

1. עמותת רופאים לזכויות אדם
2. מרכז אל-מיזאן עזה
3. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם
בשטחים
4. מרכז עזה לבריאות הנפש
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל
6. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד משד' רוטשילד 31, תל-
אביב 66883; טל: 03-5607345, פקס: 03-5607346

ו/או עו"ד עאזם בשארה ואח' מהאגודה לזכויות האזרח
בישראל, רח' כנפי נשרים 3 ירושלים; טל': 02-6521218,
פקס': 02-6521219

-- נגד --

1. שר הביטחון, מר שאול מופז
 2. ראש המטה הכללי של צה"ל, רא"ל דן חלוץ
- באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה דחופה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא תבוטל ההוראה ו/או הפקודה ו/או ההנחיה ו/או ההיתר שניתן לכוחות צה"ל להקטין את טווח הביטחון בירי פגזים לרצועת עזה מ-300 מטרים ל-100 מטרים מאזרחים, מבתי אזרחים או מכל אובייקט אזרחי אחר.

בקשה לקביעת דיון דחוף ביותר

עתירה זו נוגעת להוראה או היתר שניתנו על-ידי הדרג הפיקודי בצה"ל ליחידות השדה ו/או ליחידות הארטילריה, להקטין את טווח הביטחון של ירי הפגזים על רצועת עזה מ-300 מטרים מבתי אזרחים ל-100 מטרים.

בעתירה נטען כי הקטנת טווח הביטחון כאמור מסכן חיי אדם באשר ממילא לפגזים טווח פיזור וטווח טעות של כ-100 מטרים.

עוד נטען כי הקטנת טווח הביטחון כבר גרם למותה של ילדה בת 9 – הדיל ע'בן ז"ל מבית להיה, שפגז נחת בתוך ביתה – ולפציעת בני משפחתה, וכי כל עוד ההוראה לא בוטלה על-ידי בית המשפט הנכבד קיימת סכנה שייהרגו ו/או ייפצעו אזרחים נוספים.

על-כן ולאור העובדה שההוראה נשוא העתירה מסכנת באופן ממשי חיי אדם, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון מיידי, ואם ניתן הדבר כבר מחר, ביום שני

.17.4.2006

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו באישור שניתן על-ידי גורמי הפיקוד בצה"ל ליחידות השדה ובפרט לכוחות הארטילריה, להקטין את טווח הביטחון של ירי הפגזים לעבר רצועת עזה באופן שמשגרי הפגזים יהיו רשאים לכוון את כליהם ליעדים המצויים 100 מטרים מבתי אזרחים, תחת מרחק מינימאלי של 300 מטרים שהיה נהוג עד כה (להלן: "ההוראה" או "ההיתר").
2. היות ולמיטב ידיעת העותרים טווח הפיזור של הפגזים עומד ממילא על 100 מטרים, ומכיוון שירי פגזים מהסוג שנורה על עזה אינו מדויק ולוקה בסטייה של לכל הפחות עשרות מטרים מהיעד אליו הם מכוונים, הקטנת טווח הביטחון מסכן באופן ממשי ביותר את חיי האזרחים המתגוררים בסמוך לאתרים שאליהם משוגרים הפגזים וכן ההיתר מסכן אובייקטים אזרחיים שבקרבת מקום.
3. ולא מדובר בסיכון תיאורטי בלבד: היתר זה (איננו יודעים האם מדובר בפקודה, בהוראה, בהנחיה או בהיתר), **גרם זה מכבר לפגיעות בנפש ובגוף כאשר טיל של צה"ל פגע ביום שני (10.4.2006) בביתה של משפחת ע'בן בעיירה בית להיה, הרג את הילדה הדיל בת ה-9 ופצע 12 בני משפחה נוספים ביניהם אמה ההרה של הדיל ז"ל – ספיה ע'בן – הבת הגדולה תחריר (בת 19) ושלושה אחים בני 3-6.**
4. בעתירה זו ייטען להלן, כי הקטנת טווח הביטחון כאמור מהווה הפרה חמורה של עקרונות היסוד של דיני הלחימה, שמדובר **בפקודה בלתי חוקית בעליל שדגל שחור מתנוסס מעליה**, ושבהוצאה לפועל של ההנחיה האמורה מסתכנים חיילי וקציני צה"ל בביצוע פשעי מלחמה.
5. להלן ייטען כי הקטנת טווח הביטחון היא הפרה של לפחות שלושה עקרונות יסודיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי: כלל האבחנה בין לוחמים ואזרחים, כלל הפרופורציונאליות בשימוש בכוח והחובה המוטלת על כוחות לוחמים לנקוט באמצעי זהירות בהתקפה.
6. נאמר את הדברים בבהירות גם אם במחיר של בוטות-מה: צה"ל משחק רולטה רוסית בחיי אזרחים בעזה. הקטנת טווח הביטחון מכניסה את בתי האזרחים, **במודע**, לטווח הפגיעה, והשאלה אם ייפגעו או לא יפגעו משפחות שלמות תלויה במשתנים שלצה"ל אין כל שליטה עליהם.
7. בשל הדחיפות והבהילות שבה מוגשת עתירה זו, ייטענו להלן הטענות המרכזיות כנגד חוקיות ההיתר שניתן כאמור, אולם העותרים מבקשים כי יתאפשר להם להשלים את טיעונם ולהוסיף עליו במסגרת הדיון בעל-פה לכשזה יתקיים.

