

# הגבלות על כלי נשק: בין דיני נשק לדיני בקרת נשק

מאת

**איתן ברק**

תדפיס מתוך:

**משפט בינלאומי**

**רופי סיבל ויעל רונן**

מהדורה שלישית



המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר  
האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים



## הגבלות על כלי נשק: בין דיני נשק לדיני בקרת נשק

### איתן ברק

#### 26.1 מבוא

משחר ימי ההיסטוריה בקשה האנושות למתן את זוועות המלחמה, בין השאר, באמצעות הגבלה ובקרה של החימוש אשר בידי הצדדים הלוחמים.<sup>1</sup> ההתקדמות הטכנולוגית הביאה להגברת פוטנציאל ההרס של החימוש והמהפכה התעשייתית אחראית לזמינותו הרבה. לפיכך, הגבלות או איסורים על שימוש באמצעי לחימה מסוימים הפכו לנושא שכיח בסדר היום העולמי מאמצע המאה התשע-עשרה ואילך, וחוקרים משתי דיסציפלינות (משפט בינלאומי ויחסים בינלאומיים) עוסקים בו.<sup>2</sup> במסגרת המשפט הבינלאומי דיני הנשק (The Law of Weaponry) הם חלק מדיני המלחמה (המשפט ההומניטארי).<sup>3</sup> במסגרת היחסים הבינלאומיים תחום המחקר הוא

- 1 כבר במאה השישית לפני הספירה גובש בוועידת השלום בסין הסכם בק"ן רב צדדי ובו הוסכם על "הפסקת החימוש" בלא פירוט סוג החימוש. A DOCUMENTARY HISTORY OF ARMS CONTROL AND DISARMAMENT 3 (Trevor N. Dupuy and Gay M. Haammerman eds., 1973). איסור ידוע יותר מיוחס למועצה הלטרנאית השנייה (Lateran Council) ולאפיפיור אינוקנטיוס ה-II אשר ב-1139 הטילו נידוי בנוגע לנשק האולטימטיבי של המאה השתים-עשרה: רובה קשת (crossbow). W.Hays. Parks, *Conventional Weapons and Weapons Review* 8 YRBK INT'L HUMANITARIAN L. 55, 61-62 (2005).
- 2 על החפיפה הרבה בין הדיסציפלינות ניתן ללמוד, למשל, מסקירת ספרי הלימוד בשני התחומים. ראו, Jozef Goldblat, *Arms Control: A Guide to Negotiations and Agreements* chp. 17 (2002). או באיסור מוקשי נגד אדם (נ"א) אצל צ'רלס קגלי ויוג'ין ויטקופף הפוליטיקה העולמית: מגמות ותמורות 541 (מהדורה שביעית, 2002, מאנגלית: חדוה ארליך), והשווה ל- Ingrid Detter, *The Law of War* chp. 7 (2<sup>nd</sup> ed., 2000); וכן Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* chp. 3, 7 (2<sup>nd</sup> ed., 2010); Bill Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict* (2009); Bill Boothby, *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors* chp. 5 (2014).
- 3 ענף זה כולל בחובו גם את העיסוק בשיטות לחימה (methods of warfare) אלא שדומה כי בהשוואה להגבלות על הן נשק נדחקו לקרן זווית מבחינת תשומת הלב המחקרית. Greenwood, *Essays on War in International Law* chp. 7 (2006). לשיטות לחימה רק שלושה מתוך למעלה מ-50 עמודים בפרק המוקדש ל"דיני נשק". Christopher Greenwood, *Essays on War in International Law* chp. 7 (2006). שיטות לחימה חורגות מגדר פרק זה.

פירוק נשק ובקרת נשק (Arms control and disarmament) (להלן – פר"ן-בק"ן).<sup>4</sup> לחפיפה זו היו בעבר השלכות מעשיות שכן הליכי אימוץ מסמכים משפטיים המוגדרים כהסכמי בקרת נשק שונים מההליכים לאימוץ מסמכים המוגדרים כעוסקים במשפט הומניטארי.<sup>5</sup>

## 26.2 דיני נשק

### 26.2.1 תכלית הדינים

דיני נשק הם העקרונות והכללים המשפטיים המסדירים הן את השימוש באמצעי הלחימה (אין מאבחנים בהקשר זה בין כלי נשק לתחמושת) והן את שיטות הלחימה. דיני נשק חותרים לשמר ערכים הומניטאריים מרכזיים בזמן מעשי העוינות כמניעת פגיעה בנמצאים מחוץ למעגל הלחימה ולהגביל נזקים צפויים למצויים במעגל זה באמצעות איסור מניעת גרימת סבל ונזק מיותר (שאינו משרת תכלית צבאית מועילה). יתרה מזאת, הדינים מחייבים שגם אם לפגיעה או להרס יש תכלית צבאית, יש לאזן בינה לבין ערכים הומניטאריים אחרים. לפיכך, הם אוסרים שימוש באמצעי לחימה מסוים לביצוע התקפה כאשר הפגיעה בערכים ההומניטאריים בגין השימוש בו עולה על היתרון הצבאי הצפוי מהפעלתו. העיקרון שביסוד פעולתם נזכר עוד בכתבי גרוטיוס<sup>6</sup> והוצהר בתקנה 22 לאמנת האג מ-1907 בדבר כלליה ונהגיה של המלחמה ביבשה (להלן – אמנת האג)<sup>7</sup> לפיו "אין לצדדים הלוחמים זכות בלתי מוגבלת לברור להם את אמצעי הפגיעה באויב" בהתאמה, מחייב סעיף 36 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה מיום 12

4 בהתאם להגדרה הרחבה אשר אימץ קרופט, למשל, תחום פירוק ובקרת הנשק כולל חמש קטגוריות כאשר הגבלות על אמצעי לחימה מצויות במסגרת הקטגוריה בדבר "בקרת נשק ליצירת נורמות התנהגות". STUART CROFT, STRATEGIES OF ARMS CONTROL: A HISTORY AND TYPOLOGY (1996). ברם, יש שאימצו הגדרות צרות למדי והם מאבחנים בין בקרת נשק לדיני נשק ואף בין בקרת נשק לפירוקו. לשלל הגדרות שונות של מושג בקרת הנשק ראו, למשל, מיכה בר בקרת נשק וביטחון לאומי לדיון עדכני במצב התיאוריה וטענה כי אבד הכלל על המונח "בקרת נשק" ראו, למשל, Neil Cooper and David Mutimer, *Arms Control for the 21st Century: Controlling the Means of Violence*, in RECONCEPTUALISING ARMS CONTROL CONTROLLING THE MEANS OF VIOLENCE 1 (Neil Cooper & David Mutimer eds., 2012). לדידם יש להחליפו במונח "בקרה על אמצעי אלימות (CMV) – Controlling the Means of Violence" – מונח אשר להבדיל מן המונח הקלאסי לעיל, חובק לוחמת סייבר, מתאבדים ואמצעי לחימה נוספים.

5 לכן, למשל, התנגדו בשנות השבעים המעצמות הצבאיות לדיון בהגבלות על אמצעי לחימה במסגרת הוועידה הדיפלומטית אשר גיבשה הפרוטוקולים הנוספים לאמנת ג'נבה. הן טענו שהפורום הנאות לדיון הוא ועדת האו"ם דאז לבק"ן (Conference of the Committee of Disarmament – CCD), שכן שם מובאים בחשבון, בצד שיקולים הומניטאריים, גם שיקולים של ייצור ואגירת כלי הנשק. Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons (Lugano, 28.1–26.2.1976) ICRC Report 5 (1976) (להלן – דו"ח לוגאנו). ברם, מאחורי התנגדותן עמדה העובדה כי בעוד שבוועידה הדיפלומטית נדרש רוב של שני שלישים ולכן ניתן היה לאמץ החלטה בניגוד לרצונן של המעצמות, ב-CCD נדרש קונצנזוס לקבלת החלטה.

6 לכן, ראו Bill Boothby, *The Law of Weaponry: Is It Adequate?*, in INTERNATIONAL LAW AND ARMED CONFLICT: EXPLORING THE FAULTLINES: ESSAYS IN HONOUR OF YORAM DINSTEIN, 297, 298 (Michael Schmitt and Jelena Pejic eds., 2007).

7 לנוסח (לא פורמאלי) של האמנה בעברית ראו קובץ אמנות דיני מלחמה, עקד החוק הצבאי הפ/17-10 (1972), 25–11 (להלן – קובץ אמנות דיני מלחמה).

באוגוסט 1949 בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים מיום 8 ביוני 1977 (להלן – הפרוטוקול הראשון) “במחקר, בפיתוח, רכישה או אימוץ של כלי נשק, אמצעי או שיטות לחימה חדשים” לבחון האם השימוש בהם “בנסיבות מסוימות או בכולן” יעמוד בכללי המשפט הבינלאומי.<sup>8</sup> ברם, מאחר שפיתוח אמצעי לחימה נעשה תדיר בחשאי קשה להצביע בוודאות על מקרים בהם הופסק פיתוח נשק בשל תוצאות השימוש בו.<sup>9</sup> בנוסף, טמונה בעיה בעובדה כי מדינה המפתחת או הרוכשת היא גם זו האמונה על ביצוע הבחינה – מה שהביא לקריאה לכינון גוף בינלאומי לביצוע בחינה אובייקטיבית של תוכניות אלו.<sup>10</sup>

## 26.2.2 אמות המידה לבחינת חוקיות השימוש באמצעי לחימה

בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בנושא חוקיות השימוש או האיום בשימוש בנשק גרעיני מיולי 1996 (להלן פרשת חוקיות השימוש בנשק הגרעיני),<sup>11</sup> נקבע שחוקיות אמצעי לחימה באשר הם נבחנת בהתאם לשני עקרונות-מרכזיים (“cardinal principles” כלשון בית הדין).<sup>12</sup> כל אחד מהם מהווה אמת מידה עצמאית לאבחון בין נשק שהשימוש בו חוקי לבין נשק אשר השימוש בו בלתי חוקי, כלהלן: (א) עיקרון איסור גרימת סבל מיותר או נזק העולה על הנדרש (נוסח אנגלי וצרפתי בהתאמה) אשר ידוע גם כעיקרון האנושיות<sup>13</sup> (Principle of Humanity) ומטרתו לספק הגנה לנוטלים חלק בלחימה; (ב) עקרון ההבחנה (distinction or discrimination) בין מטרת אזרחיות לצבאיות אשר מטרתו לספק הגנה למי שאינם נוטלים חלק במעגל הלחימה (וליעדים אזרחיים). שני עקרונות אלה עומדים ביסוד האמנה בדבר איסורים ו [במקור “או”] הגבלות על השימוש בכלי נשק קונבנציונאליים מסוימים העשויים להיחשב כבעלי פגיעה קשה במיוחד או השפעות חסרות אבחנה (“The Convention on Certain Conventional Weapons – CCW) ואף משתקפים בכותרתה.<sup>14</sup> ברם, יישום עקרון הצורך הצבאי

8 לנוסח (לא פורמאלי) של הפרוטוקול בעברית ראו רותם גלעדי (עורך) פרוטוקולים נוספים לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 (2004).

9 על בעיית חשאיות פיתוח הנשק בהקשר זה ראו גם Antonio Cassese, *Means of Warfare: The Traditional and the New Law*, in THE NEW HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT 161, 178 (Antonio Cassese ed., 1991). תוכנית אשר ככל הנראה הופסקה על ידי משפטנים בגין אי-עמידת הנשק המפותח בדרישות דיני הנשק הייתה תוכנית אמריקאית מ-1962 לפיתוח פגזי פלאשט אשר חיציהם היו אמורים להימשח ברעל (The Sting Ray Program): ERIC PROKOSCH, THE TECHNOLOGY OF KILLING: A MILITARY AND POLITICAL HISTORY OF ANTIPERSONNEL WEAPONS 79 n. 65 (1995).

10 DINSTEN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 88

11 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion (1997), 1996 I.C.J. 226 (להלן – פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני).

12 שם, בפס' 78. בנוסף לשני עקרונות אלה נטען כי: “The Court Identified a third fundamental principle: the principle of neutrality, whereby (*inter alia*) the effects of weapons must be contained within the territories of the belligerent States” (להוסיף להערתו נשק ביולוגי) “[t]his principle has only very limited significance for the use of GREENWOOD. weapons other than nuclear weapons...” לעיל ה"ש 3, בעמ' 252.

13 לכינוי ראו למשל UN Doc. A/9215 (Vol. I) בפס' 146.

14 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects 1980, 1342 U.N.T.S., כ"א 46, 1 (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1995). כותרת האמנה מטעה שהרי אם כלי

(military necessity), אשר רק בחסותו מותרת פגיעה ולו מזערית באינטרסים הומניטאריים<sup>15</sup>, בהקשר חוקיות אמצעי לחימה הוא בעייתי למדי שכן כל אמצעי הלחימה ובכלל זה אלו הנתפסים כלגיטימיים למדי יכולים לגרום סבל רב וכולם בני-הפעלה באופן חסר הבחנה. כך, למשל, ניתן באמצעות סכין לפגוע באזרח וניתן לנעוץ אותה בקורבן שוב ושוב ולגרום לו בכך סבל מיותר.<sup>16</sup>

### 26.2.2.1 איסור שימוש באמצעי לחימה הגורמים סבל מיותר או נזק שלא לצורך

כבר במסגרת המדריך הצבאי הראשון, אשר חיבר ב-1863 ד"ר פרנסיס ליבר לצבא ארצות הברית, נאסרה במפורש גרימת סבל לשם סבל.<sup>17</sup> קישור זה בין גרימת סבל ללוחמים לבין צורך צבאי שרק בגינו גרימת סבל תוצדק הובהר בדצמבר 1868 במסגרת הצהרת סט פטרבורג – ההסכם המוסכם הראשון לאיסור שימוש באמצעי לחימה מסוים – כהאי לישנא: "...שהשימוש בכלי נשק המחמירים ללא צורך את סבלותיהם של האנשים שהוצאו מכלל כושר פעולה או ההופכים את מותם לבלתי נמנע יש בו משום אמצעי-יתר לגבי השגת מטרה זו. ושהשימוש בכלי נשק כאלה על כן נוגד את כללי האנושות".<sup>18</sup>

ב-1874, במסגרת הניסיון המודרני הראשון לבצע קודיפיקציה של דיני המלחמה ("הצהרת בריסל") כבר נאסר במיוחד "שימוש בכלי נשק, קליעים וחומרים המיועדים לגרום לסבל מיותר".<sup>19</sup> זהו מרכיב סובייקטיבי אשר הוסר עת מצא העיקרון ביטוי בסעיף 23(ה) לתקנות האג. אלא שהסיפא לסעיף בתרגום האנגלי מ-1907 לטקסט האותנטי הצרפתי, שבשתי גרסאות האמנה (1899 ו-1907) קובע איסור מיוחד לעשות שימוש בכלי נשק, בקליעים ובחומרים שטבעם לגרום לנזק העולה על הנדרש (*propres à causer des maux superflus*) קובע איסור שימוש בכלי נשק, בקליעים ובחומרים "calculated to cause unnecessary suffering". זהו תרגום אשר מצמצם בלא הסבר את האיסור על ידי הוספת מרכיב סובייקטיבי (כוונה או תכנון לגרום סבל מיותר) למקור הצרפתי לצד המרת הביטוי הצרפתי "נזק עודף" בביטוי "סבל מיותר" –

הנשק הנכללים בה אכן עונים לאחד משני העקרונות שהיא מביעה, אזי יש לאסור את השימוש בהם, בעוד שמרבית הפרוטוקולים במסגרתה מטילים הגבלות שימוש בלבד.  
 15 העיקרון בהלימה להגדרתו ב-1868 במבוא להכרזת סט פטרבורג כ"החלשת כוחותיו הצבאיים של האויב", זכה לכינוי "מבחן ההחלשה הצבאית". ראו, למשל, ארנה בן-נפתלי, יובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 148 (2006).

16 Hans Blix, *Current Efforts to Prohibit the Use of Certain Conventional Weapons*, 4 INSTANT RES. ON PEACE AND VIOLENCE 21, 25 (1974). אף נטען כי "when the effects of any weapon are described in detail a case could probably be made for its prohibition".

17 Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order No. 100, 24 Apr. 1863, Art. 16. Reprinted in THE LAWS OF ARMED CONFLICTS 3–21 (Dietrich Schindler and Jiri Toman eds., 4<sup>th</sup> ed., 2004).

18 מושא ההצהרה היו קליעים הטעונים חומר נפיץ או דליק במשקל פחות מ-400 גרם. אלה טרם הופיעו בשדות הקרב. אך, היה ברור לנוכחים (אנשי צבא) כי שימוש בהם יגרום בעתיד סבל רב שלא לצורך. ההצהרה ראו Grammes Weight (Dec. 11, 1868) (להלן – הצהרת פטרבורג); Schindler and Toman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 91. לנוסח עברי ראו קובץ אמנות בינלאומיות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.

19 Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War Brussels (Aug. Schindler and Toman; 27, 1874), art. 13(e), לעיל ה"ש 17, בעמ' 21, 24.

המרה נטולת משמעות מעשית רבה.<sup>20</sup> התרגום הקלוקל עיקר למעשה את האיסור מתוכנו שכן היה ניתן להכשיר בחסותו כמעט כל אמצעי לחימה. לפיכך, כאשר גיבשה הוועדה הדיפלומטית באמצע שנות השבעים של המאה העשרים את הפרוטוקולים הנוספים נדחה התרגום האנגלי ונקבע בסעיף 35(2) לפרוטוקול הראשון איסור שימוש "בכלי נשק, קליעים ובחומרי ושיטות לחימה שטבעם לגרום לנזק עודף או לסבל מיותר" (הדגשה – א' ב'). הטעם לשילוב הביטוי "סבל מיותר" המופיע בטקסט האנגלי בתוך הנוסח הצרפתי, הוא שדווקא הביטוי "סבל מיותר" חזר והופיע בפרקטיקה של המדינות ותפש לו מעמד משל עצמו – כפי שמשתקף במדריכים הצבאיים השונים אשר בחרו בשני הביטויים גם יחד.<sup>21</sup> גם בפרוטוקול הראשון ובחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי (International Criminal Court – ICC) (להלן – חוקת רומא)<sup>22</sup> מופיעים שני הביטויים.<sup>23</sup>

ברם, חרף דחיית התרגום האנגלי בפרוטוקול, יש עדיין מעצמות צבאיות הדבקות – משיקולים פוליטיים ברורים – בשילוב האלמנט הסובייקטיבי (תכנון הסבל המיותר) באיסור, כפי שהודגם בטיעוני ארצות הברית בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני בתגובה לטענה כי נשק זה גורם לסבל מיותר בגין ההשפעות הקיצוניות של חום וקרניה.<sup>24</sup> גם בהתאם לנוסח הפרוטוקול ה-I ישנה בעייתיות רבה בקביעה איזה סוג נזק יקבע כ"עודף" ואיזה סבל יחזק כ"מיותר" שכן פגיעת כלי נשק אפקטיבי תמיד תסתיים בסבל הנפגע. בועידת האג הראשונה ב-1899 התקבלה הצהרה בדבר איסור על שימוש בכדורים מתרחבים או משתטחים בנקל (האיסור הידוע בדבר שימוש בכדורי "דום-דום") מן הטעם שהם גורמים לנפגע נזק עודף בהשוואה לנזק הנגרם מכדור "רגיל".<sup>25</sup>

כפי שמדגים איסור זה, כל אימת שאמצעי לחימה גורם סבל או נזק רב יותר בהשוואה לאמצעים זמינים אחרים ובה בעת אין השימוש בו מקנה יתרון צבאי על אותם אמצעים, יש להימנע משימוש בו. קל וחומר שאין לתכנן אמצעי לחימה או שינוי אמצעי קיים לשם גרימת

20 במקור הנוסח הנדרש היה "To employ arms, projectiles, or material of a nature to cause superfluous injury". להיעדר הסבר לשינוי ראו, למשל Frits Kalshoven, *Arms, Armaments and International Law*, 19 RECEUIL DES COURS 181, 217 (1985).

21 ס' 1 ו-3 למדריך הצבאי הקנדי, ס' 402 למדריך הצבאי האוסטרלי, ס' 402 למדריך הצבאי הגרמני וס' 34 למדריך הצבאי האמריקאי אצל מייקל בן דוד הילה ואדלר מדריך משווה לדיני המלחמה 34–36 (2003). ראו גם ס' 1803 (1) למודל המדריך הצבאי שהציע הצלב האדום ב-1999, שם.

22 Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 3 (להלן – חוקת רומא) ס' 8(2)(b)(xx).

23 לדיון בגרסאות השונות שהוצעו לסעיף 35 (2) לפרוטוקול הראשון ראו, ICRC, *Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects* (Report of the Work of Expert) Geneva 12 (1973) (להלן – דו"ח הצלב האדום).

24 ראו U.S. Written Statement 28–29 (June 1995). לטענות מדינות בדבר הפרת העיקרון ראו, למשל, Mexico Written Statement, 13 (June 1995); Sweden Written Statement 5 (June 1995).

25 Declaration on the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body, Schindler and Toman; 1899 (No. IV, 3), לעיל ה"ש 17, בעמ' 99; לפיתוח הכדורים והרקע ביסוד ההצהרה ראו E.M. Spiers, *The Use of the Dum-Dum in Colonial Warfare*, 4 J. OF IMPERIAL AND COMMONWEALTH HISTORY 3 (1975).

סבל מיותר או נזק עודף.<sup>26</sup> משמע, יישום העיקרון כרוך ביצירת השוואה מסוימת בין רמת הפגיעה או הסבל שיגרם (השיקול ההומניטארי) לבין דרגת הצורך ביסוד הבחירה באמצעי לחימה מסוים (השיקול הצבאי).

דא עקא, כמו שהסתבר במסגרת דיוני מומחים בשנות ה-70 להטלת הגבלות על אמצעי לחימה קונבנציונליים מסוימים הגורמים סבל מיותר או בעלי השפעה חסרת אבחנה (להלן – דיוני המומחים בשנות השבעים של המאה העשרים) – דיונים שנערכו כחלק מהמאמץ הדיפלומטי שהניב לבסוף את הפרוטוקולים הנוספים – יש קושי רב ביישום משוואה זו לעיל בין השיקול ההומניטארי לצבאי שכן צדדיה שונים לחלוטין זה מזה ובעיקר, אינם ניתנים לכימות.<sup>27</sup> אפילו כימות הסבל האמור להיגרם בשל פגיעת אמצעי לחימה התגלה בדיונים כיעד שאינו בר השגה,<sup>28</sup> בעוד אמות מידה שהיו מקובלות בעבר למדידת סבל נמצאו לקויות.<sup>29</sup> לפיכך, יזם ב-1997 הצלב האדום את פרויקט SIrUS (Superfluous Injury or Unnecessary Suffering) אשר – בהתבסס על מאגר נתונים נרחב שקובץ<sup>30</sup> – נועד להביא את הקהילה הבינלאומית להסכים על אמות מידה אובייקטיביות אשר יאפשרו לקבוע האם טבעו של אמצעי לחימה מסוים (השפעות מותנות תכנון) הוא גרימת סבל מיותר או נזק עודף.<sup>31</sup> אולם, הפרויקט, אשר הציע אמות מידה חילופיות, הושעה ב-2001 בגין גלי ביקורת.<sup>32</sup>

יתר על כן, גם אם תגובת הסכמה על כימות סבל הרי – כהדגשת המדינות הגרעיניות ותומכיהן בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני – גם בחינת השפעתו של אמצעי הלחימה ביחס לאמצעים אחרים זמינים ובני השוואה והצורך הצבאי בשימוש באמצעי זה מהווים מבחנים קשים ליישום.<sup>33</sup> בית הדין עצמו לא פירט את האופן בו הבין את העיקרון בדבר איסור שימוש באמצעי לחימה הגורם סבל מיותר או נזק עודף, אולם השופטת רוזלין היגינס בחוות דעתה החולקת קבעה כי גם אם ניכר בעליל שתקיפת מטרה לגיטימית תגרור סבל רב לנוטלים

26 זאת בהלימה לתפישה שאם ניתן להוציא לוחם ממעגל הלחימה באמצעות שבוי, אין לפוצעו ואם הוצאתו ממעגל הלחימה מחייבת פציעתו, יש להימנע מפגיעות חמורות. Blix, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25.  
 27 Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons (Lucerne, 24.9-18.10.1974) ICRC Report 9 (1975) (להלן – דו"ח לוצרן).  
 28 להצהרת המומחים הרפואיים בסיום ועידת לוגאנו בנושא זה ראו דו"ח לוגאנו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 140.  
 29 היה מקובל כי רמת סבל נגזרת מהשוואת רמת הכאב בגין פגיעת הנשק, רמת הנכות/עיוות הצורה (disability/disfigurement) הנותרת לטווח ארוך בגין הפגיעה, וסבירות המוות (mortality rate or probability of death) כתוצאה מן הפגיעה. לשימוש באמות מידה אלו עוד לפני מלחמת העולם II ראו AUGUSTIN M. PRENTISS, CHEMICALS IN WAR; A TREATISE ON CHEMICAL WARFARE 679 (1937).  
 30 לאופן איסוף הנתונים ראו Robin Coupland and Peter Herby, *The SIrUS Project and Reviewing the Legality of New Weapons*, 835 INT. REV. RED CROSS 583, 586 (1999).  
 31 THE SIRUS PROJECT: TOWARDS A DETERMINATION OF WHICH WEAPONS CAUSE SUPERFLUOUS INJURY OR UNNECESSARY SUFFERING 7 (Robin M. Coupland ed., 1997).  
 32 לניתוח וביקורת על הפרויקט (ארצות הברית, למשל, טענה שהארגון נעדר מומחיות, מנדט ובסיס משפטי להתערבות בנושא אמצעי לחימה) ראו Donna Marie Verchio, *Just Say No! The SIrUS Project: Well-Intentioned, But Unnecessary and Superfluous*, 51 AIR FORCE L. REV. 183, 203–215 (2001); Andrew Koch, *Should War Be Hell?*, JANE'S DEFENSE WEEKLY 23 (May 10, 2000).  
 33 ראו, למשל, תגובת הולנד Russia Written Statement 7–8 (June 1995) ורוסיה Netherland Written Statement 12–14 (June 1995).

חלק בלחימה אין בכוח איסור גרימת סבל מיותר כשלעצמו לשלול את חוקיותה כל עוד לא שוקללו שאר המרכיבים.<sup>34</sup>

### 26.2.2.2 איסור שימוש באמצעי לחימה אשר להם השפעות חסרות אבחנה

בשונה מן הדרישה כי על הצדדים היריבים לבחור באמצעי לחימה אשר ימנעו סבל עודף או נזק מיותר, הדרישה כי אמצעי הלחימה אשר יופעלו בעימות יאפשרו, כשלעצמם, אבחנה בין מטרת צבאית לאזרחיות, בני אדם ואובייקטים כאחד, לא צוינה במפורש באמנות. משפטנים הצביעו כסימוכין לדרישה זו על העיקרון הכללי המצוי במבוא הצהרת סט' פטרבורג לפיו המטרה החוקית של מדינות בשעת מלחמה היא "החלשת כוחותיו הצבאיים של האויב" (to weaken the military forces of the enemy).<sup>35</sup> משמע, איסור כיוון אמצעי לחימה לעבר יעדים אזרחיים.

ברם, כבר במפגש המומחים הראשון ב-1973 במסגרת דיונים המומחים בשנות השבעים של המאה העשרים הוסכם כי אין להסיק מעיקרון זה איסור על שימוש בכלי נשק אשר בעצם הפעלתו כלפי מטרת צבאית יש סיכון לנזק אגבי (collateral damage) לאזרחים או רכוש אזרחי.<sup>36</sup>

כעיקרון הוסכם כבר אז כי איסור זה מתייחס על פי רוב לשיטות לוחמה או לאופן השימוש בנשק. אולם המומחים סברו כי במספר מקרים אמצעי לחימה כשלעצמם יכולים אכן להיות בלתי מאבחנים מטבעם ובמקרים אחרים לאופן השימוש המקובל ("normal or typical use") בהם יש השפעות חסרות אבחנה.<sup>37</sup> אמצעי לחימה אשר להם אזור פגיעה נרחב כונו נשקי שטח (area weapons), להבדיל מנשקים מכוונים (point weapons) – אמצעי לחימה שלהם אזור פגיעה מצומצם ולפיכך לא נשקף מהם סיכון רב למי שאינם מעורבים בלחימה. אך, נוכח ההבנה שכל אמצעי הלחימה ניתנים לשימוש בדרך שאינה מאבחנת נדחה לבסוף מבחן השימוש המקובל והעיקרון צומצם לאיסור אמצעי לחימה שאינם בני הכוונה מדויקת כלפי מטרת צבאית – כמשתקף בסעיף 51(4) לפרוטוקול הראשון בדבר איסור התקפות חסרות אבחנה.<sup>38</sup>

34 מאזן משוקלל זה, הבהירה, מבהיר מדוע מדינות הגיעו להסכמה על איסור שימוש בכדורי דום-דום בעוד כלי נשק אחרים הגורמים משמעותית סבל רב יותר לא היו מושא לאיסור ספציפי או נתפסו כאסורים בפרקטיקה. חוות דעתה החולקת של השופטת היג'נס בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 14–17.

35 (ההדגשה שלי) הצהרת סט פטרבורג, לעיל ה"ש 18, מבוא, בפס' 2. להצבעה על המבוא להצהרה כסימוכין ראו, למשל, Blix, לעיל ה"ש 16, בעמ' 16. ראו גם חוות דעתה של השופטת היג'נס, שם, בפס' 24.

36 ראו דו"ח הצלב האדום, לעיל ה"ש 23, בעמ' 13. מקץ שני עשורים ויותר, כאשר טענו מדינות רבות בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני כי כל שימוש בנשק גרעיני הוא בגדר התקפה בלתי מבחינה שכן יגרום בהכרח פגיעה באזרחים, מיהרה אכן ארצות הברית להבהיר נקודה זאת. לטענת המדינות ראו, למשל, Egypt Written Statement 12 (June 1995); India Written Statement 3–4 (June 1995). לתגובת ארצות הברית ראו U.S. Written Statement 22 (June 1995); ראו גם את הצהרת בריטניה בסוגיה UK Written Statement 52–3 (June 1995).

37 ראו דו"ח הצלב האדום, לעיל ה"ש 23, בעמ' 13–14.

38 לשיבות הסעיף המוגדר כדקלרטיבי ראו COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 616 para. 1931 (Y. Sandoz, C.



סעיף 51(4)(ג) מגדיר התקפות חסרות הבחנה כאלו שבהן לא ניתן להפעיל את כלי הנשק, ככל שהדבר נוגע להשפעתם בזמן ובמרחב, בדיוקנות מספקת או בת חיזוי כנגד המטרה שנבחרה. אולם, כבר בעת ניסוחו חששו המדינות הגרעיניות כי בבוא היום הוא ישמש סימוכין לניסיון איסור שימוש בנשק גרעיני. לטענתן, אין משמעות סעיף משנה זה כי יש בנמצא אמצעי לחימה אשר השימוש בהם יהווה התקפה חסרת הבחנה בכל הנסיבות.<sup>39</sup> מחברי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום הסכימו כי אכן לרוב אופי חסר הבחנה של התקפה אינו מותנה בטבע אמצעי לחימה המעורבים כי אם באופן שבו אלו הופעלו. אולם, הם התעקשו כי ישנם מספר אמצעי לחימה אשר מטבעם הם בעלי השפעה חסרת הבחנה כדוגמת נשק ביולוגי.<sup>40</sup> במקביל, מכיל סעיף 57(2)(א)(II) לפרוטוקול הראשון חובת התחשבות במידת הדיוק והטיווח בבחירת אמצעי לחימה.<sup>41</sup>

ב-1996 עלה לדיון יישום עקרון-על זה במסגרת פרשת חוקיות הנשק הגרעיני כאשר השופט היג'נס ציינה את האפשרויות שעלו בעבר למבחן הגדרת אמצעי לחימה כחסר הבחנה (טבעו למול מבחן השימוש המקובל) וסיכמה – ברוח הגישה המצמצמת – כי נשק יהיה בלתי חוקי כשלעצמו אם לא ניתן לכוונו למטרה צבאית בלבד. אולם – בדומה למחברי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לסעיף משנה 51(4)(ב) אשר כשלו להצביע כראוי על אמצעי לחימה שלא ניתן להגביל השפעתן כנדרש<sup>42</sup> – נאלצה היג'נס להכיר כי זוהי הגדרה רחבה למדי אשר אינה פוסלת אף שימוש בכלי נשק גרעיניים כשלעצמם בגין גיוון מערכות השיגור (לדוגמה, טורפדו בעל ראש נפץ גרעיני הניתן להכוונה כנגד מטרה צבאית טהורה כצוללת).<sup>43</sup>

לסיכום, אין פלא אפוא כי למעט חריגים בודדים, אמצעי לחימה אשר נתפסו כבעייתיים בהקשר עיקרון זה לא שימשו מושא לאיסור גורף כגורל אותם אמצעי לחימה ספורים אשר נתפסו כגורמי סבל מיותר, כי אם מושא להגבלות על אופן השימוש בלבד.<sup>44</sup> כך, למשל,

Swinarski, B. Zimmermann eds., 1987) (להלן – הפרשנות לפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה). על המחלוקת בסוגיה ראו Kalshoven, לעיל ה"ש 20, בעמ' 237.

39 לתיאור המחלוקת בדו"ח הוועדה שגיבשה את ניסוח הסעיפים להתעקשות המשלחות לתיעוד התנגדותן ראו הפרשנות לפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 622–623.

40 שם, בעמ' 623.

41 לאיפיון הסעיף (כמו גם סעיף 58) כמנהגי ראו The Prosecutor v. Kupreškić et al., IT-95-16-T. para. 524 (Jan. 14, 2000).

42 לשיטתם, האמצעים הרלוונטיים הם בעיקר טילים לטווח ארוך שאינם ברי הכוונה מדויקת למטרה וכדוגמה הצביעו על השימוש הגרמני בהם במלחמת העולם השנייה. אולם, גם ביחס לקטגוריית נשק זו, אשר משפטנים ישראלים בכירים הצביעו בהקשרה על השימוש העיראקי ב-1991, הכירו מחברי הפרשנות בכך שיתכן שזו אינה דוגמה ראויה נוכח המגמה בצבאות העולם – הגם שמשיקולים צבאיים גרידא – של הגברת דיוק אמצעי לחימה. הפרשנות לפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 621. לטענת המשפטנים הישראליים ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 15, בעמ' 152.

43 פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 34.

44 חריג כזה מהווה איסור השימוש בנשק כימי ובעיקר ביולוגי (שכן מאחורי איסור הראשון עמד גם הטיעון בדבר סבל מיותר) במסגרת פרוטוקול ג'נבה מ-1925. לדיון בטעמים לקבלת הפרוטוקול ראו, למשל, Baxter and Thomas Buerghenthal, *Legal Aspects of the Geneva Protocols of 1925*, 64 AM. J. INT'L L. 853, 857–862 (1970).

בוועידת השלום השנייה ב-1907 הדרישה לאסור את השימוש במוקשי מגע אוטומטיים תמימים נדחתה אך השימוש הוגבל לאלה שיהפכו עקרים תוך שעה מאובדן השליטה עליהם.<sup>45</sup> משעה שביית הדין הבינלאומי קיבל את העמדה כי נשק יחשב כנטול אבחנה רק אם השימוש בו בהכרח יגרום לאבידות אזרחיות, קשה להצביע על אמצעי לחימה מסוים כחסר אבחנה כשלעצמו. משום כך יזמו ארגוני החברה האזרחית – בשיתוף מדינות תומכות (like-minded) – שתי אמנות החותרות להכחדת שני אמצעי לחימה אשר להם (לשיטת אותם ארגונים ומדינות תומכות) השפעות חסרות הבחנה הגורמות לפגיעה קשה באזרחים: מוקשים נגד אדם (נ"א) והאמנה בדבר איסור שימוש, אגירה, ייצור והעברה של מוקשים נגד אדם והשמדתם שנפתחה לחתימה באוטווה ב-1997 (להלן – אמנת אוטווה)<sup>46</sup> ופצצות מצרר והאמנה לחימוש המצרר שנפתחה לחתימה באוסלו בדצמבר 2008 (להלן – אמנת אוסלו).<sup>47</sup> לשיטתם, מאחר ולרוב השימוש באמצעים אלה הינו שימוש חסר אבחנה, רק הכחדתם תבטיח היעדר שימוש כזה. בתור שכך, עסקינן בהסדרים הסכמיים שמקורם בכישלון המדינות לתת משקל ראוי לאפשרות היפגעות אזרחים בעת בחירת אמצעי לחימה בזירות השונות שהרי האיסורים המפורשים מהווים יישום עיקרון כללי (אחד או יותר) של דיני הנשק.

להבדיל מאיסור גרימת סבל מיותר בו מקובלת כיום העמדה כי אין כל מקום לשאלת המידתיות,<sup>48</sup> לעיקרון המידתיות חשיבות מכריעה בהקשר איסור השימוש באמצעי לחימה שאינו בר הבחנה.<sup>49</sup> סעיף 51(5) לפרוטוקול הראשון, אשר מנסחיו ציפו כי יאפשר, בין השאר,

45 Convention (VIII) relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines, The Schindler And Toman ; Hague, 18 Oct. 1907, לעיל ה"ש 17, בעמ' 804–807. העילה לייזום האמנה הייתה היפגעות דייגים סינים ממוקשים שהונחו במסגרת מלחמת רוסיה-יפן ב-5-1904 ותלונת סין בנושא. ראו סעיף 36, 94 AM. J. INT'L L. 31, 36 (2000). Detlev F. Vagts, *The Hague Conventions and Arms Control*, 94 AM. J. INT'L L. 31, 36 (2000).

46 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on their Destruction (1997), 36 INT'L LEGAL MATERIALS 1507 (1997).  
47 The Convention on Cluster Munitions, 2688 U.N.T.S. 39 (להלן – CCM). לדין באמנות בהקשר פועלה של החברה האזרחית ראו, למשל, Richard Price, *Reversing the Gun Sights: Transnational Civil Society Targets Land Mines*, 52 INT'L ORG. 613 (1998); ALAN BRYDEN, INTERNATIONAL LAW, POLITICS AND INHUMANE WEAPONS: THE EFFECTIVENESS OF GLOBAL LANDMINE REGIMES TREATY TO BAN THE 41–63 (2013); JOHN BORRIE, UNACCEPTABLE HARM: A HISTORY OF HOW MUNITIONS WAS WON (2009) CLUSTER

48 "the rule adopted by international lawmaking bodies...excludes any כפי שהובהר בספרות evaluation of the proportional relationship between the suffering, injury or damage that would be caused if it were used and 'the concrete and direct military advantage' that might be 'anticipated'", Henri Meyrowitz, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering*, 299 INT'L REV. RED CROSS 98, 110 (1994). יודגש כי מומחים לעיקרון המידתיות אשר סברו בעבר כי יש מקום למידתיות גם בהקשר עיקרון הסבל המיותר חזרו בהם מעמדתם. ראו, למשל, Gail Judith Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 391, 406 (1993) והשוו ל-15 GAIL JUDITH GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES (2004).

49 חוות דעתה החולקת של השופטת היגנס בפרשת חוקיות השימוש בנשק הגרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 20.

לבחון חוקיות אמצעי לחימה לפי עיקרון ההבחנה,<sup>50</sup> מספק דוגמאות להתקפות חסרות ובמסגרתן רלוונטיות לעניינו זו האוסרת "התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה (incidental loss) של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים (excessive) ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי".<sup>51</sup> קרי, עסקינן במבחן ערכי – הנדרש לגבי כל פעולה ופעולה בנפרד – המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים וכפי שציינו משפטנים, הקביעה איזו התקפה תחשב כהפרה של מבחן זה היא סובייקטיבית וקשה.<sup>52</sup>

בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני נטען כי לא יתכנו נסיבות שבמסגרתן הפעלת נשק גרעיני תעמוד בדרישת המידתיות ביחס לתועלת הצבאית הצפויה.<sup>53</sup> ברם, בית הדין נמנע מלהכריע בכך וזכה, כצפוי, לשבחי נציגי המדינות הגרעיניות. לשיטתם, כלל המידתיות דורש בחינה על בסיס כל מקרה לגופו ולא ניתן להסיק במופשט שמכלול השימושים האפשריים לאמצעי לחימה מסוים יפרו את העיקרון.<sup>54</sup>

עיקרון המידתיות בהקשר בחירת אמצעי לחימה נדון גם בבית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר. בהקשר שיגור רקטות מצרר לעבר אזור מגורים,<sup>55</sup> בעוד ועדה, אשר מינתה במאי 1999 התובעת בטריבוניל לעיל, לשם בחינת המערכה האווירית של נאט"ו בקוסובו קבעה כי ראוי לבחון את התקיימות דרישת המידתיות על בסיס מצטבר: מכלול הפעמים שבהם נעשה שימוש באמצעי (מה שאפשר להצדיק את מספר האזרחים שנהרגו מהפצצות בגובה רב לאור ריבוי הגיחות). בנוסף, הציעה הוועדה מספר מבחני משנה ליישום העיקרון כגון (א) קיום מודעות בפועל לנזק הצפוי – (ודוק, מודעות להבדיל מכוונה); (ב) הערכים היחסים הניתנים מצד אחד ליתרון הצבאי הצפוי מן השימוש באמצעי ולפגיעה באזרחים או הנזק לאובייקטים

50 דו"ח לוגאנו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 18, לענין הדיונים הממושכים ראו הפרשנות לפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 625.

51 הטעם לשימוש במונח "מופרז" להבדיל מ"מידתי" בהקשר זה נבע מהתנגדות מספר מדינות לתפישת המידתיות, המנוגדת לשיטתן לעקרונות הומאניטאריים והמשפט הבינלאומי. Gardam, לעיל ה"ש 48, בעמ' 40.

52 שם, בעמ' 407.

53 לטענה זו ראו, למשל, Egypt Written Statement 10 (June 1995); Mexico Written Statement 10–11 (June 1995); Sweden Written Statement 3 (June 1995).

54 לתגובה המתחמקת של בית הדין ראו פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 43. לשבחים ראו Michael J. Matheson, *The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 91 AM. J. INT'L L. 417, 428 (1997) (מאת'סון היה מבכירי נציגי משלחת ארצות הברית לדיונים).

55 Prosecutor v. Martić, Decision in Rule 61 Proceedings (March 8, 1996), paras. 8, 31; Prosecutor v. Milan Martić, Trial Judgment, IT-95-11-T, ICTY (June 12, 2007), paras. 462–472 (מנהיגם הפוליטי של הסרבים בקרואטיה) הורשע בכך שבמאי 1995 הורה בשני מקרים לשגר רקטות מצרר על העיר זגרב אשר גרמו למות שבעה אזרחים ומאות פצועים. ה-ICTY ציין כי אין איסור מפורש על שימוש בפצצות מצרר. אולם, הסיק כי מרטיק התכוון לפגוע באזרחים מהטעמים הבאים: (א) הרקטה כשלעצמה היא בלתי מדויקת; (ב) הירי כוון לשטחים אשר נעדרו בהם מטרות צבאיות לגיטימיות; (ג) המטרה המוצהרת הייתה הפחדת אזרחי העיר. ערכאת הערעור קבעה שבנסיבות השימוש סוג רקטת המצרר בה השתמש הינה בחזקת נשק חסר הבחנה וכי מרטיק ידע זאת בעת שהורה על הפעלתו. Prosecutor v. Milan Martić, (Appeal Judgment) IT-95-11-A, ICTY., paras. 253–258 (Oct. 8, 2008). מרטיק נידון ל-35 שנות מאסר.

אזרחיים מן הצד השני ; (ג) אפשרות השגת תוצאה דומה באמצעות שימוש באמצעים חילופיים שנוקם פחות ; (ד) המידה בה מחויב מפקד צבאי בחשיפת כוחותיו לסכנה בכדי לצמצם את הפגיעה לעיל.<sup>56</sup>

### 26.2.2.3 איסור שימוש באמצעי לחימה הגורם לנזק ניכר לסביבה הטבעית

לדעת משפטנים רבים (כמו גם הצלב האדום) האיסור בסעיף 35(3) לפרוטוקול הראשון במסגרת הפרק המוקדש לשיטות ואמצעי לחימה, לפיו "אסור לעשות שימוש בשיטות או באמצעי לחימה המיועדים לגרום, או שניתן לצפות כי יגרמו, נזק נרחב, ארוך טווח וחמור לסביבה הטבעית" מגלם – לצד סעיף 55 המטיל חובת הגנה על הסביבה הטבעית מפני הנזקים לעיל (קרי, נרחב, ארוך טווח וחמור) – עיקרון מנהגי נוסף ולו בשלבי גיבוש החל על בחירת אמצעי לחימה באשר הם.<sup>57</sup> ב-1996 נקבע אכן בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני כי על המדינות להתחשב בשיקולים סביבתיים כאשר הן מעריכות מה נחוץ ומידתי בהשגת יעדים צבאיים לגיטימיים וכי התחשבות בסביבה היא מרכיב במסגרת ההערכה האם פעולה מסוימת עומדת בעקרונות הנחיצות והמידתיות.<sup>58</sup>

אלא שמנוסח הסעיף – אשר נוסחו שוכתב במבוא לאמנת ה-CCW – עולה כי הרף שבגיניו יופר עיקרון זה הוא גבוה ביותר שכן עסקינן בתנאים מצטברים ומפרשנות הצלב האדום מסתבר, למשל, כי טווח הזמן נמדד בעשורים.<sup>59</sup> האיסור אף נקלט בחוקת רומא.<sup>60</sup> נוסף על כך יש הגנה על הסביבה כתוצר לוואי של איסורים והגבלות ספציפיים על שימוש באמצעי לחימה מסוימים דוגמת נשק ביולוגי בהקשר פרוטוקול ג'נבה ובעיקר האמנה בדבר איסור פיתוח, ייצור ואגירה של כלי נשק ביולוגיים ובדבר השמדתם,<sup>61</sup> נשק כימי ובעיקר איסור

56 הוועדה בחנה, בין השאר, את הנזק הסביבתי שנגרם עקב הפצצת מפעלי תעשייה ואת השימוש באורניום מדולל (depleted Uranium – DU) במספר סוגי חימוש לאור עיקרון המידתיות. למבחן א' וד' ראו Final Rep. to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 39 INT'L LEGAL MATERIALS 1257, para. 49 (להלן – דו"ח בעניין ההפצצה על ידי נאט"ו), למבחן ב' וג' ראו שם, בפס' 21.

57 לטיעונים בדבר היווצרות עיקרון מנהגי ראו, JEAN HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW Vol. I, 151–158 (2005). לתמיכה בדעה זו ראו, למשל ראת בעת אשרור ה-CCW לפיה היא אינה רואה סעיפים אלה בגדר משפט מנהגי כמו גם הסתייגות צרפת בעת חתימתה (אך זו לא אושרה בעת האשרור) לפיהם ס' 35(3) חל רק על מדינות חברות בפרוטוקול. Schindler And Toman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 217, 221–222.

58 פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 30. עצרת האו"ם הביעה דעה דומה מספר שנים לפני כן. ראו G.A Res. 47/37 (1992).

59 הפרשנות לפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 417.

60 ראו חוקת רומא, לעיל ה"ש 22, ס' 8(2)(b)(iv). לדיון בסעיף המוסיף לידיעה או הציפייה כאמור בפרוטוקול דרישה בדבר הוכחת כוונה לגרימת הנזק הנרחב אשר נגרם כתנאי לגיבוש פשע מלחמה מצד אחראי ההתקפה ראו DINSTEIN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 206–207.

61 פרוטוקול בדבר איסור השימוש במלחמה בגאזים מחניקים, מרעילים, או בגאזים דומים, ובאמצעים בקטריולוגיים, כ"א 21, 659 (להלן – פרוטוקול ג'נבה) (בתוקף לגבי ישראל מ-1969). ישראל הוסיפה הסתייגויות, שבאמצעותן שמרה לעצמה זכות לפעולת תגמול בנשק כימי או ביולוגי. וכן האמנה לאיסור הנשק הביולוגי מ-1972 The Convention on the Prohibition of the Development, Production

השימוש בקוטלי עשבים אשר הוכנס למבוא האמנה לאיסור הנשק,<sup>62</sup> מוקשי נ"א ולאחרונה חימוש מצרר.

יתרה מכך, ב-1977 נפתחה לחתימה ואף נכנסה לתוקף אמנה בדבר איסור שימוש צבאי או שימוש עוין אחר בטכניקות לשינוי הסביבה שלהן השפעות נרחבות (widespread), מתמשכות (long-lasting) או חמורות (severe).<sup>63</sup> האיסור חל רק על מניפולציה מכוונת של הסביבה לצרכים צבאיים,<sup>64</sup> בעוד שמרבית הפגיעות בסביבה הטבעית הן בגדר נזק אגבי כתוצאה מפעילות צבאית רגילה של הצדדים בעימות מזוין (הפצצה אווירית, למשל, ופגיעה במתקן תעשייתי אשר יגרום לזיהום סביבתי אינה בגדר תחולת האמנה).

בנוסף, מאחר והאיסור מוגבל לשינוי תהליכים טבעיים בלבד, גם פעולות מכוונות לפגיעה בסביבה באמצעות, פגיעה במתקנים ידי אדם (למשל פגיעה בסכר על מנת להציף שטחים נכבדים בסביבתו) מצויות מחוץ לתחום האמנה,<sup>65</sup> אשר ממילא חסרת מנגנון אימות ומסתפקת בהיוועצות בין החברות ואפשרות להגשת תלונה למועצת הביטחון (סעיף 5). כך או כך, מרבית מדינות העולם (ובהן ישראל) אינן חברות באמנה והיא אינה זוכה לתשומת-לב רבה.<sup>66</sup> לסיכום, הסייגים לתחולת עיקרון זה כה מרובים עד שאין בכוחו לספק הגנה ראויה לסביבה. יחד עם זאת, בעת בחינה משפטית של נשק חדש (כנדרש מן המדינות בסעיף 36 לפרוטוקול הראשון) ובהמשך להערה לעיל של בית הדין הבינלאומי בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני חובה על המדינות לשקול היבט זה.

and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, 1972, 1015 U.N.T.S. (1976) 164

62 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 1993, 32 INT'L LEGAL MATERIALS 800 (1993) האיסור במבוא נבעה מהתנגדות ארצות הברית לשילובו המפורש בגוף האמנה. ראו, Walter Krutzsch, Preamble, in THE CHEMICAL WEAPONS CONVENTION: A COMMENTARY 51, 55-56 (Walter Krutzsch et al. eds., 2014)

63 The Convention on the Prohibition of Military or Any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) (1978) 1108 U.N.T.S. 151 אשר גובשו מסביב לאמנה במסגרת דיוני ה-CCD הוסכם כי ב"השפעות נרחבות" הכוונה לאזור שהיקפו מאות קמ"ר; מתמשכות – פרק זמן של מספר חודשים או עונת שנה ו"חמורות" – נזקים ושיבושים חמורים לבני אדם ומקורות כלכליים וטבעיים. ההבנות אינן חלק מנוסח האמנה. אולם, הן חלק מתיעוד המשא ומתן אשר נכלל בדו"ח אשר שלחה ה-CCD לעצרת האו"ם. להבנות ראו Schindler and Toman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 168-169.

64 הבנה לסעיף 2 מפרטת תופעות היכולות להיגרם כגון רעידת אדמה, צונאמי, שיבוש מאזן אקולוגי וגרימת שינויים במזג אוויר. יצוין כי הבציעות של יזום תופעות אלה בידי אדם נידונה בספרות לבר משפטית מזה זמן רב עובר לגיבוש האמנה. ראו, למשל, Gordon J.F. Macdonald, *How to Wreck the Environment*, in UNLESS PEACE COMES: A SCIENTIFIC FORECAST OF NEW WEAPONS 167-183 (Calder Nigel ed., 1968).

65 ראו בהקשר זה את הצהרת דרום קוריאה עם הצטרפותה לאמנה ב-1986 לפיה כל פעילות צבאית שתגרום, בין השאר, לשיטפון או הצפה נכללת בתחולת האמנה. Schindler and Toman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 168.

66 כפי שמעיד מספרן המועט של ועידות הסקר אשר התקיימו לגביה ומיעוט משתתפיהן (ועידת סקר ראשונה התקיימה ב-1982 ושנייה – בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה – רק ב-1992, בהשתתפות 40 מדינות בלבד). נכון ליוני 2015 חברות באמנה 77 מדינות לצד 16 מדינות נוספות אשר טרם אשררו חתימתן.

#### 26.2.2.4 נשק מעל וסעיף מרטנס כאמות מידה נוספות לבחינת חוקיות אמצעי לחימה ?

##### (א) איסור בדבר שימוש נשק מעל

איסור שימוש בנשק מעל (treacherous or perfidy weapons) יוחס להשפעת אמצעי לחימה דוגמת מוקשים, מלכודות פתאים ופצצות השהיה (delayed action bombs) על אוכלוסיה אזרחית. המקור לכך הוא, לכאורה, עיקרון כללי המצוי בתקנה 23(ב) לאמנת האג לפיו "אסור להרוג או לפצוע בצורה בוגדנית בני אדם השייכים לאומה או לצבא עוינים".<sup>67</sup> אולם, מרבית המומחים בתחום סוברים כי אין מקום לראות בו בגדר עיקרון נוסף נבדל במסגרת העקרונות החלים על שימוש באמצעי לחימה.<sup>68</sup> לפיכך, תחולתו מצויה כיום בתחום שיטות המלחמה כאמור בסעיף 37 לפרוטוקול הראשון בדבר "איסור מעל" כגון האיסור לבדות היעדר יכולת בשל פציעה או מחלה (סעיף 37(ב)) – תחום הנמצא, כאמור, מחוץ לגדר דיונו.

##### (ב) סעיף מרטנס כמקור לבחינת חוקיות כלי נשק

לנוכח חילוקי דעות שהתגלעו בין הנוכחים בוועידת האג הראשונה ב-1899 הציע אחד מחברי המשלחת הרוסית, פרופ' פרידריך פ. מרטנס (Friedrich F. Martens), להוסיף למבוא אמנת האג פסקה אשר הועתקה כלשונה לנוסח השני של האמנה ב-1907.<sup>69</sup> הצעתו התקבלה ובמבוא האמנה נקבע כי "במקרים שאינם מוסדרים על ידי התקנות שאומצו על ידיהן, ממשכים הצדדים הלוחמים והתושבים להיות בפיקוחם והנהגתם של עקרונות המשפט הבינלאומי, השאובים מנוהגים המקובלים בין האומות בנות התרבות, מחוקי האנושות ומצווי המצפון הציבורי".<sup>70</sup> הפסקה, אשר זכתה לכינוי "סעיף מרטנס" (Martens clause), מצאה ביטוי בסעיף 1(2) לפרוטוקול הראשון ולאור הקושי בהטלת הגבלות או איסורים על אמצעי לחימה פוגעניים במיוחד, יש מלומדים הסבורים כי ניתן לנצל את האלמנט של "צווי המצפון הציבורי" ליצירת אמצעי משפטי נוסף לאיסור.<sup>71</sup> בית הדין הבינלאומי, אשר הכיר בהמשך תוקפו של הסעיף בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני, התחמק מהכרעה בסוגיה זו.<sup>72</sup> אולם, מאחר והקהילה

67 לפירוט עיקרון זה ראו, למשל UN Doc. A/9215 Vol. I בעמ' 19, בפס' 6; R.R. Baxter, *Conventional Weapons under Legal Prohibitions*, 1 INT'L SECURITY 42, 47 (1977).

68 לגישת המומחים (מטעם 49 מדינות וגופים נוספים) בוועידת לווצרן (ספטמבר-אוקטובר 1974) לדין בהגבלות על אמצעי לחימה ראו Kalshoven, לעיל ה"ש 20, בעמ' 237. יש הטוענים כי למעשה אין בנמצא נשק אשר הינו בוגדני מטבעו ואף האיסור לגבי השימוש ברעל קשור יותר לתפיסה בדבר סבל מיותר והקושי להפעילו באופן מאבחן. GREENWOOD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 246.

69 Antonio Cassese, *The Martens Clause: Half A Loaf Or Simply Pie In The Sky?*, 11 EUR. J. INT'L L. 187 (2000).

70 אמנת האג, מבוא, לעיל ה"ש 7, בעמ' 12.

71 לניסיון מעין זה בהקשר נשק גרעיני ראו, למשל, ראו Elaina Kalivretakis, *Are Nuclear Weapons above the Law – A Look at the International Criminal Court and the Prohibited Weapons*, 15 EMORY INT'L L. REV. 683, 717–721 (2001), Vagts; *Category*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 36.

72 לאישור הסעיף ראו פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 78–79; להתחמקות מהכרעה ראו שם, בפס' 84. ברם, השופט Weeramantry נתן לאלמנט זה משקל חשוב ביותר בחוות דעתו החולקת, שם, חלק III, בפס' 4–5.

הבינלאומית מעולם לא ראתה שימוש בנשק מסוים כבלתי חוקי אך ורק על סמך פסקה זו, מרבית המלומדים בתחום אוחזים בדעה כי אין בכוחה לגבש עיקרון כללי נפרד לבחינת חוקיות אמצעי לחימה.<sup>73</sup>

לסיכום, דיני הנשק לא מספקים מסגרת ראויה לאסור אמצעי לחימה "מפוקפקים" ודוגמאות מקובלות במדריכים צבאיים ובספרות לכלי נשק אשר מפירים את עקרונות דיני הנשק מקורם במאה התשע-עשרה (כגון כדורים מתרחבים או משתתחים בנקל בגוף האדם ועיקרון מניעת הסבל המיותר או הנזק שלא לצורך) אשר ממילא אינם מקובלים עוד בלחימה מודרנית.<sup>74</sup> אולם, הצלחת הקהילה הבינלאומית לאסור ב-1925 שימוש בשני אמצעי לחימה (נשק כימי וביולוגי) אשר נכללו לימים במסגרת ההגדרה של נשק להשמדה המונית (להלן – Weapons of Mass Destruction – WMD),<sup>75</sup> כמו גם דיון בית הדין הבינלאומי בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני לאור עקרונות ענף דינים זה הדגימו כי הגם שמועד גיבוש העקרונות הוא המאה התשע-עשרה, הם בהחלט רלוונטיים גם לאמצעי לחימה מודרניים.

ברם, הימנעות בית הדין מאיסור השימוש בנשק גרעיני על סמך המשפט המנהגי הביאה למסקנה לפיה הדרך האפקטיבית לאיסור אמצעי לחימה פוגעני במיוחד היא באמצעות הסכם בדבר איסור מפורש. למסקנה זו תרמה העובדה שנוכח התנגדותן של מדינות מסוימות (בעיקר הגרעיניות שעומדות על המשמר למנוע מצב בו שימוש בנשק גרעיני יוכרו כבלתי חוקי) לאפשר לבית הדין הבינלאומי הפלילי לקבוע כי שימוש בכלי נשק מסוימים יוגדר כפשע מלחמה על סמך עקרונות העל באשר לשימוש באמצעי לחימה,<sup>76</sup> חוקת רומא מגבילה את שיפוטו של בית הדין בהקשר זה לאותם מקרים בהם אמצעי הלחימה אשר הופעלו כבר היו מושא לאיסור מפורש ונכללו בנספח שאמור היה להתווסף לחוקה.<sup>77</sup> כצפוי, נספח כזה לא צורף עד כה לחוקה וסביר כי גם לא יצורף בעתיד.<sup>78</sup> לקראת ועידת הסקר הראשונה, אשר התכנסה באוגנדה במאי-יוני 2010, הציעה בלגיה להוסיף לסעיף בדבר פשעי מלחמה – בסכסוכים מזוינים בינלאומיים ושאנם בינלאומיים כאחד – את השימוש באמצעי הלחימה המוגדרים ואסורים באמנה הביולוגית, באמנה הכימית, באמנת אוטווה ובאמנת ה-CCW. אולם ההצעה לא נדונה בוועידת הסקר. במקום זאת גובשה בוועידה הסכמה על הצעה אחרת של בלגיה בדבר הרחבת תחולת

Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 73 GREENWOOD, לעיל ה"ש 20, בעמ' 238. ראו גם GREENWOOD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 252.

74 שם, בעמ' 223.

75 UN Doc. S/C.3/32/Rev.1 (1948).

76 ארצות הברית, למשל, הגישה לוועידה הדיפלומטית ברומא רשימה סגורה של כלי נשק אסורים בשימוש בלא כל אפשרות לשינוי עתידי ("הצעת הרשימה הקצרה"). להצעה ראו, CHERIF BASSIOUNI, *THE STATUS OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A DOCUMENTARY HISTORY* 124 (1998).

77 ראו חוקת רומא, לעיל ה"ש 22, שם. סעיף זה, ללא הסיפא בדבר הוספת הנספח, הופיע בהצעת קנדה כתוספת להצעה האמריקאית לעיל, כמו גם בהצעת נציגי הקהילה האזרחית (the NGO Coalition for the ICC). ראו BASSIOUNI, שם.

78 Antonio Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections* 10 EUR. J. INT'L L. 144, 152 (1999). הגם שכבר ב-2009 חלפו שבע השנים מכניסת האמנה לתוקפה שבמהלכן נאסר, בהתאם לס' 121 לחוקה, להציע תיקונים, הרי שנדרש רוב של שני שלישי לאישור תיקון. בנוסף, תיקון בהקשר סעיף זה מחייב רק את המדינות שהסכימו לתיקון ובמקרה כזה הוא יכנס לתוקף לגביהן רק מקץ שנה. BASSIOUNI, לעיל ה"ש 76, בעמ' 124; Cassese, שם, בעמ' 152.

השיפוט במקרי שימוש ברעל או נשק מורעל, נשק כימי וכדורים המתרחבים או משתטחים בנקל בגוף האדם לסכסוכים שאינם בינלאומיים.<sup>79</sup> על הפוליטיזציה הגבוהה המאפיינת את התחום ומקשה על קבלת הכרעה שיפוטית בדבר חוקיות השימוש באמצעי לחימה לאור עקרונות דיני הנשק ניתן ללמוד ממאמצי גופים מנהליים ושיפוטיים – שאינם כפופים לחובת הימצאות איסור הסכמי כבית הדין הבינלאומי הפלילי – להימנע מכך. הוועדה לבחינת הפצצות נאט"ו במערכה על קוסובו נמנעה, למשל, מלבחון את השימוש שנעשה בשני אמצעי לחימה (פצצות מצרר ופגזים המכילים אורניום מדולל) חרף הטענות בדבר אי־חוקיותו,<sup>80</sup> תוך הצהרה כי אין איסור הסכמי על השימוש באמצעים אלו.<sup>81</sup> דוגמה נוספת סיפקה עתירה אשר הגישו ארגונים לזכויות אדם לבג"ץ באוקטובר 2002 לאיסור השימוש בפגזי פלאשט (פגזי שריון המתבקעים באוויר ומפזרים אלפי חצי מתכת על פני שטח נרחב) ברצועת עזה.<sup>82</sup> העותרים – בהיותם מודעים להיעדר איסור הסכמי על שימוש בפלאשט – ביקשו מבג"ץ כי יכריע בסוגיה (ודוק, השימוש ברצועה גרידא ולא חוקיות האמצעי כשלעצמו) לפי עקרונות העל של דיני הנשק (בעיקר שאלת ההבחנה). אולם, בג"ץ התחמק מדיון בנושא וקיבל כפשוטו את טיעון המדינה לפיו היעדר איסור מפורש ושימוש באמצעי מצד עוד מדינות מלמדים כי עסקינן בנשק חוקי.<sup>83</sup> ביוני 2011 הוגשה עתירה של 117 אישים וארגונים כנגד השימוש בחימוש על בסיס זרחה "לכל מטרה באזורים מיושבים ובאתרים אזרחיים אחרים", לאור השימוש בחימוש זה, לתכלית מיסוך בעיקר, במבצע "עופרת יצוקה". ביולי 2013 נוכח

- 79 לדיון בהצעה וגורלה ראו ICC-ASP/10/32, Report on the Working Group on Amendments, 9 Dec, 2011. להחלטה ראו Res. RC/Res.5. עד יוני 2015 רק 24 מדינות אשררו את התיקון. במונח "נשק כימי" בהקשר זה כוונתנו לאמור בחוקת רומא, דהיינו "analogous liquids, materials and devices" (חוקת רומא, לעיל ה"ש 22, ס' (8)(2)(e)(xiv)), ולא למשמעות המונח כאמור באמנה הכימית. בהקשר העבירה של שימוש בכדורים מתרחבים או משתטחים בנקל בגוף האדם הוספה בהחלטה "הבנה" שהכניסה אלמנט סובייקטיבי לאיסור כלהלן: "that the crime is committed only if the perpetrator employs the bullets to uselessly aggravate suffering or the wounding effect upon the target of such bullets".
- 80 להאשמות ראו, למשל, *Amnesty International, NATO/Federal Republic of Yugoslavia – "collateral damage" or unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, EUR 70/018/2000, chp. 3.5 (June 6, 2000). דיון מקיף בשאלת חוקיות השימוש באורניום מדולל על כל היבטיה מצוי אצל INTERNATIONAL LAW AND DEPLETED URANIUM WEAPONS: A PRECAUTIONARY APPROACH (Avril McDonald, Jann K. Kleffner and Brigit Toebes eds., 2008).
- 81 לדיון באורניום מדולל ופצצות מצרר ראו דו"ח בעניין ההפצצה על ידי נאט"ו, לעיל ה"ש 56, חלקים A(ii), A(iii). לביקורת על הוועדה בהקשר זה ראו Paolo Benvenuti, *The ICTY Prosecutor And The Review Of The NATO Bombing Campaign Against The Federal Republic Of Yugoslavia*, 12 EUR. J. INT'L L. 503, 512 (2001).
- 82 עמותת רופאים לזכויות אדם והמרכז הפלסטיני לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום ומדינת ישראל, עתירה למתן צו על תנאי. ראו www.btselem.org/hebrew/Legal\_Documents/8990\_02\_Flechette\_Appeal.doc.
- 83 משכך, נדחתה העתירה בטיעון כי "ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם". בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, דורון אלמוג, פ"ד נז(4) 193, 196 (2003). לדיון מרחיב בפרשה בכללותה ראו EITAN BARAK, DEADLY METAL RAIN: THE LEGALITY OF FLECHETTE WEAPONS IN INTERNATIONAL LAW: A REAPPRAISAL FOLLOWING ISRAEL'S USE OF FLECHETTE ROUNDS IN THE GAZA STRIP (2001-2009) chp. 5 (2011).



הודעת המדינה כי הוחלט "לעת הזו" שלא לאפשר שימוש בפגזים המכילים זרחן לבן בשטח בנוי אלא בשני בחריגים מצומצמים ביותר, נדחתה העתירה בלא הכרעה באשר לחוקיות הנשק.<sup>84</sup>

### 26.3 דיני בקרת נשק

#### 26.3.1 מבוא

החשיבה המודרנית על בק"ן – תפיסה הנטולה הגדרה מוסכמת – התפתחה בשנות החמישים על רקע מרוץ החימוש המואץ בין מעצמות העל במטרה למנוע עימות גרעיני באמצעות כללים מרסנים מוסכמים. לפיכך, ספרות זו התמקדה בהסדרים להגדלת היציבות האסטרטגית באמצעות גיבוש כללי משחק, כינון אמצעים לבניית אמון וביטחון (כגון כינון ערוצי תקשורת בין יריבים והגבלות על גודלו, הרכבו ופריסתו של הכוח הצבאי) ואמצעים למניעת תפוצת נשק בין המדינות (תפוצה אופקית). ברם, בצד זה התפתחה ספרות ענפה אשר התמקדה בניסיון לצמצם את פגעי המלחמה באמצעות גיבוש כללי התנהגות ובהם הגבלות על אמצעי לחימה – מושא דיונו.

החל משלהי שנות השישים במאה העשרים וביתר שאת מסיום המלחמה הקרה ניסתה הקהילה הבינלאומית לחזק את ההגבלות והאיסורים על אמצעי לחימה באמצעות גיבוש אמנות מורכבות, מקיפות וחודרניות,<sup>85</sup> המסדירות את מכלול ההיבטים הרלוונטיים לאמצעי לחימה (פיתוח, ייצור, אגירה, העברה וכו'). מאחר ודיני נשק עוסקים בשאלת חוקיות השימוש בלבד וענפי דינים אחרים, רלוונטיים לכאורה, כדיני אמנות ודיני אחריות מדינה כשלו מלספק מענה ראוי למכלול השאלות המשפטיות שעוררו אמנות, התפתח ענף חדש ומובחן במשפט הבינלאומי: דיני בקרת נשק (The Law of Arms Control).<sup>86</sup> חלקו הראשון של פרק זה יתמקד בתיאור הענפים המשפטיים בדבר דיני נשק ודיני בקרת נשק, מטרותיהם ועיקריהם. חלקו השני יוקדש לסקירה מצומצמת של האיסורים וההגבלות

84 בג"ץ 4146/11 הס נ' ראש המטה הכללי (פורסם בנוב, 9.7.2013).

85 האמנה לאיסור הנשק הכימי מ-1993, למשל, החותרת להביא לעולם נטול נשק כימי מחזיקה על שלושת נספחיה כ-174 עמודים (קרוב ל-54,000 מילים) בנוסח האנגלי, לעיל ה"ש 62, בעוד פרוטוקול ג'נבה מ-1925 האוסר שימוש גרידא בנשק כימי וביולוגי, לעיל ה"ש 61, מתפרס על עמוד בודד.

86 בעוד שקריאות ראשונות בדבר הצורך בענף דינים נבדל החלו כבר בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים, הרי כבר מקץ אותו עשור – חסר תקדים כשלעצמו מבחינת מספר ההסכמים שגובשו בתחום הבק"ן, מורכבותן ומידת חודרנותם – יכול היה כבר המשפטן הנס בליקס לקבוע כי "...הכללים המשפטים על בקרת נשק ופירוק נשק... התרחבו להיקף כזה שהם עתה מהווים גוף משפטי נפרד לצד גופים חדשים של המשפט הבינלאומי". לקריאות ראשונות ראו למשל E.P.J. Myjer, *The Law of Arms Control*, 3 LEIDEN J. OF INT'L L. 99, 103 (1990); Hans Blix, *International Law Relating to Disarmament and Arms Control*, in THE CENTENNIAL OF THE 1ST INTERNATIONAL PEACE CONFERENCE: REPORTS & CONCLUSIONS 41 (Frits Kalshoven, ed., 2000). בליקס כיהן כמנכ"ל הסוכנות הבינלאומית לאנרגיה אטומית (IAEA – International Atomic Energy Agency), להלן – סבא"א.

המפורשים שהתקבלו עד כה לצד טעמי קבלתם שכן בפועל השיקולים ההומניטאריים היו לרוב שיקול משני בגיבושם.<sup>87</sup>

### 26.3.2 הגדרה ותחולה

כבר כאשר ענף דינים זה היה בחיתוליו, הודגש כי יש לאבחן בין דיין מהותי (material law) אשר מצוי במסגרת ההסדרים הקיימים בתחום בקרת הנשק לדין פרוצדוראלי (procedural law) המתיחס למנגנוני הפיקוח.<sup>88</sup> אבחנה זו אכן פותחה ושוכללה וכיום מאבחנים בהגדרת ענף דינים זה בין דיין סובסטנטיבי למוסדי.

הדין המהותי הוא למעשה דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בהגבלות בינלאומיות (קרי, חקיקה פנימית והסכמי ממסלה עם גוף שאינו בגדר מדינה אינם נכללים) על חופש הפעולה של המדינות בתחום חימושן הלאומי כאשר יש להדגיש כי מדובר בכלל היכולות הצבאיות – הגנתיות והתקפיות כאחד. עסקינן בהגבלות כמותיות, איכותיות או מוחלטות כאשר המונח "חופש פעולה" מגלם, כאמור, הבדל חשוב נוסף בין ענף דינים זה לדיני נשק – אותו הבדל שהביא למעשה לפיתוח הענף : להבדיל משאלת חוקיות השימוש גרידא, חופש הפעולה מהווה הגדרה חובקת כל (מחקר, פיתוח, ניסוי, ייצור, החזקה, אגירה, העברה, רכישה, שמירה, סחר, וכמובן שימוש).

הדין המוסדי מתייחס למנגנונים השונים לפיקוח על ציות לאמנות השונות. מדובר בהסדרים משפטיים המאפשרים ביצוע פיקוח על מידת ציות המדינות להתחייבויותיהן בתחום הבק"ן. כינון מנגנוני פיקוח (compliance mechanism) מהווה מאפיין בולט של תחום בקרת הנשק מאז סיום המלחמה הקרה בעוד שבתקופה שקדמה לכך היה לעתים מקובל להשתית שיטות הפיקוח על אמצעים חד-צדדים (NTMs – National Technical Means) כפי שנעשה באמנה לאיסור ניסויים חלקי (Limited Test Ban Treaty – LTBT) מ-1963 או, לכל היותר, על תיאום בין המדינות כחילופי מידע והודעות.<sup>89</sup>

בניגוד לעבר, דורשות האמנות החדשות בהקשר הגבלת כלי נשק שיתוף פעולה משמעותי מצד המדינות כנכונות למתן הבהרות, לקיום היועצויות ומתן אפשרות לביקורות בשטח. בהתאמה, למנגנוני פיקוח אלו סמכויות רבות, כגון החלטה על ביצוע בדיקה בשטח ואף קיום ביקורת בהתראה קצרה ביותר (ביקורת תגר).<sup>90</sup> נכון לשנת 2015 אמורים הדברים בשלושה

87 דוגמה ידועה לשיקולי מדיניות ואינטרסים צרים שהניעו את ייזום האיסורים והכתיבו את ניסוחם היא רצון הצאר הרוסי ניקולאי ה-II למנוע הצטיידות יריביו בכלי נשק חדשים לאור חולשתו הכלכלית לעמוד במרוץ חימוש מחדש כמניע עיקרי ליוזמתו לכינוס וועידת השלום העולמית הראשונה במאי 1899. ראו Kalshoven, לעיל ה"ש 20, בעמ' 181, 215. לשימוש הנפוץ בדוגמה זו בידי מתנגדי התפישה בדבר בקרה ופירוק נשק, ראו, למשל William R. Hawking, *Arms Control: Three Centuries of Failure* 17 NATIONAL REV. 26, 27 (Aug. 1985).

88 להגדרות ראו, למשל, GUIDO DEN DEKKER, THE LAW OF ARMS CONTROL – INTERNATIONAL SUPERVISION AND ENFORCEMENT 37–40 (2001) Myjer, לעיל ה"ש 86, בעמ' 101, 122.

89 הסכם בדבר איסור ניסויים בנשק גרעיני באטמוספירה, בחלל החיצון ותחת המים, כ"א 13, 859 (בתוקף לגבי ישראל מ-1964).

90 ראו כדוגמה את הסדרת שאלת הביקורת בשטח באמנה הכימית, The CWC, Verification annex, לעיל ה"ש 62.

מנגנוני פיקוח כלהלן: הסוכנות הבינלאומית לאנרגיה אטומית (International Atomic Energy Agency – IAEA, להלן – סבא"א) בהקשר הציות לאמנה למניעת תפוצה גרעינית מ-1968 (NPT), הארגון לאיסור הנשק הכימי (Organization for the Prohibition of Chemical Weapons – OPCW) בהקשר הציות לאמנה בדבר איסור הנשק הכימי מ-1993 והארגון לאיסור ניסויים גרעיניים (Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty Organization – CTBTO) אשר כבר פועל בשורה של מישורים הגם שהאמנה בדבר איסור מוחלט של ניסויים גרעיניים מ-1996 טרם נכנסה לתוקפה.<sup>91</sup>

להבדיל מהסכמי העבר (כפרוטוקול ג'נבה מ-1925) אשר אסרו את השימוש באמצעי המלחמה גרידא, מרבית ההסכמים המודרניים בדבר איסור על שימוש באמצעי לחימה מסוימים מחייבים את המצטרפים להם בהשמדת הנשק מושא האיסור תוך פרק זמן מסוים (מתשעה חודשים, למשל, באמנה הביולוגית לעשור באמנת אוטווה ותקופות ארוכות יותר במידה ואושרה בקשת הארכה באמנה הכימית או האמנה לאיסור המצרר למשל). לפיכך, בסיום התקופה אין לאבחנה בין סכסוך בינלאומי לעימות שאינו בינלאומי כל משמעות מעשית שכן המדינה החברה אינה אמורה יותר להחזיק בנשק כלל. חריג לכך הוא אותם איסורים אשר נכללו במסגרת ה-CCW – הנחשבת אמנה בתחום דיני הנשק – שאינה מחייבים את השמדת האמצעי מושא האיסור (כנשק לייזר מעוור ופרוטוקול IV).<sup>92</sup> אולם, גם בהקשר זה הוסכם בוועידת הסקר השנייה של ה-CCW בדצמבר 2001 על תיקון מהותי לאמנה: החלתה גם על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים – תיקון אשר עד יוני 2015 הצטרפו אליו כבר 82 מתוך 121 חברות האמנה.<sup>93</sup>

התופעה הגוברת של קיום קבוצות חמושות שאינן מדינה אף משתקפת במבוא האמנה לאיסור השימוש בנשק מצרר הכולל פסקה מיוחדת בדבר הצורך למנוע מקבוצות חמושות אפשרות להניח ידיהן על תחמושת זו.<sup>94</sup> כבר עשור לפני כן הכירה קואליציית הארגונים למען

91 לגבי סבא"א ראו, למשל, David Sloss, *It's Not Broken, So Don't Fix It: The International Atomic Energy Agency Safeguards System and the Nuclear Nonproliferation Treaty*, 35 VA. J. INT'L L. 841 (1995); Andre de Guttry, *The Organization for the Prohibition of Chemical Weapons*, in THE NEW CHEMICAL WEAPONS CONVENTION: Thilo Maruhn, IMPLEMENTATION AND PROSPECTS 119 (Bothe Michael et al. eds., 1998) Article IX: *Consultations, Cooperation, and Fact-Finding*, in THE CHEMICAL WEAPONS CONVENTION: A COMMENTARY 297 (Walter Krutzsch et al. eds., 2014). לגבי הארגון לאיסור ניסויים גרעיניים ראו, למשל, REBECCA JOHNSON UNFINISHED BUSINESS: THE NEGOTIATION OF THE CTBT AND THE END OF NUCLEAR TESTING chp. 7 (2009).

92 פרוטוקול בדבר נשק לייזר מעוור (פרוטוקול IV), כ"א 46, 72 (בתוקף לגבי ישראל מ-2000).  
93 ראו Second Review Conference of the State Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Final Document, Doc. CCW/CONF.II/2, 34–35, Amendment Art. I (3) 2004.

94 ראו CCM, לעיל ה"ש 47. להרחבה באשר למגמה זו של מניעת נשק מקבוצות חמושות ראו גם Robbie Sabel, *Weapons to Non-state Armed Groups—Back to Westphalia?* DISARMAMENT FORUM 5 (2008). להצגת מורכבות הנושא והדילמות המעורבות במניעת נשק – דילמות אשר התחדדו לאור מלחמת האזרחים בסוריה – ראו Andrew Clapham, *Weapons and Armed Non-state Actors*, in WEAPONS UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 163 (Stuart Casey-Maslen ed., 2014).

חרם כולל על מוקשי נ"א (International Campaign to Ban Landmines – ICBL) בהכרח להכפיף קבוצות חמושות אלו לצייווי אמנת אוטווה לאור העובדה שמרבית מקרי הנחת מוקשי נ"א יוחסו לקבוצות אלו. הכרה זו הובילה לבסוף במרץ 2000 לכינון ארגון לא ממשלתי הומניטארי נפרד (Geneva Call).<sup>95</sup> הארגון פונה לקבוצות חמושות ומבקש את חתימתן על מסמך התחייבות (Deeds of Commitment) להחרמת מוקשי נ"א וסיוע בפירוקם.<sup>96</sup> נכון לינוי 2014 מעל ל-40 קבוצות חמושות (מתוך למעלה מ-90 עמן עמד הארגון במגעים) כבר חתמו על התחייבות זו.<sup>97</sup> מנגד, דווקא באמנה החדשה להסדרת הסחר העולמי בנשק (Arms Trade Treaty – ATT), אשר נפתחה לחתימה ביוני 2013 ונכנסה לתוקף בדצמבר 2014, אין לסוגיה זו התייחסות.<sup>98</sup> האמנה, אשר ביוני 2015 מנתה 71 מדינות חברות לצד 59 מדינות שטרם אשררו חתימתן ובהן ישראל, חותרת להסדיר "העברות"<sup>99</sup> בשמונה קטגוריות של נשק קונבנציונלי (שבע הקטגוריות של רגיסטר האו"ם מ-1991 כטנקי מערכה, מטוסי קרב, וספינות לצד קטגוריה שמינית חדשה בדבר כלי ירייה ונשק קל) לצד חלפים ומרכיבים שלהם.<sup>100</sup> זאת באמצעות חיוב החברות בהקמת רשות לאומית לפיקוח על ייצוא הפריטים לעיל או חלפיהם ומרכיביהם ואיסור העברה המפירה צעדים שננקטו ע"י מועצה"ב לפי פרק 7 (בעיקר אמברגו נשק) או התחייבויות רלוונטיות של מדינה במסגרת הסכם בינלאומי שהיא חברה בו. עיקר החידוש באמנה הוא איסור העברה עת קיימת ידיעה שהנשק ישמש לביצוע השמדת עם, פשעים כנגד האנושות, פשעי מלחמה, הפרות חמורות של זכויות אדם (אמנת ג'נבה מ-1949), ומתקפות כנגד יעדים אזרחיים.<sup>101</sup> הוספת איסור העברה לקבוצות חמושות שלא אושרו בידי הרשות הלאומית של המדינה

95 לתיאור ההתפתחויות שהובילו לכינון הארגון ראו Yeshua Moser-Puangsuwan, *Outside the Treaty not the Norm: Non-State Armed Actors and the Landmine Ban*, in BANNING LANDMINES: DISARMAMENT, CITIZEN DIPLOMACY, AND HUMAN SECURITY 163 (Jody Williams, Stephen D. Goose & Mary Wareham eds., 2008).

96 לנוסח ההתחייבות ראו <http://www.genevacall.org/how-we-work/deed-of-commitment>. ב-2010 הרחיב הארגון את פעילותו וניסח התחייבות בדבר הגנה על ילדים בסכסוך מזוין. בשנת 2012 הוסיף הארגון התחייבות בדבר איסור אלימות מינית בזמן סכסוך מזוין והכחדת האפליה המגדרית.

97 לנתונים ראו <http://www.genevacall.org/who-we-are/history>.  
98 *Arms Trade Treaty*, New York, (April 2, 2013), UNGA A/CONF.217/2013/L.3. לסקירה ערכנית בדבר חשיבות האמנה ראו למשל Denise Garcia, *Global Norms on Arms: The Significance of the Arms Trade Treaty for Global Security in World Politics*, 5 GLOBAL POLICY 425, 427 (Nov. 2014).

99 בהתאם לס' 2(2) לאמנה המונח "העברה" חובק שלל פעילויות כיבוא, יצוא, מעבר ותיווך.  
100 רגיסטר האו"ם (The United Nations Register of Conventional Arms (UNROCA) נוסד ב-1991 להגברת השקיפות בעסקאות נשק מתוך כוונה לעודד ריסון במכירות ולהגביר דיפלומטיה מונעת. להרחבה ראו UN Department for Disarmament Affairs, *Assessing the United Nations Register of Conventional Arms*, 16 UNODA Occasional Papers (April 2009). לצד חובת דיווח על עסקאות בשבע קטגוריות, הוצע למדינות לדווח על העברות כלי ירייה ונשק קל (Small Arms and Light Weapons- SALW) באופן וולונטרי. לחשיבות הכללת הקטגוריה החדשה באמנה ראו Paul Meyer, *A Banner Year for Conventional Arms Control? The Arms Trade Treaty and the Small Arms Challenge*, 20 GLOBAL GOVERNANCE 203 (2014).

101 שם, ס' 6. מעבר לאיסורים אלו, נדרשת בחינת הפוטנציאל מן ההעברה המבוקשת לערעור השלום והביטחון, כמו גם לביצוע או סיוע הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי וזכויות אדם בינלאומיות, עבירות בנוגע לאמנות בדבר טרור או פשע מאורגן שהמדינה חברה בהן, אלימות קשה כנגד נשים וילדים או אלימות על בסיס מגדרי. שם, ס' 7.

שבשטחה הם ממוקמים זכה לתמיכה רחבה, אך ארצות הברית התנגדה לכך בתוקף, בעיקר בגין רצונה לשמר יכולת אספקת נשק לקבוצות חמושות המגינות על עצמן מפני אלימות כוחות ממשלה במדינות שאינן דמוקרטיות.<sup>102</sup>

### 26.3.3 יישום הדינים

חרף השוני בין האמנות הרלוונטיות והמנגנונים שכונו לפיקוח על הציות להן, הפיקוח על הציות מבוצע בארבעה שלבים משותפים כלהלן:

(א) ניטור (monitoring) – איסוף רצוף של מידע על התנהגות מדינה חברה לאמנה, בלא תלות בהתרחשות אירוע משמעותי המעיד על הפרת האמנה או כוונה להפרתה שהרי זו מטרת הניטור: לאתר אירוע מעין זה.

(ב) אימות (Verification) – לב הפעילויות של מנגנון הפיקוח ותהליך המורכב ממספר שלבי משנה כלהלן: (1) איסוף עובדות ספציפיות על התנהגות מדינה חברה; (2) בחינת העובדות נוכח כללי האמנה הרלוונטיים; (3) הערכה ביחס לשאלת הציות לכללים אלה – שלב המתרחש על פי רוב כתוצאה של התפתחות מדינית מסוימת.

(ג) יישוב מחלוקות לגבי יישום או פרשנות האמנה – לגופים המפקחים יש אורגן ביצועי בעל הרכב מצומצם של סמכות, משתמעת לרוב, לפרש את ההתחייבויות הנגזרות מהאמנה – שלב זה אינו שלב שיפוטי שכן אין טריבונלים או בתי דין בינלאומיים אשר שולבו באמנות, ולו המשוכללות שבהן. אך, עצם התהליך מביא להבהרה של הנורמות הנתונות במחלוקת.

(ד) אכיפה – חרף הסיקור הנרחב לו זכו מקרים בהם התגלו הפרות בוטות של אמנות בק"ן-פר"ן דוגמת האמנה למניעת תפוצה גרעינית ומקרה עיראק, צפון קוריאה (עד לפרישתה ממנה באוקטובר 2003), לוב, סוריה ואיראן, האמנה לאיסור הנשק הביולוגי וברית המועצות,<sup>103</sup> הפרות משמעותיות של דיני בקרת נשק הן עדיין בגדר החריג.

אלא מאי, בשל הפוליטיזציה הגבוהה המאפיינת תחום זה מדינות נוטות לפנות לתקשורת ולהתעלם מכלים אפקטיביים אשר העמידו לרשותן האמנות החדשות לבדיקת טענותיהן. כך,

102 לרצון שלא ניתן לו פומבי ראו Mark Bromley, Neil Cooper And Paul Holtom, *The UN Arms Trade Treaty: Arms Export Controls, the Human Security Agenda and the Lessons of History*, 88 INT'L AFFAIRS 1029, 1043 (2012). ארצות הברית, יצואנית הנשק הגדולה בעולם, טרם אשררה את חתימתה הגם ששינויים רבים נעשו בטקסט האמנה במטרה לרצותה. נוכח התנגדות ההתאחדות הלאומית לרובים (The National Rifle Association-NRA) והשפעתה הרבה בסנאט ספק אם יהיה אשרור בקרוב. לטעמי ההתנגדות של ה-NRA ראו NRA-ILA, "Disinformation Continues as U.N. Arms Treaty Takes Shape" (News & Issues), (July 20, 2012), <http://www.nra.org/news-issues/articles/2012/7/disinformation-continues-as-un-arms-treaty-takes-shape.aspx>.

103 ההפרה של ברית המועצות ולאחריה רוסיה את האמנה הביולוגית מביכה במיוחד בהתחשב בעובדה כי רוסיה היא אחת משלושת נאמני האמנה. כפי שסגן מנהל תוכנית הנשק הביולוגי הסובייטי כתב בפתח ספרו: "[o]ver a twenty-year period that began, ironically, with Moscow's endorsement of the Biological Weapons Convention [BWC] in 1972, the Soviet Union built the largest and most advanced biological warfare establishment in the world", KEN ALIBEK WITH STEPHEN HANDELMAN BIOHAZARD X (1999). לסקירה מקיפה על התכנית הרוסית בכלל ולאחר ההצטרפות לאמנה בפרט ראו MILTON LEITENBERG, RAYMOND A. ZILINSKAS AND JENS H. KUHN, *THE SOVIET BIOLOGICAL WEAPONS PROGRAM: A HISTORY* (2012).

למשל, חרף האשמות חוזרות ונשנות מצד בכירים בממשל בוש בדבר הפרת האמנה הכימית בידי איראן, נמנעה ארצות הברית מלהפעיל לגביה ביקורת תגר כפי שמאפשרת לה האמנה. ברם, הטחת האשמות בתקשורת בלא שימוש במנגנונים שהאמנה עצמה העמידה לשם בירור חשדות מחליש, בהכרח, את כוחה ואינו רצוי בהקשר קידום בקרה ופירוק נשק בקהילה הבינלאומית.<sup>104</sup> שאלה מעניינת בהקשר זה – ורלוונטית למקרים כגון איראן והאמנה למניעת תפוצה גרעינית – נוגעת ליחס בין סמכות האכיפה של גופי הפיקוח לבין אלו של המדינות החברות, קרי, זכות המדינות החברות באמנות להפעיל אמצעי אכיפה באופן עצמאי על פי דיני המשפט הבינלאומי נוכח העובדה שהן עצמן תמכו בכינון גוף מפקח והקנו לו סמכויות אכיפה. סוגיה זו, על פי רוב, אינה מוסדרת באמנות שכן למרביתן אין סמכויות אכיפה והן מפנות בעיות של חוסר ציות למועצת הביטחון (ל-CWC ול-CTBT יש גם סנקציות ארגוניות כפרוצדורות פנימיות) בשל המונופול שבידי האחרונה על שימוש בכוח. משמע, גוף שהוא חיצוני לגוף הפיקוח על האמנה נדרש לרפאה. העברה זו מפעילה אכן את הליך יישוב הסכסוך כאמור בפרק השישי למגילה ואת פרוצדורות האכיפה בהתאם לפרק שבע. אולם בה בעת עולה החשש כי הוטו הנתון במועצת הביטחון לחמש החברות הקבועות יופעל מטעמים פוליטיים שאינם ממיין העניין. דומה כי מנגנון האכיפה הקיים באמנה גובר בשלב הראשון על זכות המדינות החברות להפעיל אמצעי אכיפה משל עצמן. אולם מרגע שכשל, פתוחה בפניהן הדרך להפעלת אמצעי הסעד העצמי.

#### 26.4 איסורים ספציפיים על אמצעי לחימה

חלק זה נפתח בסקירה בדבר ההגבלות הקיימות ביחס לאותם אמצעי לחימה אשר נכללים בהגדרת WMD ונחתם בסקירת ההגבלות הספציפיות ביחס לאמצעי לחימה אשר לא זכו להיכלל בהגדרה זו (קרי, "נשק קונבנציונלי").

##### 26.4.1 נשק להשמדה המונית

הגדרת נשק להשמדה המונית (Weapons of Mass Destruction – WMD) גובשה במסגרת דיוני ועדת העבודה (Working Committee) של ועדת האו"ם לחימוש קונבנציונלי (The Commission for conventional Armaments אשר עם כינונה בפברואר 1947 נדרשה ראשית להחליט מה נכלל במסגרת סמכותה. קרי, מהו נשק קונבנציונלי. לשם פישוט הליכי העבודה הציעה ארצות הברית בספטמבר 1947 הגדרה על דרך השלילה: נשק קונבנציונלי הוא כל נשק אשר אינו בגדר WMD.<sup>105</sup> זה האחרון, הוגדר סופית – לאחר

104 אם בידי ארצות הברית ראיות מהותיות פתוחה בפניה הדרך לבקש ביקורת תגר, בעדיפות לאחר היוועצות עם איראן (באופן דו צדדי או דרך המועצה המבצעת), שיתוף פעולה, בירור עובדות וקבלת הבהרות בהתאם לאמור בחלק הראשון לסעיף 15 לאמנה. לאחריו, יכולה היא לבקש כי תבוצע ביקורת תגר בשטח איראן. לחלופין רשאית ארצות הברית לבקש ישירות ביצוע ביקורת תגר. תת המזכיר בשעתו לבק"ן וביטחון בינלאומי, ג'ון בולטון (Bolton), נשאל ישירות על הימנעות זו במסגרת הרצאה שנשא ב-11 בינואר 2002 אבל התחמק מתשובה. ראו (The CBW Convention Bulletin (CBWCB) 55 (2002) בעמ' 28.

