

## בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון

מאת  
אליאב ליבליך\*

מאז חודש מרץ 2018 נערכות לסירוגין הפגנות המוניות, אלימות בחלקן, במרחב הגדר שבין ישראל לעזה. במהלך התנגשויות אלה נהרגו מאות פלסטינים ונפצעו אלפים, בין היתר עקב שימוש באש צלפים בידי כוחות הביטחון. בבג"ץ 3003/18 יש דין נ' הרמטכ"ל דחה בית המשפט העליון עתירות שהוגשו נגד חוקיות הוראות הפתיחה באש במהלך אירועים אלה. בית המשפט דחה פה אחד את העתירות, בקובעו כי על פניו ההוראות הן חוקיות על פי הדין הבינלאומי והישראלי.

מעבר למחלוקות העובדתיות שבין העותרים למשיבים – ובראש ובראשונה בנוגע לאופיין הלוחמני או האזרחי של ההפגנות – הצדדים נחלקו גם בדבר המסגרת הנורמטיבית אשר לאורה יש לבחון את הוראות הפתיחה באש במקרים מסוג זה. כך, עלתה השאלה מהי מערכת הדינים, או "הפרדיגמה", שחולשת על הפתיחה באש באירועים אלה. האם היא מצויה בדיני הלחימה של המשפט הבינלאומי, בדיני זכויות האדם הבינלאומיים, או בשילוב כלשהו ביניהם? ומכל מקום, מהם הכללים המסדירים שימוש בירי חי במתווים מעורבים מסוג זה, שבהם נערכות הפגנות על רקע עימות מזוין?

מאמר זה מותח ביקורת על התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בנוגע לשאלות אלה – לכל הפחות על פי חוות הדעת העיקרית בפסק הדין – ועל עמדת המדינה אשר עמדה בבסיס הכרעתו, תוך מיקום הסוגיה בהקשר דוקטרינרי ותיאורטי רחב יותר. בהקשר זה המאמר מבקר את המסגרת הנורמטיבית שהוחלה על האירועים כמו גם את תוכנה. באשר למסגרת הנורמטיבית, המאמר גורס כי בנוגע לפתיחה באש באירועים אלה חלה "פרידגמת אכיפת החוק", אשר נובעת מדיני זכויות האדם, ולא מדיני הלחימה כפי שטענה המדינה, טענה שקיבל בית המשפט בחוות הדעת העיקרית. באשר לתוכן הפרדיגמה שנראה שבית המשפט אימץ, המאמר רואה קושי

---

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. מחקר זה נתמך בידי הקרן הלאומית למדעים (מענק מס' 2150/19). המחבר מבקש להודות למאי דר ולנועם מוריס על העזרה במחקר ולמשתתפי יום העיון בנושא "עזה במשפט". כגילוי נאות יציין כי המחבר הוא חבר בוועד המנהל של ארגון "גישה", אשר הצטרף לעתירה בפרשה המדוברת. ואולם המחבר לא היה מעורב בעתירה, וכותב כאן בכובעו האקדמי בלבד.

מיוחד בהיתר שניתן בה לבצע – כמוצא אחרון – ירי על מי שמוגדר "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי". קטגוריה זו, כפי שטוען המאמר, מרחיבה יתר על המידה את ההיתר לבצע ירי חי במצבים שאינם מצביי לחימה מובהקים, מאפשרת פגיעה במי שאינו מהווה בעצמו איום מיידית ומעמעמת את ההבחנה בין אזרחים ולוחמים.

## הקדמה

- א. שתי הפרדיגמות: רקע תיאורטי על קצה המזלג
  - ב. "צעדת השיבה" – רקע כללי ועובדתי
  - ג. פרשת יש דין בקצירת האומר
  - ד. הדין החל: תחולת דיני זכויות האדם ופרדיגמת אכיפת החוק תחת דיני הלחימה
  - ה. תוכן הדין: הרחבת גבולות האיום המיידית (imminent threat)
    1. הנחות היסוד של דיני זכויות האדם: מיידיות, ודאות ואחריות אישית
    2. המתח בין שימוש בכוח נגד "מפרי סדר ומסיתים מרכזיים" לבין הנחות היסוד של דיני זכויות האדם
    3. על צפיותיות (expectabilism) ועל שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני
  - ו. על הבניית הנרטיב ומתודולוגיה
    1. גרסת המדינה כאמת ניטרלית
    2. מתודולוגיה
- סיכום

## הקדמה

בפרשת יש דין נ' הרמטכ"ל<sup>1</sup> נדרש בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, להתייחס לסוגיה רגישה ומורכבת במיוחד. במוקד פרשה זו עמדו ההפגנות המתרחשות לסירוגין מאז מרץ 2018 סמוך לגדר המערכת שבין ישראל לעזה ("צעדות השיבה"). בהפגנות אלו משתתפים לפרקים עשרות אלפים. לצד תהלוכות שקטות, התדרדרו ההפגנות גם להתנגשויות בין כוחות הביטחון הישראליים לבין פלסטינים. במהלך התנגשויות אלה נהרגו מאות פלסטינים ונפצעו אלפים, בין היתר עקב שימוש באש צלפים בידי כוחות הביטחון; כמו כן נהרג חייל צה"ל מירי צלף פלסטיני ונפצעו כמה חיילים מאלימות המפגינים.<sup>2</sup> בפרשת יש דין הוגשו

1 בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (פורסם בנבו, 24.5.2018) (להלן: פרשת יש דין).

2 U.N. Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory*, U.N. Doc. A/HRC/40/CRP.2, at 182-3 (Mar. 18, 2019) <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIOPT/Pages/Report2018OPT.aspx> (להלן: דוח האו"ם).

עתירות נגד חוקיות הוראות הפתיחה באש במהלך אירועים אלה. בית המשפט דחה פה אחד את העתירות, בקובעו כי על פניו ההוראות הן חוקיות על פי הדין הבינלאומי והישראלי, וכי אין בכוחו להכריע – בשלב שבו נערך הדיון – באשר לחוקיות יישומן בפועל.

במוקד הביקורת שבמאמר זה עומדת הטענה, כי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט – או לכל הפחות התוצאה המשתקפת בחוות הדעת העיקרית בפסק הדין – מכירה בכלל מתירני באופן מסוכן ביחס למצבים שבהם ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני (להלן – "שימוש בכוח"). יודגש, כי בהתייחסות לשימוש בכוח מסוג זה הכוונה היא לשימוש בכל אמצעי – וירי הוא הדוגמה המובהקת ביותר לכך – אשר ישנו סיכון סביר שיביא להרג או לפגיעה חמורה, אף אם השימוש לא היה ככוונה להרוג.<sup>3</sup> התוצאה המתירנית בנוגע לשימוש בכוח מסוג זה נובעת משני מהלכים מרכזיים בפסק הדין. ראשית, נראה כי בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, שלפיה התמודדותה עם ההפגנות בגדר כפופה רק לדיני הלחימה שבמשפט הבינלאומי ולא לדיני זכויות האדם הבינלאומיים. ככלל, כפי שאפרט בהמשך, דיני הלחימה נתפסים כמתירניים יותר מדיני זכויות האדם. שנית, ובהמשך לכך, בית המשפט היה נכון להכיר בחוקיותם של כללי פתיחה באש המתירים בפועל שימוש בכוח נגד מי שאינו מהווה איום לחיים (או לשלמות הגוף) באופן אישי ומיידי. בפרט, הדברים מתבטאים בנכונותו של בית המשפט לקבל את חוקיות השימוש בכוח נגד מי שמוגדר "מפר סדר מרכזי ומסית מרכזי". למען הבהירות אציין כבר עתה, כי צה"ל פירט את תוכנה של קטגוריה זו – במסמך שפורסם רק לאחר מתן פסק הדין – ככולל את מבצעי הפעולות הבאות: תיאום של הנחת צמיגים והצתתם; תיאום משיכה של חלקי הגדר; הסתת ההמון; השפעה על התנהגותו; יצירת תנאים לחדירה מסיבית של אנשים לישראל; פגיעה בתשתיות הביטחון;<sup>4</sup>

3 Human Rights Committee, *General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, §§ 6-7, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (Oct. 30, 2018) ("Deprivation of life involves an intentional or otherwise foreseeable and preventable life-terminating harm or injury, caused by an act or omission... The obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 even if such threats and situations do not result in loss of life") (להלן: הערה פרשנית 36).

4 יצוין, כי מאמר זה אינו עוסק באפשרות – בין אם עקרונית ובין אם בנסיבות ספציפיות – כי פגיעה בתשתיות הביטחון עשויה להוות השתתפות ישירה במעשה איבה, אשר במהלך ביצועו אזרח עלול לאבד את ההגנה מפני תקיפה. ראו פרוטוקול נוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949, בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזויינים בינלאומיים (פרוטוקול I) מיום 8 ביוני 1977, ס' 51(3) (להלן: הפרוטוקול הראשון). לניתוח סעיף זה בפסיקה הישראלית, ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ר סב (1) 507 (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים). אציין רק כי לא כל פגיעה בתשתית ביטחונית עולה כדי מעשה איבה; על פי המדריך הפרשני של הצלב האדום, נדרש "קשר לוחמתי" (belligerent nexus) בין הפגיעה לבין המאמצים הצבאיים של האויב. בקצירת האומר, נדרש כי הפעולות יהיו חלק אינטגרלי ממעשי האיבה. הבחנה זו נדרשת כדי לעמוד על ההבדל שבין מעשים פלייליים לבין לחימה. ראו NILS MELZER, INT'L COMM. RED CROSS, INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE

והיבור ככלים לתשתיות הביטחון כדי למשוך אותן.<sup>5</sup>

חוות הדעת העיקרית בפסק הדין נכתבה בידי המשנה לנשיאה מלצר. הנשיאה חוות דעת קצרה הצטרפה למסקנתו, ואילו השופט הנדל הצטרף למסקנתו של המשנה לנשיאה "ולעיקר דבריו המקיפים".<sup>6</sup> אומר כבר כעת, שקיומן של שלוש חוות דעת אלו מעורר שאלות באשר למהותן של ההלכות שנקבעו בפרשה זו, ומשקלול דבריהם של שלושת השופטים עולה אי-בהירות מסוימת באשר למידת נחרצותו של בית המשפט בעניין חוקיות הוראות הפתיחה באש. תהיות אלה מתעוררות הן בהינתן שהוראות הפתיחה באש לא היו בפני בית המשפט ושהוא לא בחן את יישומן בפועל, והן בשל ההסתייגות המסוימת, שעוד אעמוד עליה בהמשך, של הנשיאה חיות מהקטגוריה של "מפר סדר מרכזי ומסית מרכזי".<sup>7</sup> פסק דין זה ראוי להתייחסות מעמיקה, בפרט בעת הנוכחית. יש לציין כי סוגיית הוראות הפתיחה באש באירועי הגדר עדיין רודפת אותנו, וכי רוב הסיכויים כי כך יהיה בעתיד הקרוב. זאת ועוד, בהינתן שרק לאחר מתן פסק הדין פרסם צה"ל התייחסויות מפורטות יותר למהותן של הוראות הפתיחה באש באירועי הגדר,<sup>8</sup> לא מן הנמנע שהסוגיות הללו יעלו שוב בהתדיינות משפטית, בין אם כללית ובין אם פרטנית. לבסוף, יש לתת את הדעת על העניין הבינלאומי הרב באירועים הללו. בחודש מרץ 2019 פורסם דוח ועדת חקירה מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם, שמסקנתו הייתה כי הוראות הפתיחה באש אינן חוקיות תחת הדין הבינלאומי.<sup>9</sup> זאת ועוד, בחודש דצמבר 2019 הודיעה תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ה-ICC) כי יש בעיניה יסוד סביר לפתיחה בחקירה בנוגע ל"מצב בפלסטין", וכי ייתכן שחקירה זו תקיף גם את האירועים דנן.<sup>10</sup>

NOTION OF DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 58 (2009) ("not every act that directly adversely affects the military operations or military capacity of a party to an armed conflict... necessarily amounts to direct participation in hostilities. As noted, the concept of direct participation in hostilities is restricted to specific acts that are so closely related to the hostilities conducted between parties to an armed conflict that they constitute an integral part of those hostilities")

ראו גם פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

IDF, *Gaza Border Events: Questions and Answers* 84 (Feb. 1, 2019) <https://www.idf>. 5

il/media/48555/gaza-border-events-questions-and-answers.pdf (להלן: מסמך צה"ל).

פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פסק דינה של הנשיאה חיות ופס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל. 6

שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות. 7

מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5. 8

דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2. 9

ICC Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial 10

Jurisdiction in Palestine §96, No. ICC-01/18 (Dec. 20, 2019). נכון למועד כתיבת דברים

אלה, הודעת התובעת כפופה להחלטת בית הדין כי ישנה סמכות שיפוט באשר למצב בפלסטין

(שם, פס' 5). יצוין כי הנשיאה חיות כתבה לאחרונה, כי הביקורת השיפוטית בישראל מסייעת

ב"ביצור טענת המשלימות של מדינת ישראל" כבואה להתמודד עם הליכים פליליים בפני

ערכאות זרות (אסתר חיות "תפקידו של בית המשפט בקבלת הכרעות שיפוטיות הנוגעות לביטחון

הלאומי של מדינת ישראל" *עדכן אסטרטגי* 22(1) 3, 10 (2019)). ואולם כדי שפונקציה זו

תקיים יש לוודא תחילה כי פרשנותה של המדינה להוראות הדין מתיישבת עם הדין הבינלאומי.

במאמר זה אעסוק בקשיים המרכזיים העולים מפסק הדין בפרשת יש דין, ומטבע הדברים בעיקר מחוות הדעת העיקרית של המשנה לנשיאה. בפרט אתמקד בפרשנותו וביישומו של הדין הבינלאומי בענייננו, משום שכאן אני מוצא את עיקר הקשיים, ופחות בדין הישראלי במובנו הצר. במהלך הטיעון אפרק את הקשיים הללו לשלושה היבטים. ההיבט הראשון נוגע לדין החל על פעולות המדינה אל מול אירועי הגדר. כפי שאטען, בפסק הדין חסרה התייחסות מספקת ליסודות החדשניים שבטענותיה של המדינה באשר למקורו של הדין המסדיר את תגובתה לאירועים. כך, בית המשפט לא התייחס מבחינה מהותית למחלוקת המשמעותית שנתגלעה בין הצדדים באשר לכפיפותם של אירועי הגדר לדיני זכויות האדם הבינלאומיים, וכנגזרת מכך באשר למקורן של הנורמות הבינלאומיות החלות על פעולות המדינה בהקשר זה. כפי שאראה בהמשך, המדינה טענה כי אומנם אירועי הגדר אינם אירועי לחימה במובן הצר, אלא אירועים חוסים ככלל תחת כללי פתיחה באש החלים בעת "אכיפת חוק" (שיטור), ואולם בעיניה, "פרדיגמת אכיפת חוק" זו מקורה בדיני הלחימה עצמם ולא בדיני זכויות האדם. על משמעותם של הדברים הללו אעמוד בהמשך. אציין כאן רק שעמדה זו, ולפיה האירועים חוסים תחת דיני הלחימה בלבד, התקבלה בנקל וללא דיון משמעותי.<sup>11</sup> בהמשך להכרעה זו, ההיבט השני שאליו אתייחס הוא היעדר דיון מהותי בהיבט החשוב ביותר לטעמי בעמדת המדינה – הפרשנות המרחיבה שניתנה למושג "איום מיידי", שהתקיימותו היא תנאי הכרחי לשימוש בכוח בעת אכיפת חוק. הרחבה זו באה בדמות טענתה של המדינה כי מותר, כאמצעי אחרון, להשתמש בכוח נגד "מפרי סדר מרכזיים ומסיתים מרכזיים" אף אם לא נשקף מהם ספציפית איום על החיים או על שלמות הגוף. כפי שאראה, עמדה זו, בפרט על רקע ההגדרה שניתנה לקטגוריה זו, מעוררת קשיים רבים הן במישור הדוקטרינרי והן במישור התיאורטי.

ההיבט השלישי הוא נרטיבי ומתודולוגי. בהקשר זה אראה, כיצד כבר בהצגת הרקע העובדתי של המקרה דגן אימץ בית המשפט באופן מוחלט את גרסת המדינה, מה שהקל לאחור מכן גם על קבלת עמדותיה המשפטיות. לכל הפחות יש בכך כדי להצביע על קושי פרוצדורלי, משום שהיה אפשר לצפות כי גרסת המדינה בנוגע לסוגיות עובדתיות שבמחלוקת תובא במסגרת טענות הצדדים ולא כרקע ניטרלי ואובייקטיבי. זאת ועוד, מבחינה מתודולוגית, בעוד שרבות מהנורמות אשר עמדו במרכז הפרשה נובעות מן הדין הבינלאומי, נראה כי בית המשפט לא ניתח את הכללים הללו בצורה סדורה.