ג. הוקע העובדתי

הצדדים לעתירה

8. העותרים 1,3,5,6 הינם ארגוני זכויות אדם ישראלים הפועלים בישראל ובשטחים שבשליטתה.
9. העותרת מספר 2 הינה ארגון זכויות אדם פלסטיני שמרכזו בעיר עזה.
10. העותר מספר 4 הינו גוף רפואי פלסטיני שמרכזו בעיר עזה ואשר עיסוקו בריאות הנפש, ובמסגרת זו הוא מטפל בין היתר בנפגעי טראומה והלם קרב.
11. המשיב מס' 1 הינו שר הביטחון אשר מופקד על מדיניות הביטחון של מדינת ישראל ועל-פי סעיף 2 (ב) לחוק יסוד: הצבא הינו השר הממונה על צה"ל.
12. המשיב מס' 2 הינו ראש המטה הכללי של צה"ל וככזה הוא משמש כמפקד העל של הצבא ונושא באחריות לפקודות הניתנות בו ובעל הסמכות לבטל כל פקודה של מי מפקודיו.

הלחימה וההוראה נשוא העתירה

13. בשבועות האחרונים מתנהלת לחימה, בדרגות עוצמה משתנות, בין חיילי צה"ל לבין משגרי טילי קסאם בעזה. חלק מרכזי בשיטת הלחימה של צה"ל, כפי שדווח, מבוצע באמצעות שיגור פגזים וטילים למה שמכונה על-ידי גורמי הצבא כ"מרחבי שיגור הקסאם". כלומר, אם הבנו נכון, צה"ל יורה את פגזיו לעבר האזורים מהם להערכתו משוגרים טילי הקסאם.
14. שיגור הפגזים לרצועת עזה אינו מתבצע בהכרח בסמיכות וכתגובה מיידית לירי טילי הקסאם על מדינת ישראל, ולמעשה רוב ההתקפות שיוזם צה"ל (ושיגור רוב הפגזים) מתבצעות זמן רב לאחר מתקפות הקסאמים. בכל מקרה ולכל הפחות, חלק נכבד משיגור הפגזים על הרצועה אינו יכול להיחשב כירי הגנתי למקורות האש (שהרי לא מדובר בתגובה מיידית הנפסקת מיד עם הפסקת אש האויב), ויש לראותו כהתקפה על אותם אזורים.
15. במהלך סוף השבוע של ה-7-8 באפריל נהרגו 13 בני-אדם בעזה, מרביתם מהתקפות של חיל האוויר.

16. בנוסף לגיחות של חיל האוויר, ביצע צה"ל, כאמור, לאורך כל תקופת הלחימה האחרונה, ירי תותחים לעבר הרצועה.

17. ביום שני 10.4.2006 בשעה 17:00 אחר-הצהריים, חדר פגז תותחים של צה"ל לביתה של משפחת עיבן בבית להיה, וכאמור בפתח כתב עתירה זה, הרג את הבת הצעירה הדיל ופצע שנים-עשר בני משפחה נוספים.

18. ביום שלישי, 11.4.2006, פירסם הכתב עמוס הראל ידיעה בכותרתו הראשית של עיתון "הארץ" ובה דיווח על הקטנת טווח הביטחון לסוללות הארטילריה. וכך נאמר בכתבה (ההדגשות שלי; מ.ס.):

"באחרונה גם אושרה בצה"ל הקטנת טווח הביטחון לסוללות הארטילריה מאזורים מיושבים. בצבא היו מודעים לכך שהדבר עלול להביא לפגיעה באזרחים, כפי שאכן קרה אתמול. טווח הביטחון הוקטן לכ-100 מטרים, לעומת 300 מטרים קודם לכן. אלא שטווח הפיזור של הפגזים עומד ממילא על כ-100 מטרים מהיעד, כך שהחלטה מסכנת במודע חיי אזרחים."

(עמוס הראל, "צה"ל: הירי יימשך למרות הפגיעה באזרחים", הארץ 11.4.2006, מצ"ב ומסומן נספח א').

19. למיטב ידיעת העותרים צה"ל לא הכחיש את האמור בכתבה שלעיל.

20. בנוסף, צוטט בכתבה מי שזוהה כ"קצין בכיר" אשר אישר כי המדיניות החדשה גובה חיי אזרחים:

"הקצין הבכיר הודה כי בצבא ידעו שהפעילות המורחבת עלולה לעלות בחיי אזרחים פלשתינאים. "אין לנו שום ודאות שלא יפגעו אזרחים נוספים בפעולות הבאות" אמר."

(שם)

21. למיטב ידיעת העותרים צה"ל אף לא הכחיש את דברי אותו קצין בכיר שצוטט בכתבה. למיטב ידיעת העותרים צה"ל אף לא הכחיש כי פגיעת הפגז בבית משפחת עיבן הוא תוצאה של הקטנת טווח הביטחון.

22. בנוסף, על-פי כתבות מצולמות בעיתונות האלקטרונית, עשרות פגזים נחתו במהלך הימים שני ושלישי (10-11 באפריל) במרחק עשרות מטרים ולעיתים מטרים בודדים מקו הבתים ברצועת עזה. כך למשל, כתב ערוץ 10, שלומי אלדר, שביקר בבית משפחת עיבן וראיין את בני המשפחה, נקלע בעצמו למטח כזה וצילומי הפגזים נוחתים בסמיכות לבתי התושבים שודרו בחדשות ערוץ 10 ביום 11.4.2006.

הפנייה למשיבים

23. בעקבות הדיווחים האמורים, ומכיוון שהתברר שהמדיניות החדשה כבר גבתה חיי אדם, פנו העותרים 1-5 אל המשיבים עוד באותו יום ובמכתב דחוף ששיגרו טענו כי הקטנת טווח הביטחון עומד בניגוד למספר עקרונות וכללים של דיני הלחימה. בשל דחיפות העניין והעובדה כי מדובר בחיי אדם ממש שסיכון חייהם נעשה יום יום בעת ירי הפגזים, דרשו העותרים מהמשיבים להשיב לפנייתם עד ליום ו' ה-13.4.2006.

עותק פניית העותרים למשיבים מצ"ב ומסומן נספח ב'1.

24. בנוסף, ביום 12.4.2006 פנתה העותרת מס' 6 למשיבים באותו עניין ודרשה אף היא לבטל את ההוראה.

עותק פניית העותרת מס' 6 למשיבים מצ"ב ומסומן נספח ב'2.

25. עד לרגע הגשת עתירה זו לא התקבלה תשובת המשיבים למי מהעותרים. מכאן עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי

כללי

26. כאמור בפתח דברינו, עמדת העותרים הינה כי ההיתר או ההוראה בדבר הקטנת טווח הביטחון בירי ארטילריה מעמידים בסכנת חיים ממשית אזרחים ברצועת עזה וכן מסכנים מתקנים אזרחיים, וכל זאת במודע. לפיכך, טענת העותרים היא כי המדובר בהוראה המפרה לפחות שלושה כללים מרכזיים של דיני הלחימה אותם נפרט להלן.

27. להבנתנו, ההוראה מפרה את חובתו של צה"ל כגוף לוחם הנגזרת מכלל האבחנה בין לוחמים ואזרחים, את הכלל המחייב פרופורציונאליות בשימוש בכוח וכן (ואולי בעיקר) את חובת הצבא לנקוט באמצעי זהירות בהתקפה – שהיא חובה הנגזרת משני העקרונות הקודמים אך מהווה בנוסף חובה עצמאית העומדת על רגליה שלה.

28. כל אחד משלושת העקרונות האמורים מהווה כלל מנהגי של המשפט ההומניטרי הבינלאומי שאף קיבל ביטוי בקודיפיקציה של שדה משפטי זה.

29. 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 שכלל האבחנה, עקרון הפרופורציונאליות וחובת הנקיטה

באמצעי זהירות הם כולם משרתיה של מטרת-העל של המשפט ההומניטרי – הקטנת הסבל הנגרם לאוכלוסייה אזרחית בעת סכסוכים מזויינים. בפריזמה הזו יש לראות את העקרונות האמורים ואת הפרתם, כפי שזו באה לידי ביטוי בהוראה נשוא עתירה זו.

30. העתירה מבקשת, אם-כן, לבטל את ההוראה בשל אי-מוסריותה היוצרת הפרה של חובות משפטיות.

31. יצויין בנוסף, שההוראה מסבכת 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 את סעיף 8(2)(b)(v) המגדיר פשע מלחמה מסוג הפצצת ערים וכפרים). ביטולן של הוראות העלולות להעמיד את חיילי צה"ל בסכנות משפטיות חמורות, כדוגמת ההוראה נשוא עתירה זו, ובחירה בשיטות לחימה אחרות, אמורה להיות אינטרס של המשיבים עצמם המעוניינים להגן על חיילי וקציני הצבא.

32. ועוד לפני הניתוח המשפטי נבקש לציין את הנקודה הבאה: ירי הארטילריה שעומד בבסיס עתירה זו, הוא ירי לשם התקפה. וודאי שכוח לוחם רשאי להחזיר אש למקורות ירי כעניין של הגנה, ובעת שמתרחשים חילופי אש כאלה השאלה בדבר נקיטה באמצעי זהירות נצבעת בגוון שונה (ואנו מתעלמים לרגע מן השאלה החשובה של מעמדה של עזה כאזור המצוי תחת כיבוש, עובדה משפטית היוצרת מורכבות נוספת ומטילה חובות נוספות על צה"ל). אלא שירי הפגזים על עזה, המתבצע במסגרת הקטנת טווח הביטחון, אינו בהכרח ירי אל מקורות אש. כלומר, לא מדובר בירי על חוליית קסאם שזה עתה שיגרה טילים והירי נועד לשתקה. המדובר, כפי שצויין בחלק העובדתי, בירי ל"מרחבי שיגור הקסאם", קרי לאזורים נרחבים מהם לפי המשוער מתבצע הירי והתבצע בעבר, ולא דווקא כתגובה מיידית לשיגור קסאמים שבוצע בזו העת. על-כן מדובר בהתקפה יזומה שתכליתה עונשית/הרתעתית, ולא בהגנה עצמית, והניתוח המשפטי ייעשה בהנחה שכך מדובר.

33. נפנה אם-כן לבחינת שלושת העקרונות שלדידנו ההוראה נשוא עתירה זו מפירה.

הפרת כלל הבסיס (כלל האבחנה)

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

35. 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.

36. 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.

37. 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).

38. אמנות ג'נבה משנת 1949 העניקו הגנה חזקה וקונקרטיית יותר וכן מערך של זכויות לאוכלוסייה 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.

39. עוד נזכיר כי בשנת 1969 פירסם 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:

"[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:

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."

40. 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 שלי; מ.ס.):

"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."

41. 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 Ed., 1991) 93, p. 108.

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

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

(להלן: "האוגדן")

43. 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)

44. 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 (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).

45. 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.

46. 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.

47. **מן הכלל אל הפרט:** הקטנת טווח הביטחון היא הפרה של החובה המוטלת על כוחות לוחמים מכוח עקרון האבחנה. הקטנת טווח הביטחון יוצרת התקפה שאינה מבחינה בין מטרות לגיטימיות ומטרות אזרחיות.

48. שהרי למטרה זאת בדיוק נוצר טווח הביטחון המינימאלי: ליצור חיץ בין המטרה הצבאית הלגיטימית שאותה תוקפים ואובייקטים אזרחיים אותם אין לתקוף. חיץ זה טושטש עד מחיקה בהנחיה החדשה, ועל-כן כלל האבחנה והחובות הנגזרות ממנו מופרים.

49. לא מיותר יהיה להזכיר בהקשר זה (שוב) את סעיף 25 לתקנות האג האומר את המובן מאיליו 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').

50. לאור האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי ההוראה נשוא עתירה זו מפירה את כלל האבחנה ומכאן כי היא אינה חוקית ודינה להתבטל.

הפרת כלל הפרופורציונאליות

51. 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.

52. 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.

53. 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: פרק רביעי של החלק הראשון, כלל מספר 14, עמ' 46).

54. גם כאן לא נצטט מכל המדריכים הצבאיים אשר בכולם יש התייחסות לעקרון הפרופורציונליות, אלא נביא כלשונו את סעיף (B)(5)51 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 (4)51 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, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי.”

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

56. **מן הכלל אל הפרט** : ניתוח כלל המידתיות האמור מחייב בדרך-כלל מידה מסויימת של הערכה עתידית. הימים האחרונים מלמדים כי הפגיעה באוכלוסייה האזרחית כתוצאה מהקטנת טווח הביטחון בירי ארטילריה היא קטלנית. איננו יודעים להעריך את מידת התועלת הצבאית המושגת כתוצאה מהקטנת הטווח האמור, אך לאור העובדה כי ירי הקסאמים נמשך ולאור העובדה שירי הקסאמים אינו ירי מדויק, אנו סבורים כי גם בהינתן שיש תועלת צבאית כלשהי היא נחותה במידה גדולה מהנזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית.

57. **זאת ועוד** : את כלל הפרופורציונאליות יש לבחון לא רק על-פי הפרמטרים של הפעולה שנבחרה ותוצאותיה אלא גם, בדומה לכלל המידתיות שפותח בפסיקת בית המשפט הנכבד, על רקע קיומן של אלטרנטיבות. ואלטרנטיבות אלה יש להשוות לפעולה שעומדת לביקורת לא רק לפי מבחן השואל איזו פעולה יעילה יותר אלא גם באמצעות השוואה של הירידה ביעילות הצבאית אל מול הקטנת הסיכון לאוכלוסייה האזרחית (ראו: בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין-עליון 2004 (2) 3035, החל מפסקה 36).

58. במילים אחרות: התועלת שאולי מושגת מהקטנת טווח הביטחון בירי ארטילריה, אינה רק **כשלעצמה** בלתי פרופורציונית לנזק שהיא גורמת ועוד תגרום לאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית ברצועת עזה, היא גם בלתי מידתית בהשוואה לאפשרויות אחרות העומדות בפני צה"ל (בין היתר, ירי המונחה על-ידי כלל השומר על טווח ביטחון של 300 מטרים כפי שהיה נהוג עד עתה). אפשרויות אלה, להבנתנו, אינן יעילות פחות, וגם אם כן, הקטנת הסיכון לחיי אזרחים גוברת ומשמעותית יותר.

59. לאור כל האמור בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע, כי ההוראה נשוא עתירה זו אינה ממלאת את עיקרון הפרופורציונאליות.

הפרת החובה לנקוט באמצעי זהירות

60. נגזרת חשובה, מרכזית ועצמאית של שני עקרונות הבסיס שהוזכרו לעיל בהרחבה (כלל האבחנה וכלל הפרופורציונאליות) היא **חובת הנקיטה באמצעי זהירות במהלך התקפה**.
61. 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, פגיעה נלווית לאזרחים ונזק נלווה לאובייקטים אזרחיים;
 - iii. יימנעו מלהחליט לפתוח בכל התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה 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, פגיעה 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.

62. 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.

63. 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)).

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

65. 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 15-21), ובשל חשיבות הדברים אנו מצרפים את הקטע הרלבנטי מהאוגדן כנספח ג'.

66. כלל מס' 17 באוגדן הוא המקביל בתוכנו לכלל הקבוע בסעיף 57(2)(א)(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 שלי; מ.ס.):

*"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)

67. בית המשפט הנכבד גם הוא התייחס בפסיקתו העניפה בענייני לחימה 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 תבלניות 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 כדי להבטיח כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. 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).

68. **מן הכלל אל הפרט:** הקטנת טווח הביטחון הינה הפרה, לכל הפחות, של החובה לנקוט באמצעי זהירות בהתקפה על-ידי בחירת שיטה ואמצעי שאינם צפויים לפגוע בחיי אזרחים, לפצוע אותם או לפגוע באובייקטים אזרחיים.

69. ונזכיר כי הסיכון הנשקף לחיי אדם מהשיטה שנבחרה (טווח ביטחון של 100 מטרים) – אינו סיכון תיאורטי. **המדובר בסיכון שזה מכבר התממש וגבה מחיר יקר ואם לא יבוטל מיד יגבה עוד מחיר דמים שמי ישורנו.**

70. המראה של הפגזים נוחתים בחצרות הבתים ובתוך הבתים ממש, במקומות בהם מסתובבים ילדים קטנים, כפי שדווח באמצעי התקשורת הכתובה והאלקטרונית, ממחיש

יותר מכל כי הופרה חובת הנקיטה באמצעי זהירות בהתקפה. מותה של הדיל עיבן ז"ל הוא תוצר ישיר של הקטנת טווח הביטחון.

71. לאור האמור יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי ההוראה / הנחיה / היתר בדבר הקטנת טווח הביטחון אינם חוקיים גם מטעם זה וכי עליהם להתבטל מיידית.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לכנס דיון דחוף ביותר ולאחר שמיעת טענות הצדדים להוציא צו מוחלט כמבוקש ברישא לעתירה.

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותרים