



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4146/11

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר

העותרים: יואב הס +116 עותרים נוספים

נגד

המשיב: ראש המטה הכללי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ד' בסיון תשע"ג (13.5.13)

בשם העותרים: עו"ד מ' ספרד, עו"ד א' שפר

בשם המשיב: עו"ד י' רויטמן

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

1. בעתירה שבפנינו מבקשים העותרים מבית המשפט להורות על הכנסת פקודה לפקודות הצבא האוסרת שימוש בזרחן לבן לכל 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.

2. הצורך בעתירה עלה, לטענת העותרים, לנוכח השימוש הנרחב והבלתי מוסרי, כדבריהם, שעשה צה"ל במהלך מבצע עופרת יצוקה (דצמבר 2008 - ינואר 2009) בחימוש המכיל זרחן לבן. לטענתם, במהלך המבצע הוטלו פצצות רבות המכילות זרחן, ומטבע הדברים בשל היות הרצועה מאוכלסת באזרחים בצפיפות, התוצאה הייתה פגיעה נרחבת באזרחים אשר נפגעו חלקם עם הטלת הפצצות וחלקם זמן רב לאחר מכן

כאשר האפקט המבעיר של הזרחן היה עדיין פעיל. לטענתם, השימוש בזרחן סיכן חייהם של אזרחים, עובדים הומניטאריים וצוותי רפואה. העותרים טוענים כי מדובר בחומר שהינו בעל פוטנציאל של פגיעות קשות באלו הבאים איתו במגע, וכי הוא בעל השפעה מזיקה גם זמן רב לאחר ששוגר. השימוש בו, כך נטען, מטבעו אינו מאפשר אבחנה בין מטרות צבאיות ואזרחיות, ולפיכך גם כאשר הוא מכוון למטרות לגיטימיות הוא עשוי בסופו של דבר לפגוע באזרחים. טענתם המשפטית המרכזית של העותרים היא כי השימוש בזרחן לבן מהווה הפרה של הדין הבינלאומי.

3. המשיב טוען כי מדובר בעתירה מהסוג שבית המשפט אינו נוהג להידרש אליה בהיותה עוסקת באמצעי לחימה בהם יעשה צה"ל שימוש. עוד טוען המשיב כי לא קיימת כל מניעה לפי דיני הלחימה לעשות שימוש בפגזי ארטילריה המכילים זרחן לבן לצורכי מיסוך בלבד, ובכלל זה גם בלחימה בשטח בנוי. המשיב הדגיש כי על פי הוראות מקצועיות של קצין תותחנים ראשי השימוש שנעשה בפגז "עשן לבן" הוא לצרכי מיסוך בלבד. עוד הודיע בא-כוח המדינה בדיון בפנינו כי לעת הזו הוחלט בצה"ל, והגם שהדבר אינו מתחייב כעניין משפטי, להימנע מהשימוש בפגזים המכילים זרחן לבן בשטח בנוי בכפוף לשני חריגים מצומצמים. החריגים הוצגו לנו בדלתיים סגורות.

4. אציין כי העותרים הגישו בקשה להגשת חוות דעת מומחים בעניין השלכות השימוש בזרחן לבן בשטח בנוי. המשיב התנגד לבקשה, וטען, בין היתר, כי מומחיותם של מחברי חוות הדעת בתחום הארכיטקטורה אינה רלוונטית להכרעה בשאלת החוקיות העקרונית של חימושים המכילים זרחן לבן, הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה העובדתית. לאור הכרעתנו, כפי שיפורט בהמשך הדברים, לא מצאנו לנכון לקבל את הבקשה להגשת חוות הדעת. עם זאת, יתכן ואם הסוגיה תשוב ותעלה בעתיד יהיה מקום להיכנס לעובי הקורה, ואז ניתן יהיה לבחון את המחלוקת בין הצדדים באשר לרלוונטיות של מומחיות מחברי חוות הדעת לשאלות הנידונות.

ד"ן

5. הסוגיה הראשונה אליה יש ליתן את הדעת עניינה בשפיטותה של הסוגיה שבפנינו. בעוד המשיב טוען כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה ושאינן בית המשפט נוהג להידרש אליה, טוענים העותרים כי כיום אין ספק שהמלחמה כפופה לחוקים וכי החוקים כפופים לפרשנות שיפוטית. בעניין זה אין לי אלא להסכים עם העותרים,

כמוכן במגבלות הריסון והאיפוק אשר בית משפט זה הטיל על עצמו במיוחד בנושאים צבאיים מובהקים. אפרט את הדברים.

כידוע, בחירת אמצעי הלחימה אשר הצבא עושה בהם שימוש ככלל אינה עניין לבחינתו של בית משפט זה. עם זאת, לא ניתן לומר כי בכל מקרה בו עולות סוגיות הקשורות לשימוש באמצעי לחימה כזה או אחר ימשוך בית המשפט את ידיו מבחינת העניין. מוכן כי כאשר עולות טענות לשימוש באמצעים צבאיים באופן המנוגד לדיני המלחמה, יאלץ בית המשפט לרדת "לזירת הקרב" ולבחון את הטענות שהועלו בפניו. גדרי התערבותו של בית משפט זה בסוגיות מעין אלה מצומצמת היא ביותר, אך היא שמורה וקיימת במקרים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת, כאשר יש חשש לפגיעה בנורמות משפטיות מבוססות. התערבותו של בית משפט זה נעשית לא אחת בעתירות אף אם הן בעלות השלכות מדיניות או צבאיות, זאת כל עוד ההיבט הדומיננטי שנידון בהן הוא ההיבט המשפטי (ראו בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (31.1.11) (להלן: עניין עמותת רופאים); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)), וכדבריו של הנשיא ברק:

"ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי... פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות - חלקן של המשפט הבינלאומי המינהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, וחלקן בכללי היסוד של המשפט הישראלי - הקובעות כללים באשר לניהול הלחימה" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 391 (2004)).

כן עמדה על הדברים הנשיאה ביניש:

"לא אמרנו ואיננו אומרים גם עתה כי בחינת חוקיות הפעולות של צה"ל אל מול תושבי האזור אינה נתונה כלל לביקורת שיפוטית ודחינו בהזדמנויות שונות את הטענה הגורפת בדבר אי שפיטות פעולות אלו. בהתאם לכך, נדרש בית משפט זה בעבר פעמים רבות לבחינת סוגיות המשיקות במובנים מסוימים להיבטים מבצעיים-מקצועיים, לעיתים אגב אירועי לחימה, וזאת כאשר הן עוררו שאלות משפטיות שעסקו בסמכויות הצבא בעת לחימה - בהתאם לדיני הלחימה - ובמגבלות המוטלות עליו על-ידי המשפט הבינלאומי ההומניטארי" (עניין עמותת רופאים, פסקה 10).

6. על מנת לשמור על האיזון, בין האיפוק הנדרש בהתערבותו של בית משפט זה בעניינים צבאיים מובהקים ובשיקול דעתו המבצעי והמקצועי של פיקוד הצבא, לבין הצורך בהגנה ובשמירה על זכויות האדם וכיבוד הדין הבינלאומי, אנו סבורים כי יש לבצע בעתירות מעין אלו בחינה רב-שלבית. ראשית יש לבחון האם העתירות על פניהן מעלות טענות בעלות אופי משפטי כלשהו המאפשר לבית המשפט לבחון אותן, מבלי שתהיה זו התערבות בשיקול דעת מקצועי מובהק של גורמי הצבא. תשובה שלילית תביא לדחיית העתירה על הסף. תשובה חיובית תצריך בחינה לכאורית נוספת של התשתית עליה מבוססת העתירה, והאם על פניה היא מצדיקה בחינה מעמיקה יותר באשר לפגיעת האמצעי הצבאי או דרך הפעולה הצבאית בדיני המלחמה או בעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. בשלב זה יש לבחון אף את השלכותיה המעשיות של העתירה. אין מקום לבחינה מעמיקה יותר של בית המשפט כאשר השימוש באמצעי הלחימה מושא העתירה נפסק על פי הוראות הצבא. אם עדיין ישנן הוראות המתירות את השימוש, וכן ישנה תשתית לכאורית המבססת פגיעה משפטית כלשהי, הרי שיש מקום שבית המשפט יעבור לשלב השלישי, שעניינו בבחינה מעמיקה של הטענות שהועלו, ובקבלת תשובות נרחבות לטענות אלו מטעמה של המדינה. בשלב זה תיבחנה טענותיהם המשפטיות והעובדתיות של העותרים לגופן, ותתקבל ההכרעה באשר לחוקיות השימוש באמצעי מושא העתירה.

7. בעתירה שבפנינו עולות לכאורה טענות קשות כנגד השימוש שעשה צה"ל בפגזים המכילים זרחן לבן. מהעתירה עולה כי מדובר בחומר העלול לגרום לנזקים קשים לבני אדם, וכי ישנו קושי הומניטארי, מוסרי ומשפטי בשימוש בו במסגרת שטח בנוי, שכן לא ניתן במסגרת השימוש בו להבחין בין פגיעה במטרות צבאיות לאזרחיות. טענות אלו, על פניהן, מצריכות בדיקה מעמיקה נוספת. הטענות המועלות על ידי העותרים הינן בעלות אופי משפטי דומיננטי. לפיכך מצדיקות טענות אלו לעבור לשלב הבחינה השני המתחייב על ידי בית המשפט. אלא שבשלב זה אנו סבורים כי עלינו לעצור את הביקורת השיפוטית. זאת, לאור הצהרותיה של המדינה באשר להוראות המחייבות המוטלות על הצבא בנוגע לשימוש בזרחן הלבן בשטח בנוי לעת הזאת. כאמור, בא-כוח המדינה הצהיר כי הוחלט שלא לאפשר שימוש בפגזים המכילים זרחן לבן בשטח בנוי. אמנם הוצגו בפנינו שני חריגים להוראה זו, אך שוכנענו שמדובר בחריגים מצומצמים ביותר, המותירים את איסור השימוש אפקטיבי ונרחב ביותר, ולכזה שספק אם הסוגיה תתעורר עוד באופן מעשי. במצב דברים זה אנו סבורים כי אין מקום להמשיך ולבחון את העניין מעבר לכך. מובן כי אם ישתנו הוראות הצבא בעתיד ניתן יהיה לשוב ולעתור לבית משפט זה.

8. יודגש כי לא התעלמנו מעמדתו של בא-כוח העותרים לפיה ההנחיות לצמצום השימוש אינן פותרות את הסוגיה. עם זאת, גם בא-כוח העותרים עמד על כך שהקשיים המרכזיים במצב הדברים הנוכחי הם שלא קיימת התחייבות של המשיב שמדובר בהנחיות סופיות, וכן שמהות החריגים אינה ידועה לו. באשר למהות החריגים, הרי שכפי שצוין הם הוצגו לנו בהסכמת בא-כוח העותרים בדלתיים סגורות, ואנו השתכנענו כי מדובר בחריגים ההופכים את השימוש בזרחן הלבן לחריג קיצוני בנסיבות ייחודיות ביותר. באשר לחשש משינוי הוראות הצבא בסוגיה, אעיר שתי הערות. ראשית, מאחר שהמדינה לא הצהירה בפנינו כי מדובר בהנחיות קבועות האוסרות את השימוש בחומר, הרי שראוי כי במצב הדברים הנוכחי תיערך בצה"ל בדיקה מקיפה ומעמיקה של נושא השימוש בזרחן לבן בצבא, נזקיו וסיכונים, ובעיקר תיבחנה החלופות האפשריות לשימוש בחומר זה. בחינה זו תשמש אם להפיכתן של ההוראות הנוכחיות לקבועות, ואם לביסוס עמדה המצדיקה את שינוי ההוראות. מכל מקום, לא נכון יהיה לחכות לבחינת העניין בעת חירום. שנית, ראוי שהמדינה תידע את בא-כוח העותרים במקרה שההנחיות בעניין משתנות, על מנת שהוא יוכל לשוב ולהעלות את טענותיו בפני בית משפט זה.

בכפוף לאמור העתירה נדחית ללא צו להוצאות.

ניתן היום, ב' באב התשע"ג (9.7.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט