

בג"ץ 3003/18
בג"ץ 3250/18

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

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

הודעה מטעם המדינה

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.4.18, ובשים לב להתייחסות העותרים שהוגשה ביום 1.5.18 (למחרת הדיון שנערך בעתירה; להלן – "ההודעה המשלימה מטעם העותרים"), מתכבדים המשיבים (לעיל ולהלן: "המדינה" או "המשיבים") להגיש הודעה מטעמם, כדלקמן.

2. כזה יהיה סדר הילוכה של הודעת המדינה:

ראשית, המדינה תתייחס בקצרה לפרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי - בשים לב לדברי העותרים בהקשר זה במהלך הדיון. המדינה תראה כי **עמדתה עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי, וכי אין ממש בטענות העותרים בהקשר זה.**

שנית, המדינה תתייחס בקצרה לדיני זכויות האדם, בדגש על מעמדם של "כללי הוואנה" וליחס בינם לבין אמנות זכויות אדם – אף זאת בשים לב למחלוקת שהשתקפה בהקשר זה בין העותרים לבין המדינה במהלך הדיון – ולאסמכתאות שהציגו העותרים במסגרת הודעתם המשלימה. המדינה תראה כי **אסמכתאות אלה אינן מבססות את טענות העותרים כי "כללי הוואנה" משקפים משפט מנהגי.**

שלישית, המדינה תתייחס באופן פרטני לאסמכתאות נוספות שהציגו העותרים, בדגש על פסקי-דין של בית-הדין האירופי; המדינה מבקשת להבהיר כבר עתה כי, **עקב הבדלים משפטיים ועובדתיים מהותיים, לא ניתן לגזור גזרה שווה לענייננו מאף אחד מפסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם שהגישו העותרים כאסמכתאות.**

3. יודגש כבר עתה, למען הסר ספק קל שבקלים: לעמדת המדינה, על בסיס מצב הדברים העובדתי – ביחס לאופיים ומהותם של האירועים מושא ענייננו – **הן המסגרת המשפטית שעליה נסמכת המדינה, והן המסגרת המשפטית שעליה נסמכים העותרים מובילות לתוצאה זהה בכל הנוגע לחוקיות הוראות הפתיחה באש החלות על האירועים מושא ענייננו.** כאמור בתגובת המדינה מיום 29.4.18 (להלן – "תגובת המדינה"), בסעיף 74:

"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 [ההדגשות במקור – ה"ח"מ]"

4. בהקשר זה, **המדינה תשוב על עמדתה כפי שצוינה עוד בתגובתה לעתירות, ולפיה דין העתירות להידחות; לעמדת המדינה, מסקנה זו אך מתחזקת לאור האמור בהודעה זו.**

פרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי

5. המדינה פירטה במסגרת תגובתה לעתירות שבכותרת, את עמדתה לענין קיומו של עימות מזוין מתמשך בין ישראל לבין ארגון הטרור חמאס, אשר חלים עליו דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי; המדינה הציגה במסגרת זו את שתי הפרדיגמות השונות לשימוש בכוח שמתווים דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי במהלך עימות מזוין – פרדיגמת פעולות האיבה (conduct of hostilities) ופרדיגמת אכיפת החוק (law enforcement); ראו בהרחבה – סעיפים 26-35 לתגובת המדינה לעתירות שבכותרת.

המדינה ציינה, ברחל בתך הקטנה, בתגובתה, כי בכל הנוגע לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני "פרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה אינה מוסדרת בהרחבה במקורות

הכתובים" (סעיף 31 לתגובה, וראו גם סעיף 32 לתגובה), והיא עמדה, בתמצית, על עדויות לקיומה המצויות באמנות השונות.

6. טענתם של העותרים כפי שהועלתה בדיון, הייתה, בתמצית, כי עמדת המדינה לעיל, **נעדרת עיגון במשפט הבין-לאומי** (ראו בעיקר – דברי ב"כ העותרים בעתירת יש דין, בעמ' 4-5 לפרוטוקול הדיון). להלן תובא התייחסות המדינה לטענות אלה של העותרים.

7. מאז ומתמיד, לצד פעולות האיבה בין הכוחות הצבאיים של הצדדים לעימות מזוין, **עימותים מזוינים כללו, לעתים תכופות, אינטראקציה של כוחות צבא עם אזרחי האויב או עם לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה, לרבות הפעלת סמכויות שונות כלפיהם** (כגון הטלת מגבלות תנועה ותפיסת רכוש) **ואף שימוש בכוח** (למשל, בהקשר של אכיפת סגר ימי כלפי אזרחים המנסים להפר אותו; אכיפת קווי הפסקת אש כלפי אנשים המתקרבים אליהם; מניעת בריחתם של עצורים ממתקני החזקה; וטיפול בהפרות סדר של אזרחים כלפי כוחות צבא).

8. ההסדרה של אינטראקציה זו באמנות של דיני הלחימה איננה אחידה. הסדרה מפורטת אחת, המתמקדת באינטראקציה עם לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה, היא הסדרת הטיפול **בשבויי מלחמה**. להסדרה זו היסטוריה ארוכה ביותר, וכיום היא מפורטת בעיקר ב-143 סעיפיה של אמנת ז'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה משנת 1949 (ראו, שם). בהקשר הספציפי של **שימוש בכוח**, עם זאת, ההסדרה באמנה מצומצמת. ראו:

- סעיף 42 לאמנת ז'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה משנת 1949 – סעיף זה קובע כי השימוש בנשק כנגד שבוי מלחמה המנסה לברוח יהווה אמצעי חריג, שיש להקדים לו אזהרות.

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e63bb/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68>

- International Committee of the Red Cross, The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, p. 33-35 (2013) (להלן: **"דוח הפרדיגמות של הצלב האדום"**) – סיכום מפגש אקדמי ביני"ל של מומחים בנושא שימוש בכוח בעת עימות מזוין. אף שהסיכום אינו מחייב משפטית ולמדינה יש הסתייגויות שונות ממנו, היא מסכימה עם האופן שבו מתואר בהקשר זה סעיף 42 לאמנת ז'נבה השלישית.

