

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 אושררו 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 השירית של הפרוטוקול השני לפרוטוקול הראשון.