

אין עשן בלי אש: חוקיות השימוש בתחמושת המכילה זרחן והגבולות הראויים לביקורת שיפוטית על אופן ניהול לחימה

מאת

לירון א' ליבמן*

המאמר עוסק בשאלת היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים מצד הדין המצוי והרצוי. כחקר מקרה משמשת עתירה שהוגשה בעקבות מבצע "עופרת יצוקה", ובה נדרש לאסור על שימוש בתחמושת המכילה זרחן באזורים מיושבים. יש הסבורים שמבחינת הביקורת השיפוטית אין הבדל בין עניינים צבאיים-מבצעיים לבין עניינים אחרים המובאים בפני בית המשפט. מנגד התומכים בריסון שיפוטי בעניינים אלה נוטים לראות בהם מקשה אחת שממנה על בית המשפט להימנע כליל. הדין הרצוי צריך להימנע מגישה "בינארית" ולהכיר בקיומם של מאפיינים מיוחדים המצדיקים ריסון הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים ובה בעת לפרק את ה"חבילה" של עניינים אלה לסוגיה השונים ולבחון את ההצדקה לביקורת שיפוטית על כל אחד מהם בנפרד. התוצאה תהיה היקף שונה של ביקורת שיפוטית לפי מאפייניה של הסוגיה ועיתוי הגשת העתירה. המאמר מפרט שיקולים אלה וממחיש כיצד הם פועלים בשלושה סוגי עניינים צבאיים-מבצעיים: ארגון הפנימי של הצבא, יציאה למלחמה ואופן ניהול הלחימה. לבסוף מיושמים השיקולים בחקר המקרה.

א. רקע. ב. הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים – הדין המצוי. ג. ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים – הדין הרצוי; 1. השיקולים לבחינת ההצדקה להגביל את הביקורת השיפוטית; 2. עתירה בעניין ארגון הפנימי של הצבא; 3. החלטה בדבר יציאה למלחמה; 4. ביקורת שיפוטית על אופן ניהול הלחימה. ד. פסק הדין בעניין הס; 1. האם ההכרעה בעניין הס תואמת את הדין המצוי בסוגיית השפיטות?; 2. כיצד היה צריך לטפל בעתירה לפי הדוקטרינה המוצעת? ה. סיכום.

א. רקע

במהלך מבצע "עופרת יצוקה" בעזה¹ בלטו בתקשורת, הישראלית והבין-לאומית, צילומים של שימוש צה"ל בתחמושת למיסוך המכילה זרחן. ביקורת נמתחה על חוקיות השימוש

* תלמיד לתואר דוקטור באוניברסיטה העברית בירושלים, אל"ם (מיל') ולשעבר ראש מחלקת הדין הבין-לאומי בצה"ל. תודה לפרופ' אורנה בן נפתלי, מר טל מימרן ומר אור סדן על הערותיהם לטיוטה קודמת של מאמר זה. לשם הסר ספק, העמדות המובעות במאמר זה הן עמדותיו האישיים של המחבר בלבד.

1 המבצע נערך בין החודשים דצמבר 2008 – ינואר 2009.

בתחמושת זו,² ובעקבותיה, כמקובל במקומותינו, הוגשה עתירה לבג"ץ. בית המשפט העליון התבקש להורות לראש המטה הכללי בצה"ל "להטמיע איסור מוחלט בפקודות הצבא על שימוש בחימושים המכילים זרחן לכל מטרה באזורים מיושבים ובאתרים אזרחיים אחרים, ואיסור שימוש בחימושים המכילים זרחן לבן בכל מצב שקיים אמצעי לחימה חלופי שמסכן פחות בני אדם והמסוגל להשיג יתרון צבאי זהה או דומה".³

העתירה נדחתה לאחר שמטעם הרמטכ"ל נמסר כי הגם שאין כל מניעה לפי דיני הלחימה להשתמש בפגזי ארטילריה המכילים זרחן לבן לצורכי יצירת מסך עשן בלבד, ובכלל זה גם בלחימה בשטח בנוי, לעת הזו הוחלט בצה"ל להימנע מהשימוש בהם בשטח בנוי, בכפוף לשני חריגים מצומצמים שהוצגו לבית המשפט במעמד צד אחד. לאור הצהרה זו נקבע בפסק הדין שספק אם הסוגיה תתעורר עוד מעשית, ועל כן אין מקום להמשיך ולבחון את העניין.⁴

דחיית העתירה מן הנימוק שהפכה לתיאורטית הותירה ללא דיון שורה של שאלות מעניינות מתחום דיני הלחימה של המשפט הבינ-לאומי (או המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי). בשל קוצר היריעה כאן אף אני אינני מלדון בהן.⁵ אבקש להתמקד בשאלת היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים מהסוג שנידון בעניין הס ובאופן יישום המבחנים להפעלת הביקורת השיפוטית בעניינים אלו.

ב. הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים – הדין המצוי

לפני שנים רבות הייתה התשובה לשאלת היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים קצרה, כפי שהיא התבטאה בדבריו של השופט (כתוארו דאז) שמגר: "נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט".⁶ היום גישתו של בית המשפט העליון אחרת. בתקופה של קצת יותר מעשור, מאז התלקחות העימות הישראלי-פלסטיני בשנת 2000, דן בית המשפט העליון במגוון רחב של עתירות שנגעו בעניינים מבצעיים. בתחילת התקופה עתירה שכוונה נגד השימוש בסיכול ממוקד עוד נדחתה בהחלטה קצרה שקבעה: "ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים

2 ראו למשל, Human Rights Watch, *Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza* (2009), <https://www.hrw.org/report/2009/03/25/rain-fire/israels-unlawful-use-white-phosphorus-gaza>.

3 ס' 157 לכתב העתירה בבג"ץ 4146/11 הס נ' ראש המטה הכללי (זמין ב- [www.btselem.org/](http://www.btselem.org/download/20110531_hcj_4146_11_white_phosphorus_petition.pdf)) (להלן: כתב העתירה בעניין הס).

4 בג"ץ 4146/11 הס נ' ראש המטה הכללי, פס' 7 (פורסם בנבו, 9.7.2013).

5 בין השאלות הללו: היחס בין האיסור על התקפה לא מבחינה (indiscriminate attack) לאיסור על התקפה לא מידתית, אם המגבלות במשפט הבינ-לאומי על "התקפה" (attack) חלות רק על פעולה המכוונת לפגוע ישירות באדם או באובייקט או גם על אמצעים המיועדים להגנת כוח צבאי ללא פגיעה ישירה (כמו יצירת מסך עשן בין הכוח לבין האויב), אם אמצעים אלה עלולים לגרום לפגיעת לוואי בבני אדם או באובייקטים אזרחיים.

6 בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד (3) 309, 318–319 (1976).

המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בו.⁷ אולם מאוחר יותר נכנס בית המשפט העליון בעובי הקורה של סוגיית חוקיות הסיכול הממוקד.⁸ נבחנו גם נהלים מבצעיים אחרים, כמו נוהל אזהרה מוקדמת (שכונה "נוהל שכן"), שאף נפסל,⁹ והשימוש ביעפים ("בומים") על-קוליים.¹⁰ גם חוקיות השימוש בכלי נשק עלתה לדיון בכל הנוגע לפגזי "פלשט"¹¹ ולמרחק הבטיחות מאזרחים בשימוש בירי ארטילרי בעזה.¹² סוג נוסף של עתירות דן בתוך כדי הלחימה בחובות שהמשפט הבין-לאומי ההומניטרי מטיל על הצבא כלפי האוכלוסייה האזרחית.¹³ מה ניתן ללמוד מן המכלול הזה? נראה כי בית המשפט העליון לא היסס להתערב כאשר בצד שיקולים נוספים סבר שהשאלה המועלית בעתירה היא בעלת אופי דומיננטי משפטי. למשל, בעניין הסיכול הממוקד טענו העותרים "שמדיניות הסיכולים הינה בלתי חוקית בעליל, מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט הישראלי ולעקרונות בסיסיים של מוסר אנושי".¹⁴ הנשיא ברק הדגיש בפסק דינו כי אין הוא עוסק בשאלות של מדיניות, כמו אם לנקוט מדיניות של פגיעה מונעת, אלא בשאלות משפטיות, כמו סיווג המשפטי של הסכסוך, קיומו או היעדרו של מנהג במשפט הבין-לאומי בעניין זה והיקפו.¹⁵ עם זאת כאשר דובר ב"ליבת" פעילות הלחימה, כמו השימוש בכלי נשק, אם לא נמצא לבית המשפט כלל מפורש של המשפט הבין-לאומי האוסר על שימוש באמצעי מושא העתירה, נטייתו

- 7 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002).
- 8 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: עניין הסיכול הממוקד).
- 9 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: עניין נוהל אזהרה מוקדמת).
- 10 בג"ץ 10265/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.10.2008). העתירה נדחתה לאחר הודעת צה"ל על הפסקת השימוש באמצעי זה.
- 11 בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נו(4) 193 (2003) (להלן: עניין פגזי פלשט). "פלשט" הם פגזי טנק המכילים מספר רב של חיצי מתכת, המתפוצצים על פני שטח רב יחסית לשם פגיעה בלוחמים רגליים.
- 12 בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.1.2011) (להלן: עניין הירי הארטילרי). בעתירה נטען נגד הקטנה כביכול של טווח הבטיחות מאזרחים מ-300 מ' ל-100 מ'.
- 13 במהלך מבצע "חומת מגן" (מרס 2002): בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002) (פינוי גופות ההרוגים במחנה הפליטים בג'נין); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002) (הספקת מזון ומים לאזרחים פלסטינים שנלכדו בכנסיית המולד). במהלך מבצע רחב היקף ברפיח: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (להלן: עניין פינוי פצועים) (פינוי פצועים, קבורת מתים, הספקת מים ועוד). לאחר השתלטות החמאס על עזה: בג"ץ 9132/07 אלבסיני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008) (הספקת חשמל ודלק לרצועה בתקופת לחימה). בזמן מבצע "עופרת יצוקה": בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009) (טענות לעיכובים בפינוי פצועים, התקפה על צוותים רפואיים ואמבולנסים ומחסור בחשמל) (עניין מחסור בחשמל).
- 14 עניין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8, פס' 3.
- 15 שם, פס' 51.

הייתה שלא לעסוק ביישום עקרונות כלליים¹⁶ ולא להתערב בפקודות המגדירות את דרך הפעלתם של האמצעים. הנשיאה ביניש, בעניין הירי הארטילרי, הסבירה את אי-ההצדקה להתערבות כך:

"...ראשית נוכח הספק באשר לסיווג השאלה המרכזית המחייבת הכרעה בעתירה – האם משפטית היא או שמא צבאית-מקצועית מובהקת. כך למשל, לא עלה בידי העותרים להצביע על מקור משפטי מחייב הקובע כי טווח של 100 מטרים הוא פסול בעוד שטווח של 300 מטרים מותר הוא, ועיקר טענותיהם נסובו על מחויבותה הכללית של המדינה בשמירה על עקרונות דיני הלחימה במהלך העימות המזוין. על עקרונות אלה כאמור לא חלקה המדינה ואף הצהירה כי היא פועלת במסגרתם במהלך פעילותה בעזה. במצב דברים זה, נראה כי אכן הסוגיה הממוקדת בה התבקשה התערבותנו הינה בעלת היבטים מבצעיים דומיננטיים אשר ספק אם יש בידינו כלים להכריע בה".¹⁷

כך גם באשר לשימוש בפגזי טנק מסוג "פלשט" ברצועת עזה, דחה בית המשפט העליון את העתירה לאסור לחלוטין את השימוש בהם ברצועת עזה, משנוכח כי השימוש בתחמושת זו אינו אסור על פי דיני המלחמה. נחה דעתו משהובהר כי הצבא מודע לסכנה המוגברת לאזרחים הנובעת משימוש בתחמושת זו, ומשהוסדר השימוש בו בהנחיות מקצועיות. את השאלה אם בנסיבות קונקרטיות מוצדק השימוש בפגזי "פלשט", הותיר בית המשפט למפקד בשטח, שיפעיל את שיקול דעתו לפי ההנחיות.¹⁸

יוצאת דופן, מבין העתירות נגד שיטות לחימה או אמצעי לחימה, העתירה בעניין נוהל אוזרה מוקדמת,¹⁹ שבה למרות היעדרו של כלל אוסר ספציפי במשפט הבין-לאומי שימשו העקרונות הכלליים תשתית לקביעת איסור נוקשה, ונפסל הנוהל שגיבש הצבא.²⁰ הסבר אפשרי לחריגה זו מדרכו של בית המשפט יובא בהמשך המאמר.

בשונה מן העתירות נגד שיטות לחימה או אמצעי לחימה, בעתירות שנגעו לחובות ההומניטריות כלפי האוכלוסייה בזמן לחימה לא הסתפק בית המשפט בפירוט החובות החלות ואף לא באמירה, חשובה כשלעצמה, על הצורך להטמיע את החובות ההומניטריות

16 על ההבחנה בין עקרונות כלליים (standards) לכללים (rules) במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ראו Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 Isr. L. Rev. 41 (2008).

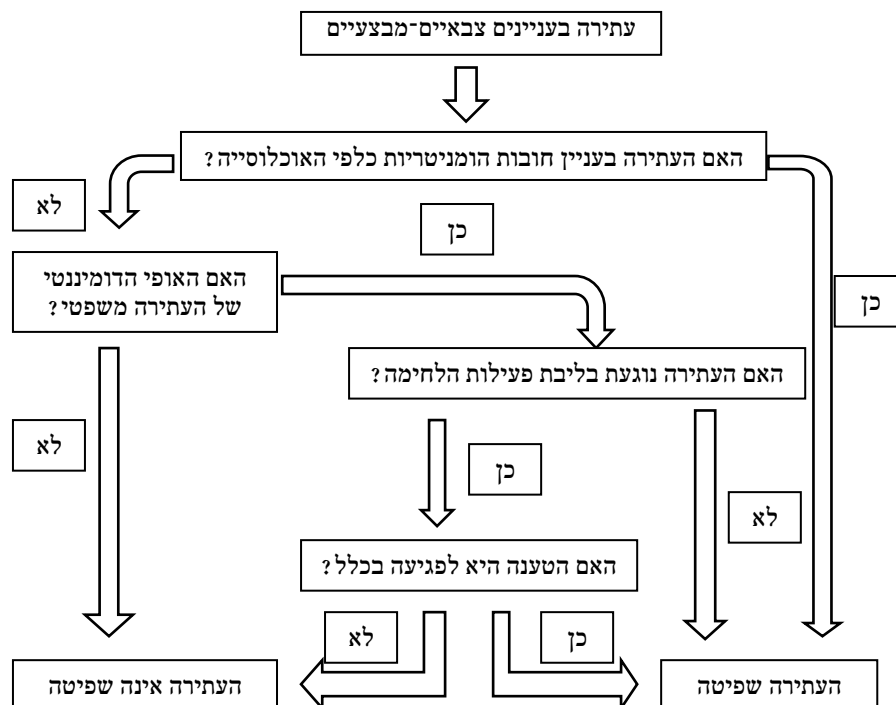
17 ראו עניין הירי הארטילרי, לעיל ה"ש 12, פס' 10. השוו לפסק דינה של ערכאת הערעור של בית הדין הפלילי הבין-לאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) Prosecutor v. Gotovina, Case No. IT-06-90-A (ICTY) (Nov. 16, 2012), www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf, שבו סירב בית המשפט לראות בירי תחמושת ארטילרית נפוצה לעבר מטרות צבאיות בתוך אזורים מיושבים, בטווח טעות אפשרית של 200 מ', ירי בלתי מבחין ואסור כשלעצמו.

18 ראו עניין פגזי פלשט, לעיל ה"ש 11.

19 ראו עניין נוהל אוזרה מוקדמת, לעיל ה"ש 9.

20 שם, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק: "אך מה דין ההסתייעות בתושב מקומי לשם מסירת 'אזהרה מוקדמת' על פי הנוהל בעניין זה שעה שאותו תושב מסכים לכך ולא ייגרם לו נזק ממסירת האזהרה? ייאמר מיד: הוראה מפורשת החלה בעניין, ואשר בה ימצא לשאלתנו פתרון, אינה מצויה".

בקרב הכוחות ולהיערך לקיומן במסגרת התכנון המבצעי מראש. בית המשפט בחן במדוקדק, "מן הכלל אל הפרט" את האמצעים שצה"ל נוקט ליישום החובות, למשל אם סביר לדרוש מראש את מספר לוחית הרישוי של אמבולנס המפנה פצועים לישראל, ולכמה מכליות מים הותר להיכנס לשכונה שנותקה מרשת המים עקב הלחימה.²¹ בית המשפט העליון נימק את התערבותו בכך שבפעולות בתחום ההומניטרי אין לשיקול דעתו של הצבא יתרון כלשהו על פני שיקול דעתו של בית המשפט, כפי שקבע הנשיא ברק: "איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו".²² ניתן לסכם את הדין המצוי באמצעות תרשים הזרימה הזה:



21 ראו עניין פיני פצועים, לעיל ה"ש 13.

22 שם, פס' 9. הדברים צוטטו גם בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 846-845 (2004) (תוואי גדר הביטחון, כאיזון בין שיקולים צבאיים לשיקולים הומניטריים).

ג. ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים – הדין הרצוי

המצדדים בביקורת שיפוטית מעמיקה ומרחיבה בעניינים צבאיים-מבצעיים נוטים להצהיר כי אין הבדל בין עניינים אלה לבין עניינים אחרים המובאים בפני בית המשפט.²³ התומכים בריסון שיפוט בעניינים אלה נוטים לראות בהם מקשה אחת שממנה על בית המשפט להימנע כליל.²⁴ לדעתי, הדין הרצוי צריך להכיר בקיומם של מאפיינים מיוחדים המצדיקים ריסון הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים ובה בעת לפרק את ה"חבילה" של עניינים אלה לסוגיה השונים ולבחון את ההצדקה לביקורת שיפוטית על כל אחד מהם בנפרד. התוצאה תהיה היקף שונה של ביקורת שיפוטית לפי מאפייניה של הסוגיה ועיתוי הגשת העתירה.

גישה זו פוסעת בעקבות הערכת המצב של פרופ' ברק-ארוז בנוגע למהפכת השיפוטות: "לסיכום, מהפכת השיפוטות של השופט ברק לא הביאה לביטולו של רעיון השיפוטות. עם זאת, היא הביאה לתזוזה של גבולות השיפוטות. השינוי העיקרי מתבטא בכך שההתלבטות בשאלות של שפיטות מוסדית שוב אינו מתקיים במתכונת בינארית של בחירה בין 'שפיט' ל'לא שפיט'. ברוב המקרים, שאלת השיפוטות אינה מקבלת תשובה במונחים של חיוב או שלילה, אלא תשובה יחסית והקשרית".²⁵

1. השיקולים לבחינת ההצדקה להגביל את הביקורת השיפוטית

(א) קיומן של נורמות המאפשרות הכרעה משפטית וטיבן של הנורמות מוכרת המחלוקת בין השופט ברק לשופט אלון. השופט ברק סבר ש"מלוא כל הארץ משפט", וכי תמיד תהיה נורמה משפטית הניתנת להחלה על המקרה, ולו עקרון הסבירות אם אין נורמה ספציפית יותר. השופט אלון, לעומתו, סבר שהמשפט אינו קובע עמדה בכל עניין, וכי מותר לו לאדם לאכול או לרקוד לא משום שהמשפט אינו אוסר זאת. הוא הסתייג מהחלה כללית של עקרון הסבירות על נושאים שאינם מתאימים לכך.²⁶ ברוח המעבר מתפיסה בינארית לתפיסה יחסית של רצף אתיחס גם לטיבן של הנורמות, אם ישנן, כלומר אם מדובר בכללים מפורטים ומוגדרים או בסטנדרטים עמומים.²⁷

(ב) קושי לעמוד על העובדות הנדרשות והדחיפות הנדרשת בקבלת החלטה לעיתים מהותו, הרכבו והליכיו של בית המשפט אינם מאפשרים לו לברר את כל העובדות הנדרשות להכרעה בעניין מסוים. במקרה כזה יש הצדקה להימנע מביקורת שיפוטית.

23 באשר לשאלה אם פעולות התחקיר והפקת הלקחים שנוקט הצבא הן סבירות ראו למשל את דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 480 (1988): "אינני רואה כל הבדל בין שאלה זו לבין כל שאלה אחרת הנוגעת לסבירות התנהגותו של השלטון (במשפט הציבורי) או של כל אדם (במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי)".

24 דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה 238–249 (2013).

25 דפנה ברק-ארוז "מהפכת השיפוטות: הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 27 (2008).

26 שם, בעמ' 6–8.

27 ראו Cohen, לעיל ה"ש 16. יורחב על משמעותה של ההבחנה בהמשך.

לעיתים הבעיה ממוקדת ביכולת לברר את העובדות במועד הרלוונטי לקבלת החלטה – בשל דחיפותו של העניין.²⁸

(ג) התאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט
סוגיות מסוימות, בעיקר אלה העומדות במוקד מחלוקת פוליטית, נתפסות כסוגיות שראוי שההכרעה בהן תהיה פוליטית ולא משפטית.²⁹ לעיתים מועלה החשש שביקורת שיפוטית בסוגיות אלה תפגע באמון הציבור ברשות השופטת.³⁰ מנגד, מועלה הטענה שהימנעות מביקורת שיפוטית מטעמי שפיטות תתפרש כמתן אישור של בית המשפט לפעולה מושא העתירה.³¹ החיסרון של טיעונים אלה הוא התמקדותם במראית העין ובהנחה שהציבור אינו מסוגל לתפוס את המצב לאשורו, כלומר מצד אחד שהכרעה בשאלות משפטיות הכרוכות בסוגיות השנויות במחלוקת פוליטית אינה בגדר הבעת עמדה פוליטית של בית המשפט, ומן הצד האחר שהימנעות של בית המשפט מלדון בעתירה מסוימת אין משמעה שהפעולה מושא העתירה טובה ורצויה.³² מוטב לצמצם טיעון זה להיבטים אובייקטיביים, כגון טיבה של הסוגיה וקיומם של מנגנונים או מוסדות אחרים מתאימים יותר להכרעה בה.

(ד) השפעות בזירה הבין-לאומית של ביקורת שיפוטית או הימנעות ממנה
השפעות אלה עשויות לפעול לעיתים בכיוון של הימנעות מביקורת שיפוטית ולעיתים בכיוון התומך בביקורת. בזכות הביקורת השיפוטית פועלת ההכרה של בית המשפט העליון ש"לא לבדו ישכון" בשל מגמת ההרחבה בהבאת סכסוכים לטריבונלים בין-לאומיים; דוגמה חשובה לכך היא ייסודו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי.³³ לבית הדין מוקנית סמכות שיפוט בגין פשעי מלחמה ופשעים בין-לאומיים אחרים אם בוצעו בידי אזרחיה של מדינה החברה באמנת בית הדין או בשטחה של מדינה חברה. סמכות זו היא משלימה, שכן הסמכות הראשונית מוקנית למדינה. אולם בית הדין הבין-לאומי רשאי להעמיד לביקורתו השיפוטית החלטה של רשויות התביעה המדינתיות שלא להעמיד לדין חשוד, ואם הוא סבור שאינה ראויה, לפעול להעמדת החשוד לדין בפניו.³⁴

28 דוד זכריה קולו הוז של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 279–280 (2012).
29 כך למשל סירב בית המשפט העליון לדון בשאלה הכללית של חוקיות ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון. ראו בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).
30 שם, בפסק דינו של השופט גולדברג.
31 Ariel L. Bendor, *Justiciability of the Israeli Fight Against Terrorism*, 39 GEO. WASH. INT'L L. REV. 149, 163 (2007).
32 כשם שדין בעתירה ודחייתה משום שהפעולה השלטונית אינה בלתי סבירה במידה קיצונית אינה אישור לתבונה או לתועלת של הפעולה. משמע, אם יש בחשש שמעלה בנדור ממש, שפיטות רחבה אינה מאיינת אותו. ראו שם.
33 Daphne Barak-Erez, *The international Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L. J. CONST. L. 611, 611 (2004).
34 יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" המשפט ט 51, 55–56 (2004).

על רקע "סיכון" עתידי זה דחה הנשיא ברק את טענת היעדר השפיטות שנטענה בפניו בפרשת הסיכול הממוקד, בקובעו: "סוגי השאלות שנבחנו על ידינו נדונות על ידי בתי משפט בינלאומיים. המשפט הבינלאומי הדן בחובות הצבא כלפי אזרחים בעת סכסוך מזויין נדון, למשל, על ידי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה וברואנדה... בתי משפט אלה בחנו את ההיבטים המשפטיים של התנהגות הצבא. מדוע אין בית משפט ישראלי יכול לערוך אותה בחינה עצמה? מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, חדלות להיות שפיטות בבתי דין לאומיים?"³⁵

על מבט דומה מישראל החוצה ניתן להצביע בעתירות נגד תוואי גדר הביטחון על רקע חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי לצדק.³⁶ לא רק בתי דין בין-לאומיים יכולים להחיל שיפוט פלילי על פשעים בין-לאומיים שאין להם זיקה אליהם. גם ערכאות של מדינות זרות יכולות לעשות זאת – בהפעילן את עקרון הסמכות האוניברסלית – לרוב על יסוד הימנעות של המדינה הרלוונטית מלהעמיד את הנוגעים בדבר לדין.³⁷

כנגד הביקורת השיפוטית קיים החשש כי קביעה שיפוטית בעניין התאמת פעילותה של המדינה למשפט הבין-לאומי או בדבר פרשנותה של נורמה בין-לאומית עלול להצר את צעדיה של הממשלה בזירה הבין-לאומית. חשש כזה העלה המשנה לנשיא לנדוי בפרשת איוב, שדנה בחוקיותה של תפיסת קרקע פלסטינית פרטית בשטחים להקמת יישוב ישראלי: "הגעתי ביתר רצון למסקנה שעל בית משפט זה למשוך ידו מלדון בבעיה זו של התיישבות אזרחית בשטח מוחזק מבחינת המשפט הבינלאומי, ביודעי שבעיה זו שנוייה במחלוקת בין ממשלת ישראל ובין ממשלות אחרות, ושהיא עשויה לעמוד על הפרק במשא ומתן בינלאומי גורלי שבו עומדת ממשלת ישראל. כל הבעת דעה של בית משפט זה בעניין כה רגיש, שאינה יכולה להיאמר אלא בתור אמרות אגב, לא תוסיף ולא תגרע, ומוטב שדברים השייכים מטבעם למישור המדיניות הבינלאומית ידונו באותו מישור בלבד".³⁸

לכך מצטרף קושי ייחודי נוסף, הנובע מקיומה של גישה שאותה הביעה ועדת וינוגרד לבדיקת מלחמת לבנון השנייה, ולפיה "לעתים נדירות ביותר ובמקרים של צורך ברור וחיוני" רשאי הדרג המדיני הבכיר להחליט לפעול בדרך המנוגדת למשפט הבין-לאומי, כפי שפירש היועץ המשפטי לממשלה.³⁹ אם ייכנס גם בית המשפט לעובי הקורה בעניינים אלה,

35 ראו עניין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. בהמשך, תופנה תשומת הלב לחוסר דיוק מסוים בטענה זו.

36 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 25, בעמ' 23–25.

37 ראו ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" המשפט ט 141 (2004).

38 בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 128–129 (1979). דעת הרוב בפרשה זו סברה שמכיוון שמדובר בעתירה נגד פגיעה ברכוש פרטי היא שפיטה. וראו לשיקולים אלה גם אצל John Norton Moore, *The Justiciability of Challenges to the Use of Military Forces Abroad*, 10 VA. J. INT'L. L. 85, 100 (1969).

39 ראו הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 דו"ח הוועדה כרך א 489–490 (2008), <https://goo.gl/YHynuG> (להלן: דו"ח ועדת וינוגרד). גם בארצות הברית מקובלת הגישה שהנשיא והקונגרס רשאים להפר את המשפט הבין-לאומי אם הם פועלים במסגרת סמכותם. ראו Moore, לעיל ה"ש 38, בעמ' 97.

האם יכבול את ידיה של הממשלה, או שהממשלה תהיה רשאית לפעול בניגוד לפסיקתו? שתי האפשרויות מעוררות קושי לפי גישה זו.

(ה) השפעות על שלטון החוק של הימנעות מביקורת שיפוטית

הרחבת תחומי השפיות משפיעה על התנהגותן של הרשויות המביאות בחשבון את האפשרות של ביקורת שיפוטית כבר בשלב ההחלטות.⁴⁰ ייתכן שהימנעות מביקורת שיפוטית תפחית את המניע של רשויות המנהל לפעול כדין בהיעדר צילה של עתירה אפשרית נגד התנהלותן. בכך עלול להיפגע שלטון החוק.⁴¹

(ו) פגיעה בזכויות האדם

בית המשפט העליון פסק לא פעם כי אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיות במקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות אדם.⁴² לדעתו, השיקול של פגיעה אפשרית בזכויות אדם במובן הרחב ראוי להיות שיקול בזכות ביקורת שיפוטית. אולם לפחות בהקשרם של עניינים צבאיים-מבצעיים העמדתו ככלל מוחלט המחייב ביקורת שיפוטית במנותק מהשיקולים האחרים מחייבת גישה מצמצמת להיקפה של "פגיעה בזכויות האדם" שתיכלול בו. אעמוד על כך במפורט בהמשך.

ניתן לסווג את השיקול הראשון כשיקול של שפיות נורמטיבית ואת יתר השיקולים כשיקולים של שפיות מוסדית. עם זאת, כפי שאראה להלן, השיקולים השונים משפיעים זה על זה, ועל כן גם הבחנה זו אינה חדה.

להלן אנתח כיצד פועלים השיקולים השונים באשר להפעלת ביקורת שיפוטית בשלושה סוגי עניינים צבאיים-מבצעיים: ארגונו הפנימי של הצבא, יציאה למלחמה ואופן ניהול הלחימה.

2. עתירה בעניין ארגונו הפנימי של הצבא

לשם המחשה אבחן לפי שיקולים אלה את העתירה שהגיש מוטי אשכנזי בדרישה לקיים תחקיר חיצוני לליקויים שאירעו בזמן הלחימה במלחמת יום הכיפורים במעוזים הסמוכים לתעלת סואץ ולהפיק לקחים אישיים ואחרים כנדרש.⁴³ מדובר בעתירה הנוגעת לעניין צבאי-מבצעי שניתן לומר שהוא עניין צבאי-פנימי מובהק. אין נורמות ספציפיות, לא במשפט הישראלי ולא במשפט הבין-לאומי, הקובעות כיצד על צבא להפיק לקחים, וכיצד עליו לשנות את נהליו, את ציודו ואת התארגנותו בעקבות לקחי מלחמה. בירור העובדות הנוגעות ללחימה רחבת היקף וארוכה במוצבי התעלה הוא משימה שספק אם בית המשפט מותאם לה. כמו כן דומה כי אין דחיפות בהידרשות לעתירה, משום שהוגשה לאחר המלחמה. הביקורת הציבורית על ה"מחדל" לאחר המלחמה הביאה להקמתה של ועדת

40 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 25, בעמ' 20–21.

41 ראו Bendor, לעיל ה"ש 31, בעמ' 152.

42 ראו עניין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8, פס' 50 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

43 עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 6.

חקירה ממלכתית – ועדת אגרנט – שעסקה גם בנושא העתירה.⁴⁴ מכאן שגם השיקול של התאמה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט פועל נגד ביקורת שיפוטית במקרה זה. מאחר שמדובר בעניין צבאי פנימי הנוגע ליעילותו של צה"ל ולאפקטיביות המבצעית שלו, אין מדובר במקרה שבו ההימנעות מביקורת שיפוטית תביא את העניין לפתחן של ערכאות בין-לאומיות, שכן אין ערכאות כאלה בעלות סמכות שיפוט בעניין.⁴⁵ לבסוף קשה להצביע על פגיעה עתידית בשלטון החוק ממודעותן של הרשויות לכך שכל החלטה שלהן בנושא תהיה חסינה מביקורת שיפוטית מקום שבו אין נורמות משפטיות ספציפיות. יתר על כן, לא נדרש כאן להגן על זכויות הפרט מפני פגיעה שרירותית של השלטון. קשה להצביע על ניגוד עניינים בין הממשלה לאזרחים מקום שבו הנושא הוא הפקת לקחים ממלחמה לשם ארגונו היעיל של הצבא.

מן המקובץ עולה כי כמעט כל השיקולים⁴⁶ נוטים בבירור לטובת הימנעות מביקורת שיפוטית, כפי שאכן נקבע במקרה זה.

3. החלטה בדבר יציאה למלחמה

אנתח, לשם המחשה, את העתירה שהגיש ד"ר יוסי ביילין בזמן מלחמת לבנון השנייה בטענה שהממשלה פעלה שלא כדין כשלא הכריזה על מלחמה לפי חוק-יסוד: הממשלה אף ישראל הייתה מצויה למעשה במצב מלחמה.⁴⁷ מדובר בעתירה המצביעה על נורמה מפורטת יחסית מן המשפט החוקתי.⁴⁸ עם זאת אין החוק מפרט מהי "מלחמה" המחייבת את החלטת הממשלה, בשונה מ"פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" שאינן מחייבות החלטה כזו. באשר לנורמות, ראוי להוסיף כי גם במשפט הבין-לאומי יש נורמות בנוגע לחוקיות השימוש בכוח של מדינה כלפי מדינה אחרת,⁴⁹ אף שגם פרשנותן של נורמות אלה שנויה במחלוקת.⁵⁰

44 שם, בעמ' 313.

45 תוצאה מתבקשת מכך שאין נורמות של המשפט הבין-לאומי החלות על סוגיה זו.

46 למעט השיקול של דחיפות. השיקול של השפעה בזירה הבין-לאומית אינו פועל כאן לשום כיוון.

47 בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2006).

48 ס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע: "(א) המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה.

(ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור. (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי."

49 ס' 2(4) למגילת האומות המאוחדות, כ"א 1, 203 (נפתחה לחתימה ב-1945) (להלן: מגילת האו"ם)

(ישראל נתקבלה כחברה ב-1949), הקובע כדלקמן: "כל חברי הארגון יהיו נמנעים ביחסיהם הבין-לאומיים מאיום בכוח הזרוע או מהשתמש בו, אם כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של איזו מדינה ואם בכל דרך אחרת שאינה מתיישבת עם המטרות של האומות המאוחדות."

וראו גם ס' 51 למגילת הקובע שאין בכך כדי לגרוע מהזכות הטבועה להגנה עצמית.

50 ראו למשל הגישות השונות הקיימות לפרשנות מידתיות כתנאי להגנה עצמית: David Kretzmer, *The*

Inherent Right to Self Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum, 24 EUR. J. INT. L. 235 (2013).

אשר לאפשרות לברר את העובדות הנצרכות להכרעה נראה שאין כאן קושי של ממש למרות הדחיפות הנובעת מכך שהלחימה מתנהלת, שכן העתירה ממוקדת בסוגיה פרוצדורלית – אם ננקטו בממשלה ובכנסת ההליכים המתחייבים. אין אלה עניינים מורכבים וקשים לבירור. ייתכן שבירור השאלה אם מדובר ב"מלחמה" או ב"פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה" (לאחר הגדרתה של אמת המידה המשפטית להבחנה ביניהן) הייתה מחייבת את בית המשפט לבירור עובדתי מורכב. במקרה זה בית המשפט לא נדרש לכך, משום שקבע שממילא נקטה הממשלה את כל הפעולות שהיו נדרשות, גם אם היה מדובר במלחמה.⁵¹ לו הייתה העתירה מוגשת על יסוד טענה שהופרה נורמה מהותית של המשפט הבינ-לאומי, כלומר שישאל הפרה את מגילת האו"ם בהפעילה כוח צבאי בשטח לבנון שלא באישור מועצת הביטחון או מטעמי הגנה עצמית, סביר להניח שהבירור העובדתי הנדרש היה עלול להיות מורכב מאוד.

