

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

בג"צ 8990/02

1. עמותת רופאים לזכויות אדם
 2. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם
- ע"י ב"כ עוה"ד יוסף ארנון ואח'
מרחוב שלומציון המלכה 18, ירושלים 94146
טלפון: 02-6245245; פקס: 02-6250777

העותרים

נ ג ד

- 1 אלוף מיקוד דרום
 - 2 מדינת ישראל
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

תגובה מטעם פרקליטות המדינה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מגישים בזאת חמשיבים תגובתם בכתב לעתירה.

חוקיות השימוש בפגזי פלאשט בהתאם לעקרונות דיני המלחמה

1. טענתם המרכזית של העותרים בעתירה היא כי השימוש בפגזי פלאשט מנוגד לעקרונות יסוד בדיני המלחמה שבמשפט הבינ-לאומי – העקרונות בדבר איסור על שימוש באמצעי לחימה הגורמים לפגיעה חסרת אבחנה, והאיסור על שימוש באמצעי לחימה הגורמים לסבל מיותר ולפגיעה שהיא מעל ומעבר לנחוץ.
- ראש לכל יצוין כי, טענה זו של העותרים היא חסרת בסיס, ולא בכדי העותרים אינם מציגים ולו אסמכתא אחת כתימוכין לה. השימוש בפגזי הפלאשט הוא חוקי ואין הוא סותר עקרונות של המשפט הבינ-לאומי, ודיני המלחמה בכלל זה.

2. בפתח הדברים חשוב להדגיש, כי צה"ל מחויב לפעול לפי כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי, ובכלל זאת, הכללים העוסקים בדרך ניהול הלחימה – דיני המלחמה.

מחויבות זו של צה"ל, המיושמת באיו"ש ובאזח"ע הלכה למעשה, הוצגה ביחס לפעילות צה"ל לכל אורך אירועי הלחימה המתנהלים באזורים למן ספטמבר 2000, והדבר בא לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט נכבד זה (ראו בג"ץ 2117/02 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(3) 26; בג"ץ 2936/02 עמותת "רופאים לזכויות אדם" ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו(3) 6; בג"ץ 3022/02 קאנון (Law) – הארגון הפלשטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(3) 9; בג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו(3) 30).

3. יודגש, כי מחויבות זו של צה"ל בולטת על-רקע פעולתם של גורמי הטרור הפלסטינים, אשר מפריס ברגל גסה כל נורמה משפטית ומוסרית (ראו למשל בסעיף 2 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 7015/02, 7019/02 עגירי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (טרם פורסם); וכן פסק דינו של כב' השופט אנגלרד בבג"ץ 3451/02 שלעיל שעסק בהתבצרות הכוחות הפלסטיניים בכנסיית המולד).

4. במסגרת דיני המלחמה מוסדרים נושאים שונים, כגון: מטרות חוקיות ובלתי-חוקיות; שיטות לחימה חוקיות ובלתי-חוקיות; ההבחנה בין לוחמים ואזרחים וכיו"ב. אחד התחומים שבהם עוסקים דיני המלחמה הוא כלי נשק חוקיים ובלתי-חוקיים.

5. אכן, במסגרת העיסוק של דיני המלחמה בסוגיית חוקיות השימוש בכלי נשק, התפתחה לאורך השנים תפיסה, לפיה הזכות של מדינות לעשות שימוש בכלי נשק אינה אבסולוטית וחלים עליה מגבלות.

תפיסה זו זכתה לביטוי באמנות בין-לאומיות כבר בהצהרת סנט פטרסבורג משנת 1868 (Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes) (Weight Convention Respecting the Law and Customs of War on Land, 1907) ובפרוטוקול הנספח הראשון לאמנות גינבה משנת 1977 (Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I)) (ביחס לפרוטוקול הראשון, יוער, במאמר מוסגר, כי ישראל אינה צד לו, ואינה מחויבת להוראותיו, למעט אלה שהן בגדר משפט בין-לאומי מנהגי).

6. בעניין זה, נקבעו במשפט הבין-לאומי המנהגי שני עקרונות מנחים:

- (א) איסור שימוש בכלי נשק, הגורמים פגיעה מיותרת או סבל שלא לצורך
(Superfluous Injury or Unnecessary Suffering);
- (ב) איסור שימוש בכלי נשק שמטבעם אינם מבחינים בין מטרה למטרה (Inherently
(Indiscriminate Weapons).

7. עם השנים, הגיעה הקהילה הבין-לאומית לכלל הבנה, כי לא ניתן להסתפק בעקרונות הכלליים האמורים, וכי ישומם, הלכה למעשה, הוא בעייתי ובפועל כמעט בלתי-אפשרי. קיימים סוגים רבים מספור של כלי נשק, אשר תכלית כולם היא להרוג ולפצוע, ולא ניתן היה להסתפק בעקרונות כלליים ורחבים, אשר כל מדינה מפרשת ומיישמת בצורה שונה.

ר' י' דינשטיין, **דיני מלחמה**, בעמ' 127, *M. Greenspan, The Modern Law of Land Warfare*; 1959), at p. 359
ICRC, *The StrUS Project* (Geneva, 1997);

8. משכך, פנתה הקהילה הבין-לאומית לניסיון להגביל כלי נשק מסוימים באמנות ספציפיות. כך נעשה, למשל, ביחס לקליעים המתפשטים או המתרחבים בגוף האדם (הכרזת האג בדבר כדורים מתרחבים (Hague Declaration concerning Expanding Bullets, 1899)) וביחס לנשק כימי וביולוגי (הכרזת האג בדבר גזים מחניקים (Hague Declaration concerning Asphyxiating Gases, 1899); פרוטוקול גינבה בדבר איסור השימוש במלחמה בגזים מחניקים, מרעילים או אחרים ובשיטות לחימה בקטריוולוגיות (1925) (Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 1925)).

9. העיסוק בחוקיות השימוש בפלאשט החל למעשה בשנות השבעים של המאה העשרים. בשנת 1973, התקבלה החלטה בוועידה הבין-לאומית של ארגון הצלב האדום הבין-לאומי בדבר כינוס פורום של מומחים ממשלתיים, לצורך חקר כלי הנשק חקונבנציונליים וניסיון לגבש קביעה אילו כלי נשק מפרים את העקרונות שתוארו לעיל. היה זה תחילתו של מאמץ בין-לאומי, שנמשך כשבע שנים, במטרה לזכות כלי נשק קונבנציונליים המעוררים בעייתיות מיוחדת, ולהטיל עליהם איסורים ומגבלות, שיעוגנו במסמך משפטי, מחייב ואוניברסלי.

10. במסגרת הדיונים הועלו הצעות ביחס לשורה ארוכה מאד של כלי נשק קיימים, ואף כלי נשק שפיתוחם עמד באותה עת על הפרק, כגון: נשק מבעיר, נשק קטן קליבר, נשק הדף ונשק רסס (לרבות פלאשט), נשק בעל השחיה, נשק לייזר, מוקשים וכיו"ב. בין השאר, במהלך הדיונים עלו במפורש הצעות להגביל או לאסור את השימוש בנשק פלאשט (ר' ICRC, *Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons – Report* (Lucerne, Geneva, 1975), at pp. 49-61; ICRC, *Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons – Report* (Second Session – Lugano, Geneva, 1976), at pp. 17-19, 119-124).

11. בשנת 1980, הסתיימו הדיונים שנערכו בנושא בגיבושה של אמנת כלי הנשק הקונבנציונליים, ובשמה המלא: UN convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (להלן – אמנת כלי הנשק הקונבנציונליים).
12. הקהילה הבין-לאומית הגיעה לכלל הסכמה, כי יש מקום לחגביל כלי נשק קונבנציונליים משלושה סוגים:
- (1) נשק הכולל רסיסים שאינם ניתנים לגילוי במכשירי רנטגן (non-detectable fragments) (הפרוטוקול הראשון לאמנה);
- (2) מיקוש ומלכודות פתאים (use of mines, booby traps and other devices) (הפרוטוקול השני לאמנה);
- (3) נשק מבעיר (incendiary weapons) (הפרוטוקול השלישי לאמנה).
13. ביחס לכלי נשק אחרים לא חושגה הסכמה בדבר קביעת איסור או הגבלה. כך גם לגבי נשק הפלאשט – הצעות להגבילו לא זכו לתמיכה משמעותית, ולא התקבלת העמדה כי יש מקום להגביל או לאסור את השימוש בו במסמך משפטי מחייב.
14. במהלך שנות השמונים והתשעים, נעשו ניסיונות נוספים להרחיב את ההגבלות והאיסורים כך שיחולו ביחס לכלי נשק קונבנציונליים נוספים.
- כך, נערכו בשנים 1995-1996 מפגשי מומחים בין-לאומיים, אשר בסיומם הוסף פרוטוקול חדש לאמנה, שעניינו נשק לייזר מעורר, והוחלף הפרוטוקול השני לאמנה, שעניינו מיקוש. גם במפגשים אלה, הצעות להטיל הגבלות על שימוש בפלאשט לא זכו לתמיכה ולא הביאו לקביעת הגבלות או איסורים משפטיים מחייבים.
- דיונים והצעות אלו מודגשים, מכיוון שהם מלמדים על העובדה שהקהילה הבין-לאומית בחנה את הנושא לאורך שנים רבות, ולא נמצא מקום להטלת מגבלות או איסורים על השימוש בפלאשט. מכאן, שהטענה כי השימוש בפלאשט אסור לפי המשפט הבין-לאומי המנהגי היא חסרת יסוד.
15. מדינת ישראל עצמה אשררה את אמנת כלי הנשק הקונבנציונליים בשנת 1995 וחיא צד לח מאז. הדבר מצביע על נכונות מדינת ישראל וצה"ל להטיל על עצמם מגבלות ואיסורים, הנוגעים לכלי נשק מסוימים, מקום שהקהילה הבין-לאומית מצאה לנכון להכיר בצורך בכך.
- שונה הדבר ביחס לפלאשט, אשר אינו מוגבל מנחה עקרונות האמנה ומעולם לא התגבשה הסכמה של הקהילה הבין-לאומית בדבר אי חוקיותו או בדבר איסור השימוש בו.

16. גם בימים אלו נערכים דיונים באויים בנוגע להיבטים שונים של חרחבת האמנה בדבר כלי נשק קונבנציונליים.
אף בדיונים הללו, הצעה קונקרטית לאסור או להגביל את השימוש בפלאשט דוקא, אינה עומדת על הפרק.
17. לסיכום עד כה, לאורך השנים דנה הקהילייה הבין-לאומית בחוזמנויות רבות בהטלת איסורים והגבלות על כלי נשק, אשר השימוש בהם עלול הפר את עקרונות דיני המלחמה. דיונים אלה אף חובילו להטלת הגבלות ואיסורים על כלי נשק מסוימים, כגון מיקוש ונשק ליוזר, אשר גם ישראל מחויבת בהם.
- מעולם, לא הגיעה הקהילייה הבין-לאומית להסכמה כי יש לאסור או להגביל את השימוש בפלאשט, הגם שהצעות בנדון הועלו לאורך השנים. ניתן אם כן לקבוע, באופן חד-משמעי, כי השימוש בפלאשט כשלעצמו אינו אסור לפי המשפט הבין-לאומי המנהגי.
18. יש לציין, שהאיסור על שימוש בפלאשט, לא רק שאינו מעוגן בהסדרים משפטיים, אלא שהדבר אף אינו מבטא פרקטיקה של הקהילייה הבין-לאומית.
כך למשל, די אם נתייחס לפרקטיקה המחייבת בצבא ארצות-הברית. במדריך שדה לחיילי צבא ארצות-הברית העוסק במשימות מיוחדות (FM 6-50 Appendix F), המצורף בזה ומסומן מש/1, נכתב במפורש, בסעיף F-10(j), כי פגזי פלאשט הם חלק מאמצעי הלחימה של יחידות בצבא ארצות-הברית, לפגיעה בחיילי חז"ד של האויב בטווח הקרוב.
זאת ועוד, ידוע כי צבא ארצות-הברית עשה שימוש בפגזי פלאשט במהלך המלחמות בקוריאה ובוייטנאם ובמהלך שנות התשעים בלחימה בסומליה (פגזי פלאשט אמריקניים מופיעים במספר תצורות, כגון: M494 105-mm APERS-T; M581 APERS-T - ר' TLAGSA M546 APERT-T; PRACTICE NOTES: International Law Note, 1987 Army Lawyer 36 - 105-mm - ר' www.fas.org/man/dod-101/sys/land/m546.htm).
19. זאת ועוד, פלאשט הוא אחד האמצעים, הנכנסים להגדרת "תת-חימוש" (submunition). הכוונה לאמצעי לחימה, שבו נתונים במארז, בפצצת או בפגז מספר רב של חימושי-משנה. תת-החימוש נועד להתפזר לאחר פיצוץ באוויר, או עם הפגיעה במטרה, על שטח גדול יחסית. קיימים סוגים רבים של תת-חימוש מלבד פלאשט, למשל פצצות מצרר או מנתץ (MLRS - מערכת ארטילרית רב-קנית).
20. בפועל, אמצעי לחימה המוגדרים כתת-חימוש מצויים ברשותן של מדינות רבות מאד ונעשה בהם שימוש בסכסוכים רבים.

מצורף בזה ומסומן מש/2, דו"ח שפורסם על-ידי ארגון Human Rights Watch בשנת 2002 בנושא תת-חימוש נפצים (Human Rights Watch, *A Global Overview of Explosive Submunitions* (Memorandum to CCW Delegates, 2002)).

מהדו"ח עולה, כי תת-חימוש מצוי בידי 56 מדינות בעולם, ונעשה בו שימוש על-ידי לפחות 9 מדינות (ובהן ארצות-הברית, בריטניה, רוסיה וישראל). קיימים 208 סוגים ידועים של תת-חימוש, המיוצרים על-ידי 33 מדינות. בין היתר, עשתה ארצות-הברית שימוש בפצצות מצרר במהלך מלחמת המפרץ, ובפעולות הצבאיות במסגרת כוחות נאט"ו שפעלו בסרביה ובקוסובו.

יש לציין, כי **מרבית אמצעי הלחימה מסוג תת-חימוש בהם מדובר, הם בעל השפעה הרסנית בהרבה מפלאשט** – כדוגמת פצצות מצרר, המתפזרות על שטח עצום, ורבות מהן נותרות "פעילות" בשטח לאחר נפילתן.

נתונים אלה מצביעים בבירור על כך שבקהיליית הבין-לאומית לא השתרשה נורמה, האוסרת על שימוש בתת-חימוש, ולמעשה החפך הוא הנכון.
 T.J. Herthel, "On the Chopping Block: Cluster Munitions and the Law of War," 51 *A. F. L.* (7) (I. Dettner, *The Law of War* (2nd ed. 2000), at p. 217 ; Rev. 229).

21. לבסוף, אפילו בפניות של ארגוני זכויות אדם, דוגמת ארגון "בצלם", לא נטען כי השימוש בפגזי פלאשט הוא בלתי חוקי כשלעצמו. מצורפת בזה ומסומנת מש/3, פנייה של הארגון אל שר הביטחון, מתאריך 27.8.01, הקוראת לאסור את "חשימוש בפגז מסוג פלאשט בשטחים", בה נכתב כי "פגזי הפלאשט אינם אסורים באופן מפורש". לכל היותר נטען, כי אופן השימוש בתחמושת זו באזור חבל עזה אינו עולה בקנה אחד עם העקרונות המשפטיים המחייבים.

22. לסיכום פרק זה – תחמושת הפלאשט כשלעצמה אינה אמצעי לחימה בלתי חוקי.

הקהילייה הבין-לאומית עסקה רבות בנושא, ולא נמצא מקום להטלת איסורים או הגבלות על השימוש בפלאשט.

האמנות העוסקות בנושא אינן מתייחסות לפלאשט ואינן אוסרות על השימוש בו.

זאת ועוד, הפרקטיקה של הקהילייה הבין-לאומית מלמדת, כי תת-חימוש, עליו נמנה הפלאשט, מצוי בארסנל אמצעי הלחימה של מדינות רבות והשימוש בו רחב היקף, לרבות בשנים האחרונות, ולרבות על-ידי צבאות של מדינות מערביות, כדוגמת ארצות-הברית. כפי שצוין, הלכה למעשה, אמצעים תמורים בהרבה מפלאשט – כגון פצצות

מצרר – הם אמצעים חוקיים ולא בכדי, טענות העותרים בדבר אי חוקיות השימוש בפלאשט אינן נשענות ולו על אסמכתא משפטית אחת.

23. מעבר לכללים אלו של דיני המלחמה העוסקים בחוקיות כלי נשק, קיימים כללים נוספים, המיועדים להבטיח, במידת האפשר, הגנה על האוכלוסייה האזרחית בעת לחימה. כך למשל, אין להשתמש בכלי נשק **במתכוון** נגד מטרות אזרחיות, יהיה כלי הנשק אשר יהיה. הפרק חבא יעסוק בכל הקשור לשימוש בפלאשט באזור חבל עזה, ונבהיר כיצד שימוש זה עומד באמות המידה המשפטיות המחייבות.

השימוש בפלאשט באזור חבל עזה

24. האשית יצוין כי, התייחסות לשימוש באמצעי לחימה באזור חבל עזה חייבת להתבסס על הבנה והכרה של המציאות העובדתית השוררת באזור מאז פרצו אירועי הלחימה והעימות המזוין, בשלהי חודש ספטמבר 2000.

25. מזה למעלה משנתיים מתנחלים בשטחי יהודה, השומרון וחבל עזה אירועי לחימה אינטנסיביים, במסגרתם בוצעו למעלה מ- 16,000 פיגועים נגד כוחות צה"ל ואזרחים ישראלים. מאז תחילת האירועים, נהרגו 721 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל ונפצעו כ- 5,060, חלקם באורח קשה ביותר. כן נהרגו ונפצעו במהלך האירועים פלסטינים רבים.

26. **באזור חבל עזה בלבד, בוצעו מאז 29 בספטמבר 2000, למעלה מ- 8,292 פיגועים, שכתוצאה מהם נהרגו 68 אזרחים ישראלים. (הנתונים מעודכנים ליום 20.1.03)**

27. במהלך העימות, פגעו כוחות צה"ל בפעילי טרור רבים אשר סיכנו בפעילותם את חייהם של חיילי צה"ל ואזרחי מדינת ישראל.

לעיתים, עם זאת, נפגעו במסגרת הלחימה גם פלסטינים שלא היו מעורבים בפעילות הטרור. הדבר נובע **בדאש ובראשונה**, מן הפרקטיקות הפלסטיניות, חמפרות ברגל גסה כל נורמה משפטית ומוסרית.

בין השאר, ניתן לציין, את השימוש שעושה הצד הפלסטיני במחבלים שאינם לובשי מדים, שמטרתם פגיעה מכוונת באזרחים ותושבים חפים מפשע; מחבלים המסתתרים בתוך האוכלוסייה האזרחית ונטמעים בה; מחבלים היוצאים ממקומות ישוב אזרחיים לביצוע מעשיהם הנפשעים; מחבלים העושים שימוש בילדים לביצוע פעולות טרור וכיו"ב.

28. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט נכבד זה (ראו בג"ץ 2117/02, בג"ץ 2936/02, ובג"ץ 3451/02 שלעיל). כך למשל, כותב הנשיא ברק בסעיף 2 לפסק דינו בבג"ץ 7015/02, 7019/02 שלעיל.

"לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, במצוות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וכישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשי מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסייה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט."

29. במסגרת הלחימה בגורמי הטרור הפלסטינים, נוקטים כוחות הביטחון שורה ארוכה של צעדים (כגון: הגבלות תנועה, מעצרים, עוצר, פעילות כנגד מבוקשים ופעילות מבצעית נרחבת לסיכול פעולות טרור), ונעשה שימוש בסוגים שונים ומגוונים של אמצעי לחימה, בהתאם להחלטת המפקדים הצבאיים באזורי הלחימה – החל משימוש ברובים ובמקלעים ועד לשימוש במטוסי קרב, במסוקי קרב, באוניות חיל הים ובטנקים.

30. צה"ל מקפיד לאורך השנים שלא לחשוף את כללי הפתיחה באש המחייבים ואת ההוראות המקצועיות הרלוונטיות, מתוך הערכה וחשש, כי הדבר ינוצל על-ידי אויבי המדינה, וגורמי הטרור בראשם (לעניין זה, ראו בג"ץ 66/89 הליגה לזכויות האדם והאזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מד(2), 221).

מכל מקום, חשוב להדגיש, כי השימוש באמצעי לחימה על-ידי צה"ל כמוף לכללים מסודרים ולהוראות מקצועיות, המיועדים להבטיח, כי השימוש באמצעי הלחימה יאפשר, מחד גיסא, פגיעה בגורמי הטרור ובמי שמסכנים את ביטחון אזרחי המדינה וחילי צה"ל, ומאידך גיסא, תימנע, ככל הניתן בניסיונות הלחימה, פגיעה באזרחים חפים מפשע (ראו בעניין זה בג"ץ 3022/02 שלעיל).

כללים, תורת לחימה והוראות מקצועיות אלו חלים גם ביחס לירי טנקים. הכללים וההוראות נבחנים מעת לעת, בין השאר על-בסיס הניסיון המצטבר מבחינת האירועים בשטח, וניתוח המציאות המבצעית והעובדתית.

31. הכללים וההוראות עוסקים בהיבטים שונים של השימוש בנשק, כגון המצבים בהם ניתן לפתוח באש, שלבי ביצוע חירי וכיו"ב. ראוי לציין, כי הכללים משתנים בין אזור אחד למשנהו ואף מעת לעת באותו אזור ממש, בהתאם למאפיינים וספציפיים של האזור, להערכות המודיעין, ולתרחישים המבצעיים.

32. מבלי להיכנס לגופם של הכללים וההוראות, יבקשו המשיבים להדגיש מספר נקודות, הנוגעות לשימוש בפגזי פלאשט על-ידי צה"ל באזור חבל עזה.

33. ההחלטה באיזח אמצעי לחימה צה"ל עושה שימוש ובאילו נסיבות, מוכתבת משיקולים שונים: תנאי השטח, האיום שעמו נועד האמצעי להתמודד, הכשרת החיילים, זמינות האמצעי וכיו"ב.
- הצורך בשימוש בפלאשט באזור חבל עזה נובע מהערכות הגורמים הפיקודיים והמקצועיים, המופקדים על פעילות צה"ל באזור זה, כי השימוש בתחמושת זו הוא הכרחי באזור זה במציאות הנוכחית וכי אין לו תחליף הולם.
34. מבלי להיכנס לפירוט של השיקולים המבצעיים, נציין כי המסקנה המתוארת לעיל קשורה לאפקטיביות של השימוש באמצעי זה כנגד אנשים החשודים בפעילות חבלנית עוינת (סוג תחמושת זה מביא לתוצאות אפקטיביות יותר בפגיעה במחבלים בודדים, המסתננים בשטחים פתוחים לעבר מדינת ישראל, ההתיישבות הישראלית באזור ועמדות צה"ל); למאפייני השטח שבו מתבצעת הפעילות באזור חבל עזה (הפרדה ברורה בין שטח ישראל ושטחי ההתיישבות הישראלית לבין אזורים המיושבים על-ידי האוכלוסייה הפלסטינית והימצאות שטחים חשופים בתווך); להשפעות של השימוש באמצעי (חצי מגו הפלאשט אינם חודרים לתוך קירות בתים, להבדיל מפגזים רגילים, ולכן יש יתרונות בתרחיש מסוימים לשימוש באמצעי זה); ולסוג האיומים שעמם מתמודד צה"ל במריסתו הנוכחית באזור חבל עזה.
35. יש להדגיש, כי במסגרת הכללים וההוראות המחייבים, נקבעו שורח של הנחיות, המיועדות להבטיח כי השימוש בתחמושת פלאשט לא ייעשה כדבר שבשגרה, אלא יוגבל לגזרות ולמצבים מסוימים. גם כאן, לא נוכל לפרט את הכללים המחייבים, מטעמים מובנים, אך נציין מספר נקודות שהן מעיקרי הנחיות והאיסורים החלים בגדון.
36. תחילה, חשוב להדגיש, כי קיים איסור חד-משמעי לבצע ירי, מכל סוג שהוא, לרבות פלאשט, לעבר אוכלוסייה אזרחית שאינה מעורבת בפעולות נגד צה"ל והביטחון באזור או לעבר מטרות אזרחיות שלא נעשה בהן שימוש על ידי גורמי הטרור (בתים אזרחיים, מסגדים, בתי ספר, מתקנים רפואיים וכיו"ב).
37. זאת ועוד, שימוש בפלאשט מותר רק ביחס למי שחשודים בפעילות המסכנת את חיי חיילי צה"ל או אזרחי המדינה, ולא בנסיבות אחרות (פיזור התפרעויות, אכיפת סדר וכיו"ב).
38. לא זו אף זו, לא נעשה שימוש בפלאשט במרכזי הערים הפלסטיניות, בכפרים ובאזורים אחרים המיושבים בצפיפות, על רקע החשש כי שימוש בפלאשט באזורים מיושבים בצפיפות, גם אם יביא לפגיעה במחבלים, יגרום לפגיעה בלתי מכוונת באזרחים חפים מפשע.
39. השימוש בפגזי פלאשט נעשה ככלל, אך ורק באזורים שבהם הסיכוי לפגיעה באזרחים חפים מפשע הוא נמוך יחסית.

המדובר באזורים בהם תואי השטח חשוף באופן יחסי, הסמוכים לשטח מדינת ישראל, לשטחי ההתיישבות הישראלית או לעמדות צה"ל, והם מיושבים בדלילות או בלתי-מיושבים כלל.

באזורים אלו, הסיכוי לכך שיעשה שימוש בנשק כלפי מי שאינם מחבלים, ואשר כתוצאה ממנו ייפגעו אזרחים חפים מפשע המצויים בסמיכות להם, הוא נמוך יחסית.

40. ידגש שוב כי, כוחות צה"ל פועלים ומונחים לפעול תוך התאמה בין האמצעי שבו נעשה שימוש לבין התכלית המבצעית הנדרשת, ותוך הקפדה על מידתיות, סבירות וריסון השימוש בכוח.

הנה כי כן, השימוש בפלאשט באזור חבל עזה נעשה במצבים, בהם לא ניתן להשיג את התכלית המבצעית (קרי, הפגיעה במחבלים הפלסטינים ומניעת ביצוע פיגועים על ידם) באמצעים חמורים פחות, כגון מעצר, ירי כדורי גומי, ירי בנשק קל, ירי אזהרה וכיו"ב. בהקשר יש לזכור ולהדגיש, כי במציאות הלחימה הנוכחית, המשמעות של אי פגיעה במחבלים בדרכם לביצוע פיגוע בתוככי ישראל, מעבר לגדר ו/או בישוב ישראלי באזור היא הרת אסון, כפי שניתן היה לראות במספר אירועים מצערים.

41. לצד האמור, לא למותר יהא לשוב ולהדגיש כי בנסיבות הלחימה שבהן צה"ל נתון, ההבחנה בין מחבלים לבין מי שאינם מעורבים בפעילות טרור נגד צה"ל היא קשה ובעייתית, בשל אותן פרקטיקות של ארגוני הטרור הפלסטינים שתוארו לעיל.

בסוג הלחימה הנוכחי בה נתון צה"ל, שבה מחבלי האויב לבושים כאזרחים, מסתירים את נשקם, נעים בשעות חשכה, והסיכון הטמון בפעילותם הוא עצום, עלולות לקרות טעויות, שבהן יבוצע ירי לעבר מי שנחזו כמחבלים, ובסופו של דבר יתברר כי הם אזרחים חפים מפשע. טעויות ביהוי מעין אלה הן מצערות והן מחייבות הפקת לקחים וניסיון מירבי ומיטבי למניעת הישנותן, אך הן חלק מאופי הלחימה שנכפתה על צה"ל ועל מדינת ישראל ואזרחיה.

42. עוד נציין, כי העובדה, שבאזור יחודה והשומרון לא נעשה כיום שימוש בפלאשט במסגרת הפעילות המבצעית השוטפת, נובעת מהשוני בין האזורים במאפייני פעילות צה"ל, התנאים שבה היא מתבצעת, תואי השטח והתרחישים המבצעיים.

כך למשל, בניגוד לאזור חבל עזה, ביהודה והשומרון לא קיימת חציצה ברורה בין שטחי ההתיישבות הישראלית ומדינת ישראל לבין שטחי ההתיישבות הפלסטינית, כשבתוכם מפרדים שטחים פתוחים בהם צה"ל פועל. עם זאת, יצוין כי כאשר הנסיבות המבצעיות מצדיקות זאת, נעשה שימוש בפלאשט אף באזור יהודה והשומרון.

43. כעולה מן המפורט לעיל, צה"ל מצוי בלחימה קשה נגד גורמי הטרור. בלחימה זו הצליח צה"ל לסכל באמצעות השימוש באמצעי הלחימה השונים, לרבות פלאשט, את פעולותיהם של טרוריסטים פלסטינים רבים.

פלאשט הוא אחד מאמצעי הלחימה האפקטיביים והחשובים במאבק של כוחות צה"ל באזור חבל עזה בטרור הפלסטיני. למרבה הצער, כתוצאה משימוש באמצעי לחימה שונים, ופלאשט ביניהם, קופחו חייהם של אזרחים פלסטיניים שנקלעו לזירת הלחימה. הדבר נובע, בראש ובראשונה, מהפרקטיקה הנלווה של גורמי הטרור הפלסטיניים, המנהלים את לחימתם מליבה של האוכלוסייה האזרחית ותוך היטמעות בה. מותם של אזרחים נגרם גם עקב שימוש באמצעי לחימה אחרים – נשק קל, מקלעים, פגזים מסוגים אחרים, ירי מסוקים וכיו"ב. זו טיבה של לחימה בשטח בנוי ומיושב בצפיפות, וזו התוצאה שכפו עלינו גורמי הטרור הפלסטיניים. העובדה, כי אזרחים נפגעו במקרים מסוימים כתוצאה משימוש בפלאשט אינה מעידה כשלעצמה על אי-חוקיות השימוש באמצעי זה, שכן, כפי שהובהר לעיל, אליבא דכולי עלמא, השימוש בפגזי פלאשט כלפי מטרות לגיטימיות – חוקי.

44. המשמעות של הטלת איסור על שימוש בנשק, בשל העובדה לבדה שכתוצאה ממנו נפגעו אזרחים (ולצד מקרים רבים שבהם נפגעו כתוצאה מהשימוש בו מחבלים פלסטינים בדרכם אל היעד), משמעה בהכרח כי על צה"ל ייאסר לעשות שימוש בכל אמצעי הלחימה שברשותו. העותרים מתעלמים מכך שבאמצעות כלי הנשק, לרבות פגזי הפלאשט, נפגעו טרוריסטים רבים, אשר היו בדרכם לביצוע פיגועי תופת בישראל, וניצלו חייהם של ישראלים רבים. השימוש בפלאשט הוא מרכיב חשוב במענה המבצעי של צה"ל לפעילות הטרור הפלסטינית שמקורה באזור חבל עזה, ועד היום לא נמצא לו תחליף.

המקרים הפרטניים המוזכרים בעתירה

45. לבסוף, העותרים עומדים בעתירתם על שלושה מקרים, בהם נפגעו לטענתם אזרחים באזור חבל עזה כתוצאה משימוש בפלאשט. כאמור לעיל, עצם העובדה שאזרח נפגע במהלך הלחימה בטרור הפלסטיני כתוצאה משימוש באמצעי תחמושת מסוים, אין בה כשלעצמה כדי להעיד על אי-חוקיות האמצעי, על אי-תקינות הכללים וההנחיות לשימוש בנשק ואף על אי-תקינות ביצוע הירי בנסיבות הקונקרטיות. שלושת המקרים המופיעים בעתירה תוחקרו ביסודיות ובפירוט על-ידי גורמים בכירים בצח"ל.

46. כך, ביחס למקרה הראשון המוזכר בעתירה – הריגתם של 3 נערים בתאריך 30.12.01 – המקרה תוחקר על-ידי גורמים בכירים בפיקוד הדרום. מבלי לפרט את ממצאי התחקיר המבצעי יש לציין, כי בעת ביצוע הירי הנחה של הכוחות הפועלים בזירה היתה כי מדובר במחבלים, הנחה שהיתה מבוססת כדבצי על נסיבות המקרה – אופי תנועת האנשים, מיקומם, תגובתם לפעילות מוחות צה"ל וכיו"ב. בסמוך לגופות עצמן נמצאו שני סכינים, באורך 30 ס"מ, דבר המחזק את התבנה כי מדובר היה בחוליית מחבלים שהיתה בדרכה לביצוע פיגוע.

הירי לא הביא לכל פגיעה באנשים שלא היו חלק מחוליית המחבלים והוא נעשה בשטח פתוח, בסמוך להתיישבות הישראלית בצפון אזור חבל עזה. מכאן שלא ברורה טענת העותרים ביחס לאירוע זה.

47. **המקרה השני** המוזכר בעתירה – מותן של 3 נשים בסמוך לנצרים ביוני 2001 – הוא אירוע שתוצאותיו היו מצערות לכל הדעות.

מקרה זה תוחקר בתחקיר מפורט שנערך על-ידי גורמים בכירים ואף מונה קצין בודק במטרה לבדוק את נסיבות האירוע ולהמליץ על הצעדים הנדרשים. מבלי לפרט את ממצאי התחקיר המבצעי, ניתן לציין כי מדובר באירוע שבו נורתה אש בשעות הלילה על-ידי מתבלים פלסטינים לעבר הישוב נצרים, ממספר מוקדים. חיילי טנק שהיה במקום זיהו דמויות חשודות מצפון לישוב, וסברו כי מדובר במחבלים שביצעו את הירי. לעבר הדמויות נורו מספר פגזים, חלקם פגזי פלאשט. בדיעבד, הסתבר כי באירוע נורגו 3 נשים בדואיות. למותר לציין, כי בשל החשכה, המרחק מהישוב ותנאי הלחימה, החיילים לא זיהו כי מדובר בנשים, וביצעו את הירי לעבר מי שנחזו כמחבלים. בעקבות האירוע תופקו לקחים מבצעיים. כאמור, תוצאות האירוע הן מצערות, אך מדובר במקרה של טעות בזיהוי שהתרחשה בתנאי אי-ודאות של לחימה, ואין בה כדי להעיד על אי-חוקיות השימוש בפלאשט בכלל, או בנסיבות האירוע, בפרט.

48. **המקרה השלישי** המוזכר בעתירה – הרג ארבעה אזרחים סמוך לנצרים באוגוסט 2002 – תוחקר אף הוא על-ידי גורמים בכירים, לרבות שני תחקירים שנערכו על-ידי קצינים בצה"ל בדרגת אלוף. במקרה זה, מבלי לפרט את ממצאי התחקיר, מדובר בירי טנק שבוצע בשעות הלילה מעמדה המגינה על הישוב נצרים לעבר דמויות שהיו חשודות כמחבלים. יש לציין, כי הירי בוצע באזור שבו בוצעו פיגועים רבים על-ידי מחבלים פלסטינים, בגזרה שבה היו התרעות קונקרטיות על פיגועים, לעבר דמויות שנעו בצורה חשודה בשעות הלילה במרחק קצר יחסית מהטנק.

בדיעבד, התברר כי הדמויות החשודות שנפגעו מירי הטנק היו אזרחים ולא פעילי טרור. בשעת הירי, עם זאת, נחזו הדמויות כמחבלים המצויים בדרכם לביצוע פיגוע. גם כאן, תוצאות האירוע הן מצערות, אך יש לזכור שמדובר בטעות בזיהוי, שאירעה תוך כדי לחימה, ואין בה להעיד על אי-חוקיות האמצעי והשימוש בו.

49. יש להדגיש, כי בכל שלושת המקרים מדובר בירי שבוצע לעבר מי שהחיילים סברו, בתנאי הלחימה ששררו בגזרה, כי הם מחבלים, המסכנים את כוחות צה"ל בטווח המייד. במקרה הראשון, הנפגעים אכן היו מחבלים ובשני האחרים נפגעו אזרחים. למותר לציין, כי העותרים אינם מציינים אירועים רבים אחרים, בהם ירי פגזים הביא לפגיעה במחבלים, שהיו בדרכם לביצוע פיגועים ומקרים אלו חסכו חיי אדם רבים.

זאת ועוד, יתכן בהחלט, כי שימוש באמצעים אחרים בנסיבות האירועים – כגון פגזי טנק מסוגים אחרים – היה מביא לאותן תוצאות, ואף לתוצאות חמורות יותר. המקרים כולם תוחקרו, ברמות בכירות, במטרה להפיק את הלקחים הדרושים, ברמה המבצעית והאישית.

מכל מקום, אין בתוצאות חמצערות של חלק מהמקרים כדי להעיד אל אי-חוקיות השימוש במגזי פלאשט.

עמדת המשיבים

50. במסגרת העתירה מעלים העותרים טיעון כפול, ראשית, כי החימוש מסוג פלאשט אינו חוקי בחימאם לעקרונות דיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי ושנית, כי גם בהנחה שהשימוש בפלאשט הינו חוקי לפי דיני המלחמה, הבחירה לעשות שימוש בו במסגרת הלחימה באזור חבל עזה אינה עומדת במבחנים של סבירות ומידתיות.
51. במסגרת חתשובה לעתירה התייחסו המשיבים לגופם של שני הטיעונים דלעיל באופן מפורט. עם זאת, הטיעון השני אשר ענינו בהחלטת המפקד הצבאי לעשות שימוש בחימוש כזה או אחר בנסיבות כאלו ואחרות דינו לחדחות על חסף, וזאת באשר כפי שהובהר לעיל, ברור על פי המשפט הבינלאומי כי הפלאשט הינו אמצעי לחימה חוקי המותר לשימוש על פי כללי המשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי, כמו גם לפי הפרקטיקה הבינלאומית.
52. בהתחשב באמור לעיל, עולה שהעותרים מבקשים למעשה מבית המשפט הנכבד, כי יורה למפקד הצבאי, במסגרת פעולות הלחימה המתנהלות נגד הטרוריסטים הפועלים באזור חבל עזה, להימנע משימוש בכלי נשק חוקי מסוים, בכל הנסיבות ולהעדיף תחתינו כלי נשק אחרים.
- העותרים מבקשים הלכה למעשה, כי בית המשפט ייכנס לנעליו של המפקד הצבאי וינחה אותו באילו אמצעי לחימה, מתוך מכלול האמצעים החוקיים העומדים לרשותו, יהא עליו לעשות שימוש על מנת לסכל את פעילות ארגוני הטרור הפלסטיניים, על מנת לעמוד במשימותיו, קרי- ההגנה על הבטחון ועל חיי אזרחי ישראל וחילי צה"ל.
53. באשר לכך, נפסק זה מכבר, כי בית המשפט לא יידרש לעתירה, התוקפת שיקולים מבצעיים מובהקים, הנוגעים לבחירת אמצעי הלחימה ודרך ניהול הלחימה של צה"ל. כך למשל, בבג"ץ 5872/01 - ח"כ מוחמד ברכה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(3), 1, נפסק:

"ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה הנעדרת כל תשתית קונקרטיית והחותרת לקבלת סעד גורף."

עוד נפנה בענין זה לבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פד"י נ(1) 353.

54. כאמור לעיל, השימוש באמצעי לחימה על-ידי צה"ל כפוף לפללים מסודרים ולהוראות מקצועיות, המיועדים להבטיח, כי השימוש באמצעי הלחימה יאפשר, מחד גיסא, פגיעה בגורמי הטרור ובמי שמסכנים את ביטחון אזרחי המדינה וחילי צה"ל, ומאידך גיסא, תימנע, ככל הניתן בנסיבות הלחימה, פגיעה באזרחים חפים מפשע.
- זאת ועוד, כוחות צה"ל פועלים ומונחים לפעול תוך התאמה בין האמצעי שבו נעשה שימוש לבין התכלית המבצעית הנדרשת, ותוך הקפדה על מידתיות, סבירות וריסון השימוש בכוח, כאשר השימוש במלאשט באזור חבל עזה נעשה במצבים, בהם לא ניתן להשיג את התכלית המבצעית (קדי, הפגיעה במחבלים הפלסטינים ומניעת ביצוע פיגועים על ידם) באמצעים חמורים פחות, כגון מעצר, ירי כדורי גומי, ירי בנשק קל, ירי אזהרה וכיו"ב.
55. ההנחיות הגנתיות באשר לשימוש בסוג חימוש כזה או אחר נקבעות, כאמור לעיל, מתוך מטרה להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע במסגרת פעולות הלחימה המתנהלות באזור, כאשר ההנחיות נועדו להבטיח שימוש סביר ומידתי בחימוש זה.
- עם זאת, עיתוי השימוש באמצעי לחימה כזה או אחר, בנסיבות צבאיות ומבצעיות קונקרטיות של הזמן והמקום ובשים לב לתנאים המבצעיים והבטחוניים, נתונים לאחריית המפקדים הצבאיים בגזרה כזו או אחרת, בנסיבות הלחימה הקונקרטיות המתפתחות בשטח.
56. המשיבים סבורים כי ברירת אמצעי הלחימה בידי המפקד הצבאי בנסיבות מבצעיות וצבאיות נתונות, שעה שבידו המומחיות הצבאית, כמו גם נתוני הכרת גזרת הלחימה והכרת אמצעי הלחימה השונים והתרחישים המיבצעיים השונים, נתונה בידי המפקד הצבאי בכפוף כמובן להנחיות שפורטו לעיל, שנועדו למנוע פגיעה בחפים מפשע. למפקד הצבאי בגזרה חדלבנטית האחריית והסמכות, כמו גם המומחיות המקצועית המבצעית.
- העותרים מבקשים לתביא את בית המשפט הנכבד אל תוכה של זירת הלחימה הסבוכה באזור חבל עזה, ואל בטנו של הטנק בו מתקבלת ההחלטה באשר לסוג החימוש שיש לעשות בו שימוש על-מנת לפגוע באנשים החשודים כטרוריסטים, ובכך להציל חיי אזרחים ישראלים.
- בנסיבות הענין בכללותן, הכל כפי שפורט לעיל, נראה כי לכך אין מקום.
57. כפי שנפסק בבג"צ 3022/02 קאנון (LAW) נ' אלוף יצחק איתן, פ"ד נו(3), 9, עמ' 10-11, בעתירה שם בקשו העותרים "כי נודה לצה"ל שלא לפגוע באוכלוסייה האזרחית הנמצאת במחנה ובאזורים אחרים שבהם צה"ל פועל, ולצורך כך להימנע מלהפגיו ולפגוע במטרות אזרחיות ובאזרחים באמצעות מטוסים, טנקים או כל כלי-נשק אחר...בפנת תשובתה לעתירה טענה המדינה, כי בעת הלחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיביים הנוגעים לדרכי פעילות מבצעית. לגוף העניין הסבירה המדינה, כי במהלך הלחימה אכן נפגעו אזרחים ונהרסו בתים, הגם שצה"ל עושה, ככל הניתן, בתנאים הקשים של לחימה כנגד מחבלים הפועלים מתוך מקומות שבהם נמצאת אוכלוסייה אזרחית, כדי

למצער את הפגיעה באזרחים... כך, ניתנה חתראה מוקדמת לאוכלוסייה האזרחית, שנדרשה לצאת מאזור הלחימה, אלא שזו לא שעתה להתראה. וביום האתמול, בגדר מאמציו של צה"ל להימנע מפגיעה באזרחים, לא נעשה שימוש במלוא כוח האש העומד לרשות הצבא, וכוחותינו בתוך מחנה געין נעו מבית לבית. בפעילות זו נפלו 14 מתחילינו לאחר שהופעלו נגדם מטעני-חבלה, שחוסתרו בחסות הבתים. בטך-הכל בלחימה במחנה געין נהרגו 23 חיילי צה"ל ונפצעו למעלה מ-60 חיילים...

טענת הסף שטענה המדינה מקובלת עלינו. אף אנו סבורים, כי לא ניתן עניינית ומוסדית לתת את הסעדים המבוקשים על-ידי העותרים. ברם, אף לגוף העניין, יש לדחות את העתירה, שכן, מתשובת המדינה עולה, כי צה"ל אכן עושה מאמצים כדי למנוע, או למצער למצער, את הפגיעה באזרחים... "

58. לסיכום, העתירה דנו מבקשת להביא את בית המשפט הנכבד אל תוך תוכה של זירת הלחימה המתרחשת באזור חבל עזה, והיא מבקשת כי בית המשפט יפקח פיקוח ישיר על פעילות לחימתית מסויימת הננקטת - על פי הטענה - על ידי גורמי הבטחון, במטרה להבטיח את הבטחון באזור.

העתירה מבקשת איפוא מבית המשפט לאסור על המפקד הצבאי (שבידיו המנומחות וצבאיות, חכרת הגזרה, חכרת אמצעי הלחימה השונים והתרחישים המבצעיים) לחשתמש באמצעי לחימה חוקי העומד לרשותו, בנסיבות מבצעיות קונקרטיות, המתרחשות במהלך אירועי לחימה.

כאמור בפתיח לתשובה זו, מדינות ישראל מצויה כיום, למרבה הצער, במהלכו של עימות מזויין מול גורמים פלסטינאים שונים, אשר במסגרתו שמו לעצמם גורמים אלו למטרה לפגוע באזרחים ובאנשי כוחות בטחון ישראלים. במסגרת זו פועלים בשטח כוחות שונים חתוקפים באמצעות ירי ומטעני חבלה מטרות ישראליות, אזרחיות וצבאיות בישראל ובאזור, וגורמים לפגיעות רבות בנפש. גורמי הבטחון עושים ככל יכולתם לסכל פעילות עוינת זו. במסגרת זו ננקטות מגוון פעולות המותרות על פי דיני הלחימה, המהווים חלק מן המשפט הבינלאומי. פעילות זו הינה כדין.

דרישת העותרת כי בית המשפט יכנס אל זירת הלחימה ויבחן פעולות ואמצעי לחימה מבצעיים מובהקים, אלה או אחרים, המתרחשים במהלך לחימה זו, היא דרישה שאין להעתר לה, והכל מהטעמים שפורטו לעיל.

היום, י"ט שבט, תשס"ג

22 ינואר, 2003

יוכי גנצין
ממונה על ענייני הבג"צים
במקליטות המדינה