

גיליון 87 מספר 857 מארס 2005

כתב העת הבינלאומי של הצלב האדום

המשפט המנהגי



ICRC

מטרה והיקף

כתב העת הבינלאומי של הצלב האדום הוא פרסום עתי שמפרסם הוועד הבינלאומי של הצלב האדום. מטרתו היא לקדם את הדיון בנושא המשפט ההומניטרי, מדיניות ופעולה בעת סכסוך מזוין ובמצבים אחרים של אלימות קולקטיבית מזוינת. ככתב עת המתמחה במשפט ההומניטרי, הוא שואף לקדם את הידע, את הניתוח הביקורתי ואת פיתוח המשפט ולתרום למניעת הפרות כללים המגנים על זכויות יסוד וערכי יסוד. כתב העת נותן במה לדיון אודות פעולות הומניטריות בנות זמננו, כמו גם ניתוח של הגורמים והמאפיינים של סכסוכים, על-מנת להעניק תובנה ברורה יותר בנוגע לבעיות ההומניטריות שהם יוצרים. לבסוף, כתב העת מעדכן את קהל הקוראים בסוגיות הנוגעות לתנועה הבינלאומית של הצלב האדום והסהר האדום, ובייחוד בכל הנוגע לפעילויות הוועד הבינלאומי של הצלב האדום ולמדיניותו.

הוועד הבינלאומי של הצלב האדום

הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ICRC) הוא ארגון חסר פניות, ניטראלי ועצמאי שמשמיתו, שהיא הומניטרית בלבד, היא להגן על חייהם ועל כבודם של נפגעי מלחמה וסכסוכים פנימיים ולספק להם סיוע. הוועד מנחה ומתאם את פעילויות הסיוע הבינלאומיות שמנהלת התנועה הבינלאומית של הצלב האדום והסהר האדום במצבי סכסוך. כמו כן פועל הוועד למניעת סבל באמצעות קידום וחיזוק המשפט ההומניטרי הבינלאומי ועקרונות הומניטריים אוניברסאליים. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, אשר הוקם בשנת 1863, נמצא בבסיס התנועה הבינלאומית של הצלב האדום והסהר האדום.

חברי הוועדה

נשיא: ג'ייקוב קלקנברג

סגן-נשיא: ז'אן פטיטפיר

סגן-נשיא קבוע: ג'יאק פורטר

ז'אן אבט

ז'אן-פיליפ אסאל

כריסטין בירלי

פאולו ברנסקוני

ארנסט א. ברוגר

סוזי ברושוילר

ז'אן דה קורטן

פאולה ג'ילאני

קלוד דה קולטר

ג'אק מורילון

גבריאל נאנשן

איב סנדוס

דניאל תיורר

אוליבייר וודוס

אנדרה וון מוס

עורך ראשי

טוני פפנר

הוועד הבינלאומי של הצלב האדום

מערכת

אחמד אבו אל-וואפה

אוניברסיטת קהיר, מצרים

דניאל בר-טל

אוניברסיטת תל-אביב, ישראל

אנט בקר

אוניברסיטת הרובע העשירי, פריס, צרפת

אנטוניו קנצ'אדו טרינדאדה

אוניברסיטת ברזיליה, ברזיל

מריקה פאהלן

משרד החוץ, שטוקהולם, שבדיה

ברנרד הייקל

אוניברסיטת ניו יורק, ארה"ב

ו.ס. מאני

הפקולטה למשפטים וג'אראט, גנדינאגר

גוג'אראט, הודו

הרפריד מונקלר

אוניברסיטת הומבולד, ברלין, גרמניה

מונה רישמאוו

משרד הנציבות לזכויות אדם באו"ם, גינבה

אליזבת סלמון גראטה

אוניברסיטת פונטיפיקיה הקתולית של פרו

לימה, פרו

מרקו ססולי

אוניברסיטת גינבה, שווייץ

מייקל נ. שמיט

המרכז האירופאי ע"ש ג'ורג' ס. מרשל ללימודי

בטחון, גרמיש פרטנקירשן, גרמניה

טרנס טיילור

המכון הבינלאומי ללימודים אסטרטגים

לונדון/ווישינגטון הבירה, בריטניה/ארה"ב

בחטיאר ר. טוזמוחמאדוב

האקדמיה הדיפלומטית, מוסקבה, רוסיה

וון-קי זו

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת רנמין

בייג'ין, סין

המשפט המנהגי

מחקר על המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי: תרומה להבנתו ולכיבודו של שלטון החוק בעת סכסוך מזוין

ז'אן-מארי הנקארטס*

ז'אן-מארי הנקארטס הוא יועץ משפטי במחלקה המשפטית של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום ועומד בראש התוכנית של הוועד הבינלאומי בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי. לאחרונה, ערך הנקארטס בשיתוף עם לואיס דוסוולד-בק ספר בן שני כרכים בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי שפורסם על-ידי הוצאת אוניברסיטת קמברידג'.

מאמר זה מסביר את הרציונאל העומד מאחורי המחקר שערך לאחרונה הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי, לבקשת הוועידה הבינלאומית של הצלב האדום והסהר האדום. המאמר מתאר את המתודולוגיה על-פיה נערך המחקר ואת הדרך שבה סודרו וסוכמו ממצאים עיקריים מסוימים. עם זאת, המאמר אינו מתיימר לספק סקירה או ניתוח מלאים של ממצאים אלה.

.....

מבוא

בכ-50 השנים שחלפו מאז אומצו אמנות ג'נבה בשנת 1949, חוותה האנושות מספר מדאיג של סכסוכים מזוינים שהשפיעו כמעט על כל יבשת. במהלך תקופה זו, סיפקו ארבע אמנות ג'נבה והפרוטוקולים הנוספים להן משנת 1977 הגנה משפטית לאנשים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה, או שחדלו להשתתף בהם (פצועים, חולים ונטרפי אניות, אנשים שחירותם נשללה מסיבות הקשורות בסכסוך מזוין ואזרחים). אף-על-פי-כן, בוצעו הפרות רבות של אמנות אלה, הפרות אשר גרמו לסבל ולמוות ואשר ניתן היה למנוע אותן אילו כובד המשפט ההומניטרי הבינלאומי יותר.

* המחבר מבקש להודות לאריק מונגלרד על העזרה בהכנת מאמר זה, כמו גם ללואיס דוסוולד-בק ולעמיתים במחלקה המשפטית על תובנותיהם הרבות. הדעות במאמר זה הן של המחבר בלבד ואינן משקפות בהכרח את דעותיו של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום.

הדעה הרווחת היא, שהפרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי אינן נובעות מאי-התאמה של כלליו, אלא מאי-נכונות לכבדם, מהעדר אמצעים מספקים על-מנת לאכוף אותם, מחוסר וודאות בנוגע לתחולתם בנסיבות מסוימות ומחוסר מודעות לקיומם מצד מנהיגים פוליטיים, מפקדים, לוחמים וכלל הציבור.

הוועידה הבינלאומית להגנה על קורבנות מלחמה, שהתכנסה בגינבה בחודשים אוגוסט-ספטמבר 1993, דנה בייחוד בדרכים לטפל בהפרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי אך לא הציעה לאמץ הוראות חדשות לאמנות. תחת זאת, שבה הוועידה ואישרה פה אחד בהצהרת הסיום שלה, את "הצורך להפוך את יישום המשפט ההומניטרי ליעיל יותר" וקראה לממשלת שוויץ "לכנס קבוצת מומחים בין-ממשלתית, עם רשימת משתתפים פתוחה, אשר תבחן אמצעים מעשיים לקידום כיבוד מלא של החוק וציות לו, ותכין דו"ח שיוגש למדינות ולמושב הבא של הוועידה הבינלאומית של הצלב האדום והסהר האדום".¹

קבוצת המומחים הבין-ממשלתית להגנה על קורבנות מלחמה נפגשה בגינבה בחודש ינואר 1995 ואימצה שורה של המלצות שמטרתן להעמיק את כיבודו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, בעיקר באמצעות צעדים מונעים, שיבטיחו הכרה טובה יותר ויישום יעיל יותר של החוק. המלצה מס' 2 של קבוצת המומחים הבין-ממשלתית הציעה כי:

הוועד הבינלאומי של הצלב האדום יוזמן להכין, בסיוע מומחים למשפט ההומניטרי הבינלאומי המייצגים מגוון אזורים גיאוגרפיים ושיטות משפט שונות, ותוך היועצות במומחים מממשלות ומארגונים בינלאומיים, דו"ח בנושא הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, החלים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים, דו"ח בנושא הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, ולגופים בינלאומיים מתאימים.²

בחודש דצמבר 1995, אושרה המלצה זו בידי הוועידה הבינלאומית ה-26 של הצלב האדום והסהר האדום, אשר הסמיכה את הוועד הבינלאומי של הצלב האדום להכין דו"ח על הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי החלים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים ושאינם בינלאומיים.³ כמעט עשר שנים לאחר מכן, בשנת 2005, לאחר מחקר מקיף והתייעצות נרחבת עם מומחים, פורסם דו"ח זה,⁴ המכונה כעת המחקר על המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי.

תכלית

מטרת המחקר על המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי הייתה להתגבר על כמה מהבעיות הקשורות לתחולתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי ההסכמי. המשפט ההסכמי מפותח היטב, מתייחס להיבטים רבים של הלוחמה, מספק הגנה לקשת רחבה של אנשים במהלך מלחמה ומגביל את אמצעי ושיטות הלוחמה המותרים. אמנות גינבה והפרוטוקולים הנוספים להן מסדירים באופן מקיף את

1 International Conference for the Protection of War Victims, 30 August – 1 September 1993, Final Declaration, *International Review of the Red Cross*, מס' 296, 1993, עמ' 381.

2 Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims, Geneva, 23-27 January, 1995, *International Review of the Red Cross*, Recommendation II, מס' 310, 1996, עמ' 84.

3 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 3-7 December 1995, Resolution I, *International humanitarian law: From law to action; Report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims, International Review of the Red Cross*, מס' 310, 1996, עמ' 58.

4 *Practice* (שני חלקים), מס' 2, כרך 2, *Customary International Humanitarian Law*, Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Cambridge University Press, 2005, שני כרכים, כרך 1.

ההגנה על אנשים שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה או שחדלו מליטול בהם חלק ישיר. ראשיתו של הפיקוח על אמצעי ושיטות הלוחמה במשפט ההסכמי כבר בהצהרת סנט פטרסברג משנת 1868, בתקנות האג משנת 1899 ומשנת 1907 ובפרוטוקול האוסר על השימוש בגזים רעילים משנת 1925. לאחרונה, זכה הנושא להתייחסות באמנת הנשק הביולוגי משנת 1972, בפרוטוקולים הנוספים משנת 1977, באמנה בדבר כלי-נשק קונבנציונאליים מסוימים וחמשת הפרוטוקולים שלה משנת 1980, באמנת הנשק הכימי משנת 1993 ובאמנת אוטווה משנת 1997 בדבר איסור השימוש במוקשים נגד אדם. ההגנה על נכסי תרבות במקרה של סכסוך מזוין הוסדרה בפירוט באמנת האג משנת 1954 ובשני הפרוטוקולים שלה. חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי משנת 1998 מכילה, בין היתר, רשימה של פשעי מלחמה עליהם חלה סמכותו השיפוטית של בית משפט זה.

ואולם, שתי מגבלות חמורות, הפוגעות בהחלתן של אמנות אלה על סכסוכים מזוינים בעת הנוכחית, מבהירות מדוע קיים צורך במחקר בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי, ומדוע יש בו תועלת. ראשית, אמנות חלות רק על מדינות שאשררו אותן. משמעות הדבר היא כי התחולה של אמנות שונות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי בסכסוכים מזוינים שונים תלויה בשאלה אילו אמנות אשררו המדינות המעורבות. בעוד ארבע אמנות גיבנה משנת 1949 זכו לאשרור אוניברסאלי, אין הדבר נכון לגבי אמנות אחרות של המשפט ההומניטרי, למשל הפרוטוקולים הנוספים. אף שהפרוטוקול הנוסף הראשון אושרר על-ידי למעלה מ-160 מדינות, יעילותו מוגבלת כיום, מכיוון שמספר מדינות שהיו מעורבות בסכסוכים בינלאומיים מזוינים אינו צד לפרוטוקול. בדומה לכך, בעוד שכמעט 160 מדינות אשררו את הפרוטוקול הנוסף השני, מספר מדינות שבהן קיימים סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים לא עשו כן. בסכסוכים אלה, סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, סעיף 3 המשותף לארבע אמנות גיבנה נותר לעיתים מזומנות כהוראה ההומניטרית ההסכמית היחידה החלה על הסכסוך. מטרתו הראשונה של המחקר הייתה אם כן לקבוע אילו כללים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הם חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ולפיכך חלים על כל הצדדים לסכסוך, בין אם אלה אשררו את האמנות המכילות כללים אלה ובין אם לאו.

שנית, המשפט ההומניטרי ההסכמי אינו מסדיר באופן מפורט מספיק חלק ניכר מהסכסוכים המזוינים של ימינו, כלומר סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, מכיוון שסכסוכים אלה כפופים לכללים הסכמיים במספר נמוך בהרבה מאשר סכסוכים בינלאומיים. רק מספר מוגבל של אמנות חל על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, דהיינו האמנה בדבר כלי-נשק קונבנציונאליים מסוימים, כפי שתוקנה, חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, אמנת אוטווה בדבר איסור השימוש במוקשים נגד אדם, אמנת הנשק הכימי, אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות והפרוטוקול השני שלה, וכפי שהוזכר לעיל, הפרוטוקול הנוסף השני וסעיף 3 המשותף לארבע אמנות גיבנה. אף שלסעיף 3 נודעת חשיבות מכרעת, אין הוא מספק אלא מסגרת בסיסית של סטנדרטים מינימאליים. הפרוטוקול הנוסף השני משלים בצורה מועילה את סעיף 3 המשותף, אך גם הוא מפורט פחות מן הכללים החלים על סכסוכים בינלאומיים מזוינים באמנות גיבנה ובפרוטוקול הראשון הנוסף להן.

הפרוטוקול הנוסף השני מכיל רק 15 סעיפים מהותיים, בעוד שבפרוטוקול הנוסף הראשון יש למעלה מ-80. אף שמספרים לבדם אינם מספרים את הסיפור המלא, הם מצביעים על השוני הרב בדרך שבה מוסדרים סכסוכים בינלאומיים מזוינים וסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים במשפט ההסכמי, ובייחוד ככל שהדבר נוגע לכללים ולהגדרות המפורטים. מטרתו השנייה של המחקר הייתה לפיכך לקבוע האם המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי מסדיר סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים בפירוט רב יותר מהמשפט ההסכמי, ואם אלה הם פני הדברים, באיזו מידה.

מתודולוגיה

חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי מתארת את המשפט הבינלאומי המנהגי כ"פרקטיקה כללית שהתקבלה בתור דין"⁵. ישנה הסכמה רחבה על-כך שקיומו של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי מצריך את נוכחותם של שני יסודות, כלומר פרקטיקה של מדינות (usus), ואמונה שפרקטיקה כזו היא נדרשת, אסורה או מותרת, בהתאם לטבעו של הכלל, על-פי חוק (opinio juris sive necessitates). כפי שקבע בית הדין הבינלאומי לצדק ב"מקרה המדף היבשתי": "זה כמובן אקסיומטי שיש לחפש את חומרי המשפט הבינלאומי המנהגי בעיקר בהתנהלות בפועל ובעמדתן המשפטיות (opinion juris) של מדינות"⁶. משמעותם ותוכנם המדויקים של שני יסודות אלה היו נושא לכתיבה אקדמאית רבה. הגישה שנקטה במחקר על-מנת לקבוע האם כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי אכן קיים היא גישה קלאסית, שנקבעה על-ידי בית הדין הבינלאומי לצדק, בייחוד ב"מקרי המדף היבשתי בים הצפוני"⁷.

פרקטיקה מדינתית

יש לבחון פרקטיקה של מדינות משני היבטים: ראשית, איזו פרקטיקה תרמה ליצירת דין בינלאומי מנהגי (בחירת פרקטיקה מדינתית); ושנית, האם פרקטיקה מדינתית זו קובעת כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי (הערכת הפרקטיקה המדינתית).

בחירת פרקטיקה מדינתית

מעשיהן של מדינות, פיזיים ומילוליים גם יחד, מהווים פרקטיקה התורמת ליצירת דין בינלאומי מנהגי. בין המעשים הפיזיים ניתן, למשל, למצוא התנהלות בשדה הקרב, שימוש בכלי-נשק מסוימים ויחס לאנשים בקטגוריות שונות. עם המעשים המילוליים נמנים ספרי הדרכה צבאיים, חקיקה מקומית, פסיקה מקומית, הוראות לכוחות מזוינים ולכוחות הביטחון, הודעות רשמיות של הצבא במהלך מלחמה, מחאות דיפלומטיות, חוות דעת של יועצים משפטיים רשמיים, הערות של ממשלות על טיוטות של אמנות, החלטות מנהליות ותקנות, טיעונים בפני בתי דין בינלאומיים, הצהרות בפורומים בינלאומיים, ועמדות של ממשלות בנוגע להחלטות ארגונים בינלאומיים. רשימה זו מלמדת שפרקטיקה של גופים מבצעים, מחוקקים ושיפוטיים של מדינה יכולה לתרום ליצירת משפט בינלאומי מנהגי.

משא ומתן על החלטות ואימוץ בידי ארגונים וועידות בינלאומיים, יחד עם דברי ההסבר להצבעה, מהווים מעשים של המדינות המעורבות. קיימת הכרה בכך שלבד מחריגים מעטים, החלטות בדרך כלל אינן מחייבות כשלעצמן ולפיכך הערך המיוחס לכל החלטה שהיא במסגרת הערכת יצירתו של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי תלויה בתוכנה, במידת ההסכמה שבבסיס קבלתה, ובעקביות של הפרקטיקה הנוגעת בדבר של המדינות.⁸ ככל שהתמיכה בהחלטה גדולה יותר, כך יש ליחס לה חשיבות רבה יותר.

אף שהחלטותיהם של בתי דין בינלאומיים מהוות מקור משני של משפט בינלאומי,⁹ הן אינן

5 חוקת בית הדין הבינלאומי לצדק, סעיף (b)(1)38.
 6 International Court of Justice, *Continental Shelf case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, פסק דין מיום 3 ביוני 1985, 1985 ICJ Reports 30-29, עמ' 27.
 7 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf cases*, פסק דין מיום 20 בפברואר 1969, 1969 ICJ Reports 3.
 8 חשיבותם של תנאים אלה הודגשה על-ידי בית הדין הפלילי הבינלאומי: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, עמ' 254-255, פסקאות 73-70.
 9 חוקת בית הדין הבינלאומי לצדק, סעיף (d)(1)38.

מהוות פרקטיקה מדינית. זאת מכיוון שלהבדיל מבתי משפט מקומיים, בתי דין בינלאומיים אינם מוסדות מדינה. אף-על-פי-כן, החלטות של בתי דין בינלאומיים הן בעלות משמעות, שכן העובדה שביט דין בינלאומי מצא שקיים כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי מהווה ראייה משכנעת לכך. נוסף לכך, בשל ערכן התקדימי של פסיקותיהם, בתי דין בינלאומיים יכולים לתרום גם להיווצרותן של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי בכך שהם משפיעים על התנהלות מדינות וארגונים בינלאומיים לאחר-מכן.

פרקטיקות של קבוצות אופוזיציה מזוינות, כגון קודים של התנהגות, התחייבויות שקיבלו על עצמן לציית לכללים מסוימים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי והצהרות אחרות, אינם מהווים כשלעצמם פרקטיקה של מדינה. בעוד פרקטיקה כזו עשויה להכיל ראיות לקבלה של כללים מסוימים בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, משקלו ככלל משפטי אינו ברור, וכתוצאה מכך, הוא לא שימש כסימוכין להוכחת קיומו של דין בינלאומי מנהגי. דוגמאות לפרקטיקות כאלו פורטו תחת "פרקטיקות אחרות" בכרך השני של המחקר.

הערכת הפרקטיקה המדינית

יש לאמוד פרקטיקות של מדינות על-מנת להעריך האם הן "מוצקות" דיין כדי ליצור כלל של משפט בינלאומי מנהגי.¹⁰ על-מנת לקבוע כי קיים כלל של משפט בינלאומי מנהגי, על הפרקטיקות המדיניות להיות אחידות כמעט, נרחבת ומייצגות.¹¹ הבה נבחן ביתר פירוט מה משמעות הדבר.

ראשית, על-מנת שפרקטיקה מדינית תיצור כלל של משפט בינלאומי מנהגי, עליה להיות אחידה כמעט. כלומר, שמדינות שונות לא נהגו בצורה שונה באורח משמעותי. תורת המשפט של בית הדין הבינלאומי לצדק מלמדת כי פרקטיקה מנוגדת אשר, במבחן ראשון, נראה כי היא פוגעת באחידותה של הפרקטיקה המדוברת, אינה מונעת את יצירתו של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי, כל זמן שמדינות אחרות מגנות פרקטיקה מנוגדת זו או כל זמן שהממשלה עצמה מכחישה את קיומה. באמצעות גינוי או הכחשה כאלה, זוכה הכלל המדובר למעשה לאישור.¹²

הדבר רלוונטי במיוחד ביחס למספר כללים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי לגביהם קיימות ראיות מכריעות לקיומה של פרקטיקה מדינית התומכת בכלל, לצד ראיות חוזרות ונשנות להפרה של כלל זה. כאשר ההפרות מלוות בתירוצים או הצדקות מצד הצד הנוגע בדבר ו/או בגינניים מצד מדינות אחרות, אין בהן, מעצם טבען, כדי לערער על קיומו של הכלל המדובר. כאשר מדינות שואפות לשנות כלל קיים של המשפט הבינלאומי המנהגי עליהן לעשות זאת באמצעות הפרקטיקה הרשמית שלהן ולטעון כי הן פועלות בהתאם לדין.

שנית, על-מנת שכלל של המשפט הבינלאומי המנהגי הכללי ייווצר, על הפרקטיקה המדינית הנוגעת בדבר להיות נרחבת ומייצגת. עם זאת, הפרקטיקה אינה צריך להיות אוניברסאלית; די בפרקטיקה "כללית".¹³ אין צורך במספר או אחוז מדויק של מדינות. אחת הסיבות לכך שלא ניתן

10 הביטוי "מוצק" בהקשר זה מקורו ב: Sir Humphrey Waldock, "General Course on Public International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 106, 1962, p. 44.

11 מצוטט לעיל (ה"ש 7) עמ' 43, פסקה 74.

12 ראו International Court of Justice, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), פסק דין מיום 27 ביוני 1986, ICJ Reports 1986, עמ' 98, פסקה 186.

13 International Law Association, Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Report of the Sixty-Ninth Conference, לונדון, 2000, עיקרון 14, עמ' 734, (להלן: ILA Report).

לקבוע מספר מדויק ביחס להיקף ההשתתפות הנדרשת היא שאמת המידה היא תחושה איכותית ולא כמותית. כלומר, אין זו רק שאלה של כמה מדינות היו שותפות לפרקטיקה, אלא גם אילו מדינות היו שותפות לה.¹⁴ במילותיו של בית הדין הבינלאומי לצדק ב"מקרי המדף היבשתי בים הצפוני", הפרקטיקה חייבת "לכלול את זו של מדינות שהאינטרסים שלהן יושפעו במיוחד".¹⁵

לשיקול זה ישנן שתי השלכות: (1) אם כל "המדינות המושפעות במיוחד" מיוצגות, אין זה חיוני שרוב המדינות ישתתפו באורח פעיל, אך הכרחי שהן יעניקו לכל הפחות הסכמה שבשתיקה לפרקטיקה של "המדינות המושפעות במיוחד"; (2) אם "מדינות המושפעות במיוחד" אינן מקבלות את הפרקטיקה, היא אינה יכולה להבשיל לכדי כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, למרות שאין צורך באחדות דעים, כפי שהוסבר.¹⁶ התשובה לשאלה מי הן / המדינות "המושפעות במיוחד" על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות. בנוגע לחוקיות השימוש בנשק לייזר מעורר, למשל, עם "המדינות המושפעות במיוחד" נמנות מדינות שזוהו כנמצאות בתהליך פיתוח של נשק כזה, אף שמדינות אחרות עלולות לסבול מהשימוש בו. בדומה לכך, מדינות שאוכלוסייתן נזקקת לסיוע הומניטרי הן מדינות "מושפעות במיוחד" בדיוק כמו המדינות המספקות לעיתים מזומנות סיוע כזה. ביחס לכלל של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, מדינות המשתתפות בסכסוך מזוין "מושפעות במיוחד" כאשר הפרקטיקה שלהן, הנבחנת לצורך כלל כלשהו, היתה רלוונטית לאותו סכסוך מזוין. אף שיתכן כי מדינות מסוימות "מושפעות במיוחד" בתחומים מסוימים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, נכון גם שלכל המדינות יש אינטרס משפטי לדרוש את כיבוד המשפט ההומניטרי הבינלאומי מצד מדינות אחרות, אפילו אם הן אינן צד לסכסוך.¹⁷ נוסף לכך, כל המדינות עלולות לסבול מאמצעים או משיטות לוחמה המופעלים על-ידי מדינות אחרות. כתוצאה מכך, יש לבחון את הפרקטיקה של כל המדינות, בין אם הן "מושפעות במיוחד" במובנו הצר של מונח זה ובין אם לאו.

המחקר לא נקט עמדה כלשהי בשאלה האם ניתן מבחינה חוקית להיות "מתנגד עקבי" ביחס לכללים מנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. בעוד פרשנים רבים מאמינים כי אין זה אפשרי להיות מתנגד עקבי במקרה של כללי *jus cogens* (נורמות מחייבות), אחרים בכלל מפקפקים אם תפישת המתנגד העקבי עדיין תקפה.¹⁸ אם נקבל כי ניתן מבחינה משפטית להיות מתנגד עקבי, מן ההכרח שהמדינה הנוגעת בדבר תתנגד ליצירתה של נורמה חדשה במהלך גיבושה, ותמשיך להתנגד לה בעקביות גם לאחר-מכן; אין זה אפשרי להיות "מתנגד לאחר מעשה".¹⁹

אף שלרוב יחלוף פרק זמן מסוים עד להיווצרותו של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי, לא נקבעה מסגרת זמן ספציפית. תחת זאת, הצטברות מוצקה מספיק של פרקטיקה, במובן של אחידות, היקף וייצוגיות היא הגורם הקובע.²⁰

"אופיניו יוריס" (Opinio juris) - תחושת מחויבות משפטית

הדרישה ל"אופיניו יוריס" בקביעת קיומו של כלל במשפט הבינלאומי המנהגי מתייחסת להשקפה

14 שם, פרשנות (d) ו-(e) לעיקרון 14, עמ' 736-737.
 15 *International Court of Justice, North Sea Continental Shelf cases*, מצוטט לעיל (ה"ש 7), עמ' 43, פסקה 74.
 16 *ILA Report*, מצוטט לעיל (ה"ש 13), פרשנות (e) לעיקרון 14, עמ' 737.
 17 ראו *Customary International Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4), כרך 1, פרשנות לכלל 144.
 18 לדיון מעמיק בנושא זה, ראו *Courses of the Hague Academy of International Law*, כרך 272, 1998, עמ' 244-227. Maurice H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law",
 19 *ILA Report*, מצוטט לעיל (ה"ש 13), פרשנות (b) לעיקרון 15, עמ' 738.
 20 שם, פרשנות (b) לעיקרון 12, עמ' 731.

המשפטית לפיה פרקטיקה מסוימת מבוצעת מתוקף זכות חוקית. הדרך שבה מבטאות הפרקטיקה וההשקפה עשויה להיות שונה למדי, ותלויה בשאלה האם הכלל הנוגע בדבר מכיל איסור, חובה או פשוט זכות להתנהג בדרך מסוימת.

במהלך העבודה על המחקר, התברר כי קשה מאוד להפריד במדויק מרכיבים של פרקטיקה ושל השקפות משפטיות וכי ההבחנה היא תיאורטית במידה רבה. לעיתים מזומנות, אותו מעשה עצמו משקף הן פרקטיקה והן השקפה משפטית. כפי שציינה אגודת המשפט הבינלאומי (International Law Association), בית הדין הבינלאומי לצדק "לא אמר למעשה מפורשות שרק בגלל שקיימים (לכאורה) יסודות מובחנים במשפט המנהגי אותה התנהגות אינה יכולה לגלם את שני הדברים. למעשה, לעיתים מזומנות קשה או אפילו בלתי-אפשרי להפריד בין שני היסודות".²¹ הדבר נכון במיוחד משום שפעולות מילוליות, כמו ספרי הדרכה צבאיים, נחשבים לפרקטיקה מדיניתית ובו בזמן משקפים לעיתים מזומנות את ההשקפות המשפטיות של המדינה המעורבת.

כאשר קיימת פרקטיקה מוצקה מספיק, היא מכילה בדרך כלל את ה"אופיניו יוריס", וכתוצאה מכך, אין בדרך-כלל צורך להציג בנפרד את קיומו של "אופיניו יוריס". עם זאת, במצבים שבהם הפרקטיקה מעורפלת, ממלא ה"אופיניו יוריס" תפקיד חשוב בקביעה האם פרקטיקה הזו נחשבת לצורך גיבושו של מנהג. הדבר נכון לעיתים קרובות כאשר מדובר בהימנעות מפעולה, כאשר מדינות אינן פועלות או מגיבות אך לא ברור מדוע. במקרים אלה ביקשו גם בית הדין הבינלאומי לצדק וגם קודמו, בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי, לוודא את קיומו הנפרד של "אופיניו יוריס" על-מנת לקבוע האם מקרים של פרקטיקות מעורפלות נחשבות לצורך יצירתו של משפט בינלאומי מנהגי.²²

בתחום המשפט ההומניטרי הבינלאומי, שבו כללים רבים מחייבים הימנעות מדרכי התנהגות מסוימות, הימנעות מפעולה מהווה בעיה ייחודית במהלך הערכת ה"אופיניו יוריס" שכן יש להוכיח שההימנעות אינה צירוף מקרים וכי היא מבוססת על ציפייה לגיטימית. כאשר דרישה כזו להימנעות מצוינת במסמכים בינלאומיים ובהצהרות רשמיות ניתן בדרך כלל להוכיח את קיומה של דרישה חוקית להימנע מצורת ההתנהגות שבה מדובר. נוסף לכך, הימנעות כזו עשויה להתרחש לאחר שההתנהגות שבה מדובר עוררה מחלוקת מסוימת, דבר העשוי אף הוא לסייע להראות שההימנעות לא נבעה מצירוף מקרים, אף שאין זה תמיד קל להוכיח שההימנעות נעשתה מתוך תחושת חובה מסוג זה.

השפעת המשפט ההסכמי

אמנות רלוונטיות גם הם לצורך הקביעה כי קיים משפט בינלאומי מנהגי, שכן הם מסייעים להבהיר כיצד מדינות רואות כללים מסוימים של המשפט הבינלאומי. לפיכך נכללו במחקר האשרור, הפרשנות והיישום של האמנה, לרבות הסתייגויות והצהרות בדבר פרשנות בשלב האשרור. במקרי "המדף היבשתי בים הצפוני", התייחס בית הדין הבינלאומי לצדק בביורור לרמת אשרורה של אמנה כאל שיקול רלוונטי לצורך הערכה של דין בינלאומי מנהגי. במקרה זה, קבע בית המשפט כי "מספר האשרורים והקבלה של האמנה שהושג עד כה [39], אף שהוא נכבד, אינו מספיק כלל", ביחוד בהקשר שבו פרקטיקה מחוץ

21 שם, עמ' 718, פסקה 10(c). לדין מעמיק בשאלה זו, ראו Peter Hagggenmacher, "La doctrine des deux elements", *Revue générale de droit international public* 1986, עמ' 5, כך 90.

22 ראו לדוגמה (Permanent Court of International Justice, *Lotus Case (France v. Turkey)*, PCIJ Ser. A, 1927, מסי' 10, עמ' 28 (בית הדין מצא כי המדינות לא נמנעו מהעמדה לדין בגין מעשים שלא דין על סיפונן של ספינות משום שחשו שהן מנועות מלעשות זאת); International Court of Justice, *North Sea*, 1984, פסקאות 76-77 (בית הדין מצא כי מדינות שתייחמו את המדף היבשתי שלהן על בסיס עקרון המרחק השווה לא עשו זאת משום שחשו כי הן מחויבות לעשות זאת); ILA Report, מצוטט לעיל (ה"ש" 13), עיקרון 17 (iv) ופרשנות.

להסכם סתרה אותו.²³ בניגוד לכך, ב"מקרה ניקרגואה" העניק בית הדין, בעת הערכת מעמדו המנהגי של הכלל בדבר אי-התערבות, משקל רב מאוד לעובדה שמגילת האו"ם זכתה לאשרור אוניברסאלי כמעט.²⁴ הוראות של אמנה אף עשויות לשקף משפט מנהגי, גם אם האמנה עצמה אינה בתוקף עדיין. זאת בתנאי שקיימת פרקטיקה מדינית דומה די הצורך, לרבות מצד מדינות מושפעות במיוחד, כך שונות סבירות מעטה להתנגדות לכלל המדובר.²⁵

בפועל, ניסוחן של נורמות הסכמיות מסייע למקד את החשיבה המשפטית העולמית, ונדעת לכך השפעה שאין להכחישה על התנהגותן ועל השקפותיהן המשפטיות של המדינות לאחר מכן. בית הדין הבינלאומי לצדק הכיר בכך בפסיקתו במקרה המדף היבשתי, בו קבע כי "מוסכמות רב-צדדיות עשויות למלא תפקיד חשוב בתיעודם ובהגדרתם של כללים הנגזרים מהמנהג, או בפיתוחם".²⁶ בכך אישר בית הדין כי אמנות עשויות להסדיר בחקיקה דין בינלאומי מנהגי שהיה קיים כבר קודם לכן, אך הן עשויות גם להניח את היסודות לפיתוח מנהגים חדשים המבוססים על הנורמות הכלולות באותן אמנות. בית הדין אף הרחיק לכת וקבע כי "ייתכן ש... השתתפות רווחת ומייצגת מאוד באמנה עשויה להספיק לשלעצמה, בתנאי שהיא כוללת את זו של מדינות שהאינטרסים שלהן הושפעו במיוחד".²⁷

המחקר נקט בגישה זהירה לפיה אשרור רווח אינו אלא אינדיקציה, ויש להעריך אותו ביחס למרכיבים אחרים של הפרקטיקה, ובייחוד פרקטיקה של מדינות שאינן צד לאמנה שבה מדובר. פרקטיקה של מדינות שאינן צד לאמנה והעולה בקנה אחד עם האמנה נחשבת לראיה חיובית חשובה. פרקטיקה סותרת של מדינות שאינן צד לאמנה, נחשבת עם זאת לראיה שלילית חשובה. פרקטיקה של מדינות שהן צד לאמנה ביחס למדינות שאינן צד לה גם היא רלוונטי ביותר.

כך, המחקר לא הגביל עצמו לפרקטיקה של מדינות שאינן צד לאמנות הרלוונטיות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. הגבלה של המחקר לבחינה של פרקטיקה של כ-30 מדינות מקריות בלבד, שלא אשררו את הפרוטוקולים הנוספים, למשל, לא תעלה בקנה אחד עם הדרישה שהמשפט הבינלאומי המנהגי יתבסס על פרקטיקות רווחות ומייצגות. לפיכך, לצורך ההערכה בדבר קיומו של דין מנהגי הובא בחשבון כי, בעת פרסומו של המחקר, אושרר הפרוטוקול הנוסף הראשון בידי 162 מדינות ואילו הפרוטוקול הנוסף השני אושרר בידי 158 מדינות.

יש להדגיש כי מחקר זה לא שאף לקבוע את טבעו המנהגי של כל אחד מן הכללים ההסכמיים במשפט ההומניטרי הבינלאומי וכי, כתוצאה מכך, הוא לא נערך בהכרח בהתאם למבנה של האמנות הקיימות. תחת זאת, ביקש המחקר לנתח סוגיות מסוימות על-מנת לקבוע אילו כללים של המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן למצוא על דרך האינדוקציה בהתבסס על פרקטיות של מדינות בנוגע לאותן סוגיות. מכיוון שאין בגישה שנבחרה ניתוח של כל הוראה באמנות לצורך קביעה האם היא מנהגית או לא, לא ניתן להסיק כי כלל הסכמי מסוים אינו מנהגי אך ורק משום שאינו מופיע כזה במחקר.

23 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf cases*, מצוטט לעיל (ה"ש 7), עמ' 42, פסקה 73.

24 International Court of Justice, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, מצוטט לעיל (ה"ש 12), עמ' 99-100, פסקה 188. גורם חשוב נוסף בהחלטת בית הדין היה העובדה כי החלטות האסיפה הכללית של האו"ם זכו לאישור נרחב, ובמיוחד החלטה 2625 (XXXV) בנוגע ליחסי ידידות בין מדינות שאומצה ללא הצבעה.

25 International Court of Justice, *Continental Shelf case*, מצוטט לעיל (ה"ש 6), עמ' 33, פסקה 34. (בית המשפט הביא בחשבון שהמושג של אזור כלכלי בלעדי הפך לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, אף-על-פי שאמנת האו"ם בדבר חוקי הים טרם נכנסה לתוקף וזאת משום שמספר התביעות לאזור כלכלי בלעדי עלה ל-56 וכלל מספר מדינות מושפעות באופן ספציפי.)

26 International Court of Justice, *Continental Shelf case*, מצוטט לעיל (ה"ש 6), עמ' 29-30, פסקה 27.

27 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf case*, מצוטט לעיל (ה"ש 7), עמ' 42, פסקה 73; ראו גם ILA Report, מצוטט לעיל (ה"ש 13), עקרונות 20-21, 24, 26 ו-27, עמ' 754-765.

ארגון המחקר

על-מנת לקבוע מהי הדרך הטובה ביותר לממש את המנדט שהופקד בידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, נועצו המחברים בקבוצה של מומחים אקדמיים בתחום המשפט ההומניטרי הבינלאומי, אשר היוו את ועדת ההגוי של המחקר.²⁸ ועדת ההיגוי החליטה בחודש יוני 1996 על תוכנית פעולה, והמחקר החל בחודש אוקטובר שלאחר-מכן. המחקר נערך תוך שימוש במקורות מקומיים ובינלאומיים המשקפים פרקטיקה של מדינות, והתמקד בשישה חלקי המחקר שזוהו בתוכנית הפעולה:

- עקרון ההבחנה
- אנשים ואובייקטים הזכאים להגנה מיוחדת
- שיטות לוחמה ספציפיות
- כלי-נשק
- יחס לאזרחים ולאנשים שיצאו ממעגל הלחימה
- יישום

מחקר במקורות המקומיים

הואיל והגישה למקורות לאומיים נוחה יותר מתוך מדינה, הוחלט לבקש שיתוף פעולה מצד חוקרים מקומיים. לצורך זה, זוהו חוקר או קבוצת חוקרים ב-50 מדינות כמעט (9 באפריקה, 11 ביבשת אמריקה, 15 באסיה, 1 באוסטרליה ו-11 באירופה) אשר התבקשו לכתוב דו"ח על הפרקטיקה של מדינותיהם שלהם.²⁹ המדינות נבחרו על-פי ייצוג גיאוגרפי, כמו גם על-פי התנסותן בתקופה האחרונה בסוגים שונים של סכסוכים מזוינים שבהם נעשה שימוש במגוון של שיטות לוחמה.

ספרי ההדרכה הצבאיים והחקיקה המקומית של מדינות שלא נסקרו בדו"חות בנוגע לפרקטיקות של מדינות נחקרו גם הם ונאספו. עבודה זו התאפשרה באמצעות רשת משלחות הוועד הבינלאומי של הצלב האדום ברחבי העולם והאוסף הנרחב של חקיקה מקומית שנאסף על-ידי השירות המייעץ בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום.

מחקר במקורות בינלאומיים

ליקוט הפרקטיקות של מדינות מתוך מקורות בינלאומיים בוצע בידי שישה צוותים, שכל אחד מהם התרכז בחלק אחד של המחקר.³⁰ צוותים אלה חקרו פרקטיקות במסגרת האו"ם וארגונים בינלאומיים אחרים, וביניהם האיחוד האפריקאי (לשעבר ארגון האחדות האפריקאית), המועצה האירופית, מועצת שיתוף הפעולה של המפרץ, האיחוד האירופי, ליגת המדינות הערביות, ארגון המדינות האמריקאיות, ארגון הוועידה האיסלאמית והארגון לביטחון ושיתוף-פעולה באירופה. תקדימים משפטיים בינלאומיים נאספו גם הם כאשר היה בהם כדי לספק ראיות לקיומם של כללים במשפט הבינלאומי המנהגי.

28 ועדת ההיגוי כיהנו הפרופסורים ג'ורג' אבי-סעב, סלאח א-דין עמר, אוב ברינג, אריק דויד, ג'ון דוגארד, פלורנטינו פליסיאנו, הורסט פישר, פרנסואז המפסון, תאודור מרון, ג'ימיהיד מומתאז, מילן שאוהביץ' וראול אמיליו וינאסה.

29 אפריקה: אלג'יריה, אנוולה, בוטסואנה, מצרים, אתיופיה, ניג'ריה, רואנדה, דרום אפריקה וזימבבואה; אמ"ר: ארגנטינה, ברזיל, קנדה, צ'ילה, קולומביה, קובה, אל סלבדור, ניקרגואה, פרו, ארה"ב ואורוגוואי; אסיה: סין, הודו, אינדונזיה, אירן, עיראק, ישראל, יפן, ירדן, הרפובליקה של קוריאה, כוית, לבנון, מלזיה, פקיסטן, הפיליפינים וסוריה; אוסטרלאסיה: אוסטרליה; אירופה: בלגיה, בוסניה והרצגובינה, קרואטיה, צרפת, גרמניה, איטליה, הולנד, הפדרציה הרוסית, ספרד, בריטניה ויוגוסלביה.

30 עקרון ההבחנה: פרופ' ג'ורג' אבי-סעב (דווח) וז'אן-פרנסואה קלינה (חוקר); בני אדם ואובייקטים ששמוורת להם הגנות מיוחדות: פרופ' הורסט פישר (דווח) וגרגור שוטן והייקה שפייקר (חוקרים); שיטות לוחמה ספ-ציפיות: פרופ' תיאודור מרון (דווח) ורישאר דגנייה (חוקר); נשק: פרופ' אוב ברינג (דווח) וגוסטף לינט (חוקר); היחס לאזרחים למי שיצא ממעגל הלחימה: פרנסואז המפסון (דווחת) וקמיל זיפאר (חוקרת); יישום: אריק דויד (דווח) ורישאר דגנייה (חוקר).

מחקר בארכיון הוועד הבינלאומי של הצלב האדום

לצורך השלמת המחקר שנערך במקורות לאומיים ובינלאומיים, בדק הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בארכיונו שלו, בנוגע לכמעט 40 סכסוכים מזוינים בעת האחרונה (21 באפריקה, 2 ביבשת אמריקה, 8 באסיה ו-8 באירופה).³¹ ככלל, סכסוכים אלה נבחרו כך שארצות וסכסוכים שלא נסקרו בדו"ח על הפרקטיקה של המדינות ייבחנו גם הם.

התוצאה של גישה תלת כיוונית זו - מחקר במקורות לאומיים, במקורות בינלאומיים ובמקורות של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום - היא שהמחקר מאזכר פרקטיקות מכל רחבי תבל. ואולם מטבע הדברים, אין המחקר יכול להתיימר לשלמות. המחקר התמקד במיוחד בפרקטיקות מ-30 השנים האחרונות. זאת על-מנת לוודא שתוצאותיו יהיו ניסוח מחדש של המשפט הבינלאומי המנהגי בן זמננו. עם זאת, במקומות שבהם היה הדבר רלוונטי, אוזכרו גם פרקטיקות ישנות יותר.

התייעצויות עם מומחים

במהלך סבב ראשון של התייעצויות הזמין הצלב האדום את צוותי המחקר הבינלאומיים להפיק תקצירים המכילים הערכה מקדמית של המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי, על בסיס הפרקטיקות שתועדו. תקצירים אלה נידונו על-ידי ועדת ההיגוי בשלושה מפגשים שהתקיימו בגינבה בשנת 1998. התקצירים תוקנו כИАות ובמהלך הסבב השני של התייעצויות ההגשו לקבוצה של מומחים אקדמאיים וממשלתיים מכל אזורי העולם. מומחים אלה הוזמנו על-ידי הצלב האדום, כאנשים פרטיים, להשתתף בשני מפגשים שקיימה ועדת ההיגוי בגינבה בשנת 1999, ובמהלכם סייעו להעריך את הפרקטיקות שתועדו וכן הזכירו פרקטיקות ספציפיות שלא הופיעו במחקר.³²

כתיבת הדו"ח

ההערכה שבוצעה בידי ועדת ההיגוי, ואשר נבדקה על-ידי קבוצת המומחים האקדמאיים והממשלתיים, שימשה בסיס לכתיבת הדו"ח הסופי. כותבי המחקר בחנו מחדש את הפרקטיקות, העריכו מחדש קיומו של מנהג, סקרו שנית את ניסוח הכללים ואת סדר הופעתם וניסחו את הפרשנויות. טיוטות אלה הוגשו לוועדת ההיגוי, לקבוצת המומחים האקדמאיים והממשלתיים ולמחלקה המשפטית של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום לצורך קבלת הערות. הטקסט עודכן ונוסח סופית תוך התחשבות בהערות שהתקבלו.

31 אפריקה: אנגולה, בורונדי, צ'אד, צ'אד - לוב, הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו, גיבוטי, אריתריאה-תימן, אתיופיה (1973-1994), ליבריה, מוזמביק, נמיביה, ניגריה-קמרון, רוואנדה, סנגל, סנגל-מאוריטניה, סיריה, לאון, סומליה, סומליה-אתיופיה, סודאן, אוגנדה וסהרה המערבית; אמריקה: גוואטמלה ומקסיקו; אסיה: אפגניסטן, קמבודיה, הודו (גימו וקשמיר), פואה גינאה החדשה, סרי לנקה, טג'יקיסטן, תימן ותימן-אריתריאה (מופיע גם תחת אפריקה); אירופה: ארמניה-אזרבייג'ן (ננורנו קרבך), קפריסין, יוגוסלביה לשעבר (הסכסוך ביוגוסלביה (1991-1992), הסכסוך בבוסניה הרצגובינה (1992-1996), גיאורגיה (אבכיה), הפדרציה הרוסית (צ'צ'יניה) וטורקיה

32 להלן המומחים האקדמאיים והממשלתיים אשר השתתפו באורח פרטי בהתייעצות: עבדאללה א-דורי (עיר-ראק), פול ברמן (בריטניה), סדי שיישי (טורקיה), מייקל קאולינג (דרום אפריקה), אדוארד קמינגס (ארה"ב), אנטוניו גה איקזה (מקסיקו), יורם דינשטיין (ישראל), גיאן-מישל פאבר (צרפת), וויליאם פנריק (קנדה), דיטער פלק (גרמניה), חואן קרלוס גומז ראמירז (קולומביה), גימשיד א. חמיד (פקיסטן), ארטורו הרננדז-באסוה (מקסיקו), איבראהים אידריס (אתיופיה), חסאן קאסם גויני (לבנון), קנתי קיתי (ניו זילנד), גיתיו מויגי (קניה), רייך מולרסון (אסטוניה), ברה ניאנג (סנגל), מוחמד אולוואן (ירדן), ראול ס. פנגלן (הפיליפינים), סטליוס פרקיס (יוון), פאולו סרגיו פיניירו (ברזיל), אפראד פרנדלר (הונגריה), פנמראגו סריניושה ראו (הודו), קמילו רייס רודריגו (קולומביה), איטה א. סאגאי (ניגריה) הרולד סנדובל (קולומביה), סומ' בום סנגיאנבט (תאילנד), מרט א. סארמפיב (קזחסטן), מוחמד עזיז שוקרי (סוריה), פארלונגן סיהומבינג (אינדונזיה), גיפרי גיימס סקילן (אוסטרליה), גושון סאן (סין), בחתייר תוזמוחמודב (רוסיה) וקרול וולפקה (פולנד).

סיכום הממצאים

רובר המכריע של הוראות אמנות גינבה, כולל סעיף 3 המשותף לכולן, נחשבות לחלק מהמשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהיג.³³ יתר על כן, בהתחשב בעובדה שכיום 192 מדינות מהוות צד לאמנות גינבה, מחייבות אלו האחרונות כמעט את כל המדינות במסגרת המשפט ההסכמי. לפיכך, אופיין המנהיג של ההוראות הכלולות באמנות לא היווה כשלעצמו נושא למחקר זה. תחת זאת, המחקר התמקד בסוגיות המוסדרות על-ידי אמנות שלא אושרו באורח אוניברסאלי, במיוחד הפרוטוקולים הנוספים, אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות וכמה אמנות ספציפיות המסדירות שימוש בנשק.

תיאור כללי המשפט הבינלאומי המנהיג המובא להלן לא נועד להסביר מדוע כללים אלה נמצאו כמנהגיים, ואף אינו מציג את הפרקטיקה על-פיו נקבעה המסקנה. ההסבר מדוע כלל מסוים נחשב למנהגי מפורט בכרך הראשון של המחקר בעוד הפרקטיקה התואמת מפורטת בכרך השני.

סכסוכים מזוינים בינלאומיים

הפרוטוקול הנוסף הראשון הסדיר בחוק כללים שהיו קיימים עוד קודם לכן במשפט ההומניטרי הבינלאומי, אך הניח בנוסף גם את היסודות ליצירתם של כללים מנהגיים חדשים. הפרקטיקה שתועדה במסגרת המחקר מעיד על השפעתו העמוקה של הפרוטוקול הראשון על הפרקטיקה של המדינות לא רק בסכסוכים מזוינים בינלאומיים אלא גם בכאלה שאינם בינלאומיים (ראו להלן). במיוחד, חשף המחקר כי עקרונות היסוד של הפרוטוקול הנוסף הראשון התקבלו באורח נרחב בהרבה ממה שניתן היה לצפות בהתחשב בכמות האשרורים לו זכה.

על-אף שהמחקר לא ביקש לקבוע את אופיין המנהגי של הוראות הסכמיות ספציפיות, בסופו של דבר התברר כי כללים מנהגיים רבים זהים או דומים לאלה המצויים במשפט ההסכמי. בין הדוגמאות לכללים שנמצא כי הם מנהגיים וכי כללים תואמים להם נכללו בפרוטוקול הנוסף הראשון, ניתן למצוא את: עקרון ההבחנה בין אזרחים ולוחמים ובין אובייקטים אזרחיים לבין מטרות צבאיות;³⁴ האיסור על התקפות חסרות הבחנה;³⁵ עיקרון המידתיות בהתקפה;³⁶ החובה לנקוט באמצעי הזהירות האפשריים בהתקפה ונגד תוצאות ההתקפה;³⁷ החובה לכבד סגל רפואה ודת, יחידות וכלי תעבורה רפואיים,³⁸ צוותים ואובייקטים של סיוע הומניטרי,³⁹ ועיתונאים אזרחיים ולהגן עליהם;⁴⁰ החובה להגן על משימות רפואיות;⁴¹ האיסור על התקפות על מקומות חסרי הגנה ועל אזורים מפורזים;⁴² החובה לקבל כניעה של אויב שיצא ממעגל הלחימה ולדאוג לביטחונו;⁴³ האיסור על הרעבה;⁴⁴ האיסור על התקפת אובייקטים חיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית;⁴⁵ האיסור על שימוש בלתי ראוי בסמלים והאיסור על מעל;⁴⁶

33 International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, מצוטט, (ה"ש 8), עמ' 257-258.

34 ראו Customary International Humanitarian Law, מצוטט לעיל (ה"ש 4), כרך 1, כללים 1 ו-7.

35 שם, כללים 11-13.

36 שם, כלל 14.

37 שם, כללים 15-24.

38 שם, כלל 25 ו-27-30.

39 שם, כללים 31-32.

40 שם, כלל 34.

41 שם, כלל 26.

42 שם, כללים 36-37.

43 שם, כללים 46-48.

44 שם, כלל 53.

45 שם, כלל 54.

46 שם, כללים 55-65.

החובה לכבד את ערובות היסוד המובטחות לאזרחים ולאנשים שיצאו ממעגל הלחימה;⁴⁷ החובה לספק מידע בנוגע לנעדרים;⁴⁸ וההגנות המיוחדות השמורות לנשים ולילדים.⁴⁹

סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים

במהלך העשורים האחרונים, הסתמנה פרקטיקה משמעותית של עמידה על-כך שההגנות הקבועות במשפט ההומניטרי הבינלאומי יהיו תקפות גם בסכסוכים מסוג זה. פרקטיקה מצטברת זו השפיעה באורח משמעותי על התהוותו של המשפט המנהגי החל על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. בדומה לפרוטוקול הנוסף הראשון, נודעה גם לפרוטוקול הנוסף השני השפעה מרחיקת לכת על פרקטיקה זו, וכתוצאה מכך רבות מהוראותיו נחשבות כעת לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. בין הדוגמאות לכללים שנמצא כי הם מנהגיים ואשר כללים תואמים להם קיימים בפרוטוקול הנוסף השני ניתן למצוא את: האיסור על התקפה על אזרחים;⁵⁰ החובה לכבד סגל רפואה ודת, יחידות וכלי תעבורה רפואיים ולהגן עליהם,⁵¹ החובה להגן על משימות רפואיות;⁵² האיסור על הרעבה;⁵³ האיסור על תקיפת אובייקטים החיוניים להשרדות האוכלוסייה האזרחית;⁵⁴ החובה לכבד את ערובות היסוד השמורות לאזרחים ולאנשים שיצאו ממעגל הלחימה;⁵⁵ החובה לחפש פצועים, חולים וניצולי אוניות שנטרפו, להגן עליהם ולכבדם;⁵⁶ החובה לחפש ולכבד את המתים;⁵⁷ החובה להגן על בני אדם שחירותם נשללה;⁵⁸ האיסור על העברה בכפייה של אזרחים;⁵⁹ וההגנות המיוחדות השמורות לנשים ולילדים.⁶⁰

יחד עם זאת, תרומתו העיקרית של המשפט ההומניטרי הבינלאומי להסדרת סכסוכים מזוינים פנימיים נובעת מהעובדה שהוא חורג אל מעבר להוראות הכלולות בפרוטוקול הנוסף השני. אכן, הפרקטיקות ייצרו מספר משמעותי של כללים מנהגיים המפורטים יותר מן ההוראות הכלולות בפרוטוקול הנוסף השני, שהן לעיתים קרובות בסיסיות בלבד, ובכך השלים פערים מהותיים בהסדרת סכסוכים פנימיים.

לדוגמה, הפרוטוקול הנוסף השני מכיל הסדרה בסיסית של ניהול מעשי האיבה. סעיף 13 מורה כי "האוכלוסייה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה.... אלא אם ולמשך אותו הזמן בו נוטלים הם חלק ישיר במעשי איבה". בניגוד לפרוטוקול הנוסף הראשון, הפרוטוקול הנוסף השני אינו מכיל כללים ספציפיים בנוגע לעקרונות ההבחנה והמידתיות.

הפערים בהסדרת ניהול מעשי האיבה בפרוטוקול הנוסף השני, הושלמו בחלקם הגדול באמצעות הפרקטיקה של המדינות, שהובילה ליצירת כללים מקבילים לאלה המופיעים בפרוטוקול הנוסף הראשון אך חלים כמשפט מנהגי על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. כללים אלה מתייחסים

שם, כללים 87-105.	47
שם, כלל 117.	48
שם, כללים 134-137.	49
שם, כלל 1.	50
שם, כללים 25 ו-27-30.	51
שם, כלל 26.	52
שם, כלל 53.	53
שם, כלל 54.	54
שם, כללים 87-105.	55
שם, כללים 109-111.	56
שם, כללים 112-113.	57
שם, כללים 118-119, 121 ו-125.	58
שם, כלל 129.	59
שם, כללים 134-137.	60

לעקרונות הבסיסיים בנוגע לניהול מעשי איבה ומכילים כללים הנוגעים לבני אדם ולאובייקטים המוגנים באופן ספציפי ולשיטות לוחמה ספציפיות.⁶¹

בדומה לכך, הפרוטוקול הנוסף השני מכיל רק הוראות כלליות בנוגע לסיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית הנוקטת. סעיף 218(2) קובע כי "אם האוכלוסייה האזרחית סובלת מקשיים מופרזים מחמת מחסור באספקה החיונית להישרדותה... יינקטו עברו האוכלוסייה האזרחית פעולות סיוע שהן באופן בלעדי הומניטריות ונטולות פניות באופיין ומנהלות ללא הבחנה פסולה". בניגוד לפרוטוקול הנוסף הראשון, הפרוטוקול הנוסף השני אינו מכיל הוראות ספציפיות לכבד אנשי סגל ואובייקטים הקשורים לסיוע הומניטרי ולהגן עליהם, או כאלה המחייבות את הצדדים לסכסוך להתיר מעבר מהיר וללא עיכוב של סיוע לאוכלוסייה האזרחית הנוקטת ולהבטיח את חופש התנועה של אנשי סגל הומניטרי מוסמכים, אם כי ניתן לטעון שדרישות אלה משתמעות מסעיף 218(2) לפרוטוקול. דרישות אלה נוצקו אל תוך המשפט הבינלאומי המנהגי שחל הן על סכסוכים מזוינים בינלאומיים והן על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים כתוצאה מכך שפרקטיקה זו היא נרחבת, מייצגת וכמעט אחידה.

בהקשר זה יש לציין, כי למרות שהן הפרוטוקול הנוסף הראשון והן השני קובעים שעל-מנת לבצע פעולות סיוע דרושה הסכמה של הצדדים הנוגעים בדבר,⁶² דרישה זו אינה נזכרת במרבית התייעוד שנאסף לגבי הפרקטיקה. יחד עם זאת, ברור מאליו כי ארגון הומניטרי אינו יכול לפעול ללא הסכמת הצד הנוגע בדבר. ואולם, סירוב לשתף-פעולה אינו יכול להתבסס על סיבות שרירותיות. אם הוכח כי על אוכלוסייה אזרחית כלשהי מאיימת סכנת הרעבה, ואם ארגון הומניטרי המספק סיוע על בסיס נטול-פניות ובלתי מפלה יכול לספק מזון, הצד מחויב לתת את הסכמתו.⁶³ אף שאין לסרב בשל סיבות שרירותיות, פרקטיקה זו מכירה בכך שהצד הנוגע בדבר רשאי לשלוט בפעולת הסיוע וכי סגל סיוע הומניטרי מחויב לציית לחוק הלאומי התקף בנוגע לגישה לשטחים ולדרישות ביטחון.

סוגיות המחייבות הבהרות נוספות

המחקר חשף, כמו כן, מספר אזורים בהם הפרקטיקה אינה ברורה. לדוגמא, בעוד המונחים "לוחמים" ו"אזרחים" מוגדרים בבירור בסכסוכים מזוינים בינלאומיים,⁶⁴ הפרקטיקה בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים אינה חד משמעית בנוגע לשאלה האם לצורך ניהול מעשי איבה, חברי קבוצות אופוזיציה מזוינות נחשבים חברי כוחות מזוינים או אזרחים. במיוחד לא ברור אם חברי קבוצות אופוזיציה מזוינות הם אזרחים המאבדים את הגנתם מפני התקפה כאשר הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה או אם חברי קבוצות אלה חשופים להתקפה מתוקף חברותם לבדה. חוסר בהירות זה משתקף גם במשפט ההסכמי. הפרוטוקול הנוסף השני, לדוגמא, אינו מכיל הגדרה של מיהם אזרחים או של מהי אוכלוסייה אזרחית, אף-על-פי שמונחים אלה מופיעים בכמה מן ההוראות.⁶⁵ הסכמים מאוחרים יותר, החלים בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, משתמשים גם הם במונחים אזרחים ואוכלוסייה

61 ראו לדוגמא, שם, כללים 7-10 (הבחנה בין אובייקטים אזרחיים ומטרות צבאיות), כללים 11-13 (התקפות חסרות הבחנה), כלל 14 (מידתיות בהתקפה), כללים 15-21 (אמצעי זהירות בהתקפה), כללים 22-24 (אמצעי זהירות מפני השפעותיהן של התקפות), כללים 31-32 (סגל סיוע הומניטרי ואובייקטים הקשורים לסיוע הומניטרי), כלל 34 (עיתונאים אזרחיים), כללים 35-37 (אזורים מוגנים), כללים 46-48 (סירוב לקבל כני-עה), כללים 55-56 (גישה לסיוע הומניטרי) וכללים 57-65 (הטעייה).

62 ראו הפרוטוקול הנוסף הראשון, סעיף 170(1) והפרוטוקול הנוסף השני, סעיף 218(2).

63 ראו Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, פסקה 4885; ראו גם פסקה 2805.

64 ראו *Customary International Humanitarian Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4) כרך 1, כלל 3 (לוחמים), כלל 4 (כוחות מזוינים) וכלל 5 (אזרחים והאוכלוסייה האזרחית).

65 הפרוטוקול הנוסף השני, סעיפים 13-15 ו-17-18.

אזרחית מבלי להגדירם.⁶⁶

תחום נוסף המשפיע על הסדרת סכסוכים מזוינים בינלאומיים וכאלה שאינם בינלאומיים ושלגביו קיימת חוסר ודאות, הוא היעדר הגדרה מדויקת של המונח "נטילת חלק ישיר במעשי האיבה". ברור ואין מחלוקת על כך שההגנה מפני התקפה ניטלת מאזרח העושה שימוש בנשק או באמצעים אחרים על-מנת לבצע מעשי אלימות כלפי כוחות האיבה, בני אדם כעצמים. ואולם, קיימת גם פרקטיקה משמעותית אשר מספקת הנחייה מצומצמת, אם בכלל, לגבי פירוש המונח "נטילת חלק ישיר". פרקטיקה זו קובעת, למשל, כי יש לבחון כל מקרה לגופו, או פשוט חוזר על העיקרון הכללי על-פיו נטילת חלק ישיר במעשי איבה גורמת לאזרחים לאבד את הגנתם מפני התקפה. שאלה נוספת הקשורה לסוגיה זו היא כיצד יש להגדיר אדם במקרה של ספק. בשל אי-ודאויות אלה, מנסה הוועד הבינלאומי של הצלב האדום להבהיר את המושג של נטילת חלק ישיר באמצעות סדרה של מפגשי מומחים שהחלה בשנת 2003.⁶⁷

סוגיה נוספת אשר עומדת בסימן שאלה היא היקפו המדויק של עיקרון המידתיות בהתקפה ותחולתו. בעוד המחקר חשף תמיכה נרחבת בעיקרון זה, הוא אינו מספק הבהרה נוספת מעבר לזו שבמשפט ההסכמי לגבי השאלה כיצד לאזן בין יתרון צבאי לבין נזק נלווה לאזרחים.

סוגיות נבחרות בנוגע לניהול מעשי איבה

הפרוטוקולים הנוספים הראשון והשני הציגו כלל חדש האוסר על תקיפת מפעלים ומתקנים המכילים כוחות מסוכנים, גם אם אובייקטים אלה מהווים מטרות צבאיות, אם תקיפה כזו עלולה לגרום לשחרורם של כוחות מסוכנים וכתוצאה מכך לגרום לאבידות חמורות בקרב האוכלוסייה האזרחית.⁶⁸ אף שאין זה ברור אם הכללים המסוימים הללו הפכו לחלק מן המשפט המנהגי, הפרקטיקה מצביעה על כך שמדינות מודעות לסיכון הגבוה לגרימת נזק נלווה חמור כתוצאה מהתקפות על מפעלים ומתקנים מסוג זה, כאשר אלה מהווים מטרות צבאיות. לפיכך, הן מכירות בכך שבכל סכסוך מזוין, יש לנקוט משנה זהירות במהלך התקפות על-מנת למנוע שחרור של כוחות מסוכנים ואבידות חמורות בקרב האוכלוסייה האזרחית כתוצאה משחרורם. נמצא כי דרישה זו מהווה חלק מן המשפט המנהגי הבינלאומי החל על סכסוכים מזוינים.

כלל חדש נוסף שהופיע בפרוטוקול הנוסף הראשון הוא האיסור על השימוש בשיטות או אמצעי לוחמה המיועדים לגרימת נזק נרחב, ארוך-טווח וחמור לסיבה הטבעית או בכאלה שניתן לצפות כי יגרמו לנזק כזה. מאז אומץ הפרוטוקול הנוסף הראשון, זכה איסור זה לתמיכה כה נרחבת בפרקטיקה של המדינות עד כי הוא נוצק אל תוך המשפט המנהגי, גם אם מספר מדינות עומדות על-כך שהאיסור אינו תקף לגבי נשק גרעיני וכי ייתכן שאינו מחייב אותן בכל הנוגע לנשק גרעיני.⁶⁹ מעבר לכלל ספציפי זה, עלה מן המחקר כי הסיבה הטבעית נחשבת לאובייקט אזרחי וככזו היא מוגנת על-ידי אותם עקרונות וכללים המגנים על אובייקטים אזרחיים אחרים, במיוחד עקרונות ההבחנה והמידתיות

66 ראו לדוגמא, Amended Protocol II to the Convention on Certain Conventional Weapons, סעיפים 3(7)-11; Protocol Ottawa Convention on the Prohibition of Anti-personnel Mines, סעיף 2; סעיף 3(III) to the Convention on Certain Conventional Weapons, חוקת רומא של בית המשפט הפלילי הבינלאומי, סעיף 28(i)(iii)(e) ו-1(viii).

67 ראו לדוגמא, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, דו"ח שהוכן על-ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, ג'נבה, ספטמבר 2003, זמין באתר www.icrc.org.

68 הפרוטוקול הנוסף הראשון, סעיף 156(1), (בפסקה השנייה של אותו סעיף מופיעים חריגים) וכן הפרוטוקול הנוסף השני, סעיף 15(ללא חריגים).

69 ראו *Customary International Humanitarian Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4) כרך 1, כלל 45.

והדרישה לנקוט באמצעי זהירות במקרה של התקפה. משמעות הדבר היא כי שום חלק של הסיבה הטבעית אינו יכול להוות יעד להתקפה, אלא אם כן מדובר במטרה צבאית, וכי כאשר ניתן לצפות כי התקפה נגד מטרה צבאית תגרום לסיבה נזק נלווה מופרז ביחס ליתרון הצבאי המוחשי והישיר הצפוי ממנה, גם היא אסורה. בחוות הדעת המייעצת בעניין הנשק הגרעיני, קבע בית הדין הבינלאומי לצדק כי "על מדינות להביא בחשבון שיקולים הנוגעים לסיבה כאשר הן מבצעות הערכה של הנדרש והמידתי באיתור מטרות צבאיות לגיטימיות."⁷⁰ בנוסף, הצדדים לסכסוך נדרשים לנקוט בכל אמצעי הזהירות האפשריים במהלך הלוחמה על-מנת להימנע, או לכל הפחות למזער, נזק נלווה לסיבה. היעדר ודאות מדעית לגבי השלכותיהן של פעולות צבאיות מסוימות על הסיבה, אין בו כדי לפטור צד לסכסוך מנקיטה באמצעי זהירות מעין אלה.⁷¹

ישנן גם סוגיות שהפרוטוקולים הנוספים אינם נדרשים להן באופן ישיר. לדוגמה, הפרוטוקולים הנוספים אינם מכילים כל הוראה מיוחדת המתייחסת להגנה על אנשי סגל ואובייקטים המעורבים במשימות לשמירת השלום. אולם בפועל, זכו צוותים ואובייקטים מסוג זה להגנה זהה מפני התקפה לזו המוענקת לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים בהתאמה. כתוצאה מכך, התפתחה בפרקטיקה של המדינות כלל האוסר על התקפה נגד אנשי צוות ואובייקטים המעורבים בפעולות לשמירת השלום בהתאם למגילת האו"ם, כל עוד אלה זכאים להגנה המוקנית לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים במשפט ההומניטרי הבינלאומי והוא נכלל בחוקת בית המשפט הפלילי הבינלאומי. כלל זה מהווה כיום חלק מן המשפט המנהגי הבינלאומי החל על כל סוגי הסכסוך המזוין.⁷²

מספר סוגיות הנוגעות לניהול מעשי איבה מוסדרות באמצעות תקנות האג. תקנות אלה נחשבות זה מכבר למנהגיות בסכסוכים מזוינים בינלאומיים.⁷³ כמה מן הכללים המופיעים בהן נחשבים כיום למנהגיים גם בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. לדוגמה: הכללים הוותיקים של המשפט המנהגי הבינלאומי האוסרים (1) להשמד או להחרים את רכוש האויב, אלא אם הוא נדרש לצרכים צבאיים מוחלטים ו-(2) ביזה - תקפים באורח זהה גם בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. ביזה היא לקיחה בכוח של רכוש פרטי מנתיני האויב לשימוש פרטי או אישי.⁷⁴ שני האיסורים אינם משפיעים על הפרקטיקה המנהגית של תפיסת ציוד צבאי של הצד היריב כשלל.

על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי, מפקדים רשאים לקיים קשר בלתי עוין בכל אמצעי תקשורת, אך קשר כזה חייב להיעשות בתום לב. הפרקטיקה מצביעה על כך כי ניתן לבוא בדברים באמצעות מתווכים המכונים דֶּבְרִים (parlementaires) אך גם באמצעים שונים אחרים, כגון הטלפון והרדיו. דֶּבְרִי הוא אדם המשתייך לאחד הצדדים לסכסוך ואשר הוסמך לבוא בדברים עם הצד השני לסכסוך, ולפיכך נחשב לחסין מפגיעה. נמצא כי הדרך המסורתית בה אדם מכריז על עצמו כדֶּבְרִי, באמצעות התקדמות תוך נשיאת דגל לבן, עודנה תקפה. בנוסף, ישנו נוהל מוכר, על-פיו הצדדים פונים לצד שלישי על-מנת שזה יסייע בקיום תקשורת, לדוגמה, מעצמה מגינה או ארגון נטול פניות וניטרלי, אך גם ארגונים בינלאומיים או כוחות לשמירת השלום. מן הפרקטיקה שתועדה עולה כי מגוון מוסדות וארגונים שימשו כמתווכים במשא ומתן הן בסכסוכים בינלאומיים והן בסכסוכים שאינם בינלאומיים, וכי הדבר מקובל באופן כללי. ראשיתם של הכללים המסדירים את נושא הדֶּבְרִים כבר בתקנות האג, והם נחשבים זה מכבר למנהגיים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים. בהסתמך על

70 *International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, מצוטט, (ה"ש 8), פסקה 30.

71 ראו *Customary International Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4), כרך 1, כלל 44.

72 שם, כלל 33.

73 ראו לדוגמה: *International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals, Judgment*, 1 October 1946, כרך 1, עמ' 253-254, Official Documents.

74 ראו *Elements of Crimes for the International Criminal Court, Pillage as a war crime*, (סעיף 28)(b)(xvi) וכן Statute of the International Criminal Court, סעיפים (e)(v).

הפרקטיקה במהלך חמישים השנים האחרונות לערך, הפכו כללים אלה למנהגיים גם בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים.⁷⁵

הפרקטיקה מצביעה על שני מקורות משפטיים המגנים על נכסי תרבות. הקו הראשון החל בתקנות האג, והוא מחייב נקיטת זהירות מיוחדת בעת מבצעים צבאיים על-מנת להימנע מגרימת נזק לבניינים המשמשים לצרכי דת, אמנות, מדע, חינוך או מטרות צדקה וכן למונומנטים היסטוריים, אלא אם כן הללו מהווים מטרות צבאיות. תפיסה והריסה מכוונת של בניינים ומונומנטים מסוג זה אסורה גם היא. בעוד כללים אלה נחשבים זה מכבר למנהגיים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים, כיום הם מקובלים כמנהגיים גם בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים.

הקו השני מבוסס על הוראות מסוימות באמנת האג בדבר הגנה על מוסדות תרבות משנת 1954, המגנה על "מוסדות בעלי חשיבות למורשת התרבותית של העמים" ומספקת סימונים מבחינים לזיהוי נכסים מסוג זה. כיום, אוסר המשפט המנהגי על תקיפת נכסים אלה ועל שימוש בהם למטרות שסביר כי יחשפו אותם להרס או לנזק, אלא אם הדבר נדרש לצורך צבאי. עוד אוסר המשפט המנהגי על גניבה, ביזה, ניצול לרעה ומעשי ונדלזים במוסדות מסוג זה. איסורים אלה תואמים את ההוראות המופיעות באמנת האג ומהווים ראייה להשפעתה של האמנה על הפרקטיקה המדינית בכל הנוגע להגנה על נכסים תרבותיים בעלי ערך.

כלי נשק

נמצא כי העקרונות הכלליים האוסרים על שימוש בנשק שגורם לפגיעה בלתי נחוצה או לסבל מיותר ובנשק חסר הבחנה מטבעו נחשבים למנהגיים בכל הנוגע לסכסוך מזוין. נוסף על כך, ובעיקר בהתבסס על עקרונות אלה, אוסרת הפרקטיקה של המדינות על שימוש (או שימושים מסוימים) בכמה אמצעי לוחמה במסגרת המשפט הבינלאומי המנהגי: שימוש ברעל או בנשק מורעל, נשק ביולוגי, נשק כימי, שימוש באמצעים כימיים לדיכוי מהומות כשיטת לוחמה, שימוש בקוטלי עשבים כאמצעי לוחמה,⁷⁶ שימוש בכדורים שמתרחבים או שמשטחים בקלות בתוך גוף האדם, שימוש נגד בני אדם בכדורים שמתפוצצים בתוך גוף האדם, שימוש בכלי נשק שפגיעתם העיקרית היא פציעה באמצעות חלקיקים שאינם ניתנים לגילוי בגוף האדם באמצעות צילומי רנטגן, שימוש במלכודת פתאים המחוברת או מקושרת בדרך כלשהי לאובייקטים או לבני אדם הזכאים להגנה מיוחדת על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי או אובייקטים שעשויים למשוך אזרחים, ושימוש בנשק לייזר שנועד ספציפית, כתפקידו היחיד בקרב או כאחד מתפקידיו בקרב, לגרום לעיוורון קבוע לאדם שאינו מצויד באמצעי הגנה.

ישנן מגבלות לחלות על השימוש בכלי נשק מסוימים שאינם אסורים כשלעצמם במשפט הבינלאומי המנהגי. כך למשל לגבי מוקשים ונשק תבערה.

יש לנהוג משנה זהירות על-מנת למזער את פגיעתם חסרת ההבחנה של מוקשים. הדבר בא לידי ביטוי, לדוגמה, בעיקרון על-פיו כאשר צד לסכסוך עושה שימוש במוקשים, עליו לתעד את מיקומם ככל שהדבר ניתן. כמו כן, עם תום מעשי האיבה, נדרש כל צד לסכסוך שעשה שימוש במוקשים להסירם, להופכם לבלתי מזיקים לאזרחים בדרך אחרת או לסייע בהסרתם.

75 ראו *Customary International Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4), כרך 1, כללים 67-69.
76 כלל זה מכיל התייחסות למספר כללים אחרים במשפט הבינלאומי המנהגי והם האיסור על נשק ביולוגי וכי-מי; האיסור על התקפה נגד צמחייה שאינה מטרה צבאית; האיסור על התקפות שיגרמו לאבידות נלוות בחיי אזרחים, פציעה של אזרחים, נזק לאובייקטים אזרחיים או שילוב של הדברים הללו, איסור על התקפות שהנוק הצפוי מהן מופרז ביחס ליתרון הצבאי המוחשי והישיר הצפוי מהן; והאיסור על גרימת נזק חמור, רחב היקף וארוך טווח לסיביבה הטבעית. ראו שם, כלל 76.

כיום, לאחר ש-140 מדינות כבר אשררו את אמנת אוטווה ומדינות אחרות צפויות לאשררה, מרבית המדינות מחויבות הסכמית שלא להשתמש במוקשים המיועדים לפגיעה בבני אדם וכן שלא לייצרם, לאגור אותם ולהעבירם. בעוד שאיסור זה אינו מהווה כרגע חלק מן המשפט הבינלאומי המנהיג בשל פרקטיקה משמעותית סותרת מצד מדינות שאינן צד לאמנה, הרי שכמעט כל המדינות, כולל כאלה שאינן צד לאמנת אוטווה ואינן מצדדות באיסור מידי על מוקשים, הכירו בצורך לפעול לקראת העברתם מן העולם של מוקשים נגד אדם בסופו של דבר.

שימוש נגד בני אדם בנשק תבערה אסור, אלא אם כן לא ניתן להשתמש בנשק פוגעני פחות על-מנת להוציא אדם ממעגל הלחימה. בנוסף, כאשר משתמשים בנשק כזה, יש לנקוט משנה זהירות על-מנת למנוע ובכל מקרה למזער אובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים ונוק נלווה לאובייקטים אזרחיים.

רוב הכללים הללו תואמים הוראות הסכמיות אשר חלו במקור על סכסוכים מזוינים בינלאומיים בלבד. מגמה זו השתנתה בהדרגה, לדוגמה, במקרה של התיקון לפרוטוקול השני לאמנה בדבר כלי נשק קונבנציונאליים מסוימים משנת 1996, ולאחרונה עם התיקון לאמנה בדבר כלי נשק קונבנציונאליים מסוימים משנת 2001, שהרחיב את תחולתם של ארבעת הפרוטוקולים הראשונים הנוספים לאמנה לסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. ההגבלות והאיסורים המנהיגים המוזכרים לעיל חלים בכל סכסוך מזוין.

כאשר קיבל הוועד הבינלאומי של הצלב האדום את המנדט לעריכת המחקר על המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהיג, היה בית הדין הבינלאומי לצדק בעיצומו של דיון בחוקיות השימוש בנשק גרעיני. זאת בעקבות בקשתה של המועצה הכללית של האו"ם לחוות דעת מיעצת בנושא. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בחר, אם כן, שלא לערוך ניתוח משלו באשר לסוגיה זו. בחוות הדעת המיעצת, קבע בית המשפט הבינלאומי לצדק פה אחד כי "איום בשימוש בנשק גרעיני או שימוש בנשק גרעיני חייב להיעשות בהתאם לדרישות החוק הבינלאומי החל על סכסוכים מזוינים, בייחוד [בהתאם] לעקרונות ולכללים במשפט ההומניטרי הבינלאומי."⁷⁷ ממצא זה הוא משמעותי בהתחשב בעובדה שמספר מדינות קיימו משא ומתן בנוגע לפרוטוקול הראשון מתוך הנחה שהפרוטוקול לא יחול על השימוש בנשק גרעיני. ואולם, משמעותה של חוות הדעת של בית המשפט היא שהכללים הנוגעים לניהול מעשי איבה והעקרונות הכלליים הנוגעים לשימוש בכלי נשק חלים על השימוש בנשק גרעיני. בהחילו כללים ועקרונות אלה, הסיק בית המשפט כי: "איום בשימוש בנשק גרעיני או שימוש בנשק גרעיני יהיה, ככלל, בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי החל על סכסוכים מזוינים ובמיוחד לכללים ולעקרונות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי."⁷⁸

ערובות יסוד

קיימות ערובות יסוד החלות על כל האזרחים הכפופים לסמכותו של צד לסכסוך אשר אינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה או אשר חדלו מליטול בהם חלק ישיר, כמו גם על כל אותם אנשים שיצאו ממעגל הלחימה. מכיוון שערובות היסוד מהוות כללי-על החלים על כל אדם, הן לא חולקו במסגרת מחקר זה לתתי קבוצות על-פי סוגי האנשים.

77 *International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, מצוטט, (ה"ש 8), עמ' 226. שם; ראו גם *International Committee of the Red Cross, UN Doc. A/C.1/51.PV.8, 18 October 1996*, עמ' 10, כפי שמופיע ב-*International Review of the Red Cross*, No. 316, 1997, עמ' 118-119, ("הוועד הבינלאומי של הצלב האדום מתקשה לדמות כיצד השימוש בנשק גרעיני יכול לעלות בקנה אחד עם הדין הבינלאומי.")

לכל ערובות היסוד הללו בסיס איתן במשפט ההומניטרי הבינלאומי, שחל הן בסכסוכים מזוינים בינלאומיים והן בכאלה שאינם בינלאומיים. מחקר זה מתייחס למרבית הכללים הנוגעים לערובות יסוד תוך שימוש במונחים הלקוחים מן המשפט ההומניטרי המסורתי, שכן הם משקפים בצורה הטובה ביותר את תוכנו של הכלל המנהגי התואם.⁷⁹ עם זאת, חלק מן הכללים נוסחו באופן שישקף את מהותם של מגוון כללים מפורטים המתייחסים לנושא מסוים, ובמיוחד כללים האוסרים על עבודת כפייה שיש בה משום התעללות או שאין תמורתה פיצוי, העלמות כפויות ומעצרים שרירותיים, וכן הכלל המחייב כיבוד חיי משפחה.⁸⁰

בנושאים הרלוונטיים כלל המחקר גם את הפרקטיקה הנוהגת במסגרת משפט זכויות האדם הבינלאומי, וזאת בייחוד בפרק העוסק בערובות יסוד. זאת משום שמשפט זכויות האדם הבינלאומי מוסיף לחול גם בעת סכסוך מזוין, כפי שמצוין במפורש באמנות זכויות האדם עצמן, אם כי ניתן, בתנאים מסוימים בשעת חירום, לחרוג מחלק מן ההוראות. העובדה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי מוסיף לחול בעת סכסוך מזוין זכתה לאישור הן בפרקטיקה של המדינות והן מצד גופי זכויות האדם ובית הדין הבינלאומי לצדק.⁸¹ לאחרונה, קבע בית הדין בחוות הדעת לגבי בניית החומה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, כי "ההגנה שמספקות אמנות זכויות האדם אינה מתבטלת במקרה של סכסוך מזוין" וכי בעוד שישנן זכויות אשר הן מענייניו הבלעדי של המשפט ההומניטרי הבינלאומי או משפט זכויות האדם, ישנן זכויות אחרות שייתכן כי הן "מעניינים של שני ענפים אלה של המשפט הבינלאומי."⁸² עם זאת, המחקר אינו מתיימר להציג ניתוח של דיני זכויות האדם המנהגיים. תחת זאת, הוא כולל את הפרקטיקה הנוהגת במסגרת משפט זכויות האדם על-מנת לבסס, לחזק ולהבהיר כללים מקבילים במשפט ההומניטרי הבינלאומי.

יישום

מספר כללים הנוגעים ליישומם של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הפכו לחלק מן המשפט המנהגי הבינלאומי, ובמיוחד הכלל על-פיו כל צד לסכסוך מזוין חייב לכבד את המשפט ההומניטרי הבינלאומי, ולהבטיח את כיבודו על-ידי כוחותיו המזוינים ועל ידי שאר יחידים או קבוצות הפועלים למעשה על-פי הוראותיו, בהנחיותיו או בשליטתו. כתוצאה מכך, כל צד לעימות, כולל קבוצות התנגדות חמושות, חייב לספק לכוחותיו המזוינים הכשרה בנוגע למשפט ההומניטרי הבינלאומי. מעבר לחובות כלליות אלה, שורת חוסר בהירות לגבי השאלה אילו ממנגנוני היישום המחייבים מדינות מחייבים גם קבוצות אופוזיציה מזוינות. לדוגמה, החובה לפרסם פקודות והוראות המחייבות את הכוחות המזוינים לציית למשפט ההומניטרי הבינלאומי מצוינת באופן ברור במשפט הבינלאומי בנוגע למדינות אך לא כן לגבי קבוצות אופוזיציה מזוינות. בדומה, על מדינות חלה חובה לספק יועצים משפטיים זמינים, בעת הצורך, בכדי לייעץ למפקדי הצבא בדרגים המתאימים בדבר תחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי, אך לא כן לגבי קבוצות אופוזיציה חמושות.

79 כללים אלה כוללים את ערובות היסוד לפיהן אזרחים ואנשים שיצאו ממעגל הלחימה יזכו ליחס אנושי וללא הבחנה לרעה; את האיסור על רצח; את האיסור על עינויים ויחס אכזרי ובלתי אנושי ועל התקפות נגד כבוד אישי, במיוחד על יחס משפיל ומבוזה; את האיסור על ענישה גופנית; את האיסור על הטלת מומים ועל ניסויים רפואיים או מדעיים; את האיסור על אונס וצורות אחרות של אלימות מינית; את האיסור על עבדות וסחר בעבדים בכל צורותיהם; את האיסור על לקיחת בני ערובה; את האיסור על שימוש במגנים אנושיים; ערובות למשפט הוגן; את האיסור על ענישה קולקטיבית; והדרישה לכבד את אמנותיהם ומנהגיהם הדתיים של אזרחים ואנשים שיצאו ממעגל הלחימה. ראו *Customary International Law*, מצוטט לעיל (ה"ש 4), כרך 1, כללים 87-94, 96-97, 100-104.

80 שם, כללים 95, 98-99 ו-105.

81 ראו שם, מבוא לפרק 32, ערובות יסוד.

82 International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion, 9 July 2004, פסקה 106.

בנוסף, מדינות נושאות באחריות להפרות של כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי שניתן לייחס להן ונדרשות לספק פיצוי מלא בגין אבידות או פגיעות שנגרמו כתוצאה מאותן הפרות. לא ברור אם קבוצות אופוזיציה מזוינות נושאות באחריות מקבילה על הפרות שבוצעו בידי חבריהן ומה תהייה ההשלכות של אחריות כזו. כפי שצוין לעיל, קבוצות אופוזיציה מזוינות חייבות לציית לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ועליהן לפעול בכפוף ל"פיקוד אחראי"⁸³ כתוצאה מכך, ניתן לטעון כי קבוצות אופוזיציה מזוינות נושאות באחריות למעשים שבוצעו על-ידי אנשים המהווים חלק מאותן קבוצות, אך השלכותיהן של אחריות זו אינן ברורות. במיוחד אין זה ברור באיזו מידה חייבות קבוצות אופוזיציה מזוינות במתן פיצוי מלא, אף-על-פי שבמדינות רבות רשאים הקורבנות להגיש תביעות אזרחיות לפיצויים נגד העבריינים.

בכל הנוגע לאחריות אישית, המשפט הבינלאומי המנהגי מטיל אחריות פלילית על כל אדם שביצע או הורה לבצע או האחראי בצורה אחרת כמפקד או כממונה על ביצועם של פשעי מלחמה. על מדינות חלה חובה לקיים את האכיפה בנושא פשעי מלחמה, כלומר, עליהן לחקור פשעי מלחמה ולהעמיד לדין את החשודים. מדינות נדרשות לקיים חובה זו באמצעות הקמתם של בתי-דין בינלאומיים או מעורבים לצורך מטרה זו.

סיכום

מחקר זה לא שאף לקבוע את טבעו המנהגי של כל אחד מן הכללים ההסכמיים במשפט ההומניטרי הבינלאומי, אלא ביקש לתחן סוגיות מסוימות על-מנת לקבוע אילו כללים של המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן למצוא על דרך האינדוקציה בהתבסס על הפרקטיקה של מדינות בנוגע לאותן סוגיות. ואולם, סקירה קצרה של כמה מממצאי המחקר מראה כי העקרונות והכללים של המשפט ההסכמי התקבלו באופן נרחב בפרקטיקה והשפיעו רבות על היווצרותו של המשפט הבינלאומי המנהגי. רבים מן העקרונות והכללים הללו מהווים עתה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. ככאלה, הם מחייבים את כל המדינות, ללא קשר לאשורו האמנות. כללים החלים על כל הצדדים לסכסוך מזוין שאינו בינלאומי מחייבים גם קבוצות אופוזיציה מזוינות.

בנוסף, המחקר מצביע על כך שכללים רבים של המשפט הבינלאומי המנהגי חלים הן בסכסוכים מזוינים בינלאומיים והן בכאלה שאינם בינלאומיים ומראה את המידה בה חרחה הפרקטיקה של המדינות אל מעבר למשפט ההסכמי הקיים והרחיבה את הכללים החלים על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. כך, ניהול מעשי איבה והיחס לאוכלוסייה בעת סכסוך מזוין פנימי מוסדרים באופן מפורט ומלא יותר מזה הקיים במסגרת המשפט ההסכמי. יש לבדוק באיזו מידה הסדרה זו, שהיא מפורטת ומלאה יותר מספקת, מבחינה הומניטרית וצבאית, או שקיים צורך בפיתוח נוסף בחוק.

כמו לגבי המשפט ההסכמי, יש ליישם באופן יעיל את כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי באמצעות הפצה, הכשרה ואכיפה. יש לשלב כללים אלה בספרי הדרכה צבאיים ובחקיקה מקומית, במקומות בהם הדבר טרם נעשה.

המחקר חושף נושאים שלגביהם הדין אינו ברור ומצביע על סוגיות שלגביהן דרושה הבהרה נוספת, כגון הגדרתם של אזרחים בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, המושג של נטילת חלק ישיר במעשי האיבה וכן היקפו ותחולתו של עיקרון המידתיות.

לאור ההישגים שהושגו עד היום והעבודה שעוד נותרה, אין לראות במחקר זה נקודת סיום אלא תחילתו של תהליך חדש שמטרתו שיפור ההבנה של העקרונות והכללים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי וההסכמה עליהם. במסגרת תהליך זה, יכול המחקר לספק בסיס לדיון ודו שיח שופעים אודות יישומו, הבהרתו ופיתוחו האפשרי של המשפט.

נספח: רשימה של כללים מנהגיים במשפט ההומניטרי הבינלאומי

רשימה זו מבוססת על המסקנות המפורטות בכרך 1 של המחקר על המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי. מכיוון שהמחקר לא ביקש לקבוע את טבעו המנהגי של כל אחד מן הכללים ההסכמיים במשפט ההומניטרי הבינלאומי, הרשימה אינה תואמת בהכרח את מבניהן של אמנות קיימות. היקף תחולתם של הכללים מצוין בסוגריים מרובעים. המונח סכסוך בינלאומי מתייחס לכללים מנהגיים החלים על סכסוכים מזוינים בינלאומיים והמונח סכסוך שאינו בינלאומי מתייחס לכללים מנהגיים החלים על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. לגבי האחרונים, חלק מן הכללים מסומנים ככאלה שחלותם נתונה לוויכוח משום שהפרקטיקה הצביעה באופן כללי על מגמה כזו אך היתה פחות מקיפה.

עקרון ההבחנה

עקרון ההבחנה בין אזרחים ללוחמים

- כלל 1.** על הצדדים לסכסוך להבחין בכל עת בין אזרחים לבין לוחמים. התקפות ניתן לכוון רק נגד לוחמים. אין לכוון התקפות נגד אזרחים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 2.** מעשי אלימות או איומים באלימות שמטרתם העיקרית היא לזרוע פחד בקרב האוכלוסייה האזרחית אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 3.** כל אנשי הכוחות המזוינים של צד לסכסוך הם לוחמים למעט סגל הרפואה והדת. [סכסוך בינ"ל]
- כלל 4.** הכוחות המזוינים של צד לסכסוך מורכבים מכל הכוחות, הקבוצות והיחידות המזוינים המאורגנים, והמצויים תחת פיקוד האחראי כלפי אותו צד להתנהגותם של הכפופים לו. [סכסוך בינ"ל]
- כלל 5.** אזרחים הם בני אדם אשר אינם חברים בכוחות המזוינים. עם האוכלוסייה האזרחית נמנים כל בני האדם שהם אזרחים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 6.** אזרחים מוגנים מפני התקפה, אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

הבחנה בין אובייקטים אזרחיים לבין מטרות צבאיות

- כלל 7.** על הצדדים לסכסוך להבחין בכל עת בין אובייקטים אזרחיים לבין מטרות צבאיות. התקפות ניתן לכוון רק נגד מטרות צבאיות. אין לכוון התקפות נגד אובייקטים אזרחיים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 8.** בכל הנוגע לאובייקטים, מטרות צבאיות מוגבלות לאותם אובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, מטרתם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם, באופן מוחלט או חלקי, בנסיבות המתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 9.** אובייקטים אזרחיים הם כל האובייקטים אשר אינם מטרות צבאיות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 10.** אובייקטים אזרחיים מוגנים מפני התקפה, אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם מהווים מטרות צבאיות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

התקפות חסרות הבחנה

כלל 11. התקפות חסרות הבחנה אסורות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 12. התקפות חסרות הבחנה הן:

- (א) התקפות שאינן מכוונות נגד מטרה צבאית מסוימת;
 - (ב) התקפות העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן לכוונם נגד מטרה צבאית מסוימת; או
 - (ג) התקפות העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן להגביל את השפעותיהם כנדרש על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי;
- ואשר מטבען, עקב כך, בכל אחד מן המקרים, לפגוע במטרות צבאיות ובאזרחים או באובייקטים אזרחיים ללא הבחנה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 13.** אין לבצע התקפות באמצעות הפצצה תוך שימוש באמצעים או בשיטות המתייחסים למספר מטרות צבאיות נפרדות ומובחנות הממוקמות בעיר, עיירה, כפר או אזור אחר המכיל ריכוז דומה של אזרחים או אובייקטים אזרחיים כאל מטרה צבאית יחידה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

מידתיות בהתקפה

כלל 14. אסורה התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

אמצעי זהירות בהתקפה

כלל 15. בניהול פעולות צבאיות, יש לנקוט זהירות מתמדת במטרה לחוס על האוכלוסייה האזרחית, על אזרחים ועל אובייקטים אזרחיים. יש לנקוט בכל אמצעי הזהירות בני הביצוע על-מנת להימנע ובכל מקרה למזער אובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים ונזק נלווה לאובייקטים אזרחיים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 16. על כל צד לסכסוך לנקוט בכל האמצעים בני הביצוע על-מנת לוודא כי המטרות הן מטרות צבאיות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 17. על כל צד לסכסוך לנקוט בכל אמצעי הזהירות בני הביצוע בבחירת אמצעי הלוחמה ושיטות הלוחמה במטרה למנוע ובכל מקרה למזער אובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים ונזק נלווה לאובייקטים אזרחיים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 18. על כל צד לסכסוך לנקוט בכל הפעולות בנות הביצוע על-מנת להעריך האם ניתן לצפות כי ההתקפה תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, לפגיעה נלווית של אזרחים, לנזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 19. על כל צד לסכסוך לנקוט בכל הפעולות בנות הביצוע על-מנת לבטל או להשעות התקפה אם מתברר כי המטרה אינה צבאית או שניתן לצפות כי ההתקפה תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, לפגיעה נלווית של אזרחים, לנזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 20. על כל צד לסכסוך לתת התראה מוקדמת יעילה בדבר התקפות העוללות לפגוע באוכלוסייה האזרחית, אלא אם הנסיבות אינן מתירות זאת. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 21. כאשר ניתן לבחור בין מספר מטרות צבאיות להשגת יתרון צבאי דומה, יש לבחור במטרה שניתן לצפות כי תקיפתה תגרום לסכנה המעטה ביותר לחיי אזרחים ולאובייקטים אזרחיים. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]

אמצעי זהירות כנגד תוצאותיהן של התקפות

כלל 22. על הצדדים לסכסוך לנקוט בכל אמצעי הזהירות בני הביצוע על-מנת להגן על האוכלוסייה האזרחית ועל אובייקטים אזרחיים שבשליטתם מפני תוצאותיהן של התקפות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 23. על כל צד לסכסוך להימנע, ככל שהדבר ניתן, ממיקומן של מטרות צבאיות בתוך אזורים צפופי אוכלוסין או בסמוך להם. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]
כלל 24. על כל צד בסכסוך להרחיק, ככל שהדבר ניתן, אזרחים ואובייקטים אזרחיים שבשליטתו מקרבתן של מטרות צבאיות. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]

בני אדם ומתקנים הזוכים להגנה ייחודית

סגלי ומתקני רפואה ודת

כלל 25. יש לכבד אנשי סגל רפואה המוקצים למשימות רפואיות באופן בלעדי ולהגן עליהם בכל מצב. ההגנה עליהם תיפסק אם הם מבצעים, מחוץ לתפקידם ההומניטרי, מעשים הפוגעים באויב. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 26. ענישה של אדם בגין ביצוע פעולות רפואיות העוללות בקנה אחד עם האתיקה הרפואית או אילוץ אדם העוסק בפעילויות רפואיות לעשות מעשים המנוגדים לכללי האתיקה הרפואית אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 27. בכל הנסיבות יש לכבד אנשי סגל דת שמשימתם הבלעדית היא דתית, ולהגן עליהם. הם יאבדו את ההגנה עליהם אם יבצעו, מחוץ לתפקידם ההומניטרי, מעשים הפוגעים באויב. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 28. בכל הנסיבות יש לכבד יחידות רפואה שמשימתן הבלעדית היא רפואית, ולהגן עליהן. הן יאבדו את ההגנה עליהן אם ייעשה בהן שימוש, מחוץ לתפקידן ההומניטרי, לביצוע מעשים הפוגעים באויב. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 29. בכל הנסיבות יש לכבד כלי תעבורה רפואיים, שהוקצו למשימות רפואיות באופן בלעדי, ולהגן עליהם. הם יאבדו את ההגנה עליהם אם ייעשה בהן שימוש, מחוץ לתפקידם ההומניטרי, לביצוע מעשים הפוגעים באויב. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 30. אין לכוון התקפות נגד אנשי סגל רפואה ודת או אובייקטים רפואיים ודתיים אשר מוטבעים עליהם סמלי ההבחנה של אמנות ג'נבה בהתאם למשפט הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

סגל סיוע הומניטרי ואובייקטים הקשורים לסיוע הומניטרי

כלל 31. יש לכבד אנשי סגל סיוע הומניטרי ולהגן עליהם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 32. יש לכבד אובייקטים המשמשים לצורך משימות סיוע הומניטרי ולהגן עליהם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

אנשי סגל ומתקנים המעורבים במשימות לשמירת השלום

כלל 33. אין לכוון התקפה על אנשי סגל ומתקנים המעורבים במשימות לשמירת השלום בהתאם למגילת האו"ם, כל עוד אלה זכאים להגנות המוקנות לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים במסגרת המשפט ההומניטרי הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

עיתונאים

כלל 34. יש לכבד עיתונאים אזרחיים העוסקים במשימות מקצועיות באזורים בהם מתרחש סכסוך מזוין ולהגן עליהם כל עוד אינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

אזורים מוגנים

כלל 35. אין לכוון התקפה על אזור שהוקצה לשמש כמקלט לפצועים, לחולים ולאזרחים מפני פגיעות מעשי האיבה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 36. אין לכוון התקפה על אזורים מפורזים עליהם הסכימו הצדדים לסכסוך. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 37. אין לכוון התקפה נגד מקומות לא מוגנים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נכסי תרבות

כלל 38. על כל צד לסכסוך לכבד נכסי תרבות:
(א) יש לנקוט משנה זהירות במהלך מבצעים צבאיים במטרה להימנע מגרימת נזק לבניינים המוקדשים לדת, אמנות, מדע, חינוך או מטרות צדקה וכן מונומנטים היסטוריים, אלא אם אלה מהווים אובייקטים צבאיים.
(ב) נכסים בעלי חשיבות רבה למורשתם התרבותית של העמים אינם יכולים להוות יעדים להתקפה אלא אם הדבר נדרש בשל צורך צבאי מוחלט.
[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 39. אין לעשות שימוש בנכסים בעלי חשיבות רבה למורשתם התרבותית של העמים למטרות ששביר כי יגרמו לחשיפתם להרס או לנזק, אלא אם הדבר נדרש בשל צורך צבאי מוחלט. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 40. על כל צד לסכסוך להגן על נכסי תרבות:

- (א) אסורים תפיסה, הרס או גרימה בזדון של נזק למוסדות המוקדשים לדת, צדקה, חינוך, אומנות ומדע, מונומנטים היסטוריים ויצירות אמנות ומדע.
(ב) אסורים כל צורה של גניבה, ביזה או ניצול לרעה וכל מעשי ונדלזים נגד רכוש בעל חשיבות גדולה למורשתם התרבותית של העמים.

[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 41. על המעצמה הכובשת למנוע יצוא בלתי חוקי של נכסי תרבות משטח כבוש, ועליה להחזיר רכוש שייצאוהו באורח בלתי חוקי לרשות המוסמכת של השטח הכבוש. [סכסוך בינ"ל]

מפעלים ומתקנים המכילים כוחות מסוכנים

כלל 42. יש לנקוט משנה זהירות אם מותקפים מפעלים ומתקנים המכילים כוחות מסוכנים, דהיינו סכרים, תעלות, או תחנות כוח גרעיניות לייצור חשמל, ומתקנים אחרים הממוקמים באותם מקומות או בקרבתם, על-מנת למנוע את שחרורם של כוחות מסוכנים ואת האבידות החמורות, הנובעות מכך, בקרב האוכלוסייה האזרחית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

הסביבה הטבעית

כלל 43. העקרונות הכלליים לניהול מעשי האיבה חלים לגבי הסביבה הטבעית:

- (א) אף חלק של הסביבה הטבעית לא יותקף אלא אם כן הוא מהווה מטרה צבאית.
(ב) הרס של חלק כלשהו של הסביבה הטבעית אסור, אלא אם כן הדבר נדרש בשל צורך צבאי מוחלט.
(ג) אין לפתוח בהתקפה נגד מטרה צבאית שניתן לצפות כי תגרום נזק לסביבה הטבעית, אשר יהיה מופרז ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי.

[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 44. יש לנקוט בשיטות ואמצעי לוחמה תוך התחשבות נאותה בהגנת הסביבה הטבעית ובשימורה. בניהול מבצעים צבאיים, יש לנקוט בכל אמצעי הזהירות בני הביצוע על-מנת להימנע ובכל מקרה למזער נזק נלווה לסביבה. היעדר ודאות מדעית לגבי השלכותיהם של מבצעים צבאיים מסוימים על הסביבה, אינו פוטר צד לסכסוך מהחובה לנקוט באמצעי זהירות מעין אלה. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]

כלל 45. אין לעשות שימוש בשיטות ובאמצעי לוחמה המיועדים לגרום נזק נרחב, ארוך-טווח וחמור לסביבה הטבעית או שניתן לצפות כי יגרמו לנזק כזה. אין להשתמש בהרס הסביבה הטבעית כנשק. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]

שיטות לוחמה ספציפיות

אי קבלת כניעה

כלל 46. הוראה שלא לקבל כניעה, איום על יריב בהוראה כזו או ניהול מעשי איבה על בסיס זה

- אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 47. התקפה על אנשים המוכרים כמי שיצאו ממעגל הלחימה אסורה. אדם שיצא ממעגל הלחימה הוא:
(א) כל מי שנמצא בידי צד יריב;
(ב) כל מי שהוא חסר יכולת להגן על עצמו בשל איבוד הכרה, אונייה טרופה, פציעה או מחלה; או
(ג) כל מי שביטא באופן ברור כוונה להיכנע ובלבד שהוא או היא נמנע/ת מכל מעשה איבה ואינו/ה מנסה להימלט.
[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 48. אסור להפוך אדם הצונח מכלי טיס במצוקה למטרה להתקפה במהלך צניחתו. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

הרס ותפיסת רכוש

- כלל 49.** הצדדים לסכסוך רשאים לתפוס ציוד צבאי השייך ליריב כשלל מלחמה. [סכסוך בינ"ל]
כלל 50. הרס או תפיסה של רכוש יריב אסורים, אלא אם הדבר נדרש בשל צורך צבאי מוחלט. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 51. בשטח כבוש:
(א) ניתן להחרים נכסי ציבור ניידים המשמשים לצורך פעולות צבאיות.
(ב) יש לנהל נכסי ציבור שאינם ניידים בהתאם לכלל זיקת ההנאה; ו
(ג) יש לכבד רכוש פרטי ואין להחרים, למעט במקרים שבהם הרס או תפיסה של רכוש כזה נדרשים בשל צורך צבאי מוחלט. [סכסוך בינ"ל]
כלל 52. ביזה אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

הרעבה וגנישה לסיוע הומניטרי

- כלל 53.** השימוש בהרעבת האוכלוסייה האזרחית כשיטת לוחמה אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 54. אסור לתקוף, להרוס, לסלק או להוציא מכלל שימוש אובייקטים החיוניים להשרדות האוכלוסייה האזרחית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 55. בכפוף לזכותם לפיקוח ושליטה, על הצדדים לסכסוך להתיר ולסייע למעבר מהיר וללא עיכוב של סיוע הומניטרי, לאזרחים הזקוקים לו, כאשר הסיוע נטול פניות מטבעו ומנוהל ללא הבחנה פסולה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 56. על הצדדים לסכסוך להבטיח את חופש התנועה של אנשי סגל הומניטרי מוסמכים, החיוני לביצוע תפקידם. ניתן להגביל את חופש התנועה שלהם באופן זמני רק במקרה של צורך צבאי מוחלט. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

הטעייה

- כלל 57.** תחבולות מלחמה אינן אסורות כל עוד הן אינן מפירות כלל מכללי המשפט ההומניטרי

- הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 58.** שימוש בלתי הולם בדגל הלבן של הפסקת אש אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 59.** שימוש בלתי הולם בסמלים המוכרים של אמנות גינבה אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 60.** שימוש בסמל ובמדים של האומות המאוחדות אסור, אלא כפי שאושר על-ידי הארגון. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 61.** אין לעשות שימוש בלתי הולם בסמלים אחרים המוכרים בינלאומית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 62.** שימוש בלתי הולם בדגלים, סמלים צבאיים, אותות או מדים של הצד היריב אסור. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]
- כלל 63.** שימוש בדגלים, סמלים צבאיים, אותות או מדים של מדינות ניטרליות או מדינות אחרות שאינן צדדים לסכסוך אסור. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]
- כלל 64.** אסורה הסכמה להשעיית הלחימה תוך כוונה להתקיף התקפת פתע את האויב המסתמך על ההסכם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 65.** אסור להרוג, לפצוע או ללכוד יריב על-ידי שימוש במעל. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

תקשורת עם האויב

- כלל 66.** מפקדים רשאים לקיים קשר בלתי עוין בכל אמצעי תקשורת. קשר כזה חייב להתבסס על תום לב. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 67.** דְּפָרִים (Parliamentaires) הם חסינים מפגיעה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 68.** מפקדים רשאים לנקוט באמצעי הזהירות הנדרשים על-מנת למנוע מנוכחותו של דְּפָר להוות סכנה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 69.** דְּפָרִים המנצלים את עמדת היתרון שלהם על-מנת לבצע מעשים המנוגדים למשפט הבינלאומי והמזיקים לצד היריב, מאבדים את חסינותם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלי נשק

עקרונות כלליים הנוגעים לשימוש בנשק

- כלל 70.** השימוש בשיטות ובאמצעי לוחמה שטבעם לגרום לפציעה נחוצה או לסבל מיותר אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 71.** השימוש בנשק חסר הבחנה מטבעו אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

רעל

- כלל 72.** השימוש ברעל או בכלי נשק מורעלים אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נשק ביולוגי

כלל 73. השימוש בנשק ביולוגי אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נשק כימי

כלל 74. השימוש בנשק כימי אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 75. אסור להשתמש באמצעים כימיים לדיכוי מהומות כשיטת לוחמה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 76. אסור להשתמש בקוטלי עשבים כשיטת לוחמה במידה שהם:
(א) מהווים מטבעם נשק כימי אסור;
(ב) מהווים מטבעם נשק ביולוגי אסור;
(ג) מכוונים כנגד צמחיה שאינה מהווה מטרה צבאית;
(ד) יגרמו לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי; או
(ה) יגרמו לנזק נרחב, ארוך-טווח וחמור לסיביבה הטבעית.
[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כדורים מתרחבים

כלל 77. השימוש בכדורים שמתרחבים או משתטחים בקלות בגוף האדם אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כדורים מתפוצצים

כלל 78. השימוש נגד אדם בכדורים שמתפוצצים בגוף האדם אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נשק שפגיעתו העיקרית היא פגיעה באמצעות חלקיקים בלתי ניתנים לגילוי

כלל 79. אסור השימוש בנשק שפגיעתו העיקרית היא פגיעה באמצעות חלקיקים שאינם ניתנים לגילוי בגוף האדם באמצעות צילומי רנטגן. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

מלכודות פתאים

כלל 80. אסור להשתמש במלכוד המחובר או המקושר בדרך כלשהי לאובייקטים או לבני אדם הזכאים להגנה מיוחדת במסגרת המשפט ההומניטרי הבינלאומי, או לאובייקטים שעשויים למשוך אזרחים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

מוקשים

כלל 81. כאשר נעשה שימוש במוקשים, יש לנקוט משנה זהירות על-מנת למזער את פגיעותיהם חסרות ההבחנה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 82. כאשר צד לסכסוך עושה שימוש במוקשים, עליו לתעד את מיקומם ככל שהדבר ניתן. [סכסוך בינ"ל/ החלות על סכסוך שאינו בינ"ל נתונה לוויכוח]
כלל 83. עם תום מעשי האיבה הפעילים, על צד לסכסוך שעשה שימוש במוקשים להסירם, או להופכם לבלתי מזיקים לאזרחים בדרך אחרת, או לסייע בהסרתם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלי נשק מבעירים

כלל 84. אם נעשה שימוש בכלי נשק מבעירים, יש לנקוט משנה זהירות על-מנת למנוע ובכל מקרה למזער אובדן נלווה של חיי אזרחים, פציעה נלווית של אזרחים ונזק נלווה לאובייקטים אזרחיים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 85. שימוש נגד בני אדם בכלי נשק מבעירים אסור, אלא אם כן לא ניתן להשתמש בנשק פוגעני פחות על-מנת להוציא אדם ממעגל הלחימה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נשק לייזר מעורר

כלל 86. אסור להשתמש בנשק לייזר שנועד ספציפית, כתפקידו היחיד בקרב או כאחד מתפקידיו בקרב, לגרום לעיוורון קבוע לאדם שאינו מצויד באמצעי הגנה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

היחס לאזרחים ולאנשים שיצאו ממעגל הלחימה

ערובות יסוד

כלל 87. אזרחים ואנשים שיצאו ממעגל הלחימה יזכו ליחס אנושי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 88. במהלך החלת המשפט ההומניטרי הבינלאומי, אסור לבצע הבחנה פסולה המבוססת על גזע, צבע, מין, שפה, דת או אמונה, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, עושר, הורתו של אדם או מעמד אחר, או כל אמת מידה דומה אחרת. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 89. אסור לרצוח. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 90. עינויים, יחס אכזרי ובלתי אנושי ופגיעות חמורות בכבוד האישי, במיוחד יחס משפיל ומבוזה, אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 91. עונשי גוף אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 92. הטלת מום, או חשיפתם של בני אדם לניסויים רפואיים או מדעיים או להליכים רפואיים שאינם נדרשים על-פי מצבם הבריאותי ואשר אינם עולים בקנה אחד עם סטנדרטים רפואיים מקובלים, אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 93. אונס וצורות אחרות של אלימות מינית, אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

- כלל 94.** עבדות וסחר בעבדים בכל צורותיהם, אסורים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 95. עבדות כפייה שיש בה משום התעללות או שאין תמורתה פיצוי, אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 96. לקיחת בני ערובה אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 97. השימוש במגנים אנושיים אסור. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 98. היעלמות כפויה אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 99. שלילה שרירותית של החירות אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 100. לא יורשע אדם ולא ייגזר דינו אלא במסגרת משפט הוגן המעניק את כל הערובות השיפוטיות. החיוניות [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 101. לא יואשם או יורשע אדם בעבירה פלילית בשל מעשה או מחדל שלא היוו עבירה פלילית על פי המשפט הלאומי או הבינלאומי בעת ביצועם; ולא יוטל עונש כבד יותר מהעונש שחל במועד בו בוצעה העבירה הפלילית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 102. לא יורשע אדם בעבירה אלא על בסיס של אחריות פלילית אישית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 103. ענישה קולקטיבית אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 104. יש לכבד את אמונותיהם ומנהגי דתם של אזרחים ושל אנשים שיצאו ממעגל הלחימה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 105. יש לכבד את חיי המשפחה ככל הניתן. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

מעמד לוחמים ושבויי מלחמה

- כלל 106.** על לוחמים להבחין עצמם מהאוכלוסיה האזרחית בשעה שהם עוסקים בהתקפה או בפעולה צבאית בהכנה להתקפה. אם הם אינם עושים כך, הם מאבדים את זכותם למעמד של שבויי מלחמה. [סכסוך בינ"ל]
כלל 107. לוחמים הנלכדים בעת שהם עוסקים בריגול לא יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה. אין להרשיעם ולגזור את דינם ללא משפט קודם. [סכסוך בינ"ל]
כלל 108. שכירי חרב, על-פי הגדרתם בפרוטוקול הנוסף הראשון, לא יהיו זכאים למעמד של לוחמים או של שבויי מלחמה. אין להרשיעם ולגזור את דינם ללא משפט קודם. [סכסוך בינ"ל]

הפצועים, החולים ונטרפי אניות

- כלל 109.** בכל מקרה בו הנסיבות מאפשרות זאת, ובמיוחד בתום האש, חייב כל צד לסכסוך לנקוט, ללא דיחוי וללא הבחנה פסולה, בכל הצעדים האפשריים על-מנת לחפש, לאסוף ולפנות את הפצועים, החולים וניצולי האניות שנטרפו. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 110. הפצועים, החולים וניצולי האניות שנטרפו יזכו, ככל הניתן מבחינה מעשית ובהקדם האפשרי, לטיפול ולתשומת הלב הרפואיים הנדרשים על-פי מצבם. לא תהיה ביניהם כל הבחנה המבוססת על נימוק שאינו רפואי, יהא אשר יהא. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 111. על כל צד לסכסוך לנקוט בכל האמצעים האפשריים על-מנת להגן על הפצועים, החולים ונטרפי אניות מפני יחס בלתי הולם ומפני ביזה של רכושם הפרטי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

המתים

- כלל 112.** בכל מקרה בו הנסיבות מאפשרות זאת, ובמיוחד לאחר תום האש חייב כל צד לסכסוך לנקוט ללא דיחוי בכל הצעדים האפשריים על-מנת לחפש, לאסוף ולפנות את המתים ללא הבחנה פסולה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 113.** על כל צד לסכסוך לנקוט בכל האמצעים האפשריים על-מנת למנוע ביזת גופות. השחתת גופות אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 114.** על הצדדים לסכסוך לעשות מאמץ לסייע להשבת שרידי חללים, על פי בקשת הצד אליו הם משתייכים או על פי בקשת קרוב משפחה שלהם. יש להשיב להם את חפציהם האישיים. [סכסוך בינ"ל]
- כלל 115.** יש להביא את המתים לקבורה בצורה מכובדת, לכבד את קבריהם ולשמרם כראוי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 116.** לשם זיהוי החללים, על כל צד לסכסוך לתעד כל מידע זמין, לפני הקבורה, ולסמן את מיקום הקברים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

נעדרים

- כלל 117.** על כל צד לסכסוך לנקוט בכל האמצעים בני הביצוע על-מנת לספק מידע אודות אנשים שדווחו כנעדרים כתוצאה מסכסוך מזוין, ועליו לספק לקרוביהם כל מידע הנמצא ברשותו בנוגע לגורלם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

בני אדם שחירותם נשללה

- כלל 118.** לבני אדם שחירותם נשללה יסופקו מזון, מים, ביגוד, מחסה וטיפול רפואי הולמים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 119.** נשים שחירותן נשללה תוחזקנה במגורים הנפרדים ממגורי גברים, למעט מקומות בהם משפחות משוכנות כיחידות משפחתיות, והן תהיינה תחת פיקוחן הישיר של נשים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 120.** ילדים שחירותם נשללה יוחזקו במגורים נפרדים ממגורי בוגרים, למעט במקומות בהם משפחות משוכנות כיחידות משפחתיות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 121.** בני אדם שחירותם נשללה יוחזקו במקומות מרוחקים מאזורי הקרבות, בהם מובטחות בריאותם וההיגיינה שלהם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 122.** ביזת רכושם הפרטי של בני אדם שחירותם נשללה אסורה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 123.** פרטיהם האישיים של בני אדם שחירותם נשללה יתועדו. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 124.**

- (א) בסכסוכים מזוינים בינלאומיים, תינתן לוועד הבינלאומי של הצלב האדום גישה סדירה לכל בני האדם שחירותם נשללה על-מנת לבדוק את תנאי כליאתם ולחדש את הקשר בין אנשים אלה לבין משפחותיהם. [סכסוך בינ"ל]
- (ב) בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים, רשאי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום להציע את שירותיו לצדדים לסכסוך, מתוך כוונה לבקר את כל בני האדם שחירותם

- נשללה מסיבות הקשורות בסכסוך, על-מנת לבדוק את תנאי כליאתם ולחדש את הקשר בין אנשים אלה לבין משפחותיהם. [סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 125.** בני אדם שחירותם נשללה יורשו להתכתב עם משפחותיהם, בכפוף לתנאים סבירים הנוגעים לתדירות ולצורך בצנזורה מטעם הרשויות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 126.** יש להתיר לאזרחים המוחזקים במעצר ולאחרים שחירותם נשללה מסיבות הקשורות בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי לקבל מבקרים, ובמיוחד אנשי משפחה קרובים, כל כמה שהדבר מעשי. [סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 127.** אמונותיהם ומנהגי דתם של בני אדם שחירותם נשללה יכובדו. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 128.**

- (א) שבווי מלחמה ישוחררו ויושבו למולדתם ללא דיחוי לאחר הפסקת מעשי האיבה הפעילים. [סכסוך בינ"ל]
- (ב) עצורים אזרחיים ישוחררו מיד לכשהסיבות שהצריכו את מעצמם יחדלו מלהתקיים, אך לכל המאוחר קרוב ככל הניתן לסיום מעשי האיבה הפעילים. [סכסוך בינ"ל]
- (ג) בני אדם שחירותם נשללה בהקשר לסכסוך מזוין שאינו בינלאומי ישוחררו מיד לכשהסיבות לשלילת חירותם יחדלו מלהתקיים. [סכסוך שאינו בינ"ל]
- ניתן להמשיך ולשולל את חירותם של בני האדם הנוכחים אם תלויים ועומדים נגדם הליכים פליליים או אם הם מרצים עונש שנגזר כחוק.

עקירה ועקורים

- כלל 129.**
- (א) הצדדים לסכסוך מזוין בינלאומי לא יגרשו או יעבירו בכפייה את האוכלוסייה האזרחית של שטח כבוש, כולה או חלקה, אלא אם כן בטחון האזרחים המעורבים או שיקולי הכרח צבאיים מחייבים זאת. [סכסוך בינ"ל]
- (ב) הצדדים לסכסוך מזוין שאינו בינלאומי לא יורו על עקירת האוכלוסייה האזרחית, כולה או חלקה, מסיבות הקשורות בסכסוך, אלא אם כן בטחון האזרחים המעורבים או שיקולי הכרח צבאיים מחייבים זאת. [סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 130.** מדינות לא תגרשנה או תעברנה חלקים מאוכלוסייתן האזרחית לתוך שטח הכבוש על ידיהן. [סכסוך בינ"ל]
- כלל 131.** במקרה של עקירה, יש לנקוט בכל האמצעים האפשריים על-מנת לדאוג שהאזרחים הנוגעים בדבר יתקבלו בתנאי שיוון, היגיינה, בריאות, ביטחון ותזונה משיערי רצון, ומבלי להפריד בין בני אותה משפחה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 132.** לעקורים הזכות לשוב מרצונם בבטחה לבתייהם או למקומות מגוריהם הרגילים מיד כאשר הסיבות לעקירתם חדלות מלהתקיים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 133.** זכויות הקניין של העקורים תכובדנה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

בני אדם אחרים להם מוקנית הגנה ספציפית

- כלל 134.** יש לכבד את צורכי ההגנה, הבריאות והסיוע הספציפיים של נשים שנפגעו מסכסוך מזוין. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
- כלל 135.** ילדים שנפגעו מסכסוך מזוין זכאים לכבוד ולהגנה מיוחדים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 136. אין לגייס ילדים לכוחות המזוינים או לקבוצות חמושות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 137. אין להתיר לילדים ליטול חלק במעשי איבה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 138. קשישים, נכים ותשושים שנפגעו מסכסוך מזוין זכאים לכבוד ולהגנה מיוחדים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

יישום

כיבוד המשפט ההומניטרי הבינלאומי

כלל 139. כל צד לסכסוך מזוין יכבד את המשפט ההומניטרי הבינלאומי ויבטיח את כיבודו על-ידי כוחותיו המזוינים ושאר יחידים או קבוצות הפועלים למעשה על-פי הוראותיו, בהנחייתו או בשליטתו. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 140. החובה לכבד את המשפט ההומניטרי הבינלאומי ולהבטיח את כיבודו אינה מותנית בהדדיות. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 141. כל מדינה תספק בעת הצורך יועצים משפטיים זמינים בכדי ליעץ למפקדי הצבא בדרגים המתאימים בדבר תחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 142. מדינות וצדדים לסכסוך יספקו לכוחותיהם המזוינים הכשרה בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 143. מדינות יעודדו את הוראת המשפט ההומניטרי הבינלאומי בקרב האוכלוסייה האזרחית. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

אכיפה של המשפט ההומניטרי הבינלאומי

כלל 144. מדינות לא יעודדו הפרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי על-ידי צדדים לסכסוך מזוין. עליהן להפעיל את השפעתן, במידת האפשר, על-מנת להפסיק הפרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]
כלל 145. מקום שאינו אסורות על-פי המשפט הבינלאומי, כפופות פעולות תגמול לוחמתיות לתנאים מחמירים. [סכסוך בינ"ל]
כלל 146. פעולות תגמול לוחמתיות נגד בני אדם המוגנים על-פי אמנות גינבה ואמנות ג'נבה אסורות. [סכסוך בינ"ל]
כלל 147. פעולות תגמול נגד אובייקטים המוגנים על-פי אמנות גינבה ואמנות האג בדבר ההגנה על נכסי תרבות, אסורים. [סכסוך בינ"ל]
כלל 148. לצדדים לסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים אין זכות לנקוט בפעולות תגמול לוחמתיות. אמצעי-נגד אחרים כלפי בני אדם אשר אינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה או חדלו מליטול בהם חלק ישיר, אסורים. [סכסוך שאינו בינ"ל]

אחריות ופיצויים

כלל 149. מדינה נושאת באחריות לכל הפרות המשפט ההומניטרי הבינלאומי שניתן ליחס לה, וביניהן:

- (א) הפרות שבוצעו בידי זרועותיה, כולל כוחותיה המזוינים;
- (ב) הפרות שבוצעו בידי בני אדם או ישויות שבידיהם הופקד ביצוע פעולות מסוימות שבסמכות ממשלתית;
- (ג) הפרות שבוצעו בידי יחידים או קבוצות הפועלים למעשה על-פי הוראותיה, בהנחייתה או בשליטתה; ו
- (ד) הפרות שבוצעו בידי יחידים או קבוצות, בהן היא מכירה ואתן היא מאמצת כמעשה שלה.

[סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 150. מדינה הנושאת באחריות להפרות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי נדרשת להעניק פיצוי מלא בגין האובדן או הפגיעה שנגרמה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

אחריות אישית

כלל 151. יחידים נושאים באחריות פלילית על פשעי מלחמה שהם מבצעים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 152. מפקדים וממונים אחרים נושאים באחריות פלילית על פשעי מלחמה שמבצעים מכוח פקודותיהם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 153. מפקדים וממונים אחרים נושאים באחריות פלילית על פשעי מלחמה שמבצעים הכפופים להם אם הם ידעו, או היו צריכים לדעת שהכפופים להם עומדים לבצע או מבצעים פשעים אלה ולא נקטו בכל הצעדים הנדרשים והסבירים במסגרת סמכותם בכדי למנוע את ביצועם, או במידה ופשעים כאלה בוצעו, להעניש את האחראים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 154. כל לוחם חייב לסרב לפקודה בלתי חוקית בעליל. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 155. ציות לפקודה של ממונה אינה פוטרת את הכפוף לו מאחריות פלילית, אם הכפוף לו ידע כי המעשה שצווה לבצע היה בלתי חוקי או אם צריך היה לדעת זאת בשל אופיו הבלתי חוקי של המעשה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

פשעי מלחמה

כלל 156. הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי מהוות פשעי מלחמה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 157. למדינות הזכות להעניק סמכות שיפוטית אוניברסאלית לגבי פשעי מלחמה לבתי המשפט במדינתם. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 158. מדינות יחקרו פשעי מלחמה שבוצעו לכאורה בידי נתיניהן או בידי כוחותיהן המזוינים, או בשטחן, ויעמידו, אם ראוי לעשות כן, את החשודים לדין. כמו כן עליהן לחקור פשעי מלחמה אחרים עליהם חלה הסמכות השיפוטית שלהן ובמידת הצורך, להעמיד לדין את החשודים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 159. בתום מעשי האיבה, יפעלו הרשויות שבשלטון להעניק את החנינה האפשרית הרחבה ביותר לבני אדם אשר השתתפו בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי, או לאלה מהם נשללה חירותם מסיבות הקשורות לסכסוך המזוין, למעט בני אדם החשודים בביצוע פשעי מלחמה, המואשמים בביצועם או שהוטל עליהם גזר דין בגין ביצועם. [סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 160. חוקי התיישנות לא יחולו על פשעי מלחמה. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]

כלל 161. על מדינות לעשות כל מאמץ על-מנת לשתף פעולה ביניהן, ככל שהדבר אפשרי, כדי לסייע בחקירת פשעי מלחמה ובהעמדה לדין של החשודים. [סכסוך בינ"ל/סכסוך שאינו בינ"ל]