

בג"ץ 3003/18
בג"ץ 3250/18

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

יש דין – מתנדבים לזכויות אדם ואח'

העותרים בבג"ץ
: 3003/18

באמצעות עוה"ד מיכאל ספרד ואח' מטעם ארגון יש דין
מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812
טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

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

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל ואח'

העותרים בבג"ץ
: 3250/18

באמצעות ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין
ואח' מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090;
טלפונים ליצירת קשר: 054-2490669; 050-7456580
דוא"ל: suhad@adalah.org

-- נ ג ד --

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

המשיבים:

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
ירושלים

תגובה מטעם העותרים

בכפוף להחלטת בית המשפט הנכבד בבקשת העותרים מיום 7.5.2018 העותרים מתכבדים להגיש לביהמ"ש תגובה קצרה מטעמם להשלמת הטיעון הנרחבת, שהגישו המשיבים ביום 6.5.2018 בשעות הלילה (להלן: "השלמת הטיעון").

רוני פלי, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

סוהאד בשארה, עו"ד

ב"כ העותרים

1. בהשלמת הטיעון האמורה חזרו המשיבים על העמדות המשפטיות שהובאו על ידם בתגובה לעתירה, עמדות משפטיות שהעותרים רואים בהן משום "פיתוח" (שלא לומר המצאה) של דין בינלאומי שאינו קיים. בשל דחיפות ההכרעה בעתירות ומשום שעל חלק מהטענות השבנו בדיון בעל-פה שהתקיים ביום 30.4, לא נתייחס לכל הנושאים שעולים בהשלמת טיעון זו של המשיבים, ונבקש להצביע **בקצרה** על שלוש נקודות ובעיקר על מה שלהבנתנו היא טעות משפטית קשה לגבי המתודולוגיה של איתור כלל מחייב במשפט הבינלאומי.
2. ראשית, המשיבים עומדים על כך שכללי הוואנה אינם משקפים משפט בינלאומי מנהגי ולצורך כך הם מצביעים על העובדה שבפסקי הדין אליהם הפנו העותרים (כפי שהעותרים ציינו אלו הן דוגמאות בלבד) לא נאמר שכללי הוואנה מחייבים. עוד טוענים המשיבים שכללי הוואנה אינם בגדר אמנה, מדינות לא חתמו עליהם והם מהווים "Soft Law".
3. בכבוד הראוי זהו חוסר הבנה מוחלט של האופן שבו יש לקבוע האם לנורמה מסוימת מעמד מנהגי בדיון הבינלאומי. השאלה איננה האם מדינות חתמו על כללי הוואנה והאם הם התקבלו כמסמך משפטי מחייב, אלא האם הם **משקפים** נוהג, סטנדרט התנהגות, פרקטיקה שמדינות נוקטות בה ומאמינות שהן מחויבות לנקוט בה (וזה מה שקבע הדו"ח של אקדמית ג'נבה החשובה [אסמכתא 1 של העותרים] על כללי הוואנה – שהם **משקפים** נורמות מנהגיות). ושוב בכבוד הראוי זריקת הביטוי "Soft Law" איננה רלוונטית כלל לשאלה האם הכלל שלפנינו מבטא כלל מנהגי. מסמך ה-Soft Law המובהק ביותר הוא *ההכרזה הבינלאומית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם* מ-10 בדצמבר 1948. ההכרזה התקבלה בעצרת הכללית, שכידוע החלטותיה אינן מחייבות משפטית, מדינות לא חתמו עליה והיא איננה אמנה, אבל **אין חולק** שהעקרונות והנורמות הכלולים בה מבטאים משפט בינלאומי מחייב.
4. לפיכך האסמכתאות אליהן הפנו העותרים, ובהן **דוגמאות** לפסיקה של ביהמ"ש האירופי והאינטר-אמריקאי לזכויות אדם, דוחות של וועדות ממשלתיות ישראליות, פסקי דין ישראלים ופקודות פתיחה באש של מדינות זרות, נועדו כולם להראות שהסטנדרטים של שימוש בכוח שכללי הוואנה (ובעיקר כללים מספר 9,12,14) מגדירים הינם הסטנדרטים שמדינות ובתי משפט מחילים (ראו: ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** בעמוד 383 (2006), שם מסבירים המחברים שפרקטיקה מוכחת בין היתר על ידי פסקי דין פנימיים (כגון נספחים 9, 12, ו-13 לאסמכתאות המשלימות של העותרים [להלן: "מסמך האסמכתאות"], פסקי דין בינלאומיים [נספחים 4-8 ו-15-16 למסמך האסמכתאות], דוחות חקירה [נספחים 10-11 למסמך האסמכתאות] ומסמכים רשמיים אחרים [נספחים 14 ו-15 לבג"ץ 3003/18]).
5. המשיבים, אם-כך, נופלים לכלל טעות **משפטית בסיסית** כשהם מתבססים על היעדרה של אמירה באסמכתאות שכללי הוואנה מחייבים **כשלעצמם**. די בכך שסטנדרט ההתנהגות שמבטא הכלל יושם, מתוך תחושת מחויבות משפטית, כדי שהדבר יצביע על מנהגיותו. (ואגב, חלק מהאסמכתאות אליהם מפנים **המשיבים** אומר שכללי הוואנה משקפים פרשנות מקובלת, המיושמת לא פעם על ידי ערכאות שונות, "Instructive interpretation" - של דיני זכויות האדם העוסקים בזכות לחיים. כך, למשל, קובע המלומד Jonathan Horowitz בעמי שצירפו המשיבים עצמם – נספח 16 לטיעון המשלים. לפיכך, גם אם יטען הטוען כי כללי הוואנה אינם משקפים דין בינלאומי מנהגי (וכפי שהראינו, לא כך), הרי שעל פי העמדה

המקובלת בדין הבינלאומי, הם משקפים את הפרשנות הנכונה של דינים בינלאומיים מחייבים).

6. שנית, ובהקשר דומה, המשיבים תולים יהבם על הרקע הניסוחי ומסמכי העבודה של ניסוח אמנות זכויות אדם (פסקה 21 להשלמת הטיעון). **אלא שלא כך בוחנים תכנו של סעיף באמנה בינלאומית!** אמנת וינה בדבר דיני אמנות קובעת כי כלל היסוד לפרשנות אמנות הוא "התכלית והמטרה" (object and purpose) – סעיף 31(1) לאמנת וינה), **ורק אם הדבר מוביל לאבסורד** ההיסטוריה הניסוחית משמשת ככלי עזר (סעיף 32 לאמנת וינה).

7. קשה לחלוק שהמטרה והתכלית של אמנות זכויות האדם הן להגן על חייו וגופו של האדם מפני פגיעה, בעיקר על-ידי גורמים מדינתיים. לכן הפרשנות הנכונה ולפיכך המחייבת של האיסור על נטילת חיים שרירותית באה לידי ביטוי בכללי הוואנה, ומכאן באיסור על שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כלפי אזרח שאינו מסכן מיידית חיים או גוף. עמדתה של המדינה – המסתמכת, כאמור, על כללי פרשנות לא נכונים – כאילו המושג "נטילת חיים שרירותית" משקף רשימה פתוחה של התנהגויות **נוגדת בבירור את מטרות ותכליתן של אמנות זכויות האדם**.

8. בנוסף, המשיבים מסתמכים על פסקה 234 מדו"ח טירקל, על בסיסה הם מנסים לטעון כי קיימת פרדיגמת אכיפת חוק שאינה חלק מדיני זכויות האדם ושונה מהם. בכל הכבוד, פסקה זו מוצאת מהקשרה, ומכל מקום, לא מסייעת למשיבים. בפסקה 189 באותו דו"ח נכתב חד-משמעית כי "הקשר של אכיפת חוק" יש ליישם "נורמות של זכויות אדם". כן נאמר בפסקה זו כי "כל שימוש בכוח נגד מי שהוא אינו משתתף ישיר בפעולות איבה צריך שיהיה מונחה על-ידי עקרונות הצורך והמידתיות הקשורים עם נורמות של אכיפת חוק המבוססות על זכויות אדם". כן, באותה פסקה מפרט הדו"ח את הנסיבות בהן מותר לעשות שימוש בנשק חם, ואלה כוללות רק מצבים בהן השימוש הוא "בלתי נמנע כדי להגן על חיי אדם". בקבעו את נסיבות אלה, מסתמך הדו"ח על לא אחרים מאשר כללי הוואנה (!) (שם, ה"ש 813).

9. שלישית, המשיבים הקדישו מאמץ לאבחן את הנסיבות העובדתיות שנדונו בפסקי הדין של בתי המשפט הבינלאומיים אליהם היפנו מהנסיבות העובדתיות שהם נושא העתירה. **אלא שפסקי הדין הובאו כדוגמאות כדי להראות החלה של כללי שימוש בכוח בעת הפגנות שגולשות לאלימות ולא בכדי לטעון שבכל תיק הנסיבות העובדתיות הן זהות לאלה ששורות כיום בעזה**. מבחר פסקי הדין שהבאנו מציג משרעת של נסיבות, שבכולן נשאלת שאלת חוקיות השימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כלפי מפגינים אלימים ומשתתפים במהומות, ובמקרה אחד גם כאשר מהומות אלה מתרחשות משני עברי גבול שנטען שהוא בינלאומי.

10. רביעית, המשיבים מפנים בהודעתם למסמכים שונים של הצלב האדום ובעיקר למסמך ובו סיכום של מפגש מומחים שהתקיים ב-2013 ("מסמך הפרדיגמות", מש/1,3,4,10) ולמפגש אקדמי של מומחים מ-2012 (מש/2). בכך רומזים המשיבים שכאילו מקובל על הצלב האדום שאין חלוקה כה בינארית בין פרדיגמת מעשי האיבה שמוסדרת בדיני הלחימה ופרדיגמת אכיפת הכוח המוסדרת בדיני זכויות האדם.

11. על כך ייאמר באופן ברור: שמני מסמכים אלה אינם מבטאים את עמדת הצלב האדום אלא מהווים תיאור של מפגש מומחים. עמדת הצלב האדום החד משמעית מופיעה בעמודים 33-

36 למסמך אחר שפרסם הארגון, ושלא כמו המסמכים אליהם מפנים המשיבים אינו בגדר סיכום מפגש אלא עמדה רשמית של הארגון, שם אומצה גישת "הפרדיגמות המקבילות" ונאמר במפורש שהתמודדות עם הפגנות אלימות במסגרת עימות מזויין נעשית לפי פרדיגמת **אכיפת החוק שמוסדרת במשפט זכויות האדם** :

"The law enforcement paradigm may be described as rules mainly derived from international human rights law, and more specifically from the prohibition of arbitrary deprivation of life which regulates the use of force by State authorities to maintain or restore public security, law and order." (p. 33)

"if a civilian demonstration against the authorities in a situation of armed conflict were to turn violent, a resort to force in response to this would be governed by law enforcement rules" (p. 36)

International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts (ICRC, Geneva, October 2015)

את המסמך ניתן למצוא כאן.

12. באותו המסמך גם נאמר במפורש, כי האמור במסמך הפרדיגמות אינו משקף את עמדתו של הצלב האדום (ראו בעמ' 34 למטה).

13. לבסוף נבקש לציין אף זאת: תגובת המשיבים מנוגדת לעקרון שלטון החוק. על אף פירוט התשתית העובדתית מטעם העותרים המצביעה על הריגת 39 מפגינים לא חמושים מירי חי (92% מהם נורו בפלג גוף עליון) ופציעת מעל ל-1900 - המעודכנים עד הדיון האחרון - מתגלה מקריאה ומעיון בכל התגובות שהוגשו מטעם המשיבים כי לא רק שעובדות אלו לא הוכחו אלא המשיבים לא מצליחים להצביע על אף הוראת חוק מפורשת בדיון הישראלי או במשפט הבינלאומי המתירה הרג מפגינים שאינם מסכנים מיידית חיי אדם. הן מעמדם של הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמשפט הבינלאומי והן התשתית העובדתית שהוצגה בעתירות מעבירים את נטל ההוכחה למשיבים להצביע על הוראה מפורשת כזו. יודגש כי על אף שאלת כב' הנשיאה בדיון בדבר עמדת המשיבים לתחולת חוק היסוד, תגובתם מתעלמת מסוגיה חשובה זו.

14. בהקשר זה יצוין כי בניגוד לעמדת המשיבים, מסקנות ועדת אור בעניין הפתיחה באש לעבר מפגינים, כפי שפירטו העותרים, חלות על כל שטח שנמצא בשליטה אפקטיבית ישראלית כולל כל ירי המתבצע על ידי הצבא או משטרת ישראל וכי הדיון בדו"ח זה בוחן את הוראות הפתיחה באש לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, טענת המשיבים בסעיף 33 לתגובתם לפיה, "ההערכה היא כי נדרש להשתמש בכוח באותה עת כדי להסיר את הסכנה לפני התממשותה, גם אם הסכנה עצמה טרם הפכה מיידית" – אין לה יסוד או תמיכה באף הוראת חוק או פס"ד ישראלי או זר. כמו כן, המשיבים לא מצביעים על אף הוראה בדינים אלה המתירה לפצוע או להרוג בירי חי אדם שנקרא "מסית מרכזי".

15. לבסוף נבקש לציין שלראשונה בהיסטוריה המשפטית הישראלית מוגש מסמך לבית המשפט העליון מטעם פרקליטות המדינה אשר מכיר באפשרות הריגתם ופציעתם של אזרחים שאינם מסכנים מיידית חיים אך ורק משום שהם חלק מ"המון" של מפגינים. הרג או פציעת אזרחים אינו מותר אף לפי דיני הלחימה בזמן לחימה ובמהלכו של מבצע צבאי. שכן, בעת לחימה חייהם של אזרחים הינם מוגנים מכוח עקרון האבחנה. ולא זו בלבד, עמדת המשיבים אינה עומדת גם בשני החריגים המאפשרים ירי מסוג זה כלפי אוכלוסיה אזרחית: הוא אינו עומד בחריג של Collateral Damage ואף לא בחריג שנקבע בעניין "סיכול ממוקד" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק (14.12.2006)).

16. לכן עמדה קיצונית זו המנסה להצדיק ירי חי וקטלני לעבר אזרחים לא חמושים באופן מודע מעלה חשדות להפרה חמורה של דיני הלחימה.