ראוי לציין, כי מעבר לכך פרשת יש דין מעלה שאלות כבדות משקל בשורה של נושאים חשובים אחרים, שלא אדון בהם בשל קוצר היריעה.<sup>12</sup> זאת ועוד, המאמר לא יעסוק כלל

11 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

12 כך למשל, לא אעסוק במעמדה של רצועת עזה או במעמדה המשפטי של הגדר כ"גבול בינלאומי". ראו למשל אייל גרוס "הירי בעזה: ישראל שוב חצתה את הגבול" הארץ 1.4.2018. [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.5963180](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.5963180). כידוע, בעוד שלא הייתה מחלוקת רצינית כי בין השנים 1967-2005 הייתה ישראל כוח כובש ברצועת עזה, מאז ההתנתקות נשמעים קולות שונים בנוגע למעמדה המשפטי של רצועת עזה. ראו למשל בג"ץ 9132/07 אל בסיוני נ' ראש הממשלה ואח' (פורסם בנבו, 30.1.2008). לסקירת העמדות בנוגע למעמד רצועת עזה, ראו AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 204-47 (2017). לצורכי מאמר זה לא אתייחס כלל לסוגיה זו, הן בשל קוצר

ביישום הוראות הפתיחה באש בשטח.<sup>13</sup> כפרט, בהיעדר מידע אין יכולת לבסס חיבור ודאי בין ירי מסוים לבין יישום דוקטרינה כזו או אחרת. בהתאם לכך, אין לפרש את האמור כאן כהבעת עמדה באשר לחוקיות או לאי-חוקיות של ירי במקרה מסוים. עם זאת – ומבלי לגרוע מכך – אציין רק כי ישנו מתח מובנה בין אמירותיה החוזרות ונשנות של המדינה, כפי

היריעה והן משום שהשלכותיה על ענייננו הן שוליות. בקצירת האומר אציין, כי עצם השאלה אם רצועת עזה נחשבת שטח כבוש אינה משפיעה מהותית על כללי הפתיחה באש שיחולו במצבים של אכיפת חוק, משום שכללים אלה אינם מושפעים ישירות מהמעמד המשפטי של המדינה בשטח. על שימוש בכוח בהקשר של דיני כיבוש ככלל, ראו MARCO LONGOBARDO, *The Use of Armed Force in Occupied Territory* (2018). ואולם ניתן לטעון, שמעצם היעדר השליטה (לכאורה) של ישראל בשטח (מבלי להכריע אם זהו אכן המצב) נובעים כללים מקילים יותר באשר לפתיחה באש. בענייני יש לדחות טענה זו. ראו את הדברים האמורים להלן בה"ש 123. זאת ועוד, לא אעסוק כאן בתנאים לביצוע ירי נגד מי שכעצמו מהווה איום מידי לחיים, בין אם תחת פרדיגמת אכיפת החוק ובין אם תחת ההגדרה של "מעשי איבה", אלא אך בדילמות אשר עולות מהרחבת מושג האיום כפי שהיא משתקפת בענייני מעמדת המדינה בפרשת יש דין. בהקשר זה לא אעסוק גם בשאלה החשובה, שלא עלתה ישירות בפני בית המשפט, באשר לחוקיות הפגיעה בחברים בקבוצות מזוינות שנמצאים באזור של הפגנה אזרחית (קרי, מי שאינם אזרחים מוגנים), אך אינם חמושים ואינם משתתפים במעשי איבה באותה עת. ראו עוד U.N. Human Rights Council, *Report of the UN Commission of Inquiry on the*

2018 Protests in the OPT, §§ 103-110, U.N. Doc A/HRC/40/74 (Feb. 28, 2019); אליאב ליבליך ואואן אלטרמן המשפט ההומניטרי הבין-לאומי בעימותים מזוינים על-לאומיים ואסימטריים: אתגרים עכשוויים מרכזיים 55-57 (2017). חלק מעניינים אלה זכו להתייחסות במקומות אחרים. ראו למשל Shelly Aviv Yeini, *The Law Enforcement Paradigm Under the Laws of Armed Conflict: Conceptualizing Yesh Din v. IDF Chief of Staff*, 10 HARV. NAT. SEC. J. 461 (2019); Elena Chachko & Yuval Shany, *The Supreme Court of Israel Dismisses a Petition Against Gaza Rules of Engagement*, LAWFARE (May 26, 2018) <https://www.lawfareblog.com/supreme-court-israel-dismisses-petition-against-gaza-rules-engagement>; Amichai Cohen, *Analysis of Israel's Supreme Court Decision Allowing Lethal Force in Gaza*, JUST SECURITY (May 27, 2018) <https://www.justsecurity.org/57033/analysis-israels-supreme-court-decision-allowing-lethal-force-gaza/>; Hannes Jöbstl, *Lost Between Law Enforcement and Active Hostilities: A First Glance at the Israeli Supreme Court Judgment on the Use of Lethal Force During the Gaza Border Demonstrations*, EJIL: TALK! (June 4, 2018) <https://www.ejiltalk.org/lost-between-law-enforcement-and-active-hostilities-a-first-glance-at-the-israeli-supreme-court-judgment-on-the-use-of-lethal-force-during-the-gaza-border-demonstrations/>; Geoffrey S. Corn & Peter Margulies, *Use of Force at the Gaza Border: A Hybrid Approach to Tactical Challenges*, LAWFARE (June 20, 2018) <https://www.lawfareblog.com/use-force-gaza-border-hybrid-approach-tactical-challenges>; Yahli Shereshevsky, *HCIJ 3003/18 Yesh Din—Volunteers for Human Rights v. Chief of General Staff, Israel Defense Forces (IDF)*, 113 AM. J. INT'L. L. 361 (2019).

13 נושא זה קיבל התייחסות לאחרונה ברוח מועצת זכויות אדם של האו"ם (רוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 108-142). לעמדת המדינה, ראו מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 101-105.

שיפורטו בהמשך, כי ירי יתבצע אך כמוצא אחרון ורק נגד "מפרי סדר או מסיתים מרכזיים", לבין המספר הגדול של הנפגעים ובהם כאלה שלא היו בקרבת הגדר בעת הפגיעה בהם.<sup>14</sup> אף אם נכון, כטענת המדינה, כי רבות מפגיעות אלה הן תוצאה של טעויות או של צירופי מקרים,<sup>15</sup> הרי בכל מקרה הפגיעות הן תולדה של החלטה קונקרטית לפתוח באש במקרים רבים מאוד. ניתן אף לטעון כי הוראות הפתיחה באש, המאפשרות ירי גם נגד מי שאינו מהווה איום מידי בפני עצמו, יוצרות כר פורה לאותן טעויות. לאור הפגיעות הרבות, בשלב מסוים זו תהיה דרישה סבירה כי המדיניות האמורה – ככל שהיא עומדת ביסוד פגיעות אלה – תיבחן מחדש על בסיס התוצאות המסתמנות מן הפרשנות המשפטית שלאורה פעלה המדינה קודם לכן.<sup>16</sup>

### א. שתי הפרדיגמות: רקע תיאורטי על קצה המזלג

את פרשת יש דין יש לקרוא על רקע ההבחנה היסודית שבדין הבינלאומי בין שימוש בכוח בעת לחימה לבין שימוש בכוח בעת פעולות שיטור, או "אכיפת חוק". להבחנה זו נודעת חשיבות עליונה לאור אופיים של העימותים המזוינים במערכת הבינלאומית בעת הנוכחית. בעשורים האחרונים נפוצים במערכת הבינלאומית עימותים אסימטריים, שבמסגרתם מדינות מתעמתות מול ארגונים מזוינים לא־מדינתיים, הפועלים פעמים רבות בסביבה רוויה באזרחים.<sup>17</sup> בעת עימותים מסוג זה עלולות להתרחש התנגשויות אלימות משני סוגים עיקריים. סוג אחד מתאפיין בהתנגשות אקטיבית ואינטנסיבית בין צבאות מדינתיים לבין ארגונים מזוינים לא־מדינתיים (כגון ירי טילים והתקפות מן האוויר). סוג אחר, מנגד, קרוב יותר באופיו לאלימות "פלילית" בין פרטים לבין סוכני המדינה (כגון זריקת אבנים). לעיתים סוגי ההתנגשויות הללו יתרחשו במקביל, הן בזמן והן במרחב. ועדיין, הדין הבינלאומי מקפיד להבחין בין הקטגוריות, וקובע כללים שונים בנוגע למותר ולאסור בכל אחת מהן.<sup>18</sup> אלימות מהסוג הראשון מוסדרת בראש ובראשונה באמצעות דיני הלחימה הבינלאומיים (או המשפט ההומניטרי), אשר כוללים כללי התנהגות בעת "מעשי איבה" (hostilities). ברמת

14 רוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2.

15 ראו למשל את התחקיר המעמיק בנוגע להריגתה של החובשת רזאן א־נג'אר: David M. Halbfinger, *A Day, a Life: When a Medic Was Killed in Gaza, Was It an Accident?*, N.Y. TIMES (Dec. 30, 2018) <https://www.nytimes.com/2018/12/30/world/middleeast/gaza-medic-israel-shooting.html>.

16 שם, בדבריהם של המומחים נועם לובל וריאן גודמן. זאת ועוד, ישנה אפשרות של נתק בין ההוראות – יהיה תוכנן אשר יהיה – לבין היישום בשטח. אם זה המצב, מובן שעולות בעיות רבות שזה אינו המקום להתייחס אליהן.

17 Eyal Benvenisti, *The Law on Asymmetric Warfare*, in LOOKING TO THE FUTURE: ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOR OF W. MICHAEL REISMAN 931, 933 (Mahmoud H. Arsanjani et al. eds., 2010).

18 ראו, ככלל GLORIA GAGGIOLI, INT'L COMM. RED CROSS, EXPERT MEETING ON THE USE OF FORCE IN ARMED CONFLICTS: INTERPLAY BETWEEN THE CONDUCT OF HOSTILITIES AND LAW ENFORCEMENT PARADIGMS (2013) (להלן: רוח הפרדיגמות).

הפשטה גבוהה ניתן לומר, כי הנחת היסוד של דיני הלחימה היא כי מהכוחות הלוחמים של האויב נשקף איום קולקטיבי, אשר ממשיך להתקיים כל עוד קיים עימות מזוין בין הצדדים, וכי ישנו צורך צבאי לפעול בכוח כדי לסכלו.<sup>19</sup> לכן בהתקיים מעשי איבה, דיני הלחימה מתירים שימוש בנשק קטלני בסיטואציות רחבות הרבה יותר מאשר מקובל בהקשר הפלילי הקונבנציונלי. כך למשל, מתאפשר בעת לחימה להשתמש בכוח קטלני כמוצא ראשון נגד לוחמים השייכים למדינות, מעצם היותם כאלה, נגד חברים בקבוצות מזוינות (מבלי להביע עמדה על הגדרתה של קטגוריה זו) או נגד אזרחים המשתתפים ישירות במעשי איבה, בכל זמן במהלך מעשה האיבה. המסגרת הנורמטיבית שמסדירה שימוש בכוח במצבים של לחימה אקטיבית זו ידועה כי "פרדיגמת מעשי האיבה".<sup>20</sup>

אלימות מהסוג השני, מנגד, מוסדרת באמצעות "פרדיגמת אכיפת החוק". נקודת המוצא של דיני אכיפת החוק היא בזכויות הפרט, בדגש על זכותו לחיים ולהליך ראוי. לפיכך, כפי שיפורט בהמשך, ובניגוד לפרדיגמת מעשי האיבה, דיני אכיפת החוק אינם מתירים להניח כי אדם כלשהו מאיים בשל שייכותו הקולקטיבית, או בשל איום עתידי אמורפי. בהתאם לכך, כאשר אין ענייננו בלחימה אקטיבית דינים אלה חלים וקובעים מסגרת מצמצמת יותר מפרדיגמת מעשי האיבה בנוגע לשימוש בכוח. על פי המקובל, כללים אלה נשאבים מדיני זכויות האדם הבינלאומיים, אשר מובנים בדרך כלל כמאפשרים שימוש בכוח רק כמוצא אחרון, באופן מידתי, אל מול מי שמהווה איום מיידתי על חיים או על שלמות הגוף.<sup>21</sup> המתח שבין הפרדיגמות האלה הוא ביסוד פרשת יש דין. אכן, כבר עתה ניתן להבין את הקושי אשר עשוי לעלות מן הקביעה כי ישנה פרדיגמת אכיפת חוק שמקורה איננו בדיני זכויות האדם, אלא בדיני הלחימה. הסיכון, שעליו ארחיב בהמשך, טמון בייבוא החשיבה הקולקטיבית של דיני הלחימה לתוך פרדיגמת אכיפת החוק באופן אשר יביא להרחבה מסוכנת של הכללים בדבר שימוש בכוח אף מחוץ ללחימה אקטיבית. בפרט, תחת פרדיגמה חדשה זו יהיה אפשר להבין באופן נרחב מדי את משמעותו של "איום" אשר עשוי להצדיק שימוש בכוח. תוצאה זו, כך אטען בהמשך המאמר, מנוגדת הן לרוחם של דיני הלחימה עצמם, הן לדיני זכויות האדם הפוזיטיביים והן להנחות היסוד הנורמטיביות אשר עומדות בבסיסם. אך בטרם אדון בדברים אלה, אשוב ל"צעדת השיבה" ולהכרעת בית המשפט בפרשת יש דין.

## ב. "צעדת השיבה" – רקע כללי ועובדתי

את "צעדת השיבה" וההפגנות השבועיות הנלוות אליה יש להבין לאור הקשר רחב יותר. בין השנים 1967-2005 שלטה ישראל באופן מלא ברצועת עזה, ואין חולק כמעט כי בתקופה זו היא הייתה הכוח הכובש ברצועה. בשנת 2005 ביצעה ישראל את "תוכנית ההתנתקות", שבמסגרתה פינתה את ההתנחלויות היהודיות בשטח הרצועה ופרסה מחדש את צבאה מסביב לגדר המערכת. ואולם לצד סיום הנוכחות הישראלית על הקרקע, יש מי שמצביעים על כך

19 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight [Saint Petersburg Declaration], Preamble (Nov. 29/ Dec. 11, 1868)

.18 Martnes Nouveau Recueil (Ser. 1) 474, 138 Consol. T.S. 279

20 דוח הפרדיגמות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 9-8.

21 שם.



שישראל הותירה בידיה אלמנטים שלטוניים רבים, כגון שליטה מוחלטת כמעט על תנועת אנשים וטובין (לצד מצרים), שליטה מלאה במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים, שליטה על מרשם האוכלוסין ועוד.<sup>22</sup> לאורך השנים – לפני ההתנתקות ולאחריה – ירו ארגונים פלסטיניים פגזי מרגמות ורקטות על יישובים אזרחיים בסביבות עזה ובמקומות מרוחקים יותר, ביצעו פעולות איבה משמעותיות נגד ישראל (כגון חטיפת החייל גלעד שליט) וכן – בשנים האחרונות – חפרו מנהרות התקפיות לשטחה. לאחר נטילת השלטון בידי המאס בחודש יוני 2007, הכריזה ממשלת ישראל בספטמבר של אותה השנה על רצועת עזה כ"שטח עוי", ובעקבות כך הוטלו על הרצועה מגבלות נוספות הנוגעות להיבטים אזרחיים שונים.<sup>23</sup>

למגבלות אלה נוסף סגר ימי (blockade), שהוטל רשמית ביום 3.1.2009.<sup>24</sup> בעשור שחלף מאז ידעה מדיניות הסגר – ו"מדיניות הבידול" שנספחה אליה<sup>25</sup> – החמרות והקלות, משטים ומבצעים צבאיים<sup>26</sup> ותהפוכות פוליטיות בשני הצדדים. לא כאן המקום לסקור אירועים אלו, למרות היותם גורם מרכזי למצב ברצועת עזה. מה שחשוב להבין לענייננו הוא, שאירועי מרץ 2018 החלו על רקע משבר כלכלי והומניטרי מתמשך ברצועה בעקבות (בין היתר) מדיניות זו,<sup>27</sup> משבר אשר החמיר לאחר שבשנת 2017 החליטה הרשות הפלסטינית לצמצם את התשלום לישראל עבור הספקת חשמל לעזה<sup>28</sup> וסירבה להעביר משכורות לעובדי הציבור בה.<sup>29</sup>

ביום 30.3.2018 החלו אם כן הפגנות שבועיות לאורך גדר המערכת. מעבר לעובדה בסיסית זו, ישנה מחלוקת גדולה בין הצדדים בנוגע למאפייניהן. למעשה אפשר לומר, כי השיח בעניין זה מתאפיין בקיומם של שני נרטיבים מקבילים ומנוגדים. על פי דוח האו"ם,

- 
- 22 לסקירה של אלמנטים אלו, ראו שרי בשי וקנת מן "שליטה ואחריות: מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר 'ההתנתקות' " המשפט יד 35 (2011).
- 23 החלטה ב/34 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, הממשלה ה-31 "מדיניות ישראל מול עזה (צבאי ואזרחי)" (19.9.2007).
- 24 הוועדה הציבורית לביקורת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל) דין וחשבון: חלק ראשון פס' 45-50 (2011) (להלן: דוח טירקל – חלק א).
- 25 אודי דקל "מדיניות ישראל כלפי רצועת עזה" משבר רצועת עזה: מענה לאתגר 99 (ענת קורין, אודי דקל ובנדרטה ברטי עורכים, 2018) (הספר להלן: מענה לאתגר).
- 26 לניתוח מפורט וביקורתי של המדיניות הישראלית לאורך השנים, ראו את המידע שבאתר "גישה" [gisha.org/en-blog/](http://gisha.org/en-blog/). את העמדה הישראלית ניתן למצוא באתר "מתאם פעולות הממשלה בשטחים" [www.cogat.mod.gov.il/he/Gaza/Pages/default.aspx](http://www.cogat.mod.gov.il/he/Gaza/Pages/default.aspx).
- 27 למידע מתעדכן, ראו *Gaza Strip*, UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS, <https://www.ochaopt.org/location/gaza-strip> (last visited Dec. 25, 2019). כן ראו האלה ח'ורי-בשאראת "הסגר הימי המתמשך על עזה ככלי לשליטה אפקטיבית" עיוני משפט מג 435 (2020).
- 28 ראו ניתוח ודין בתגובות אצל לירון ליבמן "זכות לחשמל? על משבר החשמל ברצועת עזה" בלוג סיווג בטחוני 21.6.2017 [www.idi.org.il/blogs/security-clearance/electricity-in-gaza/15977](http://www.idi.org.il/blogs/security-clearance/electricity-in-gaza/15977).
- 29 שלמה ברום "הרשות הפלסטינית והמצב ברצועת עזה" מענה לאתגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 33, 36-37.

את שורשה של ההתארגנות להפגנות אפשר למצוא בחודש ינואר 2018 בעקבות פוסט בפייסבוק של תושב עזה, שלאחריו החלה להתארגן בעזה "הצעדה הגדולה לשיבה ושבת המצור".<sup>30</sup> במסמך העקרונות של הצעדה היא הוגדרה בידי מארגניה כ-

"פעולה עממית מאורגת, מבוססת על יסודות חוקיים לגיטימיים ועקרונות הומניטריים מובהקים, במסגרתה המוני פליטים ייצאו לצעדות לא-אלימות למען יישום עקרון 11 של החלטת האו"ם 194, ולהשבת הפליטים שגורשו בשנת 1948 לאדמותיהם, בתייהם ורכושם."<sup>31</sup>

בהתאם לכך יש מי שרואים בהפגנות סביב הגדר התנגדות אזרחית שאינה אלימה בבסיסה ואת מעשי האלימות כמבודדים יחסית.<sup>32</sup> ואולם מתחילת הדרך כפרה ישראל בהצגה זו של הדברים וראתה בהפגנות אלה איום, על רקע העימות המזוין הנמשך אל מול ארגונים פלסטיניים בעזה ולאור העובדה שלחמאס ולג'יהאד האסלאמי היו נציגים בוועדה המארגנת של ההפגנות.<sup>33</sup> בעיני ישראל, אף אם ההפגנות החלו כיוזמה אזרחית, הרי באופן הולך וגובר חמאס השתלט עליהן כדי לקדם את "התקפותיו נגד ישראל, להגביר את המתיחות הבטחונית באזור עזה, ולהגביר את הלחץ הפוליטי והדיפלומטי על ישראל, פנימית ובינלאומית".<sup>34</sup> לגישת ישראל, לחמאס הייתה כוונה לפגוע בחיילים או לחטוף אותם תחת מעטה ההפגנות, וכן ישנה סכנה ממשית שאם המוני עזתים יחדרו לישראל הם יפגעו בחיילים ובאזרחים ישראלים המתגוררים ביישובים באזור הגדר.<sup>35</sup> לפיכך פרסה ישראל כוחות רבים ובהם צלפים באזורים של מוקדי ההפגנות.<sup>36</sup>

אכן, לצד נוכחותם של מפגינים לא-אלימים רבים ניסו מפגינים – ולא פעם הצליחו – לפגוע בגדר המערכת. זאת ועוד, אין ספק כי ההפגנות לוו בחלקן במעשי אלימות, שהתבטאו בין היתר בהשלכת אבנים (בין היתר באמצעות קלעים) ובשיגור עפיפוני ובלוני בערה;<sup>37</sup> לעיתים היה אף שימוש בירי חי, ברימונים, במטענים מאולתרים ובסוגי נשק אחרים,<sup>38</sup> שאף הביאו בכמה מקרים לפגיעה בחיילים.<sup>39</sup> דומה שאין עוררין, כי ככל שעבר הזמן הפכה תמיכתו של חמאס בהפגנות אקטיבית יותר, בין היתר בשל רצון הארגון להפיק מהן רווח

30 דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 195.

31 שם, פס' 201.

32 ראו למשל, Human Rights Watch, *Israel: Gaza Killings Unlawful, Calculation* (Apr. 3, 2018), <https://www.hrw.org/news/2018/04/03/israel-gaza-killings-unlawful-calculated>

33 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-8; דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 219.

34 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

35 שם, בעמ' 17-33; דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 228-234.

36 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59-62.

37 שם, בעמ' 17-33; דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 364-374.

38 *Threat to Israel*, ISRAEL DEFENSE FORCE, <https://www.idf.il/en/minisites/questions-and-answers-concerning-the-violent-riots-and-attacks-occurring-on-the-border-between-gaza-and-israel-during-2018-9/gaza-border-events-qa/threat-to-israel/> (last visited Dec. 25, 2019).

39 ראו יניב קובוביץ וג'קי חורי "חייל צה"ל נהרג מירי צלפים פלסטינים בגבול רצועת עזה" הארץ 21.7.2018 [www.haaretz.co.il/news/politics/1.6293387](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.6293387); יואב זיתון, מתן צורי ואליאור לוי

פוליטי ולהשתמש בהן כאמצעי לחץ על ישראל, על הרשות הפלסטינית ועל גורמים אזוריים אחרים. עם זאת אין מחלוקת רבה על כך כי לאורך הדרך מפגינים רבים לא היו אלימים או חברים בזרוע הצבאית של חמאס או בארגון מזוין אחר.<sup>40</sup> ועדיין, במהלך ההפגנות נפגעו פלסטינים רבים, ובהם כאלה שלא היו בקרבת הגדר ואשר לא נראה על פניו כי היו סכנה מיידית. על פי נתוני האו"ם, בהפגנות שנערכו עד לחודש מרץ 2019 נהרגו 192 בני אדם, מתוכם 41 ילדים, ומעל 7,200 נפצעו מאש חיה.<sup>41</sup>

עוד בטרם פרצו ההפגנות הייתה מדיניות הפתיחה באש – כפי שמדיניות זו השתקפה בראשית הדרך בפרסומים בתקשורת – נתונה לביקורת. ככלל, בשורש חילוקי הדעות עמדה – ועודנה עומדת – השאלה, אם להקשר הרחב יותר של יחסי ישראל-עזה, ובפרט לקיומו של עימות מזוין בין ישראל וארגונים פלסטיניים, ישנה השפעה משמעותית על המשטר המשפטי אשר מסדיר את השימוש בכוח בהפגנות אלו.<sup>42</sup>

### ג. פרשת יש דין בקצירת האומר

ביום 24.5.2018 ניתן פסק הדין בפרשת יש דין, אשר בגדרו נדחתה עתירתם של ארגוני זכויות אדם נגד הוראות הפתיחה באש בנוגע לאירועי הגדר. טענתם העיקרית של העותרים

<sup>40</sup> ירי בגבול עזה: קצין נפגע בינוני וחיילת נפצעה קל" YNET 3.5.2019 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5500977,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5500977,00.html)

<sup>41</sup> ועדת החקירה של מועצת זכויות האדם של האו"ם זיהתה שלושה שלבים בהפגנות, בכל הקשור למעורבות חמאס ולהיקף ההתנגשויות האלימות בגדר. ראו דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 240-250. כמו כן, ראו פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ("אין מחלוקת ממשית כי באירועים השתתפו ומשתתפים גם אזרחים פלסטינים מפגינים, שאינם מעורבים בפעילות טרור").

<sup>42</sup> *Humanitarian Snapshot: Casualties in the Gaza Strip 30 Mar 2018 – 22 Mar 2019*, UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS (Mar. 27, 2019) <https://www.ochaopt.org/content/humanitarian-snapshot-casualties-gaza-strip-30-mar-2018-22-mar-2019> 102 (With regards to harm caused by live ammunition, Israel is aware of figures published by the Hamas-run Ministry of Health, which have not been validated by an external neutral party (while various UN agencies cite these figures in their publications, they do not appear to have independently verified them). Israel is likewise unable to verify these figures").

<sup>43</sup> ראו למשל, עמיחי כהן, אליאב ליבליך ויובל שני "גילוי דעת: צעדת השיבה" המכון הישראלי לדמוקרטיה 30.3.2018 [www.idi.org.il/articles/22156](http://www.idi.org.il/articles/22156); ראו והשוו גם איל בנבנישתי "אל תירו במפגינים הפלסטינים בגבול עזה" הארץ 13.6.2018 [www.haaretz.co.il/opinions/](http://www.haaretz.co.il/opinions/) premium-1.6173951 ("הוראות הפתיחה באש מתירות ירי לעבר מפגינים פלסטינים בקרבת הגבול עם רצועת עזה. גם אם הם אינם מתקרבים לגדר ואינם מסכנים אותה, מותר לכון לרגליהם ולירות. כך עולה מתשובת המדינה לבג"ץ. ההוראות הללו מבוססות על תזה משפטית חדשה ונועזת, שקוראת תיגר על המשפט הבינלאומי ועל פסיקת בג"ץ בעבר").

הייתה כי הוראות הפתיחה באש, כפי שהן השתמעו מפרסומים בתקשורת<sup>43</sup> (אשר את חלקם המדינה לא הכחישה), התיירו לחיילים לירות על מפגינים אף אם הם אישית אינם מסכנים חיים באופן ממשי ומיידי. בפרט, כך נטען, הוראות אלה מתירות ירי לעבר "מפרי סדר מרכזיים" או "מסיתים מרכזיים", מבלי שהם עצמם מהווים איום מיידי באותה עת. לטענת העותרים, ירי כזה אסור על פי דיני אכיפת החוק כפי שהם מוסדרים בדיני זכויות האדם הבינלאומיים ובמשפט הפנימי הישראלי.<sup>44</sup> העותרים ביקשו להפריך – לפחות כנקודת מוצא – בין ההפגנות לבין מעשי האיבה המתרחשים במסגרת העימות המזוין ברצועה. לטענתם, אף אם ישנם אירועים אלימים במסגרת ההפגנות, ואף אם חלק מהמשתתפים משתייכים פורמלית לחמאס או לארגונים אחרים, הרי אין בכך בפני עצמו כדי לשנות את אופיין האזרחי ואת המסגרת המשפטית המסדירה את ההתמודדות עימן.<sup>45</sup> להבהרת הדברים יצוין, כי המושג "אזרחי" בהקשר זה אין פירושו בהכרח לא-אלים. המונח כפי שהובא בעתירה מכוון לקטגוריה המשפטית של "אזרחים" תחת המשפט ההומניטרי – קרי, אנשים הזכאים להגנה מפני תקיפה על פי דיני הלחימה.<sup>46</sup> אל מול הפגנות אזרחיות כמו כן, טענו העותרים, יש להחיל את דיני זכויות האדם הבינלאומיים, ובמסגרתם – בכל הקשור לשימוש בכוח – יש לפעול לאור פרדיגמת אכיפת החוק אשר בכללי האו"ם בדבר שימוש בכוח על-ידי סוכנויות אכיפת חוק, 1990 (להלן: כללי הוואנה). כללים אלה קובעים, ככלל, כי כוח שכזה מותר רק אל מול איום מיידי וקונקרטי על החיים, ולפיכך אינו יכול להיות מופעל נגד "מפרי סדר מרכזיים" או "מסיתים מרכזיים" אשר הם אישית אינם מהווים איום שכזה.<sup>47</sup> המדינה טענה מנגד, כי ההפגנות מתרחשות כחלק מן העימות המזוין שבין ישראל לבין ארגון חמאס. בהקשר זה הייתה העמדה העקבית של המדינה, כי מעבר לאימים הישירים שנובעים מאלימות שנקטו מפגינים ספציפיים באזור הגדר, הרי תכלית ההפגנות – כפעולה קולקטיבית – נועדה לאפשר פגיעה בחיילים וביישובים ישראלים בידי ההמון או לשמש מחסה לפעולות צבאיות של חמאס ושל ארגונים אחרים;<sup>48</sup> לכן לטענת המדינה, המסגרת הנורמטיבית המסדירה את הפתיחה באש בהפגנות הללו נובעת מדיני הלחימה ולא מדיני זכויות האדם. כדי להבהיר נקודה זו יש לציין, כי ההעדפה להסתמך על דיני הלחימה עשויה לנבוע מתפיסה ולפיה ככלל דיני הלחימה מרחיבים יותר מדיני זכויות האדם בכל

43 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 13-17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (טענות העותרים).

44 שם, פס' 17; פס' 96-97 לכתב העתירה שבתיק בית המשפט של בג"ץ 3003/18 יש דין מתנרבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (להלן: תיק בית המשפט בפרשת יש דין).

45 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 18, 33-34.

46 ראו הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 4, ס' 48-51.

47 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (טענות הצדדים).

ראוי להבחין בין הקטגוריות הללו, אף שככלל הן מובאות יחדיו. נראה, כי "מפר סדר מרכזי" יכול תיאורטית לכלול גם אדם שמהווה בעצמו איום מיידי על חיים וגם אדם שאינו מהווה איום כזה. "מסית מרכזי" מנגד, מעצם ההגדרה אינו יכול להוות איום מיידי בפני עצמו, משום שהוא משפיע על אחרים לעשות דבר מה. מאמר זה אינו עוסק כאמור במצבים שבהם ברור כי אדם מהווה איום בעצמו, אלא במצבים האחרים, אשר גם הם נופלים לגרר ההגדרות הללו.

48 שם, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (טענות הצדדים).

הנוגע לשימוש בכוח, בין אם במישור הפוליטי, התיאורטי או הדוקטרינרי.<sup>49</sup> אם כן, תחת דיני הלחימה עצמם, כך על פי המדינה, ישנן שתי "פרדיגמות" שונות המסדירות פתיחה באש: כאשר ענייננו בלחימה אקטיבית, תחול "פרדיגמת פעולות האיבה";<sup>50</sup> מנגד, כאשר לאירועים הדרושים פעולות לשמירת הסדר הציבורי והביטחון אך אינם מהווים חלק מן הלחימה הפעילה, תחול פרדיגמת אכיפת החוק הנובעת מדיני הלחימה. לטענת המדינה, במסגרת אירועי הגדר מתערבכות הפרדיגמות זו בזו, וברירת המחדל היא כי הפעלת הכוח חוסה תחת פרדיגמת אכיפת החוק מדיני הלחימה. ואולם כאשר אדם מסוים משתתף בפעולת איבה – קרי, בלחימה אקטיבית – ההנחה מתהפכת, וכלפי אותו אדם מופעלת פרדיגמת פעולות האיבה.<sup>51</sup> על תוכנה של פרדיגמת אכיפת החוק שתחת דיני הלחימה, בעיני המדינה, אעמוד בפירוט בהמשך. מה שחשוב הוא שעל פיה מותר – כמוצא אחרון, לטענת המדינה – לבצע ירי בעל פוטנציאל קטלני נגד "מפר סדר מרכזי" ו"מסית מרכזי".<sup>52</sup> הרציונל לכך על פי המדינה הוא כי ההפגנות, כפעולה קולקטיבית, יוצרות איום מידי על חיי חיילים ואזרחים בקרבת הגדר, וכי פגיעה באדם אשר תורם לאיום קולקטיבי זה עשויה לסכל את האיום, תוך הימנעות משימוש בכוח נגד ההמון עצמו.<sup>53</sup> במאמר מוסגר יצוין, שעיקר המחלוקת המשפטית אינו טמון בשאלת חוקיות השימוש בכוח במצבים של אלימות ישירה בידי פרטים, אלא במצבים שבהם אדם תורם לכאורה לאיום קולקטיבי, אשר מטבע הדברים הוא מרוחק יותר על ציר הזמן, המרחב והסיביות.

בחוות הדעת העיקרית עמד המשנה לנשיאה מלצר על כך, שמאז ההתנתקות אין לישראל "שליטה אפקטיבית" בעזה, ושכין ישראל וארגונים פלסטיניים בעזה מתנהל עימות מזוין מתמשך, הכפוף לדיני הלחימה.<sup>54</sup> לאחר מכן הוא קיבל את עמדת המדינה, שלפיה דיני

49 לדיון תיאורטי בנושא זה, ראו Eliav Lieblich, *The Facilitative Function of Jus in Bello*, 30 Eur. J. Int'l L. 321 (2019).

50 פרדיגמת פעולות האיבה מתאפיינת בין היתר בכך, שהיא מאפשרת הרג של מי שנופל לקטגוריות משפטיות מסוימות, אף אם הוא אינו מהווה איום מידיי במובן שבו המונח מוכר בדיני ההגנה העצמית שבמשפט הפלילי. כך, פרדיגמה זו מתירה תקיפה של לוחמים, של חברים בקבוצות מזוינות ושל אזרחים שמשותפים ישירות במעשי איבה בסיטואציות רחבות הרבה יותר ממצבים שבהם הייתה זכות להגנה עצמית במשפט הפלילי. כמו כן פרדיגמה זו מכירה בחוקיותו של נזק אגבי לאזרחים כל עוד הוא מידתי ביחס ליתרון צבאי קונקרטי וישיר. ראו דוח הפרדיגמות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 8-9.

51 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 20, 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

52 שם, פס' 26, 50.

53 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 85.

54 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 38, 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. הדברים הללו נועדו להבהיר, כי לדידו של בית המשפט ישראל אינה כוח כובש בעזה, אשר כפוף לחובות הפוזיטיביות הנובעות מדיני הכיבוש שבמשפט הבינלאומי. ראו ככלל: Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 68-107 (2012). ואולם ישנה מחלוקת גדולה בשאלה, אם ניתן לומר שלישאל אין שליטה בעזה. כך למשל, יורם דינשטיין טען לאחרונה כי כיבושה של עזה מעולם לא הסתיים. ראו: Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 297 (2019). ראו גם את עמדתו של אייל גרוס, שלפיה ישראל מחויבת כלפי עזה

הלחימה עצמם כוללים במסגרתם שתי פרדיגמות – האחת של פעולות איבה והאחרת של אכיפת חוק. המשנה לנשיאה סבר, כי שתי הפרדיגמות עשויות להיות רלוונטיות בכל עת, וכי את הפרדיגמה הישימה במקרה ספציפי יש לבחון לפי נסיבות המקרה – אם הוא חלק מפעולות האיבה אם לאו.<sup>55</sup> מבחינת תוכנה של פרדיגמת אכיפת החוק של דיני הלחימה, בית המשפט קיבל את התזה של המדינה כי איום קולקטיבי אשר נובע מקבוצה עשוי להצדיק ירי נגד מי שלכאורה תורם לאיום זה, אף אם הוא אינו מהווה איום מידי בפני עצמו. בהתאם קבע המשנה לנשיאה, כי

“ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות, דהיינו ניתן לעשות כן רק בנסיבות שבהן ישנה סכנה ממשית לחיים, או לשלמות הגוף. סכנה כזו עלולה לנבוע מפעולתו של אדם בודד, או מפעולה המונית.”<sup>56</sup>

בקובעו כך הסתמך המשנה לנשיאה בעיקר על פרשת אל-מסרי, שעניינה היה ניסיונם של מפגינים לחצות את גבול לבנון-ישראל במסגרת אירועי “יום הנכבה” בשנת 2011.<sup>57</sup> בכל הקשור לדין הבינלאומי, כפי שאעמוד על כך בהמשך, ההכרעה באשר למסגרת המשפטית הרלוונטית (ותוכנה) בוססה רובה ככולה על עמדת המדינה כפי שהיא. מעבר לכך, את קיומה של פרדיגמת אכיפת חוק תחת דיני הלחימה שאב המשנה לנשיאה בעיקר מפרשנות דברים שנאמרו ברוח טירקל.<sup>58</sup> בקביעת תוכנה של הפרדיגמה, ובעיקר באשר להיתר לפגוע ב“מסית מרכזי”, ניתן משקל רב לדוגמה ממדריך צבאי אמריקני.<sup>59</sup> את תקפותם של כללי הוואנה בהקשר של האירועים דחה המשנה לנשיאה באומרו, כי על פני הדברים כללים אלו

---

בחובות מכוח דיני הכיבוש בהתאם לפונקציות הממשלתיות שבהן היא מחזיקה בפועל: Gross, לעיל ה"ש 12, בעמ' 204. כן ראו את מאמריהם של אייל גרוס ושל האלה ח'ורי-בשאר את בגיליון זה: אייל גרוס “שלט חוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית” עיוני משפט מג 375 (2020); ח'ורי-בשאר את, לעיל ה"ש 27.

55 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 39-40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

56 שם, פס' 40 (ההדגשה הוספה).

57 במסגרתה נקבע, כי ניתן לבצע ירי כמוצא אחרון לעבר מי שניסה לפרוץ את גדר הגבול ובכך, על פי בית המשפט, יצר “סכנה מוחשית לחדירת מפגעים ממדינת אויב לשטח המדינה באזור הסמוך לישובים ישראלים”. פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, בהסתמך על בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 18.7.2017).

58 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. המשנה לנשיאה הסתמך שם ישירות על דברי המדינה בקובעו, כי “אף שפרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה איננה מוסדרת בהרחבה במקורות כתובים, ניתן למצוא לה סימוכין באמנות שונות (ראו, למשל, סעיף 42 לאמנת ז'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה משנת 1949, ותקנה 43 לתקנות האג הנספחות לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר דיני הלחימה ביבשה משנת 1907)”. ואולם יצוין כבר עתה, שעיון בסעיפים אלה מגלה כי הם עוסקים בסוגיות שונות בתכלית.

