

ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה

רות לפידות, יובל שני, עדו רוזנצווייג



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 92

ירושלים, כסלו תשע"ב, דצמבר 2011

Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions

Ruth Lapidot, Yuval Shany, Ido Rosenzweig

עריכת הטקסט: דפנה שוופי

עיצוב הסדרה: טרטקובר עיצוב גרפי - טל הרדה

עיצוב העטיפה: יוסי ארזה

סדר: נדב שטכמן

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב ISBN 978-965-519-100-4

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

טל': 02-5300800, 1-800-20-2222 ; פקס: 02-5300867

דוא"ל: orders@idi.org.il

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ב

Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים, מחקרי מדיניות, מדד הדמוקרטיה, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

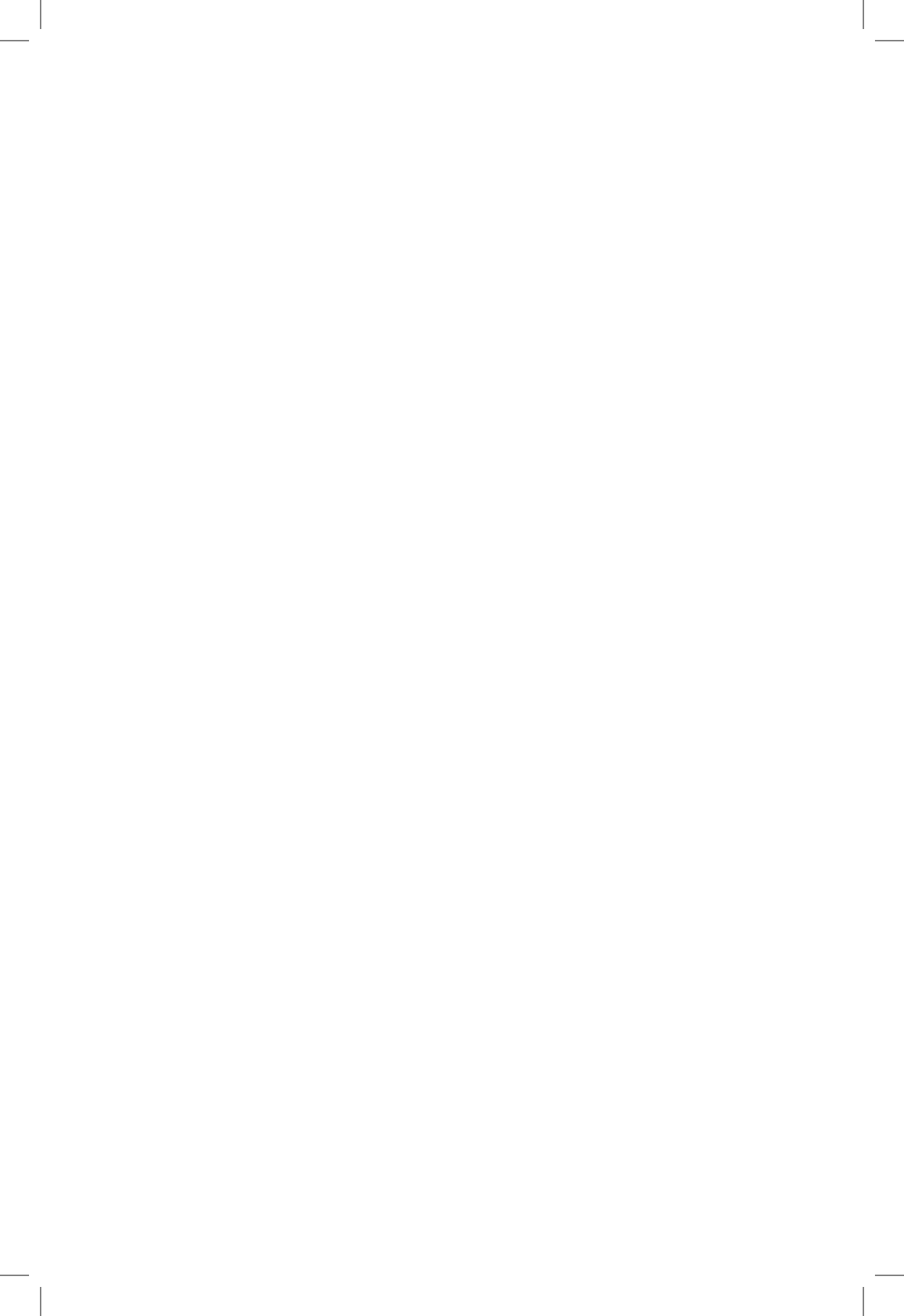
המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



תוכן העניינים

7	תורות
9	תקציר
13	מבוא
18	חלק ראשון התנגדות אפשרית להוראות הפרוטוקולים הנוספים
47	חלק שני סעיפי הפרוטוקולים המהווים משפט מנהגי
55	חלק שלישי הסתמכות על הפרוטוקולים על ידי בג"ץ וממשלת ישראל
60	חלק רביעי מסקנות
iii	Abstract



תודות

הכנת מחקר המדיניות החלה בעקבות יום עיון שנערך בשנת 2005 במסלול האקדמי של המכללה למינהל בנושא הפרוטוקולים הנוספים, בהשתתפות ד"ר ז'אן-מארי הנקרץ (Henckaerts) (אחד משני עורכי מחקר המשפט המנהגי של הצלב האדום בנושא המשפט הבינלאומי המנהגי) ופרופ' מרקו ססולי (Sassòli). אנו מבקשים להודות למרכז קונקורד לחקר יחסי הגומלין בין הדין הבינלאומי למשפט הישראלי ולמשלחת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בתל אביב על ארגון יום העיון והעידוד לעריכת מחקר זה.

את עבודת המחקר בין השנים 2005 ל-2007 ריכז עו"ד רון אביטל. אנו מודים לו על עבודתו המקיפה והיסודית. במהלך המחקר קיימנו כמה מפגשים עם גורמים ממשלתיים שהבהירו לנו את עמדתה של מדינת ישראל בסוגיית ההצטרפות לפרוטוקולים. תודה מיוחדת שלוחה לעו"ד טל בקר ששירת באותה תקופה במשרד החוץ, ולא"מ (במיל') פנינה שרביט-ברוך ואנשי צוותה ממדור הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית.

לבסוף, נבקש להודות למרכז סילברט ללימודי ישראל באוניברסיטה העברית בירושלים על תמיכתו הנדיבה במימון המחקר ולצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה על הסיוע בהבאת המחקר לדפוס.



תקציר

שני הפרוטוקולים שנוסחו בוועידה דיפלומטית בז'נבה בשנים 1974-1977, ונוספו לאמנות ז'נבה מ-1949 בתום דיוניה, הם מסמכים מרכזיים בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי המודרני ("דיני מלחמה"). הפרוטוקול הנוסף הראשון כולל 102 סעיפים ומתייחס, בין השאר, לטיפול בפצועים וחולים בשדה הקרב, לשיטות לחימה ואמצעי לחימה (למשל הגדרת מטרות חוקיות שבהן אפשר לפגוע בזמן מלחמה), לזכאותם של לוחמים למעמד של שבויי מלחמה, להגנה על אזרחים בזמן מלחמה ולאמצעי היישום והאכיפה שיש לנקוט כדי להבטיח את מילוי הוראות הפרוטוקול. לעומתו, הפרוטוקול הנוסף השני קצר בהרבה וכולל 28 סעיפים בלבד וקובע כללי ליבה הומניטריים אשר יחולו על סכסוך חמוש שאינו בינלאומי (כגון מלחמת אזרחים). שני ההסכמים משלימים ומערכנים אפוא הסכמים קודמים בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובראשם ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949.

עם זאת, יש הבדל יסודי בין מעמדם של הפרוטוקולים משנת 1977 לבין מעמדן של האמנות משנת 1949: האמנות אושרו למעשה על ידי כל מדינות העולם (ובכלל זה ישראל), ואילו הפרוטוקולים זכו לקבלה נרחבת פחות: נכון ליוני 2011 אושרר הפרוטוקול הראשון על ידי 170 מדינות, ואילו הפרוטוקול השני אושרר על ידי 165 מדינות. עם המדינות שלא הצטרפו לשני הפרוטוקולים אפשר למנות את אינדונזיה, איראן, ארצות הברית, הודו, מלזיה, מרוקו, נפאל, סומליה, סרי לנקה, פקיסטן, תאילנד, טורקיה וישראל. ישראל אף נחשבת מתנגדת עקבית לחלק מהוראות הפרוטוקול הנוסף הראשון, אף שבשנים 1974-1977 היא השתתפה השתתפות פעילה מאוד בניסוח שני הפרוטוקולים הללו. היא הייתה המדינה היחידה אשר הצביעה נגד אישור הנוסח הסופי של הפרוטוקולים במושב המסכם של הוועידה הדיפלומטית בז'נבה ואף הצביעה, במהלך הוועידה, נגד אימוץ כמה סעיפים מרכזיים בהם.

התנגדותה ההיסטורית של ישראל מבוססת בעיקרה על שלושה אדנים – תחולת האמנה על מלחמות לשחרור לאומי; הגמשת כללי הזכאות לקבלת מעמד

של שבויי מלחמה; ודרכי ההצטרפות של ארגונים לשחרור לאומי לפרוטוקול באופן אשר לדעת ישראל פוגע בחובת הציות לדיני המלחמה ומעורר ארגוני גרילה לפנות לטקטיקות של לוחמת טרור.

המחקר המוגש כאן בוחן את השאלה אם בחלוף יותר משלושים שנים מאז קבלת הפרוטוקולים הגיעה השעה שישראל תצטרף אליהם מהטעמים האלה:

1. חלוף הזמן ושינויים באתגרים הצבאיים שישראל ניצבת לפניהם. יותר משלושים השנים שחלפו מאז אושרו הפרוטוקולים והאתגרים הצבאיים שישראל ניצבת לפניהם הם כשלעצמם סיבה טובה לבדוק אם השיקולים שהועלו בשעתו נגד הצטרפות לפרוטוקולים עודם רלוונטיים כיום. ייתכן שההתפתחויות המשפטיות, הפוליטיות והצבאיות שחלו במרוצת השנים הגבירו את האטרקטיביות של חלק מהסדרי הפרוטוקולים.

2. עמדת הקהילה הבינלאומית. רוב מדינות העולם הצטרפו בסופו של דבר לפרוטוקולים – בכללן מדינות כגון גרמניה, צרפת ובריטניה, אשר הביעו תחילה הסתייגויות מתוכנם (ואכן הצטרפו לבסוף ככפוף לכמה הסתייגויות והצהרות פרשנות חשובות). דומה אפוא שלמאזן הרווח וההפסד הנובעים מאי-הצטרפותה של ישראל יש להוסיף את ההשפעות השליליות של אי-החברות באמנה, בעיקר במישור התדמייתי. השפעות אלה הולכות ומחריפות ככל שמצטמצם מספר המדינות השייכות לקבוצת ההתייחסות הטבעית של ישראל וטרם הצטרפו לאמנה.

3. התפתחויות בדין המנהגי. אם יתברר שהוראות הפרוטוקולים, אשר להן התנגדה ישראל, הפכו במרוצת השנים לדין בינלאומי מנהגי, תהיה להחלטה שלא להצטרף לפרוטוקולים נפקות מעשית מוגבלת, שכן ההוראות הללו ממילא מחייבות את ישראל (חוץ ממקרים שבהם ישראל נחשבת מתנגדת עקבית למנהג, ובמקרה כזה ייתכן שהמנהג אינו מחייב אותה).

4. פסיקת בג"ץ. נכונות בג"ץ להסתמך על הפרוטוקולים ככמה מקרים שנדונו לפניו בעת האחרונה (כגון בג"ץ הסיכולים הממוקדים), מחייבת בחינה מחודשת של מעמד הפרוטוקולים, שכן ייתכן שיש בפסיקה זו משום שינוי בעמדה הישראלית המסורתית המתנגדת לפרוטוקולים.

מסקנות המחקר הן שאכן בחלוף השנים רבות מההתנגדויות שהביעה ישראל בזמן ניסוח הפרוטוקולים אינן מהוות מכשול לפני ההצטרפות להם: בית המשפט העליון בישראל קבע בשורה של החלטות כי לפחות חלק מהוראות הפרוטוקול הראשון חלות, כדין מנהגי, על פעולות צבאיות שנקטה ישראל כלפי קבוצות ופרטים חמושים פלסטיניים. כמו כן, כפי שעולה מפרסומים רשמיים ובתגובות לבג"ץ, המדינה עצמה סבורה שהוראות מסוימות של הפרוטוקול הראשון חלות כדין מנהגי בכל עימות מזוין, כסטנדרט מינימלי מקובל. לכן, לדעתנו, נשקקה במרוצת השנים ההתנגדות העקרונית לתחולתו, על כל הוראותיו, במצבים שבהם ישראל נלחמת בארגון לא מדינתי.

יתרה מזו, הפרשנות של בג"ץ (כפי שהיא מופיעה בין השאר בבג"ץ הסיכולים הממוקדים), שלפיה הסכסוך הישראלי-פלסטיני נושא אופי בינלאומי – עקפה את הצורך בדיון במעמדו של סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון (סעיף התחולה על מלחמות לשחרור לאומי) והביאה לצמצום רב, אם לא לידי ביטול מוחלט, של הנפקות המעשית של ההתנגדות הישראלית לסעיף זה.

עם זאת, המחקר מעלה ספקות בנוגע לשאלה אם חל שינוי של ממש בנסיבות שיכול להסיר או לרכך את התנגדותה של ישראל לסעיפים 33-43 לפרוטוקול הנוסף הראשון, בכל הנוגע להגמשת תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה באופן שפוגע במידה ניכרת בעקרון ההבחנה.

השאלה שצריכה להיבחן לכן בנוגע להצטרפות לפרוטוקול הנוסף הראשון היא אם החסרונות בקבלת ההסדרים המופיעים בסעיפים 43-44 (ייתכן שבתוספת הצהרה פרשנית מצמצמת) עולים על היתרונות שבהצטרפות לקהילה הבינלאומית, ויש בהם כדי להועיל למעמדה של ישראל בקהילה הבינלאומית.

בכל הקשור לפרוטוקול השני, לא מצאנו במחקר הנוכחי סיבה ממשית שבגינה על ישראל להימנע מלהצטרף אליו בכפוף להוספת הצהרה המרחיבה את תחולת הוראותיו ומחילה אותן על כל סכסוך שאינו בינלאומי (לפי הסף הנמוך יותר של סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה). בכך תבקש ישראל למנוע את האפשרות שתתקבל הטענה שהפרוטוקול הראשון חל עליה בשל התחולה השיורית של הפרוטוקול השני לפרוטוקול הראשון.



מבוא

אין מחלוקת ששני הפרוטוקולים שנוסחו בוועידה דיפלומטית בז'נבה בין השנים 1974 ו-1977, ונוספו לאמנות ז'נבה בתום דיוניה, הם מסמכים מרכזיים בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי המודרני (תחום אשר כונה בעבר "דיני מלחמה"). בפרוטוקול הראשון, מסמך ובו 102 סעיפים, יש הוראות מפורטות בנושא הטיפול בפצועים וחולים בשדה הקרב, שיטות לחימה ואמצעי לחימה (למשל, הגדרת מטרות חוקיות שבהן ניתן לפגוע בזמן מלחמה), זכאותם של לוחמים למעמד של שבויי מלחמה, הגנה על אזרחים בזמן מלחמה ואמצעי היישום והאכיפה שיש לנקוט כדי להבטיח את מילוי הוראות הפרוטוקול.¹ לעומתו, הפרוטוקול השני הוא מסמך קצר בהרבה. יש בו 28 סעיפים בלבד, והוא קובע כללי ליבה הומניטריים אשר יחולו על סכסוך חמוש שאינו בינלאומי (כגון מלחמת אזרחים).² שני ההסכמים משלימים אפוא ומעדכנים הסכמים קודמים בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובראשם ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949.³

1 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 הראשון).

2 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 השני).

3 אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 387 (נפתחה לחתימה ב-1949); אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 423 (נפתחה לחתימה ב-1949); אמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה השלישית); אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית).

עם זאת, יש הבדל יסודי בין מעמדם של הפרוטוקולים משנת 1977 לבין מעמדם של האמנות משנת 1949: בעוד האמנות אושררו למעשה על ידי כל מדינות העולם, כלומר 194 מדינות חברות (ישראל אשררה את ארבע האמנות בשנת 1951), הרי הפרוטוקולים זכו לקבלה נרחבת פחות: נכון ליוני 2011, הפרוטוקול הראשון אושרר על ידי 170 מדינות (אחרונה הצטרפה עיראק ב-1 באפריל 2010), ואילו הפרוטוקול השני אושרר על ידי 165 מדינות (אחרונה הצטרפה אפגניסטן ב-10 בנובמבר 2009). עם המדינות שלא הצטרפו לשני הפרוטוקולים ניתן למנות את אינדונזיה, איראן, ארצות הברית, הודו, מלזיה, מרוקו, נפאל, סומליה, סרי לנקה, פקיסטן, תאילנד, טורקיה וישראל.

נדגיש כי החלטת ישראל שלא להצטרף לפרוטוקולים (היא לא אשררה אותם ואף מעולם לא חתמה עליהם) אינה נובעת מהיסח הדעת: ישראל הייתה המדינה היחידה שהצביעה נגד אישור הנוסח הסופי של הפרוטוקולים במושב המסכם של הוועידה הדיפלומטית בז'נבה מטעמים אשר יפורטו להלן; היא אף הצביעה, במהלך הוועידה, נגד אימוץ כמה סעיפים מרכזיים של הפרוטוקולים. יתר על כן, הפרוטוקולים – בעיקר הפרוטוקול הראשון – ספגו לאחר אימוצם ביקורת קשה, בעיקר מכיוונו של ארצות הברית וישראל: כך למשל הודיע הנשיא רייגן לסנאט של ארצות הברית כי הפרוטוקול פגום באופן מהותי ושאינו בר תיקון;⁴ אברהם סופר (Sofaer), שהיה היועץ המשפטי של מחלקת המדינה בארצות הברית, כתב שנוסח הפרוטוקולים מהווה הצלחה של ממש לארגוני טרור, שכן הוא מעניק לגיטימציה לפעולותיהם;⁵ גאי רוברטס (Roberts), שהיה יועץ משפטי בצבא האמריקני, כתב על הסדרים מרכזיים בפרוטוקולים, שהם מייצגים התפתחות רטרוגרסיבית מסוכנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי;⁶ ופרופ' יורם

Ronald Reagan, Message to the Senate Transmitting a Protocol to the 1949 Geneva Conventions, 29 Jan. 1987: www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1987/012987b.htm (כל אתרי האינטרנט המופיעים במחקר מדיניות זה אוהזרו לאחרונה במאי 2011).

Abraham D. Sofaer, *Terrorism and the Law*, 64 FOREIGN AFFAIRS 901, 912 (1986)

Guy B. Roberts, *The New Rules for Waging War: The Case Against Ratification of Additional Protocol I*, 26 VIRGINIA J. INT'L L. 109, 134, 167 (1985)

דינשטיין כתב על סעיף 44 לפרוטוקול הראשון הנוגע למעמד של לוחמי גרילה המבקשים ליהנות ממעמד של שבויי מלחמה (אחד מהסדרים השנויים יותר במחלוקת בפרוטוקולים), כי הוא מביא לתוצאה אבסורדית ומופרכת מיסודה.⁷ אף על פי כן דומה שהגיעה השעה לבחון מחדש את עמדתה של ישראל בעניין הפרוטוקולים מן הטעמים האלה:

1. חלוף הזמן ושינויים באתגרים הצבאיים שישראל ניצבת לפניהם. יותר משלושים השנים שחלפו מאז אושרו הפרוטוקולים הן כשלעצמן סיבה טובה לבדוק אם השיקולים שהועלו בשעתו כנגד הצטרפות לפרוטוקולים עורם רלוונטיים כיום בכלל, ולסכסוכים הצבאיים שישראל מעורבת בהם בפרט. ייתכן שההתפתחויות המשפטיות, הפוליטיות והצבאיות שחלו במרוצת השנים הגבירו את האטרקטיביות של חלק מהסדרי הפרוטוקולים. כך למשל, אם הוראות הפרוטוקולים מקנות לישראל זכויות מפליגות יותר מאלה הקבועות באמנות אחרות או בדין הבינלאומי המנהגי, או מטילות חובות כבדות משקל על הצדדים הנלחמים בישראל, ייתכן שמחיר אי-ההצטרפות לפרוטוקולים גבוה ממחיר ההצטרפות אליהם. במילים אחרות, חלוף הזמן והשינויים באתגרים הצבאיים שישראל ניצבת לפניהם מחייבים בחינה מחודשת של מאזן הרווח וההפסד הכרוכים בהצטרפות לפרוטוקולים.⁸

2. עמדת הקהילה הבינלאומית. רוב מדינות העולם הצטרפו בסופו של דבר לפרוטוקולים – לרבות מדינות כגון גרמניה, צרפת ובריטניה, אשר הביעו תחילה הסתייגויות מתוכנם (ואכן הצטרפו לבסוף בכפוף לכמה הסתייגויות והצהרות פרשנות חשובות). רוב זה מחייב גם את ישראל להעריך מחדש את עמדתה. למעשה, חוץ מארצות הברית, טורקיה וישראל, כל המדינות החברות ב-WEQG (קבוצת המדינות המערביות באו"ם), והמדינות הנלוות לקבוצה, הן כיום צד לפרוטוקולים. דומה אפוא שלמאזן הרווח וההפסד הנובעים מאי-הצטרפותה של ישראל יש להוסיף את ההשפעות השליליות של אי-החברות

YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 47 (2004)

Theodor Meron, *The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I*, 88 A.J.I.L. 678 (1994)

באמנה – בעיקר במישור התדמיתי. השפעות אלה הולכות ומחריפות ככל שמצטמצם מספר המדינות השייכות לקבוצת ההתייחסות הטבעית של ישראל וטרם הצטרפו לאמנה.

3. התפתחויות בדין המנהגי. אם יתברר שהוראות הפרוטוקולים, אשר להן התנגדה ישראל, הפכו במרוצת השנים לדין בינלאומי מנהגי, תהיה להחלטה שלא להצטרף לפרוטוקולים נפקות מעשית מוגבלת, שכן ההוראות הללו ממילא מחייבות את ישראל (חוץ ממקרים שבהם ישראל נחשבת למתנגדת עקבית למנהג, ובמקרה כזה ייתכן שהמנהג אינו מחייב אותה). פרויקט הקודיפיקציה של הדין המנהגי שנעשה מטעם הוועד הבינלאומי של הצלב האדום,⁹ ואשר מסווג בין השאר את הוראות הפרוטוקולים שקיבלו מעמד של דין מנהגי, נותן הזדמנות טובה לבחון מחדש את מצב הדין המנהגי ואת ההצדקה שלא להצטרף לפרוטוקולים בשל אי-רצונה של ישראל להיות מחויבת בחלק מהוראותיהם.

4. פסיקת בג"ץ. נכונות בג"ץ להסתמך על הפרוטוקולים בכמה מקרים שנדונו לפניו בעת האחרונה,¹⁰ מחייבת בחינה מחודשת של מעמד הפרוטוקולים, שכן ייתכן שיש בפסיקה זו משום שינוי בעמדה הישראלית המסורתית המתנגדת לפרוטוקולים.

מבנה מחקר המדיניות

החלק הראשון של מחקר המדיניות יסקור את הסיבות ההיסטוריות ליחסה המסויג של ישראל כלפי הפרוטוקולים ואת עיקר הביקורת שהוטחה בפרוטוקולים מצד מדינות אחרות, לרבות סקירת ההסתייגויות שצירפו מדינות חברות אחרות להוראות הפרוטוקולים. חלק זה אמור לסייע באיתור ההוראות "הבעייתיות"

9 JEAN-MARIE HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2005) (להלן: מחקר המשפט המנהגי).

10 ראו למשל בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: בג"ץ הסיכולים הממוקדים); בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 19.1.09) (להלן: בג"ץ רופאים לזכויות אדם); בג"ץ 3799/02 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד ס' 67 (3) (2005) (להלן: בג"ץ אזהרה מוקדמת).

של הפרוטוקולים מנקודת הראות הישראלית. החלק השני של מחקר המדיניות ידון במעמדן של הוראות אלה לנוכח התפתחויות במשפט המנהגי ובשיקולי המדיניות העשויות להצדיק בחינה מחודשת של ההתנגדות הישראלית. החלק השלישי יסקור את השימוש בפרוטוקולים בפסיקת בג"ץ מן העת האחרונה והשפעתו על הצורך לבחון מחדש את עמדת ישראל בנוגע לפרוטוקולים. החלק הרביעי והאחרון כולל את המלצותינו בסוגיית ההצטרפות לפרוטוקולים, עם או בלי הסתייגויות.

חלק ראשון

התנגדות אפשרית להוראות הפרוטוקולים הנוספים

1. העמדות שהציגה ישראל בוועידה הדיפלומטית

כבר בוועידה הדיפלומטית שישבה על המדוכה בין השנים 1974 ל-1977 ועסקה בניסוח הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה משנת 1949, הביעה המשלחת הישראלית את הסתייגותיה. המשלחת, שכללה במרוצת הזמן את השגריר ד"ר רובי סיבל, השגריר ד"ר מאיר רוזן, פרופ' רות לפידות, עו"ד צבי ענבר, עו"ד צבי אפרת, מר סיני רום והשגריר יעקב הס, הסתייגה מכמה הסדרים שהוצע להכילם בפרוטוקולים ומכמה הצעות לתיקון טיוטות הפרוטוקולים.

נסקור להלן את תרומתה של המשלחת הישראלית לעבודת הוועידה: נתאר את העמדות העיקריות שהציגה ישראל בנוגע לטיטות הפרוטוקולים ונעמוד בקצרה על הרלוונטיות של עמדות אלה בימינו. בעיקר נבחן אם ההסדרים השנויים במחלוקת נכללו בסופו של דבר בפרוטוקולים, או אם נמצא פתרון אחר לבעיה שהטרידה את ישראל. מפאת קוצר היריעה לא נעסוק בהצעות טכניות שהציעו נציגי ישראל לשינויי נוסח מטעמים מקצועיים הקשורים למשפט הבינלאומי הפומבי גרדא, היינו מסיבות שאינן קשורות בקשר מובהק לעמדות המשפטיות-פוליטיות של מדינת ישראל ולאינטרסים המיוחדים שלה.

א. הצעות ישראל לתיקון הנוסח המוצע

בעיית הסמל

ב-10 באפריל 1975 הציעה המשלחת הישראלית לתקן את טיוטת הפרוטוקול הראשון באופן שיכלול הכרה במגן דוד כסמל מבחין נוסף על סמל הצלב האדום, הסהר האדום והאריה והשמש האדומים.¹¹ המשלחת חזרה בה מן ההצעה האמורה

11 III Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed

חלק ראשון התנגדות אפשרית להוראות הפרוטוקולים הנוספים

ב-16 במאי 1977, אם כי היא שבה והצהירה בכמה הזדמנויות במהלך הוועידה על הפרקטיקה הישראלית בנדון.¹²

נראה שנמצא לבעיה פתרון סביר משהצטרפה ישראל לפרוטוקול השלישי שנוסף לאמנות ז'נבה בשנת 2005¹³ ואשר יצר סמל שלישי – מעוין אדום – שבתוכו האגודה הלאומית הישראלית, כלומר אגודת מגן דוד אדום רשאית להציב את הסמל "מגן דוד אדום" כסמל הלאומי שבו היא משתמשת הלכה למעשה כדי לזהות צוותים ומתקנים רפואיים. ישראל הצטרפה לפרוטוקול השלישי ב-22 בנובמבר 2007, אך שמרה על הסתייגויותיה מההוראות בנוגע לשימוש בסמלים שבאמנות ז'נבה.¹⁴

המשך ההגנה על יחידים הנמצאים מחוץ למעגל מעשי האיבה

ב-18 במרץ 1974 הציעה ישראל להבהיר שההגנה של הפרוטוקולים על יחידים הנמצאים מחוץ למעגל מעשי האיבה (*hors de combat*) תמשיך לחול גם לאחר תום מעשי האיבה הפעילים.¹⁵ סעיף 3 לפרוטוקול הראשון משקף באופן כללי את ההצעה הישראלית.

-
- 14 Conflicts (1974-1977) (להלן: Conference Off. Rec.). למאגר כל הרשומות
ראו: www.loc.gov/frd/Military_Law/RC-dipl-conference-records.html
- 12 VI Conference Off. Rec. 78-79, 271-272; VIII Conference Off. Rec. 179-180, 403; XI Conference Off. Rec. 55, 99, 145, 160-161, 170, 215, 236, 289, 435, 574; XII Conference Off. Rec. 232, 239-240, 272; IX Conference Off. Rec. 462-464
- 13 הפרוטוקול הנוסף השלישי לאמנות ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949, הנוגע לאימוץ סמל מבחין נוסף (פרוטוקול III) (טרם פורסם בכתבי אמנות) [Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (Protocol III), Dec. 8, 2005] (להלן: הפרוטוקול השלישי).
- 14 יש לציין שלפי הוראות הפרוטוקול השלישי, יחידות צבאיות רפואיות יוכלו לעשות שימוש מגן רק במעוין האדום בלא שילוב מגן דוד אדום (או לחלופין באחד מהסמלים המוכרים באמנות ז'נבה).
- 15 III Conference Off. Rec. 15; VIII Conference Off. Rec. 67, 195

הגנה על לוחמים שהניחו את נשקם

ב-11 במרץ 1974 הציעה ישראל להרחיב את חובתה של האוכלוסייה האזרחית להגן על פצועים וחולים (חיילים ואזרחים כאחד), כמו גם על לוחמים שהניחו את נשקם (בלשון ההצעה, *combatants hors de combat*).¹⁶ ישראל חזרה בה מן ההצעה ב-11 בפברואר 1975, אך שבה והצהירה על הצורך לפרש את סעיף 17 לפרוטוקול לאור עיקרון זה (לשיטת ישראל, ההגנה שבסעיף צריכה לחול גם על לוחמים שנטשו את מטוסייהם).¹⁷

בפועל, נראה לנו שההצעה הישראלית לא הוסיפה רבות על ההסדר הקבוע בסעיף 13 לאמנת ז'נבה השלישית, שממילא מחייב את הצדדים לפרוטוקול, ועל ההסדר הקבוע בסעיף 42 לפרוטוקול הראשון (ועל כך ראו להלן).

הסכמים בנושא מטוסים רפואיים

ב-11 במרץ 1974 הגישה ישראל הצעה לתיקון סעיף 27 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 26 לנוסח הסופי) באופן שיטיל על המדינות היריבות חובה לנסות לכרות הסכמים לשם הגנה על מטוסים רפואיים באזורי קרבות.¹⁸ הצעה זו לא התקבלה, וישראל חזרה בה ממנה ב-4 באוגוסט 1975. עם זאת, ייתכן שהעמדה הישראלית השפיעה על הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לסעיף 26 הקובעת כי "רוח הטקסט" מחייבת את שני הצדדים שלא לסרב להצעה לכרות הסכמי הגנה על מטוסים בלא סיבה ממשית.¹⁹ נראה אפוא שלדחיית העמדה הישראלית נודעת כיום משמעות פרקטית מוגבלת בלבד.

הצעה אחרת של המשלחת הישראלית להחליף את הנוסח המקורי, שדן בהסכמי הגנה על מטוסים רפואיים בין רשויות מוסמכות בדרג מקומי, בנוסח הדן בהסכמים בין רשויות מוסמכות בכל דרג שהוא,²⁰ התקבלה בנוסח הסופי.

III Conference Off. Rec. 83; XI Conference Off. Rec. 157 16
VI Conference Off. Rec. 79. ראו גם רובי סיבל "הגנה מיוחדת לאנשי צוות אוויר 17

הנוטים מטוס במצוקה" **משפט וצבא** 16, 899 (התשס"ג).

III Conference Off. Rec. 134 18

YVES SANDOZ ET AL. (EDS.), COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS 19
OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 290
(1987)

XI Conference Off. Rec. 521-522 20

שימוש במטוסים רפואיים לצרכים אחרים

ב-11 במרץ 1974 הציעה ישראל לשנות את סעיף 29 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 28 לנוסח הסופי) באופן שירחיב את האיסור להשתמש בציוד צילום גם לציוד אלקטרוני או ציוד דומה אחר העלול לפגוע באינטרסים של הצד שכנגד.²¹ ישראל חזרה בה מהצעתה ב-4 באפריל 1975, אך דומה שהנוסח הסופי שאומץ משקף את העמדה הישראלית.

שחרור מטוסים רפואיים

ב-11 במרץ 1974 הציעה ישראל לשנות את נוסחו של סעיף 31 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 30 לנוסח הסופי) באופן שישלול את הזכות לעצור מטוסים רפואיים שטסו בלא אישור ונחתו בשטח אויב.²² אף שישראל חזרה בה מהצעתה ב-4 באפריל 1974, הנוסח הסופי של הפרוטוקול מקבל חלק מן העמדה הישראלית, שכן הוא מצמצם את סמכותן של מדינות לעצור מטוסים רפואיים שטסו מעל שטחן בלא הסכם רק לנסיבות שבהן הסכם כזה היה נחוץ.

חסינות מפני פגיעה של צוות מטוס שננטש

ב-20 במרץ 1974 הגישה ישראל הצעה לתיקון סעיף 39 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 42 לנוסח הסופי). היא הציעה להחשיב אנשים שנטשו מטוס כיחידים הנמצאים מחוץ למעגל הלחימה, אלא אם כן התנהגותם במהלך הצניחה מצביעה על כוונות עוינות, ולתת להם הזדמנות סבירה להיכנע משנחתו על הקרקע.²³ הנוסח שהתקבל משקף בעיקרו את עמדת ישראל – סעיף 42(1) קובע שאין לפגוע באנשים הצונחים ממטוס מתוך מצוקה, והפרשנות הרשמית של הצלב האדום מבהירה כי כלל זה לא יחול על צנחן בעל כוונות עוינות ברורות.²⁴

III Conference Off. Rec. 138 21

שם, 144 22

III Conference Off. Rec. 172; XIV Conference Off. Rec. 287-288 23

SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 497. בעמדה זו תומכת לשון סעיף 42(3) הקובע 24 שהסדר החסינות שבסעיף לא יחול על כוחות מוצנחים.

סעיף 42(2), הרן במעמדם של אנשים לאחר נחיתתם על הקרקע, מאמץ למעשה את העמדה שהוצגה בהצעה הישראלית.²⁵

הגנה על שבויי מלחמה

ב-21 במרץ 1974 הציעה ישראל לתקן את סעיף 42ב לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 45 לנוסח הסופי) באופן שיבטיח את ההגנה על שבויי מלחמה מפני התנהגות נפשעת, יבטיח תנאי כליאה נאותים, יחייב את הצד השובה למסור לצד האחר פרטים על אודותיהם ויקבע שההגנות הניתנות לשבויים לא יותנו בתנאים פוליטיים או אחרים.²⁶ הנוסח הסופי של הסעיף אינו משקף את ההצעה הישראלית, אך נראה שאין חשיבות רבה לדבר: ההצעה הישראלית תואמת את הדין החל ממילא על היחס לשבויי מלחמה לפי אמנת ז'נבה השלישית (וסעיף 45 מאשר את תחולתה גם על היחס לשבויי מלחמה לפי הפרוטוקול הראשון), ואת הדין המנהגי שאינו תלוי באמנה השלישית.²⁷ מכאן שקבלת הצעתה של ישראל לא הייתה מביאה לשינוי הדין, אלא לכל היותר להבהרתו.

טיפולים רפואיים כפויים

המשלחת הישראלית סברה כי אין לראות בדרישה לקבל כתב הסכמה לניתוח מפצועים או מחולים, הקבועה בסעיף 11(5) לפרוטוקול הראשון, עילה שלא להעניק להם את הטיפול הרפואי שהם זקוקים לו, וכי יש להתיר בנושא זה שיקול דעת רפואי.²⁸ עמדת ישראל לא נתקבלה בנוסח הסופי, ופרשנות הצלב האדום להוראת הסעיף מבהירה שהאמנה מעדיפה לכבד את האוטונומיה של החולה או הפצוע גם אם טובתו הרפואית דורשת התערבות.²⁹ עם זאת, נראה לנו שהכפפתו של כלל זה, כמו כל נורמה במשפט הבינלאומי, לעקרון תום

25 יש לציין שישראל עצמה הצהירה כי היא רואה בכללים שאומצו בנוגע למעמדם של לוחמים שנששו מטוס, ביטוי לדין המנהגי הקיים. ראו VI Conference Off. Rec. 116

III Conference Off. Rec. 187 26

27 ראו לעניין זה את דבריו של השגריר סייבל בתוך XIV Conference Off. Rec. 483, 535 (ההצעה הישראלית משקפת את הדין המנהגי ואת הקבוע באמנת ז'נבה השלישית).

28 VI Conference Off. Rec. 78-79

29 SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 160.

חלק ראשון התנגדות אפשרית להוראות הפרוטוקולים הנוספים

הלב (סעיף 26 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות),³⁰ פותרת חלק מהבעיה שעליה הצביעה המשלחת הישראלית.

דרישת הציות לדיני המלחמה

המשלחת הישראלית סברה שיש לפרש את הדרישה, המופיעה בסעיף (1)41 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף (1)43 לנוסח הסופי), להנהיג מערכת משמעת בארגון הצבאי שתאכוף את הציות לפרוטוקול, כתנאי עקרוני לסיווג הארגון ככוח צבאי (שלוחמיו עשויים ליהנות ממעמד של שבויי מלחמה), באופן שמרכז הכובד של התנאי יהיה בדרישה לאכוף בפועל את דיני המלחמה. הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לסעיף 43 דוחה למעשה את העמדה הישראלית. היא מדגישה את הנהגתה של מערכת ענישה פלילית ומשמעתית בארגון הצבאי ולא את הציות בפועל לדיני המלחמה.³¹

מקרים שבהם יש ספק באשר לזכאות למעמד שבוי מלחמה

משלחת ישראל ביקשה להבהיר כי סעיף 42 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 45 לנוסח הסופי), הקובע הליך לבירור מעמדם של שבויי מלחמה במקרי ספק, יחול רק במקרים של ספק אובייקטיבי. לעומתה, פרשנות הצלב האדום מאמצת עמדה ליברלית יותר (העולה בקנה אחד עם לשון הסעיף) המאפשרת את נקיטת ההליך גם במקרה שבו העצור דורש שיראו בו שבוי מלחמה בלי שהתעורר ספק אובייקטיבי.³²

ארגוני הגנה אזרחית

משלחת ישראל הבהירה כי ארגוני הגנה אזרחית הממלאים תפקידים נוספים אינם צריכים לאבד משום כך את מעמדם כארגוני הגנה אזרחית, בפרק הזמן שבו

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 30
331 (להלן: אמנת וינה בדבר דיני אמנות). הסדר זה מייצג ככל הנראה משפט מנהגי ו/או עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי המחייב גם מדינות כגון ישראל שאינן צד לאמנת וינה.

SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 160.

שם, בעמ' 547-548.

הם ממלאים תפקיד של ארגון הגנה אזרחית כהגדרתו בסעיף 61 לנוסח הסופי של הפרוטוקול הראשון (שאליו מפנה גם סעיף 67 לנוסח הסופי של הפרוטוקול), אלא אם כן אותם תפקידים נוספים מסכים נזק ליריב (כקבוע בסעיף 65 לנוסח הסופי של הפרוטוקול הראשון).³³ כן הציעה המשלחת לאפשר סיפוח זמני של יחידות צבאיות לארגוני הגנה אזרחית (ובלבד שהיחידות הצבאיות המסופחות ימלאו באותו פרק זמן אך ורק תפקידי הגנה אזרחית).³⁴

נראה שפרשנות הצלב האדום לסעיף 61 מאמצת את עמדת ישראל, וארגונים הממלאים תפקידי הגנה אזרחית ותפקידים לא מזיקים אחרים ייהנו מחסינות במהלך מילוי תפקידם ההגנתי (אך יש לציין שהפרשנות בעניין מעמדו של ארגון הממלא בו בזמן ממש תפקידים הגנתיים ותפקידים אחרים לא לגמרי ברורה).³⁵ עם זאת, נדחתה הדרישה להעניק חסינות מפני פגיעה ליחידות צבאיות המסופחות באופן זמני לארגוני הגנה אזרחיים, ונוסחו הסופי של סעיף 67(א)(1) מחייב סיפוח בלבדי וקבוע. לטעמנו, אין מדובר בנושא עקרוני הנוגע לאינטרס ישראלי חשוב.

אשר לסעיף 58 לטיטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 65 לנוסח הסופי), ישראל הצהירה כי אין לראות ברשימת הפעולות העיוניות שיביאו להסרת חסינותו של ארגון הגנה אזרחית משום רשימה ממצה.³⁶ פרשנות הצלב האדום אימצה את העמדה הישראלית בנושא (אגב הפניה מפורשת להבהרה הישראלית).³⁷

לבסוף, ישראל הביעה עמדה המצדדת בהגדרה מרחיבה של ארגוני הגנה אזרחיים באופן שתכלול גם שמירה על סדר ציבורי באזורים שנפגעו³⁸ ותאפשר לשם כך ציוד של אנשי ארגוני הגנה בנשק קל ואימונם. עמדה זו באה לידי ביטוי בנוסחם הסופי של סעיף 61(א)(xi) ו-65(3).

VI Conference Off. Rec. 230, 271	33
XII Conference Off. Rec. 109	34
SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 733.	35
VI Conference Off. Rec. 230	36
SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 770.	37
XII Conference Off. Rec. 93	38

פקודה בלתי חוקית בעליל

ישראל תמכה בהצעה לכלול באמנה סעיף בדבר פקודות של ממונים, שיקבע כי פקודה בלתי חוקית בעליל לא תפטור את מבצע הפקודה מאחריות פלילית (ובלבד שמדובר בהפרות חמורות של האמנות והפרוטוקול),³⁹ אך בסופו של דבר לא אימצה הוועידה סעיף זה.⁴⁰ עם זאת, עמדת ישראל שהמשפט הבינלאומי המנהגי ממשיך לחול על הסוגיה נראית לנו נכונה.⁴¹ יתר על כן, הסדר דומה בנושא פקודות ממונים אומץ בסעיף 33 לחוקת רומא שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע.

ב. התנגדויות והשגות בעל-פה

תחולת האמנה על מלחמות לשחרור לאומי

נציג ישראל במליאה, השגריר הס, הודיע על התנגדותה של ישראל לנוסח סעיף 41 (4) לפרוטוקול הראשון, המרחיב את תחולתו ומחיל את הפרוטוקול לא רק על סכסוכים בין מדינות אלא גם על סכסוכים בין מדינות לכין עמים הנלחמים למימוש זכותם להגדרה עצמית כנגד משטרים זרים, קולוניאליים או גזעניים. השגריר הס דרש שתיערך הצבעה נפרדת על תת-הסעיף האמור.⁴² נשיא הוועידה הורה על הצבעה על נוסח סעיף 1 כולו, וזה התקבל ברוב של 87 נגד 1 (ישראל). ישראל ציינה חמישה נימוקים להצדקת עמדתה:⁴³ (1) ייחוס משמעות משפטית למניע ללחימת הלוחמים מנוגד לרוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שלפיה יש לבסס את כללי הדין על קריטריונים אובייקטיביים ולא על תפיסות של צדק; (2) הואיל ואין לצפות ממדינה להודות כי שלטונה הוא קולוניאלי, זר או גזעני, יש להניח שסעיף 41 (4) לא ייושם לעולם; (3) החלת הוראות הפרוטוקול על ישויות לא מדינתיות, בלא התאמה מיוחדת של ההוראות ליכולות האובייקטיביות

39 ראו את דבריו של השגריר סייבל בתוך IX Conference Off. Rec. 404-405

40 VI Conference Off. Rec. 336

41 ראו גם את דברי השגריר רוזן בתוך IX Conference Off. Rec. 123-124

42 VI Conference Off. Rec. 39. ראו גם בוועידה VIII Conference Off. Rec.

105-106

43 VI Conference Off. Rec. 41-42

של ישויות כאלה (למשל, היעדר מערכת משפט המסוגלת לעמוד בדרישות הפרוטוקול בנוגע להליכים משפטיים) יוצרת מצב לא רצוי שבו האמנות מטילות חובות לא מעשיות על ישויות נטולות אחריות בינלאומית; (4) הנוסח המוצע פוגע בהבחנה בין סכסוכים בינלאומיים לסכסוכים שאינם בינלאומיים; (5) הוראת הסעיף גורמת לפוליטיזציה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לנזק ארוך טווח לכלליו ולתחייתה של דוקטרינת "המלחמה הצודקת".⁴⁴ כאמור, התנגדות זו לא נתקבלה והייתה אחד מבסיסי התנגדותה העיקריים של ישראל לפרוטוקול הראשון. נעמוד על משקלה העכשווי של התנגדות זו בהמשך.

מינוי מעצמות מגנות

השגריר רוזן הביע הסתייגות קלה מהנוסח שהוצע לסעיף 5 לפרוטוקול הראשון והציע להבחין בצורה ברורה יותר בין ייצוג האינטרסים הדיפלומטיים של המדינות היריבות על ידי מדינות שליטות, כקבוע באמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים ("המנדט של וינה"), לבין פיקוח על יישום דיני המלחמה על ידי מעצמות מגנות ("המנדט של ז'נבה").⁴⁵ נוסחו הסופי של הסעיף, כמו גם פרשנות הצלב האדום, משקפים את עמדת ישראל בנושא.⁴⁶

טיפול בחללים

השגריר הס הציע לעבות את הוראות הפרוטוקול הראשון, העוסקות באיתור גופות חללים ובקבורתם,⁴⁷ ולהעניק חסינות מפני פגיעה גם לארגונים אזרחיים וצבאיים העוסקים באיתור חללים וקבורתם.⁴⁸ נראה לנו שהסעיפים 33-34 לפרוטוקול הראשון, שנוספו לנוסח הפרוטוקול במהלך דיוני הוועידה, אכן מעבים את המשטר המהותי החל בסוגיה זו. כמו כן, סעיף 15(5) לפרוטוקול הראשון מעניק לארגונים אזרחיים דתיים חסינות המקבילה לזו הניתנת לארגונים

44 ראו VII Conference Off. Rec. 216

45 VIII Conference Off. Rec. 156

46 SANDOZ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 88.

47 XI Conference Off. Rec. 192-193

48 שם, 144.

רפואיים. עם זאת, הפרשנות הרשמית של הצלב האדום מציעה לקרוא את ההסדר האמור לאור הגדרת "ארגון אזרחי דתי" שבסעיף 8 – שם מופיעה הדרישה שארגון כזה יסופח לכוחות הביטחון או ההגנה האזרחית של המדינה החברה בפרוטוקול.⁴⁹

התנאים לזכאות למעמד של שבויי מלחמה

בדיון במליאת הוועידה, בעת ההצבעה על אישור הפרוטוקולים, ביקשה המשלחת הישראלית שתיערך הצבעה נפרדת על נוסחו של סעיף 42 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 44 לנוסח הסופי). הסעיף מגמיש מאוד את תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה ומאפשר ללוחמי גרילה לחמוק במקרים מסוימים ממילוי רוב דרישות ההבחנה בין אזרחים ללוחמים – דרישות שנמנו בסעיף 4 לאמנת ז'נבה השלישית (פטור מלבישת מדים, פטור מנשיאת נשק בגלוי שלא במהלך פעילות מבצעית).⁵⁰ גם הפעם נדחתה עמדת ישראל ברוב גדול – 73 מדינות הצביעו בעד נוסח הסעיף, ורק ישראל התנגדה, אם כי מספר גדול יחסית של מדינות – 21 – נמנעו בהצבעה.

רופ' לפידות הציגה את הנימוקים שבבסיס התנגדותה של ישראל להוראת הסעיף: (1) הגמשת חובת ההבחנה תגביר את סיכון האזרחים, שכן הצד האחר לסכסוך לא יוכל להבחין בין אזרחים ללוחמים, והדבר יגרום להפרה של דיני המלחמה; (2) הגמשת חובת ההבחנה תעודד לוחמי גרילה לפנות לטקטיקות של לוחמת טרור; (3) הדרישה שהלוחמים יישאו את נשקם בגלוי בעת ההתקפה וההיערכות לה, בעודם גלויים לעיני הצד האחר, אינה ברורה ואף אינה רלוונטית לפעולות טרור רבות (למשל, הפעלת מטעני חבלה); (4) הקביעה שלוחמים שִׁיפרו את הוראות הסעיף יזכו בהגנות דומות לאלה הניתנות לשבויי מלחמה (הפסקה הרביעית לסעיף) אינה הגיונית; (5) הוראת הסעיף מנוגדת לעיקרון הבסיסי שלפיו הזכאות למעמד של שבויי מלחמה ניתנת רק לאנשים המשתייכים לארגון המכבד את דיני המלחמה והמבדיל עצמו בבירור מהאוכלוסייה האזרחית.⁵¹

49 Sandoz, לעיל ה"ש 19, בעמ' 195.
50 VI Conference Off. Rec. 119
51 שם, 121-222.

השגריר סייבל, בדבריו לפני תת-הוועדה שניסחה את סעיף 44, הדגיש את הצורך לשמור על שיווי משקל בין החסינות הניתנת ללוחמי אויב מפני העמדה לדין, באמצעות מוסד שבויי המלחמה, לבין הציפייה שלוחמי האויב, והארגון שהם משתייכים לו, יכבדו את דיני המלחמה ויבחינו את עצמם בבירור מהאוכלוסייה האזרחית.⁵² לשיטתו, הענקת חסינות משפטית לקבוצות הפוגעות באוכלוסייה אזרחית מנוגדת למטרה של הגנה על אזרחים שהציבה לעצמה הוועדה.⁵³ לבסוף, הדגיש השגריר רוזן במליאת הוועדה כי ישראל רואה בהענקת מעמד של שבויי מלחמה לפעילים בארגוני טרור שימוש לרעה בדיני המלחמה.⁵⁴ גם התנגדות עקרונית זו לפרוטוקול הראשון, אשר נותרה על כנה, תיבחן בהמשך.

אחריות מפקדים

השגריר רוזן הביע תמיכה בעמדה הגורסת שחובת המפקד להעמיד לדין פלילי או לדין משמעתי פקודים שהפרו את דיני המלחמה תלויה בחומרת ההפרה: במקרה של הפרות חמורות יש לבחור בדין הפלילי, ובמקרה של הפרות קלות – בדין המשמעתי או המנהלתי.⁵⁵ נוסחו הסופי של סעיף 87(3) לפרוטוקול הראשון משקף את עמדת ישראל בנושא זה.

הסגרה

השגריר רוזן ציין את התנגדות ישראל להכללת סעיף הסגרה בפרוטוקול הראשון מן הטעם שהדבר יצריך התאמה בין דיני ההסגרה של המדינות החברות.⁵⁶ הסעיף הנ"ל לא נכלל בסופו של דבר בפרוטוקול.

ועדת בירור העובדות

השגריר סייבל הביע בעל-פה את התנגדותה של ישראל להצעת המדינות הבלתי מזדהות להסמיך את ועדת בירור העובדות לבחון את הנעשה בשטחים כבושים,

52 ראו גם את דברי הסיכום של השגריר הס בתוך VII Conference Off. Rec. 217

53 XIV Conference Off. Rec. 371-372, 535-536

54 XV Conference Off. Rec. 177-178

55 IX Conference Off. Rec. 123

56 שם, 160.

בלא הסכמת המעצמה הכובשת.⁵⁷ ההצעה האמורה לא אומצה, בסופו של דבר, על ידי הוועידה הדיפלומטית. יש לציין שישראל תמכה בסעיף המאפשר להקים ועדת בירור עובדות (בהסכמת הצדדים לסכסוך), אך חיוותה דעתה שיש להבטיח כי חברי הוועדה יהיו אזרחיהן של מדינות המקיימות קשרים דיפלומטיים עם כל הצדדים המעורבים בסכסוך.⁵⁸

תחולת האמנה על צדדים שאינם מדינות

השגריר סייבל הביע בעל־פה את התנגדותה של ישראל לסעיף 84 לטיוטת הפרוטוקול הראשון (סעיף 96 לנוסח הסופי), המאפשר לפרוטוקול ולאמנות ז'נבה לחול על סכסוכים בין מדינות חברות לבין ארגונים לשחרור לאומי על בסיס הכרזה חד-צדדית של הארגון שהוא מקבל את תחולת הפרוטוקול והאמנות.⁵⁹ התנגדותה של ישראל נשענה על כמה טעמים:

1. הוראות הפרוטוקול ואמנות ז'נבה נועדו להסדיר יחסים בין מדינות ולהטיל עליהן אחריות משפטית בינלאומית. החלת אמנות אלה על סכסוכים בין מדינה לבין ישות שאינה מדינה מנוגדת אפוא להיבט מרכזי של המשטר שיעצבו האמנות והפרוטוקולים.

2. ההגדרה המוצעת לסכסוכים חמושים (השאובה מסעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון) אינה ברורה וסובייקטיבית ביותר. כך למשל, ייתכן שקבוצות מתחרות יטענו שהן זכאיות לייצג את העם הנלחם להגדרה עצמית, והמדינה האחראית להפקדת מסמכי האשרור של האמנה, וההכרזות שמכוחה, תיקלע למצב לא סביר שבו תהא חייבת להכריע בין ההכרזות המתחרות.

3. הואיל ולארגונים לא מדינתיים אין מנגנונים מנהליים נחוצים כדי להחיל את הפרוטוקול והאמנות (בתי משפט, למשל), בפועל תביא ההכרזה להטלת חובות משפטיות אך ורק על המדינות החברות. היה מקום לפחות לדרוש מהארגונים לא רק להודיע על התחייבותם ליישם את הפרוטוקול והאמנות, אלא גם ליישם הלכה למעשה (מדינות שאינן חברות בפרוטוקול ובאמנות נדרשו לעשות כן בפסקה 2 של סעיף 84 לטיוטה, כמו גם בסעיף 2 המשותף לארבע אמנות ז'נבה).

VI Conference Off. Rec. 315 57

שם, 367. 58

שם, 354-353. 59

4. לחלופין, יש להכפיף את ההכרזות של ארגונים לא מדינתיים לעקרון תום הלב, כלומר לראות בהכרזות ליישם את הפרוטוקול והאמנות, הניתנות בלא כוונה של ממש ליישמן, הכרזות בטלות וחסרות תוקף משפטי. ישראל הייתה המדינה היחידה שהצביעה נגד הסעיף, והוא התקבל על ידי הוועידה. משמעותה של התנגדות זו של ישראל תיבחן בחלק השלישי של נייר העמדה.

כללי

השגריר הס הודיע במושב המסכם כי למרות ההכרה בחשיבותן של הוראות רבות של הפרוטוקול הראשון (בעיקר בנושא ההגנה על אזרחים, על אובייקטים אזרחיים, על יחידים הנמצאים מחוץ למעגל האיבה, על אנשי צוות אוויר במצוקה, פצועים וחולים), ישראל אינה יכולה להצטרף לקונסנזוס בעניינו בגלל ההסדרים הנוגעים למלחמות לשחרור לאומי ולזכאותם של לוחמים לא סדירים למעמד של שבויי מלחמה. השגריר הס אף ציין שישראל חשה אכזבה רבה לנוכח חוסר נכונותה של הוועידה לפתור את בעיית הסמל. בסופו של דבר, לפי דרישת ראש הממשלה אז, יצחק רבין, ישראל הייתה המדינה היחידה שנמנעה מלחתום על ההליך המסכם של הוועידה.

עם זאת הודיע השגריר הס כי ישראל מצטרפת לקונסנזוס בעניין נוסחו של הפרוטוקול השני.⁶⁰

2. התנגדויות ארצות הברית לפרוטוקול הראשון

אמנם ארצות הברית הצטרפה בסופו של דבר לקונסנזוס בעניין נוסחם של שני הפרוטוקולים ותמכה בהם בוועידה ב-1977, אך מאוחר יותר התגבשה בקרב חוגים מקצועיים ופוליטיים בארצות הברית הדעה שאין מקום להצטרפות לפרוטוקול הראשון, אך תיתכן הצטרפות לפרוטוקול השני (הממשל האמריקני הודיע בראשית שנת 2011 כי כוונתו לבקש את אישורו של הסנאט להצטרפות ארצות הברית לפרוטוקול השני).

הואיל וארצות הברית היא המדינה היחידה שלא הצטרפה לפרוטוקול הראשון ופרסמה את עילות התנגדותה באופן מקיף ונגיש, ראוי לבחון עילות אלה, שכן הדבר עשוי לסייע גם בבחינת החסרונות שבהצטרפות אפשרית של ישראל לפרוטוקול. ודוק, איננו בוחנים את השאלה המדינית אם רצוי שישראל תצטרף לפרוטוקול הראשון למרות עמדתה המתנגדת של ארצות הברית, אלא רק את הבעיות המהותיות שעליהן הצביעו בשעתו נציגי הממשל האמריקני.

עמדת ארצות הברית בנוגע לפרוטוקול הראשון בוטאה על ידי אברהם סופר, היועץ המשפטי של מחלקת המדינה האמריקנית, ומייקל מתסון (Matheson), סגנו, בסימפוזיון שנערך בשנת 1987 ב-American University⁶¹, לאחר שהממשל סיים לבחון במדוק את ההסדרים שנקבעו בפרוטוקולים והחליט שלא להמליץ לסנאט לאשרר את הפרוטוקול הראשון, אך להמליץ על אשרור הפרוטוקול השני.⁶² בסימפוזיון סקר מתסון את ההסדרים שארצות הברית תומכת בהם ואת ההסדרים שהיא מתנגדת להם ו/או סבורה שאינם מייצגים את הדין המנהגי (נכון ל-1987).

להלן הבעיות העיקריות שהעלה הממשל האמריקני בנוגע לפרוטוקול הראשון:

נזק סביבתי נרחב. ההסדר הקבוע בסעיף 35(3) לפרוטוקול הראשון, שלפיו אין להשתמש בכלי נשק או באמצעי לחימה המיועדים או צפויים לגרום לנזק סביבתי נרחב, ארוך טווח וחמור, הוא רחב ועמום מדי ואינו מייצג את המשפט הבינלאומי המנהגי.⁶³

איסור שימוש במדי אויב. ארצות הברית מתנגדת לאיסור להשתמש בסמלי האויב ובמדיו במהלך פעולות צבאיות,⁶⁴ ומבקשת להשאיר לה חופש פעולה לנקוט תכסיס כזה אם הצד האחר למלחמה ישתמש בטקטיקה זו.⁶⁵

Martin D. Dupuis et al., *A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, 2 Am. U. J. INT'L L & POL'Y 415 (1987)

62 שם, בעמ' 419.

63 שם, בעמ' 424.

64 שם, בעמ' 425.

65 שם, בעמ' 435.

הגמשת כללי הזכאות למעמד שבויי מלחמה. ההסדר הקבוע בסעיפים 44-45 המאפשר ללוחמים החברים בארגוני טרור לזכות במעמד של שבויי מלחמה גם אם אינם מבחינים את עצמם מהאוכלוסייה האזרחית, ובתוך כך מסכנים אותה, אינו רצוי ואף אינו משקף את הדין המנהגי.⁶⁶ לשיטת הממשל האמריקני, השיקולים שתמכו בהגמשת התנאים בזמן מלחמת וייטנאם אינם רלוונטיים כשמדובר בארגוני טרור המפרים את דיני המלחמה הפרה גסה.⁶⁷

תחולת הפרוטוקול על מלחמות לשחרור לאומי. ארצות הברית מתנגדת לתוכנו של סעיף 1(4) לפרוטוקול, החורג מהכלל שלפיו דיני המלחמה חלים רק על ישויות ריבוניות האחראיות לפעולותיהן ובעלות יכולת ומשאבים לממש את התחייבויותיהן הבינלאומיות. ארצות הברית גורסת שתוכן הסעיף אינו משקף את המשפט המנהגי.⁶⁸ התנגדות ארצות הברית לסעיף זה מתבססת גם על כך שהוא מבחין בין סכסוכים לפי המניע של הצדדים להם, וגם על כך שהוא מטשטש את ההבחנה בין סכסוכים בינלאומיים לשאינם בינלאומיים.⁶⁹

שכירי חרב. ארצות הברית מתנגדת להסדר הקבוע בסעיף 47 לפרוטוקול הראשון, בין השאר משום שהוא כולל יסודות פוליטיים (ביטוי להתנגדות פוליטית לפעילותם של שכירי חרב במלחמות המתנהלות בעולם השלישי),⁷⁰ ואינה רואה בו הסדר המייצג את הדין המנהגי.⁷¹

פעולות תגמול. ארצות הברית מתנגדת לאיסור לנקוט פעולות תגמול הקבוע בסעיף 51 לפרוטוקול הראשון, כמו גם בסעיפים 52-56, ובמיוחד לאיסור לנקוט פעולות תגמול כנגד מפעלים ומתקנים האוגרים כוחות מסוכנים (כגון סכרים או תחנות אנרגיה גרעינית), ואינה רואה באיסור זה חלק מהדין המנהגי.⁷² עמדת

66 שם, בעמ' 425, 463, 467.
67 שם, בעמ' 436, 463.
68 שם, בעמ' 425, 463-464.
69 שם, בעמ' 463-464.
70 שם, בעמ' 469.
71 שם, בעמ' 426.
72 שם.

ארצות הברית מבוססת בעיקר על כוחן המרתיע של פעולות תגמול המהווה כלי יעיל לאכיפת דיני המלחמה.⁷³

איסור לתקוף מפעלים ומתקנים האוגרים כוחות מסוכנים. ארצות הברית מתנגדת להסדר זה (גם כאשר התקיפה אינה חלק מפעולת תגמול) ואינה רואה בו חלק מהדין המנהגי.⁷⁴ לדעת ארצות הברית, הסעיף אינו מאזן בין התועלת הצבאית הצפויה מהפעולה לבין נזקיה ההומניטריים, אלא מטיל איסור כמעט מוחלט לפגוע פגיעה העלולה לגרום לאבדות חמורות בקרב האוכלוסייה האזרחית, ומציע בפסקה (2) חריגים צרים מדי שקשה להוכיח את התנאים הדרושים להחלתם (למשל, דרישה לקשר ישיר בין תחנת הכוח הגרעינית המותקפת לבין שימושים צבאיים בחשמל שהיא מייצרת).⁷⁵ יש לציין שארצות הברית אינה רואה בעיה פרקטית בהכללתו של הסדר דומה בפרוטוקול השני, שכן לא סביר שיהיה צורך צבאי לגיטימי שיצדיק תקיפה כזו בסכסוך שאינו בינלאומי.⁷⁶

יש לציין שהדרגים המקצועיים בממשל המליצו לסנאט לאשר את הפרוטוקול השני בכפוף להכרזה שתחיל את הפרוטוקול על כל הסכסוכים המצוינים בסעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה, היינו בנסיבות רחבות יותר מאלה שנקבעו בסעיף 1 לפרוטוקול.⁷⁷ ארצות הברית אמנם הביעה את דעתה שהפרוטוקול השני לא תמיד מייצג את הדין המנהגי, אך היא ראתה בחלקים הקונסטטיטוטיביים (החדשניים) שלו דין רצוי, שצריך להפוך במרוצת הזמן לדין מנהגי.⁷⁸

לעומת זאת באשר לפרוטוקול הראשון הייתה עמדת הממשל נחרצת שהפגמים בו יסודיים מכדי שארצות הברית תרצה להיות קשורה בו, גם אם יירשמו הסתייגויותיה, והיא ביקשה שלא לתרום בהצטרפותה לגיטימציה של

73 שם, בעמ' 469.

74 שם, בעמ' 427.

75 שם, בעמ' 468-469.

76 שם, בעמ' 434.

77 שם, בעמ' 430, 462. ראו גם Colonel Michael W. Meier, *A Treaty We Can Live With: The Overlooked Strategic Value of Additional Protocol I*, THE U.S. ARMY WAR COLLEGE 10 (2007): www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA469643

78 Dupuis et al., לעיל ה"ש 61, בעמ' 431.

הוראות הפרוטוקול כולו.⁷⁹ כמו כן הובע חשש שריבוי ההסתייגויות, ונגיעתן בהיבטים מרכזיים בפרוטוקול, עשויים להיתפס כמנוגדים למהות האמנה ומטרתה לפי דיני האמנות, תפיסה שעלולה להביא לבטלותן.⁸⁰

3. הסתייגויות מהפרוטוקולים

מקור נוסף העשוי להצביע על קושי בהסדרים מסוימים שבפרוטוקולים הוא ההסתייגויות והצהרות הפרשניות שצירפו חלק מהמדינות שהצטרפו אליהם. הסתייגויות והצהרות אלה עשויות גם לסייע בזיהוי אותם חלקים מן הפרוטוקולים שלא התגבשו לכדי דין מנהגי – זיהוי אשר אף נחוץ לצורך הערכת גישתה של ישראל לפרוטוקולים בעתיד. להלן נסקור את ההסתייגויות של המדינות החברות על פי הנושאים העולים מהן.

א. הגדרת מאבק לשחרור לאומי

צרפת ובריטניה הבהירו כי פעולות טרור יחידות או נרחבות, האסורות על פי הדין הפלילי הרגיל, אינן נכללות לשיטתן בהגדרת "סכסוך חמוש" שבסעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון.⁸¹ ספרד הצהירה כי פרשנות סעיף 1(4) תהיה כפופה לעקרון השלמות הטריטוריאלית המופיע בהכרזות הבינלאומיות הרלוונטיות הדנות בזכות להגדרה עצמית.⁸²

ב. הגדרת לוחמים וחובת ההבחנה

ארגנטינה צירפה הצהרת פרשנות שלפיה אין לראות בהוראות הסעיפים 43-44 לפרוטוקול משום שטטוש גבולות ההבחנה שבין כוחות סדירים לבלתי סדירים.

79 שם, בעמ' 470.

80 שם, בעמ' 471.

81 Declaration of France, 11 April 2001: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/D8041036B40EBC44C1256A34004897B2?OpenDocument; Reservations by the United Kingdom, 28 Jan. 1998: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument

82 Declaration of Spain, 21 April 1989: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/FC622F31C9E2236EC1256402003FB660?OpenDocument

עוד קבעה ההצהרה הארגנטינית כי אין לראות בסעיף 44 משום נסיגה מעקרון ההבחנה ומהאפשרות להעניש יחידים המפרים את העיקרון האמור.⁸³ יתרה מזו, מספר רב של מדינות צמצמו את תחולת סעיף 44(3), המקל בדרישות ההבחנה, ללוחמה בשטח כבוש ו/או ללוחמה כחלק ממאבק לשחרור לאומי.⁸⁴ אוסטרליה וניו זילנד אף הצהירו כי יש לפרש את המונחים "פרישה לקראת התקפה" (deployment preceding the launching of an attack) ו"גלוי לאויב" (visible to the adversary), המופיעים בסעיף 44(3) לפרוטוקול הראשון והמטילים על לוחמי גרילה חובה לשאת נשק בגלוי, פרשנות מרחיבה שתכלול כל תנועה אל עבר מקום ההתקפה ואפשרות התגלות באמצעות משקפות ואמצעים אחרים לראייה מרחוק.⁸⁵ גם איטליה, בריטניה, צרפת, גרמניה, יפן

- Interpretative declarations by Argentina, 26 Nov. 1986: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/1F3EE768E1F92B5FC1256402003FB24B?OpenDocument 83
- Declarations by Australia, 21 June 1991: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/10312B4E9047086EC1256402003FB253?OpenDocument; Interpretative declarations by Belgium, 20 May 1986: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/EA2560B9B790488EC1256402003FB2BC?OpenDocument; Reservations by Canada, 20 Nov. 1990: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/172FFEC04ADC80F2C1256402003FB314?OpenDocument; Declaration of Germany, 14 Feb. 1991: ;81 **לעיל** ה"ש, of France www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDocument; Reservation by Ireland, 19 May 1999: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/27BBCD34A4918BFBC1256402003FB43A?OpenDocument; Declaration of Italy, 27 Feb.1986: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E2F248CE54CF09B5C1256402003FB443?OpenDocument; Declaration by Japan, 31 Aug. 2004: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/D2BEB1D2EE64FE07C1256F10003037B6?OpenDocument; Declaration of Korea, 15 Jan. 1982: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/CD8F2DF28F824B75C1256402003FB477?OpenDocument; Declaration of Spain ;82 **לעיל** ה"ש ;81 **לעיל** ה"ש, Reservations by the United Kingdom
- Declaration of New Zealand, 8 ;84 **לעיל** ה"ש, Declarations by Australia 85 Feb. 1988: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/8FEC3861203ABE21C1256402003FB53B?OpenDocument

ומדינות נוספות צירפו הכרזות שיפרשו כל תנועה אל עבר היעד כ"פרישה לקראת התקפה".⁸⁶

לבסוף, יש לציין שאוסטריה צירפה הסתייגות לסעיף 58 שבה היא הכפיפה לשיקולי ביטחון לאומי את החובה להרחיק ריכוזי צבא מריכוזים אזרחיים.⁸⁷

ג. הגדרת אזרחים

ההצהרה הצרפתית וההסתייגות הבריטית הורו להכפיף את החזקה שלפיה במקרי ספק יש לראות ביחידים אזרחים ולא לוחמים, לחובת המפקד הצבאי לדאוג לביטחון כוחותיו ולמצב הצבאי בשטח, והכול לפי ההוראות האחרות של הפרוטוקול.⁸⁸ בהסתייגות הבריטית אף צוין שהכלל הקבוע בסעיף 50 יחול רק על מקרים שבהם נותר ספק של ממש לאחר שבוצעה הערכה מלאה של המצב.⁸⁹

ד. סבירותם של אמצעי זהירות ואמצעים לטיפול בהפרות של הפרוטוקולים

כמה מדינות צירפו הצהרת פרשנות שלפיה החובות המוטלות עליהן לנקוט אמצעי זהירות מתאימים (סעיפים 41, 57, 58 לפרוטוקול הראשון), לטפל בהפרות של הפרוטוקול (סעיפים 85-86 לפרוטוקול הראשון) ולקיים את עקרון ההבחנה והמידתיות יתפרשו לפי הנסיבות הצבאיות וההומניטריות בשטח ו/או לנוכח

86 Reservations by Belgium, Interpretative declarations by Belgium, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of Ireland, לעיל ה"ש 84; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Japan, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, 26 June 1986; לעיל ה"ש 84; of Korea, www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E6EF925C67966E90C1256402003FB53 Reservations by Spain; לעיל ה"ש 81; Declaration of the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

87 Reservations by Austria, 13 Aug. 1982: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/C5.CD201B43C3E56AC1256402003FB262?OpenDocument

88 Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81; Declaration of France, לעיל ה"ש 81.

89 Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

האמצעים והמידע שעמדו לרשות המפקדים הצבאיים בזמן הפעולה.⁹⁰ צרפת הבהירה כי גם החובה לבטל או להשעות התקפות מחשש לנזק נלווה מופרז היא חובה יחסית – חובת "חריצות ראויה" – שתיבחן לנוכח המידע שעמד לרשות המדינה במועד ההחלטה על הפעולה.⁹¹ בריטניה הודיעה שהחובה לבטל או להשעות פעולות תחול רק על גורמים בעלי סמכות מתאימה ויכולת מעשית לעשות כן.⁹²

ה. הגנה על הסביבה

ההצהרה הצרפתית וההסתייגות הבריטית הבהירו כי גם הערכת חוקיותן של פעולות המסכות נזק לסביבה, לפי הוראות סעיפים 35(2), 35(3) ו-55 לפרוטוקול, תתבצע באופן אובייקטיבי לאור המידע שעמד לרשות הממשלה בזמן הפעולה.⁹³

ו. יתרון צבאי מוחשי

מספר רב של מדינות צירפו הצהרת פרשנות שלפיה יש לבחון את קיומו של יתרון צבאי (המצדיק הגדרת אתר כלשהו כמטרה צבאית שמוותר לפגוע בה) לפי

90 Interpretative declarations by Algeria, 16 Aug. 1989, 272 INTERNATIONAL
,Declarations by Australia ;REVIEW OF THE RED CROSS 489 (1989)
Interpretative ;87 לעיל ה"ש ,Reservation by Austria ;84 לעיל
Reservations by Canada ;84 לעיל ה"ש ,declarations by Belgium
Declaration by Egypt, 9 Oct. 1992: www.icrc.org/ihl.nsf/ ;84
;NORM/AF3791A0FF167FFDC1256402003FB393?OpenDocument
,Declaration of Germany ;81 לעיל ה"ש ,Declaration of France
,Declaration of Italy ;84 לעיל ה"ש ,Reservation by Ireland ;84
Declaration of New ;86 לעיל ה"ש ,Declaration of Netherlands ;84
Zealand ,Leicester ;85 לעיל ה"ש ,Declaration of Spain ;82
Reservations ;81 לעיל ה"ש ,by the United Kingdom
81 ,Declaration of France לעיל ה"ש . 91
92 ,Reservations by the United Kingdom לעיל ה"ש .
93 ,Declaration of France לעיל ה"ש ;81 Reservations by the United
Kingdom ,Leicester ;81 .

מכלול המערכה ולא בנוגע לכל התקפה והתקפה בנפרד.⁹⁴ אוסטרליה וניו זילנד אף הצהירו שהצורך להגן על כוחותיהן נכלל בהגדרת "יתרון צבאי", וכי יש לבחון את היותו של היתרון ישיר ומוחשי לפי הציפיות האמיתיות של הצד התוקף.⁹⁵ מדינות אחדות גם הצהירו שהגבלת התקיפה של יעדים אזרחיים לא בהכרח צריכה למנוע פגיעה נלווית ביעדים אזרחיים,⁹⁶ וכי גם אזור או שטח אדמה ספציפי יכול להיחשב בנסיבות מתאימות ליעד צבאי לגיטימי שמותר לתקוף או לתפוס.⁹⁷

ז. הגנה על נכסי תרבות

קנדה הצהירה שהאיסור לפגוע בנכסי תרבות, הקבוע בסעיף 58 לפרוטוקול הראשון, לא יחול על נכסים שהצד היריב השתמש בהם שימוש צבאי או אם הפגיעה או השימוש בהם על ידי צבאה של המדינה החברה משתים צורך צבאי חיוני.⁹⁸ איטליה, בריטניה, צרפת והולנד צירפו הצהרות דומות בעניין זה.⁹⁹

- 94 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
- 95 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
- 96 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
- 97 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
- 98 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
- 99 Interpretative declarations, Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84; Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 84; Declaration of New Zealand, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 85; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

ח. הגנה על אובייקטים הנחוצים להשרדותה של האוכלוסייה האזרחית ועל אובייקטים האוגרים כוחות טבע מסוכנים

ההצהרה הצרפתית הבהירה כי מותר לפגוע באובייקטים הנחוצים להשרדותה של האוכלוסייה האזרחית פגיעה נקודתית, אם הצד היריב משתמש באובייקטים אלה שימוש עויין או משתמש בהם רק כדי לספק את צורכי המחיה של כוחותיו הצבאיים¹⁰⁰ (ההסתייגות הבריטית קבעה סייג דומה¹⁰¹). ההצהרה הצרפתית וההסתייגות הבריטית קבעו גם כי תיתכן פגיעה באובייקטים האוגרים כוחות טבע מסוכנים (כגון סכרים), אם השתמש בהם היריב שימוש צבאי התקפי או הגנתי, והכול בכפוף לחובות הזהירות, ולהגבלות המוטלות על הסבת נזק נלווה, הקבועות בפרוטוקול (לפי ההסתייגות הבריטית הדבר מחייב גם אישור דרגי ממשל בכירים)¹⁰².

ט. הגדרת סכסוך שאינו בינלאומי

לפי הצהרת הפרשנות הארגנטינית, אין לפרש את סעיף 1 לפרוטוקול השני לאור סעיף 43 לפרוטוקול הראשון, ומשמעות המונח "קבוצות חמושות מאורגנות" בשתי האמנות לא בהכרח שווה.¹⁰³

י. פעולות תגמול

כמה מדינות ובהן איטליה, מצרים, צרפת וגרמניה שמרו לעצמן את הזכות להגיב, במקרה של הפרות הפרוטוקול מצד מדינות חברות, על פי כללי המשפט הבינלאומי כדי למנוע הפרות נוספות.¹⁰⁴ בריטניה ציינה במפורש שהיא שומרת לעצמה את הזכות לנקוט פעולות תגמול (אשר ברגיל יהוו הפרות של הוראות הפרוטוקול הראשון) כדי לגרום לצד היריב להפסיק להפר מצדו את הוראותיו,

100 Declaration of France, לעיל ה"ש 81.

101 Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

102 Declaration of France, לעיל ה"ש 81.

103 Interpretative declarations by Argentina, לעיל ה"ש 83.

104 Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration by Egypt, לעיל ה"ש 90;

Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81.

בכפוף לכמה תנאים: (1) מסירת אזהרה רשמית המורה לצד היריב להפסיק את ההפרות; (2) אישור הדרגים הבכירים ביותר בממשלה הבריטית; (3) שמירה על עקרון המידתיות; (4) שמירה על הוראות אמנות ז'נבה; (5) הפסקת פעולות התגמול מיד לאחר הפסקת ההפרות; (6) הודעה למעצמות המגנות.¹⁰⁵

יא. הגדרת שכירי חרב

אלג'יריה צירפה הסתייגות להגדרת "שכירי חרב" בסעיף 47 לפרוטוקול הראשון שבה טענה כי מדובר בהגדרה צרה מדי.¹⁰⁶ גם אנגולה הסתייגה וצירפה הגדרה מרחיבה למונח "שכיר חרב" הכוללת גם את מי שמגייסים ומציידים שכירי חרב.¹⁰⁷ מדינות אחדות הבהירו שערובות הומניטריות בסיסיות ימשיכו לחול גם על שכירי חרב.¹⁰⁸

יב. התחזות לכוח היריב

קנדה הסתייגה מנוסחו של סעיף 39(2) לפרוטוקול הראשון ושמרה על הזכות להשתמש בסמליו של היריב לצורכי הגנה, כדי להכשיל התקפה שלו.¹⁰⁹

יג. שימוש בסמל רפואי לא מוכר

קנדה הודיעה כי לדעתה יש להרחיב את תחולתן של הוראות האמנות והפרוטוקול הדנות בסמלי רפואה מוכרים ולהחילן גם על סמלים לא מוכרים המשמשים צדדים לסכסוך (כגון מגן דוד אדום), ובלבד שהם הודיעו על השימוש האמור.¹¹⁰

105 Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

106 Interpretative declarations by Algeria, לעיל ה"ש 90.

107 Declaration by Angola, 20 Sept. 1984: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/7CAB3D19872872AFC1256402003FB23A?OpenDocument

108 Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84, Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 86.

109 Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84.

110 Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84.

יד. פעילות ארגוני הגנה אזרחית

קנדה הודיעה כי אין לראות בסעיף 62 לפרוטוקול הראשון (המקנה הגנה לצוותים של ארגוני הגנה אזרחית) משום הגבלת הצבתם והפעלתם של ארגוני הגנה אזרחית לצורכי המדינה בלא קשר למצב הצבאי.¹¹¹ אירלנד צירפה הסתייגות דומה.¹¹²

טו. העברת סיוע הומניטרי

צרפת ובריטניה הבהירו כי הוראות סעיף 70 לפרוטוקול הראשון, העוסקות בסיוע הומניטרי, לא יפגעו בדיני הלחימה בים הנוגעים למצור ימי, למלחמת צוללות ולמוקשים ימיים.¹¹³

טז. שימוש במטוסים רגילים לפינוי פצועים

ההצהרה הצרפתית וההסתייגות הבריטית צמצמו את נוסח סעיף 28(2) לפרוטוקול הראשון ושמרו על הזכות להסב לפי הצורך מטוסים רגילים למשימות פינוי. בנסיבות אלה, הימצאותו של ציוד מודיעיני על המטוס – ציוד קשר ופענוח צפנים (כלי שנעשה בו שימוש לצורכי איסוף מודיעין בעת משימת הפינוי) – לא תיחשב להפרת הסעיף.¹¹⁴ אירלנד צירפה הסתייגות דומה בנוגע לסעיף 28.¹¹⁵

יז. כלי נשק לא קונבנציונליים

מדינות אחדות הודיעו שהן מפרשות את הוראות הפרוטוקול הנוגעות להגבלות כלי נשק כחלות אך ורק על נשק קונבנציונלי.¹¹⁶ לעומתן, אירלנד הבהירה שגם

111 Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84.

112 Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84.

113 Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

114 Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

115 Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84.

116 Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84; Interpretative declarations by Belgium, לעיל ה"ש 84; Declaration of France, לעיל ה"ש 81; Declaration

אם הפרוטוקול הראשון אינו חל על נשק גרעיני, עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי ממשיכים לחול עליו.¹¹⁷

יח. מעצמה מגנה

אוסטרליה צירפה הצהרת פרשנות שלפיה תפקיד המעצמות המגנות (מדינות שלישיות המפקחות, בהסכמת הצדדים הלוחמים, על יישום האמנות) לפי סעיף 5 לפרוטוקול, ככל שהוא נוגע לזירת הלחימה עצמה, אינו רחב יותר מתפקידן לפי אמנות ז'נבה מ-1949.¹¹⁸ לעומת זאת ערב הסעודית הסתייגה לחלוטין מרעיון המעצמה המגנה שבסעיף 5 לפרוטוקול.¹¹⁹

יט. ערובות משפטיות בסיסיות

אוסטריה הצהירה שסעיף 75(4)(ה) לפרוטוקול הראשון וסעיף 6(2)(ה) לפרוטוקול השני, המחייבים את נוכחות הנאשם במשפטו, לא ימנעו את הרחקתם של נאשמים המפירים את הסדר בבית המשפט או את הרחקתם של מי שנוכחותם תפריע לשמיעת העדים¹²⁰ (אירלנד, ליכטנשטיין ומלטה צירפו הסתייגות דומה;¹²¹ וגם גרמניה הצהירה בנוגע לסעיפים אלה כי לבתי משפט הסמכות לקבוע אם נוכחות הנאשם בדיון נחוצה אם לאו¹²²). באשר לסעיף 75(4)(ח) לפרוטוקול

Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Declaration of Italy, לעיל ה"ש 84; Declaration of Netherlands, לעיל ה"ש 86; Declaration of Spain, לעיל ה"ש 82; Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.
Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84. 117
Declarations by Australia, לעיל ה"ש 84. 118
Reservation of Saudi Arabia, 21 Aug. 1987: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/M/3EAC65732655B0A0C1256402003FB62B?OpenDocument 119
Reservation by Austria, לעיל ה"ש 87. 120
Reservation by Liechtenstein, 10 Aug. 1989: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/05CDA46234CBA892C1256402003FB4B6?OpenDocument; Reservation by Malta, 17 April 1989: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/B13E4695E9BC8FCAC1256402003FB4F1?OpenDocument
Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84. 122

חלק ראשון התנגדות אפשרית להוראות הפרוטוקולים הנוספים

הראשון, המאמץ את עקרון ה"סיכון הכפול", הצהירה אוסטריה כי היא שומרת על הזכות לקיים משפטים חוזרים לפי הדין הנהוג בה¹²³ (גרמניה וכמה מדינות נוספות הפקידו גם הן הצהרה דומה).¹²⁴ ליכטנשטיין צירפה הסתייגות שתכליתה לשמר את הדין הנהוג בה בנוגע לפומביות הדיון.¹²⁵

כ. הסגרה

עם הצטרפותה לפרוטוקול, הודיעה סין כי אין באפשרותה לקיים את הוראות הפרוטוקול בדבר הסגרת חשודים בביצוע פשעי מלחמה בשל היעדר חקיקה פנימית מתאימה.¹²⁶ גם מונגוליה צירפה הסתייגות בנוגע להסגרת אזרחיה.¹²⁷

כא. טיפולים רפואיים

קנדה הסתייגה מסעיף 11 לפרוטוקול הראשון, המסדיר את אופן הטיפול הרפואי ביחידים הנתונים בידי הצד היריב לסכסוך, והודיעה כי היא תחיל על תושבים ואזרחים קנדים (המוחזקים בידיה בעקבות סכסוך לפי סעיף 1(4) לפרוטוקול) את הנהלים הרפואיים הרגילים הנוהגים בקנדה.¹²⁸ אירלנד צירפה הסתייגות דומה.¹²⁹

- 123 Reservation by Austria, לעיל ה"ש 87.
- 124 Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84; Reservation by Denmark, 17 June 1982: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/B91BB35A289B2244C1256402003FB377?OpenDocument; Declaration of Finland, 7 Aug. 1980: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/B879F60FD501804DC1256402003FB3B1?OpenDocument; Declaration of Iceland, 10 April 1987: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/742C2BB8E8A26B00C1256402003FB42A?OpenDocument; Reservation by Malta, לעיל ה"ש 121; Reservation by Liechtenstein Declaration of Sweden, 31 Aug. 1979: www.icrc.org/ihl.nsf/NO;121;RM/343E4A648EC4DF2DC1256402003FB674?OpenDocument
- 125 Reservation by Liechtenstein, לעיל ה"ש 121.
- 126 Reservation by China, 14 Sept. 1983: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/4DCE0A2FC589B132C1256402003FB334?OpenDocument
- 127 Reservation by Mongolia, 6 Dec. 1995: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/7BF8F53735A58FA8C1256402003FB513?OpenDocument
- 128 Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84.
- 129 Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84.

כב. שחרור שבויי מלחמה

דרום קוריאה הצהירה כי מדינות המחזיקות בשבויי מלחמה צריכות להימנע מלהחזירם למדינות המוצא שלהם כנגד רצונם, וכי הימנעות מהחזרה מטעם זה לא תיחשב להפרה חמורה של האמנות כקבוע בסעיף 85(ב)(1) לפרוטוקול הראשון.¹³⁰

כג. תשלום פיצויים

ההצהרה הדרום קוריאנית שצורפה במועד ההצטרפות לפרוטוקולים אף ציינה כי חובת תשלום הפיצויים בגין הפרות של הפרוטוקולים תחול גם על צדדים שלישיים שאינם צד לסכסוך.¹³¹

כד. הצטרפות רשות שאינה מדינה לפרוטוקול

בלגיה צירפה הצהרת פרשנות שלפיה רשות שאינה מדינה המבקשת להצטרף לפרוטוקול הראשון, צריכה להיות רשות מוכרת על ידי הארגון האזורי הרלוונטי ולייצג הלכה למעשה עם הנאבק להגדרה עצמית (כפי שהמונח "הגדרה עצמית" הובן ב-1977).¹³² דרום קוריאה צירפה הודעה דומה לזו של בלגיה.¹³³ בריטניה וצרפת הצהירו כי רק הודעת הצטרפות מטעם ארגון שהוכר במפורש על ידיהן כמייצג אותנטי של עם הנאבק להגדרה עצמית, תיחשב לבעלת תוקף מחייב מבחינתן.¹³⁴ אירלנד צירפה הסתייגות דומה (אם כי ציינה שיש רלוונטיות גם

130 Declaration of Korea, לעיל ה"ש 84.

131 Declaration of Korea, לעיל ה"ש 84.

132 Interpretative declarations by Belgium, לעיל ה"ש 84. ראו גם את ההודעה הקנדית על כך שלמדינות החברות סמכות לקבוע אם מדובר בארגון המקיים את תנאי סעיף 96(3), בין השאר לאור עמדתו של הארגון האזורי הרלוונטי: Reservations by Canada, לעיל ה"ש 84.

133 Declaration of Korea, לעיל ה"ש 84.

134 Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81; Declaration of France, לעיל ה"ש 81.

לעמדתו של האו"ם ולעמדתם של ארגונים אזוריים בנושא).¹³⁵ לעומתן, גרמניה הסתפקה בדרישה שהארגון יהיה מייצג אותנטי של העם הנאבק לשחרור.¹³⁶

4. סיכום ביניים

אמנם מדינות רבות הצטרפו לפרוטוקול הראשון, אך הסדרים מרכזיים אחדים בו היו ועודם שנויים במחלוקת, או שהם פתוחים לפרשנויות סותרות. עיקר הביקורת של ישראל על הפרוטוקול הראשון התמקדה בשלושה נושאים – תחולת הפרוטוקול על מלחמות לשחרור לאומי, הגמשת התנאים להנאה ממעמד של שבוי מלחמה ומתן האפשרות לארגונים לשחרור לאומי להצטרף לפרוטוקול. ארצות הברית תומכת בעמדתה של ישראל, תמיכה עקרונית, וייתכן שהשתיים יכולות להיחשב למתנגדות עקביות להיבטים אלה של הפרוטוקול הראשון. יש לציין בהקשר זה כי הסתייגויותיהן של המדינות, שהצטרפו לפרוטוקול הראשון, משלושת ההסדרים האמורים אינן מתיימרות לבטל את תחולתם, אלא לצמצמם (למשל, שלא לאפשר הגמשה יתרה של התנאים לקבלת מעמד של שבוי מלחמה במקרים של מלחמות לשחרור לאומי או לתת פרשנות מרחיבה לתנאי נשיאת הנשק בגלוי שבסעיף 44). מכאן שהסתייגויות אלה אינן תומכות, כשלעצמן, בעמדה ששלושת ההסדרים השנויים במחלוקת אינם משקפים כיום דין מנהגי. ייתכן גם שהיעדר הסתייגויות המבטלות את תחולת ההסדרים הללו מתיישב עם הדעה שהסתייגויות גורפות כאמור יהיו מנוגדות למטרת האמנה ולכן בטלות. אשר להיבטים אחרים של הפרוטוקול הראשון, סקירת עמדת ארצות הברית ובחינת ההסתייגויות מהאמנה מצביעות על כך שאין קונסנזוס באשר לפרשנותם או למעמדם של כמה היבטים של הפרוטוקול הראשון, ובעיקר: היקף חובת הזהירות המוטלת על הצד התוקף, השיקולים שיש לשקול בעת קביעת מידתיות התקיפה והאפשרות לנקוט פעולות תגמול. נראה אפוא שגם אם תחליט ישראל להצטרף לפרוטוקול הראשון בסופו של דבר, יהיה עליה לבחון את הצורך לצרף הסתייגויות בנושאים אלה.

135 Reservation by Ireland, לעיל ה"ש 84.
136 Declaration of Germany, לעיל ה"ש 84.

לעומת זאת, לא מצאנו במחקר סיבות של ממש שימנעו מישראל להצטרף לפרוטוקול השני (שתחולתו ממילא מוגבלת לנסיבות בעלות רלוונטיות מועטה למציאות הישראלית). עם זאת, בשל התחולה השיורית של הפרוטוקול השני על העניינים שהפרוטוקול הראשון אינו חל עליהם,¹³⁷ טוב תעשה ישראל אם בדומה למתווה של ארצות הברית שהוצג לעיל, היא תצטרף עם הצטרפותה לפרוטוקול השני הצהרה המרחיבה את תחולת הוראות הפרוטוקול השני ומחילה אותן על כל סכסוך שאינו בינלאומי (לפי הסף הנמוך יותר של סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה) ובכך תבקש למנוע את האפשרות שתתקבל הטענה שהפרוטוקול הראשון חל עליה.

137 נוסח סעיף 1(1) לפרוטוקול השני קובע כדלקמן:

This Protocol, which develops and supplements Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 without modifying its existing conditions of application, shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.

[פרוטוקול זה, המפתח ומשלים את סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 מבלי לשנות תנאי תחולתו הקיימים, יחול על כל הסכסוכים המזוינים אשר אינם מכוסים על-ידי סעיף 1 לפרוטוקול הנוסף לאמנות ז'נבה מיום 12 לאוגוסט 1949 בדבר הגנת קרבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים (פרוטוקול I), ואשר מתרחשים בשטחו של צד מתקשר בין כוחותיו המזוינים לבין כוחות מזוינים מתנגדי משטר או קבוצות מזוינות מאורגנות אחרות, אשר תחת פיקוד אחראי, מקיימים שליטה כזו על חלק משטחו המאפשרת להם להוציא אל הפועל פעולות צבאיות מתמשכות ומתואמות וליישם פרוטוקול זה (תרגום לא רשמי של נציגות הצלב האדום הבינלאומי בישראל בעזרת מכון קונקורד במכללה למינהל, 2004).]

נוסח זה יוצר, הלכה למעשה, תחולה שיורית לסעיף 1 לפרוטוקול הראשון.

חלק שני

סעיפי הפרוטוקולים המהווים משפט מנהגי

אמנם ישראל לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון והשני, אולם שיטת המשפט הישראלית קולטת לתוכה את ההוראות המנהגיות של המשפט הבינלאומי, ואלה מחייבות את ישראל גם כאשר היא איננה צד לאמנה שבה הופיעו.¹³⁸ לכן ככל שההוראות אשר ישראל הביעה כלפיהן את התנגדותה, ואשר הביאו לסירובה להצטרף בגינן לפרוטוקול הראשון, התפתחו והפכו במרוצת השנים לחלק מהמשפט המנהגי, התפתחות זו עשויה לעקר מתוכן את ההתנגדות הישראלית, שכן ההוראות הללו מחייבות את ישראל מתוקף היותן חלק מהמשפט המנהגי. החריג הרלוונטי היחיד לתחולת המשפט המנהגי הוא המקרים שבהם, לפי טענת ישראל, היא מתנגדת עקבית לכללים ספציפיים, ולכן הם אינם מחייבים אותה. עקרון "המתנגד העקבי" במשפט הבינלאומי הפומבי פוטר מדינה – אשר הביעה באופן עקבי ופומבי (הן בהצהרות הן בהתנהגות) את התנגדותה לכלל עוד בטרם הפך לחלק מהמשפט המנהגי – מהדרישה לנהוג לפיו.¹³⁹ לפיכך ההתנגדות העקבית של ישראל להוראות סעיפים המופיעים בפרוטוקולים, ואשר לא שיקפו בזמן ניסוחם משפט מנהגי קיים, המובעת משלב ההצבעה על כללים אלה ואילך, עשויה לאפשר לישראל לטעון שהיא מתנגדת עקבית לכללים המנהגיים אשר התהוו מסעיפים אלה.

בפרק זה נבחן את התפתחות הוראות סעיפי הפרוטוקולים לכדי משפט מנהגי בעזרת מחקר המשפט המנהגי אשר פורסם ב-2005 על ידי הוועד

138 בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988) (להלן: בג"ץ עפו).

Jean-Marie Henckaerts, ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law (5 March 2005): www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5MXLAD, p. 181

הבינלאומי של הצלב האדום.¹⁴⁰ מחקר זה כינס 161 כללים מנהגיים במשפט הבינלאומי ההומניטרי החלים על סכסוכים חמושים בינלאומיים ולא בינלאומיים (ואשר חלקם מופיע בפרוטוקולים הנוספים). אמנם אין מחקר המשפט המנהגי חף מביקורת, ומאז פרסומו נכתבו מאמרים שפקפקו בדיקור והתנגדו לחלק מהכללים המנהגיים המופיעים בו,¹⁴¹ אך אין אנו מתיימרים להביע כאן את עמדתנו בנוגע למחלוקות אלה אלא אך לבחון על פיו את מעמד סעיפי הפרוטוקולים המנהגיים.

כאמור, צוינו במחקר המשפט המנהגי 161 כללים, ואיגודם יחדיו הוא ניסיון לגבש קודיפיקציה של המשפט הבינלאומי המנהגי. מהמחקר עולה שסעיפים רבים של הפרוטוקול הראשון והשני משקפים משפט בינלאומי מנהגי. בפרק זה נבקש להתמקד בכללים המנהגיים אשר באים לידי ביטוי בסעיפי הפרוטוקולים ואשר כלפיהם הביעו ישראל וארצות הברית את עיקר התנגדותן.¹⁴² סעיפים אלה הם: תחולת הפרוטוקול הראשון על מלחמות לשחרור לאומי, דרישת הציות לדיני המלחמה כתנאי לקבלת מעמד של לוחם, הזכאות של לוחמי גרילה למעמד של שבוי מלחמה, תחולת הפרוטוקול על צדדים שאינם מדינות, היקף חובת הזהירות המוטלת על הצד התוקף, השיקולים שיש לשקול בעת קביעת מידתיות התקיפה והאפשרות לנקוט פעולות תגמול.

תחולת הפרוטוקול על מלחמות לשחרור לאומי

סעיף 4(1) לפרוטוקול הראשון, המציין את תחולת הפרוטוקול על מלחמות לשחרור לאומי, הוא אחד ממוקדי התנגדותה העיקריים של ישראל לפרוטוקול

140 לעיל, ה"ש 11.

John B. Bellinger, III, and William J. Haynes, II, *A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study "Customary International Humanitarian Law"* 89 (866) INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 443 (2007); www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/ELIZABETH_GAM;jsessionid=10000000000000000000000000000000?open=1; גַּם ראו http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/ELIZABETH_GAM;jsessionid=10000000000000000000000000000000?open=1; WILMSHURST AND SUSAN BREAU (EDS.), PERSPECTIVES ON THE ICRC STUDY ON CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2007)

142 כפי שצוין בחלק הראשון של מחקר זה.

הראשון. יש מומחים הטוענים שסעיף זה משקף משפט בינלאומי מנהגי.¹⁴³ עם זאת, סעיף זה אינו כלול בכללי מחקר המשפט המנהגי, והדעה הרווחת (גם של מחברי מחקר המשפט המנהגי) היא שאין מדובר בסעיף מנהגי.¹⁴⁴ יתר על כן, הואיל וישראל הצביעה נגד סעיף זה, והביעה את התנגדותה אליו גם בהמשך, אזי גם לו הייתה מתקבלת הטענה שמדובר בסעיף המשקף משפט מנהגי, עדיין לא היה בכך כדי להחילו על ישראל בשל היותה מתנגדת עקבית להוראת הסעיף.¹⁴⁵

דרישת הציות לדיני המלחמה

כפי שצוין לעיל, בעוד ישראל ביקשה לפרש את סעיף (1)43 לפרוטוקול הראשון כמעמיד דרישה לציית בפועל לדיני המלחמה כתנאי להענקת מעמד לוחם לחברים בארגון צבאי, הפרשנות הרשמית של הצלב האדום קבעה כי די במערכת משפט פלילית ומשמעתית בתוך הארגון הצבאי. לפי כלל 4 לכללי מחקר המשפט המנהגי,¹⁴⁶ סעיף (1)43 לפרוטוקול הראשון משקף משפט מנהגי, ולכן עצם קיומה של מערכת משפט פלילית ומשמעתית בתוך הארגון ממלאת הלכה למעשה את דרישת הציות לדיני המלחמה של הארגון עצמו ושל כל הקבוצות והיחידות הכפופות לו. קביעה זו מבוססת, בין השאר, על מדריכים צבאיים (Military Manuals) במדינות רבות הכוללים הגדרת "לוחמים" לפי הוראות הפרוטוקול הראשון. עם זאת, ישנם מומחים המטילים ספק בכך שהוראה זו התפתחה לכדי מנהג¹⁴⁷ המחייב גם מדינות אשר אינן צד לפרוטוקול הראשון. עמדה זו מבוססת, בין השאר, על כך שהדוגמאות התומכות המובאות

Antonio Cassese, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, 3 UCLA PAC.

BASIN L.J. 55, 103 (1984)

Jean-Marie Henckaerts, *Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments*, 89 (866) INTERNATIONAL REVIEW OF THE

RED CROSS 473, 485 (2007)

ראו Cassese, לעיל ה"ש 143, בעמ' 71.

מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 14, ראו גם: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule4

Anthony Rogers, *Combatant Status*, in Wilmshurst and Breau 147

141, פרק 5, בעמ' 110.

the generally accepted practice is that they do so by wearing uniforms, or at least a distinctive sign, and by carrying their weapons openly.¹⁵¹

אף לפי מחקר המשפט המנהגי החלת סעיף 44(3) לפרוטוקול הראשון על תנועות לשחרור לאומי היא נקודת מחלוקת מהותית אשר ישראל וארצות הברית מתנגדות לה. לכן, בדומה לאמור בסעיף 1(4), הואיל וישראל הצביעה נגד סעיף זה, והביעה את התנגדותה אליו גם בהמשך, היא נחשבת למתנגדת עקבית לו.

תחולת הפרוטוקול על צדדים שאינם מדינות

סעיף 96 לפרוטוקול הראשון, המאפשר את תחולת האמנה על צדדים שאינם מדינות כהגדרתם בסעיף 1(4) לפרוטוקול, אינו מוכר ככלל מנהגי על פי מחקר המשפט המנהגי. מסקנה זו מתיישבת עם העיקרון שלפיו הסדרים הנוגעים לאופן ההצטרפות לאמנה ספציפית אינם נחשבים בדרך כלל לחלק מן האמנה שיש לו פוטנציאל להפוך לדין מנהגי.¹⁵²

השיקולים שיש לשקול בעת קביעת מידתיות התקיפה

סעיפים 51(5)(ב) ו-57 מהווים למעשה את הקודיפיקציה של עקרון המידתיות שלפיו הצד התוקף נדרש להימנע ממתקפה אם הנזק הצפוי ממנה לאוכלוסייה האזרחית ולמתקנים אזרחיים מופרז (excessive) ביחס לתועלת הצבאית שתצמח ממנה. כלל 14 למחקר המשפט המנהגי קובע שעיקרון זה הוא מנהגי

151 | כרדי לקדם את ההגנה על אזרחים, לוחמים מחויבים להבחין עצמם בכל עת מהאוכלוסייה האזרחית. הפרקטיקה המקובלת היא לעשות כן על ידי לבישת מדים, או לכל הפחות ענידת סמל מבחין, ועל ידי נשיאת נשקם בגלוי". ICTY, Prosecutor v. Galic, Judgment, para. 50 (ההדגשה שלנו). ראו www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf

152 ראו Jean-Marie Henckaerts, *The Grave Breaches Regime as Customary International Law*, 7 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 683 (2009). ראו גם Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War – Ethiopia's Claim 4, para. 61 (2003): http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXVI/73-114.pdf

בכל הנוגע לעימותים בינלאומיים וגם בנוגע לעימותים שאינם בינלאומיים.¹⁵³ כפי שיידון בהמשך, ישראל מקבלת את היותו של הכלל מנהגי.¹⁵⁴ עם זאת, מחקר המשפט המנהגי אינו מספק תשובה מוחלטת או מפורטת דיה בנוגע לשיקולים שיש לשקול כשמיישמים אותו בעת לחימה. לדוגמה, לשיקול ה"יתרון הצבאי" יש לפחות שתי גישות יישום מרכזיות: לפי הגישה הראשונה, שיקולי המידתיות נקבעים בעת התקפה ביחס לנזקים הצפויים מההתקפה לעומת היתרון הצבאי מאותה התקפה ספציפית. לפי הגישה השנייה, הנזק הצפוי מהמתקפה נמדד ביחס ליתרון הצבאי הכללי (למערכה כולה או למצער לחלק ניכר ממנה). כאשר בוחנים את הפרקטיקה שעליה מחקר המשפט המנהגי מתבסס, נראה שהגישה השנייה היא המובילה, ויש הטוענים שהיה אפשר לנסח את הכלל המנהגי על פיה.¹⁵⁵ יש סוגיות נוספות שאינן באות לידי ביטוי בכלל 14 והן נוגעות, בין השאר, לשאלה עד כמה מותר לשקול את צמצום הסכנה הנשקפת לכוחות הצבאיים של הצד התוקף בעת בחירת אופי הפעולה וסוג הנשק ושקילת הנזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית, וכיצד יש לנהוג בסוגיית המגנים האנושיים מרצון (voluntary human shields) בעת שקילת שיקולי המידתיות.¹⁵⁶ אם כן נראה שאמנם יש תמימות דעים בעניין חשיבותו של עקרון המידתיות ככלל מנהגי המחייב גם את מי שלא חתם על הפרוטוקול הראשון, אך קשה להצביע על הסכמה גורפת בנוגע לאופן יישומו של העיקרון, ולכן מדינות רבות ראו לנכון להוסיף הערה פרשנית בנוגע ליישום עיקרון זה בעת הצטרפותן לפרוטוקול הראשון.¹⁵⁷

- 153 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 46-50.
- 154 ראו להלן בחלק השלישי של מחקר זה.
- 155 Michael N. Schmitt, *The Law of Targeting*, in Wilmshurst and Breau, לעיל ה"ש 141, פרק 6 בעמ' 156.
- 156 שם, בעמ' 157-161.
- 157 ראו למשל Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81. אוסטרליה, בלגיה, קנדה, צרפת, גרמניה, הולנד, ניו זילנד וספרד הוסיפו הצהרות דומות משלהן. ראו Julie Gaudreau, *The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims*, 849 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 143-184 (2003)

היקף חובת הזהירות המוטלת על הצד התוקף

סעיף 57 לפרוטוקול הראשון מחייב את הצד התוקף לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע או לצמצם את הנזק לאוכלוסייה אזרחית ולמתקנים אזרחיים בעת התקפה. פרק 5 למחקר המשפט המנהגי (הכולל את הכללים 15-21) עוסק באמצעי הזהירות שהצד התוקף חייב לנקוט.¹⁵⁸ ישראל אישרה עקרונות את אופיים המנהגי של כללים אלה ואת עצם חובת הזהירות המוטלת על הצד התוקף.¹⁵⁹ השאלה המהותית העולה בהקשר זה נוגעת להיקף חובת הזהירות המוטלת על התוקף, הנובע מהביטוי "כל דבר בר ביצוע" ("everything feasible").

מחקר המשפט המנהגי, בהתבסס על פרקטיקת המדינות, קובע כי הסטנדרט המקובל תולה את ההיקף במבחן המעשיות (practicality)¹⁶⁰ ואפשר לתרגמו ל"מבחן הלוחם הסביר".¹⁶¹ המעשיות נקבעת, בין השאר, על פי המידע המודיעיני שהיה בידי הצד התוקף לפני התקיפה, סוגי הנשק הזמינים לו וחובת השמירה על הכוחות התוקפים.¹⁶² עם זאת, לעומת הפרקטיקה הנוהגת (המייצגת כנראה את המשפט המנהגי), שלפיה על הצד התוקף מוטלת החובה להביא בחשבון את כל מקורות המידע הזמינים לו באופן סביר בעת תכנון תקיפה או ביצועה,¹⁶³ מחקר המשפט המנהגי השמיט את מבחן המאמץ הסביר להשגת המידע ולמעשה דורש בכך שהצד התוקף יעשה כל מאמץ אפשרי להשיג כל מידע קיים.¹⁶⁴ גישה דומה מופיעה גם ברוח גולדסטון.¹⁶⁵

158 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 51-67.

159 ראו להלן בחלק השלישי של מחקר זה.

160 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 54. ראו גם www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule15

161 ראו Schmitt, לעיל ה"ש 155, בעמ' 163.

162 שם. ראו גם Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia: www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf

163 ראו למשל Reservations by the United Kingdom, לעיל ה"ש 81.

164 ראו Schmitt, לעיל ה"ש 155, בעמ' 163.

165 Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48 (15 September 2009), Chapter IX

חוקיות פעולות תגמול

מחקר המשפט המנהגי אינו אוסר לחלוטין נקיטת פעולות תגמול.¹⁶⁶ כלל 145 לכללי מחקר המשפט המנהגי, הדן בחוקיות פעולות תגמול, מציין כי חמישה תנאים מבססים את חוקיות פעולות התגמול: (1) מטרת מעשי התגמול – מותר לבצע פעולות תגמול רק בעקבות הפרות חמורות שביצע הצד שכנגד ובכוונה להביאו לידי כך שיפסיק להפר את דיני המלחמה; (2) שימוש בהן כמוצא אחרון; (3) מידתיות – פעולות התגמול צריכות להיות מידתיות לפעולות אשר בעקבותיהן הן ננקטו; (4) ההחלטה לבצע פעולות תגמול צריכה להתקבל בדרגים הגבוהים ביותר בממשל; (5) פעולות התגמול ייפסקו לכשיפסיק הצד שכנגד את ההפרות שבגינן החלו פעולות התגמול.¹⁶⁷

מחקר המשפט המנהגי קובע גם שפעולות תגמול כלפי אזרחים ומבנים מוגנים אסורות לפי המשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁶⁸ עם זאת, ישנם מומחים הטוענים שאיסורים אלה, המופיעים בפרוטוקול הראשון, אינם משקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁶⁹ לטענתם, איסור נקיטת פעולות תגמול בעימות שאינו בינלאומי (כלל 148 לכללי המחקר הבינלאומי המנהגי) בוודאי איננו חלק מהמשפט המנהגי.¹⁷⁰

166 Henckaerts, לעיל ה"ש 144, בעמ' 481.
167 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 518-519. ראו גם www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter41_rule145
168 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 9, כללים 146-147, בעמ' 519-526.
169 David Turns, *Implementation and Compliance*, in Wilmshurst and Breau, לעיל ה"ש 141, פרק 14, בעמ' 368-370. עם זאת, ראוי לציין שהמקרה הפרטי של סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית, האוסר מעשי תגמול כלפי אזרחים מוגנים בשטח כבוש, מהווה משפט בינלאומי מנהגי.
170 שם, בעמ' 370-372.

חלק שלישי

הסתמכות על הפרוטוקולים על ידי בג"ץ וממשלת ישראל

שיטת המשפט הישראלית קולטת, כאמור, את ההוראות המנהגיות של המשפט הבינלאומי גם בלי להיזקק לאשרור האמנות הרלוונטיות.¹⁷¹ לפיכך ככל שמדובר בהוראות הפרוטוקול הראשון, אפשר להחילן בישראל אם הן משקפות דיין מנהגי. עד היום לא נדרש בג"ץ לשימוש רב בהוראות הפרוטוקולים בעתירות אשר הובאו לפניו. עם זאת, בכמה החלטות מהשנים האחרונות התייחס בג"ץ להוראותיהם: (1) בבג"ץ נוהל אזהרה מוקדמת, אשר עסק בפרקטיקה של חיילי צה"ל לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת בעזרת תושב פלסטיני מקומי, כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת לחשוד מפני פגיעה אפשרית בו ובנמצאים בקרבתו במהלך המעצר.¹⁷² (2) בבג"ץ הסיכולים הממוקדים אשר עסק בהריגתם של אזרחים הלוקחים חלק ישיר בפעולות האיבה.¹⁷³ (3) בבג"ץ אלבסיוני, אשר עסק בהחלטת ממשלת ישראל לצמצם או להגביל את הספקת החשמל והדלק לרצועת עזה.¹⁷⁴ (4) בבג"ץ רופאים לזכויות אדם אשר בחן את ההתנהלות ההומניטרית של צה"ל בזמן מבצע "עופרת יצוקה".¹⁷⁵ בהחלטות הללו ברק בג"ץ סעיפים ספציפיים לפרוטוקול הראשון והשתמש בהם כדי לבחון את פעולותיה של ישראל.

בבג"ץ נוהל אזהרה מוקדמת השתמש בית המשפט בסעיף 57(2) לפרוטוקול הראשון כדי לחזק את תוקף חובת האזהרה שבמשפט הבינלאומי¹⁷⁶ ובסעיף 51(7) לפרוטוקול לביסוס האיסור במשפט הבינלאומי להשתמש "במגנים אנושיים".¹⁷⁷

171 בג"ץ עפו, לעיל ה"ש 138, בעמ' 35.

172 בג"ץ אזהרה מוקדמת, לעיל ה"ש 10.

173 בג"ץ הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 10.

174 בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 30.1.2008) (להלן: בג"ץ אלבסיוני).

175 בג"ץ רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 10.

176 בג"ץ אזהרה מוקדמת, לעיל ה"ש 10, פסקה 20.

177 שם, פסקה 21.

בשני המקרים לא היה הפרוטוקול הראשון מקור בלעדי לחובה האמורה, אלא שימש לביסוס הוראה אשר לדעת בג"ץ מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי. החובה להזהיר קבועה גם בתקנה 26 לאמנת האג הרביעית בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה משנת 1907 ובכלל 20 לכללי מחקר המשפט המנהגי.¹⁷⁸ גם האיסור להשתמש באזרחים כמגנים אנושיים מופיע בסעיף 28 לאמנת ז'נבה הרביעית ובכלל 97 לכללי מחקר המשפט המנהגי.

בבג"ץ הסיכולים הממוקדים נדרש בית המשפט לדון בנושא מעמדו המנהגי של סעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון. סעיף זה, אשר היווה את לב הדיון, קובע כי ההגנה הניתנת לאזרחים לפי הפרוטוקול תישמר "אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה". העותרים טענו כי סעיף 351(3) "על כל תנאיו, משקף [...] כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי".¹⁷⁹ לעומתם אמנם קיבלה המדינה את הטענה שסעיף 351(3) מהווה חריג מנהגי להגנה על אזרחים, אך טענה "שתנאי הבר-זמניות [...] אינו מחייב את ישראל שכן אין הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי".¹⁸⁰

בבואו לבחון אם סעיף 351(3) הוא חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי ברק תחילה הנשיא ברק את ממצאי מחקר המשפט המנהגי וציין שהמחקר מכיר בסעיף זה כמשקף מנהגי. ברק קיבל עמדה זו וקבע שהיא נובעת מסעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה, "[...] אשר מקובל על הכל כי הן משקפות משפט בינלאומי מנהגי [...]". ברק המשיך וביסס את עמדתו בסוגיה על פסיקת בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר אשר קבע כי סעיף 51 בכללותו הוא דין בינלאומי מנהגי.¹⁸¹ לבסוף פנה ברק למדריכים צבאיים של מדינות אחדות המכירים בכלל זה ומחילים אותו על צבאותיהם ולספרות משפטית ענפה אשר רואה בהוראה המופיעה בסעיף 351(3) ביטוי למשפט הבינלאומי המנהגי. ברק אף דחה את עמדת המדינה שלפיה תנאי הבר-זמניות, ורק הוא, אינו חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי וקבע שסעיף 351(3) משקף משפט בינלאומי מנהגי על כרעיו ועל קרבו ובלא כל סייג.

178 לעיל הערה 9.

179 בג"ץ הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 10, פסקה 6 להכרעתו של הנשיא ברק.

180 שם, פסקה 12 להכרעתו של הנשיא ברק.

181 שם, פסקה 30 להכרעתו של הנשיא ברק.

עוד ציין הנשיא ברק את החובה להעניק לפלסטינים, המוחזקים בארץ בשל פעילותם או חברותם בארגוני טרור, את ההגנה המינימלית הקבועה בסעיף 75 לפרוטוקול הראשון משום שהיא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁸² גם סעיפים 51(2) ו-50(1) הוכרו כמשקפים משפט בינלאומי מנהגי,¹⁸³ וכמוהם גם סעיפים 51(2)(III), 51(4)¹⁸⁴ ו-51(5)(b),¹⁸⁵ 57 ו-91.¹⁸⁶ עם זאת ראוי לציין שהדיון בסעיפים אלה לא נדרש לגופו של עניין.

חשוב לציין שברק לא קיבל את טענת העותרים שכל סעיפי הפרוטוקול הראשון משקפים משפט בינלאומי מנהגי, וציין כי מאחר שישראל אינה צד לפרוטוקול הראשון, והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי, רק "הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הם חלק ממשפטה של ישראל".¹⁸⁷

בבג"ץ אלבסיוני, המדינה עצמה ראתה בסעיפים 54 ו-70 לפרוטוקול הראשון הוראות המשקפות משפט בינלאומי מנהגי הקובע סטנדרט התנהלות הומניטרי מינימלי מצד המדינה בעת לחימה.¹⁸⁸

בבג"ץ רופאים לזכויות אדם חזרה הנשיאה בייניש על קביעתו של ברק שההוראות המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הן חלק ממשפטה של ישראל. יתרה מזו, במקרה הזה היו העותרים והמדינה תמימי דעים בסוגיית הכללים המנהגיים המקנים הגנה לצוותי רפואה. הנשיאה בייניש ציינה שסעיף 8(ג) לפרוטוקול הראשון מגדיר במפורט מהם "צוותים רפואיים מוגנים" וסעיפים 12-16 לפרוטוקול קובעים הוראות מפורטות באשר להגנות הנתונות לצוותים הרפואיים.¹⁸⁹

הנשיאה בייניש הזכירה גם את עמדת המדינה בבג"ץ אלבסיוני בנוגע לסעיף 70 לפרוטוקול הראשון וקבעה שמדובר בנורמות המהוות חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁹⁰

- 182 שם, פסקה 25 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 183 שם, פסקה 26 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 184 שם, פסקה 29 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 185 שם, פסקה 42 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 186 שם, פסקה 40 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 187 שם, פסקה 20 להכרעתו של הנשיא ברק.
- 188 בבג"ץ אלבסיוני, לעיל ה"ש 174, פסקאות 13-14.
- 189 בבג"ץ רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 10, פסקה 18.
- 190 שם.

גם ברוח הרשמי שפרסם משרד החוץ בעקבות מבצע "עופרת יצוקה" (העימות המזוין בין ישראל לחמאס שנמשך בין דצמבר 2008 לינואר 2009), נאמר שחלק מהוראות הפרוטוקול הראשון משקפות משפט בינלאומי מנהגי.¹⁹¹ ואכן, בגוף הדוח מוזכרים כמה סעיפים והוראות ספציפיים מהפרוטוקול הראשון – עקרון ההבחנה (סעיף 48),¹⁹² איסור תקיפת אוכלוסייה אזרחית (51(2)), הגדרת מטרה צבאית (52(2)),¹⁹³ איסור לבצע התקפות חסרות הבחנה (51(4)),¹⁹⁴ איסור השימוש ב"מגנים אנושיים" (51(7)),¹⁹⁵ עקרון המידתיות (51(5)(ב)),¹⁹⁶ החובה לנקוט אמצעי זהירות בהתקפה (57(2)(א)),¹⁹⁷ (I)-58-(II),¹⁹⁸ חובת אזהרה אפקטיבית (57(2)(ג)),¹⁹⁹ הגנה על מתקנים אזרחיים (52(1)),²⁰⁰ הגנה מיוחדת לילדים (177(1)),²⁰¹ (2)77,²⁰² הגנה על צוותי רפואה (12(4)),²⁰³ (1)13),²⁰⁴ הגנה על מתקני תרבות ודת (53(5)),²⁰⁵ ואיסור שימוש לא נאות בסמלים המוגנים (38).²⁰⁶

The Operation in Gaza – Factual and Legal Aspects, 29th July 191
 www.mfa.gov.il/NR/: פסקה 31, עמ' 11, 2008 (להלן: דוח משרד החוץ), עמ' 11, פסקה 31:
 rdonlyres/E89E699D-A435-491B-B2D0-017675DAFEF7/0/
 GazaOperationwLinks.pdf

- 192 שם, בעמ' 36 (ה"ש 67), בעמ' 53 (ה"ש 144).
 193 שם, בעמ' 37 (ה"ש 68, 69), 38 (ה"ש 77), 53 (ה"ש 144), 55 (ה"ש 149), 83 (ה"ש 207).
 194 שם, בעמ' 40 (ה"ש 89), 41 (ה"ש 91).
 195 שם, בעמ' 43 (ה"ש 98), 55.
 196 שם, בעמ' 44 (ה"ש 103).
 197 שם, בעמ' 48 (ה"ש 121-123).
 198 שם, בעמ' 51 (ה"ש 135-137), בעמ' 137, פסקה 372 (ה"ש 272).
 199 שם, בעמ' 48 (ה"ש 124), עמ' 49 (ה"ש 129).
 200 שם, בעמ' 53 (ה"ש 144).
 201 שם, בעמ' 55 (ה"ש 150).
 202 שם, בעמ' 71, פסקה 194 (ה"ש 186).
 203 שם, בעמ' 55 (ה"ש 151), בעמ' 137, פסקה 372 (ה"ש 272).
 204 שם, בעמ' 137, פסקה 371 (ה"ש 271), בעמ' 139, פסקה 377 (ה"ש 273).
 205 שם, בעמ' 55 (ה"ש 152).
 206 שם, בעמ' 67 (ה"ש 176).

חלק שלישי הסתמכות על הפרוטוקולים על ידי בג"ץ וממשלת ישראל

חשוב לציין שבעניין עקרון המידתיות עמדת ישראל ברוח הרשמי היא שיש לבחון את המידתיות על פי התועלת הצבאית הכללית הצפויה ("overall military advantage anticipated", ורק במקרים שבהם הנזק לאוכלוסייה האזרחית יהיה בבירור מוגזם ("clearly excessive"), הפעולה תהיה בלתי חוקית. ישראל מבססת את עמדתה²⁰⁷ בין השאר על פסיקתו של בית הדין הבינלאומי בהאג,²⁰⁸ ועל מסמך יסודות העברה הנלווה לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי.²⁰⁹

אשר לחובות הזהירות של הצד התוקף, עמדת ישראל ברוח הרשמי היא שהכלל קורא לצד התוקף לעשות כל מאמץ אפשרי מצדו ואינו מטיל חובה מחולטת במישור התוצאה. ישראל מבססת עמדה זו על הפרקטיקה (בעיקר של ארצות הברית) כפי שהיא באה לידי ביטוי במחקר המשפט המנהגי, ועל דוח התובע של בית הדין הבינלאומי לעניין יוגוסלביה בנוגע להפגזות נאט"ו.²¹⁰ לסיכום חלק זה, ניתן להיווכח שבג"ץ והרשות המבצעת מקבלים שניהם את ההוראות של הפרוטוקול הראשון המשקפות משפט בינלאומי מנהגי כחלק מהמשפט בישראל. כמו כן, החלטותיו של בג"ץ (הסיכולים הממוקדים ונוהל האזהרה המוקדמת), מלמדות שכדי לבחון אם הוראה מסוימת היא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, בג"ץ פונה (ובמקרים מסוימים גם המדינה עושה כן) למחקר המשפט המנהגי, המבוסס בחלקו הגדול על הפרקטיקה שמדינות רבות נוהגות לפיה, וכן לפסיקת טריבונלים בינלאומיים.

207 שם, בעמ' 44, פסקה 120.

208 Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Rep. 2003, para. 77

Elements of Crimes, at Article 8(2)(b)(iv) 209

210 דוח משרד החוץ, לעיל ה"ש 191, בעמ' 48-49, פסקאות 132-133.

חלק רביעי מסקנות

הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה משנת 1977 היו ועודם בגדר רפורמות שחלקן שנויות במחלוקת. בבסיס הכנתם הייתה התוכנה שצריך לעדכן את דיני המלחמה באופן שיספקו הגנה טובה יותר לאוכלוסייה האזרחית ובאופן שיחולו על קשת רחבה יותר של סכסוכים חמושים. אף שהיה מוסכם הצורך לעדכן את הדינים ולהרחיב את תחולתם – בייחוד משום השינוי שחל באופיים של סכסוכים אלימים והמעורבות הבולטת יותר בהם של צדדים שאינם מדינות – התעוררו ספקות של ממש אם בפרוטוקול הראשון נבחרה נקודת האיזון הראויה. ספקות אלה הביאו להחלטתן של מדינות אחרות שלא להצטרף לפרוטוקולים, ולהחלטתן של מדינות אחרות להצטרף בהסתייגויות.

כזכור, בבסיס התנגדותה של ישראל לפרוטוקול הראשון עמדו שלושה נושאים עיקריים – תחולת האמנה על מלחמות לשחרור לאומי, הגמשת כללי הזכאות לקבלת מעמד של שבויי מלחמה ודרכי ההצטרפות של ארגונים לשחרור לאומי לפרוטוקול. התנגדות זו של ישראל מזכה אותה ככל הנראה במעמד של "מתנגד עקבי" בכל הנוגע לאותם כללים, ככל שהם אכן הפכו לדין מנהגי. עם זאת, ספק בעינינו אם חלק מההתנגדויות הישראליות המסורתיות עורן רלוונטיות: הואיל ובית המשפט העליון בישראל קבע בשורה של החלטות כי לפחות חלק מהוראות הפרוטוקול הראשון חלות, כדין מנהגי, על פעולות צבאיות שנקטה ישראל כלפי קבוצות ופרטים חמושים פלסטיניים, והואיל וגם המדינה עצמה סבורה שהוראות מסוימות של הפרוטוקול הראשון חלות כדין מנהגי בכל עימות מזוין, כסטנדרט מינימלי,²¹¹ נשחקה במרוצת השנים ההתנגדות העקרונית לתחולת הפרוטוקול, על כל הוראותיו, במצבים שבהם ישראל נלחמת בארגון לא מדינתי. מבחינה זו בג"ץ הסיכולים הממוקדים, שהחיל כנגד עמדת המדינה

211 שם, בעמ' 11.

הוראה מרכזית של הפרוטוקול הראשון (סעיף 51(3)) על פעולות צבאיות בגזרה הפלסטינית, ממחיש את הרלוונטיות המוגבלת של התנגדות ישראל לתחולת האמנה על מלחמות לשחרור לאומי. ודוק, המבנה המשפטי שבנה בג"ץ באותה פרשה – שלפיו הסכסוך הישראלי-פלסטיני נושא אופי בינלאומי²¹² – עקף את הצורך בדיון במעמדו של סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון (סעיף התחולה על מלחמות לשחרור לאומי) והביא לצמצום רב, אם לא לידי ביטול מוחלט, של הנפקות המעשית של ההתנגדות הישראלית לסעיף 1(4).

דומה שגם סוגיית ההצטרפות של ארגונים ל"שחרור לאומי" לפרוטוקול איבדה ממרכזיותה. בשעתו, התנגדות ישראל לסעיף 96 הייתה קשורה לרצון שלא לאפשר לאש"ף לזכות בלגיטימציה בינלאומית על ידי הכנסתו כצד מלא ושווה זכויות לאמנה בינלאומית חשובה. כמו כן חששה ישראל מבעיית א-סימטריה – בעוד הצד המדינתי (ישראל) יהיה מחויב הלכה למעשה בהוראות הפרוטוקול, הצד הלא מדינתי (אש"ף) יהיה מחויב להלכה, אך לא יוכל למעשה למלא את הוראות הפרוטוקול.

שיקולים אלה איברו ממשקלם לאחר הכרת ישראל באש"ף כנציג הרשמי של העם הפלסטיני (בשנת 1993) ולאחר שישראל עצמה כרתה כמה הסכמים עם ארגון זה.

ייתכן שחשש מלגיטימציה ישוב ויתעורר בכל הנוגע לניסיונות של ארגונים אחרים, כגון החמאס והחיזבאללה, להצטרף לפרוטוקול. אך ההסתברות להתקיימותם של ניסיונות כאלה נראית לנו נמוכה למדי, בין משום שהארגונים הללו אינם שחקנים בינלאומיים לגיטימיים, אלא ארגוני טרור מוכרזים, ובין משום ששיטת הפעולה הנפוצה של ארגונים אלה מפרה ביודעין את הכללים המופיעים בפרוטוקול הראשון. מכל מקום, הבעיה יכולה להיפתר באמצעות הסתייגות כגון זו שצירפו בריטניה וצרפת, ולפיה הכרה בארגון, מצד המדינה הנאבקת בו, היא תנאי מקדים להחלת הפרוטוקול הראשון על היחסים ביניהם. יתר על כן, בעיית הא-סימטריה שעליה הצביעה ישראל כבר צצה בלאו הכי. ישראל מצופה לפעול הלכה למעשה לפי הסטנדרטים של הדין המנהגי, הקרובים במהותם להוראות הפרוטוקול הראשון, אף שהצד השני לסכסוך אינו מקיים כלל

212 בג"ץ הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 10, פסקה 21 להכרעתו של הנשיא ברק.

סטנדרטים אלה. קשה לנו לראות כיצד הצטרפות של ארגונים לשחרור לאומי לפרוטוקול תחריף את הפער הנורמטיבי בין הצדדים לסכסוך. אדרבה, נראה לנו שהדרך לחייב ארגונים לא מדינתיים לכבד את התחייבויותיהם הבינלאומיות תהיה קלה יותר בעקבות הצטרפותם לאמנה כגון הפרוטוקול הראשון.

לעומת זאת, ספק בעינינו אם חל שינוי של ממש בנסיבות, שיכול להסיר או לרכך את התנגדותה של ישראל לסעיפים 43-44 לפרוטוקול הראשון בכל הנוגע להגמשת תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה באופן הפוגע במידה ניכרת בעקרון ההבחנה. כזכור, ישראל ראתה בסעיפים אלה, המאפשרים לחברי ארגון שאינו אוסף למעשה את דיני המלחמה, ושאינו לובש מדים או נושא סימן היכר אחר, ליהנות ממעמד של שבויי מלחמה, שחיקה מסוכנת של עקרון ההבחנה ועקרון ההדריות. למעשה, מאז 1977 גדל מאוד מספר הסכסוכים החמושים שבהם עקרון ההבחנה הופר הפרה חמורה על ידי הצד הלא מדינתי. מכאן שמדובר בנושא שהפך למרכזי יותר בחייה של מדינת ישראל, כמו גם בחייה של מדינות אחרות.

למרות מסקנת מחקר המשפט המנהגי, יש ספק אם הכללים שבסעיפים 43-44 לפרוטוקול הראשון בנושא תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה הם כללים מנהגיים המחייבים את ישראל (ומכל מקום תיחשב ישראל למתנגדת עקבית להוראות סעיפים אלה). ובכל זאת הסקירה שהובאה לעיל מצביעה על כך שעמדתה של ישראל בעניין ליקויים בהסדר הקבוע בפרוטוקול הראשון אינה זוכה לתמיכה רבה (חוץ מתמיכתה של ארצות הברית). מרבית המדינות הצטרפו לפרוטוקול בלי להסתייג מהסעיפים הללו, ואותן מדינות שהסתייגו מהם, אמנם צמצמו את תחולתם למצבים מיוחדים, אך לא דחו כליל את הצורך בהגמשת הקריטריונים לקבלת מעמד של שבויי מלחמה. כל עוד ישראל סבורה שהנזק לאינטרסים שלה, הגלום בהסדר הקבוע בפרוטוקול, עולה על יתרונותיו – עידוד מה של ארגונים לא מדינתיים להנהיג מערכת אכיפה לדיני המלחמה ועידוד לוחמים לכל הפחות לשאת את נשקם בגלוי בעת פעילות צבאית – עליה להימנע מלהצטרף לפרוטוקול. לחלופין יהיה עליה להצטרף בהסתייגות מלאה או חלקית מתחולתם של סעיפים 43-44. יש לציין, עם זאת, שמעמדה של הסתייגות מלאה יהיה שנוי במחלוקת, שכן תיתכן הסברה שלפיה הגמשת תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה היא אחת מהתכליות העיקריות של

הפרוטוקול הראשון, ובהחלט מהחידושים המובהקים שבו, וכי הסתייגות גורפת מההסדר הקבוע ולמנוגדת אפוא לנושא האמנה ולמטרתה ועל כן בטלה.²¹³ עם זאת, לדעתנו, בתנאי פעילותה של ישראל, במציאות שבה ממילא הצד האחר אינו נוטה לקיים את חובת ההבחנה, עשוי להיות לישראל עניין לבחון מחדש את עמדתה העקרונית בנוגע לפרוטוקול, וייתכן שגם קיום חלקי של חובת ההבחנה על ידי הצד האחר יסייע לישראל לעמוד טוב יותר בדרישות ההבחנה המוטלות עליה ממילא. נראה לנו שמתן תמריץ של הענקת מעמד שבויי מלחמה ללוחמים המבחינים את עצמם, לכל הפחות באמצעות נשיאת נשק בגלוי, והשתייכות לארגון בעל מערכת פלילית משמעתית לאכיפת דיני המלחמה (ושלא ביצעו פשעי מלחמה), עשוי להיות מחיר סביר לשלם תמורת הפחתת הקרבנות האזרחיים לצד האחר וצמצום אי-הסימטריה הנורמטיבית בין הצדדים הלוחמים. יתר על כן, ייתכן שניתן לחזק את התמריצים שנקבעו בפרוטוקול הראשון להנהגת הבחנה מוגבלת בין לוחמים לאזרחים באמצעות הסתייגות שתדגיש אכיפה בפועל של הדינים על ידי הצד האחר ותבהיר באילו תנאים יהיה אפשר להסתפק בנשיאת נשק בגלוי בעת התקיפה. למעשה, שינוי "כללי המשחק" באופן המוצע כאן עשוי להוות תמריץ לישראל להצטרף לפרוטוקול. אם תחליט ישראל להצטרף לפרוטוקול, יהיה עליה לשקול בחיוב צירוף הצהרות פרשנות נוספות, ברוח אלה שצירפו בריטניה וצרפת בעניין יישום חובות הזהירות, עקרון המידתיות והאפשרות להגיב באמצעות פעולות תגמול, וברוח ההצהרה שצירפה ארגנטינה בנוגע לחובת ההבחנה. הצהרות אלה משקפות את העמדה, שגם ישראל דוגלת בה, שהלשון הפשוטה של הפרוטוקול הראשון מציעה איזון לא סביר בין צרכים צבאיים לאינטרסים הומניטריים. היתרון, מבחינתה של ישראל, בהצטרפות לפרוטוקול בהקשר זה הוא בכך שהדבר יאפשר לה להשפיע על עיצוב הפרשנות לפרוטוקול בנושא (פרשנות שיש בה משום שינוי המשפט המנהגי). לחלופין, בהצטרפותה המסתייגת תבטיח ישראל שהפרשנות "החריגה" של הפרוטוקול – שהמדינות המסתייגות מצדדות בה – תחול עליה, ולא הפרשנות "הקונבציונלית" של הפרוטוקול. עם זאת, ראוי לשוב ולהדגיש את הסייג הקובע שהצהרות מסוג זה אינן רשאיות לסתור את נושא

213 סעיף 19 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות, לעיל ה"ש 30.

הפרוטוקול ומהותו, ובעיקר את ההוראות החדשניות שבו כגון ההקלה בסוגיית חובת ההבחנה והגמשת תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה.

נקודה נוספת, שלא עלתה לדיון עד כה, שישראל תצטרך בוודאי להסתייג ממנה, היא "סעיף ההתנחלויות" – סעיף 85(4)(א) – ההוראה הקובעת שהעברת אוכלוסייה אזרחית של המדינה הכובשת לשטח כבוש היא פשע מלחמה. כזכור, ישראל נמנעה מלתמוך בשעתו בחוקת רומא בשל סעיף דומה בה, בלא אפשרות להסתייג ממנו. בנסיבות העניין, הסתייגות מהוראה זו של הפרוטוקול היא דבר מתבקש. אנו סבורים שבמקרה זה יהיה קשה מאוד לטעון שהסתייגות מהוראה פלילית אחת, אשר אינה מהווה את לב הפרוטוקול ומהותו, תיחשב למנוגדת לנושא הפרוטוקול ולמטרתו ועל כן אין חשש סביר שתיחשב לבטלה.

לסיכום, נראה שהמכשול העיקרי להצטרפות של ישראל לפרוטוקול הראשון הוא בעיית הגמשת תנאי הזכאות למעמד של שבויי מלחמה. זו שאלה עקרונית של מדיניות ומוסר, ועמדתנו היא שיש מקום לבחון אותה מחדש לנוכח אופיים של הסכסוכים שישראל מעורבת בהם והקשיים המעשיים שהפרת חובת ההבחנה על ידי הצד האחר לסכסוך מעוררת. להערכתנו, בעיות אחרות בפרוטוקול, מנקודת ראותה של ישראל, כגון פרשנות דווקנית מדי לעקרון המידתיות, יכולות וצריכות להיפתר באמצעות שימוש בכלי הצהרת הפרשנות, כפי שעשו מדינות מערביות אחרות.

בכל הקשור לפרוטוקול השני, לא מצאנו במחקר הנוכחי סיבה ממשית שבגינה ישראל צריכה להימנע מלהצטרף אליו (בכפוף להוספת ההסתייגות אשר צוינה לעיל בנוגע לתחולת הפרוטוקול).

חשוב להדגיש, עם זאת, שבסופו של דבר, ההחלטה אם להצטרף לפרוטוקולים אינה קשורה אך ורק לעמדתה של ישראל בנוגע לדיני המלחמה. מדובר בסוגיה רחבה יותר של עמדת ישראל בנוגע למשפט הבינלאומי ולקבוצות ההתייחסות הפוליטיות הרלוונטיות. אם ישראל מעוניינת להיאבק בדימויה כ"מדינה סוררת" (rogue state) בכל הקשור למשפט הבינלאומי, הרי להצטרפות לאמנות בינלאומיות יש דיבדנד תדמיתי חשוב. כאמור לעיל, ההצטרפות לאמנה חשובה, כגון הפרוטוקול הראשון, יכולה לסייע לישראל להשפיע על פירושה, ואילו אי-ההצטרפות אינה מחסנת את ישראל מפני תחולת המשפט המנהגי (או מפני החלת האמנה בנורמה מרוככת – soft law). מאידך גיסא חשוב לציין שאף

חלק רביעי מסקנות

להחלטתה של ארצות הברית שלא להצטרף לפרוטוקולים יש משמעות פוליטית לא מבוטלת. עמדתנו העקרונית היא שישראל עשויה לצאת נשכרת מהצטרפות לפרוטוקולים בהסתייגויות המתאימות, אך אין בידנו כלים מתאימים להעריך את השפעת הצעד האמור על יחסי ישראל-ארצות הברית ועל מעמדה הבינלאומי של ישראל.

international community, which could improve Israel's status in the international community.

With respect to the Second Additional Protocol, in the present study we did not find a real reason for Israel to refrain from joining it. Moreover, the State may consider adding a declaration broadening the applicability of its provisions and applying them to any armed conflict that is not international in nature (according to the lower threshold of common article 3 of the Geneva Conventions).

Supreme Court has ruled in a line of decisions that at least some of the provisions of the First Additional Protocol apply, as customary law, to military actions taken by Israel against armed Palestinian groups and individuals. Similarly, as is apparent from official publications and responses to petitions to the High Court of Justice, the State itself is of the opinion that certain provisions of the First Additional Protocol apply as customary law in both international and non-international armed conflicts, as an accepted minimal standard. Therefore, in our opinion, the objection, on principle, to the applicability of all of its provisions has been eroded over the years in situations in which Israel is fighting a non-state entity.

Moreover, the interpretation of the High Court of Justice (as it appears, *inter alia*, in H CJ **Targeted Killings decision**), according to which the Israeli-Palestinian conflict is in some respects international in character—renders it unnecessary to determine whether the present conflict falls under article 1(4) of the First Additional Protocol (the article with respect to applicability to a war for national liberation) and greatly restricted, if it did not completely obviate, the practical implications of the Israeli objection to this article.

However, the study raises doubts as to the question whether a real change has occurred in the circumstances that could remove or soften Israel's objections to articles 43–44 of the First Additional Protocol, with respect to making the terms for the entitlement of guerilla fighters to the status of prisoner of war more flexible in such a manner that significantly infringes upon the principle of distinction.

At present, the question that needs to be examined, therefore, regarding joining the First Additional Protocol, is whether the disadvantages of accepting the arrangements appearing in articles 43–44 (possibly with the addition of a limiting reservation or interpretative declaration) exceed the advantages of joining the

It could be that the legal, political, and military developments that have taken place through the years have increased the appeal of some of the provisions of the protocols.

2. **The position of the international community.** Most of the states in the world finally joined the protocols—including states such as France, Germany, and the United Kingdom, that had at first voiced reservations regarding their content (and indeed joined in the end, subject to a number of reservations and important interpretive declarations). It seems, therefore, that to the cost-benefit analysis of Israel's decision not to join must be added the negative effects of non-membership in the protocols, especially the harm to Israel's image. As the number of states belonging to Israel's natural political milieu that have not yet joined the convention decreases, these negative effects become even more pronounced.
3. **Developments in customary law.** If it turns out that the provisions of the protocols, to which Israel objected, have become international customary law over the years, the decision not to join the protocols will have limited practical effect, because such provisions bind Israel in any event (except in cases in which Israel is considered a "persistent objector" of a specific customary norm, and in such a case it may be that the custom does not bind it).
4. **Rulings of the High Court of Justice.** The willingness of the High Court of Justice to rely on the protocols in a number of cases recently decided by it (e.g., HCJ **Targeted Killings decision**), requires reexamination of the status of the protocols, because it could be that this decision represents a shift in the traditional Israeli position of objection to the protocols.

The study's conclusions are that indeed with the passage of years many of the objections voiced by Israel at the time the protocols were drafted no longer constitute an obstacle to joining them: The Israeli

world (including Israel), whereas the protocols were less widely accepted. As of June 2011, the First Additional Protocol had been ratified by 170 states and the Second Additional Protocol had been ratified by 165 states. Among the states that have not joined either of the protocols are India, Indonesia, Iran, Malaysia, Morocco, Nepal, Pakistan, Somalia, Sri Lanka, Thailand, Turkey, the United States of America and Israel. Israel is even considered to be a “persistent objector” to some of the provisions of the First Additional Protocol, although it was a very active participant in the drafting of both of these protocols in 1974–1977. Israel was the only state that voted against the approval of the final version of the protocols in the concluding meeting of the diplomatic conference in Geneva and even voted, in the course of the conference, against the adoption of some of their central provisions.

Israel’s historic opposition is primarily based on three principled grounds: the application of the Geneva Conventions and the First Additional Protocol to wars of national liberation; greater flexibility in the rules entitling guerilla fighters to receive status of prisoners of war; and the means by which national liberation organizations can join the protocol, in such a manner that, in Israel’s opinion, derogates from the duty of obeying the laws of war and encourages guerilla organizations to use terror as a combat tactic.

The present study examines whether, with the passage of more than thirty years since the protocols were adopted, the time has come for Israel to join them for the following reasons:

1. **The passage of time and changes in military challenges that Israel faces.** More than thirty years have passed since the protocols were adopted and the military challenges that Israel faces are in themselves a good reason to examine if the considerations raised at that time against joining the protocols are still relevant at present.

Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions

Ruth Lapidot, Yuval Shany, Ido Rosenzweig

Abstract

The two protocols drafted by the Diplomatic Conference on Humanitarian Law that convened in Geneva from 1974–1977, and which were added to the Geneva Conventions of 1949, are key documents in modern international humanitarian law (the laws of armed conflict). The First Additional Protocol includes 102 articles with respect to, *inter alia*, care of the wounded and sick on the battlefield, methods and means of warfare (e.g., the definition of lawful targets which may be struck during armed conflict), the rights of combatants to the status of prisoners of war, protection of civilians during armed conflict and, the means of implementation and enforcement that must be taken in order to ensure the fulfillment of the provisions of the protocol. The Second Additional Protocol, including only 28 articles, sets forth core humanitarian rules that will apply to non-international armed conflict (such as a civil war). The two protocols, therefore, complement and update the previous conventions in the field of international humanitarian law, first and foremost the four Geneva Conventions of 1949.

There is, however, a fundamental difference between the status of the protocols of 1977 and the status of the conventions of 1949: The conventions were ratified, in essence, by all of the states of the

* Translated by Amy Yourman.

Text Editor (Hebrew): Daphna Schweppe
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-100-4

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867

Email: orders@idi.org.il; website: www.idi.org.il

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at www.idi.org.il

Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions

Ruth Lapidot, Yuval Shany, Ido Rosenzweig

Policy Paper 92
Jerusalem, December 2011



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE