על הסף מחמת היותה מוקדמת, אם לא נמהרת. ... בנסיבות העניין, היה על העותרת להמתין פרק זמן סביר עד לקבלת תשובת המשיבים בטרם תגיש את עתירתה (השוו בג"ץ 4065/97 עמותת "בצדק" נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); בג"ץ 2127/98 סובחי (חוסין) פריד ואח' נ' שר הפנים (לא פורסם)). העותרת לא מיצתה הליכים אלא רק התיימרה למצותם."

51. יש להניח כי אילו היו ממתניים העותרים לקבלת מענה לפניותיהם, היתה התשתית העובדתית שניצבת בבסיס עתירתם, שונה במידה זו או אחרת, ולמצער, העותרים היו נדרשים לתת את הדעת במסגרת עתירתם גם למצב הדברים העובדתי כפי שהוא נשקף מנקודת מבטה של המדינה.

בבסיס העתירות עומדת תשתית עובדתית פגומה וחסרה

52. במסגרת העתירות שלפנינו מובאים בפני בית המשפט הנכבד שלל פרטים עובדתיים בנוגע לאירועים האלימים המתרחשים בגבול בין ישראל לרצועת עזה בשבועות האחרונים.

53. על בסיס הפרטים העובדתיים שהציגו, מסיקים העותרים מסקנות משפטיות הנוגעות לסיווגם ולאופיים של האירועים; התשתית העובדתית שהניחו העותרים, מובילה אותם למסקנה כי המדובר ב"הפגנות אזרחיות בלתי חמושות" (סעיף 36 לעתירת יש דין); ב"אירועים של הפרת סדר, ובשום אופן לא אירועים לחימתניים" (סעיף 38 לעתירת יש דין); ב"אירועים אזרחיים מובהקים" (סעיף 39 לעתירת יש דין); בהפגנות בעלות "אפיון אזרחי" (סעיפים 61 ו-63 לעתירת עדאלה); וכיו"ב.

העותרים מודים אמנם – בשפה רפה ובחצי פה – בכך שהאירועים כללו גם שימוש באמצעים דוגמת זריקת אבנים, הבערת צמיגים, השלכת בקבוקי תבערה (סעיף 62

לעתירת עדאלה), וככל הנראה (כלשון העותרים) אף "ניסיונות לפגוע בגדר הגבול ואף מספר אירועים של ירי..." (סעיף 37 לעתירת יש דיין), אולם על בסיס התשתית העובדתית שבידיהם, נותנים העותרים לאירועים "יוצאי דופן" אלה משקל זעום, שאינו משנה לשיטתם, מסיווג האירועים כהפרות סדר.

54. עינינו הרואות כי המדובר בתשתית עובדתית פגומה וחסרה, שהתמונה המשתקפת ממנה אינה עולה בקנה אחד עם מצב הדברים לאשורו בכל הנוגע לאופיים של האירועים האלימים. התשתית העובדתית בעתירות מתעלמת מכל המפורט לעיל, ובין היתר מכך שהמדובר באירועים המתקיימים בהכוונת ארגון הטרור חמאס, והכוללים התנגשות מאורגנת, מכוונת ומשמעותית עם כוחות הביטחון של ישראל, כמו גם ניסיונות לפגוע בתשתיות ביטחוניות, ומתוכם ובחסותם אף בוצע מספר גדול של פיגועים.

אין מנוס מלקבוע כי אופן הצגת האירועים האלימים במסגרת העתירות איננו משקף נאמנה את אופיים של האירועים, ובוודאי לא את חומרתם וקיצוניותם, וגם זאת אמרנו בלשון המעטה.

הדברים פורטו לעיל, ונוסף לכך נשוב ונציין כי המדינה תבקש להציג לבית המשפט הנכבד בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד בלבד, ככל שתינתן לכך הסכמת העותרים, מידע מודיעיני מסווג הרלוונטי לאירועים האלימים מושא ענייננו.

55. לעמדת המדינה, התשתית העובדתית החסרה הניצבת בבסיס העתירות מחייבת את דחייתן על הסף, ולו משום שבמצב דברים זה לא מתאפשר "בירורן כדבעי" (כלשון השופט סולברג בבג"ץ 2940/18 הס נ' הרמטכ"ל (פורסם באר"ש, 12.4.18), שבעניינו ידובר בהמשך), וקיים חשש כי ייגזר הדין – ובייחוד בשאלה הקדיטית של סיווג האירוע – על בסיס תשתית עובדתית פגומה.

56. מושכלות יסוד הן כי "הדין נגזר מן העובדות". כפי שציין כב' הנשיא ברק בפסק הדין שניתן בהרכב מורחב של תשעה שופטים בבג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005), כדלקמן:

"שוב מוכחת האמת הפשוטה כי העובדות מונחות ביסוד הדין, והדין עולה מתוך העובדות (ex facto jus oritur).

החשש כי הדין ייקבע על בסיס תשתית עובדתית כה חסרה כבענייננו, מחייב, לעמדת המדינה, את דחיית העתירות, למצער במתכונתן הנוכחית, על הסף.

היקף ההתערבות המצומצם של בית המשפט הנכבד בסוגיות כגון דא

57. העתירות שלפנינו מעלות טענות כנגד חוקיותן של הוראות הפתיחה באש הצה"ליות; טענות לגבי יישומן של ההוראות בפועל; לגבי צורך ביצירה לאלתר של "מנגנון אפקטיבי להטמעת האיסור" על הפעלת כוח קטלני אסור, לשיטת העותרים, לדרגי השטח; ולגבי צורך באיסור השימוש בצלפים או באש חיה במסגרת האירועים המתרחשים.
58. כידוע, הלכה פסוקה ומושרשת היא, כי מתחם התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות המבוססות על שיקולים מבצעיים הוא מצומצם וצר ביותר. בעניין זה, ראו, למשל, פסק הדין בבג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 31.1.11), שבו נדונו ההוראות המבצעיות של צה"ל בדבר טווחי ירי ארטילרי ברצועת עזה (ההדגשות אינן במקור):
- "מלכתחילה סברנו כי גדדי 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"
- לטובת שלמות התמונה, ראו גם פסקי הדין בבג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002); בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נו(4) 193 (2003); בג"ץ 8013/10 המועצה האזורית אשכול נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 8.8.11); והשוו גם: בג"ץ 10198/07 שורת הדין נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 15.1.09); בג"ץ 4146/11 יואב הס נ' ראש המטה הכללי (פורסם באר"ש, 9.7.13).
59. נזכיר כי האירועים האלימים מושא ענייננו עודם מתמשכים בעצימות משתנה, בעיקר בסופי השבוע. על-פי הצהרות מארגניהם, האירועים צפויים להגיע לשיאם ביום 15 במאי, יום לאחר המועד הלועזי של הקמת מדינת ישראל, שבו מציינים הפלסטינים את "יום הנכבה" ("יום האסון"). כוחות הביטחון עוסקים באופן בלתי פוסק גם בשעת כתיבת שורות אלו במתן מענה מיטבי לאיומים הכרוכים באירועים הללו, על מנת למנוע כמידת האפשר פגיעה בכוחות הביטחון ובאזרחי ישראל.
- בנסיבות אלו ובשלב זה, כאשר מדובר באירועים מבצעיים מתמשכים (הגם שבעצימות משתנה), כאשר קיימים טעמים מבצעיים משמעותיים לדרך הפעולה הננקטת על ידי כוחות הביטחון; ובנסיבות בהן ההחלטות המינהליות והמבצעיות של גורמי הפיקוד הבכירים עודן מתקבלות על בסיס עדכונים מהשטח ותמונת מצב משתנה – ברור וגלוי כי מתחם ההתערבות השיפוטית הוא מצומצם וצר ביותר, בהיותו נוגע לשיקולים הביטחוניים והמבצעיים העומדים בבסיס הסוגיה הנדונה.

סוגיות סף של עמידה והיעדר שפיטות

60. לאחרונה ממש, ביום 12.4.18, הוגשה עתירה במסגרת בג"ץ 2940/18 הס נ' הרמטכ"ל (להלן: "עתירת הסי"), שהסעדים שהתבקשו בה דומים, בעיקרם, למבוקש בעתירות שבכותרת, והיא עוסקת באותם אירועים אלימים הנדונים כאן. עתירת הס נדחתה על הסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' השופט סולברג, בהסכמת כב' השופטים שהם ואלרון) מיום 12.4.18, מנימוקי סף שונים שבעיקרם אינם רלוונטיים לעתירות שלפנינו, ובמסגרתה לא נתבררו דברים לגופם, אולם ראוי לציין, לשלמות התמונה, כי בית המשפט הנכבד ראה לנכון לציין במסגרת פסק דינו בעניין הס, כך:

"יש מקום לספק גם באשר לזכות העמידה של העותר, גם שאלת השפיטות עומדת ברקע, אך קוצר הזמן והיריעה אינם מאפשרים התייחסות ממצה לנושאים אלה; בנסיבות, גם אין צורך בכך [ההדגשות במקור – ה"ח"מ]."

ראו: סעיף 4 לפסק הדין בעניין הס.

61. בהקשר זה ייאמר מייד כי המדינה אינה סבורה כי שאלת עצם חוקיותן של הוראות הפתיחה באש, במנותק מהאירועים האלימים המצויים כעת בעיצומם, לוקה בהיעדר שפיטות – מוסדית או נורמטיבית - דברים אלו הם בבחינת פשיטא.

ואולם טענות הנוגעות, כמתואר לעיל, ליישומן של ההוראות בפועל במהלך האירועים שעודם מתמשכים; לצורך הנטען ביצירה לאלתר של "מנגנון אפקטיבי להטמעת האיסור" על הפעלת כוח קטלני אסור, לשיטת העותרים, לדרגי השטח; ולצורך הנטען באיסור השימוש בצלפים או באש חיה במסגרת האירועים המצויים בעיצומם, כאמור – אכן מעלות סוגיות מוסדיות הכרוכות בשאלות של שפיטות ועמידה.

בהקשר זה, ייאמר בתמצית, כי העניין שלפנינו שונה ממקרים הומניטריים אלו ואחרים שנדונו בפני בית המשפט הנכבד בעבר, וראו למשל בג"ץ 201/09 דופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 19.1.09). לעומת המקרים האחרים שנדונו, בעניינינו הנוכחי, המדובר בעתירות שהוגשו על ידי ארגונים ישראליים וכן על ידי ארגון נוסף שמקום מושבו בעזה – שהוכרזה שטח עין-על-ידי ממשלת ישראל ואשר נשלטת על-ידי ארגון טרור המצוי בעימות מזוין עם מדינת ישראל – בעניין אירועים מבצעיים שעודם מתרחשים, ושתכליתן לשנות מאופן מתן מענה המבצעי הצה"לי לאירועים תוך כדי התרחשותם. והדברים מתבקשים בזמן אמת, בעת שכוחות צה"ל מצויים בעיצומה של פעילות מבצעית, בעצימות משתנה. וכל זאת, שעה שקיים קושי מובנה, הנוגע ליכולתו של בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד הראוי, לתת סעד יעיל ואפקטיבי בעניינינו, שעה

שהאירועים הם במהלכם, תמונת המצב העובדתית משתנה כל העת בהתאם לאופיים ומהותם של האירועים, ואף הגורמים הצה"ליים הרלוונטיים, עוסקים בניהול האירועים, דבר המשפיע במידה מסוימת על יכולתם לספק בזמן אמת את הנתונים הנדרשים להצגה בפני בית המשפט הנכבד לשם קבלת הכרעתו (השוו: בג"ץ 3022/02 קאנון (LAW) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 10.4.02)). היבטים אלו, מעלים, כאמור, סוגיות מוסדיות הכרוכות בשאלת השפיטות.

כל האמור, כמובן, לא נועד לגרוע כהוא זה מחובתם של כוחות הביטחון לפעול לפי הכללים החלים של המשפט הישראלי והבין-לאומי המנהגי, גם בהקשר הנדון בענייננו.

לאור פרקי הזמן הקצרים להכנתה של תגובה זו (בשים לב לכך שעתירת עדאלה הומצאה למשיבים רק בשעות אחר הצהריים של יום 23.4.18), ולאור טענות הסף והטענות לגופם של דברים שמכוחן דינן של העתירות להידחות ממילא – לא תרחיב המדינה בסוגיות אלו במסגרת תגובה זו, אך זאת תוך שמירת כל טענותיה בהקשר זה.

62. משאמרנו כל זאת ביחס למישור הסף – נעבור לדון בגופם של דברים.

דין העתירות להידחות לגופן

63. המדינה ותטען כי דין טענות העותרים בשתי העתירות להידחות לגופן, שכן הן אינן מגלות כל עילה להתערבות שיפוטית, וכן כי פעולות כוחות הביטחון בענייננו עולות בקנה אחד עם כללי המשפט הישראלי ועם ההוראות החלות מן המשפט הבין-לאומי.

בתמצית, ייאמר כדלקמן:

הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם הדין הישראלי ועם הדין הבין-לאומי, ובתוך כך אף עם פסיקתו של בית-המשפט הנכבד.

נקודת המוצא לעמדת המדינה היא כי האירועים האלימים הנ"ל מתרחשים כחלק מהעימות המזוין בין ארגון הטרור חמאס לבין ישראל, ועל כן המסגרת המשפטית המסדירה פתיחה באש במסגרתם היא דיני הלחימה. לעמדת המדינה, אופיים המורכב של האירועים, מחייב להבחין, במסגרת דיני הלחימה, בין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של פעולות איבה (למשל, כאשר הפתיחה באש נעשית במסגרת הלחימה בין חמאס לישראל) ובין פתיחה באש החוסה תחת פרדיגמה של אכיפת חוק.

כאמור, עמדת המדינה המפורטת בתגובה זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית- המשפט הנכבד בכל הנוגע להוראות פתיחה באש, בדגש על נסיבות שבהן כוחות הביטחון נדרשים להתמודד עם הפרות סדר המוניות מסכנות חיים.

נפרט את עמדת המדינה ביחס לטענות העותרים, אחת לאחת.

אין ממש בטענת העותרים בשאלת תחולתם של דיני הלחימה ובשאלת קיומו של עימות מזוין

64. העותרים טוענים כי "ימים שבהם אין קרבות ואין שימוש בנשק בין כוחות חמושים אינם ימים של עימות מזוין" (סעיף 51 לעתירת יש דין, וראו גם סעיף 50); אלא שטענה זו נוגדת הן את פסיקת בית-המשפט הנכבד (כגון בג"ץ עליאן שהוזכר לעיל ועוסק ב"ימים" שכאלה בדיוק) והן את המשפט הבין-לאומי. אכן, אין כל ספק בדבר קיומו המתמשך של עימות מזוין בין מדינת ישראל לחמאס – וכתוצאה מכך, בדבר תחולתם של דיני הלחימה.
65. המונח "עימות מזוין" (armed conflict) משמש במשפט הבין-לאומי לתיאור המצבים שבהם חלים דיני הלחימה, ומוסכם על הכול כי עימות מזוין מסתיים עם סיומן הכללי של פעולות הלחימה בין הצדדים (ראו, למשל: Derek Jinks, *The Temporal Scope of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts*; Marko Milanovic, *The End of Application of International Humanitarian Law*). ברי כי פעולות הלחימה בין ישראל לחמאס עודן נמשכות, וודאי שלא הגיעו לכדי סיום כללי, ועל כן טענתם של העותרים כי האירועים האלימים במרחב המכשול הביטחוני התרחשו בימים שבהם לא היה קיים עימות מזוין היא טענה חסרת בסיס.
66. למעלה מן הצורך, יש לציין כי כחלק מניסיונם של העותרים לבסס את טענתם הם מפנים למקורות שבכל הכבוד, אינם רלוונטיים כלל לסוגיה זו; לדוגמה, סעיף 2 לפרוטוקול השני הנוסף לאמנות ז'נבה, שאליו מפנים העותרים, עוסק בשאלה מתי קם עימות מזוין ולא בדין החל על מהומות המתרחשות במסגרת עימות מזוין קיים.
67. בהקשר זה, ובניגוד לתמונה המשטנית שמציירים העותרים, שלפיה האירועים האלימים שהתרחשו בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני ברצועת עזה היו "אירועים אזרחיים מובהקים" (סעיף 38-39 לעתירת יש דין; סעיף 10, 14 ו-65 לעתירת עדאלה), מן התיאור העובדתי של האירועים לעיל ניכר כי מוטמעות בהם פעולות האיבה של חמאס נגד ישראל במסגרת העימות המזוין המתמשך בין הצדדים; גם מסיבה זו ברור כי חלים דיני הלחימה.

68. כאמור, במצב זה המשיבים סבורים, בניגוד לעמדת העותרים, כי הפעלת הכוח באירועים אינה חוסה רק תחת פרדיגמת אכיפת החוק. לצד זאת, ובניגוד לתיאור הדברים בידי העותרים בעתירת יש דין, המשיבים אינם סבורים כי האירועים האלימים חוסים בהכרח כולם תחת פרדיגמת פעולות האיבה.

69. כאמור, המשיבים מנתחים ככלל את הפעלת הכוח של צה"ל כלפי המשתתפים באירועים האלימים שהתרחשו במרחב המכשול הביטחוני כחוסה, כבריית מחדל, תחת פרדיגמת אכיפת החוק. לצד זאת, בנסיבות מסוימות, לרבות כאשר מידע פרטני מצביע על השתתפותו של אדם בפעולות האיבה במהלך האירועים, הפעלת הכוח כלפיו חוסה תחת פרדיגמת פעולות האיבה.

70. למען הסר ספק, וכפי שכבר צוין לעיל, המשיבים אינם רואים בעצם ההשתתפות בהפרות הסדר האלימות או בעצם ההתקרבות למכשול הביטחוני, בבחינת השתתפות ישירה בפעולות האיבה. המשיבים סבורים כי על כל מקרה להיבחן על-פי נסיבותיו, והם תמימי דעים עם העותרים כי "יש לנקוט במשנה זהירות בקביעה שאזרחים הם משתתפים ישירים" בפעולות האיבה (סעיף 56 לעתירת יש דין).

71. לפיכך, יש לדחות את טענות העותרים בכל הנוגע להיעדר תחולה של דיני הלחימה.

אין ממש בטענות העותרים בשאלת תחולת דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי

72. העותרים טוענים כי על האירועים שבבסיס העתירות חלים דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי, וכי פרדיגמת אכיפת החוק מוסדרת בדינים אלה. כמפורט לעיל, המשיבים חולקים על עמדה זו וסבורים כי פרדיגמת אכיפת החוק הרלוונטית לאירועים שבבסיס העתירות מוסדרת בדיני הלחימה עצמם.

73. בהקשר זה, המשיבים סבורים כי דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי אינם חלים על פעילותם של כוחות הביטחון באירועים שבבסיס העתירות. כפי שהמדינה ציינה בעבר בהליכים שונים בפני בית-המשפט הנכבד, מדינת ישראל, לצד מדינות נוספות, מהווה מזה שנים רבות מתנגדת עיקשת (persistent objector) – במובנו של מונח זה במשפט הבין-לאומי – לתחולתם של דיני זכויות האדם בעת עימות מזוין. ואכן, בדו"ח שהכין הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום בשנת 2012 בנושא פרדיגמות השימוש בכוח בעת עימות מזוין (דוח שחלקים בלתי-מבוטלים ממנו, יש לציין, אינם משקפים מלכתחילה את הדין המחייב) הכיר הארגון בכך שמדינת ישראל אינה מחויבת לחליל את דיני זכויות האדם בבואה להסתמך על פרדיגמת אכיפת החוק בעת עימות מזוין (International Committee of the Red Cross, Expert Meeting on the Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, בעמ' 5 (ה"ש 21)).

74. מכל מקום, גם לו היו המשיבים מקבלים את טענתם הכללית של העותרים בדבר תחולת דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי במצב זה – וכאמור, הם אינם מקבלים אותה – הרי שגם דיני זכויות האדם אינם תומכים בטענות העותרים לגבי חוקיות הוראות הפתיחה באש.
75. לטענת העותרים, דיני זכויות האדם מתירים את השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לשתי תכליות בלבד: "הגנה עצמית או הגנה על אחרים מפני סכנה מיידית לחייו של אדם או לפגיעה קשה בגופו בלבד"; ו"כדי למנוע עבירה חמורה המסכנת חיי אדם" (סעיף 64 לעתירת יש דין). העותרים בשתי העתירות מסתמכים בהקשר זה על "כללי הוואנה", אשר נכתבו בקונגרס בין-לאומי למאבק בפשיעה שנערך בשנת 1990. לטענת העותרים, "המדובר בכללים דקלרטיביים המייצגים משפט בינלאומי מינהגי" (סעיף 62 לעתירת יש דין, וראו גם סעיף 74 לעתירת עדאלה).
76. אלא שהסתמכותם של העותרים על "כללים" אלה היא חסרת יסוד. ראשית, הם אינם רלוונטיים לאירועים האלימים שבבסיס העתירות, שכן הם עוסקים בהתמודדות של הרשויות עם תרחישים שגורתיים בתוך שטח המדינה בהקשרי מאבק בפשיעה. האירועים האלימים שבבסיס העתירות הם שונים בתכלית. שנית, "כללי הוואנה" אינם מחייבים משפטית ומהווים לכל היותר המלצות למדינות כיצד לנהוג, כפי שמעידה השפה ה"רכה" שבה השתמש קונגרס הוואנה כאשר "המליץ" (recommend) על יישומם בקרב המדינות ו"הזמין" (invite) מדינות לקחת אותן בחשבון (Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August-7 September 1990, בעמ' 110-111 ובמיוחד בפסי 2-5). העותרים אינם מסבירים כיצד ומתי הפכו "כללי הוואנה" מנהגיים, ומכל מקום טענתם בהקשר זה חסרת בסיס (ראו International Committee of the Red Cross, לעיל בעמ' 7, המגדיר את הכללים במפורש כ-"non-binding"). יצוין גם כי ניסיונם של העותרים בעתירת עדאלה להיבנות בהקשר זה מפסק-דינו של בית-המשפט הנכבד בעניין אלמסרי הוא ניסיון עקר, והם מצטטים את פסק הדין באופן חלקי ומטעה, היוצר את הרושם השגוי כי בית המשפט הנכבד בחן לעומק את מעמד הכללים (סעיף 75 לעתירת עדאלה).
77. מלבד זאת, ובניגוד לטענת העותרים, דיני זכויות האדם כלל אינם קובעים רק שתי תכליות חוקיות המתירות פגיעה בחיים. מקור מרכזי בהקשר זה, שאף מדינת ישראל צד לו, הוא האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) משנת 1966. לפי סעיף 6 לאמנה, לכל אדם הזכות לחיים ולא ניתן לשלול אותה ממנו "באופן שרירותי":

"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life".

78. כפי שניתן לראות, נוסח כללי זה אינו מפרט את התכליות שלשמן מותר לפגוע בחייו של אדם, אם כי הוא מכיר בכך שישנן נטילות חיים שאינן שרירותיות. זוהי תוצאה של פשרה בין המדינות שניסחו את האמנה. ארצות-הברית ביקשה במסגרת המשא ומתן לקבוע איסור על נטילת חיים שרירותית כדי שלא לקבוע רשימה סגורה של תכליות לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני (Commission on Human Rights, Summary record of the 139th meeting, UN Doc. E/CN.4/SR.139 (1950) ; להלן - "ההתבטאות האמריקנית"). בריטניה, לעומת זאת, ראתה ערך בציון מפורש של תכליות מותרות, ובהן דיכוי מהומה או התקוממות ("quelling a riot or an insurrection") (Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights (Marc. J. Bossuyt ed. 1987) 116). הנציגה האמריקנית, אלינור רוזוולט, הבהירה מצדה כי אין באיסור כללי על נטילת חיים "שרירותית" כדי לאסור על פגיעה בחיים הנחוצה לצורך דיכוי מהומה או התקוממות (ההתבטאות האמריקנית, בסעיף 23). כפי שמעיד נוסח הסעיף, לבסוף נתקבלה העמדה האמריקנית.

79. מהמשא ומתן על ניסוחו של סעיף 6 ל-ICCPR ניתן להסיק שתי מסקנות הרלוונטיות לענייננו: ראשית, הבחירה באיסור כללי על נטילת חיים שרירותית נועדה להימנע מקביעת רשימה סגורה באשר לנסיבות שבהן מותר להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני; ושנית, ההבנה במשא ומתן הייתה כי מותר להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לשם דיכוי מהומה או התקוממות.

80. למסקנה דומה מובילה האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950 – שישראל אינה צד לה או מחויבת בה, ועל כן נפנה אליה לצורכי השוואה בלבד – אשר נוקטת גישה מעט אחרת. סעיף 2 לאמנה קובע כי לכל אדם הזכות לחיים ומצוין כי ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני, אם הוא נחוץ לחלוטין, בשלושה תרחישים חלופיים, ובתוך כך כאשר מדובר בדיכוי מהומה או התקוממות (ההדגשות אינן במקור):

"Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection".

81. אכן, אין שחר לטענת העותרים כי דיני זכויות האדם מכירים בשתי תכליות בלבד (הגנה עצמית או על אחרים מפני סכנה מיידית ומניעת עבירה חמורה). דיני זכויות האדם המחייבים את מדינת ישראל כלל אינם קובעים רשימה סגורה של תכליות, ומכל מקום ניכר שדיכוי מהומה או התקוממות מסכנת חיים הוא תכלית חוקית ועצמאית לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני.

82. למען הסר ספק, ובדומה לעותרים, המשיבים סבורים כי השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כפוף למספר תנאים קפדניים: קיומה של סכנה ממשית לחיים או לשלמות הגוף (כמפורט לעיל, סכנה כזו יכולה לנבוע מאדם בודד או מהמון אדם); מוצה השימוש באמצעים בלתי-קטלניים לטובת ההתמודדות עם סכנה זו, או שהוא אינו ישים בנסיבות העניין; יש הכרח להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כדי להתמודד עם הסכנה (כלומר, ההערכה היא כי נדרש להשתמש בכוח באותה עת כדי להסיר את הסכנה לפני התממשותה, גם אם הסכנה עצמה טרם הפכה מיידית); והכוח שבו נעשה שימוש הוא מידתי ביחס לסכנה. בהתאם, על השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני להיעשות כמוצא אחרון בלבד, בהיקף המינימאלי הנדרש ובאופן מידתי.

83. בהקשר זה, המשיבים סבורים כי העותרים מקלים ראש בסכנה הממשית, הקרובה והחמורה לחיים שנשקפת מהמון מתפרע, ודאי בנסיבות קיצוניות כמו אלו של האירועים שמתרחשים בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני. לעמדת המשיבים, הסכנה הנשקפת מהמון מתפרע המונה אלפי אנשים, גדולה עשרות מונים מזו שנשקפת מאדם בודד או מקבוצה קטנה של אנשים. יתרה מכך, סכנה זו הופכת מיידית בן רגע עם הגעת ההמון ליעדו, והסרתה בשלב מאוחר זה תחייב, מבחינה מבצעית, ירי חי בהיקף נרחב אשר המשיבים מבקשים להימנע ממנו.

84. כאמור, המשיבים אינם מקבלים את הטענה כי דיני זכויות האדם חלים על האירועים שבבסיס העתירה, והם סבורים כי האירועים מוסדרים בפרדיגמת אכיפת החוק ובפרדיגמת פעולות האיבה של דיני הלחימה. אולם גם אילו חלו דיני זכויות האדם כנטען על-ידי העותרים, אין בדינים אלה כדי לתמוך בטענות המופיעות בעתירות.

אין ממש בטענות העותרים בעתירת עדאלה לפיהן פעולות כוחות הביטחון עומדות בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

85. העותרים בעתירת עדאלה טוענים כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על השימוש בירי הנדון וכי ירי זה עומד בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה" (סעיף 84 לעתירת עדאלה, וראו בהרחבה סעיפים 84-111 לעתירה האמורה). הם אף טוענים בהקשר זה כי "אין הוראת חוק מפורשת המתירה את הפגיעה בזכויות יסוד אלו על ידי השימוש בירי חי כלפי מפגינים..." (סעיף 91 לעתירה האמורה).

86. לעמדת המשיבים, טענותיהם של העותרים בהקשר זה אינן נתמכות בפסקי-הדין שאליהם הם מפנים ואף אינן עולות בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד הרלוונטית לשאלה זו (בכל הנוגע לסמכותו של צה"ל לפתוח באש לצורך מימוש ייעודו על-פי דין, ראו פרשות אנקונינה ואלמסרי).

87. שאלת תחולתו האקסטרה טריטוריאלית של חוק היסוד – האם ובאיזה אופן הוא תל מחוץ לשטחי ישראל – אינה פשוטה כלל ועיקר.

88. בעניין חוף עזה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בעמ' 561-560 (2005)), נתקפה חוקתיותו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, שעסק בפינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, ובפיצוי ובסיוע לזכאים. כדי להידרש לשאלת חוקתיותו של החוק, אשר נמעניו הישירים הם ישראלים שהתגוררו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, נידונה שאלת תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית של חוק היסוד.

עמדת המדינה באותו עניין הייתה כי יש להותיר את הנושא המורכב ב"צריך עיון", אך כי היא מוכנה "בהתחשב בנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן של חוק יישום ההתנתקות, היותו חוק ישראלי (להבדיל מצו היוצא בשטחים), וזיקותיו הרבות לפעולות הנעשות בתחומי מדינת ישראל, על-ידי נושאי תפקידים ברשויות ציבוריות ישראליות והמתייחסות לישראלים – [...] לצאת מן ההנחה שחוק היסוד חל על הוראות שנקבעו בחוק זה. בנסיבות אלה אין צורך להכריע במסגרת עתירות אלה בשאלה החוקתית העקרונית והרחבה של תחולת חוקי היסוד מחוץ לתחומה הריבוני של המדינה" (עמדת המדינה מופיעה בפסקה 78 לפסק הדין בעניין חוף עזה).

89. בפסק הדין בעניין חוף עזה נקבעה תחולתם הפרסונאלית של חוקי היסוד ביחס לאזרחים ותושבים ישראלים המתגוררים בשטח המצוי תחת שליטה ישראלית. בנסיבות אלה צוין בפסק הדין, כי "אין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון" (שם).

ראו עוד: בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: עניין הנזיקים האזרחיים), שגם במסגרתו לא נדרש בית המשפט הנכבד להכריע בסוגיית תוקף חוקי היסוד ביחס לתושבי האזור שאינם ישראלים; עוד ראו, מן העת האחרונה ממש, הערת כב' המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן בדבר הותרת הסוגיה בצריך עיון (בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נימוקים פורסמו ביום 31.10.17) – להלן: עניין זיאדה, בפסקה 95).

נעיר כי פסיקות אלו עסקו בשאלת תחולת חוקי היסוד באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – מצב דברים שאינו רלוונטי בימינו לעניינה של רצועת עזה – אם כי לענייננו נוגעת עצם השאלה הכללית יותר של תחולה אקסטרה טריטוריאלית של חוק היסוד.

90. עמדת המדינה היא כי, כך או אחרת, גם במקרה שלפנינו לא נדרשת הכרעה בשאלת תחולתו האקסטרה טריטוריאלית של חוק היסוד, וזאת משום שכך או אחרת, עומדות הוראות הפתיחה באש בענייננו במבחני פיסקת ההגבלה במלואם, בהתאם למתואר לעיל. לפיכך, ניתן להותיר גם במקרה זה את שאלת התחולה של חוק היסוד – האם ובאיזה היקף חל הוא – ביצריך עיון.

אין ממש בטענות העותרים לפיהן פעולות כוחות הביטחון עומדות בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד

91. העותרים למדים מפסיקתו של בית-המשפט הנכבד איסור על פתיחה באש באירועים האלימים שבבסיס העתירות. כאמור לעיל, המשיבים חלוקים על מסקנה זו – המתבססת, יש להדגיש, על קריאה חלקית של הפסיקה – וסבורים כי פסיקתו של בית-המשפט הנכבד מכירה בכך שניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לטובת דיכוי הפרת סדר אלימה שממנה נשקפת סכנה ממשית וקרובה לחיים או לשלמות הגוף, בכפוף לתנאים כגון צורך הכרחי ומידתיות. בהתאם, המשיבים סבורים כי הוראות הפתיחה באש במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם פסיקתו של בית-המשפט הנכבד.

נביא בהקשר זה דברים נוספים מפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אלמסרי, הרלוונטיים לענייננו, כדלקמן:

"28. אשר לשאלה, האם הירי בוצע בהתאם להוראות הדין הישראלי, הרי שחיילי צה"ל פעלו במהלך האירוע, כבאירועים מבצעיים אחרים, בהתאם להוראות הפתיחה באש. הוראות אלו הינן חלק מפקודות הצבא, והן אושרו על יד הרמטכ"ל, לאחר שהמשיב מצא כי הן מתיישבות עם הדין הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי. ..."

ובהמשך:

"31. 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, ומספר מסויים של חיילים אכן נפצעו במהלך האירוע.

התנהלותם של חיילי צה"ל במצבי חירום ולחץ, אליהם נקלעו גם במקרה דנן, אינה צריכה להבחן בתנאי "מעבדה" של בית המשפט. עמדתי על כך בהרחבה בבג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 23 (20.7.2014):

"אל לנו לבחון את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון במצבי לחימה, בגדרם נשקף סיכון ממשי לחייהם ולשלומם, באופן תלוש מהסיטואציה המיוחדת בה הם פעלו [...] עוד יש להזכיר, כי בית משפט זה קבע, לא אחת, כי יש להותיר 'מרווח טעות' לשוטרים ולחיילים הפועלים בתנאי קרב, או במסגרת פעילות מבצעית. הטעם לעמדה זו, נעוץ בתובנה לפיה 'ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע' (ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחליל (7.3.1999), בפסקה 5 לפסק הדין)" (ראו גם, ע"א 1459/11 עזבון המנוח מוחמד (נביל) נאפע חרדאן ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון (16.6.2013); רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה (24.09.09) ע"א 5604/94 אוסמה חמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2), 498 (2004))."

דברים אלה מתאימים לנסיבות ענייננו, ככפפה ליד.

אין ממש במסקנות העותרים בכל הנוגע לדו"ח ועדת אור

92. העותרים מפנים גם לדבריה של ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 ("ועדת אור"). לדעת המשיבים, את דבריה של הוועדה יש לקרוא לאור פסיקתו ארוכת-השנים של בית-המשפט הנכבד, ובשינויים המחויבים לנוכח האירועים האלימים שבבסיס העתירות שלפנינו.
93. ראשית, ועדת אור התייחסה למצב שונה בתכלית מזה של האירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב המכשול הביטחוני. אף שאירועי אוקטובר 2000, שאותם בחנה הוועדה, היו אירועי אלימות נרחבים וחמורים ביותר, האירועים האלימים שבבסיס העתירות נבדלים מהם הן בהקשרם (עימות מזוין); הן במשכם; הן בהיקפם; הן במיקומם (בשטח אויב); הן במעורבותם של ארגוני טרור בהם (כמפורט לעיל באשר למעורבות ארגון הטרור חמאס); והן באיום הביטחוני הנשקף מהם.
94. שנית, הפסיקה מציינת תמונה ברורה שלפיה ניתן להשתמש בירי חי כדי לפזר הפרות סדר שמהן נשקפת סכנה ממשית לחיים או לגוף, וזאת בכפוף לתנאי פרדיגמת אכיפת החוק (צורך הכרחי, מידתיות וכד'), ובהקשר זה יוזכר כי פסיקתו של בית-המשפט הנכבד בעניין אלמסרי, שצוטטה לעיל, היא מאוחרת לדו"ח ועדת אור.

משכך, טענת העותרים כי "הפרות סדר, גם אם הן כוללות ייחודי אבנים וניסיון לפגוע בגדר הגבול, עשויות להצדיק שימוש באמצעים לפיזור הפגנות, ובוודאי שלא ניתן להלום שימוש באש חיה" (פס' 84 לעתירת יש דין) אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית-המשפט הנכבד, הן זו שלפני דו"ח "ועדת אור" והן זו שלאחריה.

אין ממש בטענות העותרים לעניין תוכן הוראות הפתיחה באש

95. עקב סיווגן של הוראות הפתיחה באש, טענות העותרים ביחס לתוכן אינן מתבססות על ידיעה אלא לכל היותר על השערה. המשיבים פירטו לעיל, במגבלות הסיווג, את שקובעות הוראות הפתיחה באש בפרדיגמת אכיפת החוק בכל הנוגע לאירועים האלימים המתרחשים במרחב המכשול הביטחוני. לעמדת המשיבים, הוראות הפתיחה באש עולות בקנה אחד עם הדין. משכך, אין בידי המשיבים לקבל את טענת העותרים כי "להוראות הפתיחה באש שורבנו היתרי שימוש באש חיה שמהווים הפרה של עקרונות השימוש בכוח הקבועים הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי" (המבוא לעתירת יש דין).

96. בהקשר זה, המשיבים מוצאים לנכון להדגיש כי פרסומים בתקשורת אינם מעידים בהכרח על תוכן של הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון. פרסומים בלתי-רשמיים וכן תמונות וסרטונים שאליהם מפנים העותרים בעתירת עדאלה, מציינים תמונה חלקית, ולא ניתן ללמוד מהם על שהתרחש בפועל או על ההוראות עצמן.

הדבר נכון לעתים גם לגבי פרסומים רשמיים, אשר מעצם טבעם מפשטים הוראות מבצעיות מורכבות על מנת שיובנו בידי קהלים רחבים ומגוונים, והדבר עשוי ליצור רושם מוטעה באשר לתוכן הממשי והמלא של ההוראות. כך קרה, למשל, ביחס לפרסום דובר צה"ל ב"טוויטר" ב-30 במרץ, שאליו מתייחסות העתירות; כוונתו של פרסום זה הייתה להבהיר כי כללי הפתיחה באש מתירים ירי חי רק באופן מדויק וקפדני, ומשלא הובן נכונה הוא הוסר והבהרות לגביו ניתנו בעל-פה. מעבר לכך, המשיבים אינם רואים פסול בריאיון שהעניק מג"ד "שקד" בחטיבת גבעתי לגלי צה"ל, שאליו מתייחסת עתירת יש דין, ונראה שרושם מוטעה מהריאיון עלול לנבוע דווקא מבחירתם של העותרים לצטט ממנו באופן חלקי ותוך הוצאה מסוימת מהקשר.

97. העותרים טוענים גם כי "ההוראה המתירה ירי במסית / מפר סדר מרכזי היא עמומה ונתונה לפרשנות סובייקטיבית" (סעיף 107 לעתירת יש דין). טענה זו אינה מדויקת, שכן הוראות הפתיחה באש דווקא כוללות הגדרה של "מסית או מפר סדר מרכזי". ככל הגדרה אחרת בהוראות הפתיחה באש, וכנהוג בקרב כוחות הביטחון בעולם, הכוח הפרוש בשטח נדרש לבחון בקפדנות אם הנסיבות שלפניו הן אכן הנסיבות שבהן מתירות לו ההוראות להשתמש בכוח (קטלני ושאינו קטלני); המשיבים אינם רואים פסול במצב זה.

98. בניגוד לנטען בעתירות, הוראות הפתיחה באש אינן מתירות ירי חי לעבר אדם אך בשל שהייתו באזור החיץ או בשל הימצאותו בסמוך למכשול הביטחוני. כמו כן, בניגוד לטענת העותרים, ההוראות אף אינן מתירות ירי חי לעבר אדם אך בשל כך שהוא משתתף בהפרת סדר אלימה או תומך בחמאס. כמפורט לעיל, ההוראות תואמות באופן קפדני את התנאים שמכתיבות שתי הפרדיגמות להפעלת כוח במהלך עימות מזוין.

דין הבקשה למתן צו ביניים – להידחות

99. כזכור, במסגרת עתירת עדאלה, התבקש צו ביניים, "האוסר על המשיבים להשתמש באש חיה, כולל צלפים, נגד המפגינים בעזה, וזאת עד למתן החלטה סופית בעתירה", ובית המשפט הנכבד קבע כי הבקשה תידון על ידי ההרכב שידון בעתירות.

על רקע כלל האמור לעיל, עמדת המדינה היא כי דין הבקשה למתן צו ביניים להידחות מכל וכל.

ראשית, שעה שהוראות הפתיחה באש מושא ענייננו הן החלות גם בשגרה ומצויות בתוקף מזה שנים, הרי שמתן צו הביניים המבוקש יביא לשינוי המצב הנורמטיבי קיים, ויהיה בבחינת צו עשה, שאין זה ממנהגו של בית המשפט הנכבד לתיתו במסגרת דיונית של צו ביניים.

שנית, דין הבקשה למתן צו ביניים להידחות גם לגופה – הן בשים לב לסיכויי העתירה הנמוכים (למצער), והן משיקולי מאזן הנוחות, לא כל שכן בגין הצטברם של השיקולים האמורים גם יחד.

סיכום

100. עניינן של שתי העתירות שבכותרת הוא בהוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני בין רצועת עזה לישראל, על רקע האירועים האלימים המתרחשים בשבועות האחרונים במרחב האמור.

101. כפי שהובהר לעיל, עמדת המדינה היא כי דין העתירות להידחות, הן בשל שורה של טענות סף העומדות כנגד חלק ניכר מן הטענות, הן לגופם של דברים, ביחס לכלל הטענות המועלות בשתי העתירות; וכי אין כל מקום להתערבות שיפוטית בענייננו, בין היתר בשים לב למתחם שיקול הדעת הרחב המסור למשיבים בעניינים כגון דא.

102. המדינה עמדה בהרחבה על כך שהתשתית העובדתית הניצבת בבסיס העתירות היא, בכל הכבוד, פגומה וחסרה, מוטעית ומטעה, ועל בסיסה אכן עלול להתקבל הרושם כי האירועים האלימים מושא ענייננו הם "אירועים אזרחיים מובהקים", כביכול; אלא שבחינת תמונת המציאות העובדתית לאשורה, אינה מותירה מקום לספק כי המדובר באירועים אלימים המתרחשים כחלק מהעימות המזוין בין ארגון הטרור חמאס לבין ישראל, על כל המשתמע מכך.

אכן, האירועים האלימים מושא ענייננו מהווים נדבך נוסף בדפוס פעולתו של חמאס, אשר עליו עמד לא פעם בית המשפט הנכבד, וראו למשל דבריה של כבוד הנשיאה ביניש בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על-2008 (1) 1213 (2008), שעה שקבעה, בין היתר, כי:

"רצועת עזה נשלטת על-ידי ארגון טרור רצחני, הפועל ללא לאות לפגיעה במדינת ישראל ובתושביה, ומפר כל כלל אפשרי של המשפט הבינלאומי בפעולותיו האלימות, המופנות ללא אבחנה כלפי אזרחים – גברים, נשים וילדים [...]"

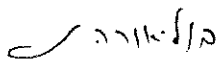
103. עוד עולה מתגובה זו שלפנינו כי הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם הדין הישראלי ועם הדין הבין-לאומי, ובתוך כך אף עם פסיקתו של בית-המשפט הנכבד.

104. המדינה תשוב ותדגיש כי ברצונה להציג לבית המשפט הנכבד בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד, ככל שתיתן לכך הסכמת העותרים, מידע מסווג בשני היבטים:

- א. העתק הוראות הפתיחה באש המלאות והמסווגות מושא ענייננו.
- ב. מידע מודיעיני מסווג הרלוונטי לאירועים האלימים מושא ענייננו.

105. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחייתן של העתירות שבכותרת, וממילא על דחיית הבקשה למתן צו ביניים שנכללה בעתירת עדאלה.

106. תגובה זו נתמכת בתצהירו של ראש אגף המבצעים בצה"ל, אלוף ניצן אלון.


 אבי מיליקובסקי, עו"ד
 סגן בכיר אי במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה

היום, י"ד אייר תשע"ח
 29 אפריל 2018