59 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

אינם רלוונטיים אליהם משום שאופי האירועים שונה "מהפגנות סתם, וממחאה 'אזרחית' רגילה".<sup>60</sup>

ואכן, עובדתית קבע המשנה לנשיאה כי בנסיבות העניין "ובהתקרבן של הפרות הסדר האלימות והכרוך בה למכשול הביטחוני – אין לשלול את טענת המשיבים כי נוצרת לפקדים סכנת חיים ממשית ומיידית לכוחות צה"ל וכן לאזרחי ישראל בישובי עוטף עזה".<sup>61</sup> הוא קיבל לחלוטין את עמדת המדינה (בעיקר על בסיס תצהירו של האלוף ניצן אלון ולפיו רבים מההרוגים הם פעילי הזרועות הצבאיות של ארגונים פלסטיניים), שלפיה אין מדובר במחאה עממית אלא בהפרות סדר שאורגנו, תואמו והוכוונו בידי חמאס, וכי הפרות סדר אלו יצרו סכנה ממשית וקרובה לחייהם ולשלמות גופם של כוחות הביטחון ושל תושבי ישראל.<sup>62</sup> את גרסת העותרים דחה המשנה לנשיאה כחוטאת, "בלשון המעטה, למציאות הדברים".<sup>63</sup> לאור כל הדברים האלה קבע המשנה לנשיאה מלצר כי הוראות הפתיחה באש עומדות באמות המידה הנדרשות, ואילו לא מתפקידו של בית המשפט הוא להתערב בנוגע לאופן היישום של ההוראות בזמן אמת.<sup>64</sup> יצוין כי הנשיאה חיות הסתייגה בחוות דעתה מן הקטגוריה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" באומרה, כי הקטגוריה "לא עוגנה" בדין הבינלאומי. עם זאת הוסיפה הנשיאה מיד, כי הדברים נאמרים "בזהירות המתבקשת" משום שלא התאפשר לבית המשפט לבחון במעמד צד אחד את החומר המודיעיני הרלוונטי,<sup>65</sup> וכי ייתכנו מקרים שבחינה בדיעבד תוכל להצדיק שימוש באש חיה במקרים שכאלה, "בהינתן מכלול הנתונים העובדתיים שיוצגו באשר למידת מעורבותם והסכנה שנבעה מהם".<sup>66</sup> יצוין עוד כי העותרים טענו בהקשר זה, שמספר הנפגעים הגדול באירועים הוא אינדיקציה לאי-חוקיות התנהלותם של כוחות הביטחון. כל חברי ההרכב דחו דברים אלה, בין משום

60 שם, פס' 53.

61 שם, פס' 52.

62 שם, פס' 54.

63 שם, פס' 55.

64 שם, פס' 61, 64.

65 שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות. בהקשר זה הביעו השופטים את מורת רוחם מכך שהעותרים סירבו לאפשר להם לעיין בהוראות הפתיחה באש במעמד צד אחד. ראו גם שם, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פס' 62 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר; פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל. להשלמת התמונה, עיון בפרוטוקול הדיון מגלה כי העותרים היו נכונים לאפשר לבית המשפט לעיין בהוראות במעמד צד אחד, אך סירובם לכסוף נבע מכך שנוסף להוראות הפתיחה באש ביקשה המדינה להציג במעמד צד אחד גם חומר מודיעיני. לטעמם של העותרים היה נדרש לעיין בהוראות הפתיחה באש בנפרד כ"מסמך נורמטיבי", במובן זה שההוראות הקבועות בו עלולות להיות בלתי-חוקית אף ללא קשר למידע מודיעיני ספציפי. מנגד סבר בית המשפט שיש לאפשר לו לעיין בכל החומר, הנורמטיבי כמו העובדתי. ראו בעמ' 4-2, 17 לפרוטוקול הדיון מיום 30.4.2018. בתיק בית המשפט בפרשת יש דין, לעיל ה"ש 44. 66 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

שמדובר בטענה בדבר יישום ההוראות, שלא היה ביכולתו של בית המשפט לבחון,<sup>67</sup> ובין משום שלדירם מספר הנפגעים לברו אינו מספק את התמונה המלאה.<sup>68</sup>

#### ד. הדין החל: תחולת דיני זכויות האדם ופרדיגמת אכיפת החוק תחת דיני הלחימה

בחוות הדעת העיקרית נקבע כאמור כי אירועי הגדר חוסים תחת "פרדיגמת אכיפת החוק של דיני הלחימה".<sup>69</sup> כדי להגיע למסקנה זו, יש צורך להכריע תחילה בשאלה אם דיני זכויות האדם הבינלאומיים חלים באשר לאירועי הגדר; שכן אם התשובה על כך חיובית, הרי על פניו ההתנהלות באירועים תהיה כפופה לפרדיגמת אכיפת החוק של דיני זכויות האדם. ואולם נראה כי בית המשפט ביכר שלא להתייחס לשאלה זו ישירות. מן ההכרעה בחוות הדעת העיקרית עולה במשתמע, כי דינים אלו אינם חלים בענייננו. בחוות דעתם של הנשיאה ושל השופט הנדל, שהצטרף גם להנמקתו של המשנה לנשיאה, אין התייחסות לשאלה זו כלל.

כדי לרדת לשורשו של עניין זה ובטרם אשוב לפסק הדין נדרשים כמה דברי הקדמה. אחת משאלות היסוד בדין הבינלאומי המודרני עניינה היחס שבין דיני הלחימה לבין דיני זכויות האדם. השאלה הבסיסית היא אם – ואם כן באיזה אופן – חלים דיני זכויות האדם בעת עימות מזוין לצד דיני הלחימה. רבות נכתב על שאלה זו בספרות. רובה ככולה תומכת בעמדה כי ישנה תחולה מקבילה של הדינים, וכי הסוגיה העיקרית הנותרת היא באיזה אופן יש ליישם תחולה זו.<sup>70</sup> הסוגיה זכתה להתייחסותו של בית המשפט הבינלאומי לצדק בהאג (ה-ICJ), אשר חיווה את דעתו שככלל דיני זכויות האדם ממשיכים לחול בעת עימות מזוין, ושהיחס בין הנורמות הספציפיות תלוי בנסיבות העניין.<sup>71</sup> השאלה עלתה אף בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, אשר עמד על היחס המשלים בין הדינים הללו,<sup>72</sup> וכן בהערה כללית חדשה שפרסמה ועדת זכויות האדם (Human Rights Committee) בדבר

67 שם, פס' 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

68 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

69 שם, פס' 39-40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (ההדגשה הוספה).

70 Noam Lubell, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, 87 INT'L. REV. RED. CROSS 737 (2005); Cordula Droegge, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, 90 INT'L. REV. RED. CROSS 501 (2008); Oona A. Hathaway et al., *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 96 MINN. L. REV. 1883, 1883-1886, 1891-1912 (2012). סוגיה מקבילה, במידת מה, עניינה התחולה האקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם. בשל קוצר היריעה לא אעסוק בסוגיה זו כאן.

71 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 §§ 24-25 (July 8); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 §§ 102-112 (July 9) (להלן: עניין חומת ההפרדה).

72 ראו למשל (Hassan v. United Kingdom, App. No. 29750/09, Eur. Ct. H.R. (2014)).



פרשנותה של הזכות לחיים, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (להלן: "ICCPR").<sup>73</sup> בהערה כללית זו נכתב, כי כמו האמנה כולה הזכות לחיים ממשיכה לחול בעת עימות מזוין. אומנם לפי הוועדה דיני הלחימה עשויים להיות רלוונטיים לפרשנותה של זכות זו, אך ככלל שתי מערכות הדינים – קרי, דיני זכויות האדם ודיני הלחימה – משלימות ואינן מוציאות זו את זו.<sup>74</sup>

הנושא אף זכה להתייחסותה של ועדת טירקל, אשר לגישתה היחס שבין דיני זכויות האדם ודיני הלחימה הוא יחס משלים, במובן זה שדיני זכויות האדם ממלאים "חסרים" (לאקוונת) בדיני הלחימה:

"במצבים הכרוכים בפעילויות אכיפה מסורתיות במהלך עימות מזוין, ימלא הדין הכללי של משפט זכויות האדם הבינלאומי את החסר (לאקוונת) במשפט הבינלאומי ההומניטארי. לדעת הוועדה, לא חל משטר נורמטיבי נפרד של משפט זכויות האדם הבינלאומי במקום המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אלא נורמות מסוימות של זכויות אדם חלות על מנת להשלים את החסר בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי."<sup>75</sup>

אף בית המשפט העליון התייחס בעבר לסוגיית התחולה המשותפת בקובעו, כי במקום שבו דיני הלחימה חסרים ניתן להשלים באמצעות דיני זכויות האדם.<sup>76</sup> לסיכום נקודה זו, אפשר לומר שכיום ישנה הסכמה רחבה כי דיני זכויות האדם חלים בעת עימות מזוין, בין אם במקביל לדיני הלחימה ובין אם להשלמת חסר (וכן בנוגע לתחולתם האקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם במקרים מסוימים).<sup>77</sup> כלל לא מפתיע אם כן, שוועדת החקירה של מועצת זכויות האדם בנוגע לאירועי הגדר מצאה כי דיני זכויות האדם חלים באשר להפגנות בעזה.<sup>78</sup> ואולם בפרשת יש דין טענה המדינה – ולא בפעם הראשונה – כי אירועי הגדר כלל אינם חוסים תחת דיני זכויות האדם הבינלאומיים.<sup>79</sup> במישור הדוקטרינרי הסתמכה המדינה בפעם הזו על הטענה כי ישראל היא "מתנגדת עקבית" (או "עיקשת") (persistent objector)

73 הערה פרשנית 36, לעיל ה"ש 3. יצוין כי ועדת זכויות האדם היא ועדת מומחים עצמאית, הפועלת מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. יש להבחין בינה לבין מועצת זכויות האדם (Human Rights Council) הפועלת בחסות העצרת הכללית של האו"ם. ראו גם שני "הוועדה לזכויות האדם של האו"ם והזכות לחיים" ICON-S-IL Blog 5.3.2019, והטקסט הנלווה אליה. [www.wordpress.com/2019/03/05/](https://www.wordpress.com/2019/03/05/). ראו גם להלן ה"ש 111, והטקסט הנלווה אליה.

74 הערה פרשנית 36, לעיל ה"ש 3, ס' 64.

75 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל) דין וחשבון: חלק שני פס' 14 (2013) (להלן: דוח טירקל – חלק ב).

76 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

77 באשר לתחולה אקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם, ראו למשל Al-Skeini v. United Kingdom, App. No. 55721/07 Eur. Ct. H.R. (2011).

78 דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 80-83; לעניין תחולת דיני זכויות האדם ביחסי ישראל-עזה ככלל, ראו איל בנבנישתי "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – על מידתיות במצור ארוך טווח" עיוני משפט מג 461 (2020).

79 לעמדת המדינה בנוגע לאי-תחולת דיני זכויות האדם בשטחים, ראו עניין חומת ההפרדה, לעיל ה"ש 71, פס' 110.

תחולתם של דיני זכויות האדם בעת עימות מזוין, ולפיכך דינים אלה אינם מחייבים אותה.<sup>80</sup> יצוין בהקשר זה, כי התנגדות עקבית היא טענה מוכרת בדין הבינלאומי. ככלל, דין מנהגי מחייב את כל המדינות מעצם חברותן בקהילה הבינלאומית אף ללא הסכמתן המפורשת. ואולם במסגרת טענת ההתנגדות העקבית מדינה יכולה לטעון כי דין מנהגי מסוים אינו מחייב אותה משום שהיא התנגדה אליו מלכתחילה, בטרם התגבש ככזה.<sup>81</sup> אכן, ככל שהדין הבינלאומי שואב את תוקפו מהסכמתן של מדינות (וולונטריזם), אך הגיוני הוא כי אם עולה בידי מדינה להראות כי מעולם לא הסכימה במשתמע להתפתחותו של דין מנהגי מסוים, הרי הוא לא יחייב אותה.<sup>82</sup> ואולם רף ההוכחה של התנגדות עקבית הוא גבוה, בפרט בשל הדרישות כי ההתנגדות תובע באופן שאינו משתמע לשתי פנים לפני התגבשות הדין המנהגי.<sup>83</sup> כך או כך, בענייננו ישנו מכשול תורתי בסיסי הרבה יותר העומד בפני הסתמכות המדינה על דוקטרינה זו. יש לזכור כי ענייננו במחלוקת הנוגעת להיקף תחולתן של אמנות זכויות האדם אשר ישראל היא צד להן, ובפרט בנוגע לשאלה אם הן חלות בעת עימות מזוין. ואולם התנגדות עקבית היא טענה רלוונטית באשר להתפתחות של נורמה מנהגית חדשה, לא לפרשנות תחולתן של אמנות שהמדינה חברה בהן מלכתחילה. באשר לפרשנות אמנות חלים הכללים הספציפיים הקבועים בדין הבינלאומי, שעיקרם פרשנות לשונית ותכליתית של הוראות האמנות.<sup>84</sup> אכן, אי-החלת כלל ההתנגדות העקבית על פרשנות אמנות אינה אך מתבקשת מהדין הפוזיטיבי, אלא אף מתיישבת עם ההיגיון. אילו יחול כלל ההתנגדות העקבית על פרשנות אמנות, מדינה תוכל למעשה להתחמק תמיד מיישום אמנה בנסיבות ספציפיות באמצעות טענה אופורטוניסטית שהיא מתנגדת לפרשנות מסוימת אשר אינה נוחה לה. ברי כי הדבר יוביל לריקון אמנות מכל תוכן נורמטיבי. משכך, המקום להתנגדות לפרשנות מסוימת של דינים הקבועים באמנה הוא בהסתייגות או בהכרזה פרשנית אשר ניתנת מראש בעת ההצטרפות לאמנה זו.<sup>85</sup>

80 פס' 73 לתגובת המדינה בתיק בית המשפט בפרשת יש דין, לעיל ה"ש 44 (להלן: תגובת המדינה).

81 International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries* (2018), U.N. Doc. A/73/10 (2018), Conclusion 15 (להלן: "Where a State has objected to a rule of customary (I.L.C. Customary Law: international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection" JAMES A. GREEN, *THE PERSISTENT OBJECTOR RULE IN INTERNATIONAL LAW* 124-6 (2016)).

82 שם, בעמ' 152-154. על הגישה הוולונטריסטית למשפט הבינלאומי, ראו Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 AM. J. INT'L L. 413 (1983).

83 I.L.C. Customary Law, לעיל ה"ש 81, בעמ' 153.

84 ראו למשל 1155 Vienna Convention on the Law of Treaties, arts. 31-32 (May 23, 1969) U.N.T.S. 331.

85 ככלל, הסתייגויות נועדו לאפשר למדינה בעת הצטרפותה לאמנה מסוימת להגביל מראש את תחולתו של הכלל עליה. החובה להביע את ההסתייגות בעת ההצטרפות לאמנה נועדה למנוע התנהגות אופורטוניסטית בהמשך הדרך. על הסתייגויות והכרזות, ראו International Law Commission, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

ורוקן, סוגיית כפיפותם של אירועי הגדר לדיני זכויות האדם אינה אך שאלה פורמליסטית, אלא יש לה השלכות רחבות היקף. אכן, לאי-החלת זכויות האדם עשויות להיות שתי משמעויות עיקריות. במישור הפרוצדורלי, אי-החלת דיני זכויות האדם דוחקת את הפיקוח של מנגנוני זכויות האדם הבינלאומיים על פעולות המדינה בשטחים, אשר בהם חלים דיני התפיסה הלוחמתית שהם חלק מדיני הלחימה. כך למשל, הטענה בנוגע לאי-תחולת הדינים עומדת ביסוד סירובה המתמיד של המדינה להגיש לגופי זכויות האדם השונים דין וחשבון באשר למדיניותה בשטחים.<sup>86</sup> המשמעות הנוספת היא מהותית; אם ייקבע כי דיני זכויות האדם אינם חלים באשר לאירועים אלה, ייקל על המדינה לטעון לחוקיותם של כללי פתיחה באש, אשר עשויים להיות רחבים יותר מאלו אשר דיני זכויות האדם מתירים על פי התפיסה המקובלת. לנקודה האחרונה חשיבות מיוחדת: אם יתאפשר לנתק בין כללי הפתיחה באש לבין דיני זכויות האדם, הרי יהיה אפשר לפתח את כללי הפתיחה באש במנותק מדיני זכויות האדם, ובפרט במופד מהמוסדות הבינלאומיים אשר מפרשים ומיישמים אותם (מוסדות אשר נוטים לנקוט פרשנות מצמצמת יותר באשר לכוחן של מדינות לפגוע בזכויות האדם).<sup>87</sup> במצב זה תינהג המדינה מחופש רב יותר לעצב את הדין על פי האינטרסים שלה כפי שהיא תופסת אותם, ללא צורך לתת את הדעת לעמדתם של גופים רבי-צדדיים. לטווח הארוך ובכוא הזמן תנסה המדינה לטעון על בסיס פרקטיקה זו, כי התנהגותה תרמה להתפתחות דין מנהגי חדש, שהוא נוח לה.<sup>88</sup> למעשה ניתן לראות בניתוק כללי הוראת פתיחה באש מדיני זכויות האדם צעד אשר מאפשר "לוחמת משפט" אופנסיבית, קרי ניסיון אקטיבי לעצב את המשפט באופן אשר יאפשר שימוש מתירני יותר בכוח.<sup>89</sup> ואולם יש לזכור, שכשענייננו בסוגיות המשפיעות

86 ראו למשל את עמדת ישראל בפני ועדת זכויות האדם: United Nations Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee, Israel*, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, para. 1, 5 (Sep. 3, 2010). ככלל, לטענת ישראל דיני זכויות האדם אינם חלים בשטחים הן משום שהשטחים הם מחוץ לטריטוריה שלה והן משום שתחולת הדין ההומניטרי בהם שוללת את תחולתם של דיני זכויות האדם.

87 ראו בהקשר זה David Luban, *Military Necessity and the Cultures of Military Law*, 26 *LEIDEN J. INT'L. L.* 315 (2013). דינמיקה זו נכונה בנוגע לדיני זכויות האדם כמו גם לדיני השימוש בכוח. ראו Monica Hakimi & Jacob Katz Cogan, *The Two Codes on the Use of Force*, 27 *EUR. J. INT'L. L.* 257, 257-265, 269-273 (2016).

88 הדבר נכון במיוחד אם תתקבל הטענה, כי הפרקטיקה של מדינות "מושפעות במיוחד" נהנית ממשקל גדול יותר בפיתוח הדין המנהגי. לפי טענה זו, בעת בחינת הפרקטיקה המדינית לעניין השאלה אם התגבש דין מנהגי מסוים, יש לתת משקל גדול לפרקטיקה של המדינות המעורבות במיוחד בפעילות הספציפית. ראו I.L.C. Customary Law, לעיל ה"ש 81, בעמ' 137-136. השוו גם Kevin Jon Heller, *Specially-Affected States and the Formation of Custom*, 112 *AM. J. INT'L L.* 191 (2018). לדינמיקה של ניסיון לפתח את הדין המנהגי תוך שינוי הסטטוס קוו המשפטי בפרקטיקה הישראלית, ראו Amos Barshad, *Extraordinary Measures*, *THE INTERCEPT* (Oct. 7, 2018) <https://theintercept.com/2018/10/07/israel-palestine-us-drone-strikes/>.

89 Craig Martin, *What Are the Limits on Lawfare?*, *OPINIO JURIS* (May 5, 2019) <http://opiniojuris.org/2019/05/05/what-are-the-limits-on-lawfare/>

על זכויות אדם, ישנה סכנה מיוחדת בניתוקם של פרטים ממשטר זכויות האדם הבינלאומי, משום שהדבר עלול לסייע ביצירת "חורים שחורים משפטיים", שבהם הפרט יהיה כפוף לחלוטין לרצונה של המדינה.<sup>90</sup> זאת ועוד, לטווח הארוך יצירת חורים שחורים שכאלה כלפי חוץ אף עשויה לכרסם בשלטון החוק ובערכי זכויות אדם כלפי פנים.<sup>91</sup>

ואכן, האמור בתגובת המדינה לעתירה מחזק את הסברה שלעיל, כי ביסוד עמדת המדינה בנוגע לאי־תחולתם של דיני זכויות האדם בענייננו עומד הרצון להותיר בידה שיקול דעת נרחב. לא בכדי טענה המדינה כי אומנם פרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה שואבת "השראה מסוימת" מדיני זכויות האדם, אך היא אינה זהה להם; לא בכדי היא טענה כי היא מתירה "לכל הפחות" את מה שמתירים דיני זכויות האדם, וכי בנוגע לאירועים בעזה, "לא ניתן ליישם... את כללי אכיפת החוק שבדיני זכויות האדם כמות שהם".<sup>92</sup> ברי כי הדברים הללו באים לפתוח צוהר לכללי פתיחה באש מתירניים יותר מאלו הקבועים בדיני זכויות האדם. ואכן, כפי שנראה בהמשך, תוכנה של פרדיגמת אכיפת החוק שהציעה המדינה נמצאת במתח ניכר עם הנחות היסוד של דיני זכויות האדם.

ואולם דילמה עקרונית זו לא מצאה ביטוי בפסק הדין. בית המשפט לא התייחס מהותית לשאלת תחולתם של דיני זכויות האדם בענייננו – לא לטענות הצדדים בסוגיה, לא לפסיקה ולספרות הבינלאומית ואף לא לפסיקתו הקודמת בעניין זה. למעשה המשנה לנשיאה מלצר קיבל במשתמע את עמדתה של המדינה, שלפיה דיני זכויות האדם אינם חלים בענייננו, בכך שהסכים – ללא דיון מהותי – כי אירועי הגדר חוסים דווקא תחת פרדיגמת אכיפת חוק הקיימת לכאורה במסגרת דיני הלחימה. בדומה לכך, לא נערך בפסק הדין דיון מהותי באשר לעצם קיומה של פרדיגמת אכיפת חוק במסגרת דיני הלחימה, בהנחה שדיני זכויות האדם אכן לא חלים. כפי שמציין יהלי שרשבסקי, בית המשפט קיבל את עמדתה של המדינה בנושא זה כלשונה כמעט, ולא הסתמך על מקורות מעבר לדברים האמורים בעמדתה של המדינה.<sup>93</sup> קבלת עמדת המדינה באשר לעצם קיומה של פרדיגמת אכיפת חוק מיוחדת במסגרת דיני הלחימה, ללא עמידה על הקושי שבכך מעוררת שאלות כבדות משקל. באמנות המסדירות את דיני הלחימה אין כל התייחסות ישירה לשימוש בכוח במסגרת פעולות אכיפת חוק, ואף אי־אפשר למצוא ביסוס מובהק לרעיון זה בדיני הלחימה המנהגיים. אכן, נראה שהמדינה עצמה הייתה מודעת לחדשנות שבטענתה בציינה, כי "פרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה אינה מוסדרת בהרחבה במקורות כתובים".<sup>94</sup> זאת ועוד, כתימוכין לטענתה הפנתה המדינה

90 לניתוח תיאורטי של תופעת החור השחור המשפטי, ראו Itamar Mann, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, 29 EUR. J. INT'L L. 347 (2018).

91 Martin, לעיל ה"ש 89 (Thus, even from a military and strategic perspective we ought to be extremely careful not to rush after tactical advantages that provide our adversaries with strategic victories, by engaging in conduct that does violence to the integrity of our legal systems and the rule of law").

92 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 32.

93 Shereshvsky, לעיל ה"ש 12, בעמ' 363.

94 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 31.

להוראות באמנות שאף לדבריה לא היו רלוונטיות במישורין לאירועי הגדר.<sup>95</sup> כן הפנתה המדינה – כראיה לקיומה של פרדיגמת אכיפת חוק תחת דיני הלחימה – לפסקה מתוך דוח טירקל, שזו לשונה:

”כל שימוש בכוח נבחן על פי המסגרת המשפטית החלה, שהיא כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לפי כללים אלה, על השימוש בכוח נגד אזרחים שאינם משתתפים ישירים בפעולות איבה חלות נורמות של אכיפת חוק בעוד שימוש בכוח נגד משתתפים ישירים בפעולות איבה מותר במשך אותו זמן שבו הם משתתפים בפעולות אלה.”<sup>96</sup>

דא עקא שפסקה זו היא עמומה; אי־אפשר להבין ממנה כי “נורמות של אכיפת חוק” אלו אינן נובעות מדיני זכויות האדם, אלא אפשר אף להבין את הדברים כמתייחסים לכך שגם תחת המשפט ההומניטארי מקובל כי ענייני אכיפת חוק מוסדרים על פי נורמות של זכויות אדם. לא זו אף זו, ובהמשך הדברים בחנה הוועדה את השימוש בכוח בפרשת המשט לעזה על פי דיני זכויות האדם,<sup>97</sup> ובחלק ב של הדוח קבעה הוועדה שבמצבי אכיפת חוק יחולו נורמות מדיני זכויות האדם.<sup>98</sup> אכן, בהקשר הספציפי של שימוש בכוח הגישה המקובלת על פי רוב היא כי הוא יהיה כפוף לפרדיגמת אכיפת החוק אשר נובעת מדיני זכויות האדם הבינלאומיים, אף אם הפעולות מתבצעות על רקע עימות מזוין.<sup>99</sup> הדברים מתיישבים הן עם גישתה של ועדת טירקל והן עם פסיקתו של בית המשפט בעניין הסיכולים הממוקדים, שלפיהן דיני זכויות האדם ישמשו לכל הפחות למלא חסר (לאקונה) בדיני הלחימה.<sup>100</sup> משום שמוסכם כי דיני הלחימה אינם כוללים הוראות מפורשות בעניין אכיפת חוק במצבים כגון אלה, הרי המסקנה המתבקשת היא שפרדיגמת אכיפת החוק תחת דיני זכויות האדם תמלא את החסר.

95 שם. מדובר בסעיף 42 לאמנת ג'נבה השלישית, אשר עוסק בשימוש בנשק נגד שכוי מלחמה, ובסעיף 43 לתקנות האג (1907), אשר עוסק בחובתה של מדינה כובשת להשיב את הסדר הציבורי בשטח כבוש ולשמור עליו. ואולם סעיפים אלה הם כלליים ביותר, ועל פי פסיקתו של בית המשפט העליון עצמו, במצבים כאלה יושלם המשפט ההומניטארי באמצעות דיני זכויות האדם. ראו פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4, פס' 18. לדיון נוסף בעניין זה ראו Aviv Yeini, לעיל ה"ש 12, בעמ' 461, 477-483.

96 דוח טירקל – חלק א, לעיל ה"ש 24, פס' 234.

97 שם, פס' 251.

98 דוח טירקל – חלק ב, לעיל ה"ש 75, פס' 14. יצוין כי דוח טירקל אף הפנה בהרחבה באותו עניין ל"כללי הוואנה", שבעניינם קבע המשנה לנשיאה כי הם "אינם רלבנטיים" לאירועי הגדר (פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 53 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר).

99 ראו למשל את עמדות רוב המומחים בדוח הפרדיגמות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 10 "The great majority of experts were however of the view that human rights law is generally applicable in armed conflict situations... Experts agreed that the conduct of hostilities and law enforcement paradigms do not constitute new legal regimes or legal frameworks, but that they rather constitute a description of different sets of norms belonging to IHL and (human rights law and applicable to the use of force in armed conflict situations)"

100 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; דוח טירקל – חלק ב, לעיל ה"ש 75, פס' 14.

בשלב זה של הדיון יש לעמוד על נקודה נוספת. כפי שלא נערך בפסק הדין דיון באשר לעצם קיומה של פרדיגמת אכיפת חוק במסגרת דיני הלחימה, לא ניתן מענה על השאלה אם פרדיגמה – ככל שהיא קיימת – יכולה להיות שונה מבחינת תוכנה מהדינים הקבועים בדיני זכויות האדם.<sup>101</sup> כך למשל, דוח האו"ם רמז כי גם אם ישנה פרדיגמה שכזו במסגרת דיני הלחימה, אין כל יסוד להניח שהיא תהיה שונה בתוכנה מדיני זכויות האדם.<sup>102</sup> אומנם זוהי שאלה תיאורטית מעניינת, אף שחשיבותה הפרקטית היא נמוכה בהינתן שהעמדה המקובלת היא שדיני זכויות האדם חלים לצד דיני הלחימה, או לכל הפחות ממלאים את החסר בדינים אלה; עם זאת זה המקום לציין, כי גם לפי הגיונם הפנימי של דיני הלחימה, יהיה קושי לומר כי ניתן לבסס על פי עקרונותיהם היתר לכצע ירי חי נגד "מפרי סדר או מסיתים מרכזיים", משום שההכרה בתזה זו כמוה כיצירה בפועל של קטגוריה חדשה של אזרחים שניתן לתקוף תחת דיני הלחימה. קטגוריה זו כוללת פרטים אשר מצד אחד אינם לוחמים בצבאות מדינתיים וכן אינם חברים בארגונים מזוינים או משתתפים ישירים במעשי איבה (שאותם, על פי המקובל, מותר לתקוף); ואולם מן הצד האחר הם אינם אזרחים מוגנים במלוא מובן המילה, משום שהם מאבדים במידת מה את ההגנה מפני תקיפה אף אם הם אינם מהווים בעצמם איום מיידי על החיים. בהיבט זה הפרדיגמה המוצעת הולכת צעד נוסף לטשטוש ההבחנה בין לוחמים לאזרחים מוגנים, מעבר לטשטוש המסוים שכבר מוכר בדין.<sup>103</sup> אפשר לסכם נקודה זו ולומר, כי בשאלת הדין החל על אירועי הגדר קיבל המשנה לנשיאה מלצר שתי הכרעות משמעותיות ללא דיון מהותי. הכרעה ראשונה היא שדיני זכויות האדם אינם חלים בענייננו; הכרעתו השנייה היא שבמסגרת דיני הלחימה ישנה פרדיגמה של אכיפת חוק, אשר על פי עמדת המדינה ניתן להבין כי תוכנה עשוי להיות שונה מתוכנם של דיני אכיפת החוק שבמסגרת דיני זכויות האדם. שתי הקביעות הללו הן בעלות חשיבות תיאורטית ומעשית רבה.

## ה. תוכן הדין: הרחבת גבולות האיום המיידי (imminent threat)

עד עתה דנתי בעיקר במסגרת הנורמטיבית אשר חלה על אירועי הגדר. בפרק זה אעסוק בתוכנה של המסגרת הזו כפי שהיא עולה מפסק הדין, קרי בהגדרת המקרים שבהם שימוש בכוח תחת פרדיגמת אכיפת החוק הנטענת יהיה מותר. נראה כי בדומה לשאלה הקודמת, אף כאן לא נערך דיון מהותי בקשיים הניכרים העולים בהקשר זה. בחוות דעתו סיכם המשנה לנשיאה מלצר את הפסיקה הישראלית בנוגע לשימוש בכוח במסגרת אכיפת חוק בקובעו, כי "שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לטובת פיזור הפרת סדר המונית שממנה נשקפת סכנה ממשית ומיידי לחיים, או לשלמות הגוף – היא מותרת

101 ראו Shereshevsky, לעיל ה"ש 12, בעמ' 364.

102 ראו דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, בפס' 100 (There is nothing that prevents the law-enforcement- under-LOAC paradigm from having exactly the same content as the law-enforcement-(under IHRL paradigm)).

103 השוו בבנישתי, לעיל ה"ש 42 (מבקר את עמדת המדינה לאור הכרסום המגולם בה בעקרון ההבחנה שבין לוחמים לאזרחים תחת דיני הלחימה); כן השוו Aviv Yeini, לעיל ה"ש 12, בעמ' 487; Shereshevsky, לעיל ה"ש 12, בעמ' 364-365.

בעיקרון, בכפוף להוכחת צורך הכרחי, ולמידתיות<sup>104</sup>. בהקשר זה של אירועי הגדר קיבל המשנה לנשיאה את עמדת המדינה, ולפיה אף תחת הדין הבינלאומי יהיה מותר לבצע כאמצעי אחרון "ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי, וזאת במטרה לאיין את הסכנה הקרובה והצפויה"<sup>105</sup>.

כפי שצוין בקצרה בהקדמה, בבחינת פסק הדין כמכלול נותרת עמימות באשר לחוקיות הירי ב"מפר סדר או מסית מרכזי", משום שהנשיאה חיות קבעה כי על פני הדברים קטגוריה זו לא עוגנה בידי המדינה בדין הבינלאומי, והיא אף עמדה על כך שאי־אפשר ללמוד מפרשת אלמסרי על חוקיותה של קטגוריה זו.<sup>106</sup> ואולם הנשיאה הוסיפה כי הדברים נאמרים ב"זהירות המתבקשת", משום שלא התאפשר לבית המשפט לבחון את הוראות הפתיחה באש במעמד צד אחד ולקבל הסברים על מאפייניה של קטגוריה זו.<sup>107</sup> עוד הוסיפה הנשיאה בהקשר זה, כי בבחינה "בדיעבד" של מקרים קונקרטיים של שימוש באש חיה עשוי להימצא שהייתה לכך הצדקה "בהינתן מכלול הנתונים העובדתיים שיוצגו באשר למידת מעורבותם והסכנה שנבעה מהם"<sup>108</sup>. על העמימות שבדברים אלה יש להוסיף, כי השופט הנדל בחוות דעתו הסכים גם "לעיקר דבריו המקיפים" של המשנה לנשיאה וגם "באופן מלא" לדבריה של הנשיאה חיות.<sup>109</sup>

דבריה של הנשיאה מעוררים כמה שאלות. כך, הנשיאה אינה מציינת את אמות המידה שיהיה על הוראות הפתיחה באש לעמוד בהן כדי שיהיה אפשר להגיע למסקנה כי הקטגוריה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" תהיה חוקית. זאת ועוד, לא ברור אם הקביעה, כי "בבחינה בדיעבד" של מקרים "קונקרטיים" עשוי להימצא כי הייתה הצדקה לשימוש באש חיה, מרמזת שנקודת המוצא היא שירי במקרים שכאלה הוא אסור וייתכן שיוצדק פרטנית בדיעבד, או שניתן לנסח מראש הוראות פתיחה באש שיתירו ירי במקרים שכאלה. לאור עמימות זו ראוי לעמוד ביתר פירוט על הקשיים שבקטגוריה זו.

בסעיפים הבאים אעמוד על קשיים אלה. תחילה אסקור את הנחות היסוד של דיני זכויות האדם, אשר דורשות בין היתר כי שימוש בכוח יעמוד בתנאים של מיידיות, של ודאות ושל אחריות אישית. לאחר מכן אטען כי הקטגוריה של "מפר סדר מרכזי ומסית מרכזי" נמצאת במתח ניכר עם הנחות אלה. לבסוף אראה כי חלק מההצדקה שניתנה לקטגוריה הזו בידי המדינה – ובפרט היותה מעין "הרע במיעוטו" ביחס לאפשרויות אחרות – מעלה קשיים ניכרים.

## 1. הנחות היסוד של דיני זכויות האדם: מיידיות, ודאות ואחריות אישית

טרם אעמוד בפירוט על הקשיים הטמונים בעמדתה של המדינה, אדון בקצרה בהנחות היסוד של דיני זכויות האדם באשר לשימוש בכוח, אף שהמדינה טענה כי דינים אלו אינם

104 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 46 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

105 שם, פס' 50.

106 שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

107 שם.

108 שם.

109 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

חלים בענייננו. חשוב לעמוד על הנחות יסוד אלה כאן משתי סיבות. סיבה ראשונה היא שלפי העמדה המקובלת פרדיגמת אכיפת החוק מוסדרת באמצעות דיני זכויות האדם. סיבה שנייה היא טענתה של המדינה – שלא זכתה להתייחסות רבה בפסק הדין – כי גם אילו חלו דיני זכויות האדם בענייננו, הרי אף הם היו מתירים לבצע ירי נגד מפרי סדר או מסיתים מרכזיים בעת הפגנה המונית אלימה.<sup>110</sup>

בהערה כללית מספר 36 משנת 2018 עמדה ועדת זכויות האדם על פרשנותה של "הזכות לחיים" תחת האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל היא צד לה.<sup>111</sup> בעוד שהערות אלה אינן מהוות דין מחייב בפני עצמן, הרי הן נהנות ממעמד רם במיוחד בבואנו לקבוע את הפרשנות הראויה של הוראות האמנה; לכל הפחות הן מקור משפטי מנחה שאין להתעלם ממנו בעת פרשנות האמנה.<sup>112</sup> כך למשל, בית המשפט האירופי לזכויות אדם התייחס בפסיקתו להערות כלליות מסוג זה מאות פעמים.<sup>113</sup> כעניין עקרוני, ראוי שכאשר צד להליך מציע פרשנות המנוגדת לעמדת הוועדה, יעבור אליו הנטל להוכיח כי זו הפרשנות הטובה ביותר. תשומת לב רבה ניתנה בהערה 36 לפרשנותו של המושג נטילת חיים "שרירותית", אשר מהווה הפרה של הזכות לחיים.<sup>114</sup> בהקשר הרלוונטי לענייננו קבעה הוועדה בין היתר, כי שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני הוא אמצעי קיצוני, אשר יש לנקוט בו אך ורק כאשר הדבר נדרש לחלוטין כדי להגן על חיים או על שלמות הגוף מפני איום מידי.<sup>115</sup> זאת ועוד, הוועדה קבעה אף כי כשענייננו בשימוש בכוח אל מול איום כזה, הרי הוא חייב להיות מכוון נגד התוקף בלבד ולא נגד אחרים.<sup>116</sup>

- 110 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 74-84.
- 111 International Covenant on Civil and Political Rights, art. 6(1) (Dec. 16, 1966) 999 U.N.T.S. 171. ס' 6(1), המעגן את הזכות לחיים, קובע כי "no one shall be arbitrarily deprived of his life". יצוין, כי הוועדה מוסמכת בידי האמנה לכתוב הערות כלליות מסוג זה (שם, ס' 40(4)).
- 112 לסקירה בדבר מעמדן של הערות כלליות, ראו Helen Keller & Leena Grover, *General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy, in UN HUMAN RIGHTS TREATY BODIES: LAW AND LEGITIMACY* 116 (Helen Keller & Geir Ulfstein eds., 2012).
- 113 רשימה חלקית ניתן למצוא ב"Document Collection: Grand Chamber, European Court of Human Rights <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22general%20comment%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D> (last visited Dec.25, 2019).
- 114 המונח "arbitrariness" בהקשר זה פורש בין היתר ככולל גם "elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability, and due process of law as well as elements of reasonableness, necessity, and proportionality". ראו הערה פרשנית 36, לעיל ה"ש 3, ס' 12. ניתן להבין מכך כי סטנדרטים עמומים, גם כאשר הם מופנים לסוכני המדינה וגם כאשר הם מתווכים לפרט, עשויים להיחשב כשרירותיים.
- 115 שם ("The use of potentially lethal forces for law enforcement purposes is an extreme measure, which should be resorted to only when strictly necessary in order to protect life or prevent serious injury for an imminent threat")
- 116 שם ("the force applied must be carefully directed only against the force"). יצוין כי הדברים נאמרים באשר ל"אדם פרטי הפועל בהגנה עצמית", אך גם באשר ל"אדם אחר אשר



בהתאם לגישתה כי דיני זכויות האדם חלים גם בעת עימות מזוין, קבעה הוועדה כי דרישות אלה חלות כלפי כל מי שעוסק באכיפת חוק, ובכלל זה חיילים.<sup>117</sup> באשר לכללים הספציפיים החלים על שימוש בכוח בעת אכיפת חוק הפנתה הוועדה בין היתר לכללי הוואנה כמשקפים את הפרשנות הראויה של הזכות לחיים.<sup>118</sup> כללי הוואנה, בהתאם, קובעים אמות מידה לשימוש בכוח ככלל, ובפרט – ובמפורש – גם אל מול הפרות סדר אלימות.<sup>119</sup> ראוי לתת את הדעת במאמר מוסגר לכך, שעצם העובדה שכללי הוואנה מתייחסים להפרות סדר אלימות מטילה ספק בכך שהיה ניתן לקבוע ללא דיון, כפי שעשה המשנה לנשיאה מלצר, כי כללים אלו אינם רלוונטיים לאירועי הגדר.<sup>120</sup>

אם כן, הדרישה כי שימוש בכוח יהיה רק במקרים של איום קונקרטי ומיידי על החיים או על שלמות הגוף משקפת שתי הנחות יסוד משתלבות: האחת, שהאיום יהיה קרוב מאוד על ציר הזמן, והשנייה, כי במישור האפיסטמי ישנה אמונה ברמת ודאות גבוהה להתממשותו.<sup>121</sup> אף שניתן לחשוב על דוגמאות תיאורטיות שבהן איום עשוי להיות ודאי מבחינה אפיסטמית אך מרוחק על ציר הזמן,<sup>122</sup> הרי מקרים אלו הם נדירים שבנדירים ומשמשים בעיקר דוגמאות קיצוניות בדיונים פילוסופיים. ככלל, ברי שרמת הוודאות עולה ככל שהאיום קרוב יותר על ציר הזמן. אפשר לומר, כי הדרישות שאיום יהיה הן מיידי על ציר הזמן והן ודאי במישור

בא להגנתו [של אדם זה]". התיבה האחרונה תופסת גם כוחות ביטחון אשר פועלים כדי להגן על אחרים (other defense).

שם, ס' 13.

שם.

United Nations Office of the High Commissioner, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, (Aug. 27 - Sep. 3, 1990), <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx>

(להלן: כללי הוואנה). כלל 9 לכללי הוואנה קובע, כי: "Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life"<sup>121</sup> "כלל 14". "In the dispersal of violent assemblies, law enforcement officials shall not use firearms only when less dangerous means are not practicable and only to the minimum extent necessary. Law enforcement officials shall not use firearms in such cases, except under the conditions stipulated in principle 9"<sup>122</sup>

פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 53 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

JAN ARNO HESSBRUEGGE, HUMAN RIGHTS AND PERSONAL SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW 139-42 (2017); דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 93-91.

ראו למשל בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999), פס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בעניין זה Shereshvsky, לעיל ה"ש 12, בעמ' 365.

האפיסטמי נועדו להבטיח ששימוש בכוח יהיה רק נגד מי שאכן מהווה איום, ולא יפגע במי שאינו כזה (false positives) או במי שאת האיום הנשקף ממנו ניתן לנטרל באמצעי אחר.<sup>123</sup> זאת ועוד, הקביעה כי בהקשרים של אכיפת חוק מותר להפעיל כוח רק נגד מי שמהווה כעצמו איום שכזה, גם היא מבוססת היטב בחשיבה של זכויות אדם.<sup>124</sup> מבחינה אתית קשה לומר, כי למעט אולי במקרים שעולים כדי "ביצוע בצוותא" של הפעולה המאיימת<sup>125</sup> מי שמסית לאיום – או אף מסייע לו בעקיפין – חשוף מוסרית (liable) לסכנת הרג רק בשל כך. מאחורי הדברים עומדות הן הנחות דאונטולוגיות, שלפיהן רק מי שבא להרוג אדם אחר (או לפגוע פגיעה חמורה בשלמות גופו) נתפס כמי שוויתר על זכותו לחיים,<sup>126</sup> והן הנחות יסוד

123 ניתן לטעון מנגד – ואני מודה לפרופ' קרצמר שהפנה את תשומת לבי לטענה אפשרית זו – שהדרישה למיידיות האיום מגלמת בתוכה את ההנחה, כי לפני שהאיום הופך מידי ישנה אפשרות למנוע את האיום באמצעים שפגיעתם פחותה, למשל באמצעות מעצרו של האדם המאיים. על פי טענה זו, המצב באירועי הגדר הוא שונה: האזור אינו תחת שליטה ישראלית מלאה, ולכן אין לישראל אפשרות להפעיל אמצעים שפגיעתם פחותה, כגון מעצר. בהתאם לכך, לפי גישה זו ייתכן שמותר לישראל, כמוצא אחרון, להשתמש באמצעים היחידים שיש ברשותה במצב דברים זה – קרי ירי. ואולם איני משוכנע כי הקושי הזה בלבד מאפשר להרחיב את קשת המצבים שבהם ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני. ראשית, הימצאותם של האנשים מאחורי המכשול היא שהופכת את האיום הנשקף מהם ללא-יודאי ברמה מספקת, בשל המגבלות האפיסטמיות המצוינות לעיל. הביקורת שטמונה בטענה הזו מניחה אם כן את המבוקש, בכך שהיא מניחה שישנו איום ודאי אך שאי-אפשר למונעו אלא בירי. שנית, אם נקבל את ההנחה כי היותו של אדם "מסית מרכזי" – כפי שצה"ל מגדיר מושג זה – אינה מהווה בגריל התנהגות שמאפשרת את נטילת חייו, כלל לא ברור מדוע הימצאותו של אותו אדם מעבר לגדר משנה מצב זה. תרגיל מחשבתי פשוט עשוי להדגים נקודה זו: נניח כי ברצועת עזה פועלים ארגוני פשע אשר מבצעים הונאות אשראי בישראל, וכי אין באפשרותה של ישראל לעוצרם מטעמים מובנים. ברי כי בהיעדר הצדקה נוספת, לא יוצדק ירי באנשים אלה רק משום שאין לנו דרך אחרת לעוצרם. יוצא שהנתון הרלוונטי מוסרית לעניין שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני הוא חומרת האיום והוודאות הנשקפת ממנו, בעוד שלהיעדר אפשרות המעצר יש חשיבות רק אם נחצה סף האיום הזה.

124 Yuval Shany, *Is Israel Justified in Shooting Protestors on Gaza Border?* FORWARD (Apr. 7, 2018) <https://forward.com/opinion/398307/is-israel-justified-in-shooting-protestors-on-gaza-border/> (המחבר מציין, כי "Outside an armed conflict situation, international law allows lethal force to be purposefully directed by security agents against individuals if and only if *such individuals* represent an imminent risk to the lives or body integrity of others" (ההרגשה הוספה); דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 377).

125 כפי שגם מוכר מהדין הפלילי, ייתכנו מקרים שבהם כמה אנשים יבצעו בצוותא פעולה המהווה איום מידי, והפעולה היא חלק אינטגרלי והכרחי מאיום כזה. כך למשל, אפשר לחשוב על סיטואציה שבה אדם מחזיק אחר כדי לאפשר לצד שלישי להורגו. במקרה שכזה ניתן לטעון שהפעולה מבוצעת יחידו. ראו עוד ADIL AHMAD HAQUE, *LAW AND MORALITY AT WAR* 57 (2017).

126 ראו למשל HELEN FROWE, *DEFENSIVE KILLING* 72 (2014) (להלן: FROWE, *DEFENSIVE KILLING*) "Attacker lacks a right against having the defensive harm inflicted upon him, because)

תוצאתניות, אשר על פיהן סטנדרט שכזה עשוי להביא בסופו של דבר להרג נרחב מאוד. זאת ועוד, כאשר ענייננו באדם שלישי שאינו מהווה בפני עצמו את האיום, אי-אפשר לומר כי מתקיימת דרישת ה"צורך" (necessity) לפגוע בו; שהרי על פניו אפשר להשתמש בכוח נגד מי שמהווה את האיום בעצמו ובזמן אמת. לפיכך קשה לומר ששימוש בכוח נגד אדם שלישי – אפילו אם אינו "חף מפשע" – הוא כאמת ובתמים אמצעי אחרון.<sup>127</sup> אכן, יש להורות כי אתגר מסוים לעמדה זו ניתן למצוא בהגדרתה של הזכות לחיים, כפי שהיא מעוגנת בסעיף 2(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>128</sup> בשל חשיבות הדבר אביא את הסעיף כלשונו:

"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."

מבט חטוף בסעיף מגלה, כי בעוד שסעיף 6 ל-ICCPR אוסר על נטילת חיים "שרירותית", סעיף 2(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם נוקט גישה אחרת: בסעיף זה ישנה רשימה של שלושה מקרים שבהם נטילת חיים לא תיחשב הפרה של הזכות לחיים. בעוד שהמקרה המנוי בסעיף 2(a) עניינו הגנה עצמית (או הגנה של אחרים) במובנה הקלאסי, סעיפים קטנים (b) ו-(c) עשויים להיקרא כמאפשרים שימוש בכוח במצבים רחבים יותר, שאינם הגנתיים במובן הצר.

ואולם עיון מעמיק יותר מגלה, שהרציונל שמאחורי סעיפים אלה הוא אכן הגנתי בעיקרו, ולכן כפוף בסופו של דבר לאותם עקרונות כלליים החלים על הפעלת כוח הגנתי. כך, סעיף 2(2) רישה קובע כי כל שימוש בכוח צריך שלא לעלות על הנדרש לחלוטין בנסיבות העניין. זוהי למעשה דרישה של מידתיות, אשר מחייבת שכוח לפי סעיפים קטנים (b) ו-(c) יופעל רק בנסיבות מצומצמות ביותר.<sup>129</sup> לפיכך, בנוגע לסעיף קטן (b), ברי כי אי-אפשר להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני נגד כל עציר המנסה לברוח, אלא רק כאשר אותו אדם מהווה איום

---

he has forfeited his usual rights against such harm as a result of behaving in a particular (way)".

.HELEN FROWE, ETHICS OF WAR AND PEACE 12-13 (2015) 127

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 128

.as amended by Protocols Nos. 11, 14, art. 2(2) (Nov. 4, 1950), E.T.S. 005

Nachova v. Bulgaria, App. No. 43577/98, Eur. Ct. H.R. § 94 (2005) ("As the text of 129  
Article 2 § 2 itself shows, the use of lethal force by police officers may be justified in certain circumstances. However, any use of force must be no more than absolutely necessary', that is to say it must be strictly proportionate in the circumstances. In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation .of life may be justified must be strictly construed")

מיידי על חיי אחרים.<sup>130</sup> ייתכן שבמקרים קיצוניים ניתן לומר כי כאשר אדם נתפס במהלך מעשה אלימות פרוע ומשולח רסן, עולה חזקה שאם יחמוק הוא ינסה מיד לשוב ולבצע את אותו מעשה או מעשה דומה. דוגמה לכך עשויה להיות טרוריסט שנתפס במהלך פיגוע, או מי שביצע ירי נגד המונים (mass shooter). אך במקרה זה ההנחה (discount) האפיסטמית שניתנת לכוחות השיטור מבוססת על איום מיידי מאותו אדם שכבר הוכח קודם לכן, ולא על ספקולציה עתידית.

סעיף קטן (c) הוא מאתגר אף יותר, משום שהוא מכניס אלמנט של איום קולקטיבי למשוואה, ולפיכך נמצא במתח עם עקרון האיום האישי. הסעיף קובע כי הרג לא יחשב הפרה של הזכות לחיים, אם הוא נגרם עקב פעולה חוקית לשם דיכוי מהומה או התקוממות. ואולם, ברי כי אין פירושו של סעיף זה כי כל הרג שנגרם במהלך דיכוי מהומות בהכרח לא יהווה הפרה של הזכות לחיים. נראה שבהתאם לעקרון המידתיות, הסעיף מתייחס אך להרג שנגרם עקב שימוש בכוח בהתמודדות עם מהומות שמהוות איום מיידי על החיים.<sup>131</sup> במסגרת המהומות האמורות, עקרון הצורך מחייב שהפעולה תכונן נגד האנשים הספציפיים אשר מהווים את האיום הזה מבין המתפרעים. לפיכך, פעולות "התקפות" נגד משתתפים בהתפרעויות שתכליתן פיזור ההתפרעות לא יהיו מותרות.<sup>132</sup> בהתאם לכך, בפרשת *Solomou* קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי סעיף זה בפני עצמו אינו פוטר את המדינה מן החובה להשתמש בכוח רק נגד מי שמאיים באופן אינדיבידואלי, אף בהקשר של התמודדות עם הפגנות שעלולות להיות אלימות.<sup>133</sup>

130 שם. ראו גם הערה פרשנית 36, לעיל ה"ש 3, פס' 12 "potentially lethal force... cannot be) used, for example, in order to prevent the escape from custody of a suspected criminal or a convict who does not pose a serious and imminent threat to the lives or bodily integrity of others"; עוד ראו, כללי הוואנה, לעיל ה"ש 119, פס' 9 "Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape" (ההדגשה הוספה).

131 כך למשל, הוועדה האירופית לזכויות אדם פסקה כי ירי כדור פלסטיק במהלך מהומה בצפון אירלנד, אשר פגע בטעות בילד והרגו, לא היה הפרה של הזכות לחיים משום שהחילים הבריטיים הותקפו בידי קבוצה אלימה של 150 איש שהמטירו עליהם אבנים ועצמים אחרים, וכי הירי כוון לאחד המתפרעים. *Kathleen Stewart v. United Kingdom*, App. No. 10044/82, Eur. Ct. H.R. §§ 20-30 (1984).

132 ראו Tom Ruys, *The Quest for an Internal Jus ad Bellum: International Law's Missing Link, Mere Distraction or Pandora's Box? Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law*, in NECESSITY AND PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY LAW (Claus Krefß & Robert Lawless eds., 2019).

133 *Solomou v. Turkey*, App. No. 36832/97, Eur. Ct. H.R. § 78 (2008) ("The Court reiterates that the use of force should be 'absolutely necessary' for pursuing one or more of the aims laid down in paragraph 2 of Article 2 and that a potential illegal or violent action from a group of persons cannot, as such, justify the immediate shooting and killing of

אכן, אין לשלול כי במקרים קיצוניים במיוחד של אלימות פרועה וכאוטית קבוצה שלמה של אנשים תיתפס כאיום מידי קולקטיבי, באופן אשר לא יהיה אפשר לדעת בוודאות מי מבין הקבוצה ינחית את "מכת המחץ". למעשה, מצב שכזה יהיה מקרה פרטי של "ביצוע בצוותא" של איום.<sup>134</sup> דוגמה אפשרית היא כאשר המון מבצע ליני' באדם מסוים, ואי־אפשר לדעת בוודאות מי מבין המשתתפים מהווה את האיום המשמעותי ביותר נגד המותקף באותו רגע ומי ינחית עליו את מכת המוות. בהחלט ייתכן שהסעיף מכוון גם למקרים כאלה. אך יודגש שאף במקרים קיצוניים מסוג זה, ההנחה חייבת להיות כי האיום הוא מידי על ציר הזמן וברמת ודאות שאינה מותירה מקום לספק באשר להתממשותו.

## 2. המתח בין שימוש בכוח נגד "מפרי סדר ומסיתים מרכזיים" לבין הנחות היסוד של דיני זכויות האדם

הסעיף הקודם עמד על הנחות היסוד המקובלות בדיני זכויות האדם, שלפיהן שימוש בכוח כפוף למבחנים של מיידיות, של ודאות ושל אחריות אישית. את גישת המדינה בנוגע לשימוש בכוח באירועי הגדר יש אם כן לקרוא לאור הנחות יסוד אלה. בשל חשיבות העניין, ראוי להביא כלשונה את עמדת המדינה באשר לתוכנה של פרדיגמת אכיפת החוק תחת דיני הלחימה:

"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: ... 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)."<sup>135</sup>

...

"בהקשר זה, המשיבים סבורים כי העותרים מקלים ראש בסכנה הממשית, הקרובה והחמורה לחיים שנשקפת מהמון מתפרע... הסכנה הנשקפת מהמון מתפרע המונה אלפי אנשים, גדולה עשרות מונים מזו הנשקפת מאדם בודד או מקבוצה קטנה של אנשים. יתרה מכך, סכנה זו הופכת מיידית בן רגע עם

WILLIAM one or more other individuals who are not themselves posing a threat") ראו גם

A. SCHABAS, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY 153 (2015).

לפרשת Solomou, שם, חשיבות מיוחדת לענייננו, משום שעניינה בהרג של מפגין קפריסאי-

יווני לא־חמוש בידי כוחות קפריסאיים־טורקיים בעת הפגנות באזור ההפרדה שבין קפריסין

לבין צפון קפריסין (קפריסין הטורקית). בית המשפט מצא, כי טורקיה הפרה את זכותו לחיים

של המפגין משום שהוא לא היווה איום באותה עת, על אף שחלק מן המפגינים האחרים היו

אלימים. יצוין מנגד, כי בפרשה זו ההרוג היה המפגין היחיד אשר חצה את קו הפסקת האש

לכיוון קפריסין הטורקית. ראו שם, פס' 76-78.

134 השוו דוח או"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 377-380.

135 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 33 (ההדגשות במקור).

הגעת ההמון ליעדו, והסרתה בשלב מאוחר זה תחייב, מבחינה מבצעית, ירי חי בהיקף נרחב אשר המשיבים מבקשים להימנע ממנו.<sup>136</sup>

עמדת המדינה, כפי שהובאה לעיל וכפי שקיבל אותה המשנה לנשיאה ללא כל הסתייגות, נמצאת במתח ניכר עם הנחות היסוד שעליהן עמדת. ראשית, עמדת המדינה כי הסכנה יכולה לנבוע מ"המון אדם" מעוררת קשיים אל מול התפיסה, שככלל כוח יכול להיות מופעל רק נגד מי שמהווה את האיום לחיים בעצמו. יש לזכור, כי לפי עמדת המדינה אדם שנופל לגדר ההגדרה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי"<sup>137</sup> יכול להיות מטרה לכוח בעל פוטנציאל קטלני לא אך בשל האיום שהוא מהווה באופן אישי, אלא בשל הנחות בנוגע לפעולות מסכנות חיים של אחרים. כאמור לעיל – ומבלי למצות את הדיון בנקודה זו – חריג לגישה זו יכול להיות כאשר איום על החיים נובע מפעולה המבוצעת בצוותא, או כאשר המון מסתער ומהווה סכנה מיידית מבלי שניתן לדעת מי מבין המסתערים ייתן את "מכת המחץ" שתהווה סכנה לחיים. ואולם בתסריטים אלה האיום הקולקטיבי הוא מידי על ציר הזמן. על פניו ספק רב אם כל מי שנופל לגדר ההגדרה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" כפי שפורסמה<sup>138</sup> יכול להיחשב אפריורית כמי שנופל לגדר קטגוריה זו, אך משום שאחרים עשויים להיות איום בהמשך הדרך.

שנית ובהמשך לכך, בעוד שבפסק הדין – כמו גם בטענות המדינה – ישנו דגש רב על כך שתנאי לשימוש בכוח הוא כי האיום יהיה "מידי", הרי ההבניה של מיידיות האיום כפי שהיא משתקפת בדברים היא נרחבת הרבה יותר מהרגיל. כך, המדינה בתגובתה הדגישה כי ירי חי עשוי להתבצע כאשר "ההערכה היא כי נדרש להשתמש בכוח באותה עת כדי להסיר את הסכנה לפני התממשותה, גם אם הסכנה עצמה טרם הפכה מיידית",<sup>139</sup> וכי הסכנה תהפוך "מיידית בן רגע עם הגעת ההמון ליעדו".<sup>140</sup> מהדברים הללו עולה כי למעשה עסקינן לא בשימוש בכוח לסיכול איום מידי, אלא בשימוש מניעתי בכוח – קרי, כוח שמטרתו מניעת איום עתידי, שלשם התממשותו דרושות כמה פעולות נוספות בזמן ובמרחב, מעבר לזו המסוכלת באמצעות הירי.<sup>141</sup> הדברים אף מתבהרים יותר כאשר מביאים בחשבון את הגדרתה של המדינה של הקטגוריה של "מפר סדר או מסית מרכזי", כפי שפורסמה לאחר מתן פסק הדין.<sup>142</sup>

136 שם, פס' 83 (ההדגשות במקור).

137 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 84.

138 שם.

139 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 33 (ההדגשה הוספה).

140 שם, פס' 83.

141 על שימוש מניעתי בכוח, ראו למשל Georg Nolte, *Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order*, 5 THEORETICAL INQ. IN LAW. 111 (2004).

142 מסמך צה"ל, לעיל ה"ש 5. כזכור, ההגדרה כוללת את הפעולות הבאות: תיאום של הנחת צמיגים והצתתם; תיאום משיכה של חלקי הגדר; הסתת ההמון; השפעה על התנהגותו; יצירת תנאים לחדירה מסיבית של אנשים לישראל; פגיעה בתשתיות הביטחון; וחיבור כבלים לתשתיות הביטחון כדי למשוך אותן.

הבעיה היסודית בשימוש מניעתי בכוח שכזה טמונה באי־הוודאות האפיסטמית כי האיום אכן ודאי, או לכל הפחות קרוב לוודאי; שכן ירי במצבים אלה לוקה במישור האפיסטמי בשני היבטים: ראשית באי־הוודאות באשר לתפקידו של האדם הספציפי בשרשרת הסיבתית אשר עלולה להוביל לאיום, ושנית באשר לעצם התממשות האיום במקרה הספציפי. כך, בעוד שהמדינה ובעקבותיה – ככל הנראה – המשנה לנשיאה אימצו את העמדה, כי פגיעה במפרי סדר מרכזיים או במסיתים מרכזיים מוצדקת משום שאילו תוכניתם תצלח יתרחש איום מידי ודאי (כך למשל, תקיפת חיילי צה"ל או הסתערות על יישובים אזרחיים הנמצאים מאות מטרים משם), הרי בזמן אמת החלטה לבצע ירי דורשת כמה הנחות אפיסטמיות באשר למה שעתידי להתרחש. כך למשל, נדרש להניח בעת ביצוע הירי כי פעולותיו של מפר הסדר המרכזי או של המסית המרכזי יובילו לפגיעה ניכרת בגדר; וכי אם כך יעשה, המון יחצה אותה, או לחלופין כי ארגונים מזוינים ינצלו זאת כדי לבצע פגיעה; שאם המון יחצה את הגדר, לא יתאפשר לעצור אותו; כי אותו המון יהווה איום מידי על חיי חיילים או אזרחים; וכי לא תהיה דרך אפקטיבית להתמודד עם איום זה בזמן אמת, כאשר הוא יהפוך למידי.<sup>143</sup> אכן, בעוד שטרחשים אלה אינם בלתי־אפשריים – ועל מדינת ישראל בהחלט להיערך אליהם – נראה שארוכה הדרך בין הנחות אלה לבין היתר לביצוע ירי חי נגד "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי", כפי שהקטגוריה הוגדרה בידי המדינה.

יש לציין, כי העמדה שלפיה ניתן לפגוע ב"מפרי סדר ומסיתים מרכזיים" במסגרת אכיפת חוק למעשה מייבאת לפרדיגמת אכיפת החוק חשיבה מתחום פרדיגמת מעשי האיבה. בעוד שפרדיגמת אכיפת החוק מניחה את קיומו של איום אישי ומידי, הרי מאפיין יסודי של פרדיגמת מעשי האיבה הוא אופייה הקולקטיבי והמניעתי.<sup>144</sup> פרדיגמת האיבה היא קולקטיבית, משום שעל פי רוב היא מניחה כי אדם מסוים מהווה איום בשל שייכותו לסטטוס משפטי כלשהו (כך למשל, לוחם בצבא מדינתו או חבר בקבוצה מזוינת), וכי בשל כך ניתן לפגוע בו.<sup>145</sup> בעוד שדוקטרינת "מפרי סדר ומסיתים מרכזיים" אינה מתיימרת לקבוע סטטוס משפטי חדש, הרי יחסה למפגינים כאל איום קבוצתי משקף חשיבה דומה. זאת ועוד, פרדיגמת מעשי האיבה היא מניעית, משום שהיא מאפשרת לפגוע במי ששייך לקבוצה

143 למהלך דומה באשר להנחות האפיסטמיות הנדרשות כדי לטעון להצדקה לענות אדם במצבים של "פצצה מתקתקת", ראו דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" **משפט וממשל** ד 161, 173 (1997).

144 על אפיון תיאורטי זה של פרדיגמת מעשי האיבה, ראו Eliav Lieblich & Adam Shinar, *The Case against Police Militarization*, 23 MICH J. RACE & L. 105, 131 (2018) ("[under the hostilities paradigm], certain categories of individuals are *a priori* threats, and therefore can be collectively neutralized – including by premeditated, proactive use of lethal force. The hostilities paradigm is thus collective, since a person becomes targetable on account of formal status. It is also preventive in the sense that status implies threat, even if the individual combatant was not threatening, in the strict sense, at the time of .attack")

145 ראו Gabriella Blum, *The Dispensable Lives of Soldiers*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 69 (2010) ראו גם בנבנישתי, לעיל ה"ש 42.

מסוימת אף אם הוא אינו מהווה איום מיידי. עמדת המדינה ולפיה ניתן לפגוע באדם בשל איום מרוחק יותר מהמקובל משקפת אף את ההיגיון הזה.

וידוגש, ייתכן שכאשר הפגנות מתרחשות על רקע עימות מזוין ומחוץ לטריטוריה המדינתית, ההבנה של מידיות האיום תהיה שונה במידת מה מזו הרלוונטית להפגנות "רגילות". כך למשל, הופעתו של אדם חמוש ברובה בהפגנה בעיתות שלום בתוך המדינה לא תהיה עילה לשימוש בכוח נגדו בהיעדר אינדיקציה כי הוא מתכוון להשתמש בנשק זה. ואולם – ומבלי לקבוע מסמרות – כאשר מצב דומה מתרחש בהקשר של עימות מזוין, הדברים עשויים להיות שונים. במילים אחרות, בהקשר של עימות מזוין הופעתו של נשק קטלני עשויה להצמיח חזקה (הניתנת לסתירה) כי ישנה כוונה להשתמש בו.<sup>146</sup> ואולם הדבר אינו דומה להנחה, כי ניתן לפגוע באדם בשל פעולותיהם של אחרים במצבים שבהם יש מרחק על ציר הזמן, המרחב והסיבתיות בין פעולותיו לבין פעולות עתידיות אלו.

### 3. על "צפיותיות" (expectabilism) ועל שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני

בהקשר זה של שימוש בכוח באופן מניעתי, יש לתת את הדעת לטענתה של המדינה – שמצאה הדים בדבריו של המשנה לנשיאה מלצר<sup>147</sup> – כי "הסרתה [של הסכנה] בשלב מאוחר... תחייב, מבחינה מבצעית, ירי חי בהיקף נרחב אשר המשיכים מבקשים להימנע ממנו".<sup>148</sup> נראה כי בטענתה זו ניסתה המדינה "לפצות" על הקשיים האפיסטמיים שהוזכרו לעיל באמצעות הצבעה על החשש, שבמועד מאוחר יותר עשויה להידרש תגובה כוחנית שתגרום נזק גדול יותר. זהו למעשה טיעון קלאסי של "הרע במיעוטו". בדומה לכך, גם אמירתה של המדינה כי "הסכנה הנשקפת מהמון מתפרע המונה אלפי אנשים, גדולה עשרות מונים מזו הנשקפת מאדם בודד או מקבוצה קטנה של אנשים"<sup>149</sup> מרמזת על התפיסה, כי בשל חומרת האיום ייתכן שמותרת "הנחה אפיסטמית" בשלב ביצוע הירי. לשון אחר, בשל הסיכוי לנזק רב שייגרם אם לא יתבצע ירי, תידרש רמת ודאות נמוכה יותר כי האדם הנורה הוא אכן חלק מהשרשרת הסיבתית שתגרום לנזק הזה. על פי גישה זו, למעשה רמת הוודאות הנדרשת לירי תתבסס על חישוב של תוחלת הנזק ולא על בסיס ידיעה ממשית.

שתי הטענות – הן בדבר "הרע במיעוטו" והן בדבר תוחלת הנזק – לוקות בקשיים. כך, העמדה כי עדיף – כעניין של "רע במיעוטו" – לבצע ירי במועד מוקדם נגד מספר מועט של אנשים על פני ירי במועד סמוך לסכנה במספר רב של אנשים היא ודאי נכונה כאשר ישנה ודאות שאותם מעטים אכן מהווים איום בעצמם. ואולם בהיעדר ודאות שכזו, אי-אפשר להסתמך על הרצון למנוע נזק שעלול להיגרם בעתיד למי שיהיה מותר לפגוע בו כעילה לבצע ירי כעת נגד מי שאין ביטחון כי הוא אכן מאיים במידה המספקת. למעשה,

146 במובן זה שאותו אדם עשוי להיחשב, לכל הפחות, כמשקף איום מיידי אשר יהיה אפשר להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני נגדו. מקרה שבו החזקה הזו ניתנת לסתירה הוא למשל כאשר הנשק הוא בידי אנשי רשויות אכיפת החוק של הצד שכנגד, הנמצאים שם כדי לשלוט בהפגנות.

147 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 52-53 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

148 תגובת המדינה, לעיל ה"ש 80, פס' 83.

149 שם.



במישור האתי הגישה המוצעת מבצעת "tradeoff" בין מי שאין ודאות שהוא חשוף מוסרית לפגיעה לבין מי שתהיה בעניינו ודאות שכוון. יש לומר את האמת: ככל שאנו מקבלים את הנחת היסוד שלפיה כוח בעל פוטנציאל קטלני מותר אך במקרה שבו אדם ויתר על זכותו לחיים,<sup>150</sup> אזי עדיף ירי במספר גדול יותר של בני אדם אשר כרוז שמותר לפגוע בהם (בשל כך שהם מאיימים באופן מיידי וודאי על חיים) מאשר הרג אפשרי של מעטים שאין ודאות שכוון באשר להם.

בדומה לכך, העמדה המרומזת שלפיה חישובי תוחלת עשויים להצדיק פגיעה במי שאין ודאות כי הוא מאיים צריכה להידחות אף היא. למעשה עמדה זו משקפת גישה לקבלת החלטות במצבי חוסר ודאות הנקראת בספרות הפילוסופית expectabilism, או – בהיעדר תרגום טוב יותר – "צפיותיות".<sup>151</sup> לגישה זו, כדי להחליט אם פעולה מסוימת ראויה במצבים של אי-ודאות, יש לערוך חישוב תוחלת המביא בחשבון את טיבן של תוצאות הפעולה (בענייננו, מניעת האיום הנשקף לחיילים ולאזרחים) ואת סיכויי התוצאות הללו (בענייננו, כי הפגיעה במפר הסדר או במסית המרכזי אכן תמנע את התממשות האיום).<sup>152</sup> על פי גישה זו, אשר ניתן למצוא לה הדים בספרות המשפטית, ככל שהאיום הנמנע בעקבות הפעולה הוא גדול – יידרש סף ודאות נמוך יותר באשר לסיכויי להתממש בטרם יאושר שימוש בכוח.<sup>153</sup> ואולם נראה שעמדה זו, אשר עשויה להיות מתקבלת על הדעת בהקשרים מסוימים,<sup>154</sup> היא פסולה כאשר ענייננו בפעולות שיש בהן נטילה פוטנציאלית של חיי אדם; שכן היא עשויה להתיר – במקרים שבהם האיום גדול לכאורה – ירי באדם אשר ברור לחלוטין כמעט שאינו מהווה איום בעצמו, אך בשל הסיכוי שבכך יימנע איום אשר אין כל ודאות שיתממש.<sup>155</sup> אימוץ גישה הצפיותיות במצבים שבהם ישנו סיכון לחיילים עשוי להוביל למדיניות של ירי מתירני ביותר.

לסיכום נקודה זו יש לציין, כי בעבר – אומנם בהקשר אחר – נידונה בבית המשפט גישה דומה. כך, בבג"ץ גלאון, בעניין איחוד המשפחות בין ישראלים לבין פלסטינים מהגדה המערבית, אימץ השופט (כתוארו אז) מלצר גישה המתכתבת עם חשיבה של צפיותיות.<sup>156</sup> בפרשה זו קבע השופט מלצר, כי עקרון "הזהירות המונעת" עשוי להצדיק איסור על איחוד משפחות בין ישראלים לבין פלסטינים.<sup>157</sup> עמדתו זכתה לכיקורת מפי הנשיאה ביניש, אשר עמדה על הסיכונים הגדולים שבאימוץ גישה זו ככלל, ובהם החשש להרחבת יתר של הפגיעה בזכויות במצב שבו ישנו סיכון וכן אי-בחינה של חלופות שפגיעתן פחותה בשל

- 150 ראו Frowe, Defensive Killing, לעיל ה"ש 126, בעמ' 72.
- 151 Haque; Derek Parfit, On What Matters 161 (2011), לעיל ה"ש 125, בעמ' 114-117.
- 152 ראו Parfit, לעיל ה"ש 151, בעמ' 117.
- 153 לתיאור ספרות זו, ראו Haque, לעיל ה"ש 125, בעמ' 109-111.
- 154 כך למשל, בבחירה בין שתי אפשרויות פעולה אשר כל אחת מהן עשויה להציל מספר מסוים של אנשים, אך ברמת סיכויים אחרת. ראו Parfit, לעיל ה"ש 151.
- 155 בשל בעיה זו Haque מציע, שלפני חישוב התוחלת ייחצה סף ידיעה אפיסטמית (reasonable belief) כי האדם אכן מהווה איום מיידי. Haque, לעיל ה"ש 125, בעמ' 114-128.
- 156 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 44 (2012). תודתי לד"ר אדם שנער על הפניית תשומת לבי לפרשה זו.
- 157 שם, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הרצון "ללכת על בטוח".<sup>158</sup> אומנם דברים אלו לא נאמרו בהקשר עובדתי דומה, אך החשש הבסיסי המובע בהם יפה ככלל גם לענייננו.

## 1. על הבניית הנרטיב ומתודולוגיה

### 1. גרסת המדינה כאמת ניטרלית

בפרקים הקודמים נטען כי בפרשת יש דין, ולכל הפחות בחוות הדעת העיקרית שבה, נתקבלה עמדתה המשפטית של המדינה ללא דיון כמעט. תוצאה זו יש להבין על רקע המסגור הנרטיבי של הפרשה בפסק הדין. במידה רבה סייע מסגור עובדתי זה לקבלת עמדתה המשפטית של המדינה כמובנת מאליה כמעט.

אכן, זה שנים רבות נוהג בית המשפט, כאשר מובאות בפניו עתירות בעניינים ביטחוניים, לפתוח את פסקי דינו בהבניית הנרטיב והקונטקסט ההיסטורי של הפרשה. הוא עושה כן בדרך כלל במסגרת הרקע העובדתי הניתן בתחילת פסק הדין. אפשר להניח, כי תכליתם של הנרטיבים הללו היא למקם את בית המשפט כמי שמכיר במורכבויות שעימן מתמודדים כוחות הביטחון וכמי ש"יושב בתוך עמו".<sup>159</sup> נראה כי מטרת הדברים כלפי פנים היא לחזק את הלגיטימציה הציבורית של בית המשפט בכואו להגביל את כוחות הביטחון, וכלפי חוץ להבנות את הרקע העובדתי באופן שיגביר את ההבנה הבינלאומית לאמצעים הביטחוניים שבית המשפט מאשר.<sup>160</sup> בעוד שאפשר להבין את השימוש בטקטיקה זו מנקודת מבט

158 שם, פס' 12-13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ("לגישתי, תפיסה לפיה, it's better to be safe than sorry המבכרת הליכה על הקו הבטוח – גם מקום בו אין קשר סיבתי ישיר בין הפעולה הנמנעת ובין התוצאות האפשריות שלה – היא גישה רחבה עד מאוד. יש בה סיכון משמעותי לא רק לפגיעה בזכויות חוקתיות, אלא גם לפגיעה בהליכי קבלת החלטות. שהרי, אם בכל מקרה עדיף להיות בטוח, אין כלל צורך לבחון חלופות שמצמצמות את הפגיעה... אולם, שומה עלינו להבטיח ששימוש בעקרונות כמו עקרון הזהירות המונעת – שמטרתם להחיל הסדרים רחבים ביותר כדי למנוע סיכון פוטנציאלי – אינם גורמים בעצמם לנזק ממשי"); ראו גם פס' נב לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("מבקש אני לנקוט לשון של 'זהירות מונעת מן הזהירות המונעת'. רוצה לומר, להזהר מזהירות יתר ומן המדרון החלקלק").

159 ראו למשל פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4, פס' 1-2; בג"ץ 7015/02 עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002), פס' 1-2. ראו גם את דבריה של הנשיאה חיות בציינה, כי "בית המשפט העליון מכיר את צורכי הביטחון של ישראל ואת המציאות הייחודית שעומתה המדינה מתמודדת. הוא איננו מבקר מרוחק ומנותק. היכרות זו מאפשרת לו להחיל את המשפט באופן המתאים ביותר לעובדות". חיות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9.

160 ראו למשל שם, בעמ' 10 "הגם שאין זו תכליתה של הביקורת השיפוטית, אחד מתוצרי הלוואי החשובים שלה הוא תרומתה ללגיטימציה הבינלאומית של ישראל. בין שבית המשפט מאשר את חוקיות הפעילות הביטחונית ובין שהוא פוסל אותה, עצם הביקורת השיפוטית מדגישה את מחויבותה של מדינת ישראל לפעול כדי, ויש בכך תרומה לביטחון הלאומי". ואכן, רבים מפסקי הדין מימי האינתיפאדה השנייה תורגמו והופצו במסגרת הקובץ של משרד החוץ. ראו Israeli Ministry of Foreign Affairs, *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law* (2005), <https://mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/law/pages/>

ריאליסטית, הגורסת כי הנרטיב העובדתי הוא הכוח המניע את ההכרעה המשפטית,<sup>161</sup> הרי קו דק מבדיל בין מתן הקשר כללי לבין הצגה עובדתית אשר למעשה מקבלת את הטענות גופן של מי מהצדדים.

לעניות דעתי, בפרשת יש דין נחצה הגבול הדק הזה. הרקע העובדתי אשר מוצג בתחילת פסק הדין משקף באופן מלא את עמדת המדינה כפי שהוגשה לבית המשפט, כאילו הייתה מקור עובדתי ניטרלי ואובייקטיבי. אכן, במידה רבה עמדה ביסודה של העתירה לא רק מחלוקת משפטית, אלא אף מחלוקת עובדתית בדבר אופיים של האירועים. קשה כאמור ליישב בין עמדת העותרים, שלפיה ההפגנות הן ביסודן אזרחיות ואוטנטיות, לבין עמדת המדינה, שלפיה ההפגנות מוכוונות ומאורגנות בידי חמאס ככסות לפעילות צבאית מאורגנת. מהכרעה בין העמדות העובדתיות האלה עשויה לצמוח אף הכרעה משפטית, ובראש ובראשונה בנוגע לשאלת אופיו והיקפו של האיום הנשקף מן האירועים. ואולם פסק הדין כבר נפתח באמירה, כי רוב האירועים "התרחשו בהכוונת ארגון הטרור חמאס"<sup>162</sup>. כמו כן, הפרופורציה שבין האירועים האלימים במסגרת ההפגנות לבין ההשתתפות הלא-אלימה של רבים, אשר עמדה במחלוקת בין הצדדים, מוצגת באופן שממנו אפשר להבין כי עיקר ההפגנות היו אלימות. כך מצוין בפסק הדין, כי השתתפו באירועים "גם" אזרחים "שאינם מעורבים בפעילות טרור"<sup>163</sup>. ניתן בנקל למצוא דוגמאות נוספות שבהן מוצגות במסגרת הרקע הכללי עובדות התומכות בגרסת המדינה,<sup>164</sup> ולמעשה מרבית התיאור העובדתי בפסק הדין חופף את תגובת המדינה לעתירה כלשונה כמעט. הצגה זו של הרקע העובדתי כאמת ניטרלית מקילה לאחר מכן לקבל את התזה המשפטית של המדינה ללא דיון נוסף כמעט.

אדגיש כי אין ככוונתי לטעון שעובדות כאלה או אחרות הן שגויות. עם זאת דומה כי כאשר עובדות אינן מוסכמות, יש להביאן במסגרת טענות הצדדים, ולאחר מכן להסביר ולנמק מדוע התקבלה גרסה כזו או אחרת. ייתכן למשל, שבית המשפט יידרש לקבל את

fighting%20terrorism%20within%20the%20law%20202-jan-2005.aspx. על הפוליטיקה של תרגומי פסקי הדין של בית המשפט העליון, ראו ADAM SHINAR, *Idealism and Realism in Israeli Constitutional Law*, in CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW 257 (Ernst Tamar Hostovsky Brandes, *The Declining Status of International Law in the Decisions of the Israeli Supreme Court Concerning the Occupied Territories*, INT'L J. CONST. L. (Forthcoming).

161 ראו BRIAN LEITER, *American Legal Realism*, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 249 (Dennis Patterson ed., 2010).

162 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

163 שם.

164 זאת ועוד, הצגת מאפייניו של המכשול הביטחוני בין ישראל לעזה עשויה להיקרא כהכנה למסקנה כי ההפגנות סביבו מהוות איום מיידי. בהקשר זה עמד המשנה לנשיאה על כך שהמכשול הוא "ברובו המוחלט מכשול פשוט יחסית וקל לחדירה" וכי הגדרה היא "רגישה לחיתוך", והוסיף כי המכשול "ממוקם מאות מטרים בלבד משורה של יישובים ישראלים ועשרות מטרים בלבד מכוחות צה"ל, ועל כן מפריצתו נשקפת – וביתר שאת כאשר מדובר בהמון מתפרע – סכנה לאזרחים ולחילים כאחד". ראו שם, פס' 7-8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

הגרסה העובדתית של המדינה מכוח חזקת התייחוס המנהלית;<sup>165</sup> אך במקרים אלה לפחות יובהר, כי ההכרעה העובדתית מתבססת על אי-הרמת נטל הראיה ולא על בסיס קבלה אפריורית של גרסה כזו או אחרת.

## 2. מתודולוגיה

זאת ועוד, חוות הדעת העיקרית לוקה בקשיים מתודולוגיים, אשר בתורם מקשים לעמוד על מהותה של ההכרעה המשפטית וטעמיה ואף על היכולת למצות ממנה כללים הצופים פני עתיד. בפרט ניתן להצביע על קשיים מתודולוגיים שכאלה בניחות כללי המשפט הבינלאומי הנדרשים לעניין. כך למשל, חוות הדעת העיקרית מדלגת בין התייחסות לתקדימיו של בית המשפט לבין אזכור נורמות של הדין הבינלאומי מבלי לעמוד על היחס שבין תקדימים אלו לבין הדין הבינלאומי.<sup>166</sup> בדומה לכך, כאשר ישנה התייחסות ישירה לדין הבינלאומי, היא נעשית מבלי להתייחס לתקדימים חשובים של בית המשפט העליון בנוגע לפרשנותו. כך למשל, חוות הדעת בהתייחסותה לכללי המשפט ההומניטרי המסדירים את הפגיעה באזרחים המשתתפים ישירות במעשי איבה מצטטת את המדריך הפרשני של הצלב האדום למושג "השתתפות ישירה במעשי איבה",<sup>167</sup> מבלי להתייחס לפסיקת בית המשפט בפרשת הסיכולים הממוקדים, אשר עסקה באותה מִטְרִיה.<sup>168</sup> עולה השאלה, אם ניתן לפיכך להסיק מההתייחסות למדריך הפרשני של הצלב האדום, שהוא שונה בהיבטים מסוימים מפסיקתו הקודמת של בית המשפט בנושא, כי בית המשפט אינו דבק עוד בהלכות הקודמות כלשונן. זאת ועוד, כללי המשפט הבינלאומי אשר זכו להתייחסות לא נותחו באופן המקובל בדין הבינלאומי, בין אם בשאלת מעמדם המשפטי ובין אם באשר לתוכנם המהותי.<sup>169</sup> יש לציין בהקשר זה, כי כאשר בית משפט מדינתי בא להכריע בשאלה של משפט בינלאומי, "הפונקציה השיפוטית" שלו אינה זהה למצבים שבהם הוא פוסק בשאלות של דין פנימי. בשאלה של דין פנימי, בית המשפט עשוי לפתח את הדין על פי גישות פרשניות של המשפט המקובל או לפי כל גישה פרשנית אחרת הנהוגה בשיטת המשפט המדינתית. מנגד, כשבאה בפניו סוגיה של דין בינלאומי, עליו להביא בחשבון את אופיו הרב-צדדי של דין זה, אשר מגביל את יכולתה של המדינה ושל בית המשפט כאורגן מדינתי לפתחו באופן חד-צדדי.<sup>170</sup>

165 שם, פס' 62 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

166 ראו למשל שם, פס' 41-47 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

167 ראו MELZER, לעיל ה"ש 4.

168 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4.

169 ראו למשל, את ההתייחסות למדריך הצלב האדום בנוגע להשתתפות ישירה במעשי איבה (מבלי לעמוד על מעמדו המשפטי של המדריך), פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

170 Jones v. Saudi Arabia (2006) UKHL 26 § 63 ("The same [common law] approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. It is not for a national court to 'develop' international law by unilaterally adopting a version of that law") ראו גם Serdar Mohammed v. Secretary of State for Defence (2015) EWCA Civ 843 (Court of Appeal) § 253.

בהתאם לכך, אל מול שאלה של משפט בינלאומי יש ליישם את כללי הפרשנות המחייבים בדין זה, בסיועם של המקורות המנחים המוכרים לפרשנותו של הדין.<sup>171</sup> כך, אם נמצא למשל כי עמדת המדינה אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות זו, יש לבחון אם התפתח דין מנהגי שמתיישב עם הפרקטיקה המדוברת, בהנחה שאין מדובר בנורמה קוגנטית שאי-אפשר לסטות ממנה.<sup>172</sup> ואולם כאמור חוות הדעת העיקרית אינה נוהגת לפי המתודולוגיה הזו. כך למשל, חוות הדעת מפנה להוראות פתיחה באש של צבא ארצות הברית כדי לחזק את הקביעה שלפיה ירי ב"מסית מרכזי" מותר,<sup>173</sup> מבלי לעמוד על המשמעות הנורמטיבית של הוראות אלה לעניין ההכרעה. האם ההוראות הן פרקטיקה מדינתית לעניין פיתוח הדין הבינלאומי המנהגי? ואם כן, האם די בפרקטיקה של מדינה אחת כדי לפתחו? האם, מנגד, מדובר במשפט משווה ותו לא?<sup>174</sup> הדברים מצריכים לכל הפחות התייחסות שיטתית.

לבסוף, מדבריו של המשנה לנשיאה עולה, כי היה נדרש מהעותרים להרים את נטל ההוכחה כי יש במשפט הבינלאומי איסור על ירי נגד מי שאינו מסכן חיים באותו רגע, בעוד שהיה אפשר להניח, כי כאשר המדינה מודה שהפרדיגמה שהיא מציעה "אינה מוסדרת בהרחבה במקורות כתובים",<sup>175</sup> הרי לפחות חלק מהנטל להוכיח כי פרדיגמה זו היא חוקית יוטל עליה.<sup>176</sup> אכן, על פי חזקת התקינות המנהלית ישנה חזקה עובדתית ומשפטית כי מדינה פעלה כדין. ואולם דומה כי במצבים שבהם נטען כי ישנה פגיעה בזכויות אדם – קל וחומר בזכות לחיים – בצירוף טענות חדשניות מצד המדינה להצדקת פגיעה זו, ראוי כי הנטל יעבור למדינה להראות כי פגיעה זו היא חוקית.<sup>177</sup> ואולם לא נראה כי בחוות הדעת

171 ראו Vienna Convention on the Law of Treaties, arts. 31-32 (May 23, 1969) 1155 U.N.T.S. 331.

172 לעניין כללי זיהוי הדין המנהגי, ראו I.L.C. Customary Law, לעיל ה"ש 81.

173 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

174 זאת ועוד, עיון במסמך המדובר מגלה שהדברים נכתבו כ-"sample" בלבד, ולא ברור אם הוא מהווה מסמך משפטי מחייב כלל. Army Field Manual FM 3-19.15, Civil Disturbance Operations, 2-15 (2005) (מציין ירי צלפים נגד "leaders or troublemakers"). אני מודה ליהלי שרשבסקי על הפניית תשומת לבי לעניין זה.

175 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

176 השוו למשל את גישתו של הנשיא אהרן ברק בפרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 4, שם הוא קבע כי אין בנמצא דין בינלאומי מנהגי המכיר בקטגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים", בין היתר משום ש"לא נראה לנו כי הוצגו בפנינו נתונים מספיקים המאפשרים לנו לומר כי קטגוריה שלישית זו הוכרה, לעת הזו, במשפט הבינלאומי המנהגי". ראו שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.

177 ראו עע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי, פס' 30 (פורסם בנבו, 6.11.12) ("במקביל, זוהי חזקה הניתנת לסתירה, על מנת שלא להעמיד את האזרח בפני חומה ביורוקרטית בצורה ולא ניתנת להבקעה. על האזרח המבקש לסתור את החזקה 'לסדוק' בהנחת התקינות, על ידי כך שיצביע על בעייתיות לכאורה בפעולתה של הרשות").

העיקרית הוטל על המדינה נטל שכנוע משמעותי – הן בנוגע לקיומה של פרדיגמת אכיפת חוק תחת דיני הלחימה והן בנוגע לתוכנה.<sup>178</sup>

## סיכום

מאמר זה הצביע על הקשיים הרבים הטמונים ב"פרדיגמת אכיפת החוק של דיני הלחימה", שאותה הציעה המדינה בפרשת יש דין כאמת מידה להוראות הפתיחה באש באירועי הגדר עם עזה. קשיים אלה נובעים הן מהמקור הנורמטיבי שממנו לכאורה נובעת הפרדיגמה הזו – קרי, דיני הלחימה ולא דיני זכויות האדם – והן מתוכנה. כפי שהדגים המאמר, תוכנה של הפרדיגמה מותח עד דק את הנחות היסוד המקובלות בדיני זכויות האדם. בפרט, ההיתר לשימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני נגד מי שנופל לקטגוריה של "מפר סדר ומסית מרכזי" נמצא במתח רב עם הדרישה כי כוח כזה יופעל רק נגד מי שמהווה אישית איום מיידי וודאי. פרדיגמת אכיפת החוק היא מסגרת נורמטיבית מתחום דיני זכויות האדם, הן במישור הפורמלי והן במישור התיאורטי. במאמר זה נטען, כי ניתוקה מדינים אלו וממסגרת חשיבתית זו והחלתה כתת-קטגוריה של דיני הלחימה יוצרת עירוב קטגוריות, אשר מאפשר הבניה נרחבת מאוד של הסיטואציות שבהן ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני. כך, ההיתר לבצע ירי נגד "מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי", אף אם הוא אינו מהווה איום בפני עצמו, מאפשר למעשה להשתמש בשפה של "אכיפת חוק" באופן המכרסם לא רק בפרדיגמת אכיפת החוק המוכרת בדיני זכויות האדם, אלא אף בקטגוריות הרגילות הקבועות בדיני הלחימה עצמם. בהחלת חשיבה קולקטיבית ומניעתית כלפי פעולות של אזרחים, מהלך זה מטשטש למעשה את ההבחנה בין מי שחשוף לתקיפה ומי שמוגן מפניה.

במבט רחב ביותר פרשת יש דין מעוררת שאלות חשובות באשר למקומו של הדין הבינלאומי בפסיקתו של בית המשפט העליון בעת הנוכחית. במאמר מן העת האחרונה טוענת תמר הוסטובסקי-ברנדס, כי ניכרת ירידה בקרנו של המשפט הבינלאומי בהחלטות של בית המשפט העליון בכל הקשור לפסיקותיו בנוגע לשטחים הכבושים ובסוגיות ביטחוניות.<sup>179</sup> לטענתה, בשל השיח הציבורי הנוכחי כלפי בית המשפט וביקורת שיפוטית ככלל, בית המשפט – בהיותו הרבה פחות בטוח במעמדו בחברה הישראלית על רקע ההתקפות הקשות נגדו – ממעט להסתמך על הדין הבינלאומי, כדי לא להצטייר כקוסמופוליטי בתקופה שהשיח הציבורי בישראל נוטה בבירור לכיוון הלאומי והקולקטיביסטי.<sup>180</sup> הוסטובסקי-ברנדס ממקמת תהליך זה על רקע המגמה הפופוליסטית הכלל-עולמית, אשר מדגישה את

178 יש לציין, כי אף תחת הדין הבינלאומי אין כיום תוקף לגישה שלפיה כאשר הדין אינו אוסר דבר מה חדר-משמעותי, הרי הדבר מותר. לגישה מסורתית זו, ראו *The Case of S.S. "Lotus"* (France v. Turkey), Judgment No. 9 of 7 Sep. 1927, P.C.I.J. Reports 1928 Series A. No. 10. לתפיסה המודרנית, הרואה במדינה הריבונית גוף ציבורי שאינו בעל כוחות בלתי-מוגבלים, ראו למשל: *Serdar Mohammed v. Secretary of State for Defence* (2015) EWCA Civ 843 (Court of Appeal) § 197 ("The 'absence of prohibition equals authority' approach .has, however, been much criticised and is considered to be outdated").

179 Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 160.

180 שם.

הרצון הרובני המקומי כמקור הבלעדי ללגיטימציה פוליטית ומשפטית.<sup>181</sup> אכן יש לתהות מה הייתה התגובה הציבורית והפוליטית בעת הנוכחית לקביעה, כי על פי הדין הבינלאומי הוראות הפתיחה באש בעזה אינן חוקיות, על כל משמעויותיה של קביעה שכזו. כך או כך, יש לציין כי בפרשת יש דין אי-אפשר לומר כי בית המשפט התעלם מהדין הבינלאומי. ואולם לפחות בחוות הדעת העיקרית דומה כי הדין הבינלאומי יושם במנותק מהמתודולוגיה המקובלת בו.<sup>182</sup>

אסיים באמירה כללית על הקשר שבין מדיניות ומשפט. אין לכחד כי אירועי הגדר מעמידים בפני כוחות הביטחון אתגר קשה. מבלי לדון כאן בנרטיבים היסטוריים בנוגע לגבולות באזורנו ומשמעותם, יש לישראל אינטרס לגיטימי למנוע את פריצת מכשול הביטחון בעת הזו, ואף דוח האו"ם הכיר בכך.<sup>183</sup> ואולם במצב הנתון עולה שאלה קשה: האם בכלל ניתן למנוע פריצה שכזו מצד מי שבעינינו נדחק אל הקצה, ובר בוד לעמוד בהוראות הדין? ככל שהתשובה היא שלילית, הרי את הפתרון עשויה לספק רק המדיניות ולא הקונסטרוקציה המשפטית לבדה, הנמתחת במקרים כגון זה עד נקודת השבירה.

181 שם, בעמ' 7.

182 זו אינה מגמה חדשה. ראו למשל בג"ץ 606/78 איוב ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 785/87 עפרו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4 (1988). לסקירה כללית, ראו DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002) שם גם Shereshevsky, לעיל ה"ש 12, בעמ' 365 "A second, broader concern is that Court's increasing deference to the governments military operations policies, a trend that has emerged over the past decade that... results from the Court's growing self-identification as a domestic actor (as opposed to an international one)".

183 דוח האו"ם, לעיל ה"ש 2, פס' 381.