ומה באשר להתאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט? ספק אם יש החלטה של הממשלה המשפיעה על הציבור, על חייו, על ביטחונו ועל פרנסתו יותר מהחלטה על יציאה למלחמה. ספק אם יש החלטה המעוררת עניין ציבורי רב יותר, ולעיתים גם מחלוקת ציבורית. על ענייני מלחמה ושלום נופלות ממשלות. חוק היסוד מקנה במפורש לממשלה את הסמכות לקבל את ההחלטה ומורה את הדרך גם לפיקוח פרלמנטרי. נדמה כי ביקורת שיפוטית על סבירותה של ההחלטה תחרוג מתחומו של בית המשפט. לעומת זאת ביקורת שיפוטית על הפרוצדורה החוקתית שבה התקבלה ההחלטה היא לגיטימית, שכן אם נדרש לתחום את גבולות סמכותה של הממשלה אל מול הכנסת, אין רשות אחרת בעמדה טובה יותר לעשות זאת מבית המשפט.⁵²

מה יכולות להיות ההשפעות של ביקורת שיפוטית בעניין זה בזירה הבינ-לאומית? כאשר מדובר בעתירה במישור החוקתי-פנימי, כמו במקרה זה, סביר להניח כי ההשפעות זניחות. עקרון יסוד של המשפט הבינ-לאומי הוא אי-התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה,⁵³ והקביעה איזו רשות מוסמכת להחליט בשם מדינה החלטה מסוימת היא עניין פנימי מובהק. מכל מקום, מדינה תהיה אחראית במישור הבינ-לאומי לפעולה של אורגן שלה במילוי תפקידו אף אם חרג מסמכותו.⁵⁴ לעומת זאת אם העתירה עוסקת בחוקיות היציאה למלחמה לפי המשפט הבינ-לאומי, השפעת הכרעתו של בית משפט מדינתי בעניין זה עלולה להיות בעלת חשיבות רבה. קביעה כי היציאה למלחמה מנוגדת למשפט

51 ראו עניין ביילין, לעיל ה"ש 47, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

52 ראו Moore, לעיל ה"ש 38, בעמ' 93.

53 ס' (7)2 למגילת האו"ם.

54 ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/56/10 (2001), art. 7: "The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions"

הבין-לאומי עלולה לפגוע ביכולת התמרון של הממשלה במסגרת משא ומתן לסיומה, להקשיח את עמדת הצד שכנגד ולפגוע בתמיכה הבין-לאומית.⁵⁵

ומה בנוגע להשפעות על שלטון החוק של הימנעות מביקורת שיפוטית על היציאה למלחמה? הסיכונים ביציאה למלחמה או בהימנעות מיציאה למלחמה כשהמדינה מותקפת – סיכונים של אובדן עצום של חיי אדם ונזק נרחב לכלכלה; סיכונים של אובדן תמיכה פוליטית מבית וסיכונים של התערבות בין-לאומית מבחוץ – הם בעלי עוצמה רבה כל כך עד שספק אם לאפשרות של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון יינתן משקל של ממש בהחלטה. נוסף על כך, כל החלטה על יציאה למלחמה היא ייחודית מבחינת שילוב הנסיבות המדיניות והצבאיות, האזורים והבין-לאומיות. לכן להכרעה של בית המשפט לא יהיה ערך מנחה רב במקרים עתידיים. הדברים פועלים בכיוון של שלילת הביקורת השיפוטית.

ומה באשר לפגיעה בזכויות אדם? במובנה הרחב, כל החלטה בדבר יציאה למלחמה פוגעת פוטנציאלית בזכויות אדם: היא פוגעת לכאורה בזכות היסוד החשובה מכול – הזכות לחיים, הן של תושבי המדינה, העלולים להיפגע במלחמה, הן של חיילי המדינה, הנדרשים אף להקריב את חייהם בלחימה והן של אזרחי האויב ולוחמיו. גישה מוחלטת שלפיה כל פגיעה בזכויות האדם מחייבת ביקורת שיפוטית תחייב ביקורת שיפוטית גם על החלטה זו.

לסיכום, בנוגע להחלטה על יציאה למלחמה, כל השיקולים, לבד מקיומן של נורמות רלוונטיות ופגיעה בזכויות האדם, פועלים נגד ביקורת שיפוטית המבוססת על הפרת המשפט הבין-לאומי. אשר לנורמות, אלה הקיימות עמומות והיקפן שנוי במחלוקת, והדבר מעצים את הבעייתיות של הכרעה שיפוטית שעלולה לצמצם את מרחב התמרון של הממשלה בזירה הבין-לאומית. לעומת זאת כאשר מדובר בעתירה המבוססת על שיקולים חוקתיים-פרוצדורליים, פועלים השיקולים בזכות ביקורת שיפוטית. אשר לשיקול של פגיעה בזכויות האדם, סוגיית היציאה למלחמה ממחישה את הבעייתיות בהצבת שיקול זה במשמעותו הרחבה כמחייב כשלעצמו ביקורת שיפוטית גם אם שיקולים נכבדים אחרים פועלים כנגד ביקורת זו. הפתרון המוצע כולל הבחנה בין פגיעה קונקרטית בזכותו של פלוני, כגון תפיסת אדמתו לצרכים צבאיים,⁵⁶ שאכן תמיד תהיה שפיטה, לבין פגיעה פוטנציאלית ולא מסוימת בזכויות אדם, כגון הפגיעה האפשרית בכל תושבי המדינה ואוכלוסיית האויב מעצם היציאה למלחמה, שתהווה רק שיקול מבין השיקולים, ובמקרה של יציאה למלחמה – לא תטה את הכף לזכות ביקורת שיפוטית על חוקיות המלחמה מבחינת המשפט הבין-לאומי.

4. ביקורת שיפוטית על אופן ניהול הלחימה

בתחום זה קיימות נורמות רבות יחסית במסגרת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, חלקן מן המשפט הבין-לאומי המנהגי וחלקן מאמנות בין-לאומיות שישראל צד להן. אם למנות את העיקריות שבהן: תקנות האג בדבר חוקי המלחמה ביבשה ומנהגיה, 1907,⁵⁷ ארבע

55 ראו Moore, לעיל ה"ש 38, בעמ' 94.

56 ראו עניין אויב, לעיל ה"ש 38, בעמ' 124.

57 ראו: Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land (Oct. 18, 1907), available at

אמנות ז'נבה משנת 1949,⁵⁸ האמנה להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזויין מ-1954,⁵⁹ הפרוטוקולים הנוספים על אמנות ז'נבה משנת 1977⁶⁰ והאמנה בדבר איסורים והגבלות על השימוש בכלי נשק קנונונציונליים מסוימים משנת 1980.⁶¹

אופיין של הנורמות אינו אחיד: חלקן כללים ברורים ומפורטים (rules) וחלקן סטנדרטים עמומים (standards).⁶² הכללים והסטנדרטים נבדלים במרכז הכובד של יצירתם: מרכז הכובד ביצירת הכללים מצוי אצל המחוקק,⁶³ ואילו כאשר מדובר בסטנדרטים, מרב המלאכה מסור למי שנדרש לפרשם וליישמם ובכך ליצוק תוכן קונקרטי למושגים עמומים.⁶⁴ ככל שהמקרה המוסדר נפוץ יותר והמידע עליו רב יותר, כן מתאים יותר להסדירו בכלל נוקשה ומפורט. ככל שהמקרה נדיר יותר, כן גדלה אי-הוודאות, והצורך לשמר גמישות מטה את הכף לזכות סטנדרט.⁶⁵ דוגמה לכללים הן ההוראות באמנת ז'נבה

https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195?OpenDocument. להכרה בתקנות האג כמשקפות משפט מנהגי ראו בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד (2) 197, 235–236 (1983).

58 האמנה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, כ"א 30, 387 (נפתחה לחתימה ב-1949); האמנה להטבת מצבם של פצועים חולים ונטרפי אוניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, כ"א 30, 423 (נפתחה לחתימה ב-1949); האמנה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 30, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949); האמנה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 30, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית).

59 כתב סופי, אמנה ופרוטוקול להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזויין, כ"א 213, 485 (נפתחה לחתימה ב-1954) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1954).

60 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (להלן: הפרוטוקול הנוסף הראשון); Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609 (להלן: הפרוטוקול הנוסף השני). ישראל אינה צד לפרוטוקולים אלה, אולם חלק מהוראותיהם הוכרו כמשקפות משפט בין-לאומי מנהגי. ראו למשל עניין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8, בפס' 20, 43 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

61 אמנה בדבר איסורים והגבלות על השימוש בכלי נשק קנונונציונליים מסוימים העשויים להיחשב בעלי פגיעה קשה במיוחד או בעלי השפעות חסרות הבחנה, כ"א 46, 1327 (נפתחה לחתימה ב-1980) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1995). לאמנה חמישה פרוטוקולים, וכל אחד מהם עוסק בכלי נשק אחר. ישראל הצטרפה לפרוטוקול הראשון (רסיסים שאינם ניתנים לאיתור בגוף האדם) והשני (מוקשים לרבות תיקון של פרוטוקול זה והרביעי (נשק לייזור מעורר)).

62 ראו Cohen, לעיל ה"ש 16.

63 במישור הבין-לאומי יכול המחוקק להיות, למשל, הוועידה שבה מנוסחת אמנה רב-צדדית, בשילוב עם הרשות בכל מדינה המוסמכת לאשרר את האמנה.

64 מדובר ברשות השופטת, אבל גם ביועצים משפטיים לרשות המבצעת, המפרשים עבורה את הדין.

65 ראו Cohen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 44. שיקול זה עשוי להסביר את הפסיקה החריגה בעניין נוהל אוזרה מוקדמת, לעיל ה"ש 9, שפסלה שיטת לחימה למרות היעדרו של כלל אוסר קונקרטי במשפט הבין-לאומי. במקרה זה התקיימו נסיבות מיוחדות, היכולות להסביר את החריג: ראשית, מדובר היה בהקשר של ביצוע מעצרים בשטח כבוש ולא בהקשר של לחימה רחבת היקף, שאפשר שתתקיים בנסיבות מגוונות וקשות לצפייה מראש; שנית, היו כלליים ספציפיים של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי שאסרו התנהגויות "קרובות" לנוהל שהותווה, ובית המשפט הביע את החשש שיישום הנוהל עלול לגלוש במדרון חלקלק להפרת איסורים ספציפיים אלה; שלישית ועיקר – השימוש המרובה בנוהל,

הרביעית בדבר הטיפול בעצורים אזרחיים: חמישים ושישה סעיפים, חלקם מפורטים, העוסקים בתנאים במקום המעצר, היגיינה ורפואה, לבוש ומזון, דת, תרבות וספורט, עבודה, הטיפול ברכושם האישי של העצורים ועוד.⁶⁶ דוגמה לסטנדרט עמום הוא האיסור על תקיפה לא מידתית כפי שהוא מעוגן בפרוטוקול הנוסף הראשון: אסורה תקיפה שצפויה לגרום לפגיעה באזרחים וברכושם שהיא מופרזת ביחס לתועלת הצבאית המצופה.⁶⁷ נדרשת כאן בחינת היחס בין שתיים – תועלת צבאית ופגיעה באזרחים. הדרישה היא שהפגיעה באזרחים לא תהיה "מופרזת" ביחס לתועלת הצבאית. אכן, מדובר במבחן מעורפל.

משמעותו של ההבדל בין כללים לסטנדרטים בהקשר של ביקורת שיפוטית על אופן הלחימה מתבטאת בשיקול אחר, השיקול של השפעה על הזירה הבין-לאומית. במקרה של דיון בכללים, לרשות השופטת יש מידה רבה יחסית של ודאות שפסיקתה תתאים לפרשנות המקובלת של הנורמה מחוץ למדינה, ועל כן הביקורת השיפוטית יכולה לסייע לממשלה לפעול בעקיבות במסגרת התחייבויותיה הבין-לאומיות. לעומת זאת כאשר במסגרת ביקורת שיפוטית נדרש דיון בסטנדרטים, מרחב שיקול הדעת והיצירה של הרשות השופטת גדול יותר. בכך טמון הן סיכון והן סיכוי: הסיכון הוא שפרשנותו של בית המשפט תגביל את הממשלה במידה העולה על המתחייב מן הסטנדרט לדעתן של ממשלות אחרות המתייחסות להתחייבויותיהן הבין-לאומיות ברצינות, או לחלופין שפסיקתו של בית המשפט תתקל בביקורת בין-לאומית ותיתפס כמתירנית מדי. הסיכוי הוא שפסיקת בית המשפט תתרום לעיצוב תוכנו של הסטנדרט בזירה הבין-לאומית בכיוון המביא בחשבון את האתגרים הביטחוניים המיוחדים העומדים בפני המדינה. מכל מקום, פרשנות בית המשפט תעניק מידה של ודאות לצבא: גם אם לא תתקבל פרשנות בית המשפט בעולם, ייהנה הצבא ממידה של לגיטימציה אם יישם את הסטנדרט לפי החלטה שיפוטית מנומקת.

וביתר ספציפיות, כיצד תשפיע הביקורת השיפוטית על האפשרות שישאלים יובאו בפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי⁶⁸ או בפני ערכאות פליליות של מדינות זרות במסגרת עקרון הסמכות האוניברסלית? כאמור לעיל, סמכות זו אמורה להיות משלימה רק כשמדינה אינה מממשת את אחריותה הראשונית לחקור את אזרחיה וחייליה ולמצות עימם את הדין. עם זאת חשוב להבחין כאן בין ביקורת שיפוטית על מדיניות מראש לבין ביקורת שיפוטית על אכיפת הדין הפלילי בדיעבד. לצורך הפעלת עקרון המשלימות (Complementarity)

מאות פעמים, לאורך תקופת הדיון בעתירה, אפשר לבית המשפט להתרשם מן הקשיים המעשיים ביישומה והגדיל את הביטחון שהכלל יוכל להתמודד עם מגוון של מקרים שונים גם בעתיד.

66 ראו ס' 79–135 לאמנת ז'נבה הרביעית.

67 ראו ס' 57(2)(b) לפרוטוקול הנוסף הראשון, לעיל ה"ש 60.

68 בעקבות ההכרה בפלסטיין כמדינה משקיפה שאינה חברה בעצרת האו"ם, הצטרפה פלסטיין לאמנת בית הדין החל מיום 1.4.2015 והודיעה כי היא מקבלת את שיפוטו של בית הדין על מעשים בשטחיה, החל מיום 13.6.2014, כלומר לפני תחילתו של מבצע "צוק איתן". משרד התובעת של בית הדין מנהל בדיקה מקדמית של טענות על פשעי מלחמה "בשטחים הפלסטינים הכבושים לרבות מזרח ירושלים". ראו <https://www.icc-cpi.int/palestine>.

(Principle) די במערכת עצמאית ואפקטיבית של חקירה, תביעה ושיפוט פלילי,⁶⁹ ודי בביקורת שיפוטית על החלטות התביעה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין פלילי באירוע לחימתי קונקרטי.⁷⁰ אין נדרשת לשם כך האפשרות להעמיד לביקורת שיפוטית מראש מדיניות באשר לשיטות לחימה או הפעלת אמצעי לחימה.⁷¹ עם זאת קיומה של ביקורת שיפוטית על מדיניות מראש יכולה להעניק הגנה מפני אחריות פלילית לפיקוד הצבאי, אם יפעל במסגרת מדיניות שעמדה בביקורת השיפוטית.⁷²

האפשרות לברר את העובדות הנדרשות להכרעה ושיקולי דחיפות – לא בכדי מכונה המלחמה "ממלכת אי-הוודאות",⁷³ ולא לחינם שגור הביטוי "ערפל הקרב". השילוב בין פעולות לחימה המתנהלות בד בבד בשטח נרחב ובזמן קצר וקשיי תקשורת בלתי נמנעים גורמים לכך שתמונת המצב במפקדה בדבר המתרחש תפגר לעיתים קרובות אחר ההתפתחויות הדינמיות בשטח. כאשר נדרש להעתיק את תמונת המצב הזו לבית המשפט, הפועל בקצב משלו ועל פי הליכיו, הקושי מתעצם. שיקול זה פועל במובהק נגד דיון בעתירות המוגשות בזמן לחימה רחבת היקף ומבקשות סעד מידי הנוגע להתנהגות הצבא. לדוגמה: העתירה בזמן מבצע "קשת בענן" ברפיח שבה נדונו פינוי פצועים, קבורת מתים, הספקת מים ועוד, והעתירה בזמן מבצע "עופרת יצוקה" בעזה שבה נדונו טענות לעיכובים בפינוי פצועים, התקפה על צוותים רפואיים ואמבולנסים ומחסור בחשמל.⁷⁴ התמודדות עם עתירות מסוג זה מחייבת את בית המשפט לנקוט אחת משלוש אסטרטגיות, שלכל אחת מהן חסרונות משלה: קבלת החלטות על סמך תשתית עובדתית חלקית, הכבדה על המערכת הצבאית בתוך כדי לחימה בדרישות להמצאת נתונים נוספים, שהם כשלעצמם משתנים בתוך כדי הלחימה, או קבלת החלטות כללית דייה, על מנת שתתאים לכל מערכת של עובדות. זוהי אסטרטגיה המעוררת את שאלת התרומה של ההכרעה השיפוטית והאפקטיביות שלה.⁷⁵

69 ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי דו"ח שני – ועדת טירקל 131–132 (2013), <https://goo.gl/YeypgP>.

70 בבג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד סג(2) 325 (2009), אף הרחיב בית המשפט העליון את ביקורתו והתערב גם בחומרת סעיפי האישום שיוחסו לנאשמים, חיילים שהוּאשמו בפגיעה בפלסטיני, במסגרת כתב אישום שהוגש לבית הדין הצבאי.

71 במובן זה, הנשיא בדימוס ברק אינו מדויק כאשר הוא מעביר קו ישר בין "ביקורת שיפוטית" של בתי משפט פליליים בין-לאומיים המתייחסת למקרים ספציפיים בעבר לבין ביקורת שיפוטית של בג"ץ על מדיניות מבצעית מראש. ראו עניין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8.

72 ראו הסייג לאחריות פלילית בגין טעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר" (ס' 34 יט לחוק העונשין, התשל"ז–1977) והשוו ל"ס' 32(2) לחוקת רומא של בית הדין הבין-לאומי הפלילי, <https://goo.gl/f4ySzd>.

73 CARL VON CLAUSEWITZ, ON WAR 101 (Michael אצל "[W]ar is the realm of uncertainty" Howard & Peter Paret trans., 1976).

74 ראו עניין פינוי פצועים, לעיל ה"ש 13; עניין מחסור בחשמל, לעיל ה"ש 13.

75 ברק-ארו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 14–15.

הקושי העובדתי ממותן במידה רבה אם העתירה אינה מוגשת בזמן הלחימה עצמה ואם היא מתייחסת לחוקיות של אמצעי לחימה מסוים או לשיטת לחימה מסוימת באופן שאינו תלוי הקשר ועל כן אינו מחייב בירור עובדתי מורכב.

התאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט היא שיקול שאינו פועל נגד ביקורת שיפוטית כשמדובר בביקורת שיפוטית על אופן הלחימה: שלא כעצם היציאה למלחמה או כמדיניות ההתיישבות ביהודה והשומרון, כאן מדובר בעניינים צבאיים-מקצועיים שאינם מגדירים את המחנות הפוליטיים בישראל.

ומה בנוגע להשפעות על שלטון החוק של הימנעות מביקורת שיפוטית על אופן הלחימה? גם כאן השיקולים נגד ביקורת שיפוטית במקרה של יציאה למלחמה רלוונטיים פחות. השימוש באמצעי מסוים או בשיטת לחימה מסוימת אומנם יכול להיחשב חיוני וחשוב, אבל אין הוא דומה בחשיבותו ובסיכוניו לעצם היציאה למלחמה. לפיכך לסיכון שבית המשפט יקבע שהפרקטיקה אינה חוקית יכול להיות משקל רב יותר בעיצוב החלטות הרשות המבצעת. שלא כיציאה למלחמה, שהיא תמיד ייחודית וחד-פעמית בנסיבותיה, אמצעי לחימה ושיטות לחימה עשויים לבוא לידי ביטוי במערכות שונות, ועל כן הערך המנחה של פסיקת בית המשפט רב יותר בשמירת שלטון החוק לעתיד לבוא. מן הצד האחר ניתן לטעון כי קיימים גורמים המרסנים את פעילותו של הצבא בניגוד לדין הבין-לאומי שאינם קיימים בהקשרים אחרים שבהם נשקלת חיוניותה של ביקורת שיפוטית לשמירת שלטון החוק: תשומת הלב הרבה של הקהילה הבין-לאומית לעימותים מזוינים באזורנו ולסכסוך הישראלי-פלסטיני בפרט מתבטאת לעיתים קרובות בבחינה מדוקדקת של פרקטיקות הלחימה של ישראל בפורומים בין-לאומיים.⁷⁶ נוסף על כך, לעיתים הספקת אמצעי לחימה מסוימים מותנית בשימוש בהם לפי הדין הבין-לאומי, וטענות על חריגה משימוש זה עלולות לסכן הספקתם של אמצעים חיוניים.⁷⁷ ולבסוף ניתן לטעון כי לשם הבטחת שלטון החוק די בביקורת שיפוטית המופעלת בדיעבד, למשל על בדיקה וחקירה של תלונות על הפרת דיני הלחימה, ואין צורך בביקורת שיפוטית מראש כ"חרב" נוספת התלויה מעל ראשו של הצבא.

אשר לפגיעה בזכויות אדם, המצב בעניין ביקורת שיפוטית על אופן הלחימה דומה למצב בעניין הביקורת השיפוטית על היציאה ללחימה. כאשר מתעוררת שאלה של חוקיות אמצעי לחימה או שיטות לחימה, תמיד יהיה ניתן להצביע על פוטנציאל של פגיעה בחיי אדם ובזכויות האדם. לכן שיקול זה צריך להיות מובא בחשבון אך לא להכריע.

מן המכלול עולה תמונה מעורבת ומורכבת בנוגע להצדקה של ביקורת שיפוטית על אופן הלחימה. נראה שכאן נדרש לפרק לסוגים שונים גם תחום משנה זה של הביקורת על

76 דוגמה בולטת לכך היא דוח ועדת גולדסטון לאחר מבצע "עופרת יצוקה", שהתייחס גם לשימוש בתחמושת המכילה זרחן. ראו Rep. of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, at 194–196, A/HRC/12/48 (2009).

77 באשר לפצצות מצר, ראו דו"ח ועדת וינוגרד, לעיל ה"ש 39, בעמ' 495–500; אמיר בוחבוט "ארה"ב: נפסיק למכור פצצות מצר לישראל" nrg 30.9.2008 www.nrg.co.il/online/1/ART1/794/558.html; אמנה חדשה לסחר בנשק מציבה מסגרת כללית יותר המחייבת לשקול ביצוע אמצעי לחימה את הפוטנציאל שהנשק ישמש להפרת המשפט הבין-לאומי. ראו רשימתו של לירון ליבמן "אמנת הסחר בנשק החדשה – שאלות ותשובות" LIRONSLAWG 8.4.2013 <https://goo.gl/vufs55>.

עניינים צבאיים-מבצעיים. האפשרות לערוך בירור עובדתי במידת הדחופות הנדרשת פועלת במובהק נגד עתירות המוגשות בזמן לחימה רחבת היקף בדרישה להתערב בפעולות קונקרטיות, אך לא נגד עתירות המוגשות שלא בזמן לחימה וממוקדות בחוקיות של אמצעי לחימה מסוים או של שיטת לחימה מסוימת. התשתית הנורמטיבית לביקורת שיפוטית מפותחת מאוד, אולם גם כאן ניתן להבחין בין ביקורת המסתמכת על כללים, שתועלתה ברורה וסיכוניה מועטים, לבין ביקורת המסתמכת על סטנדרטים, שיש עמה סיכויים אך גם סיכונים ניכרים. ההשפעה על הזירה הבין-לאומית מחייבת ביקורת שיפוטית בדיעבד על החלטות שלא להעמיד לדין פלילי או שלא לחקור אירועי לחימה. אין מתחייבת גם ביקורת מראש על מדיניות של הפעלת אמצעי לחימה ושיטות לחימה אף שגם לכך יכולה להיות תועלת. עניינים אלה, בהיותם עניינים צבאיים-מקצועיים, אינם מתאימים להכרעה ציבורית-פוליטית. לבסוף, גם השיקול של חיזוק שלטון החוק מעצם קיומו של "צל" הביקורת השיפוטית הפוטנציאלית נוכח כאן יותר מאשר בהחלטה על יציאה למלחמה, אם כי ניתן לטעון שיש מנגנונים מרסנים בין-לאומיים שניתן להסתפק בהם, ושגם כאן די בביקורת שיפוטית בדיעבד בנוגע לטיפול בתלונות וטענות על הפרת דיני הלחימה. תמונה מעורבת ומורכבת זו תשמש להלן בהערכת פסק הדין בעניין הס.

ד. פסק הדין בעניין הס

בפרק זה אבחן תחילה את יישומה של דוקטרינת השפיטות הנוהגת בעניין הס כפי שפורטה לעיל בפרק ב. בחלק השני של הפרק איישם את הדוקטרינה המוצעת כפי שהיא מתוארת לעיל בפרק ג, באותו עניין.

1. האם ההכרעה בעניין הס תואמת את הדין המצוי בסוגיית השפיטות?

לכאורה, בדחיית העתירה הלך בית המשפט העליון בנתיב המעשי, שאותו נקט גם באשר ליעפים העל-קוליים ובעניין טווחי הבטיחות לירי הארטילרי. בית המשפט נמנע מלעסוק בשאלה שהפכה לתיאורטית בשל הודעת צה"ל שהוא הפסיק להשתמש באמצעי מושא העתירה, גם אם שמר הוא לעצמו את האפשרות לחדש את השימוש באמצעי בעתיד. עם זאת בבחינה מדוקדקת יותר קיים הבדל ניכר: במקרים הקודמים שהוזכרו מדובר בהפסקה מוחלטת של הפעילות שבה מדובר, ואילו במקרה הנוכחי הודיע צה"ל שהפסקת השימוש בפגזים המכילים זרחן לבן בשטח בנוי נעשית בכפוף לשני חריגים מצומצמים, שהוצגו לבית המשפט, אך נותרו חסויים. גם אם מדובר בחריגים מצומצמים, מכיוון שהעותרים טענו שהדין מחייב איסור מוחלט על השימוש בתחמושת זו בשטח בנוי, נשאלת השאלה אם לפי הדוקטרינה הקיימת היה מוצדק לדון בכך. לפי מבחן האופי המשפטי הדומיננטי, נראה כי הראש הראשון של העתירה עומד בנדרש. אין העותרים מלינים על התבונה שבשימוש בתחמושת זו, על התועלת המוגבלת שבכך או על ההשלכות השליליות שיש לכך על תדמיתם של צה"ל ושל מדינת ישראל בדעת הקהל הבין-לאומית. בראש הראשון של העתירה נטען שהשימוש בתחמושת אינו חוקי על יסוד הגבלות השימוש ב"נשק מבעיר"

(Incendiary Weapon) לפי הפרוטוקול השלישי לאמנה בדבר איסור השימוש בכלי נשק קונונציונלי מסוימים והגבלתו.⁷⁸ מדובר בנורמה ספציפית ומפורטת יחסית, ועל בית המשפט היה לקבוע כי טענה זו בעתירה שפיטה ולהכריע בה. שונים הם פני הדברים לו היה נזקק בית המשפט לראש השני של העתירה, שלפיו מן העקרונות הכלליים של דיני הלחימה מתחייב האיסור על שימוש בתחמושת המכילה זרחן באזורים מיושבים.

העותרים מזכירים שלושה עקרונות – עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות (פרופורציונליות) והחובה לנקוט אמצעי זהירות בהתקפה.⁷⁹ על יסוד אותם עקרונות ממש ביקשו העותרים בעניין הירי הארטילרי להורות לצה"ל לחזור ולהגדיל את טווח הבטיחות מאזרחים של ירי ארטילרי.⁸⁰ בית המשפט העליון ציין שם כי המשיבים לא חלקו על אותם עקרונות ואף הצהירו כי הם פועלים על פיהם והוסיף וקבע כי קיים ספק באשר לסיווג השאלה המרכזית המחייבת הכרעה בעתירה – אם משפטית היא או שמא צבאית-מקצועית מובהקת – בשל העובדה שלא עלה בידי העותרים להצביע על מקור משפטי מחייב הקובע כי טווח של 100 מטרים הוא פסול, ואילו טווח של 300 מטרים מותר הוא.⁸¹ נראה כי גישה עקיבה הייתה מחייבת את בית המשפט, לו היה דוחה את הראש הראשון של העתירה לגופו, לדחות גם את הראש השני בשל היעדר אופי משפטי דומיננטי.

2. כיצד היה צריך לטפל בעתירה לפי הדוקטרינה המוצעת?

אף כאן יש להבחין בין הראש הראשון של העתירה לבין ראשה השני.

(א) ראש העתירה הראשון

(1) יישום הדין הרצוי

מבחינת הנורמות – כאמור, העותרים ביססו את הראש הראשון של עתירתם על נורמה ספציפית ומפורטת יחסית, המצויה בפרוטוקול השלישי, ולכן שיקול זה תומך בשפיטות העתירה.

ביקורת שיפוטית לפי ראש זה של העתירה גם אינה נפגמת מן הקושי שבבירור העובדות ובשיקולי דחיפות: העתירה הוגשה לא בזמן הלחימה במבצע "עופרת יצוקה" אלא אחריה, ולכן אין דחיפות. בית המשפט נדרש להתייחס לשאלה משפטית: תחולתו של הפרוטוקול השלישי על מדינת ישראל מכוח הסכמה או מנהג והמתחייב ממנו בעניין תחמושת ליצירת

78 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, Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III), disarmament.un.org/treaties/t/ccwc_p3/text (להלן: הפרוטוקול השלישי).

79 כתב העתירה בעניין הס, לעיל ה"ש 3, פס' 107–153.

80 עניין הירי הארטילרי, לעיל ה"ש 12, פס' 2.

81 שם, פס' 10.

עשן המכילה זרחן. בירור עובדתי מסוים נדרש בנוגע לתכונותיה של התחמושת שבה מדובר, אולם הוא בירור ממוקד יחסית ואפשרי.

כשמדובר בחוקיות השימוש באמצעי לחימה מסוים (תחמושת ליצירת עשן המכילה זרחן), אין תוקף גם לטענה בדבר התאמת ההכרעה המקצועית-טכנית לדיון ציבורי-פוליטי. מבחינת השפעות בין-לאומיות – מכיוון שמדובר בכלל (rule) שקיימת מידה רבה של ודאות בנוגע להיקפו, החשש שפסיקת בית המשפט תגביל יתר על המידה את הצבא, או להפך: תתיר לו יותר ממה שייחשב לגיטימי במדינות אחרות ובפרשנות אחרת במישור הבין-לאומי, אף הוא אינו חשש כבד משקל הפועל נגד ביקורת שיפוטית.⁸²

ולבסוף, מבחינת שלטון החוק – ספציפית ייתכן שעובדות המקרה תומכות בגישה שמנגנונים אחרים מבטיחים ריסון פעולתו של הצבא בעניינים אלה. כפי שמצוין בפסק הדין, הצבא הודיע לבית המשפט שהחליט להימנע משימוש בתחמושת זו בשטח בנוי, בכפוף לחריגים מצומצמים.⁸³ אפשר שהדבר נבע מן הביקורת הבין-לאומית שנמתחה על השימוש הזה במהלך מבצע "עופרת יצוקה", אף שמועד שינוי המדיניות הצבאית אינו מפורט, ועל כן אי אפשר לשלול אפשרות ש"צל" הביקורת השיפוטית או אפילו הגשתה של העתירה הקונקרטית⁸⁴ היו ביסוד השינוי במדיניות הצבא. מכל מקום, עקרונית שימוש בתחמושת תקנית איננו עניין חד-פעמי, והוא יכול לחזור במערכות צבאיות בעתיד, ועל כן שיקול של שלטון החוק פועל עקרונית בזכות ביקורת שיפוטית.

עולה מן המקובץ כי כל השיקולים תומכים בביקורת שיפוטית באשר לראש הראשון של העתירה.

(2) התייחסות לטענה לגופה: תחמושת המכילה זרחן לבן לשם מיסוך – נשק מבעיר?

אף שהעותרים ניסחו את עתירתם כמתייחסת לתחמושת המכילה זרחן ככלל, מאפייני התחמושת שאליהם התייחסו העותרים בפועל הם מאפייני התחמושת העיקרית, שבה השתמש צה"ל במהלך מבצע "עופרת יצוקה" בעזה, ואשר צה"ל לא היה מוכן לאסור לחלוטין שימוש בה באזורים מיושבים: מדובר בפגז ארטילריה בקוטר 155 מ"מ, המסומן M825A1, תחמושת סטנדרטית המיוצרת בארצות הברית ומשמשת את צבאה ומכונה בצה"ל "עשן לבן" או "עשן חדש". תכליתה של תחמושת זו ליצור עשן לשם מיסוך כוחות.

82 העותרים טענו בעתירתם כי השימוש בתחמושת הנדונה מנוגד למשפט הבין-לאומי המנהגי (ראו שם, פס' 82, 91). שאלה מעניינת, החורגת מגדרי הדיון כאן, היא אם ראוי שבית המשפט העליון יביע דעתו גם כשנטען כי המדינה מפירה כלל של המשפט הבין-לאומי ההסכמי, המחייב אותה במישור הבין-לאומי אך אינו נחשב חלק מהמשפט הפנימי. על יסוד סיווג אמנת ז'נבה הרביעית כמשפט בין-לאומי הסכמי, נמנע בית המשפט העליון בעבר מלהיכנס לגופה של טענה כי התיישבות ישראלית בשטחי יהודה והשומרון מפירה את האיסור הקבוע בתקנה 49 לאמנה זו על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש. ראו עניין אויב, לעיל ה"ש 38, בעמ' 119–122, 127–129. מנגד, ברק-ארז טוענת כי הטיעון של הפרדת רשויות שביסוד ההבחנה המסורתית בין משפט בין-לאומי הסכמי ומנהגי הוא חלש כשמדובר באמנות המגבילות את הממשלה לשם כיבוד זכויות אדם מבלי לשנות את החוק המדינתי. ראו Barak-Erez, לעיל ה"ש 33, בעמ' 614–615.

83 עניין הס, לעיל ה"ש 4, פס' 3.

84 העתירה הוגשה עוד ב-2011, ופסק הדין ניתן ביולי 2013.

המיסוך נוצר באמצעות 116 פיסות לבד, טבול בזרחן לבן, המצויות בפגז. הפגז נפתח בגובה מסוים מעל פני הקרקע ומפזר את פיסות הלבד. במגעו עם האוויר הזרחן מתלקח ויוצר עשן לבן וסמך, המתפזר בתוך כדי נפילת פיסות הלבד לקרקע. כך ניתן להגן למשל על כוחות שריון מתמרנים מפני חוליות אויב חמושות בטילים נגד טנקים (נ"ט). הזרחן הלבן אכן עלול לפגוע פגיעה קשה בבני אדם הבאים עמו במגע. ייתכן שאזרחים בעזה נפגעו במהלך מבצע "עופרת יצוקה" מחשיפה לחומר זה, אף שקשה לאמוד את היקף הפגיעות. עם זאת עצם העובדה שתחמושת מסוימת עלולה לסכן בני אדם, איננה כשלעצמה עילה לאסור על השימוש בה. די לציין כי גם תחמושת "רגילה" המכילה חומר נפץ איננה תורמת לבריאותם של בני אדם המצויים בסמוך למקום שבו היא מתפוצצת. על כן הוסיפו העותרים וטענו כי תחמושת זו היא למעשה "נשק מבעיר" (Incendiary weapon) כהגדרתו בפרוטוקול השלישי לפי האמנה לאיסור והגבלה על השימוש בכלי נשק קוננוציונליים מסוימים.⁸⁵ ואולם, טענה זו מחייבת התמודדות עם קשיים אחדים:

א. הגדרת "נשק מבעיר"

"נשק מבעיר" מוגדר בפרוטוקול: נשק או תחמושת שעוצב בעיקרו לשם הצתת עצמים או גרימת כוויות לבני אדם.⁸⁶ אם לא די בכך, הפרוטוקול מוציא במפורש מהגדרת נשק מבעיר סוגי תחמושת שעלולים להצית כתוצאה לוואי בלבד, ובכלל זה מנויה במפורש תחמושת שנועדה ליצירת עשן.⁸⁷

על מנת להתמודד עם קושי זה טענו העותרים כי את התכלית העיקרית יש לקבוע לא לפי המוטיבציה של המשתמש אלא לפי תכונותיה הקבועות של התחמושת. מכיוון שתכונות העיקריות של הזרחן היא התלקחות במגע עם חמצן ויצירת בערה, ויצירת העשן היא רק תוצאה משנית של הבערה, נכנסת התחמושת שבה עסקינן להגדרת "נשק מבעיר".⁸⁸ לעניות דעתי, גישת העותרים מוטעית ביסודה. אכן, לא כוונתם הסובייקטיבית של המשתמשים בתחמושת היא שקובעת. מה שקובע היא התכלית האובייקטיבית שהציב לעצמו יצרן התחמושת, ושעל פיה עוצבו התחמושת ותכונותיה.⁸⁹ הגדרת "נשק מבעיר" בפרוטוקול מתייחסת לנשק או לתחמושת כמכלול ולא לחומרים הכלולים בו. העובדה

⁸⁵ הפרוטוקול השלישי, לעיל ה"ש 78.

⁸⁶ ראו 1'85 ס' (להדגשה שלי – ל"ל): "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 a combination thereof, produced by a chemical reaction of a substance delivered on the target"

⁸⁷ ראו ס' 1'(b)(i) לפרוטוקול, שם (להדגשה שלי – ל"ל): "Incendiary weapons do not include munitions which may have incidental incendiary effects, such as illuminants, tracers, smoke or signaling systems". כן ראו W. Hays Parks, *The Protocol on Incendiary Weapons*, 279 INT'L REV. RED CROSS 535, 544–545 (1990).

⁸⁸ כתב העתירה בעניין הס, לעיל ה"ש 3, פס' 94–100.

⁸⁹ ראו I.J. MacLeod & A.P.V. Rogers, *The Use of White Phosphorus and the Law of War*, 10 YEARBOOK INT'L HUMANITARIAN L. 75, 92–93 (2007); R. Craig Burton, *Recent Issues with the Use of MatchKing Bullets and White Phosphorous Weapons in Iraq*, 2006 ARMY L. 19, 21–22 (2006).

שהתחמושת המדוברת נועדה ליצירת עשן מתבטאת בתכנונה: כפי שפורט לעיל, הפגז מיועד להיפתח באוויר ולשחרר מספר רב של פיסות לבד טבולות בזרחן על מנת שבערת פיסות הלבד תייצר עשן בתוך כדי צניחתן לקרקע. צודקים העותרים שאין עשן בלי אש, אולם חוות דעת המומחה מטעם העותרים⁹⁰ מתארת כי קיימת גם תחמושת המכילה זרחן לבן ומיועדת ליצירת תאורה בלילה, ועל כן היא פועלת אחרת. כלומר, יש אש בלי עשן ועם אור. אם המבחן הוא מבחן החומר שמכילה התחמושת – הרי שגם פגז התאורה המכיל זרחן היה צריך להיפסל – ולא כך טענו העותרים. תחמושת המכילה זרחן לבן נכנסת להגדרת "נשק מבעיר" רק אם נועדה, על פי תכנונה ועיצובה, להצית אובייקטים או לגרום לכוויות לבני אדם. פגזי "העשן הלבן" נועדו ליצירת מסך עשן, ועל כן אינם בגדר "נשק מבעיר" אף שהם מכילים זרחן. בניסיון להרחיב מה שנחזה כפרשנותו המילולית והפשוטה של הפרוטוקול השלישי הוצע מבחן שלפיו אם אפקט ההצתה, שאינו השימוש העיקרי המוצהר על ידי היצרן, תורם בכל זאת לתפוצת התחמושת יש לראות בה כאילו עוצבה בעיקרה ליותר מתכלית עיקרית אחת, ובין היתר לצורך ההצתה, ועל כן להגדירה "נשק מבעיר".⁹¹ יש גישה מרחיבה עוד יותר, שעל פיה תחמושת תיחשב ל"נשק מבעיר" על פי הפרוטוקול גם אם השימוש בה בפועל נעשה למטרת הצתה אף שהיא מתוכננת לשמש ליצירת עשן.⁹² עם זאת גם גישות אלה אינן הולכות רחוק כמו העותרים, משום שאין הן מסתפקות בתכונה הפיזיקלית של ההתלקחות, אלא דורשות כוונה של המשתמשים להשתמש באפקט ההבערה של התחמושת או תרומה ניכרת של אפקט ההצתה לתפוצת התחמושת.⁹³

ב. תחולת הפרוטוקול השלישי על מדינת ישראל

העותרים מודעים לעובדה שמדינת ישראל לא חתמה על הפרוטוקול ולא אשררה אותו, ועל כן אין הוא מחייב אותה כמשפט בין-לאומי הסכמי. לפיכך נטען כי מדובר בכלל מנהגי, כי 107 מדינות חתומות על הפרוטוקול, וכן כי הפרוטוקול משקף יישום של כמה עקרונות של המשפט הבין-לאומי המנהגי, כמו הבחנה, מידתיות ונקיטת אמצעי זהירות.⁹⁴ העובדה

90 Affidavit of Christopher Stewart Geoffrey Conn-Smith, B'TSELEM (Apr. 7, 2011), ראו http://www.btselem.org/download/20110531_hcj_4146_11_white_phosphorus_petition_cobb_smith_specialist_opinion.pdf

91 ראו למשל Stain N. Christensen, *Regulation of White Phosphorus Weapons in International Law* (Nov. 17, 2011) (unpublished thesis, Universitetet i Oslo) המהבר מכיר בכך שמילותיו של הפרוטוקול השלישי מעידות שאפקט פוטנציאלי או אפקט בפועל של התחמושת אינו נכנס להגדרה בשל הדגש על "עיצוב תכלית עיקרית של הבערת עצמים או אנשים" והבחנה בין תכלית עיקרית לבין אפקט נלווה, שבמפורש מוצא מכלל הגדרת נשק מבעיר.

92 Roman Reyhani, *The Legality of the Use of White Phosphorus by the United States Military During the 2004 Fallujah Assaults*, 10 J. L. SOC. CHANGE 1, 44 (2007)

93 רהאני מבקר את השימוש של כוחות ארצות הברית בתחמושת זו בקרב על פלוג'ה שבעיראק בשנת 2004. נטען שהתחמושת שימשה שם על מנת להוציא לוחמי אויב ממקום מחבואם בפרקטיקה שכונתה "shake 'n' bake". ראו שם, בעמ' 3–7. העותרים לא טענו שצה"ל השתמש בתחמושת זו למטרות דומות ולא הגבילו את עתירתם לאיסור על שימוש בתחמושת זו באזור מיושב לתכלית שונה מיצירת מסך עשן.

94 ראו כתב העתירה בעניין הס, לעיל ה"ש 3, פס' 91.

שאמנה מיישמת עקרונות כלליים שהם חלק מהמשפט הבינ-לאומי המנהגי אינה הופכת כשלעצמה את אופן היישום של העקרונות באותה אמנה לחלק מהמשפט המנהגי. במחקר המקיף של הצלב האדום הבינ-לאומי באשר למשפט הבינ-לאומי ההומניטרי המנהגי נקבע כי קשה לקבוע שהכללים המפורטים בפרוטוקול השלישי הם מנהגיים. הכלל המנהגי, לפי המחקר, הוא שיש לנהוג זהירות מיוחדת כדי למנוע, או לפחות לצמצם, נזק נלווה לאזרחים משימוש בנשק מבעיר, ותו לא.⁹⁵ זו גם עמדתו של רהאני, הקובע במפורש שהסעיף בפרוטוקול השלישי המגביל את השימוש בנשק מבעיר כלפי מטרות צבאיות המצויות בריכוזי אוכלוסייה אזרחית אינו בגדר משפט מנהגי.⁹⁶

עוד בבחינת השימוש בנשק מבעיר המכיל זרחן, מלבד הפרקטיקה השנויה במחלוקת של שימוש בתחמושת המכילה זרחן על ידי ארצות הברית, שאינה צד לפרוטוקול השלישי, במהלך הקרב על פלוג'ה בעיראק ב-2004,⁹⁷ ראוי לציין כי הכוח הבינ-לאומי ISAF באפגניסטן, הכולל כוחות של מדינות החתומות על הפרוטוקול השלישי, השתמש בתחמושת המכילה זרחן לכן גם באזורים מיושבים. דוברים רשמיים של חלק מהמדינות המעורבות ציינו במפורש כי אינם רואים בתחמושת לשם מיסוך המכילה זרחן "נשק מבעיר" והדגישו כי מדובר בפרקטיקה חוקית התואמת את המשפט הבינ-לאומי.⁹⁸

ג. המגבלות על הפעלת "נשק מבעיר" באזור מיושב

למעלה מן הצורך יצוין כי אף אם התחמושת הנדונה הייתה נחשבת "נשק מבעיר", ומדינת ישראל הייתה מחויבת בהוראות הפרוטוקול השלישי, אין הפרוטוקול אוסר לחלוטין על השימוש ב"נשק מבעיר". באזור מיושב נאסר להשתמש ב"נשק מבעיר" המוטל מן האוויר, אולם בענייננו מדובר בפגז ארטילריה, ועל כן מותר להשתמש בו נגד מטרות צבאיות באזור מיושב, ובלבד שהן ניתנות להפרדה ברורה מריכוזי האוכלוסייה, ונוסף על זה ננקטים אמצעי הזהירות הסבירים להגבלת האפקט המבעיר למטרה הצבאית ולמניעה או צמצום של נזק נלווה לאזרחים.⁹⁹ מבחינה מעשית משמעות הדבר, ככל הנראה, כי האפשרות להשתמש בתחמושת הנדונה באזור מיושב, לו הייתה נחשבת נשק מבעיר, הייתה מצומצמת מאוד. אולם אף אם הפרוטוקול השלישי היה חל, אי אפשר להסיק מכך איסור מוחלט על שימוש בתחמושת ארטילרית המכילה זרחן באזור מיושב, כפי שהתבקש על ידי העותרים.¹⁰⁰

95 ראו Rule 84. The Protection of Civilians and Civilian Objects from the Effects of Incendiary Weapons, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, available at https://ihl-data.bases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule84.

96 ראו Reyhani, לעיל ה"ש 92, בעמ' 36–39, 44.

97 שם, בעמ' 3–7, 45.

98 ראו "נדרחתה העתירה נגד שימוש צה"ל בפגזי מיסוך המכילים זרחן לכן בשטח בנוי" הפרקליטות הצבאית (יולי 2013) <https://goo.gl/rJX7NF> עיינו בפרט בה"ש 7–1, שם.

99 ראו ס' 2(3) לפרוטוקול השלישי, לעיל ה"ש 78.

100 ראו לעניין זה גם את עניין Gotovina, לעיל ה"ש 17, שבו סירב בית המשפט הבינ-לאומי ליוגוסלביה לראות בירי תחמושת ארטילרית נפוצה לעבר מטרות צבאיות בתוך אזורים מיושבים, בטווח טעות אפשרית של 200 מ', ירי בלתי מבחין ואסור כשלעצמו.

לסיכום, על בית המשפט היה לדון בראש הראשון של העתירה – ולדחות אותו. השימוש בתחמושת שבה מדובר לא נאסר לפי כלל מפורש של המשפט הבין-לאומי, לא בכלל ואף לא בשטח מיושב.

(ב) ראש העתירה השני

(1) יישום הדין הרצוי

לו היה בית המשפט העליון מתמודד עם טענות העותרים באשר להיות פגזי "העשן הלבן" בגדר "נשק מבעיר" ודוחה אותן, כמו שלדעתי מתחייב, הייתה מגיעה העת לשאול אם ראויה ביקורת שיפוטית בנוגע לטיעון החלופי של העותרים, שלפיו מן העקרונות הכלליים של דיני הלחימה – עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות והחובה לנקוט אמצעי זהירות בתקיפה – מתחייב איסור על שימוש בתחמושת המכילה זרחן באזורים מיושבים.

בשונה מן המקרה של הראש הראשון של העתירה, אף שמדובר בנורמות מהמשפט הבין-לאומי שתחולתן אינה שנויה במחלוקת, אין ספק שמדובר בסטנדרטים מובהקים, ועל כן פרשנותן ויישומן הקונקרטי בבית המשפט חשופים לחרב הפיפיות של הגבלת יתר של הצבא, שתפגע באפקטיביות שלו, או של מתירנות יתר, שתפגע בלגיטימיות הבין-לאומית של בית המשפט.

לו היה בית המשפט מחליט לקבל את העתירה ומורה על איסור שימוש בתחמושת זו בשטח בנוי, היה בית המשפט מחדש כאן חידוש המגביל את הצבא שאין ראייה כי הוא חל בצבאות אחרים או שיחול עליהם בעתיד. יתר על כן, כלל נוקשה של איסור היה מתקשה להתמודד עם הדינמיות של הלחימה וגיוון המצבים האפשריים: מהו "אזור מיושב"? האם הוא כולל אזור שבו מבני מגורים קטנים מפוזרים בדלילות? שטח חקלאי? אזור תעשייה? מה באשר לחוף ים הצמוד לאזור עירוני? לשטח פתוח המצוי בעיבורה של עיר? ומה הדין כאשר כל תושביו של אזור מגורים עזבו את בתיהם בשל הלחימה הניטשת?

אלה רק חלק מהשאלות שאפשר שתתעוררנה ואשר על איסור נוקשה, מוגדר מראש, להתייחס אליהן, ובאופן בלתי נמנע נגזר עליו להיכשל במתן מענה לכל מצב לא צפוי העלול להתעורר בזמן לחימה. כאמור, זו סיבה מרכזית לבחירה בסטנדרטים מלכתחילה: מידת אי-הוודאות והצורך בגמישות ביישום הנורמה. אין מקרה שבו ראוי לזכור זאת יותר ממקרה שבו מצויה לפנינו "ממלכת אי-הוודאות", היא המלחמה.

(2) ביקורת תהליכית

בית המשפט היה יכול להימנע מליישם בעצמו את העקרונות הכלליים האמורים, אולם לוודא כי הצבא מיישם אותן בפקודות מפורטות המתייחסות לשימוש בתחמושת זרחן ליצירת עשן. כך נהג בית המשפט העליון בעתירה נגד השימוש בפגזי "פלשט", כאשר קבע: "המשיבים הניחו את דעתנו כי היקף השימוש בתחמושת זו הוסדר על-ידי צה"ל בכללים המחייבים את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח. ההכרעה בשאלה אם התנאים השוררים בזירת הלחימה, בכל מקרה נתון, מצדיקים שימוש בפלאשט, נתונה כמובן להכרעתו של המפקד המוסמך, שבגיבוש החלטתו מצווה לפעול על-פי ההנחיות המקצועיות, שבעיקרן

נועדו למנוע פגיעה בתושבים שאינם מעורבים בפעילות המסכנת את חיילי צה"ל או את אזרחי ישראל".¹⁰¹

ביקורת תהליכית, המוודאת כי הרשויות הצבאיות גיבשו נהלים מפורטים המיישמים את הסטנדרטים המשפטיים המחייבים אותן, אינה חשופה לסיכונים שביקורת מהותית של סטנדרטים של המשפט הבין-לאומי בנוגע לאופן הלחימה חשופה להם, כפי שפורט לעיל.¹⁰² ביקורת כזו גם אינה נדרשת לעילת היעדר הסבירות, על כל הבעייתיות הכרוכה בה.¹⁰³ עם זאת מבחינת שלטון החוק, ביקורת זו משמרת את התמריץ לרשויות הצבא לתרגם את העקרונות הכלליים של דיני הלחימה להוראות ברורות, ישימות ונגישות לגורמים הצבאיים הנדרשים לשימוש באותו אמצעי לחימה או שיטת לחימה.

ה. סיכום

השיח המצוי על היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים לוקה לרוב בגישה בינארית ופשטנית. מצד אחד נטען שעל בית המשפט למשוך ידו מכל דיון בשאלות הקשורות ללחימתו של צה"ל ו"להחזיר עטרה ליושנה" בדמות דוקטרינת אי-השפיטות של עניינים אלה. ומן הצד האחר נטען כי אין הבדל בין עניינים צבאיים-מבצעיים לבין כל עניין אחר, וכי שלטון החוק צריך להתבטא בכניסתו של בית המשפט לעובי הקורה לפרטי הפרטים של נהלים מבצעיים ושיטות לחימה.

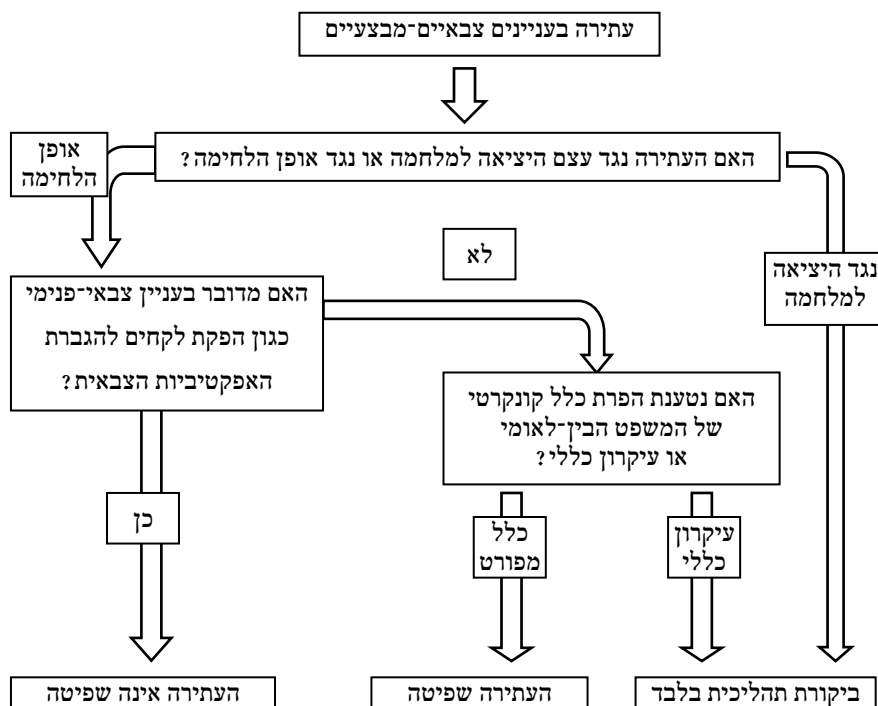
לדעתי ניתן וראוי להתוות את שביל הזהב בין קטבים אלה. שביל זה יתווה באמצעות שקילת השיקולים הרלוונטיים בכל מקרה ומקרה. כפי שהודגם לעיל, בחינה פרטנית זו תוביל לתוצאות שונות בסוגים שונים של עניינים צבאיים-מבצעיים. בכל הנוגע לעניינים צבאיים פנימיים, למשל, הפקת לקחים מלחימה לשם הגברת האפקטיביות של הצבא, תוביל הבחינה בדרך כלל להימנעות מביקורת שיפוטית. כאשר יציאה למלחמה היא שתעמוד על המדוכה, ראוי שהביקורת השיפוטית תצומצם לביקורת חוקתית-תהליכית בנוגע לקבלת ההחלטה ותימנע מביקורת שיפוטית על חוקיות היציאה למלחמה על פי המשפט הבין-לאומי. ואילו כאשר מדובר בעתירות נגד חוקיות אופן הלחימה של הצבא, יש מקום להבחין בין עתירות המוגשות בזמן הלחימה נגד פעולות צבאיות קונקרטיות, שמדיון לגופן יש להימנע, לבין עתירות המוגשות שלא בזמן לחימה אינטנסיבית ובהיעדר דחיפות. אשר לעתירות המוגשות לא בזמן מלחמה, נדרשת הבחנה נוספת בין עתירות ממוקדות בכלל קונקרטי ומפורט של המשפט הבין-לאומי, שבהן ראוי שתהיה ביקורת שיפוטית, לבין עתירות נגד יישום סטנדרטים ועקרונות כלליים, שבהן ראוי שהביקורת השיפוטית תצטמצם לביקורת פרוצדורלית, המוודאת שנקבעו הנחיות צבאיות קונקרטיות ליישום עקרונות אלה בלחימה.

101 עניין פגזי פלשט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 196.

102 ראו למשל ירון זיו "תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – שפיטות)", התשס"ח–2008 – תחייתו של מבחן האופי הדומיננטי? "הארץ" דין 78, 102–103 (2009).

103 שם, בעמ' 98–100, 103–104.

ניתן לתאר את הדין הרצוי המוצע באמצעות תרשים הזרימה הזה:



גם מבחינת ראשי הצבא ומערכת הביטחון מוטב כי טענות בדבר אי-חוקיותם של שיטות לחימה ואמצעי לחימה תתבררנה בבית המשפט העליון של מדינת ישראל בצפיית פני העתיד, ולא בפורומים בין-לאומיים, פוליטיים או משפטיים, בדעיכה, במועד שבו את שנעשה אין להשיב.

עם זאת נכון עשה בית המשפט העליון כששאל את עצמו, עת הובאו בפניו עתירות נגד השימוש באמצעי לחימה מסוים, אם קיים כלל מפורש וספציפי של המשפט הבין-לאומי, האוסר את השימוש בו או מגביל אותו. אם נמצא שיש כלל כזה – יאמר בית המשפט את דברו בקול צלול וברור. אם לא – יימנע מן הפיתוי לעסוק ביישום עקרונות כלליים של דיני הלחימה אגב תרגומם לכללים נוקשים, שעלולים להגביל את צה"ל במציאות הדינמית של הלחימה למעלה מן הנדרש בדין.

נראה כי זו הייתה המחלוקת האמיתית במקרה הזה: מצד אחד העותרים הדורשים לתרגם את העקרונות הכלליים של דיני הלחימה לאיסור נוקשה ומוחלט על השימוש בתחמושת המכילה זרחן באזורים מיושבים. ומן הצד האחר נציגי צה"ל, המצהירים על מחויבות לעקרונות הכלליים של דיני הלחימה, המצדיקים זהירות בשימוש בתחמושת זו באזורים מיושבים ועם זאת תובעים את סמכותם ואת אחריותם של המפקדים הצבאיים ליישם

עקרונות אלה בכל זמן ומקום מתוך שיקול דעת המתחשב בכלל הנסיבות הרלוונטיות והמשתנות.

טוב עשה בית המשפט העליון כשדחה את העתירה בעניין הס. עם זאת היה נכון שיתייחס לשאלה המשפטית המובהקת אם תחמושת לצורכי מיסוך המכילה זרחן היא "נשק מבעיר", ישיב עליה בשלילה, ורק אז ידחה את העתירה החלופית ויימנע מלכתוב הוראות מקצועיות לשימוש בתחמושת זו עבור צה"ל.