דוח הפרדיגמות של הצלב האדום נגיש בכתובת האינטרנט:

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן **מש/1**.

9. הסדרה מפורטת אחרת מתמקדת באינטראקציה עם **אזרחי האויב בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית**. דיני הלחימה מסדירים אינטראקציה זו באמצעות כללים רבים מאוד. ראו:

- סעיפים 43-56 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 – סעיפים אלה מסדירים את סמכותו הכללית של הצבא לאכוף סדר וביטחון ציבוריים, כמו גם ממשקים מסוגים שונים (למשל, תפיסת רכוש פרטי וגביית מסים);
ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl.nsf/4D47F92DF3966A7EC12563CD002D6788/FULLTEXT/IHL-19-EN.pdf>

- סעיפים 27-34 ו-47-78 לאמנת זינבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה משנת 1949 – סעיפים אלה מקנים הגנות שונות לתושבי שטח הנתון בתפיסה לוחמתית ומסדירים ממשקים שונים ביניהם לבין רשויות הצבא (למשל, תפיסת רכוש פרטי והעמדה לדין).
ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/385ec082b509e76c41256739003e636d/6756482d86146898c125641e004aa3c5>

גם כאן, בהקשר הספציפי של **שימוש בכוח**, ההסדרה באמנות הנ"ל היא מצומצמת. על-פי הפרשנות המקובלת, סמכותו הכללית של הצבא לאכוף את הסדר והביטחון בשטח טומנת בחובה גם את הסמכות להשתמש בכוח כלפי אזרחים, בנסיבות מתאימות. ראו:

- סעיף 43 לתקנות האג הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907.
קישור אינטרנט לאמנה הנ"ל הובא לעיל.

- International Committee of the Red Cross, Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, p. 110-111 (2012) – סיכום מפגש אקדמי בינ"ל של מומחים בדיני הכיבוש. המדינה אינה מקבלת את כל האמור במסמך זה, אך היא מסכימה עם הפרשנות המופיעה בו באשר לשימוש בכוח על-פי סעיף 43 לתקנות האג.

סיכום המפגש האקדמי הנ"ל נגיש בכתובת האינטרנט:

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf>

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך סיכום המפגש האקדמי מצורף ומסומן **מש/2**.

- דוח הפרדיגמות של הצלב האדום, בעמ' 10.

קישור אינטרנט לדוח הפרדיגמות הנ"ל הובא בסעיף 8 לעיל.

צילום העמוד הרלוונטי מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן **מש/3**.

10. בכל התרחישים שבהם משתמשות מדינות בכוח שלא כחלק מפעולות האיבה (כמפורט לעיל בסעיף 8) הן מיישמות כללי **שימוש בכוח שונים מאלה שהן מיישמות במסגרת פעולות האיבה עצמן**, והן עושות זאת **מזה שנים רבות, אף מלפני שנוצרו דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי**. משכך, טענת העותרים כאילו מדובר בתרחישים ובכללים "חדשים" או "בלתי קיימים", אין לה על מה לסמוך.

11. החלוקה האנליטית של כללי השימוש בכוח לשתי פרדיגמות מובחנות, היא חדשה יחסית, אם כי היא טרמינולוגית בלבד. בשנים האחרונות, ובעיקר מאז שקיים הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום מפגש מומחים בשנת 2012, נהוג לכנות כללי שימוש בכוח המסדירים את הלחימה בין הצדדים לעימות, והמאפשרים שימוש בכוח כמוצא ראשון, כללים החוסים תחת "פרדיגמת פעולות האיבה" (hostilities); וכללי שימוש בכוח המסדירים אינטראקציה עם אזרחים, והמאפשרים שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כמוצא אחרון, כללים החוסים תחת "פרדיגמת אכיפת החוק" (law enforcement).

12. הצלב האדום מסביר את השינוי הטרמינולוגי האמור במורכבותם הגוברת של עימותים מזוינים, המחייבת אינטראקציה רבה מבעבר בין כוחות צבא לאזרחים, ובצורך להבהיר אילו כללים חלים בתרחישים השונים המתעוררים בעימותים מזוינים:

"[I]n contemporary armed conflicts, military operations are increasingly conducted amongst the population. Adversaries intermingle with the civilian population. It may therefore be extremely difficult from a purely practical point of view to distinguish enemy combatants, fighters or civilians directly participating in hostilities from the civilian population. For example, situations of civilian unrest or violence – such as riots – may arise while combat operations against the adversary are taking place. [...] The operational and legal environment just described has led the ICRC to conclude that there is a need to clarify the types of cases in which the use of force falls within the conduct of hostilities or, by contrast, within that of law enforcement."

ראו: דוח הפרדיגמות של הצלב האדום, בעמ' iii ו-iv.

קישור אינטרנט לדוח הפרדיגמות הנ"ל הובא בסעיף 8 לעיל.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן מש/4.

13. הדבר ניכר גם בדוח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 ("ועדת טירקלי") (דין וחשבון, חלק ראשון, פסקה 234; ההדגשות אינן במקור), אשר מאמצת את המונח "אכיפת חוק" בתארה שימוש בכוח כלפי אזרחים שאינם משתתפים במישרין בפעולות האיבה:

"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."

14. אף שכללי השימוש בכוח בפרדיגמת אכיפת החוק זכו להסדרה חלקית בלבד באמנות, אין חולק על **עצם קיומם של הכללים**, שהרי אמנות אינן המקור היחיד של המשפט הבין-לאומי. לדוגמה, מקובל לומר כי לחייל הזכות לעשות שימוש בכוח בהגנה עצמית בעת עימות מזוין, במצבים שבהם נשקפת סכנה ממשית לחייו או לשלמות גופו מאדם כלשהו, גם אם אינו משתתף בפעולות האיבה, אף שזכות זו אינה מוסדרת כלל באמנות של דיני הלחימה.

ראו למשל:

- Charles P. Trumball IV, The Basis of Unit Self-Defense and Implications for the Use of Force, 23 Duke J. Int'l & Comp. L. 121 (2012) – מאמר זה דן בהרחבה בזכותם המנהגית של חיילים להגן על עצמם.

המאמר נגיש בכתובת האינטרנט:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=djcl>

צילום המאמר מצורף ומסומן מש/5.

- San Remo Handbook on Rules of Engagement, p. 24-25 (2009) – מדריך שנכתב במכון סן-רמו לדיני הלחימה באיטליה בשיתוף מכללת הלוחמה הימית של ארה"ב, ואשר מפרט תבניות מוצעות לניסוח הוראות פתיחה באש עבור מגוון תרחישים מבצעיים, לרבות תרחישים המתעוררים בעת עימות מזוין, ובהם הגנה עצמית.

המדריך נגיש בכתובת האינטרנט:

<http://www.iihl.org/wp-content/uploads/2017/11/ROE-HANDBOOK-ENGLISH.pdf>

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך המדריך שנכתב במכון סן-רמו מצורף ומסומן מש/6.

15. בדומה לכך, מקובל לומר כי ניתן להשתמש בכוח לטובת התמודדות עם הפרות סדר אלימות בעת עימות מזוין, לרבות כוח קטלני, אף שגם תרחיש זה אינו מוסדר באמנות של דיני הלחימה. ראו:

- San Remo Handbook on Rules of Engagement, p. 58 – כאמור, מדובר במדריך המתייחס להוראות פתיחה באש בתרחישים שונים בעת עימות מזוין. בין התבניות שמפרט המדריך לניסוח הוראות פתיחה באש להתמודדות עם הפרות סדר (riot control) מצויה התבנית הבאה:

"Use of force, up to and including deadly force, during riot control in (SPECIFY circumstances), is permitted."

קישור אינטרנט למדריך הנ"ל שנכתב במכון סן-רמו הובא בסעיף 14 לעיל.

צילום העמוד הרלוונטי מתוך המדריך הנ"ל שנכתב במכון סן-רמו מצורף ומסומן מש/7.

- US Army Field Manual 3-19.15, Civil Disturbance Operations, p. 2-15 (2005) – מדריך מבצעי רשמי של צבא ארה"ב המסדיר טיפול בהפרות סדר במגוון משימות מבצעיות, לרבות משימות שמירת שלום במסגרת עימות מזוין (peacekeeping).

המדריך המבצעי הרשמי הנ"ל נגיש בכתובת האינטרנט הבאה:

<https://fas.org/irp/doddir/army/fm3-19-15.pdf>

צילום העמוד הרלוונטי מתוך המדריך המבצעי הרשמי הנ"ל של צבא ארה"ב מצורף ומסומן מש/8.

16. במצב זה, שבו פרדיגמת אכיפת החוק בעת עימות מזוין מוסדרת בכתובים באופן חלקי (כפי שציינה המדינה בתגובתה), ננקטו גישות שונות בשאלה כיצד נכון להתחקות אחר תכניה. מן העבר האחד מצויים אלה הטוענים, בדומה ככל הנראה לעותרים בענייננו, כי המענה מצוי בדיני זכויות האדם בלבד. מן העבר האחר מצויים אלה הטוענים כי מדובר בגישה פשטנית מדי, שעלולה אף להעניק יתרונות בשדה הקרב לשחקנים שאינם מדינתיים, וכי דיני הלחימה מסדירים שימוש בכוח בנסיבות כאלה. ראו:

- דוח הפרדיגמות של הצלב האדום, בעמ' 10-11.

קישור אינטרנט לדוח הפרדיגמות הנ"ל הובא בסעיף 8 לעיל.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן מש/9.

גישה שלפיה המענה מצוי בדיני זכויות האדם בלבד אף אינה מתיישבת עם מצב שבו מדינה, כגון ישראל, אינה מחויבת, כעניין משפטי, בדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי בנסיבות כגון אלו של האירועים שבבסיס העתירות. בהקשר זה יודגש גם כי, בניגוד לטענת העותרים, עצם ואופן תחולתם של דיני זכויות האדם בעת עימות מזוין שנויים במחלוקת. בהקשר זה, ראו למשל:

- דוח הפרדיגמות של הצלב האדום, בעמ' 5 (ליד ה"ש 21) – תיאור עמדותיהן של מדינות שונות, בדגש על ארה"ב, ישראל וקנדה, באשר לרלוונטיות של דיני זכויות האדם ביחס לפרדיגמת אכיפת החוק בעת עימות מזוין ומחוץ לשטח המדינה.

קישור אינטרנט לדוח הפרדיגמות הנ"ל הובא בסעיף 8 לעיל.

צילום העמוד הרלוונטי מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן מש/10.

- Michael J. Dennis, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation, 99 Am. J. Int'l L. 119 (2005) – מאמר המצביע על הקשיים שבהחלה אקסטרטוריאלית של דיני זכויות האדם ובעת עימות מזוין.

צילום המאמר מאת Michael J. Dennis מצורף ומסומן מש/11.

- Comments of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland re Draft General Comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, para. 33 (2017) – עמדתה של בריטניה באשר ליחס בין הזכות לחיים בדיני זכויות האדם לבין פגיעה בחיים תחת דיני הלחימה.

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/UnitedKingdom.pdf>

- Submission of the Australian Government re Draft General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights: Right to life, para. 7 (2017) – עמדתה של אוסטרליה באשר ליחס בין הזכות לחיים בדיני זכויות האדם לבין פגיעה בחיים תחת דיני הלחימה.

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/Australia.docx>

- Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's Draft General Comment No. 36 on Article 6 - Right to Life, paras. 13-17 (2017) – **עמדתה של ארה"ב באשר ליחס בין הזכות לחיים בדיני זכויות האדם לבין פגיעה בחיים תחת דיני הלחימה.**

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/UnitedStatesofAmerica.docx>

בנסיבות אלה, וכאמור בתגובת המדינה לעתירות (ראו: סעיף 32), המדינה סבורה כי, בעת ההתחקות אחר תכניה של פרדיגמת אכיפת החוק בעת עימות מזוין, היכן שאמנות דיני הלחימה אינן מספקות מענה ברור ניתן לשאוב השראה מסוימת מכללי אכיפת החוק המוסדרים בדיני זכויות האדם. לצד זאת, לנוכח העובדה כי דיני זכויות האדם התפתחו שלא על רקע עימותים מזוינים, וכי הם פונים בעיקרם להסדרת האינטראקציה בין מדינה ובין אזרחיה בשטח המצוי תחת שליטתה, על הדבר להיעשות בזהירות ובשינויים המחויבים.

בהקשר זה ניחד עתה מספר מילים לדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי, ולמחלוקת שהתגלעה במהלך הדיון בעתירות, על מעמדם של "כללי הוואנה" בהקשרנו.

דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי

מעמדם של "כללי הוואנה" והיחס בינם לבין אמנות זכויות האדם

17. כאמור בתגובתה לעתירות, המדינה סבורה כי "כללי הוואנה" מתייחסים מלכתחילה לתרחישים שיטוריים פנים-מדינתיים, בהקשרי מאבק בפשיעה, ולא לאירועים כגון אלה שבבסיס העתירות. נזכיר כי כללים אלו אומצו על ידי הקונגרס השמיני של האו"ם למניעת פשע ולטיפול בעבריינים (Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders), שנערך בקובה בשנת 1990. ניתן וראוי לתהות, מה למניעת פשע ולטיפול בעבריינים, ולאירועים האלימים מושא ענייננו, השונים בתכלית מענייני מניעת פשע וטיפול בעבריינים. לעותרים הפתרונים לשאלה זו.
18. מעבר לכך, כפי שיוסבר כעת, ל"כללי הוואנה" אין המעמד שהעותרים מקנים להם.
19. דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי מוסדרים בעיקרם באמנות בין-לאומיות שונות. לצדן של אמנות אלו גובשו מסמכי "soft law" שונים, אשר אינם מחייבים משפטית ויש בהם כדי להמליץ למדינות כיצד לנהוג. להרחבה בעניין זה, ראו:

- Dinah Shelton, Soft Law (in Routledge Handbook of International Law), p. 68-80 (2009)

צילום העמודים הרלוונטיים מצורף ומסומן מש/12.

כפי שציינה המדינה בתגובתה לעתירות (ראו בעיקר: סעיף 76 לתגובת המדינה), "כללי הוואנה" – שעליהם נשענים העותרים – הם מסמך "soft law" מובהק. הם אינם מהווים אמנה; מדינות אינן חתומות עליהם, וכבר במועד ניסוחם הם הוצגו כהמלצות. מעמדם זה לא השתנה במרוצת השנים, והוא יכול להשתנות – כאמור בסעיף 38 לחוקת בית-הדין הבין-לאומי לצדק (ICJ) – אך ורק אם כמות גדולה דיה של מדינות ינהגו לפיהם מתוך תחושת מחויבות מנהגית. אולם העותרים לא הביאו – ולא בכדי – ראיות לכך שמנהג כזה אכן נוצר. בהיעדר הפיכת ה"כללים" למנהג, מעמדם נותר כשהיה: **המלצות או "תקנים" (standards) בלתי-מחייבים**. ראו למשל:

- Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August-7 September 1990, בעמ' 110-111 ובמיוחד בפס' 2 עד 5 (1990) – מסמך זה, שפורסם בסיום הוועידה שבה נוסחו "כללי הוואנה", מגדיר אותם בבירור כהמלצות בלתי-מחייבות משפטיות.

המסמך הנ"ל נגיש בכתובת האינטרנט:

<https://digitallibrary.un.org/record/1296532/files/a-conf-144-28-rev-1-e.pdf>

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך המסמך מצורף ומסומן **מש/13**.

- International Committee of the Red Cross, International Rules and Standards for Policing, p. 10-11 (2015) – במסמך זה הצלב האדום מסביר את מקומם של מסמכי "soft law" בדיני זכויות האדם ומגדיר את "כללי הוואנה" כמסמך כזה.

המסמך הנ"ל נגיש בכתובת האינטרנט:

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0809.pdf>

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך מסמך הצלב האדום הנ"ל מצורף ומסומן **מש/14**.

- Peter Vedel Kessing, The Use of Soft Law in Regulating Armed Conflict (in – Tracing the Role of Soft Law in Human Rights), p. 147 (footnote 78) (2016) בפרק זה מסביר המחבר כי בדיני הלחימה השימוש במסמכי "soft law" בלתי-מחייבים אינו נפוץ, וזאת בניגוד לדיני זכויות האדם, הכוללים מסמכים רבים כאלה, לרבות "כללי הוואנה".

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך מאמרו של Peter Vedel Kessing מצורף ומסומן **מש/15**.

- Jonathan Horowitz, Ending the Global War (in Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights), p.172 (2016) – בפרק זה מאפיין המחבר את "כללי הוואנה" כמסמך "soft law";

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך מאמרו של Jonathan Horowitz מצורף ומסומן **מש/16**.

- Kenneth Watkin, Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force – in Contemporary Conflict, p. 128-129 (2016) – גם כאן מאפיין המחבר, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי של קנדה, את "כללי הוואנה" כמסמך "soft law" חסר תוקף משפטי מחייב.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך ספרו של Kenneth Watkin מצורף ומסומן מש/17.

20. בהקשר זה, עמדת המדינה היא כי האסמכתאות שצירפו העותרים להודעתם המשלימה אינו מבססות את טענתם כי "כללי הוואנה" משקפים משפט מנהגי, אלא משקפות את מעמדם כ-"soft law":

ראשית, בניגוד לטענת העותרים, הדוח של אקדמיית ז'נבה (נספח 1 להודעה המשלימה מטעם העותרים) אינו מאפיין את "כללי הוואנה" כמנהגיים אלא טוען זאת רק לגבי חלק מהם ("Many of the key norms..."), וגם מסקנה זו אינה מבוססת, כפי שמלמדות האסמכתאות שהביאה המדינה לעיל, לרבות זו של הצלב האדום.

שנית, בפסקה 19 לטיוטת הערה 36 של ועדת זכויות האדם (נספח 2 להודעה המשלימה מטעם העותרים) אופיינו "כללי הוואנה" כ"תקנים בין-לאומיים רלוונטיים" (relevant international standards) ולא ככללים מחייבים משפטית או מנהגיים.

שלישית, פסקה 120 לפסק-דינו של בית-הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם בעניין קרוז סנצ'ז (נספח 4 להודעה המשלימה מטעם העותרים) אינה מסתמכת על "כללי הוואנה", אלא מפנה אליהם באומרה "במובן דומה, ראו גם [כללי הוואנה]...". כלומר, ההחלטה אינה מאפיינת את "כללי הוואנה" ככללים מחייבים משפטית או מנהגיים.

רביעית, בפסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Benzer (נספח 5 להודעה המשלימה מטעם העותרים) ו-Giuliani (נספח 6 להודעה המשלימה מטעם העותרים) אופיינו "כללי הוואנה" כחלק מ-"International Materials" ו-"International Principles and Documents" (בהתאמה) ולא ככללים מחייבים משפטית או מנהגיים.

חמישית, פסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Finogenov (נספח 7 להודעה המשלימה מטעם העותרים) ובעניין Tagayeva (נספח 8 להודעה המשלימה מטעם העותרים) מזכירים את "כללי הוואנה" כרלוונטיים, אך אינם קובעים כי מדובר בכללים מחייבים משפטית או מנהגיים.

שישית, המדינה חולקת על טענת העותרים לפיה מסעיף 26 לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אלמסרי (בג"ץ 1971/15) (נספח 9 להודעה המשלימה מטעם העותרים), ניתן ללמוד כי כללי הוואנה מהווים משפט מנהגי. בפסקה זו התייחס בית המשפט הנכבד (מפי כב' השופט שהם) לטענות העותרים שם בעניין כללי הוואנה, וציין כי "מתוך הנחה שעקרונות אלו מהווים נורמות מנהגיות, בעלי מעמד מחייב במשפט הבינלאומי ... הרי שהמשיב בחן את ביצוע הירי באירוע, מושא העתירה, בהתאם לאמור באותם עקרונות, ולא מצא כי צה"ל הפר אותם [ההדגשה הוספה – הח"מ]". אלא שבכל הכבוד והזהירות המתבקשים, נראה כי בעניין זה יצאה שגגה מלפני בית המשפט הנכבד בסעיף 26 לפסק הדין בעניין אלמסרי (שכמובן אינה משליכה כלל על תוצאת פסק הדין ואינה מהותית לעניין הנדון שם), שעה שהמשיב שם (הפרקליט הצבאי הראשי, שהוא אף משיב לעתירות שבכותרת), כלל לא בחן את האירוע מושא אותה עתירה, בהתאם ל"כללי הוואנה". מהסעיף הנ"ל אף לא עולה כי בית-המשפט הנכבד בחן את "כללי הוואנה" לגופם. מכל

מקום, כפי שעמדה המדינה על כך בהרחבה בתגובתה לעתירות שבכותרת, החלת מסקנות פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אלמסורי, על עניינו, מצביעה, כזכור, באופן חד משמעי, על חוקיות הוראות הפתיחה באש בעניינו.

שביעית, פסקה 189 לדוח "ועדת טירקלי" (נספח 10 להודעה המשלימה מטעם העותרים) מפנה אכן ל"כללי הוואנה" בהערת שוליים, אך אינה מאפיינת אותם כמחייבים משפטית או מנהגיים.

ואין בכך כדי למצות את טענות המדינה בהקשר זה.

21. בהמשך לכך, המדינה מבקשת להדגיש בפני בית-המשפט הנכבד כי דיני זכויות האדם מסדירים בבירור את השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני במסגרת אמנות מחייבות (כאמור, ישראל צד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966), ובכל מקרה אין בכוחו של מסמך "soft law" לגבור על אמנה. כאמור בתגובת המדינה, אין ספק כי דיני זכויות האדם מתירים שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני, בכפוף לתנאים מסוימים, בנסיבות של הפרת סדר אלימה מסכנת חיים.

ראו:

- סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 – סעיף זה אוסר על נטילת חיים "שרירותית", מבלי להגביל עצמו לשתי התכליות להפעלת כוח קטלני שלהן טוענים העותרים בעתירת יש דין.

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights 116 (Marc. J. Bossuyt ed. 1987) – תיעוד המשא ומתן על נוסחו של סעיף 6 הנ"ל, שבמסגרתו בריטניה ציינה כי הדין מתיר לפזר הפרות סדר אלימות באמצעות השימוש בכוח קטלני, בכפוף לצורך הכרחי.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך תיעוד המשא ומתן הנ"ל מצורף ומסומן מש/18.

- Commission on Human Rights, Summary record of the 139th meeting, UN Doc. E/CN.4/SR.139 (1950), בפס' 23 – תיעוד המשא ומתן על נוסחו של סעיף 6 הנ"ל, שממנו ניכר כי נוסחו הסופי של הסעיף הובן כמאפשר, בכפוף לצורך הכרחי, פיזור הפרות סדר אלימות.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך תיעוד המשא ומתן הנ"ל מצורף ומסומן מש/19.

- סעיף (c)(2)2 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם משנת 1950 – סעיף זה מתיר במפורש הפעלת כוח קטלני לטובת פיזור הפרות סדר אלימות, בכפוף לצורך הכרחי. יובהר כי המדינה מפנה את בית-המשפט הנכבד לסעיף זה לצורך השוואה בלבד, שכן המדינה אינה צד לאמנה זו.

ראו קישור בכתובת האינטרנט:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

- Rules of Engagement Handbook for Judge Advocates, p. C-21 (Haiti-NEO or Embassy Reinforcement Rules of Engagement) (2000) – הוראות הפתיחה באש

שהפעילה ארה"ב בתרחיש אכיפת חוק בהאיטי, ואשר מבהירות כי ניתן להשתמש בכוח קטלני, כמוצא אחרון, לפיזור הפרות סדר אלימות אף במצב שבו האזרחים המשתתפים בהן אינם חמושים.

צילום העמוד הרלוונטי מתוך מסמך הוראות הפתיחה באש הנ"ל מצורף ומסומן מש/20.

• Jan Arno Hessbruegge, Personal Self-Defense in Military-Led Operations (in Human Rights and Personal Self-Defense in International Law), p. 221-223 (2017) – **בפרק זה דן המחבר בהרחבה בפיזור הפרות סדר אלימות בידי צבא, לרבות באמצעות כוח קטלני, במסגרת דיני זכויות האדם.**

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך Jen Arno Hessbruegge מצורף ומסומן מש/21.

• דוח הפרדיגמות של הצלב האדום, בעמ' 24-29 – **בחלק זה של הדוח, דנה קבוצת מומחים בהרחבה באפשרות לפזר הפרות סדר אלימות בכוח קטלני, גם תחת דיני זכויות האדם.**

קישור אינטרנט לדוח הפרדיגמות הנ"ל הובא בסעיף 8 לעיל.

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך דוח הפרדיגמות מצורף ומסומן מש/22.

22. בשים לב לכל אלו, תשוב המדינה על עמדתה - **הן המסגרת המשפטית שעליה נסמכת המדינה, והן המסגרת המשפטית שעליה נסמכים העותרים – מובילות לתוצאה זהה בכל הנוגע לחוקיות הוראות הפתיחה באש החלות על האירועים מושא ענייננו.**

23. נעבור עתה לבחינת האסמכתאות אשר צירפו העותרים להודעה המשלימה מטעמם, מפסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם.

התייחסות לאסמכתאות העותרים מפסיקתו של בית-הדין האירופי לזכויות האדם

24. כזכור, במהלך הדיון בעתירות, הפנה בית המשפט הנכבד שאלות לבא-כוח העותרים בעתירת יש דין, בעניין ההבחנה בין הסיטואציות העובדתיות מושא הפסיקה מן המשפט הבין-לאומי שעליה נסמכים העותרים, לבין הסיטואציה העובדתית מושא ענייננו (ראו למשל: דברי כבי המשנה לנשיאה מלצר, בעמ' 5 ו-9 לפרוטוקול הדיון).

25. בהמשך לשאלות האמורות, תבקש המדינה להבהיר כי כל פסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם שהגישו העותרים כאסמכתאות, עוסקים בתרחישים עובדתיים השונים באופן מובהק ומוחלט מהאירועים שבבסיס העתירות מושא ענייננו. בחינת אסמכתאות אלה מעלה כי על רקע שוני עובדתי מובהק זה, לא ניתן לגזור מפסיקה זו כל גזירה שווה לענייננו.

26. ראשית, חלק מפסקי-הדין כלל אינם עוסקים בהפרות סדר (Benzer – נספח 5 להודעה המשלימה מטעם העותרים; Finogenov – נספח 7 להודעה המשלימה מטעם העותרים; ו-Tagayeva – נספח 8 להודעה המשלימה מטעם העותרים), אלא בסיטואציות אחרות.

כך, פסק-הדין בעניין Benzer עוסק בהפצצה אווירית, ואילו פסקי-הדין בעניין Finogenov ובעניין Tagayeva עוסקים בבני-ערובה שנפגעו אגב ניסיון לחלצם. לנוכח ההבדלים

המשמעותיים בין תכליות השימוש בכוח קטלני בדיני זכויות האדם, ובתוך כך באמנה האירופית, הערך שבפסקי-דין אלה עבור האירועים שבבסיס העתירות מושא ענייננו, מוגבל, וזאת בלשון המעטה.

27. **שנית**, פסק-הדין בעניין Giuliani (נספח 6 להודעה המשלימה מטעם העותרים) לא עסק במישרין בפיזור הפרת סדר. הרקע לפסק-הדין אכן היה הפגנה שנערכה בגינובה, איטליה, במחאה נגד פסגת ה-G8 שהתקיימה בעיר באותה עת, ואשר הפכה אלימה. עם זאת, התרחיש שנדון בפסק-הדין היה שונה: אף שכוחות המשטרה שהתמודדו עם ההפגנה היו ערוכים היטב, הם נסוגו בשלב מסוים למעט רכב משטרה אחד שנתקע מאחור, והשוטרים ברכב נתקפו קשות בידי מספר מפגינים. על כן, **בית-הדין בחר שלא לאפיין בהכרח את המצב כתרחיש של פיזור הפרת סדר אלימה** (סעיף 22(c) לאמנה האירופית) והסתפק באפיונו כתרחיש של **הגנה עצמית** (סעיף 22(b) לאמנה האירופית) (פסקאות 194-196 לפסק הדין). כלומר, תכלית השימוש בכוח קטלני באותו מקרה, לפי בית-הדין, הייתה שונה מזו שבאירועים שבבסיס העתירות מושא ענייננו. ואם לא די בכך, הרי שכפי שהדגישה המדינה כבר במהלך הדיון (ראו עמ' 14 לפרוטוקול הדיון), אין להקיש בין אירוע השיטור הפנים מדינתי שהתרחש בעת ההפגנות נגד פסגת ה-G8 באיטליה, מושא פסק הדין בעניין Giuliani, לבין האירועים האלימים מושא ענייננו, המתרחשים בשטח עוין. הסיטואציות העובדתיות בשני המקרים, **שונות בבסיסן**.

28. **שלישית**, פסק-הדין בעניין Gulec (נספח 15 להודעה המשלימה מטעם העותרים) עסק בפיזור הפרת סדר אלימה ביותר בטורקיה, שכללה כ-3,000 משתתפים אשר התעמתו עם כוחות הביטחון תוך שימוש בנשק קר (פסקאות 27, 28 ו-66 לפסק-הדין), ובית-הדין אפיין תרחיש זה כתרחיש **מסוכן המתיר, בכפוף לתנאים מסוימים, שימוש בכוח קטלני לטובת פיזור הפרת הסדר** (פסקה 71 לפסק-הדין). עם זאת, בית-הדין ציין כי הכוחות לא **השתמשו תחילה באמצעים פחות-קטלניים**, ועל כן לא ניתן לומר כי בנקודת הזמן שבה הם השתמשו בכוח קטלני הוא אכן נדרש באופן הכרחי (פסקאות 71 ו-73 לפסק-הדין); כמו כן, בית-הדין ציין כי בהפרת הסדר **לא נכחו פעילי טרור** (פסקה 72 לפסק-הדין).

בהמשך לרקע העובדתי שהביאה המדינה בתגובתה לעתירות, קביעות עובדתיות אלה של בית-הדין מבדילות את הפרת הסדר שבה הוא דן בעניין Gulec מהאירועים שבבסיס העתירות מושא ענייננו; נזכיר, ולו כדי לסבר את האוזן, כי בענייננו, 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 (ראו סעיף 9 ואילך לתגובת המדינה לעתירות); זאת ועוד, לעניין שימוש באמצעים בלתי קטלניים ופחות קטלניים באירועים מושא ענייננו, ראו: סעיפים 21 ו-44-43 לתגובת המדינה לעתירות.

29. לבסוף, האירוע מושא פסק-הדין בעניין Isaaq (נספח 16 להודעה המשלימה מטעם העותרים), לגבי ההתרחשויות שאירעו **בקפריסין**, שעליו נסמכו העותרים **במהלך הדיון בעתירות מושא ענייננו** (ראו בהקשר עמ' 14, 17 לפרוטוקול הדיון), ושאותו מתארים העותרים כעוסק ב"שימוש בכוח נגד מפגינים אלימים בגבול" – ועל כן, לכאורה, הוא

נחזה כפסק-הדין הרלוונטי ביותר לענייננו – הוא שונה בתכלית מהאירועים שבבסיס העתירה.

באותו מקרה דובר בהפרת סדר שהתרחשה על רקע המתוחות הפוליטית בין טורקיה וקפריסין, ואשר במהלכה הפגינה כנגד הנוכחות הטורקית בצפון קפריסין קבוצה מפרציית האופנוענים הקפריסאים (Cyprus Motorcycle Federation), אשר יצאה מברלין וכללה קפריסאים-יוונים ואירופאים אחרים. בהגיעם לשטח המפורז המפריד בין החלק הדרומי של קפריסין לחלק הצפוני, אשר מוצבים בו כוחות או"ם, התקדמו המפגינים ברגל לעבר צדו השני של השטח. בינתיים החל להתאסף מולם המון של אזרחים טורקים, שהתייצב ליד החיילים והשוטרים הטורקים שהיו מוצבים באזור. לפי בית-הדין, החיילים והשוטרים הטורקים לא ניסו לעצור את הפרת הסדר, אלא השתתפו בה לצד ההמון הטורקי שהגיע לאזור, ובשלב מסוים מצא עצמו המנוח, Antonios Isaak, מוקף בקבוצה של כ-15 טורקים וקפריסאים-טורקים, שחציים חיילים ושוטרים אשר היכו אותו עד מוות.

ניתן לסכם את ההבדלים העיקריים בין המקרים, ולאבחן ביניהם, כדלקמן:

א. הפרת הסדר מושא עניין Isaak התרחשה בעת רגיעה, ללא קיומן של פעולות איבה (hostilities), ללא איומי טרור, בשטח מפורז שיש בו נוכחות של כוחות או"ם ולא בשטח אויב.

ב. כוחות הביטחון הטורקים באותו מקרה לא ניסו לעצור את הפרת הסדר אלא השתתפו בה בעצמם (פסקה 119 לפסק-הדין).

ג. השימוש בכוח נגד המנוח בוצע בעת שהיה מוקף בחיילים ושוטרים שיכלו לעצרו ובמקום זאת היכו אותו באכזריות עד מוות (פסקה 119).

ד. בית-הדין קבע כי בהפרת הסדר האלימות מצד המשתתפים הייתה פוטנציאלית בלבד ועל כן לא הצדיקה שימוש בכוח קטלני (פסקה 118 לפסק-הדין).

די בכל אחד מהבדלים אלה כשלעצמו, לא כל שכן בהצטברותם, כדי להמחיש עד כמה האירועים שבבסיס העתירות מושא ענייננו, שונים וחריגים אף מ'אירועי הקצה' שהביאו העותרים מפסיקת בית-הדין האירופי, ואין כל ספק כי הצטברותם גם יחד אך מחזקת את המסקנה כי לא ניתן לגזור מפסק-הדין בעניין Isaak – או מפסק-דין אחר של בית-הדין האירופי שהוזכר באסמכתאות העותרים – גזרה שווה לענייננו.

בהקשר זה, המדינה אף סבורה כי צדק בית-הדין האירופי בפרשת Isaak בצינו (פסקה 105 לפסק-הדין):

“The Court must subject deprivations of life to the most careful scrutiny, taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances”

30. מעבר לכך, המדינה מדגישה כי פסיקתו של בית-הדין האירופי לזכויות אדם דנה במסגרת משפטית שמלכתחילה אינה מחייבת את מדינת ישראל – האמנה האירופית לזכויות אדם – ועל כן, בנוסף על ההבדלים העובדתיים שתוארו לעיל, לא ניתן להקיש ממנה במישרין אף במישור המשפטי.

התייחסות לאסמכתאות נוספות של העותרים

31. נוסף על אסמכתאות מן המשפט הבין-לאומי שכללו העותרים בהודעתם המשלימה, כללו העותרים בהודעה האמורה התייחסות גם לאסמכתאות נוספות, בעיקרן מן המשפט הישראלי הפנימי. מכיוון שאסמכתאות אלו כבר נזכרו בעתירות מושא ענייננו או בתגובת המדינה לעתירות, **המדינה לא תפרט בהרחבה עמדתה ביחס אליהן במסגרת הודעה זו.**

32. המדינה תשוב ותדגיש כי בכל הקשור לפסיקת בית המשפט הנכבד, פסק הדין העדכני והרלוונטי ביותר לענייננו, בשים לב לנסיבותיו העובדתיות והמשפטיות, הוא **עניין אלמסרי** (בג"ץ 1971/15 **אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 18.7.17), שבו קיימת 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 (ראו בהרחבה, סעיפים 40 ואילך לתגובת המדינה לעתירות דכאן).

33. **אשר ליתר האסמכתאות הנוספות הנזכרות בהודעה המשלימה מטעם העותרים, תציין המדינה, בקצירת האומר, כדלקמן:**

א. דוח "ועדת אור" (נספח 11 **להודעה המשלימה מטעם העותרים**) – המדינה מתכבדת להפנות לכל האמור בפסקאות 92-94 לתגובתה לעתירות. המדינה שבה ומדגישה כי האירועים מושא דוח ועדת אור הם אירועי שיטור פנים-מדינתיים, ואף שהיה מדובר שם באירועי אלימות נרחבים וחמורים ביותר, הרי שהאירועים האלימים שבבסיס העתירות נבדלים מהם הן בהקשרם (עימות מזוין); הן במשכס; הן בהיקפם; הן במיקומם (בשטח אויב לעומת אירועים פנים מדינתיים); הן במעורבותם של ארגוני טרור בהם (כמפורט לעיל באשר למעורבות ארגון הטרור חמאס); והן באיום הביטחוני הנשקף מהם.

ב. פסיקתו של בית המשפט הנכבד בע"א 751/68 **רעד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 197 (1971) (נספח 12 **להודעה המשלימה מטעם העותרים**) – המדינה מתכבדת להפנות לכל האמור בפסקה 39 לתגובתה לעתירות. כאמור בתגובת המדינה, מפסק דין **רעד** עולה כי 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. זאת ועוד, יש לציין כי בניגוד למשתמע מטענת העותרים בעמ' 4 להודעתם המשלימה, בית-המשפט הנכבד כלל לא קבע **בפרשת רעד** כי נדרשת סכנה **מיידי** לחיים.

ג. פסיקתו של בית המשפט הנכבד בע"פ 486/88 **אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מד(2) 353 (1990) (נספח 13 **להודעה המשלימה מטעם העותרים**) – המדינה מתכבדת להפנות לכל האמור בפסקאות 37-38 לתגובתה לעתירות. כפי שציינה המדינה, בית המשפט הנכבד באותה פרשה קבע כי ניתן לפגוע בחייו של אדם רק לטובת הסרת סכנה ממשית לחיים או לשלמות הגוף. זאת ועוד, המדינה תציין כי בניגוד למשתמע מטענת העותרים בעמ' 4 להודעתם המשלימה, בית-המשפט הנכבד **כלל לא קבע גם בפרשת אנקונינה**, כי נדרשת סכנה **מיידי** לחיים.

ד. **הוראות הפתיחה באש של הצבא הבריטי בעיראק והצבא האמריקאי בעיראק** (נספחים ע/14 ו-ע/15, בהתאמה, **לעתירת יש דין**, שאליהם מפנים העותרים גם בהודעה המשלימה מטעמם) – המדינה תדגיש כי המסמכים שאליהם מפנים העותרים אינם משקפים את הוראות הפתיחה באש המלאות של צבאות אלה, שהינן מסווגות, ובוודאי שלא את עמדתם המשפטית. המדינה מפנה בהקשר זה פעם נוספת

למקור הבא, שפורסם באופן רשמי בידי ארצות-הברית ומעיד על תפיסתה באשר לפיזור הפרות סדר אלימות (צורף לעיל מש/8):

- US Army Field Manual 3-19.15, Civil Disturbance Operations, p. 2-15 (2005) – ראו במיוחד ההתייחסות, בכל הנוגע להפרות סדר אלימות בלתי-חמושות, לשימוש בצלפים ולהפעלת כוח קטלני כלפי "leaders or troublemakers" בהפרת הסדר. קישור למדריך הנ"ל הובא לעיל.

סיכום

34. עמדת המדינה פורטה לעיל בכל הקשור לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני תחת פרדיגמת אכיפת החוק שבדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי ותחת דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי, וכן פורטה עמדת המדינה בכל הקשור למעמדם המשפטי של "כללי הוואנה", עליהם נסמכים העותרים – כל זאת בשים לב למחלוקות שהתגלעו בין המדינה לעותרים במהלך הדיון בעתירות שבכותרת, ובשים לב להודעתם המשלימה של העותרים.
35. כך או אחרת, עמדת המדינה היא כי על בסיס מצב הדברים העובדתי – ביחס לאופיים ומהותם של האירועים מושא ענייננו – הן המסגרת המשפטית שעליה נסמכת המדינה, והן המסגרת המשפטית שעליה נסמכים העותרים, מובילות לתוצאה זהה בכל הנוגע לחוקיות הוראות הפתיחה באש החלות על האירועים מושא ענייננו.
36. המדינה תשוב ותדגיש כי כל פסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם שהגישו העותרים כאסמכתאות, עוסקים בתרחישים עובדתיים שונים באופן מובהק ומוחלט מהאירועים שבבסיס העתירות, ולא ניתן לגזור מהם כל גזירה שווה לענייננו, הכל כפי שפורט לעיל.
37. לסיכום, המדינה תשוב על עמדתה כפי שצוינה עוד בתגובתה לעתירות, ולפיה דין העתירות להידחות; לעמדת המדינה, מסקנה זו אך מתחזקת לאור האמור בהודעה זו.

היום, כ"א אייר תשע"ח

06 מאי 2018



אבי מיליקובסקי, עו"ד

סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה