בבית המשפט העליון בירושלים

בשיבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 11/

העותרים

1. יואב הס
2. שולמית אלוני
3. פרופ' זאב שטרנהל
4. פרופ' אליס שלוי
5. דוד טרטקובר
6. אלכס ליבק
7. אורי אבנרי
8. אלמוג בהר
9. רונית חכם
10. פרופ' אלון הראל
11. ד"ר ישי מנוחין
12. הרב אריק אשרמן
13. פרופ' ג'ף הלפר
14. מיכאל ורשבסקי
15. מוסי רז
16. נועם לסטר
17. עו"ד יפעת סולל
18. ד"ר מאיר מרגלית
19. לביא רימון
20. דויטש בלי אבחייל יוסף
21. ד"ר יהודית אלקנה
22. פרופ' ניצה ינאי
23. פרופ' סיליה פסברג
24. ד"ר ניבה אורן
25. עו"ד אביגדור פלדמן

26. עו"ד יוסף וולפסון
27. עו"ד אביאל לינדר
28. עו"ד נפתלי אור-נר
29. עו"ד פרנק אליוט קאהן
30. עו"ד יובל יבנה
31. חנה פרידמן
32. גרשון בסקין
33. אדם קלר
34. אהוד שם טוב
35. פרופ' אורי הדר
36. פרופ' ברכה אטינגר
37. דר' תמר לביא
38. דר' אסתר רפופורט
39. דר' מיה מוכמל
40. דר' שרה קלעי
41. דפנה מרגולין
42. יוסף רייך
43. ענת רפאל
44. ערן נתן
45. שולי ורדימון
46. רות בן אשר
47. גורדון בר סני
48. אילנה לח
49. מימון קהן
50. נעמי רבקה ליפין
51. בתיה לובונשטיין
52. חיה שיר
53. מיכל מנדלסון
54. ריין פרל רבה
55. ענת מכנס מנדלסון
56. אורה נלקן

57. לירונה רוזנטל

58. אהוד רוזנטל

59. רות אל רז

60. ד"ר רורליך דניאל משה

61. ד"ר שורק יורם

62. בלהה גולן

63. הרב יג'רמי מילגרום

64. רמי רונן

65. רינה רוזלר

66. מיכאל (מייק) לוין

67. נעה שמש

68. טל קינג

69. טלי קלגסברון

70. אלון ויסברד

71. מיכל שונברון

72. יוסי גולדמן

73. שולמית הרולד

74. דוד ניר

75. חן משגב

76. מעיין רותם

77. גיא הירשפלד

78. אורי ביתן

79. אמיר ביתן

80. ורד ביתן

81. חמוטל פישמן

82. רבקה ויטנברג

83. רונית רוזנטל

84. יובל הלפרין

85. יעלה כהן

86. דניאל גרימבלט

87. אלזס נתנאל

88. חנה בר"ג רות

89. יעקב מנור

90. נוגה עשת

91. גיא לוי

92. בילו עדה

93. המרמן רחל-רוני

94. דניאלה יואל

95. גדעון ספירו

96. איתן לרנר

97. סטפן לנגפור

98. ניר שלו

99. חיה שלום

100. ענת הופמן

101. תנועת "יש גבול"

102. ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים, ע.ר. 580037430

103. לוחמים לשלום בע"מ, מ.ח. 513797902

104. פרופיל חדש, ע.ר. 580346120

105. קבוצת פסיכואקטיב

106. הועד הציבורי נגד עינוים בישראל, ע.ר. 580168854

107. רופאים לזכויות אדם – ישראל, ע.ר. 580142214

108. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, ע.ר. 580442622

109. משפט ללא גבולות, ע.ר. 580508216

110. שומרי משפט רבנים למען זכויות האדם – ארגון רבנים ציוני למען זכויות האדם בארץ, ע.ר. 580151967

111. מחסוWATCH

112. התנועה הישראלית נגד הריסות בתים, ע.ר. 580327575

113. גוש השלום עמותה למען שלום וזכויות האדם, ע.ר. 580233534

114. הטלוויזיה החברתית – לקידום סדר יום חברתי בישראל, חל"צ מס' 513449504

115. המרכז לאינפורמציה אלטרנטיבית, ע.ר. 580086312

116. הוועד הישראלי למען מזרח תיכון חופשי מנשק אטומי ביולוגי וכימי

117. לאה צמל, ת.ז. 9179694

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או עידו תמרי ו/או כרמל פומרנץ, כולם מרח' יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נ ג ד --

המשיב

ראש המטה הכללי

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יכניס לפקודות הצבא הוראה מחייבת האוסרת על שימוש בחימוש המכיל זרחן לבן במקומות מיושבים.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בפרטיקת לחימה העושה שימוש בחימוש המכיל זרחן לבן אשר הינו חומר בערה השורף כל דבר הבא עימו במגע ואשר עשוי לפעול את פעולתו המבעירה במשך ימים רבים. בשל טבעו של הזרחן הלבן, פגיעתו אינה יכולה להיות ממוקדת ורדיוס פעולתו אינו נשלט ע"י העושה בו שימוש. בשל טבעו האמור, השימוש בו באתרים מיושבים הינו בעל פוטנציאל פגיעה כמעט וודאי באזרחים ובאובייקטים אזרחיים, ולפיכך המדובר בכלי נשק **בלתי מבחין**.

2. בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות לצבא להגביל את פרקטיקת השימוש בחימוש המכיל זרחן לבן לאותם המקרים בהם הסכנה האינהרנטית לשימוש בו – פגיעה באזרחים – תקטן למינימום, וזאת **ע"י איסור ברור וחד משמעי על שימוש בו באתרים מיושבים.**

3. **בדיוק כשם ששימוש בחומרי הדברה רעילים מוגבלים לשטחים חקלאיים פתוחים ואיש לא יעלה על דעתו לרסס מן האויר איזור עירוני רק משום שמפוזרים בקירבו מספר בתים עם בוסתנים, כך השימוש בחימוש המכיל זרחן לבן באיזור שיש בו אזרחים כדי לפגוע בלוחמי היריב המפוזרים בו או כדי ליצור מסך עשן מטעמי טקטיקת לחימה, אינו חוקי ואינו מוסרי.**

4. הצורך בעתירה זו עלה לנוכח השימוש הנרחב, השערורייתי והבלתי מוסרי, לדעתנו, שנעשה במבצע "עופרת יצוקה" (דצמבר 2008-ינואר 2009) שניהל צה"ל ברצועת עזה, בחימוש המכיל זרחן לבן (להלן: "זרחן"). במהלך ההתקפה האמורה הוטלו ע"י צה"ל ברצועת עזה, פצצות רבות המכילות זרחן. מטבע הדברים ובשל היות הרצועה מאוכלסת באזרחים בצפיפות מהגבוהות בעולם, התוצאה הייתה פגיעה נרחבת באזרחים אשר נפגעו חלקם עם הטלת הפצצות וחלקם זמן רב לאחר מכן כאשר האפקט המבעיר של הזרחן היה עדיין פעיל.

5. לצערינו, אנו מציינים בימים אלה למעלה משנתיים לפרוץ המתקפה ועד היום, למיטב ידיעתנו, לא שולבה בפקודות הצבא הוראה האוסרת על שימוש בחימוש המכיל זרחן באתרים אזרחיים. להבנתנו השימוש שעשה צה"ל בזרחן במבצע "עופרת יצוקה" מעלה חשש ממשי כי אינו חוקי וכי הוא מפר את דיני הלחימה:

   א. הבחירה של צה"ל בחימוש הקונקרטי (זרחן), ובאופן השימוש הספציפי בו (תפרושת על פני שטח נרחב) לא איפשרה אבחנה בין מטרות צבאיות ומטרות אזרחיות (אזרחים ואספקה הומניטארית חיונית, שאינם מהווים מטרות צבאיות לגיטימיות). בכך הפר צה"ל לכאורה את עקרון האבחנה שהוא עקרון היסוד וכלל מנהגי של המשפט ההומניטארי הבינלאומי;

ב. השימוש בזרחן סיכן את חייהם של אזרחים, עובדים הומניטאריים וצוותי רפואה, שלא באופן מידתי ליתרון הצבאי שנצפה. בכך צה"ל לכאורה הפר את "עקרון הפרופורציונאליות" שהוא עקרון יסוד וכלל מנהגי של דיני הלחימה הבינלאומיים;

ג. ההתרעה שניתנה לאזרחים באזור ע"י כוחות צה"ל לא הייתה מספקת כדי להיחשב כנקיטה באמצעי זהירות. בכך, בבחירת סוג החימוש, ובבחירת שיטת ההטלה שלו הפר צה"ל לכאורה את חובת הנקיטה באמצעי זהירות שהוא עקרון נגזר של עקרון האבחנה שהוזכר לעיל;

ד. המדובר לא רק בסיכון של פגיעה וחבלה באזרחים, או בעובדה כי זרחן לבן הינו חומר אשר הינו בעל פוטנציאל של פגיעה בלתי מבחינה. המדובר בשימוש בחומר אשר הביא *בפועל* לשרפות ולפגיעות של ממש באזרחים וכן לחבלה בציוד ומזון הומניטאריים חיוניים. זאת ועוד: פיסות בד ("felt wedges") הספוגות בזרחן הוסיפו להיות פעילות משך כעשרים ימים ומעלה לאחר ששוגרו, וכך אירע שהן פגעו גם באזרחים שלא היו באזור הנפגע בעת ההטלה, וחזרו לשם לאחר הפסקת האש. בין הנפגעים בקטגוריה זו ילדים רבים. (פירוט יבוא להלן).

6. אנו יודעים שלא פשוט הדבר לבקש מבית המשפט להתערב בשיטת לוחמה. אנו מנחשים כי המשיבים יקדישו בתגובתם לעתירה פרק המבקש לדחות את העתירה על הסף מטעמי שפיטות ויטענו כי אל לו לבית המשפט להתערב באופן ניהול הקרב ע"י המפקדים הצבאיים. אנו מבקשים להקדים ולומר כי מי שסבור שהמלחמה אינה שפיטה נלחם את המלחמה המשפטית של האתמול. **כיום לא יכול להיות יותר ספק: המלחמה כפופה לחוקים, החוקים נתונים לפרשנות שיפוטית, ופרקטיקות לחימה אינן מצויות מחוץ לחוק אלא מתנהלות במסגרתו. אכן, בית המשפט הנכבד הוא שליח הדין גם בשדה הקרב.** עתירה זו מוגשת בימים של רגיעה (שנקווה כי תימשך ותהפוך עתירה זו לתיאורטית), ואינה מאלצת התערבות בשיקולי המפקדים הצבאיים בזמן שה"פגזים שורקים". העותרים מבקשים מבית המשפט להתערב בשיקולי מפקדי הצבא **כדי להביא לכך שלחימתנו תהיה במסגרת הדין, כדי למנוע מחיילינו וקציננו לעשות שימוש בנשק שבהכרח יפגע בנשים גברים וילדים שאינם מעורבים בלחימה, כדי לצמצם את הסכנה שצה"ל מפר את דיני המלחמה.**

7. אנו סבורים כי איסור על שימוש בחימוש המכיל זרחן במרכזי אוכלוסייה ובאתרים אזרחיים אחרים, מתחייב מהוראותיו של המשפט ההומניטארי הבינלאומי (מדיני הלחימה) ובית המשפט הנכבד מתבקש בעתירה זו להורות לראש המטה הכללי להכניס איסור זה לפקודות הצבא.

ב. הצדדים לעתירה

8. העותר 1 הינו פעיל שלום וחברת התנועה "יש גבול".

9. העותרת 2 הינה שרת החינוך לשעבר וכלת פרס ישראל, מפעל חיים-תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

10. העותרים 3-6 הינם חתני פרס ישראל, לחקר מדעי המדינה, מפעל חיים-תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה, לעיצוב, לצילום, בהתאמה.

11. העותר 7 הינו איש שלום אשר הקים את תנועת "גוש שלום" וחתן פרס הנובל האלטרנטיבי בשנת 2001.

12. העותר 8 הינו משורר, סופר ומבקר ספרות, חתן פרס רוה"מ לוי אשכול לסופרים עבריים.

13. העותרת 9 הינה סופרת ישראלית, כלת פרס מוזיאון ישראל.

14. העותר 10 הינו פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, וחתן פרס צלטנר לחקר המשפט.

15. העותר 11 הינו מנכ"ל העמותה "הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל", חתן פרס רומרו למחויבות לאמת וחרות, ומלמד באוניברסיטת בן גוריון.

16. העותר 12 הינו רב, מנכ"ל לשעבר של העמותה "שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם", וחתן פרס ליבוביץ.

17. העותר 13 הינו פרופסור, מנכ"ל הוועד נגד הריסת בתים, חתן פרס השלום על שם קנט.

18. העותר 14 הינו מייסד "המרכז לאינפורמציה אלטרנטיבית" וחתן פרס הרדיו הצרפתי על ספר חוץ.

19. העותר 15 הינו חבר כנסת לשעבר, ומזכ"ל לשעבר של עמותת "ש.ע.ל – שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים".

20. העותר 16 הינו טייס ממכתב הטייסים.

21. העותרת 17 הינה עורכת דין וחברה בהנהלת מפלגת מר"ץ.

22. העותר 18 הינו חבר מועצת העיר ירושלים.

23. העותר 19 הינו מנהל אגף פיתוח ההון האנושי בשרות התעסוקה, לשעבר.

24. העותר 20 הינו מנהל אגף הבינוי והאחזקה בתי החולים "הדסה".

25. העותרת 21 הינה מלמדת כימיה פיסיקלית באוניברסיטה העברית.

26. העותרת 22 הינה פרופסור לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה באוניברסיטת בן גוריון.

27. העותרת 23 הינה פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

28. העותרת 24 הינה ראש המסלול הרב גילי לחינוך מיוחד בסמינר הקיבוצים.

29. העותרים 30-25 הינם עורכי דין.

30. העותרת 31 הינה מנכ"לית לשעבר של עמותת "הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל".

31. העותר 32 הינו מנכ"ל שותף של מרכז ישראל פלסטין למחקר ומידע.

32. העותר 33 הינו דובר עמותת "גוש השלום".

33. העותר 34 הינו מקים אתר הטלוויזיה החברתית באינטרנט.

34. העותרים 58-35 הינם פרופסורים, רופאים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים, ומטפלים אחרים אשר עוסקים בתחום בריאות הנפש.

35. העותרים 100-59 הינם פעילי ופעילות שלום ישראליים.

36. העותרת 101, תנועת "יש גבול", הינה ארגון שלום ישראלי הפועל בישראל למניעת פשעי מלחמה וסיוע לחיילים וקצינים המסרבים לבצע פקודות שנוגדות את צו מצפונם.

37. העותרות 104-102 הינן ארגוני שלום.

38. העותרת 105, "פסיכואקטיב", הינה קבוצה בת אנשי / נשות בריאות נפש למען זכויות אדם.

39. העותרות 110-106 הינן ארגוני זכויות אדם.

40. העותרת 111, תנועת "מחסום"WATCH", הינה ארגון נגד הכיבוש ובעד זכויות אדם.

41. העותרת 112, "התנועה הישראלית נגד הריסת בתים", הינה ארגון זכויות אדם ופוליטי.

42. העותרת 113, "גוש שלום", הינה ארגון שלום וזכיות אדם.

43. העותרת 114, "הטלוויזיה החברתית", הינה ארגון לשינוי חברתי.

44. העותרת 115, "המרכז לאינפורמציה אלטרנטיבית", הינה ארגון מדיה שפועל למען זכויות אדם.

45. העותר 116, "הוועד הישראלי למען מזרח תיכון חופשי מנשק אטומי ביולוגי וכימי", הינו ארגון נגד נשק להשמדה המונית.

46. העותרת 117, הינה עורכת דין.

47. המשיב הינו ראש המטה הכללי של צבא ההגנה לישראל וככזה הוא משמש כמפקד העל של הצבא וכמו שנושא באחריות לפקודות הניתנות בו גם בעל הסמכות להורות לצה"ל להכניס כל הוראה בפקודות הצבא כמו גם לבטלה.

ג. רקע עובדתי

I. תכונות ומאפיינים כימיים של זרחן לבן, שימושו בחימושים שונים, וסכנותיו

48. חלק זה של כתב העתירה מבוסס על חוו"ד המומחה מר **כריס קוב-סמית'**. מר קוב-סמית' הנ"ל, כפי שניתן לראות בחוו"ד, הינו מומחה צבאי שרכש את הידע הנרחב שלו בנוגע לכלי נשק בשירות צבאי ארוך בצבא הבריטי, בשירות בכוחות או"ם ובמספר רב של חקירות בהן היה מעורב.

חוות-דעתו של מר קוב-סמית מצ"ב ומסומנת נספח 1.

49. הזרחן הלבן הינו חומר כימי סינטטי (שלא קיים בטבע), פעיל מאוד, והמיוצר מפוספטים. מדובר בחומר רעיל.

50. הזרחן הלבן מהסוג שנעשה בו שימוש צבאי הינו חומר המתלקח מיידית ובאופן ספונטני כשהוא בא במגע עם חמצן. הדרך היחידה לכבותו היא להרחיקו ממגע עם אויר (למשל, ע"י הטבעתו במים).

51. כמובן שהבערה עצמה מסוכנת ועשויה לגרום לפציעות, אבל מהזרחן יש סיכונים נוספים: להבת הזרחן יוצרת עשן לבן וסמיך המורכב מחלקיקים זרחניים שהופכים באויר לחומצה זרחנית, ואף היא עשויה לגרום לפציעות קשות לגוף האדם הנחשף לו. שאיפה של החומר עלולה לגרום לכוויות פנימיות. במדריך הצבאי האמריקאי, הזרחן הלבן מתואר כחומר רעיל והמדריך מחייב שימוש במסכה מגינה ומזהיר מפני נגיעה בחומר ללא כיסוי מגן.

52. החימושים המכילים זרחן נישאים בפיסות בד הספוגות בו. בדר"כ עד 15% מהזרחן הספוג באותן פיסות בד נותר בה גם לאחר שהבערה מסתיימת, והמשמעות של הדבר הזה היא שגם פיסת בד שלכאורה אינה פעילה יותר עשויה להתלקח (עם דורכים עליה, מזיזים אותה וכו').

53. לזרחן הלבן שני שימושים צבאיים מוכרים: 1. ליצירת מיסוך; 2. לתאורה.

54. **למיסוך:** הזרחן הלבן מהסוג שבו נעשה שימוש צבאי יוצר כאמור עשן לבן וסמיך ולפיכך הוא חימוש המתאים ליצירת מיסוך להסתרת פעילות כוחות צבאיים. להשגת מטרה זו נעשה שימוש בטיל המכיל 116 פיסות בד טבולות בזרחן. טיל זה משוגר לנקודה כלשהי שבין הכוחות הלוחמים, שם 116 פיסות הבד מוטלות מהאויר ויוצרות "גשם" של אש. **חימוש מסוג זה הוא "נשק-שטח"** – כלומר נשק שאינו פוגע בנקודה אלא האפקט שלו פוגע בשטח שלם.

55. **לתאורה:** חימוש המכיל זרחן יכול לשמש לתאורה וזאת באמצעות פצצות תאורה הנשלחות ומפוצצות באויר. הגובה של הפעלת פצצת התאורה מחושב כך שבמהלך הצניחה של החומר הזרחני (בדרך כלל הפצצה מחוברת למצנח המאט את הנפילה שלה) הוא יבער ויאיר את השטח שתחתיו, אך יכבה לפני נחיתתו על הארץ. <u>איננו עוסקים בעתירה זו בשימוש בפצצות תאורה המכילות זרחן לבן</u>.

<u>II. השימוש בזרחן לבן במבצע "עופרת יצוקה" ברצועת עזה</u>

56. בדו"ח שפרסם בספטמבר 2009 צוות הבדיקה של האו"ם בנושא העימות בעזה בראשות השופט הדרום אפריקאי ריצ'רד גולדסטון (United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, להלן: "דו"ח גולדסטון"), נקבע כי ישראל עשתה שימוש במהלך המתקפה בפצצות המכילות זרחן שהוטלו על מרכזי אוכלוסייה אזרחית (ראו: דו"ח גולדסטון, בין היתר, פרק יב', "השימוש בנשקים מסוימים", חלק א' "זרחן לבן", סע' 887-901 בעמ' 194-196).

עותק מהעמודים הרלבנטיים הנ"ל מהדו"ח האמור מצ"ב ומסומנים <u>נספח 2'</u>.

57. ארגוני זכויות אדם ישראליים וארגוני זכויות אדם בינלאומיים שונים, קבעו קביעות דומות. ראו:

א. דו"ח ארגון אמנסטי אינטרנשיונל, שפורסם ביולי 2009, "Israel/Gaza: Operation 'Cast Lead': 22 days of death and destruction", בין היתר בסע' 1.3 החל בעמ' 27 (להלן "דו"ח אמנסטי");

ב. הדו"ח שהוגש ביוני 2009 לצוות הבדיקה גולדסטון ע"י ארגוני זכויות אדם ישראליים ביניהם "גישה", "האגודה לזכויות האזרח", "עדאללה", "הועד הציבורי נגד עינוים בישראל", "יש דין", "רופאים לזכויות אדם – ישראל", ו"המוקד להגנת הפרט", עמ' 6 (להלן "דו"ח ארגוני זכויות אדם ישראליים");

ג. דו"ח ארגון Human Rights Watch שפורסם במרס 2009, "Rain of Fire: Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza", בעיקר עמ' 11-12, 35-56 (להלן "דו"ח HRW").

עותקים מהפרקים הרלבנטיים מהדו"חות האמורים מצ"ב ומסומנים כלהלן:

הקטעים הרלבנטיים מדו"ח אמנסטי: <u>נספח 3'</u>;

הקטעים הרלבנטיים מדו"ח ארגוני זכויות אדם ישראליים: <u>נספח 4'</u>;

הקטעים הרלבנטיים מדו"ח HRW: נספח 5'.

58. פרסומים רשמיים של מדינת ישראל אישרו במידה רבה את החשד האמור (פירוט יובא בהמשך).

59. להלן מספר דוגמאות של מקרים בהם היה שימוש בזרחן, ע"פ הדו"חות שהוזכרו לעיל:

א. הפגזת מתחם המטה של אונר"א, 15 בינואר 2009: ע"פ הדו"חות, בבוקר ה-15 בינואר 2009, פגזים המכילים זרחן לבן נורו על המתחם. ע"פ הדו"חות, עובדי אונר"א טלפנו פעמים רבות למפקדי צה"ל בבקשה להפסיק את התקיפה לנוכח העובדה כי בעת ההפצצה שהו בו כ-700 אזרחים, ולאור העובדה כי במתחם היו גם מחסנים של מזון הומניטארי וציוד רפואי. הפגזים גרמו לשרפות נרחבות וכתוצאה מהן נפגעו שלושה אזרחים וחלק מהמזון נשרף. שקי קמח שהיו במחסנים המשיכו לבעור משך 12 ימים. (ראו: דו"ח גולדסטון סע' 543-595, עמ' 133-141; דו"ח HRW, עמ' 41-45; דו"ח אמנסטי, עמ' 31-33.)

ב. מתקפה על שכונת תל אל-האווה, כולל בית החולים "אל-קודס", 15 בינואר 2009: ע"פ הדו"חות, בשעות הבוקר ה-15 בינואר 2009 צה"ל החל לירות פגזים המכילים חומר נפץ וזרחן למרכז אזור מגורים בשכונת תל אל-האווה. התקיפה באמצעות חימוש זה נמשכה בחלק זה של העיר עזה כשלוש שעות. המתקפה והשריפות שהוצתו ע"י הזרחן הביאו למותם של ארבעה בני משפחה בעת שנסעו ברכבם. כמו-כן נפגעו מספר אזרחים נוספים, ונגרם נזק משמעותי לבניינים רבים שבמתחם בית החולים אל-קודס של הסהר האדום – בניינים אשר שימשו, בין היתר, כאזור הטיפול בתאונות ובמצבי חירום, אזור חדרי הניתוחים, מחסן האמבולנסים, והארכיון הרפואי של הסהר האדום הפלסטיני. עד לערב, שריפות הזרחן הוצתו מחדש במתחם בית החולים ובקרבתו, וגרמו בין היתר לשריפתם המלאה של שני אמבולנסים ושל מחסן תרופות. המתקפה סיכנה את חייהם של צוות בית החולים ואת חייהם של כ-50 חולים ששהו בו, וכ-500 תושבי השכונה שחיפשו בו מקלט מהמתקפות. ע"פ הדו"חות, המתקפה פרצה מבלי שניתנה התראה. (ראו: דו"ח גולדסטון סע' 596-629, עמ' 141-146; דו"ח HRW, עמ' 39-41; דו"ח אמנסטי, עמ' 33-34.)

הקטעים הרלבנטיים מדו"ח גולדסטון מצ"ב ומסומנים נספח 6'.

ג. מתקפה על בית ספר היסודי של אונר"א בשכונת בית להייה, 17 בינואר 2009: ע"פ הדו"חות, בשעות המוקדמות בבוקר ה-17 בינואר 2009, הטיל צה"ל פגזי זרחן לעבר בית הספר היסודי בבית להייה ולעבר מבנים בקרבתו, כאשר עם

כל נחיתת פגז זרחן פרצה שריפה, ובעת שבניין בית הספר שימש כמקלט לכ-1,600 תושבי האזור. ע"פ תחקיר ארגון זכויות האדם הבינלאומי "HRW" ("היומן רייטס וואטש"), בשעת ההתקפה על בית הספר לא הייתה כל אינדיקציה שלוחמים פלסטיניים נכחו בו או שכוחות קרקעיים של צה"ל מצויים בקירבתו, ולמעשה מהתחקיר עולה כי לא התבצע שום מבצע צה"לי קרקעי בסביבת בית הספר במהלך המבצע כולו. כתוצאה ממתקפת הזרחן על בית הספר, נהרגו שני אחים צעירים, בלאל ומוחמד אלאשקר. אימם (בת ה-28) ובת דודתם (בת ה-18) נפצעו קשה גם הן כאשר פגז זרחן חדר לכיתה בה שהו בעת המתקפה עם כ-30 תושבי האזור, התפוצץ. תוצאת ההפגזות היתה שפוזרו פיסות בד הטבולות בזרחן בכל שטחי בית הספר ובסביבה הסמוכה לו, וכתוצאה מכך נפצעו 12 אזרחים נוספים ונגרם נזק חמור לשוק הסמוך לבית הספר. המתקפה המשיכה בזמן שכבאיות ואמבולנסים הגיעו לסיוע. ע"פ דיווחי ארגון אמנסטי, בביקור נציגיו יומיים לאחר מתקפה זו, וע"פ דיווחי נציגי HRW שביקרו במקום שישה ימים לאחר המתקפה, **פיסות הבד הוסיפו לבעור בחצר בית הספר**. (ראו: דו"ח HRW, עמ' 45-48; דו"ח אמנסטי, עמ' 30-31.)

III. הפגיעות שגרם החימוש הזרחני במבצע "עופרת יצוקה"

60. כאמור, אחת התכונות של הזרחן היא שהוא בוער לאורך זמן ושהוא מבעיר כל דבר הבא במגע עימו. הזרחן מתלקח אוטומטית כאשר הוא נחשף לחמצן והוא ממשיך לבעור עד שהוא מתכלה. בתהליך ההתחמצנות של הזרחן והפיכתו לחומצה זרחנית הוא פולט חום שגורם לשריפה תרמית וכימית. התוצאה של תכונתו זו הינה כי פגיעתו נמשכת זמן רב ולעיתים זמן רב לאחר שוך הקרבות.

61. זאת ועוד: אופן ההטלה של פצצות המכילות זרחן במתקפה האוירית על רצועת עזה יצרה פיזור גדול של החומר המבעיר: הפצצה שבה נעשה שימוש מתפוצצת בגובה מסויים מעל לפני הקרקע והחומר שבה – ובו הזרחן – מתפזר על פני שטח נרחב שכל מה שבו עלול לבוא במגע עם הזרחן וכתוצאה מכך לבעור.

עותק משני תצלומים אשר צולמו ע"י חברת "גטי אימג'ס, בע"מ" ("Getty Images, Inc.") ופורסמו בדו"ח HRW בעמוד השער ובעמוד 23 של הדו"ח, בהתאמה, ואשר מתעדים נפילת פצצות המכילות זרחן במתקפה האוירית על רצועת עזה במבצע "עופרת יצוקה", מצ"ב ומסומנים נספח 7'.

62. ואכן, מרכזים אזרחיים רבים ברצועת עזה נפגעו מהחימוש המכיל זרחן שבו עשה צה"ל שימוש, ובמקרים מסויימים תועדה בערה של חומרי הזרחן עד מספר ימים לאחר

הפסקת האש. אזרחים רבים נפגעו מכוויות ואף חברי הסגל הרפואי בבתי חולים ובמרכזים הרפואיים בעזה נחשפו לחומר במהלך הטיפול בקורבנות הכוויות. אנשי הצוותים הרפואיים סבלו מקשיי נשימה ומכאבים הנובעים מהחשיפה לזרחן (ראו למשל: דו"ח גולדסטון, סע' 598, עמ' 141, סע' 900, עמ' 196). יש לציין כי במהלך המתקפה, צוותים רפואיים פלסטינים רבים ביקשו סיוע מהעותרת מס' 107 בטיפול בנפגעי זרחן מאחר ולא היה להם די ניסיון כדי לזהות את מקור הכוויות ולהבין כיצד לטפל בהן; הנחיות הטיפול בנפגעי זרחן לבן אשר נערכו ע"י מד"א, קרפ"ר, וחמ"ל בריאות, ואשר הועברו ע"י העותרת 107 לצוותים הרפואיים המבקשים, מלמדים על הסכנה שזרחן לבן מהווה הן לנפגעי החומר והן למטפלים בהם.

עותקים מהנחיות אלה מצ"ב ומסומנים נספח 8'.

63. בנוסף, פיסות בד הספוגות בזרחן הוסיפו להיות פעילות משך **כעשרים ימים ומעלה** לאחר ששוגרו, וכך אירע שהן פגעו גם באזרחים שלא היו באזור הנפגע בעת ההטלה, וחזרו לשם לאחר הפסקת האש. בין הנפגעים בקטגוריה זו ילדים רבים. (ראו: דו"ח גולדסטון, סע' 889, עמ' 194-195.)

64. זמן קצר לאחר סיום המבצע, ערכו מומחים מטעם העותרת 107, עמותת "רופאים לזכויות אדם", וארגון "המדיקל רליף הפלסטיני" (להלן: "צוות המומחים"), מחקר נרחב של הפציעות שנגרמו מההתקפה ופרסמו את מסקנותיהם בדו"ח שהתפרסם באפריל 2009. ממצאי הדו"ח כוללים את הקביעה כי אזרחים רבים בעזה, ביניהם ילדים, סבלו מכוויות שנעו בין כוויות קלות ועד כוויות בדרגות חומרה גבוהות. החשד הוא כמובן שהכוויות נגרמו כתוצאה מהחשיפה לזרחן. על פי דיווח שנמסר לצוות המומחים ע"י הרופא ד"ר נאצר אבו שבן, מנהל אגף כוח האדם בבית החולים שיפה בעזה, שם טופלו פצועים רבים במהלך ההתקפה, אזרחים רבים הגיעו לבית החולים עם כוויות שכנראה נגרמו מזרחן לבן. כוויות אלה המשיכו לפלוט עשן לבן והכילו גופים זרים קטנים. ד"ר אבו שבן גם מסר כי במקרים רבים כאשר קורבנות הכוויות שבו לבית החולים לאחר מספר ימים התברר כי הכוויות הוחמרו והפצעים היו עמוקים יותר, וכי לעיתים, כאשר קורבנות כוויות עברו ניתוחים, התגלו פציעות פנימיות ורציניות שעשויות להיות תוצאה של חלקיקי זרחן שנכנסו לתוך הגוף.

65. במילים אחרות, הפגיעה של הזרחן אינה תמיד ניתנת לזיהוי. אופיו הוא כזה שמקשה על הטיפול הרפואי ולעיתים אינו נצפה במלואו ממראה הפציעה החיצונית. לפיכך קרה שפגיעת זרחן לא טופלה באופן מלא ומצב החולה הוחמר לאורך הזמן. אחדים מהנפגעים מתו מפצעיהם (ראו: דו"ח המומחים האמור, עמ' 75-76).

עותקים מהפרקים הרלבנטיים של הדו"ח האמור מצ"ב ומסומנים נספח 9'.

66. צוות המומחים לא יכול היה לבדוק את כל הקורבנות שעלה לגביהם החשד שנפגעו מכוויות זרחן. כמו-כן לא ניתן היה לקבוע באופן מכריע כי הכוויות שנבדקו על-ידי צוות

המומחים אכן נגרמו מזרחן, וזאת בשל פרק הזמן שחלף בין מועד הפציעה לבין המועד שבו נבדקו הנפגעים. זו גם הסיבה שדגימות הרקמה שנשלחו למעבדות מומחים הן בעזה והן בחו"ל לא חזרו עם ממצא חד משמעי: זיהוי וודאי של זרחן שבער ניתן לביצוע רק במהלך השעות הראשונות לאחר המגע עם החומר. עם זאת, לאור העובדה שצוות המומחים גילה כי המאפיינים של הכוויות שנבדקו היו עקביים עם מאפייני כוויות זרחן, בתוספת העובדה כי ארגוני זכויות אדם כגון "HRW" ו"אמנסטי", דיווחו על זיהוי של חימוש המכיל זרחן ע"י המומחים הצבאיים שלהם, ולאור הודאת צה"ל כי עשה שימוש בזרחן במהלך ההתקפה, **צוות המומחים הסיק את המסקנה כי סביר להניח כי כוויות רבות נגרמו ע"י זרחן** (ראו: דו"ח המומחים האמור, עמ' 35-32).

67. נבקש לציין כי בידינו תמונות קשות ביותר המתעדות אזרחים פלסטינים תושבי עזה אשר נפגעו מחומר שנחשד כזרחן לבן במהלך המבצע "עופרת יצוקה". התמונות צולמו בבתי החולים של עזה ונמסרו לידינו ע"י המרכז הפלסטיני לזכויות אדם (Palestinian Centre for Human Rights). לאחר התלבטות קשה, החלטנו שלא לצרף לכתב עתירה זה את התמונות הללו, וזאת בשל האופי המזעזע של הפציעות המתועדות בהן, ובשל הרצון למנוע מהקוראים את הסבל הכרוך בעיון בהן. יחד עם זאת, עותקי התמונות כאמור בידינו, וככל שיהיה בכך צורך נציגן לבית המשפט הנכבד.

IV. תהליך שינוי תורת הלחימה בנוגע לשימוש בזרחן בצה"ל

68. בדו"ח שפרסמה מדינת ישראל (לקראת פרסום דו"ח גולדסטון) ב-29 ביולי 2009, ובעדכון לו שפורסם ב-19 ביולי 2010, המופיעים שניהם באתר האינטרנט של משרד החוץ ("**המבצע בעזה: היבטים עובדתיים ומשפטיים**", ו"**חקירות מבצע 'עופרת יצוקה' ברצועת עזה: עדכון שני**", בהתאמה), טענה המדינה כי השימוש בזרחן נעשה למטרות מיסוך וכי לא הייתה כוונה לעשות בו שימוש לצרכי הבערה.

69. בנוסף, עדכנה המדינה כי מתנהל תהליך של הטמעת תורת לחימה ופקודות חדשות בכל הנוגע לשימוש באמצעי הלחימה השונים אשר מכילים זרחן. בפרט, בדו"ח מחודש יולי 2009 (אשר פורסם למיטב ידיעתנו רק באנגלית, להלן: "דו"ח יולי 2009") נאמר כי המשיב הורה כדלהלן (סע' 430, עמ' 151):

> *"Lt. Gen. Ashkenazi ordered that any use of phosphorus for purposes other than smoke obscuration be treated as exceptional, in order to minimize the risk to civilians".*

70. הן בדו"ח יולי 2009, והן בעדכון השני שפורסם שנה לאחר מכן בחודש יולי 2010, עדכנה המדינה כי הוראות אלה עודן נמצאות בתהליך של הסדרה (שם; עדכון שני, סע' 157(ג), עמ' 31).

עותקים מהפרקים הרלבנטיים מהדו"חות האמורים מצ"ב ומסומנים נספח 10'.

71. טענת העותרים בעתירה זו הינה כי עדכוני המדינה – אם וככל שהם ממצים את תגובת צה"ל לטענות על אי-חוקיות השימוש בחימוש המכיל זרחן באתרים אזרחיים – **אינם מספיקים ורחוקים מלהיות מספקים.**

72. בהמשך נפרט מדוע להבנת העותרים המשפטית חובת המשיב **לאסור כל שימוש בזרחן באתרים אזרחיים**.

V. הפנייה למשיב ומיצוי הליכים

73. ביום 25.11.10 פנו ב"כ העותרים הח"מ בכתב למשיב, בדרישה שיורה על הכנסת פקודה לפקודות הצבא האוסרת על שימוש בזרחן לבן ולכל מטרה באזורים מיושבים ובאתרים אזרחיים אחרים, וכן על כל שימוש בחימוש המכיל זרחן לבן בכל מצב שקיים אמצעי לחימה חלופי שמסכן פחות בני אדם והמסוגל להשיג יתרון צבאי זהה או דומה. עותק של המכתב גם שוגר לפרקליט הצבאי הראשי.

עותק של מכתב ב"כ העותרים הח"מ מיום 25.11.2010, מצ"ב ומסומן נספח 11'.

74. משהמכתב לא נענה, שיגרו ב"כ העותרים הח"מ, בתאריך 13.12.10, מכתב נוסף למשיב ולפרקליט הצבאי הראשי.

עותק של המכתב הנוסף מיום 13.12.2010, מצ"ב ומסומן נספח 12'.

75. ביום 27.12.10, נתקבל במשרדי הח"מ מכתב מלשכתו של המשיב, המודיע על העברת הפנייה מיום 25.11.10 לבדיקת הפרקליטות הצבאית, ועדכן כי האחרון ישיב במישרין לב"כ העותרים הח"מ.

עותק של מכתב המשיב מיום 26.12.2010, מצ"ב ומסומן נספח 13'.

76. ביום 27.2.11, נתקבל במשרדי הח"מ מכתב מתוארך מיום 20.2.11, ממחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית, המפרט את העמדה המשפטית של צבא ההגנה לישראל בנושא השימוש בזרחן לבן, והמבהיר כי אין בכוונת צה"ל לאסור באופן מוחלט את השימוש בחימוש המכיל זרחן, אף באזורים מיושבים ובאתרים אזרחים אחרים, וזאת, על פי הכתוב במכתב זה, מכיוון שהפרשנות של צה"ל למשפט הבינלאומי איננה מחייבת איסור מוחלט של השימוש כאמור. בנוסף, מכתב זה מפנה את ב"כ העותרים הח"מ למסמך שפורסם על-ידי המדינה בחודש יולי 2009 בעניין ההיבטים המשפטיים והעובדתיים של מבצע "עופרת יצוקה", המרחיב על עמדת צה"ל בעניין, והמוזכר בעתירה זו, החל מסעיף 32.

עותק של המכתב ממפקדתו של הפרקליט הצבאי הראשי מיום 20.2.2011, מצ"ב ומסומן נספח 14'.

77. מכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

כללי

78. כאמור בפתח דברינו, עמדת העותרים הינה כי השימוש שנעשה בזרחן לבן במבצע "עופרת יצוקה" באזורים מאוכלסים מהווה הפרה של הוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי (בחלקו העוסק בדיני הלחימה). לפיכך, טענת העותרים היא כי בכדי שפעולות צה"ל יתיישבו עם דיני הלחינה אותם נפרט להלן, על ראש המטה הכללי להורות על איסור מוחלט של שימוש בחימוש המכיל זרחן באזורים מיושבים ובאתרים אזרחיים אחרים.

79. ראשית, כפי שייטען להלן, ההגבלות על השימוש בחימוש המכיל חומר מבעיר בעינן עומדות בין אם כוונת השימוש היא לגרום להבערה ובין אם כוונת השימוש היא אחרת (ליצור מיסוך, ליצור סימון עבור כוחות אחרים או כל מטרה אחרת).

80. שנית, הצעדים הננקטים בנוגע לתו"ל (תורת לחימה) השימוש בזרחן, ושעליהם הוכרז בעדכונים שהוזכרו לעיל, לא ימנעו שימוש אסור מבחינה משפטית בחימוש זה. לפי העדכונים, השינויים היחידים שיוטמעו הם לגבי שימוש בזרחן שלא למטרות מיסוך. כפי שייטען – מטרת השימוש אינה רלבנטית להיקף המגבלות על השימוש. **המגבלות נובעות מהסכנות ולא מהכוונות של הכוח שעושה בו שימוש.**

81. להבנתנו, היעדרה של פקודה האוסרת שימוש בזרחן באזורים מיושבים הינה מציאות פיקודית המאפשרת הפרה במקביל של מספר חובות המוטלות על צה"ל כגוף לוחם:

א. החובה הנגזרת מ**כלל האבחנה** בין לוחמים ואזרחים;

ב. הכלל המחייב **פרופורציונאליות** (מידתיות) בשימוש בכוח;

ג. וכן החובה של הצבא **נקיטה באמצעי זהירות** בהתקפה – שהיא חובה הנגזרת משני העקרונות הקודמים, אך מהווה בנוסף חובה עצמאית העומדת על רגליה שלה.

82. כל אחד משלושת העקרונות האמורים הינם במעמד של כללים מנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי שאף קיבל ביטוי בקודיפיקציה של שדה משפטי זה.

83. כמובן שכל אחד מהעקרונות הללו התפתח על מצע מוסרי ומשפטי כלל-אנושי, ודומה שחוסר המוסריות שבהפרתם של כללים האמורים בולט ומובן מעצמו עד שכמעט אין צורך להסבירו. נאמר רק ש"כלל האבחנה", "עקרון הפרופורציונאליות" ו"חובת הנקיטה באמצעי זהירות", הם כולם משרתיה של מטרת-העל של המשפט ההומניטארי – **הקטנת הסבל הנגרם לאוכלוסיה אזרחית בעת סכסוכים מזוינים**. בפריזמה הזו יש לראות את העקרונות האמורים ואת הפרתם, כפי שזו באה לידי ביטוי בשימוש בזרחן לבן נשוא עתירה זו.

84. יצוין בנוסף, שהיעדר הפקודה המבוקשת מסבך את חיילי צה"ל ומפקדיו בביצוע עבירות בינלאומיות אשר בגינן הם עלולים למצוא עצמם נרדפים בידי בתי-משפט זרים ו/או טריבונלים בינלאומיים (ראו למשל, את סעיף 8(2)(b)(iv) של חוקת רומא של בית המשפט הפלילי הבינלאומי, המגדיר פשע מלחמה מסוג גרימה מודעת של נזק נלווה ובלתי פרופורציוני לאזרחים או לאובייקטים אזרחיים). שילוב פקודה אשר תסייע לחיילי וקציני צה"ל להימנע מפעולות לחימה שעלולות להעמידם בסכנות משפטיות חמורות, כדוגמת הפקודה נשוא עתירה זו, אמורים לפיכך להיות אינטרס של המשיב עצמו המעוניין להגן על חיילי וקציני הצבא.

85. ועוד לפני הניתוח המשפטי נבקש לציין את הנקודה הבאה: אין ספק כי יש מצבים בהם השימוש בזרחן לבן הינו יעיל מהבחינה הצבאית. כך הדבר עם שימוש בזרחן לצורך מיסוך המיועד להגן על כוחות הצבא כאשר נחשפים לסכנה ממשית. אולם, השימוש במרכזי אוכלוסייה בזרחן, חומר אשר ידוע כחומר מבעיר ומסוכן ביותר לכל מי שבא במגע עמו, ובחימוש אשר אינו מסוגל להבחין בין לוחמים ומטרות צבאיות לגיטימיות לבין אזרחים ומטרות לא צבאיות, אינו יכול לעמוד בדרישות של עקרון האבחנה של המשפט ההומניטארי. זאת ועוד, שימוש זה אינו יכול להתיישב עם עקרון המידתיות **כל עוד קיים חימוש אלטרנטיבי ויעיל שיכול לשרת את הכוחות באופן זהה או דומה לחומר המסוכן, כפי שנקבע בדו"ח גולדסטון וכפי שהבהיר המומחה קובס-סמית בחוות דעתו המוזכרת לעיל**. כאשר השימוש בזרחן נעשה ללא התרעה מספיקה, כפי שנטען בדו"חות הרבים שהוזכרו לעיל, בין היתר, הוא מהווה הפרה נוספת, וזאת של החובה לנקוט באמצעי זהירות.

86. לפני שנפנה לבחינת שלושת העקרונות שלדידנו השימוש בזרחן נשוא עתירה זו מפר, נפרט להלן את הסטאטוס המיוחד לנשקים מבעירים במשפט הבינלאומי.

הפרוטוקול השלישי על איסורים והגבלות על שימוש בנשק מבעיר

87. הפרוטוקול השלישי על איסורים או הגבלות על השימוש בנשק מבעיר, הנספח לאמנת ג'נבה על כלי נשק קונבנציונליים מסוימים, 1980 –

Convention on Certain Conventional Weapons, **Protocol III, Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons, Geneva 1980**

(להלן "הפרוטוקול השלישי") – מגביל את השימוש בנשקים מבעירים ("incendiary weapons") אשר מיועדים בעיקר להבעיר חפצים או לגרום לאנשים פציעת שריפה.

88. **<u>הוראות הפרוטוקול:</u>** הגדרת נשק מבעיר בסעיף 1 בפרוטוקול השלישי קובע כי נשק מבעיר הוא נשק או חימוש הגורם לבערה וכוויות ע"י להבה או חום הנוצרים מריאקציה כימית. להלן נוסח ההגדרה:

> ***"Incendiary weapon"*** *means any weapon or munition which is primarily designed to set fire to objects or to cause burn injury to persons through the action of flame, heat, or combination thereof, produced by a chemical reaction of a substance delivered on the target.*
>
> *(a) Incendiary weapons can take the form of, for example, flame throwers, fougasses, shells, rockets, grenades, mines, bombs and other containers of incendiary substances.*
>
> *(b) Incendiary weapons do not include:*
>
> *(i) Munitions which may have incidental incendiary effects, such as illuminants, tracers, smoke or signalling systems;*
>
> *(ii) Munitions designed to combine penetration, blast or fragmentation effects with an additional incendiary effect, such as armour-piercing projectiles, fragmentation shells, explosive bombs and similar combined-effects munitions in which the incendiary effect is not specifically designed to cause burn injury to persons, but to be used against military objectives, such as armoured vehicles, aircraft and installations or facilities.*

89. הפרוטוקול השלישי, וההוראות הרלבנטיות באמנת ג'נבה הרביעית (ובפרוטוקולים הנספחים לה), נולדו כולם מהעקרונות שהוזכרו לעיל, שהינם עקרונות מנהגיים, ולפיכך

מחייבים את כל אומות העולם. הפרוטוקול השלישי, במובן זה, אינו מחדש והוא רק מכריז על עקרונות משפטיים שהיו מנהגיים עוד טרם כניסתו לתוקף. לפיכך, יש לראות בפרוטוקול כיוצר חזקה שהחימושים המנויים בו מהווים נשק חסר הבחנה, ולפיכך, כי השימוש בהם חייב להיות מוגבל ככל הניתן כדי למנוע סבל מיותר לאזרחים, לאובייקטים אזרחיים ולסביבה הטבעית. במילים אחרות: **החזקה היא כי שימוש בחימושים / כלי נשק, העונים על ההגדרה של הפרוטוקול השלישי באזור בו ישנם אזרחים, מפר את עקרון ההבחנה.**

90. בדומה, כאשר מדובר על "נשק מבעיר" לפי הגדרת הפרוטוקול, המגבלות על השימוש בו הינן, בין היתר, אלו (סעיף 2, התרגום וההדגשות שלנו; מ.ס., א.ש.):

א. כי אוכלוסיית האזרחים לא תהיה מטרה לתקיפה באמצעות נשק מבעיר;

ב. <u>כי לא יהיה שימוש בנשק מבעיר בהטלה מהאוויר כנגד כל מטרה צבאית הממוקמת במרכז אוכלוסייה;</u>

ג. <u>כי כל שימוש בנשק מבעיר כנגד כל מטרה צבאית הממוקמת במרכז אוכלוסייה, גם שלא בהטלה מהאוויר, אסור, אלא אם כן המטרה הצבאית מופרדת באופן מובהק מריכוז האוכלוסייה ואמצעי הזהירות האפשריים ננקטים;</u>

ד. כי הסביבה הטבעית לא תהווה מטרה לתקיפה (אלא אם האלמנטים הטבעיים משמשים כהסתרה או הסוואה למטרה צבאית).

91. אומנם ישראל אינה צד לפרוטוקול השלישי, אך העובדה כי ישנן 107 מדינות החתומות על הפרוטוקול, ואף חשוב מזה - העובדה כי הפרוטוקול הוא הלכה למעשה יישום של מספר דוקטרינות של המשפט הבינלאומי המנהגי (בכלל זה עקרונות ההבחנה, המידתיות, והנקיטה באמצעי זהירות, אשר יפורטו להלן), **מצדיקות קביעה כי הוראות הפרוטוקול הינן מנהגיות ולפיכך מחייבות גם את ישראל.**

92. בדו"ח יולי 2009 שהוזכר לעיל, טענה מדינת ישראל כי החל מה-7 בינואר 2009 התקבלה החלטה כי צה"ל ימנע משימוש בתחמושות מתפוצצות על מנת לצמצם את הסיכון לחייהם של אזרחים בעזה. למרות זאת, דיווחו מספר ארגוני זכויות אדם וכן דווח בדו"ח גולדסטון כי זו לא הייתה המציאות בפועל, ונאספו ראיות לפיהן היו מספר מקרים בהם צה"ל הוסיף לעשות שימוש בזרחן בנשקים מסוג זה גם לאחר ה-7 בינואר.

93. באותו דו"ח של מדינת ישראל מיולי 2009, דווח כי המשיב הורה על הפסקת השימוש בכל אמצעי לחימה המכיל זרחן, **מלבד לצורך מיסוך עשן**, כמצוטט לעיל. כאמור לעיל <u>הוראה</u>

זו אינה מספקת ואינה עונה לקשת המגבלות שמחייב הפרוטוקול השלישי ומחייבים העקרונות המנהגיים של דיני הלחימה הבינלאומיים.

94. **תחולת הפרוטוקול על חימוש המכיל זרחן:** אין ספק כי הזרחן הלבן בתחמושות מתפוצצות מתאים לרישא של הגדרת הפרוטוקול, שכן מדובר בנשק המבעיר את היעד באמצעות חום שנוצר כתוצאה מריאקציה כימית.

95. עמדת המשיב, כפי שהופיעה בדו"חות העדכון היא כי החימוש המכיל זרחן "נהנה" מהחריג הקבוע בסעיף (b)(i) להגדרה, קרי, כי מדובר בנשק שהאפקט המבעיר שבו הוא מקרי ("incidental"), למטרתו המרכזית – מיסוך ("smoke/screening").

96. **לא זו אף זו: המשיב גוזר את המטרה המרכזית ואת האפקט המשני בהתאם לכוונות השימוש בחימוש.**

97. העותרים כופרים הן בשיטת הבחינה של המשיב והן בתוצאתה.

98. ראשית, את השאלה האם חימוש או נשק מסויים נכלל בהגדרה או בחריגיה, אין לבחון בהתאם למוטיבציות הספציפיות של השימוש בו אלא בהתאם לתכונותיו הקבועות. הפרוטוקול השלישי יוצר סטטוס – "נשק מבעיר" - ונשק וחימוש יכולים להיות בסטטוס הזה או לא. אין חשיבות ואין הגיון משפטי לאפשר תנודה בין הסטטוסים בהתאם למוטיבציה של הלוחץ על כפתור השימוש בנשק. פצצה גרעינית היא נשק להשמדת המונים גם אם נעשה בה שימוש באמצע מדבר ריק מבני אדם כדי לגרום למכתש גדול. זרחן הוא "נשק מבעיר" או אינו "נשק מבעיר" ללא תלות בשאלה למה נעשה בו שימוש.

99. עתה נעבור לשאלה האם האפקט המבעיר של הזרחן הוא משני או מרכזי. להבנתנו כוונת מנסחי הפרוטוקול השלישי הייתה למנוע תחולתו על כלי נשק "רגילים" שעלולים להצית אש באופן מקרי, **אך לא על חומרים שתכונתם המרכזית והראשונית היא התלקחות והצתת בערה בכל דבר שבא עימם במגע.** כך למשל, מסכימים העותרים כי כדורים "נותבים", המכילים חומר זורח המאפשר לראות את מסלולם בשעות החשיכה, והעשויים בנסיבות מסויימות לגרום לבערה, תכונתם המבעירה היא מקרית ומשנית, ולכן הפרוטוקול השלישי לא חל עליו. כך גם הדבר באשר לפצצות עשן בצבעים שונים. תכונתם המרכזית היא יצירת עשן, ובנסיבות מסויימות הם עלולים אף להצית אש ולגרום לבערה. פוטנציאל ההצתה שלהם אינה תכונתם המרכזית.

100. לא כך הדבר עם פצצות המכילות בדים הספוגים בזרחן. אלה בוערים מיד עם היחשפותם לחמצן ומבעירים את כל המצוי על הקרקע שבו הם נוחתים. הם ממשיכים לבעור ולהבעיר במשך ימים ארוכים. אין לומר שהבערה היא תכונה נלווית לזרחן: היא תכונתו המרכזית. יצירת עשן היא תכונתו המשנית.

101. ואף אם נסכים לצורך הטיעון כי השימוש בזרחן לבן כאמצעי מיסוך עשן אינו נופל בגדר הנשקים המבעירים האסורים בפרוטוקול, היות וההשפעות המבעירות של אמצעי מיסוך עשן הינן משניות, עדיין כל שימוש באמצעי זה חייב לעמוד בקריטריונים של העקרונות המרכזיים של דיני הלחימה. במילים אחרות: **העובדה שחימוש כלשהו עומד ברישא להגדרת נשק מבעיר אך נחלץ בזכות החריגים, אינו מבטל את חובת השימוש בו לעמוד במבחני העקרונות הכלליים של דיני הלחימה** (עקרון האבחנה, עקרון הפרופורציונאליות, חובת הנקיטה באמצעי זהירות).

102. לעניין זה יש להדגיש: הפרוטוקול השלישי הוא חלק ממגמה להסדרתם במשפט הבינלאומי של איסורים והגבלות על השימוש בסוגי נשקים מסוימים, ביניהם "נשקים אזוריים" ("area weapons"), ובהתאם לאמור בפתיח לרובם – <u>אין הם מחליפים את האיסורים הקבועים בעקרונות הכלליים של הדין ההוניטארי אלא מוסיפים עליהם.</u> לעניין זה ראו למשל את האמור באמנה בדבר פצצות מצרר, משנת 2008 (Convention on Cluster Munitions), שנכנסה באוקטובר האחרון לתוקף. אמנה זו אוסרת ללא סייג את השימוש בפצצות מצרר, את הפיתוח, הייצור, הרכישה, הסחר, ההחזקה או ההעברה שלהן. בהקדמה לאמנה הזכירו המנסחים כי במקרים אשר לא נכנסים למסגרת הוראותיה, או למסגרתם של הסכמים בינלאומיים אחרים, האזרחים והלוחמים מוסיפים להיות מוגנים על ידי עקרונות המשפט הבינלאומי, הנגזרים מהנוהג, מעקרונות האנושיות, ומ"צו מצפונו של הציבור":

> "Reaffirming *that in cases not covered by this Convention or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law, derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience."*

103. עוד מודגש בהקדמה כי השימוש בחימוש אינו בלתי מוגבל, אלא שהצדדים לכל סכסוך חמוש מחויבים להבחין בכל עת בין אוכלוסיית האזרחים ולוחמים, ובין אובייקטים אזרחיים ומטרות צבאיות, וכי אמצעי זהירות יינקטו כדי להגן על אוכלוסיית האזרחים – במילים אחרות, "עקרון האבחנה" ו"החובה לנקוט באמצעי זהירות":

> *"Basing themselves on the principles and rules of international humanitarian law, in particular the principle that the right of parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, and the rules that the parties to a conflict shall at all times distinguish*

between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly direct their operations against military objectives only, that in the conduct of military operations constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects and that the civilian population and individual civilians enjoy general protection against dangers arising from military operations."

104. הוראות דומות יש גם באמנות האחרות המגבילות או אוסרות שימוש בכלי נשק מסויימים. באמנת ג'נבה בדבר איסור והגבלה של שימוש בכלי נשק מסויימים, 1980 – שהפרוטוקול השלישי בו עסקינן הוא נספח לו, נאמרו הדברים באופן ברור:

Article 2

Relations with other international agreements

Nothing in this Convention or its annexed Protocols shall be interpreted as detracting from other obligations imposed upon the High Contracting Parties by international humanitarian law applicable in armed conflict.

105. מכל אלה ניתן ללמוד שאיסורים ספיציפיים והגבלות קונקרטיות על שימוש בסוגי נשק אינם מחליפים את ההגבלות והאיסורים הנובעים מהעקרונות הכלליים שיפורטו להלן.

106. להלן ננתח את הפרת העקרונות האלו.

הפרת עקרון הבסיס (עקרון האבחנה)

107. כלל האבחנה הוא "סיבת קיומו" (Raison d'Etre) של ענף דיני הלחימה. העקרון מחייב אבחנה בין לוחמים ואזרחים בעת לחימה ואוסר על פגיעה באזרחים.

108. קצרה היריעה מלאזכר את כל המקורות המציינים את חשיבותו של העקרון ואת מרכזיותו בין העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי המנהגי, אולם ברור כי מינקותו של ענף דיני המלחמה המודרניים כלל שדה משפטי זה, כעקרון-על מתווה-כל, את הרעיון המרכזי של אבחנה בין לוחמים ואזרחים.

109. העקרון הבסיסי האמור קיבל ביטוי קודיפיקטיבי כבר במאה ה-19 בהכרזת סנט פטרסבורג, אשר קבעה כי המטרה הלגיטימית היחידה של המדינות בעת מלחמה היא החלשת הכוחות הלוחמים של האויב. ראו:

Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868.

110. הזכות להרוג אויב, העומדת ללוחמים, הוגבלה להריגת לוחמים של היריב גם בכללים הנספחים לאמנת האג, אשר קבעו כי כל כוח לוחם חייב לכבד חיי אזרחים המצויים תחת שליטתו (ראו: כלל 46 לכללים הנספחים לאמנת האג הרביעית בדבר כלליה ונהגיה של המלחמה ביבשה 1907, וכן ראו כלל 25 האוסר על הפגזה וירי של ערים וכפרים).

111. אמנות ג'נבה משנת 1949 העניקו הגנה חזקה וקונקרטית יותר וכן מערך של זכויות לאוכלוסיה האזרחית הנקלעת לעימות מזוין בינלאומי. הדבר נעשה בסעיף 3 המשותף לכל ארבע אמנות ג'נבה, הקובע סטנדרט מינימאלי של התנהגות כלפי מי שאינו משתתף באופן ישיר בלחימה, וכמובן שנקבע שם כי חל איסור מוחלט על פגיעה פיזית בהם. הסעיף הרחיב את ההגנה וקבע, כי מלבד אזרחים גם לוחמים שנפצעו, חלו או נכנעו ואינם משתתפים עוד בלחימה ייהנו מיחס אנושי. מאז נהוג לומר כי עקרון האבחנה אינו מתייחס רק לאבחנה בין לוחמים ואזרחים אלא בין **לוחמים ומי שאינם לוחמים**. בפרוטוקולים כבר הוזכר עקרון האבחנה באופן מפורש ואף הוגדר באופן שלא מתיר מקום לספק, כפי שייראה להלן.

112. עוד נזכיר כי בשנת 1969 פרסם המוסד למשפט בינלאומי (Institute of International Law – מוסד בלתי רשמי המאגד את צמרת המשפטנים הבינלאומיים והנהנה מיוקרה רבה ביותר) את "החלטת אדינבורו בדבר האבחנה בין מטרות צבאיות ובלתי צבאיות ובדבר בעיות הקשורות לנשק להשמדה המונית" אשר הפתיחה בה מכריזה כך (ההדגשה שלנו; מ.ס., א.ש.):

> *113. "[The IIL] Notes that the following rules form part of the principles to be observed in armed conflicts by any* de jure *or* de facto *government, or by any other authority responsible for the conduct of hostilities:*
>
> *114. 1. The obligation to respect the distinction between military objectives and non-military objectives as well as between persons participating in the hostilities and*

members of the civilian population ***remains a fundamental principle of the international law in force."***

115. על-כן, האמור בסעיף 48 לפרוטוקול הראשון הינו הכרזה על משפט בינלאומי נוהג, וסעיף זה, הפותח את החלק העוסק בהגנה מפני תוצאות הלחימה ושכותרתו "Basic Rule", אינו משאיר מקום לספק (ההדגשה שלנו ; מ.ס., א.ש.) :

> *"In order to ensure respect for the protection of the civilian population and civilian objects, the parties to the conflict* ***shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.****"*

116. מנהגיותו של העקרון אינה מוטלת בספק כיום וכך גם לא מרכזיותו, ולמעשה אין מדינה בעולם הטוענת כנגד העקרון או כנגד היותו משפט בינלאומי מנהגי מחייב. לעניין זה ראו :

C. Greenwood, "Customary Law Status of the Protocols", in: **Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead** (Delissen & Tanja, Eds., 1991) 93, p. 108.

117. האוגדן "משפט הומניטארי בינלאומי מנהגי" שהוציא הצלב האדום הבינלאומי לאחר שנים של הכנה (פרסום אשר מתיימר לרכז את כל הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטארי ואשר הוכן על-ידי גדולי המומחים למשפט בינלאומי הומניטארי), כולל בחלקו הראשון וככלל ראשון של ענף משפטי זה את כלל האבחנה ראו :

J. Henckaerts & L. Doswald-Back (Eds.), **Customary International Humanitarian Law**: **Vol. I: Rules** (ICRC & Cambridge Univ. Press, 2005), pp. 3-24 (Rules 1-6)

(להלן : "האוגדן".)

118. האוגדן מציין שלושה רכיבים לכלל האבחנה וקובע כי כל אחד מהם הוא כלל מנהגי עצמאי והם מחזקים זה את זה וחלים במקביל. ואלה שלושת המרכיבים :

א. חובת הצדדים להבחין בכל עת בין לוחמים ואזרחים ;

ב. החובה לכוון את ההתקפות לעבר לוחמים בלבד;

ג. האיסור לכוון התקפות לעבר אזרחים.

(שם, עמ' 3.)

119. העקרון, אם-כן, מטיל חובה על הכוחות הלוחמים לאבחן בין אזרחים ולוחמים ובין מטרות אזרחיות ומטרות צבאיות. על הכוח הלוחם לעשות מאמץ שלא לפגוע במטרות אזרחיות, ודיני המלחמה אוסרים עליו להשתמש באמצעים שהוא יודע כי אין הם מסוגלים להבחין כאמור (למשל, על-כן נאמר כי שימוש בנשק הפלאשט – פצצות המפזרות חיצי מתכת ויוצרות "רדיוס של הרג" הינו אסור, לכל הפחות בסביבה אזרחית, בשל היותו נשק שלא מסוגל להבחין בין מטרות צבאיות ואזרחיות).

120. קשה להפריז בחשיבותו של עקרון האבחנה. המשפט הבינלאומי לא רק מאפשר אלא גם מתיר ומכשיר הריגה של בני-אדם בסיטואציה שאינה בהכרח של הגנה עצמית ו/או צורך. הדבר מתאפשר אך ורק בשל ההנחה כי הנפגע הינו לוחם. האידך גיסא של הרישיון הזה להרוג הוא עקרון האבחנה, ממנו נגזרת חובה חדה וברורה להבחין בין לוחמים ומי שאינם לוחמים.

121. החובות הנגזרות מעקרון האבחנה מתפזרות על-פני כל קשת הפעולות המתבצעות במהלך הקרב. בחירת המטרות, בחירת כלי הנשק, צורת הפעלת הכוח, אופן השימוש בכלי הנשק שנבחרו, כל אלה חייבים להיעשות תוך מודעות ושימת דגש על עקרון האבחנה כשהוא מהווה עקרון מנחה ראשון במעלה.

122. **מן הכלל אל הפרט:** כאמור לעיל, הזרחן הלבן הינו חומר מבעיר ובעל תכונות ומאפיינים ההופכים אותו לחומר שעלול לגרום לפציעות קשות, ואף למוות, של הבאים עימו במגע. הזרחן יוצר במגעו עם גוף האדם שריפה עמוקה לתוך רקמות העור, ועל ידי שאיפה או בליעה גורם לבערה פנימית הפוגעת באיברים פנימיים. חשיפה נרחבת על ידי שריפה, שאיפה או בליעה היא, כמובן, קטלנית.

123. כאמור לעיל, הזרחן מבצע את פעולת הבערה לאורך זמן ועל-כן, שלא כמו חימוש קונבנציונאלי, הוא בעל השפעה קטלנית גם זמן רב לאחר ששוגר.

124. היות שכך, מדובר בחומר שיש לו פוטנציאל גדול של פגיעה בלתי מבחינה. גם כאשר הוא מכוון כלפי מטרות לגיטימיות (צבאיות) הוא עשוי בסופו של דבר לפגוע באזרחים, אם יש כאלה בקרבת אזור. **פיזור נרחב של הזרחן באזור שיש בו אזרחים כמוהו כפיזור נרחב של פצצות מצרר – הוא גורם לפגיעה ברדיוס ללא אבחנה בין מטרות צבאיות ואזרחיות.**

125. בדו"ח המדינה מיולי 2009 (סע' 415 ו-416) נטען כי השימוש שביצע צה"ל בזרחן כאמצעי מיסוך במבצע "עופרת יצוקה" לא הפר את עקרון ההבחנה מכיוון שהשימוש לא כוון למטרה מסוימת – לא אזרחים ולא מטרות צבאיות, אלא נועד להגן על כוחות צה"ל

בלבד. טענה זו, בכבוד הראוי, לאו טענה היא. אכן, אסור לכוון נשק מבעיר ובכללו זרחן, לעבר אזרחים, בדיוק כשם שאסור לכוון כל נשק לעבר אזרחים בכוונת מכוון. העובדה שמטרת השימוש לא הייתה פגיעה באזרחים אינה מוכיחה כי עקרון האבחנה לא הופר. עקרון האבחנה מופר כאשר השימוש הוא כזה **שמטבעו** אינו מאפשר אבחנה.

126. עוד נזכיר את כלל 71 באוגדן: כלל זה מכיר ב<u>איסור הקיים במשפט הבינלאומי המנהגי על שימוש בנשק **שמטבעו אינו מבחין**</u>. כלל 71 מבוסס על עקרונות יסוד של המשפט ההומניטארי (שעברו קודיפיקציה בפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה, סע' 51(4) ובאמנת רומא - חוקת בית המשפט הפלילי הבינלאומי), וכן על החלטות של העצרת הכללית של האו"ם ושל כנסים בינלאומיים (כגון הכנסים הבינלאומי ה-22, ה-24 וה-26 של הצלב האדום בשנות 1973, 1981 ו-1995, בהתאמה; ההכרזה הסופית של כנס העיון השני של הצדדים לאמנת ג'נבה על כלי נשק קונבנציונליים מסוימים בשנת 2001; וההכרזה הסופית של כנס הפרלמנט האפריקני בעניין המשפט ההומניטארי בדבר הגנת אזרחים בשעת סכסוך חמוש בשנת 2002). בנוסף, כלל 71 מסתמך על פרקטיקה של מדינות רבות (ביניהן ארה"ב, אוסטרליה, קנדה, גרמניה, צרפת, ואף ישראל – ראו: המדריך הצבאי בדבר דיני המלחמה בשדה הקרב (1998), עמ' 45-17,35); המדריך הצבאי בדבר דיני המלחמה בשדה הקרב (2006), עמ' 28-23, ובעיקר עמ' 26.

127. כך למשל, מדריך חיל האויר של ארה"ב מגדיר "נשק שאינו מבחין" כנשק אשר לא ניתן לשלוט בו, באמצעות תכנון או תפקוד, ולכן לא ניתן לכוון אותו בוודאות לעבר מטרות צבאיות. המדריך של חיל האוויר האמריקאי מפרט כי בנסיבות מסויימות השימוש בנשק כזה אסור. כמו כן, המדריך מסביר כי יש נשקים אשר ניתן לשלוט בהם ולכוון אותם למטרות צבאיות בלבד, אך אף על פי כן הם בעלי **אפקטים בלתי נשלטים** אשר עלולים לגרום לפגיעה באזרחים או לנזק אשר אינו מידתי. בלשון המדריך נשק "בלתי נשלט" מוגדר כך (ההדגשות שלנו; מ.ס., א.ש.):

> ***Uncontrollable refers to effects which escape in time or space from the control of the user*** *as to necessarily create risks to civilian persons or objects excessive in relation to the military advantage anticipated. International law does not require that a weapon's effects be strictly confined to the military objectives against which it is directed,* ***but it does restrict weapons whose foreseeable effects result in unlawful disproportionate injury to civilians or damage to civilian objects.***
>
> US Air Force Pamphlet (1976), § 6-3(c).

128. שימוש בנשק מבעיר בפיזור רחב בעיבורה של עיר, במרכז מטרופוליני - <u>הוא **מטבעו** שימוש לא מבחין ולפיכך שימוש המפר את עקרון האבחנה</u>. ולצערינו, העובדה היא כי

אזרחים ומטרות שאינן צבאיות נפגעו מזרחן, הן בעת הטלתו על עזה והן לאחר מכן במקרים בהם החומר הוסיף להיות פעיל. תכונות הזרחן, הנידף ברוח ובוער גם זמן רב לאחר הטלתו מכניסות אותו לקטגוריה של חימוש **בלתי נשלט,** ולפיכך כזה שהשימוש בו אסור, אלא אם הוא נעשה במקום שבו אין אזרחים.

129. לא מיותר יהיה להזכיר בהקשר זה (שוב) את סעיף 25 לתקנות האג האומר את המובן מאליו ואוסר על כל התקפה והפגזה של ערים, כפרים ומקומות מגורים, וכמובן את האיסורים הקיימים במשפט ההומניטארי על התקפת אובייקטים מוגנים (כגון בתי-חולים, בתי תפילה וכד').

130. לאור האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי השימוש בחימוש המכיל זרחן במרכזי אוכלוסייה – כאשר מדובר על שימוש בחומר אשר אינו מבחין בין לוחמים לבין שאינם לוחמים, ובין מטרות צבאיות ומטרות שאינן צבאיות – מהווה הפרה בעליל של כלל האבחנה ומכאן כי הוא אינו חוקי ודינו להיות אסור.

הפרת עקרון המידתיות (הפרופורציונאליות)

131. לצידו של עקרון האבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים שהוא, כאמור, מאבות שדה דיני הלחימה הבינלאומיים, ניצב עקרון הפרופורציונליות כעקרון כללי מרכזי של דיני הלחימה.

132. עקרון הפרופורציונליות אוסר על פגיעה גם במטרות לגיטימיות (לוחמים ואובייקטים צבאיים), במידה שההתקפה צפויה להביא לפגיעה בחיי אזרחים, לפציעתם ו/או לגרימת נזק אזרחי אשר עולים על היתרון הצבאי החזוי מההתקפה.

133. עקרון זה, אף שהוא מסובך יותר מעקרון האבחנה, אומר דבר חשוב מאוד ומגביל באופן משמעותי ביותר את שיטות הלחימה ואמצעי הלחימה המותרים בשימוש בשדה הקרב. המפקד הצבאי חייב לא רק לאבחן בין מטרות לגיטימיות ומטרות שאינן כאלה, הוא גם חייב לקחת בחשבון את הנזק הצפוי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים מהתקפה על מטרות לגיטימיות – זו משמעותו של העיקרון, ואף הוא מקובל היום כמשפט בינלאומי מנהגי (ראו באוגדן כללי המשפט ההומניטארי של הצלב האדום: פרק רביעי של החלק הראשון, כלל מספר 14, עמ' 46).

134. גם כאן לא נצטט מכל המדריכים הצבאיים אשר בכולם יש התייחסות לעקרון הפרופורציונאליות, אלא נביא כלשונו את סעיף 51(5)(B) של הפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה אשר מקובל בקרב המלומדים העוסקים בנושא כסעיף שסיכם את הסוגיה והגדיר באופן מדויק את העקרון. העקרון מובא על דרך הגדרת "התקפות חסרות הבחנה" (**שהן התקפות אסורות**):

5. Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

...

(b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

(וראו סעיף 51(4) האוסר התקפות שהן "indiscriminate")

ובתרגום העברי:

"5. בין השאר, ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה:

...

(ב) התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פציעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי."

135. וראו גם את ניסוחה של הזכות להגנה עצמית הקבועה בחוקת האו"ם בסעיף 51, הקובעת אף היא איסור על תגובה בלתי פרופורציונאלית.

136. בית המשפט הנכבד גם הוא התייחס בפסיקתו העניפה בענייני לחימה לעקרון זה וקבע את הדברים הבאים לעניין המידתיות:

"מבחן המידתיות קובע כי התקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת, אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית (בהגנה על לוחמים ואזרחים). לשון אחר, התקיפה היא מידתית אם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה. זהו מבחן ערכי. הוא מבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 850; בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם); בפסקה 74 לפסק דיני; להלן - פרשת עדאלה). הוא מקובל במשפט הלאומי של מדינות שונות. הוא מהווה מבחן נורמטיבי מרכזי לבחינת פעילות השלטון בכלל והצבא בפרט בישראל."

(בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006(4), 3958, סע' 45.)

137. **מן הכלל אל הפרט:** בדו"ח יולי 2009, נטען ע"י המדינה כי אין ראיות מספיקות בכדי לבסס את הטענה כי נפגעו אזרחים רבים כתוצאה מהשימוש בזרחן, ואף אם כן, היקפן של הפגיעות היה מצומצם יחסית בהשוואה לתועלת הצבאית המשמעותית שהושגה ע"י השימוש בחומר כאמצעי מיסוך (סע' 28-421).

138. מעיון בדו"חות הרבים של ארגוני זכויות אדם שחקרו את המבצע ובדו"ח גולדסטון, עולה תמונה אחרת, לפיה לא רק שהסיכון משימוש בזרחן לאוכלוסייה האזרחית עלה על היתרון הצבאי שהושג, אלא שאף כלל לא ברור מדוע היה צורך במיסוך במקומות הרבים ובשטחים האורבניים העצומים שבהם הוטל הזרחן.

139. עמדתנו הינה כי שימוש בזרחן במקומות יישוב אזרחיים הינו **מטבעו** שימוש בלתי מידתי החותר תחת עקרון הפרופורציונאליות.

140. **זאת ועוד:** כאמור לעיל, קיימים אמצעי מיסוך חלופיים אשר יכולים להשיג את אותה המטרה וזאת מבלי לסכן מטרות בלתי לגיטימיות. **השימוש בכל נשק, חומר או טקטיקה צבאית, אשר נושאים בסיכון לפגיעה בחיי אזרחים, לפציעתם או לגרימת נזק למטרות אחרות שאינן צבאיות, לעולם לא ייחשב מידתי נוכח קיומה של שיטה חלופית אשר תשיג יתרון צבאי זהה או דומה בסיכון מופחת לאזרחים.**

141. לאור כל האמור בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע, כי גם ניתוח של עקרון הפרופורציונאליות מוביל למסקנה שלא ניתן – בשום מצב – לעשות שימוש פרופורציונאלי בחימוש המכיל זרחן בשיטת שימוש בעלת פיזור רחב, באזור אזרחי, ומכאן כי השימוש בזרחן אינו חוקי ודינו להיות אסור.

הפרת החובה לנקוט באמצעי זהירות

142. נגזרת חשובה, מרכזית ועצמאית של שני עקרונות הבסיס שהוזכרו לעיל בהרחבה (כלל האבחנה וכלל הפרופורציונאליות) היא **חובת הנקיטה באמצעי זהירות במהלך התקפה**.

143. כלל זה, שהינו עקרון של המשפט המנהגי, קיבל ביטוי קודיפיקטיבי בפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה, בסעיף 57. מפאת חשיבותו של סעיף זה נביאו במלואו כלשונו, כפי שתורגם לאחרונה בתרגום רשמי של הצלב האדום לעברית:

סעיף 57 – אמצעי זהירות בהתקפה

1. בניהול פעולות צבאיות, תינקט זהירות מתמדת במטרה לחוס על האוכלוסיה האזרחית, על אזרחים ועל אובייקטים אזרחיים.

2. באשר להתקפות, ינקטו אמצעי הזהירות הבאים:

א. אלה המתכננים או המחליטים על התקפה:

i. יעשו כל דבר בר ביצוע על-מנת לוודא כי המטרות העומדות להיות מותקפות אינן אזרחים או אובייקטים אזרחיים וכי אינן נתונות להגנה מיוחדת אלא הן מטרות צבאיות במשמע פסקה 2 של סעיף 52, ושהוראות פרוטוקול זה לא אוסרות להתקיפן;

ii. ינקטו את כל אמצעי הזהירות בני הביצוע בבחירת האמצעי ושיטות ההתקפה במטרה למנוע, ובכל מקרה לצמצם, אובדן נלווה של חיי אזרחים, פציעה נלווית לאזרחים ונזק נילווה לאובייקטים אזרחיים;

iii. יימנעו מלהחליט לפתוח בכל התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פציעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי;

ב. התקפה תבוטל או תושעה, אם מתברר כי המטרה איננה מטרה צבאית, או שהיא נתונה להגנה מיוחדת או שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פציעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי;

ג. התראה יעילה מוקדמת תינתן בדבר התקפות העלולות להשפיע לרעה על האוכלוסייה האזרחית, אלא אם הנסיבות אינן מתירות זאת.

3. כאשר אפשרית הבחירה בין מספר מטרות צבאיות להשגת יתרון צבאי דומה, המטרה שתיבחר תהיה זו שניתן לצפות כי תקיפתה תגרום לסכנה המעטה ביותר לחיי אזרחים ולאובייקטים אזרחיים.

4. בניהול פעולות צבאיות בים או באוויר, ינקוט כל צד לסכסוך, בהתאם לזכויותיו וחובותיו על-פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוך מזויין, בכל אמצעי זהירות סבירים על-מנת למנוע אובדן חיי אזרחים ונזק לאובייקטים אזרחיים.

5. אין לפרש כל הוראה מהוראות סעיף זה כמרשה התקפות כלשהן נגד האוכלוסייה האזרחית, אזרחים או אובייקטים אזרחיים.

144. הנה כי-כן, המשפט הבינלאומי מטיל על הכוחות הלוחמים חובות ברורות וחד-משמעיות לכלכל את צעדי הלחימה באופן שהסכנה לחיי אזרחים ולאובייקטים אזרחיים תצומצם למינימום.

145. החובה מוטלת על כל שלבי התכנון והביצוע. הוראות סעיפים קטנים 2(א) מופנים באופן ישיר ומפורש לדרג מקבלי ההחלטות על התקפה ומטיל עליהם חובה לוודא, הן בשלב בחירת המטרות (ס' 57(2)(א)(i)), והן בשלב בחירת **האמצעים ושיטות ההתקפה** (סעיף 57(2)(א)(ii)) כי לא תיגרם פגיעה בחיי אזרחים, כי לא ייפצעו אזרחים וכי לא ייגרם נזק לאובייקטים אזרחיים. הסעיפים אף מטילים על מתכנני ההתקפה את החובה להימנע מהוצאה לפועל של מתקפה שצפויה לגרום לפגיעה בלתי פרופורציונית באזרחים ואובייקטים אזרחיים (ס' 57(2)(א)(iii)).

146. יתר סעיפי המשנה של סעיף 57 מטילים חובות דומות על כל שרשרת הפיקוד הצבאי והמדיני.

147. מומחי הצלב האדום הבינלאומי מצאו, שחובת הנקיטה באמצעי זהירות בהתקפה מורכבת למעשה משישה כללים שהם כולם מנהגיים. הכללים כונסו באוגדן המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום (כללים 21-15).

בשל חשיבות הדברים אנו מצרפים את הקטע הרלבנטי מהאוגדן כנספח 15'.

148. כלל מס' 17 באוגדן הוא המקביל בתוכנו לכלל הקבוע בסעיף 57(א)(2)(ii) של הפרוטוקול הראשון (נקיטת אמצעי זהירות בבחירת אמצעי ושיטת ההתקפה). האוגדן נותן מספר דוגמאות לאמצעי הזהירות בהן יש לנקוט והדברים כאילו נכתבו לענייננו (ההדגשה שלנו ; מ.ס., א.ש.):

> *"Examples of the application of this rule include considerations about the timing of attacks,* ***avoiding combat in populated areas****, the selection of means of warfare proportionate to the target,* ***the use of precision weapons*** *and target selection."*

(האוגדן, עמ' 58.)

149. בית המשפט הנכבד התייחס בפסיקתו בענייני לחימה גם לעקרון זה וקבע, כי החובה לשמור על חיי אזרחים איננה רק חובה 'שלילית' – להימנע מפגיעה – אלא כי מדובר אף בחובה 'חיובית' – לעשות את הפעולות הנדרשות כדי להבטיח שאזרחים לא ייפגעו:

> *"אכן, הלחימה היא בטרוריסטים, ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עויינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים (ראו פלק, שם, עמ' 212). כאשר אלה נקלעים, לא פעם, לתוך אזור*

הלחימה - ובמיוחד כך מקום שהטרוריסטים הופכים את התושבים המקומיים ל"מגן אנושי" - יש לעשות הכל כדי לשמור על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים. חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית" (פלק, שם, עמ' 212). שתי החובות הללו - אשר הגבול ביניהן הוא דק - צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על פי צרכי הזמן והמקום."

(בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, תק-על 2004(2), 2183, עמ' 2187.)

150. **מן הכלל אל הפרט:** בדו"ח המדינה מיולי 2009 נטען כי כוחות צה"ל נקטו במספר אמצעים כדי לצמצם את הסיכון לפגיעה באזרחים בהקשר לשימוש בחימוש המכיל זרחן, כאשר רוב האמצעים שהוזכרו נגעו לאופן השימוש בו או לדרך הפעלת כלי הנשק ששיגר אותו (סע' 20-417).

151. מבין אמצעי הזהירות שנזכרו לא מצאנו כלל אמצעי הנוגע להתחשבות בצפיפות האוכלוסייה האזרחית במקומות המותקפים, בהתחשבות בקיומם של מבנים אזרחיים, במאגרי מזון וציוד הומניטארי וכד'. אכן הדו"חות הרבים של ארגוני זכויות אדם שחקרו את המבצע, וכן דו"ח גולדסטון, דיווחו על מספר אירועים בהם צה"ל הפר את חובתו לנקוט באמצעי זהירות, בפרט בכך שלא בחר שיטות ואמצעי לוחמה המתחשבים במטרה למנוע – או למצער, למזער – את הפגיעה באזרחים ובאובייקטים אזרחיים, הכל בהתאם לדרישה המופיעה בסעיף 57(2)(א) לפרוטוקול הראשון.

152. **אנו סבורים כי כל שימוש באמצעי מבעיר דוגמאת זרחן, בפיזור רחב, באתר שבו ריכוזי אוכלוסייה ובעיקר באזורים הבנויים בצפיפות – דוגמאת העיר עזה – תפר את חובת הנקיטה באמצעי זהירות. ההפרה שני פנים לה:**

א. בחירה במטרה שלכל הפחות נכללים בה אובייקטים אזרחיים, בניגוד לפן הראשון של החובה (ראה סעיף 57(2)(א)(i) לפרוטוקול הראשון);

ב. בחירה באמצעי ושיטת התקפה שאינם מצמצמים אבדן נילווה של חיי אזרחים אלא להיפך, בניגוד לפן השני של החובה (ראה סעיף 57(2)(א)(ii) לפרוטוקול הראשון).

153. לאור כל האמור בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע כי גם הניתוח של החובה לנקוט באמצעי זהירות מוביל למסקנה שכל שימוש באמצעי מבעיר דוגמאת זרחן, בפיזור רחב,

באתר שבו ריכוזי אוכלוסייה, ובעיקר באזורים הבנויים בצפיפות – דוגמאת העיר עזה – תפר את חובת הנקיטה באמצעי זהירות.

ה. סוף דבר

154. בין אם השימוש בזרחן לבן כאמצעי מיסוך עשן מהווה נשק מבעיר האסור על-פי הפרוטוקול השלישי ובין אם לאו, השימוש בו בסביבה שיש בה אזרחים לא יכול שלא לסתור את העקרונות הכלליים והסטנדרטים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי כיוון שלא מדובר בנשק שמאפשר אבחנה בין מטרות צבאיות ואזרחיות, ובשל העובדה כי הסיכון לפגיעה באזרחים, ובמטרות אחרות שאינם צבאיות, עולה על היתרון הצבאי שניתן להשיג באמצעות השימוש בו, וקל וחומר כאשר קיימים אמצעים חלופיים ליצור מיסוך וטשטוש כדי להגן על כוחות צה"ל.

155. העובדה שמדובר בנשק שממשיך בפעלתו גם לאחר התקיפה, מחמירה את היסוד הבלתי מבחין שבו.

156. הצהרתו של המשיב שפורסמה בדו"ח המדינה מיולי 2009 לפיה תוטל על צה"ל הגבלה שלא לעשות שימוש בכל אמצעי לחימה המכיל זרחן לבן, אלא לצורכי מיסוך – אשר עד היום לא הוכנסה לתוקף – אינה מספקת ואינה מתמודדת עם אופיו הבעייתי של החימוש הזרחני ופגיעתו החמורה באזרחים.

157. **לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להטמיע *איסור מוחלט* בפקודות הצבא על שימוש בחימושים המכילים זרחן <u>לכל מטרה</u> באזורים מיושבים ובאתרים אזרחיים אחרים, ואיסור שימוש בחימוש המכיל זרחן לבן בכל מצב שקיים אמצעי לחימה חלופי שמסכן פחות בני אדם והמסוגל להשיג יתרון צבאי זהה או דומה.**

תאריך: _____

_____ _____

מיכאל ספרד, עו"ד אמילי שפר, עו"ד

ב"כ העותרים

YeshGvul-8-Bagatz-FINAL.doc