



16.6.2019

לכבוד	לכבוד
עו"ד אביחי מנדלבלית	מר שרון אפק
היועץ המשפטי לממשלה	הפרקליט הצבאי הראשי
בפקס: 02-6467001	בפקס: 03-5694526

שלום רב,

הנדון: שימוש בכוח קטלני כנגד מפגינים ברצועת עזה

הריני לפנות אליכם בבקשה להורות באופן ברור ומיידי על איסור השימוש בצלפים ו/או באש חיה כאמצעי לפיזור הפגנות אזרחיות ו/או לפיזור המון בעזה, בין היתר, נגד מי שמוגדרים על ידי הצבא כ"מסיתים מרכזיים" או "מפירי סדר מרכזיים" מבין משתתפי צעדת השיבה הגדולה, והכל מהטעמים כדלקמן:

1. בפברואר השנה פרסם הצבא מסמך שאלות ותשובות בשפה האנגלית, ובו הוא מבהיר, בין היתר, חלק ממדיניות ו/או הוראות הפתיחה באש לעבר משתתפי הפגנות השיבה הגדולה בעזה המתרחשות מידי יום ששי מאז מרץ 2018.

<https://www.idf.il/media/48555/gaza-border-events-questions-and-answers.pdf>

2. במסמך הנ"ל, ותחת הכותרת "Who is a 'key instigator' or a 'key rioter'?", מפרט הצבא מיהו "מסית מרכזי" או "מפר סדר מרכזי" ומתי ניתן לירות בו ירי חי. בין היתר, מבהיר המסמך כי "מסיתים מרכזיים" או "מפירי סדר מרכזיים" יכולים להיות אנשים שמבצעים את הפעולות להלן:

- " [מנחים] או נותנים הוראות למפגינים כגון תיאום המיקום הטקטי של צמיגים והבערתם";
- "הנחיית אנשים לתרום למשיכת חלקים מהגדר בגבול עזה", כאשר לדוגמה מובא סרטון וידאו בו נראה משתתף בהפגנה, כביכול מדבר במכשיר קשר;

"key instigators" may be persons who direct or order activities within the mob, such as coordinating the tactical placement and setting on fire of tires, coordinating people to contribute towards pulling back parts of the security infrastructure and so on.

- " [מעשיהם] מסיתים את ההמון";
- "משפיעים על התנהגותו";

- או מספקים את התנאים שיכולים להוביל למעבר אל מעבר לגדר ההפרדה עם עזה.

"key rioters" are those who by virtue of their actions incite the mob, influence their behavior or provide the conditions for which mass breach or infiltration may occur. For example, a person who successfully breaches the security infrastructure and carries out attacks on IDF positions, exciting the mob into following his lead. Another example could be a person who works to connect wires to the security infrastructure so that it may be pulled backwards and made ineffective by the crowds.

3. עוד מבהיר המסמך בהקשר הזה, כי "מסיתים מרכזיים" או "מפירי סדר מרכזיים" בד"כ פעילים לתקופה ארוכה והצלפים צריכים לבחור את העיתוי לירי חי כלפיהם. לפי המסמך, הצלפים יכולים לפעול כאשר "האדם מתרחק מההמון או נח בטרם ימשיך בפעילותו"

"Key instigators" and "key rioters" are often conducting activities within the violent riots for a lengthy period of time, and snipers face a challenge in identifying a time which provides the necessary circumstances for carrying out their fire while reducing the risk of hitting above the knee or hitting someone else. For example, snipers may act as a person temporarily moves away from the crowd or rests before continuing his activity."

4. ההוראות הנ"ל מנוגדות הן לכללי "אכיפת חוק וסדר" - המסגרת הנורמטיבית החלה על צעדת השיבה הגדולה כמחאה אזרחית במהותה. נקודת המוצא של נורמות אלה היא שהזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף הינן זכויות כמעט מוחלטות במובן הזה שאסור לפגוע בהן במהלך הפגנות אזרחיות; וכי הפגיעה בהן תהיה אסורה באופן מוחלט כאשר האדם לא מהווה בעצמו סכנה מיידית ומוחשית לחיי אדם אחר; וכי גם כאשר אדם מייצר סכנה מיידית כזו, החלופה הרלבנטית היא שימוש באמצעים לא אלימים, מידתיים ושאינם קטלניים וכי האמצעי בעל הפוטנציאל הקטלני הינו המוצא האחרון - במצבים בהם הוא הכרחי ובלתי נמנע - כאשר מטרת השימוש בו הינה בשום פנים ואופן לא להרוג או לגרום לנזקים גופניים בלתי הפיכים אלא להרחיק את הסכנה המיידית והמוחשית או לנטרל אותה.

5. על כך עמדה גם ועדת הבדיקה המיוחדת של מועצת זכויות האדם של האו"ם, לחקירת אירועי צעדת השיבה בעזה (להלן: "ועדת הבדיקה") בדו"ח שפרסמה במרץ השנה¹ (להלן: "הדו"ח"). הוועדה סיווגה את ההפגנות כאזרחיות בטבען אשר הציבו לעצמן מטרות פוליטיות מובהקות והן לא היוו מצב לחימה או מבצע צבאי. אי לכך, נקבע בדו"ח כי המסגרת המשפטית החלה לשיטור ההפגנות הינה אכיפת החוק (law enforcement) בהתבסס על משפט זכויות האדם הבינלאומי, כאשר המשפט הבינלאומי ההומניטרי יוחל כ- lex specialis בעת פעולות איבה (active hostilities). הוועדה הבהירה כי על פי פרדיגמת אכיפת החוק, חל איסור להשתמש

¹ ניתן לעניין בדו"ח בקישור הבא:

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session40/Documents/A_HRC_40_74_CRP2.pdf

בכוח על פוטנציאל קטלני כנגד אדם שאינו מהווה איום ממשי על חיים או פציעה חמורה, או אם הכוח לא נעשה למטרה לגיטימית על פי החוק, ללא צורך, ובניגוד לעקרון הפרופורציונלית.

6. דו"ח ועדת הבדיקה התייחס בפירוט להוראות אלה וקבע באופן חד משמעי כי הן מפרות את המשפט הבינלאומי:

315. Months after the Court's review, the IDF Q&A, released in February 2019, shed further light on the particular category of key instigators and rioters, explaining that "where the commander assesses that the use of potentially lethal force is required to repel the real and imminent danger posed by a crowd, the commander will order such force only against 'key instigators' or 'key rioters'". The document then explained how 'key instigators' and 'key rioters' are identified, indicating that they "contribute centrally" to creating such threats, and listed examples of behaviour of such 'instigators' and 'rioters' who therefore could be shot:

- "Coordinating the tactical placement and setting on fire of tires";
- "Coordinating people to contribute towards pulling back parts of the security infrastructure" (i.e., the barbed wire coils placed by the IDF inside Gaza);
- "Moving through the crowd while talking into a radio" and later seen to be "pulling wires attached to part of the security infrastructure [the barbed wire coils], together with a group of people".
- "Incit[ing] the mob";
- "Influenc[ing] their behaviour";
- "Provid[ing] the conditions for which mass breach or infiltration may occur";
- "Breach[ing] the security infrastructure" and "carr[ying] our attacks on IDF";
- "Connect[ing] wires to the security infrastructure [i.e., barbed wire coils placed by the IDF inside Gaza] so that it may be pulled backwards".

316. In the law enforcement paradigm, none of the above listed activities can in themselves be lawfully met with lethal force – unless the person simultaneously poses an imminent threat to life or limb by, for instance, being armed and attacking.

[...]

320. Another serious question is, once the “key rioter” status has been conferred on a protestor, whether and how it ends. If the crowd does not respond to the calls of the primary rioter (or does not manage to pull the fence away), does the person remain a ‘key rioter’ who can be targeted with lethal force? Similarly, if the sniper cannot get a good shot at the time, can the sniper hit the ‘inciter’ later? IDF public information indicates the answer is yes:

“Key instigators” and “key rioters” are often conducting activities within the violent riots for a lengthy period of time, and snipers face a challenge in identifying a time which provides the necessary circumstances for carrying out their fire while reducing the risk of hitting above the knee or hitting someone else. For example, snipers may act as a person temporarily moves away from the crowd or rests before continuing his activity.”

321. The notion that a ‘key inciter’ can rest and then, presumably, continue their activity, *prima facie* undermines the notion that there is an imminent threat to life. How far away from a threatening crowd, temporally or physically, is one still considered a ‘key inciter’ and thus targetable?

[...]

324. Overall, from the Commission’s analysis of the Government’s submissions to the Supreme Court and the IDF’s Q&A, it is clear that the “imminent threat to life” standard - as applied in the rules of engagement - was too far removed from the criteria as understood in international law.

7. הדברים האמורים מתחדדים אף יותר ומקבלים משנה חשיבות נוכח הבהרת הצבא במסמך הנ"ל כי הצלפים משתמשים בתחמושת חזקה במיוחד של 7.62 מ"מ (עמ' 88 למסמך ההבהרות) על מנת לאפשר ירי בעוצמה למרחקים גדולים יותר. שימוש בסוג קליעים זה מעלה תהיות רבות הן לנושא המידתיות והן לנושא קיומה של סכמה ממשית ומיידית לחיים כאשר מדובר בירי המכוון למפגינים הנמצאים במרחקים גדולים מהצלפים. לכך התייחסה ועדת הבדיקה בדו"ח והבהירה:

“In light of the devastating effect to the human body of the 7.62 bullet, and the specific circumstances of these protests, the Commission expressed its concern with respect to proportionality. This issue also cuts to the core of the threat assessment. For a threat to be imminent, as noted above and by international experts, an attack must be moments away and there should not be any remaining, intervening steps necessary. The attacker should also be in sufficient proximity to carry out the attack. If the IDF finds it necessary to shoot a ‘key inciter’ at more than 250 m away, the concept of

“imminence” is arguably being misapplied. Conversely, shooting someone who is closer to, or at, the fence, (i.e., less than 100 m from the soldiers), the 5.56 is arguably effective, while the 7.62 is disproportionate – for all the reasons set out in the below section on permanent and life-changing injuries.”

(עמ' 101 לדו"ח)

8. אמנם סוגית מדיניות והוראות הפתיחה באש נידונה בג"ץ 3003/18 **יש דין נ' ראש המטה הכללי של צה"ל** (להלן: **עניין יש דין**), אך פסק הדין לא מתייחס להוראות כפי שאלה באו לידי ביטוי במסמך ההבהרות החדש הנ"ל. הנחת המוצא של בית המשפט לעניין הזה בפסק הדין היתה קיומה של סכנה ממשית, מיידית וקרובה:

“בהתאם לכללים המשפטיים שתוארו לעיל, ולמידע שנמסר לנו מטעם המשיבים - הוראות הפתיחה באש הנדונות בעתירות שלפנינו מאפשרות שימוש ב"אש חיה" רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות, אשר מהן ובמסגרתן נשקפת סכנה ממשית מיידית וקרובה לכוחות צה"ל, או לאזרחים ישראלים. בהתאם להוראות הנ"ל, ההתמודדות עם הסכנה תעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי קטלניים. מקום בו השימוש באמצעים אלו איננו מביא להסרת הסכנה הממשית והמיידית הנשקפת מהפרת הסדר האלימה - ורק אז- ההוראות מתירות, על-פי מה שנמסר לנו, ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי, זאת במטרה לאיין את הסכנה הקרובה והצפויה [...] נוכח חשיבות הדברים, אדגיש שוב כי בהתאם למידע שנמסר לנו באשר להוראות הפתיחה באש הרלבנטיות - ירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי אמור להתבצע כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות (כפי שהוכרו בעניין אלמסרי).” (פסקה 50 לפסק הדין).

9. ודוק, בתגובת המדינה לעתירות כנגד מדיניות והוראות הפתיחה באש, הבהירה המדינה את עמדתה כי **“ניתן להשתמש בכוח בעל פוטנציאל קטלני בנסיבות שבהן ישנה סכנה ממשית לחיים או לשלמות הגוף.”** ובלבד, כי שימוש בכוח זה יהיה **“כמוצא אחרון בלבד, באופן מידתי ובהיקף המינימאלי הנדרש.”** (ההדגשה במקור) (סעיף 33 לתגובת המדינה בעניין **יש דין**).

10. עוד הבהירה המדינה בהקשר הספציפי של הוראות הפתיחה באש, כי **“הוראות הפתיחה באש מאפשרות ירי חי רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות אשר מהן נשקפת סכנה ממשית וקרובה לכוחות צה"ל או לאזרחים ישראלים.** לפי ההוראות, ההתמודדות עם הסכנה תיעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי-קטלניים לפיזור הפגנות. אם השימוש באמצעים אלה לא היא להסרת הסכנה הנשקפת מהפרת הסדר האלימה, הכללים מתירים **ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי במטרה להסיר את הסכנה מהפרת הסדר האלימה** [...] בהקשר הזה יובהר, כי לפי ההוראות על הירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי להתבצע **כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות**

מן העקרונות של צורך הכרחי ומיידיות." (ההדגשה במקור) (פסקה 44 לתגובת המדינה בעניין יש דין).

11. יחד עם זאת, המדינה לא פירטה בתגובתה מהי הגדרת "מסית מרכזי" או "מפר סדר מרכזי" ואיך אלה יכולים להוות סכנה ממשית ומיידית על פי דרישות המשפט הבינלאומי. על כן, הנחת בית המשפט העליון היתה כי "שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני לטובת פיזור הפרת סדר המונית שממנה נשקפת סכנה ממשית ומיידית לחיים, או לשלמות הגוף – היא מותרת בעיקרון, בכפוף להוכחת צורך הכרחי, ולמיידיות." (פסקה 46 לפסק הדין). יתירה מכך, נוכח אי חשיפתן של הוראות הפתיחה באש, בית המשפט קבע, "כי מסד הנתונים הקיים איננו מאפשר, לעת הזו, התערבות כלשהי, על פי מה שמבוקש בעתירות. זאת מאחר שאין בידינו כל מידע קונקרטי באשר: לזהות הפעילים והמסיתים המרכזיים; טיב מעשיהם; השתייכותם הארגונית ומעורבותם בפעילות טרור, או פעילות עוינת אסורה אחרת, והאם ובאיזה אופן הם היוו סכנה מיידית וממשית, אשר הצריכה – כמוצא אחרון – ירי" (פסקה 62 לפסק הדין).

12. חשוב להזכיר בהקשר הזה את הבהרתה המסייגת בפסק הדין של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת חיות, אודות כך שהקטיגוריה של "מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי" שאליה מתייחסות הוראות הפתיחה באש, לא עוגנה – על פי האסמכתאות שהביאו המשיבים [בפני בית המשפט] – בדין הבינלאומי והדברים נאמרים בזהירות המתבקשת בהינתן העובדה שלא התאפשר [לבית המשפט] לבחון במעמד צד אחד את החומר המודיעיני הרלוונטי ולקבל הבהרות והסברים באשר למאפייניה."

13. כיום, ועם הבהרת הוראות הפתיחה באש במסמך הנדון, אשר פורסם לאחר מתן פסק הדין הנ"ל כאמור, עולה ברורות כי הגדרתם של "מסיתים מרכזיים" או "מפירי סדר מרכזיים" ואופן הירי בהם, מפרים באופן הבוטה ביותר את הוראות המשפט הבינלאומי החל ואף את ההנחות שעמדו בבסיס החלטת בית המשפט העליון בעניין יש דין.

14. ההוראות הנ"ל ללא ספק גם מפרות את הפסיקה הישראלית אשר התייחסה לא אחת למבחן המידתיות החל על הוראות פתיחה באש גם לפני חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 וקבעה כי נקודת המוצא בשימוש בירי חי וקטלני חייבת להיות שלא פוגעים בחיי אדם ובשלמות גופו, וכי ירי חי מסכן את זכויות היסוד האלו; כי שימוש בירי חי גורם כשלעצמו סיכון פיזי לאדם, שהוא במקרים רבים בלתי הפיך; כי ניתן להשתמש בכוח זה אך ורק עת קיומה של סכנה מיידית ומוחשית לחיי אדם; כי שימוש זה אסור לו להיות החלופה הראשונית אלא החלופה האחרונה ולאחר שלא הועילו כל החלופות וכי קיים צורך מידי להגן על חיי אדם (ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד (2) 353 (1990); ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1), (197).

ראו לעניין הזה גם מסקנות ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, (שער ששי - סיכום ומסקנות, פסקה 3).

15. יצוין, כי נכון ליום 31.5.2019, נהרגו 206 מפגינים כתוצאה משימוש בכוח ממית על ידי הצבא. מבין ההרוגים נמנו 44 ילדים, 2 נשים, 9 בעלי מוגבלויות, 2 עיתונאים ו- 3 אנשי צוותים

רפואיים. מספר הנפגעים מבין המפגינים הגיע ליותר מ-16,700, מביניהם 8,452 נפגעו מירי חי של חיילי הצבא הישראלי. חלק מהפגיעות השאירו את הקורבנות עם נכות צמיתה אשר שינתה את חייהם.

לאור כל האמור לעיל, נבקשכם להורות על ביטול ההוראה המתירה פגיעה במי שמוגדר "מסית מרכזי" או "מפרי סדר מרכזיים" וכן להנחות באופן מפורש וברור את כוחות הצבא להימנע משימוש באש חיה מכל סוג, לרבות השימוש בצלפים כנגד מי שהוגדרו כ"מסיתים מרכזיים" או "מפירי סדר מרכזיים".

נודה לתגובתכם תוך 30 ימים ממכתבנו זה.

בכבוד רב,

סוהאד בשארה, עו"ד