105 לטיוטת ההצעה האמריקאית ראו UN Doc. S/C.3/SC.3/7. למקצת המגעים והשיקולים שהניעו את ארצות הברית בגיבוש ההגדרה והכללת הנשק הביולוגי במסגרתה ראו NINA TANNENWALD, THE

מספר שינויים שהכניסו נציגי הגוש הקומוניסטי – באוגוסט 1948 כלהלן: "...atomic explosives, weapons, radio-active material weapons, lethal chemicals and biological weapons, and any weapons developed in the future which have characteristics comparable in destructive effect to those of the atomic bomb or other weapons mentioned above"<sup>106</sup>.

ברם, לא רק שמן הסיפא עולה כי עסקינן בהגדרה פתוחה ודומה שמספר אמצעים חדשים – דוגמת אלה הבנויים על דלק אוויר – יכולים להיכלל במסגרתה, אלא שעיון בפרוטוקול ישיבת הוועדה המכריעה מצביע כי לא התקיים שום דיון בשאלה האם האמצעים הנכללים בהגדרה ראויים אכן לכינוי WMD.<sup>107</sup> לטעמינו, ספק אם הנשק הכימי ראוי להיכלל במסגרת הגדרה זו שנועדה, כאמור, לצרכים ארגוניים גרידא.<sup>108</sup> אולם, לאור אימוצה הנרחב בידי רוב בניין ומניין הקהילה הבינלאומית והמחקרית, נדון באמצעי זה במסגרת תת-פרק זה כלהלן:

#### 26.4.1.1 נשק כימי

בוועידת האג הראשונה ב-1899, לצד הכללת איסור מפורש על שימוש ברעל או בנשק מורעל באמנת האג (סעיף 23(א)), אומצה הצהרה אשר אסרה שימוש ב"פגזים שמטרתם היחידה היא להפיץ גזים מחנקיים או מזיקים".<sup>109</sup> מאחר ודובר באותה עת על נשק עתידי (פיזור חומרי לחימה כימיים (להלן – חל"כ) באמצעות פגזים היה בר ביצוע רק מקץ 16 שנה במהלך מלחמת העולם הראשונה), התקבלה ההצהרה – פרי יוזמה רוסית – בלא קשיים רבים למעט התנגדות ארצות הברית, ובריטניה אשר תמכה בה אך חזרה בה מעמדתה בוועידת האג השנייה ב-1907. אולם, האיסור הופר במלחמת העולם הראשונה כאשר לאחר שבאביב 1915 השתמשו הגרמנים בחזית איפר (בלגיה) במיכלים אשר פתיחתם הביאה להתנדפות החומר עם כיוון הרוח, עברו הצבאות הלוחמים לשימוש בפגזים לפיזור חל"כ בתדירות גבוהה למדי.<sup>110</sup> השימוש עורר תרעומת רבה בדעת הקהל העולמית ובהתאמה נכלל בכל אמנות השלום שנכפו בתום המלחמה על המנוצחים סעיף מפורש אשר נפתח בהצהרה כי "השימוש בגזים מחנקיים, מרעילים, או בגזים דומים וכן בכל נוזלים, חמרים, או התקנים (devices) אסור הוא". סיפא הסעיף כלל איסור ייצור או יבוא של חל"כ, כמו גם חומרים "המיועדים במיוחד" לייצור,

NUCLEAR TABOO: THE UNITED STATES AND THE NON-USE OF NUCLEAR WEAPONS SINCE 1945 (2007) 102–105.

106 לאימוץ ההגדרה בוועדת האו"ם לחימוש קונבנציונלי ראו UN Doc.S/C.3/32/rev.1.  
107 לפרוטוקול הדיון שהתקיים ב-5 בספטמבר 1947 ראו UNSC S/C.3/SC.3/SR.3 (Sep. 6, 1947). הנציג האוסטרלי אף הבהיר לנוכחים כי תפקיד ועדת העבודה "הוא לקבוע את סמכות הוועדה ולא למצוא הגדרה של WMD". שם, בעמ' 5.

108 לסקירה קצרה בדבר עיוותי התפיסה בהקשר נשק כימי ראו ברק איתן "מיתוס הנשק הכימי" אודיסאה 20, 62 (יולי 2013).

109 Hague Declaration on the Use of Projectiles the Object of Which is the Diffusion of Asphyxiating or Deleterious Gases, 1899 (No. IV, 2), in THE HAGUE CONVENTIONS AND DECLARATIONS OF 1899 AND 1907 225 (James Brown Scott ed., 1915); לנוסח ההצהרה בעברית (לא פורמלי) ראו קובץ אמנות ביני מלחמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4.

110 נתונים בדבר השימוש בפועל בידי הצבאות השונים ראו AUGUSTIN M. PRENTISS, CHEMICALS IN WAR: A TREATISE ON CHEMICAL WARFARE 656 (1937).

אחסנה או שימוש בחל"כ או בהתקנים.<sup>111</sup> בפברואר 1922 תודות למאמצי ארצות הברית, הוכנס הסעיף בשינויים קלים ובלשון דקלרטיבית לאמנה בדבר שימוש בצוללות וגזים ארסיים בלחימה אשר גובשה במהלך ועידת וושינגטון להגבלת החימוש הימי בנוכחות חמש המעצמות המנצחות במלחמת העולם הראשונה (איטליה, ארצות הברית, בריטניה, יפן וצרפת).<sup>112</sup> אולם, כניסת האמנה לתוקף הותנתה בהשתתפות כל החמש וצרפת סירבה לאשררה על רקע המגבלות הכלולות בה בהקשר לוחמת צוללות.

במאי 1925, כאשר במהלך כינוס ועידת ג'נבה בדבר פיקוח על הסחר הבינלאומי בנשק, תחמושת וכלי מלחמה (Arms and Ammunitions and in Implements of War) התגלעו קשיים להטיל איסור סחר על ציוד רלוונטי וחומרי מוצא, הציעה ארצות הברית איסור שימוש בחל"כ באותו נוסח – מה שלימים נודע כפרוטוקול ג'נבה. לב הפרוטוקול הוא הצהרה כי "השימוש במלחמה בגזים מחניקים, מרעילים, או בגזים דומים, וכן בכל נוזלים, חמרים, או תהליכים דומים, גונה, בצדק, על ידי הדעה הכללית של העולם התרבותי". ברם, מדינות רבות צירפו לאשרורן הסתייגויות לפיהן הפרוטוקול מחייב אותן רק כלפי המדינות החברות בו – הסתייגות חסרת תוקף כיום לאור מעמדו כמשפט מנהגי,<sup>113</sup> – ובעיקר התנו ציות מצדן בקיום הדדיות.<sup>114</sup> ריבוי ההסתייגויות בדבר שמירת הזכות לתגמול דומה (retaliation in kind) הפכו את הפרוטוקול בפועל לאיסור שימוש ראשון גרידא שכן העמדה המקובלת בעבר – אך קשה להניח שכיום – הייתה כי שימוש כתגמול אינו בבחינת הפרת הפרוטוקול באם המגיב שימר לעצמו זכות זו.<sup>115</sup> ישראל הצטרפה לפרוטוקול בשנת 1969 בליווי שתי ההסתייגויות אשר צוינו לעיל.<sup>116</sup>

המחלוקת אשר עורר השימוש בקוטלי צמחים (herbicides) ובגז מדמיע במהלך מלחמת וייטנאם על ידי ארצות הברית – אשר כשלעצמה נמנעה בשעתו מלאשרר את הפרוטוקול פרי יוזמתה<sup>117</sup> – והתעקשותה כי אין בכך הפרת הפרוטוקול נוכח אי-תחולתו על פגיעה בצומח ועל מה שנודע לימים כ"חומרים לבקרת מהומות" (Riot Control Agents, RCA) כגז מדמיע הבהירו

111 ס' 171 להסכם ורסאי (Versailles) עם גרמניה 1648-1967 MAJOR TREATIES OF MODERN HISTORY, 1267, 1367 (Fred L. Israel ed., vol. 2, 1967) עם אוסטריה, שם, בעמ' 1582, ס' 82 להסכם ניי (Neuilly) עם בולגריה, שם בעמ' 1754; ס' 119 להסכם טריאנון (Trianon) עם הונגריה, שם, בעמ' 1906; ס' 176 להסכם סבר (Sèvres) עם תורכיה, שם, בעמ' 2113. ההסכם האחרון הוחלף ב-1923 בהסכם לוזן (The Treaty of Lausanne) אשר לא כלל סעיף דומה.

112 Treaty relating to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, Washington, 6 Feb. 1922, RICHARD PRICE, THE CHEMICAL WARFARE SERVICE, 16 AM. J. INT'L L. (1922) Suppl. 57-60, §5. GOLDBLAT; WEAPONS TABOO 74-78 (1997), לעיל ה"ש 2, בעמ' 48-46.

113 DINSTEN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80-81. Schindler and Toman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 108-123. מדובר על אותו נוסח שהופיע באמנות שלום אלא שהמילה devices תורגמה בישראל כ"תהליכים".

115 גם הטיוטה הבריטית לאמנת הפר"ן אשר הוגשה לוועידת האו"ם לפר"ן ב-1933, שימרה זכות תגמול דומה. British Draft Disarmament Convention (March 16, 1933), Part IV, sec. 1, Art. 47.

116 לעיל ה"ש 6, בעמ' 695. נכון ליוני 2015, חברות בפרוטוקול 137 מדינות.

117 הפרוטוקול הועבר לסנאט לשם אשרור ב-1926. אולם נוכח התנגדות חברי סנאט, אשר נבעה גם ממסע שכנוע יעיל של שירות הלחימה הכימי האמריקאי (Chemical Warfare Service – CWS), ביכר יו"ר הוועדה ליחסי חוץ להחזירו לוועדה. הפרוטוקול "נקבר" למעשה, וארצות הברית אשררה אותו רק ב-1975. Baxter and Buergeth, לעיל ה"ש 44 בעמ' 855, הערה 11. PRICE, לעיל ה"ש 112.



את חולשתו והעלו את הנושא בכללותו לסדר היום הבינלאומי.<sup>118</sup> בדצמבר 1969 קיבלה העצרת הכללית ברוב של 80 מדינות למול שלוש (ארצות הברית, אוסטרליה ופורטוגל) החלטה לפיה כל שימוש בנשק כימי או ביולוגי ובכלל זה כנגד צומח מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי.<sup>119</sup> התנגדותן של חלק מן המדינות המערביות בהנהגת ארצות הברית לאיסור גורף על נשק כימי אילצה לבסוף את המדינות הקומוניסטיות והבלתי מזדהות להסכינן להפרדה בין האמצעים ולאסור נשק ביולוגי בלבד. באפריל 1972 נפתחה לחתימה האמנה בדבר איסור הנשק הביולוגי, אשר נכנסה לתוקף במרץ 1975.<sup>120</sup>

השימוש העיראקי במסגרת מלחמת איראן-עיראק (1980-88) חרף חברותה בפרוטוקול ג'נבה הניע את הנאמן, צרפת, לכנס בינואר 1989 את המדינות החברות לוועידה מיוחדת בפריז (להלן – ועידת פריז), אשר בסיומה אימצו נציגי 149 מדינות הצהרה בדבר נחישותן למנוע שימוש נוסף בנשק באמצעות הכחדתו באמנה בינלאומית.<sup>121</sup> מקץ שנה גיבשו ארצות הברית וברית המועצות – בשעתו שתי יצרניות ומחזיקות מאגרי חל"כ הגדולים בעולם – הסכם דו-צדדי על הפסקת יצור חל"כ, השמדתו ואמצעים להקל על גיבוש אמנה בינלאומית לאיסורם. אולם הן לא היו נכונות לוותר על השימוש באמצעי הזה כתגמול דומה ובפועל סוכם על צמצום הארסנל ל-5,000 טון מעוקב לכל מדינה, לצד שימור יכולת הייצור.

ההסכם לעיל לא נכנס לתוקף אך בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה, אשר הביאה את ארצות הברית לנכונות לוותר על הארסנל כליל,<sup>122</sup> אומצה האמנה בדבר איסור פיתוח, ייצור, אגירה ושימוש בכלי נשק כימיים ובדבר השמדתם אשר נפתחה לחתימה בינואר 1993.<sup>123</sup> האמנה, בתוקף מאפריל 1997, היא חסרת תקדים בכל הקשור למשטר הפיקוח המשולב בה. הכולל חובות דיווח, הסכמה לביקורי פקחים באופן סדיר ובדיקות תגר (הליך שטרם נעשה בו שימוש הגם שהאמנה בתוקף מעל ל-18 שנה).<sup>124</sup>

118 Baxter and Buergenthal, שם, עליית הנושא לסדר היום הבינלאומי משתקפת בשורה של החלטות בעצרת הכללית בנושא החל מ-1966.

119 UNGA Res. 2603 A(XXIV) of Dec. 16, 1969, להחלטה קדמו דיונים ראשוניים בנושא בעקבות גינוי סובייטי מיולי 1968 לשימוש האמריקאי בווייטנאם והצעה לרדון באיסור שימוש בסוגי נשק אלו בפורום האו"ם דאו לסוגיות בק"ן (ועדת 18 המדינות לפר"ן – Eighteen-Nation Disarmament Conference – ENDC). בדצמבר 1968 ביקשה העצרת כי מזכ"ל האו"ם יחקור השפעת אמצעים אלו Res. 2454 A (XXIII) והדו"ח שהגיש ביולי 1969, לפיו חלק מאמצעים אלו (ביולוגים וכימים כאחד) אינם בני תיחום ובתור שכך להפעלתם יהיו השלכות חמורות ובלתי הפיכות לאדם ולטבע, נתן דחיפה חזקה לנושא. לדו"ח ראו U.N. Doc. A/7575/Rev.1; S/9292/Rev. 1 (1969).

120 המדינות המערביות טענו כי שלא כמו לגבי נשק כימי, חרם על נשק ביולוגי אינו דורש אימות מחמיר ולכן ניתן לגבש הסכם בהקשרו במהירות. ראו GOLDBLAT, לעיל ה"ש 2, בעמ' 137.

121 ראו Final Act of the Conference of State Parties to the 1925 Geneva Protocol and other Interested States on the Prohibition of Chemical Weapons. Paris, 28 INT'L LEGAL MATERIALS 1020 (1989).

122 יצוין כי תקופה זו מאופיינת בהסכמים אשר כוננו אזורים נקיים מנשק כימי: בספטמבר 1991 נחתם הסכם מאנדוזה (Mendoza Agreement) בו התחייבו ארגנטינה, ברזיל וצילה לא לפתח לייצר או לרכוש חל"כ – הסכם לו הצטרפו מדינות נוספות; הסכם דומה (The Cartagena Declaration) נחתם בדצמבר 1991 עם מדינות נוספות באמל"ט (הקבוצה האנדית) ובאוגוסט 1992 בין הודו ופקיסטן (Joint Declaration). להרחבה ראו, למשל, GOLDBLAT, לעיל ה"ש 2, בעמ' 148–149.

123 לעיל ה"ש 62.

124 באשר לשתי המחלוקות אשר עורר השימוש האמריקאי בווייטנאם (קוטלי צמחים וחומרים לבקרת מהומות) אזכרנו כבר את הצעת הפשרה במסגרתה הוכנס האיסור על שימוש בקוטלי צמחים למבוא

נוכח מספר החברים הרב באמנה (191 מדינות נכון לאוגוסט 2015 ועוד מדינה חתומה יחידה: ישראל) ובהתחשב במדינות אשר חברות בפרוטוקול ג'נבה או תמכו בהצהרת 1989, מחויבות כלל מדינות העולם, בהחרגת דרום סודן שקיבלה עצמאות רק ביולי 2011, להימנע משימוש – ולו ראשון – בנשק כימי.

ישראל, אשר חתמה על האמנה בטקס הפתיחה ב-13 בינואר 1993,<sup>125</sup> נטלה חלק חשוב בדיונים בדבר גיבוש סופי של משטר האימות והשפעתה ניכרת בעיקר בצמצום אפשרויות השימוש לרעה במנגנוני האימות והביקורת.<sup>126</sup> ברם, בעוד בעבר הימנעות מצרים וסוריה מלהצטרף לאמנה – זו בעיקר ממניעים פוליטיים וזו ממניעים צבאיים – הקשתה עליה לאשרר חתימתה,<sup>127</sup> הצטרפות סוריה לאמנה באוקטובר 2013 הביאה לתהיות ביחס להימנעות זו.<sup>128</sup> במישור הפנימי הן אף הובילו מקץ שנה להגשת עתירה בנושא בידי פעיל זכויות אדם – עתירה אשר נדחתה על הסף בפברואר 2015 בג"ץ 7191/14 מק נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 18.2.2015). לאחר ההצטרפות שנכפתה על סוריה, ישראל וצפון קוריאה הנחשבת כבעלת יכולות התקפיות מרשימות בתחום, נותרו המדינות היחידות מחוץ לאמנה שנחשדות גם בהחזקת נשק כימי בהיקף משמעותי.<sup>129</sup> כך או כך, משפטית קשה לראות כיצד שימוש ישראלי

- האמנה. באשר לחומרים לבקרת מהומות נאסר השימוש בהם כבשיטת לוחמה (ס' 55) אך הותר במפורש (ס' 9II(d)) לצורכי "אכיפת חוק, לרבות מטרות פנימיות של פיזור מהומות".
- 125 לציטוט מנאום שר החוץ דאז, שמעון פרס, ראו SHAI FELDMAN, NUCLEAR WEAPONS AND ARMS CONTROL IN THE MIDDLE EAST 315 (1997).
- 126 לסקירת מעורבות ישראל מנציג משרד החוץ לדיוני הוועדה המכינה בשנים 7-1995 ראו גיל רייך "האמנה לנשק כימי" בתוך משרד החוץ: 50 השנים הראשונות 247–250 (כרך א, יגר משה ואח' עורכים, 2002).
- 127 לסקירה תמציתית של יכולות השתיים ועיוותי התפיסה המיוחסים להם בתחום הכימי ראו איתן ברק בשבי עיוותי התפיסה: מדינות ערב, ישראל ואפשרות ביעורו של הנשק הכימי במזרח התיכון 15–38 (2004). לשיקולי ישראל בדבר אשרור חד-צדדי עובר להצטרפות סוריה לאמנה ב-2013 ראו Eitan Barak, *Israel, The CWC and the Universality Objective: The View from Jerusalem*, 68 THE CBW CONVENTIONS BULLETIN 1 (2005).
- 128 ראו, למשל, מאמר מערכת, פרידה מהנשק הכימי, הארץ 2 (16.9.2013). Yonah Jeremy Bob, *Should Israel Ratify the Chemical Weapons Treaty?*, JERUSALEM POST 4 (Nov. 1, 2013); Avner Cohen & Shane Mason, *Coming Clean on Chemical Weapons*, FOREIGN AFFAIRS [SNAPSHOT ONLINE], (Sep. 19, 2013). <http://www.foreignaffairs.com/articles/139942/avner-cohen-and-shane-mason/coming-clean-on-chemical-weapons>.
- 129 לחשדות בהקשר צפון קוריאה ראו, למשל, IISS, *Strategic Dossier North Korean Security*, Challenges: A net assessment 161–172 (2011). לסקירת החשדות בספרות בהקשר ישראל ראו ברק, לעיל ה"ש 127, בעמ' 24–26. לגילויים חדשים, כביכול, ראו Matthew M. Aid, *Exclusive: Does Israel Have Chemical Weapons Too?*, FOREIGN POLICY (Sep. 9, 2013) <http://foreignpolicy.com/2013/09/10/exclusive-does-israel-have-chemical-weapons-too/>. חרף ההודעה על סיום פינוי הנשק הכימי מסוריה והשמדתו, גברו החשדות כי משטר אסאד השאיר בידו כמות קטנה של חל"כ. להודעה ראו OPCW Press Release, "OPCW-UN Joint Mission Draws to a Close" (Oct. 1, 2014). בהלימה, נקבע לאחרונה בדו"ח השנתי של מחלקת המדינה בארה"ב בנוגע לאמנה הכימית כי בהסתמך על המידע הקיים, ארה"ב אינה יכולה לאשר כי סוריה עומדת בהתחייבותה לפי האמנה. ראו "Compliance With the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction Condition 10(C) Report" (April 15, 2015) <http://go.usa.gov/3EPTw>.

בנשק כימי יהיה חוקי שכן הגם כי ישראל שימרה בידה זכות לתגמול דומה בעת הצטרפותה לפרוטוקול ג'נבה, שימוש כזה משפטית יעמוד לכאורה בניגוד למחויבותה – הנגזרת מחתימתה המאוחרת יותר על האמנה הכימית – “להימנע מפעולות העשויות לשים לאל” את מימוש האמנה הכימית,<sup>130</sup> ופוליטית את תמיכתה בהצהרת ועידת פריז הקוראת “לא להשתמש בנשק כימי ולגנות שימוש כזה”.<sup>131</sup>

#### 26.4.1.2 נשק ביולוגי

בעצת נציגי פולין לועידת ג'נבה ב-1925 התווסף לפרוטוקול ג'נבה בדבר איסור שימוש בנשק כימי, איסור שימוש ב"אמצעי לחימה בקטריוולוגיים".<sup>132</sup> בנובמבר 1969 הודיע נשיא ארצות הברית על החלטתו להשמיד באופן חד-צדדי את מאגר הנשק הביולוגי שבידי ארצות הברית (ב-1970 ההשמדה הורחבה לרעלנים כגון בוטולינוס וקיקיון שנתפסו כחל"כ). החלטה זו, יחד עם הגשת פרוטוקול ג'נבה לסנאט לשם אשרורו, סייעו משמעותית לאימוץ אמנה לאיסור נשק זה. לאחר קבלת התכתיב המערבי בדבר הפרדת נשק כימי מביולוגי שנתפסו עד אותה עת ככרוכים זה בזה נפתחה כאמור הדרך לגיבוש האמנה לאיסור הנשק הביולוגי, אשר לראשונה בעידן המודרני נועדה להכחיד קטגוריה שלמה של אמצעי לחימה. למעשה, אין באמנה כל איסור שימוש אלא שהוא משתמע מחובת השמדת הנשק תוך תשעה חודשים (סעיף I(3)) ומן ההפניה המפורשת הנעשית באמנה (סעיף VIII) לפרוטוקול ג'נבה. חרף זאת לאמנה אין מנגנון אימות אפקטיבי,<sup>133</sup> והניסיון לגבש פרוטוקול אימות חודרני נכשל עד כה בשל התנגדותה של ארצות הברית.<sup>134</sup> עד יוני 2015 הצטרפו לאמנה 173 מדינות לצד 9 מדינות אשר טרם אשררו חתימתן ובהן מצרים וסוריה. ישראל נמנעה עד כה מלהצטרף לאמנה בטיעון מסורתי כי נדרש לטפל בסוגיה זו במסגרת משא ומתן אזורי לכינון אזור מפורז מכל WMD, כמו גם טילים בליסטיים,<sup>135</sup> והיא מוגדרת – לצד מצרים וסוריה בלבד – כמדינה שהצטרפותה אינה צפויה בקרוב.<sup>136</sup>

130 1155 U.N.T.S. 331, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, ס' 18(א).

131 לעיל ה"ש 121.

132 פרוטוקול ג'נבה, לעיל ה"ש 61.

133 המנגנון היחידי מצוי בסעיף VI לאמנה לפיו יכולה מדינה חברה להתלונן על מדינה חברה אחרת בפני מועצת הביטחון. אולם זו אינה חייבת לפתוח בחקירה. לדיון בסוגיה זו ראו JOZEF GOLDBLAT, THE THIRD REVIEW OF THE BIOLOGICAL WEAPONS CONVENTION: ISSUES AND PROPOSALS 8–11 (1991).

134 JETZ LITTLEWOOD, THE BIOLOGICAL WEAPONS CONVENTION: A FAILED REVOLUTION (2005), חוקים III-II.

135 ב-23 ביולי 2007 הודיעה ישראל ליו"ר הפגישות השנתיות של האמנה כי להשקפתה “the threat of biological warfare is indeed an ominous one” but that “regional circumstances cannot be overlooked by Israel upon any consideration of the issue of possible accession to the BTWC” BWC/MSP/2007/4, 11 Dec. 2007, p. 8. ב-4 במאי 2011 היא חזרה וטענה כי “joining the Convention was linked to other regional security considerations” BWC/MSP/2012/3 (Nov. 19, 2012), p. 7.

136 BWC/MSP/2014/3 (Oct. 23, 2014), p. 4. בניגוד למרבית המדינות שנותרו בחוץ, ישראל מקפידה לנכוח כמשקיפה בפגישות השנתיות של חברי האמנה ונוכחת אף במפגשי מומחים. ראו, למשל בעמ' 7 וכן BWC/MSP/2014/5 (Dec. 15, 2014), p. 3.

## 26.4.1.3 נשק גרעיני

ממדי ההרס והזוועה שהתבררו בהירושימה ונגסאקי הבהירו לכל את הסכנה הצפונה באמצעי לחימה חדש זה וההחלטה הראשונה שקיבלה העצרת הכללית בכינוסה הראשון בינואר 1946 הייתה כינון ועדה לטיפול בנשק גרעיני ובעיית האנרגיה הגרעינית.<sup>137</sup> דא עקא, הוועדה הפכה עד מהרה לזירת התגוששות מילולית בין ארצות הברית אשר ביקשה לכוון רשות בינלאומית לפיקוח על מקורות האורניום והתעשייה הגרעינית בכללותה, לבין ברית המועצות, אשר הציעה הכחדה מוחלטת של מאגרי הנשק. בתחילת 1952 פוזרה אפוא הוועדה על ידי העצרת לאחר שעבודתה לא הניבה כל פרי.<sup>138</sup>

נוכח אי-היכולת להגיע לפירוק חימוש הסתפקו הצדדים, ובעיקר מעצמות העל, במטרות מוגבלות, ריאליות יותר, של בקרת נשק. זאת באמצעות הסכמים דו-צדדיים על תקרות בכלי הנשק הגרעיניים ואמצעי שיגורם, ויזום או תמיכה בכינון אזוריים מפורזים מנשק גרעיני.<sup>139</sup> בנוסף, גובשו הסכמים אשר אסרו בפועל הצבת WMD בחלל החיצון לרבות גרמי השמיים (Outer Space Treaty)<sup>140</sup> ובקרקעית הים (Sea-Bed Treaty).<sup>141</sup>

במקביל הושגה התקדמות ניכרת בכל הקשור לבלוימת ניסויים גרעיניים: ב-1963 נחתם הסכם חלקי לאיסור ניסויים גרעיניים (LTBT Limited Test Ban Treaty) אשר התיר בפועל המשך ביצוע ניסויים תת קרקעיים בלבד.<sup>142</sup> אולם, סין וצרפת שלא הצטרפו לאמנה חדלו מניסויים

137 Establishment of a Commission to Deal with the Problem Raised by the Discovery of Atomic Energy, UNGA Res. 1(1), Jan. 24, 1946.

138 לסקירה מאוזנת על תקופה זו ראו UNITED NATIONS, THE UNITED NATIONS AND DISARMAMENT 1945-1970 (1970).

139 הסנונית הראשונה – כמו גם הסכם בקרת נשק ראשון (הגם שלא כל סעיפיו הוקדשו לכך) לאחר מלחמת העולם II – הייתה אמנת אנטארקטיקה (Antarctic Treaty) משנת 1959 בה התחייבו הצדדים החתומים לשמור על פירוז היבשת ובכלל זה להימנע מבניית תשתית צבאית וביצוע ניסויים מכל סוג שהוא. 1959 Antarctic Treaty, 402 U.N.T.S. 71. בהתבסס על התובנה כי קל יותר למנוע התחמשות מאשר לפקח עליה, שמשה האמנה מודל לאמנות אחרות אשר כוננו אזוריים מפורזים מנשק גרעיני. Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean, 634 U.N.T.S. 281 (1967); South Pacific Nuclear Free Zone Treaty, 24 ILM (1985); Treaty on Southeast Asian Nuclear-Weapon-Free Zone – SEANWFZ, 35 ILM 635 (1996); African Nuclear Weapon Free Zone Treaty, 35 INT'L LEGAL MATERIALS 698 (1996) – (Pelindaba) (The Central Asian Nuclear-Weapon-Free Zone (CANWFZ) treaty, UN Doc. A/52/12, Annex) in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, 1967, Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, 1974, 955 U.N.T.S. 115.

140 למעשה אסר ההסכם על הכנסה למסלול סביב כדור הארץ או למקום אחר בחלל החיצון של כל נשק שניתן לגרום באמצעותו הרס נרחב. ראו אמנת המחקר בחלל, שם.

141 ההסכם אוסר הצבת האמצעים לעיל על פני קרקעית הים או מתחתיה מחוץ לגבולות מימי החופין Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, 955 U.N.T.S. 115 (1974).

142 לעיל ה"ש 89.

באטמוספירה רק בסוף שנות ה-70.<sup>143</sup> ב-1974 הסכימו שתי מעצמות העל להגביל ביניהן את עוצמת הניסויים התת-קרקעיים לעוצמה מרבית של 150 קילוטון (Threshold Test) <sup>144</sup> TTBT Ban Treaty ומקץ שנתיים כרתו הסכם משלים בדבר פיצוצים גרעיניים למטרות שלום (PNET)-Peaceful Nuclear Explosions Treaty).<sup>145</sup> ב-1996 נפתחה, כאמור, לחתימה האמנה אשר טרם נכנסה לתוקף בדבר איסור מקיף על ניסויים גרעיניים (גם אם מטרתם היא לצורכי שלום) אשר לצורך אכיפתה גובש משטר אימות מחמיר הכולל, בין השאר, רשת תחנות סיסמוגרף ברחבי העולם כמו גם – משעה שתכנס לתוקף – בדיקות תגר המאפשרות לבדוק תלונות וחשדות על הפרות.<sup>146</sup>

גולת הכותרת בהקשר אמצעי לחימה בתחום בקרת הנשק – להבדיל מדיני נשק – היא האמנה למניעת תפוצה גרעינית אשר נועדה למנוע ממדינות שטרם הניחו ידיהן על נשק גרעיני בעת אימוצה לעשות כן בעתיד.<sup>147</sup> הסכם זה מחלק את מדינות העולם לחברות "המועדון הגרעיני" (אלו שייצרו ופוצצו התקן או פצצה גרעינית לפני ה-1 בינואר 1967) ולאילו שאינן ובכך מניח יסוד להפרה גלויה של אחד מעקרונות היסוד במשפט הבינלאומי: שוויון בחובות ובזכויות. הראשונות התחייבו לסייע למדינות החפצות בניצול האנרגיה הגרעינית לצורכי שלום, כמו גם להמשיך במשא ומתן להפסקת מרוץ החימוש הגרעיני ופירוקו. האחרונות התחייבו להימנע מלפתח או לרכוש נשק גרעיני.<sup>148</sup> לשם כך עליהן לאפשר לסבא"א לפקח על מתקני הגרעין שברשותן לשם וידוא שאלו אכן מיועדים לצורכי שלום. כיום חברים באמנה כלל חברי

143 צרפת הודיעה שהיא חדלה מניסוייה באטמוספירה ב-1974, בין השאר, בגין תביעה שהגישו נגדה אוסטרליה וניו זילנד לבית הדין הבינלאומי. Nuclear Test cases, 1974 I.C.J. (Austl. v. Fr.) (Dec. 1974) 253; (N.Z. v. Fr.) 457. ב-1995 ניסו השתיים להגיש תביעה חדשה נוכח הצהרת צרפת על כוונתה לבצע ששה ניסויים תת-קרקעיים. אולם התביעה נדחתה עקב חוסר סמכות של בית הדין, שכן צרפת הסירה הסכמתה לשיפוטו ב-1974. לפרשה בכללותה ראו Don MacKay, *International Security in the Post-Cold War Era: Can International Law Truly Effect Global Political and Economic Stability? Nuclear Testing: New Zealand and France in the International Court of Justice*, 19 FORDHAM INT'L L.J. 1857, 1875 (1996). סין ביצעה ניסוי אטמוספרי אחרון באוקטובר 1980 וב-1986 הודיעה רשמית שאין כוונתה לעשות ניסוי כזה. לסקירה על מדיניות בנושאי תפוצה גרעינית ראו EVAN S. MEDEIROS, *RELUCTANT RESTRAINT: THE EVOLUTION OF CHINA'S NONPROLIFERATION POLICIES AND PRACTICES 1980-2004* (2007).

144 Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Underground Nuclear Weapon Tests, CD/1066, 8 March 1991

145 Treaty between the USA and the USSR on Underground Nuclear Explosions for Peaceful Purposes, CCD/496, 23 June 1976. שני ההסכמים נכנסו לתוקף בדצמבר 1990 לאחר אשרור הגופים הרלוונטיים בכל מדינה, אולם כבר ב-1976 הודיעו שתי המדינות, בנפרד זו מזו, על כוונתן לכבדם גם בהיעדר אשרור פורמלי.

146 Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty (CTBT), CD/1427 (Aug. 22, 1996). לדיון בהקשר כניסתה לתוקף ראו, למשל, Horowitz Liviu & Robert Golan-Vilella, *Comprehensive Nuclear-Test Ban Treaty - How the Dominoes Might Fall after U.S. Ratification*, 17 THE NONPROLIFERATION REV. 235 (Nov. 2010).

147 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons 1968, 729 U.N.T.S. 161 (להלן – NPT).

148 Roger K. Smith, *Explaining the Non-Proliferation Regime* 41 INT'L ORG. 253, 258 (1987). לסקירה על תהליך גיבוש האמנה מפי אחד מנציגי ארצות הברית לדיונים ראו GEORGE BUNN, *ARMS CONTROL BY COMMITTEE: MANAGING NEGOTIATIONS WITH THE RUSSIANS* 59–82 (1992).

הקהילה הבינלאומית למעט הודו, ישראל, פקיסטן וצפון קוריאה (לאחר פרישתה מן האמנה ב-2003).<sup>149</sup> לאור המקרה העיראקי בו התברר כי מדינה ניצלה ידע וסיוע גרעיני לצורכי שלום לחתור להשגת נשק גרעיני, יזמה סבא"א מנגנונים רחבים יותר לפיקוח ובמרכוזם פרוטוקול אימות נוסף (The Additional Protocol) להסכמי הביטחונות אשר המדינות נדרשו לחתום עם סבא"א עם הצטרפותן לאמנה. הפרוטוקול מאפשר שקיפות רבה יותר וגישה משופרת למתקנים גרעיניים רלוונטיים אך עד יולי 2015 רק 126 מדינות הצטרפו אליו, בעוד 21 מדינות נוספות נמנעו מן השלב האחרון: החלת האמנה עליהן במועד החתימה או הודעה מאוחרת לסבא"א כי הדרישות הפנימיות לכניסת הפרוטוקול לתוקף לגביהן התמלאו.

מגבלות משטר האימות המתלווה לאמנה הביאו את הספקיות העיקריות של ציוד וחומרים גרעיניים להקים מנגנונים לפיקוח על ייצוא מוצרים וטכנולוגיות היכולים לשמש לייצור נשק גרעיני כגון קבוצת לונדון ("משטר ספקים") ב-1976 (Nuclear Suppliers Group – NSG).<sup>150</sup> מדינות אחרות, דוגמת ארצות הברית, אף הטילו באופן חד-צדדי מגבלות נוספות במאמץ למנוע ממדינות נוספות להשיג נשק גרעיני ופיתחו יוזמות בינלאומיות נפרדות, כדוגמת ה-Proliferation Security Initiative (PSI).<sup>151</sup> כפי שמדגימים המקרה האיראני ורשת ההברחה "הפרטית" של אבי פצצת האטום הפקיסטנית, עבד אלקדיר חאן, חרף היוזמות לעיל משטר מניעת התפוצה אינו חף מליקויים. אולם, בסיכום הכולל תרומתו להגברת היציבות בעולם אינה מוטלת בספק.

כמשתמע מהתיאור לעיל וחרף ההחלטות הרבות שקיבלה העצרת בדבר אי-חוקיות הנשק, אין עדיין איסור מפורש גורף על שימוש בנשק גרעיני.<sup>152</sup> הטעם לכך הוא התנגדות המדינות הגרעיניות המוצהרות ובנות בריתן לכך, הגם שכולן התחייבו במסגרת סעיף 6 לאמנה למניעת תפוצה גרעינית להכחיד בהקדם את הנשק שברשותן.<sup>153</sup> נוכח זאת, ניסו בשנים 1993-1994 מדינות התומכות באיסור הנשק (בעיקר המדינות הבלתי-מזדהות) להשיג הן באמצעות בקשה

149 טאיואן אינה כמובן חברה פורמאלית אך מצויה בפועל תחת פיקוח באמצעות קשרים "לא-ממשלתיים".  
150 לדיון במשטר ראו, למשל, Daniel Joyner, *The Nuclear Suppliers Group: Present Challenges and Future Prospects*, 10(2) INT'L TRADE L. & REGULATION 33 (2005); Fred McGoldrick, *The Road Ahead for Export Controls: Challenges for the Nuclear Suppliers Group*, 41(3) ARMS CONTROL TODAY 30 (JAN/FEB 2011).

151 להרחבה על יוזמה זו, ראו, למשל Daniel Joyner, *The Proliferation Security Initiative: Non-proliferation, Counter-proliferation & International Law* 30 YALE J. INT'L L. 507 (2005); Aaron Dunne, *The Proliferation Security Initiative: Legal Considerations and Operational Realities*, 36 SIPRI Policy Paper (May 2013).

152 הראשונה בהחלטות אלו התקבלה כבר ב-1961. ראו Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons, UNGA Res. 1653(XVI), Nov. 24, 1961 "any state using nuclear and thermonuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the Laws of Humanity and as committing a crime against mankind and civilization". לחזרה על החלטה זו ראו, למשל, UNGA Res. 33/71 B, Dec. 14, 1978; UNGA Res. 34/83 G, Dec. 11, 1979; UNGA Res. 35/152 D, Dec. 12, 1980; UNGA Res. 36/92, Dec. 9, 1981; UNGA. 47/53C, Dec. 9, 1992.

153 נוסח הסעיף הוא כלהלן: "כל צד לאמנה מתחייב להמשיך במשא ומתן בתום-לב על [יישום] אמצעים אפקטיביים הנוגעים להפסקת מרוץ החימוש הגרעיני בתאריך מוקדם ועל פירוק נשק גרעיני, ועל אמנה בדבר פירוק חימוש כללי ומוחלט תחת בקרה בינלאומית אפקטיבית וקפדנית". NPT, לעיל ה"ש 147, ס' 6.

מצד ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization – WHO)<sup>154</sup> והן באמצעות בקשה מצד העצרת הכללית של האו"ם לקבל חוות דעת מייצגת של בית הדין הבינלאומי בשאלה "האם השימוש בנשק גרעיני או האיום בשימוש בכל נסיבה שהיא מותר במסגרת המשפט הבינלאומי".<sup>155</sup> בעוד בית הדין דחה את בקשת ה-WHO מטעמי חוסר סמכות,<sup>156</sup> הוא נעתר לבקשת העצרת וקרב איתנים משפטי נפתח בין הנשק האולטימטיבי לבין המשפט הבינלאומי, או – כדברי נשיא בית הדין דאז, השופט האלג'יראי מוחמד בג'אווי (Bedjaoui) – בין הרוע האולטימטיבי לרוע במיעוטו.<sup>157</sup>

מתנגדי הנשק ניסו בתחילה להביא את בית הדין לאוסרו בדרך היקש מאיסורים ואמנות קיימים כגון סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות האוסר שלילה שרירותית של חיים,<sup>158</sup> או סעיף 2 לאמנה משנת 1948 בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם המגדיר השמדת עם המגדיר מעשים מסוימים, ביניהם מניעת ילודה והרג אנשים, כהשמדת עם.<sup>159</sup> דברי חקיקה הנוגעים לביטחון והגנת (safeguarding and protection) הסביבה (דוגמת ה-ENMOD וסעיף 35(3) לפרוטוקול ה-I) אוזכרו אף הם בהקשר זה. אולם, בית הדין הבהיר כי הגם שאלו מצביעים על משתנים סביבתיים חשובים שיש לשקללם בהקשר יישום עקרונות וכללי המלחמה, הם אינם פוסלים שימוש בנשק שכן אין כוונתם לשלילת הזכות להגנה עצמית (המוצהרת בסעיף 51 למגילה).<sup>160</sup>

גם סעיפי המגילה הנוגעים לאיום או שימוש בכוח לשון המגילה (פעולה של מועצת הביטחון או הגנה עצמית כאמור בסעיף 51) הובאו בפני בית הדין. אולם, הלה הבהיר כי דרישת

154 למעשה מדינות אלו הונעו כשלעצמן על ידי יחידים וארגונים אזרחיים אשר הבינו כי בהיעדר כסכות קונקרטי שיישובו נדרש, כל שניתן הוא לחלץ מבית הדין חוות דעת. לתיאור תמציתי של התהוות הפרשה ראו, למשל, Michael N. Schmitt, *The International Court of Justice and the Use of Nuclear Weapons*, 7 USAFA J. OF LEGAL STUD. 57, 58–59 (1996–1997). ביקש, נוכח החלטת רוב חברי הארגון ב-13 במאי 1993 במסגרת הכינוס השנתי ה-46 – בהתנגדות ארצות הברית ומדינות אחרות – חוות דעת מייצגת על השאלה הבאה: "לאור השפעות סביבתיות ובריאותיות, האם השימוש בנשק גרעיני בידי מדינה במלחמה או בעימות מזוין אחר יהיה הפרה של מחויבותיה תחת המשפט הבינלאומי כולל חוקת ה-WHO". להחלטה (ברוב של 73 מדינות מול 40) אשר הועברה לבית הדין ב-27 באוגוסט 1993 ראו Health and Environmental Effects of Nuclear Weapons, WHA Res. 46.40, May 14, 1993. Nicholas Rostow, *The World Health Organization the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 20 YALE J. INT'L L. 151 (1995).

155 UNGA. Res. 49/75 K, Dec. 15, 1994, התקבלה ברוב של 78 מדינות מול 43 מתנגדות ובהן כל המדינות הגרעיניות למעט סין, שבחרה לצד 24 מדינות נוספות, להיעדר מההצבעה. 38 מדינות נמנעו.

156 Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, July 8, 1996, בפס' 26–27.

157 ראו Declaration of President Bedjaou, July 8, 1996, בפס' 20. טובי המשפטנים ממדינות העולם גייסו להכנת ההצהרות הכתובות (35 בסיבוב הראשון עד לספטמבר 1994 ו-28 בסיבוב השני עד לספטמבר 1995) ולהופעה בפני בית הדין (22 מדינות).

158 האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (בתוקף לגבי ישראל מ-1992), ס' 6.

159 האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 1, 65. בית הדין קבע שהסעיף ישים רק במידה שהפנייה לנשק אכן כרוכה בכוונת השמדה כלפי קבוצות אוכלוסיה מוגנת כזו. ראו פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 26.

160 שם, בפס' 27–34.

היחסיות בהפעלת זכות ההגנה העצמית אינה פוסלת כשלעצמה שימוש בנשק הגם שעל המדינות לזכור את כוחו ההרסני בטרם יסברו שהן רשאיות להפעילו (כתגמול כמובן).<sup>161</sup> מתנגדי הנשק הגרעיני ניסו להצביע גם על האיסורים בתחום הכימי-ביולוגי (אמצעים שהוגדרו כ-WMD) כמקור להיקש על איסור ביחס לנשק הגרעיני. בתחילה, הם ניסו להיסמך על איסור השימוש בנשק מורעל כאמור באמנת האג מ-1907 ובנשק כימי כאמור בהצהרת האג מ-1899 ופרוטוקול ג'נבה מ-1925 (הכולל, כאמור, גם איסור על "...וכן בכל נוזלים, חמרים, או תהליכים דומים"). אולם, בית הדין דחה טיעון זה לאור העובדה כי בפרקטיקה המדינות פירשו איסורים אלו כמתייחסים לנשק כימי בלבד, לא נעשה בעבר אזכור לנשק גרעיני בהקשרם ולמעשה מתברר מהם כי אמצעים שנחשבים בגדר WMD הוכרו כבלתי חוקיים בהסכמים ספציפיים (קרי, האמנה הביולוגית והכימית), בעוד שהדיונים הרבים על הנשק הגרעיני לא הניבו תוצאה דומה.<sup>162</sup>

באשר לשורת ההסכמים אשר קיבלה הקהילה הבינלאומית בתחום הגרעיני ותוארו בתחילת פסקה זו (כגון, האמנה למניעת תפוצה גרעינית ואמנות בדבר איסור הצבתו של נשק גרעיני באזורים שונים) בית הדין קבע כי בעוד אמנות אלו מצביעות אכן על החשש הגובר בקהילה הבינלאומית לגבי הנשק, הן בחזקת מבשרי איסור, ואין לראות בהן איסור בפני עצמו. בהתייחסו לאיסור השימוש שחלק מן המדינות הגרעיניות התחייבו לו לגבי מדינות חברות במספר אזורים מפורזים מנשק גרעיני (כנדרש באמנת טלטללקו ורורטנגה) בפרט ובמסגרת הערבויות השליליות (התחייבות להימנע מלהפעיל או לאיים בנשק גרעיני) שהן נתנו לחברות האמנה למניעת תפוצה גרעינית בכלל (החלטת מועצת הביטחון 984 מאפריל 1995), ציין בית הדין כי המדינות הגרעיניות דאגו לשמר בידיהן את זכות השימוש בנסיבות מסוימות ולא נשמעה מחאה על הסתייגויות אלו.<sup>163</sup> לגבי החלטות העצרת הכללית החוזרות מאז 1961 בדבר אי-חוקיות השימוש בנשק גרעיני,<sup>164</sup> בית הדין קבע שהן אינן מגיעות לכדי ראייה בדבר הכרה משפטית בקיומו של איסור על שימוש בנשק גרעיני.<sup>165</sup>

לפיכך עבר בית הדין לבדוק את חוקיות הנשק בהתאם לדיני הנשק בכלל ועיקרון האבחנה בפרט. בית הדין התייחס בקצרה ובעקיפין למונח שזכה לתשומת לב רבה בספרות ביחב"ל:

161 שם, שם.

162 שם, בפס' 37-53.

163 שם, בפס' 58-63.

164 Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons, UNGA Res. 1653(XVI), Nov. 24, 1961 (a)ny state using nuclear and thermonuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the Laws of Humanity and as committing a crime against mankind and civilization" UNGA Res. 33/71 B, Dec. 14, 1978; UNGA Res. 34/83 G, Dec. 11, 1979; UNGA Res. 35/152 D, Dec. 12, 1980; UNGA Res. 36/92, Dec. 9, 1981; UNGA Res. 47/53C, Dec. 9, 1992; 34/83 G, Dec. 11, 1979; UNGA Res. 35/152 D, Dec. 12, 1980; UNGA Res. 36/92, Dec. 9, 1981; UNGA. 47/53C, Dec. 9, 1992

165 לדעת בית הדין הגם שהחלטות העצרת עשויות להיות בעלות ערך נורמטיבי בכך שהן מספקת הוכחה חשובה להוכחת קיום כלל או התגבשות מחויבות משפטית (opinio juris), הרי שחלק מהחלטות הספציפיות בהן מדובר עסקו בעניין אחר משאלת השימוש ובכל מקרה למרביתן היו מתנגדים ונמנעים לא מעטים. פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 68-73.



"הטאבו הגרעיני". קרי, מסורת אי-השימוש (Tradition of Non-Use) בנשק גרעיני אשר השימוש האחרון בו היה 50 שנה עובר לדיון בית הדין. בית הדין ציין כי בנסיבות הנוכחיות הוא אינו יכול לקבוע האם מסורת זו מגיעה כדי מחויבות משפטית (opinio juris).<sup>166</sup> לכן, בית הדין קבע ברוב של אחד-עשר שופטים נגד שלושה, כי נוכח המאפיינים הייחודיים של הנשק הגרעיני דומה כי בפועל השימוש בנשק כזה מתיישב בקושי עם עיקרון ההבחנה,<sup>167</sup> אך הטעים כי "אין במשפט הבינלאומי ההסכמי או המנהגי איסור אוניברסלי ומקיף כשלעצמו על שימוש או איום בשימוש בנשק גרעיני".<sup>168</sup> לבסוף סיכם בית הדין (ברוב של שמונה כנגד שבעה) כי נוכח המצב הנוכחי של המשפט הבינלאומי והעובדות שברשותו, אין באפשרותו לקבוע בוודאות כי השימוש בנשק זה או האיום בו יהיה חוקי או בלתי חוקי ב"נסיבות קיצוניות של הגנה עצמית, כאשר עצם קיום המדינה נתון בסכנה".<sup>169</sup>

ההחלטה עוררה עניין חסר תקדים<sup>170</sup> וביקורת רבה בשורה של מישורים, כגון הקשר שמתח בית הדין בין חוקיות הנשק לנסיבות הפעלתו (הגנה עצמית).<sup>171</sup> שנית, כפי שציינה השופטת היג'נס בחוות דעת חולקת, המסר העולה מחוות הדעת הוא של – *non liquet* (מלטינית: "זה אינו ברור", בעיה משפטית הנעדרת תשובות בחוק הקיים) בעוד שבית הדין עצמו דחה בתחילה (במסגרת הטענות לאי-התערבותו) את הטענות כי מדובר בהיעדר שאלה משפטית והתערבותו תחייב יצירת תרחישים או מתן גושפנקא לנשק.<sup>172</sup> למעשה, עולה תהייה כיצד הגיע בית הדין לחוות דעתו אם מצא שאין כל איסור במשפט ההסכמי או המנהגי על שימוש בנשק גרעיני שכן בהיעדר איסור, המעשה מותר.<sup>173</sup> שלישי, כפי שציינה השופטת היג'נס, מרגע שקבע בית הדין כי גם השימוש באמצעי לחימה זה – כשאר האמצעים – כפוף לכללים בדבר שימוש באמצעי

- 166 שם, בפס' 67. לדיון בסוגיה זו ראו T. V. PAUL, THE TRADITION OF NON-USE OF NUCLEAR WEAPONS (2009); TANNENWALD, לעיל ה"ש 99.
- 167 פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, שם, בפס' 95.
- 168 שם, בפס' (2) 105.
- 169 שם. בית הדין קבע פה אחד את התחייבות המדינות הגרעיניות כאמור בס' 6 ל-NPT. ממצא זה, הנראה מנותק מן השאלה, יוחס לתסכול בית הדין מהכרתו כי לחוות דעתו לא תהיה השפעה מעשית. לסברה זו ראו Schmitt, לעיל ה"ש 154, בעמ' 81.
- 170 לעניין שגילו בפרשה חוקרי יחב"ל ומשב"ל כאחד ראו, למשל (בתחום המשפטי) Richard A. Falk, *Nuclear Weapons International Law and the World Court: A Historic Encounter*, 91 AM. J. INT'L L. 64 (1997); INTERNATIONAL LAW, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND NUCLEAR WEAPONS (Chazournes Boisson Laurence, Philippe Sands, eds., 1999) (בתחום היחב"ל); Ticehurst, *The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* WAR STUD. J. 107 (1996); Saul H. Mendlovitz and Peter Weiss, *Judging the Illegality of Nuclear Weapons: Arms Control Moves to the World Court*, ARMS CONTROL TODAY (Feb. 10, 1996).
- 171 מושכל יסוד הוא כי דיני הלחימה (*jus in bello*) חלים על כלל הצדדים באשר הם בלי קשר לשאלת צדקת השימוש בכוח (*jus ad bellum*). לדיון בסוגיה זו ראו YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF DEFENCE 167-173 (5<sup>th</sup> ed., 2011).
- 172 חוות דעתה החולקת של השופטת היג'נס בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 2.
- 173 DINSTEIN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 85.

לחימה (קרי, דיני נשק) והעיר כי בדרך כלל השימוש באמצעי זה הוא אסור, היה עליו להתמודד ולדון באותם מקרים ספציפיים וחריגים בהם השימוש חוקי – אך הוא נמנע מכך.<sup>174</sup> כך או כך, ברור כי חוות דעת זו מציבה מכשול נוסף בפני משתמש פוטנציאלי בנשק גרעיני וחרף הביקורת שספג בית הדין ראוי לזכור כי בעצם הסכמתו להיכנס לעובי הקורה ולדון במקרה כה קשה ובעייתי הוא צבר יוקרה רבה. בה בעת, ייתכן שפסיקה אחרת לא הייתה בגדר האפשר שכן ברי כי אף מדינה גרעינית לא הייתה מתפרקת מהארסנל הגרעיני שבידיה בשל חוות דעת הקובעת שהשימוש בנשק זה אינו חוקי. משמע, כל פסיקה אחרת הייתה מדגישה למעשה את חולשתו. לכן, אותם טעמים מוסדיים שצינו לעיל ועמדו בזכות הסכמתו למתן חוות דעת, הכתיבו הימנעות מהכרעה. במובן זה, טענו משפטנים, חוות דעת הייתה "תרגיל בריאליזם שיפוטי".<sup>175</sup>

ברם, בית הדין הדגיש פה אחד את התחייבות המדינות הגרעיניות כאמור בסעיף 6 לאמנה למניעת תפוצה גרעינית להכחיד בהקדם את הנשק שברשותן. בעוד שממצא זה, הנראה מנותק מן השאלה שעמדה לדיון, יוחס לתסכול בית הדין מהכרתו כי לחוות דעתו לא תהיה השפעה מעשית, הוא שימש מקץ 18 שנה עילה לפנייה נוספת אליו. באפריל 2014 הגישה הרפובליקה של איי מרשל תביעה בבית הדין נגד חמש המדינות הגרעיניות המוצהרות, שלוש מדינות נוספות שהצהירו בעליל על החזקת הנשק וביצעו ניסוי גרעיני (הודו, פקיסטן, צפון קוריאה) וישראל, שלטענת איי מרשל מחזיקה ארסנל ניכר.<sup>176</sup> עילת התביעה הייתה כישלון המדינות הגרעיניות המוצהרות למלא את ההתחייבות כאמור בסעיף 6 לאמנה. לגבי לארבע המדינות שאינן חברות באמנה למניעת תפוצה גרעינית, נטען כי למעשה סעיף 6 מעגן התחייבות במישור המשפט המנהגי ולכן אין חשיבות לאי-חברותן באמנה. התביעות נגד ארצות הברית, רוסיה, סין, צרפת, צפון קוריאה, וישראל נדחו מטעמי חוסר סמכות של בית הדין.<sup>177</sup> קשה להניח כי פניית איי מרשל תביא לתוצאות המקוות מבחינתה. אך היא חלק מ"המערכה הבינלאומית לאיסור נשק גרעיני" (International Campaign to Abolish Nuclear Weapons – )

174 חוות דעתה החולקת של השופטת בהיגנס בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני, לעיל ה"ש 11, בפס' 2.

175 Schmitt, לעיל ה"ש 154, בעמ' 81.

176 Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=2a&case=158&code=miind&p3=0>. בנוסף לפנייה זו הגישה איי מרשל תביעה כנגד ארצות הברית, הנשיא אובמה ואחרים לבית המשפט פדרלי מחוזי בצפון קליפורניה. הממשל מיהר לבקש את מחיקתה ואכן בפברואר 2015 קיבל בית המשפט את טענות הממשל ובכלל זה כי אכיפת ההתחייבות למשא ומתן על פר"ן גרעיני אינה באינטרס הציבור. איי מרשל הגישה ערעור אשר בעת כתיבת שורות אלו ביוני 2015 טרם הוכרע. לכתב התביעה (Case3:14-cv-01885) ושאר מסמכי המשפט ראו <http://www.nuclearzero.org/in-the-courts>.

177 ICJ Press Release, No. 2014/18 (24 April 2014) הודו הוסיפה הסתייגויות להסכמתה לשיפוט מ-1974 בדבר אי-תחולה בנושאים שונים של ביטחון לאומי והודיעה ביוני 2014 לבית הדין על תחולת ההסתייגות במקרה זה. ביוני 2015 קבע בית הדין כי תגובתה בנושא זה של תחולת ההסתייגות תוגש בספטמבר 2015. לטיעון בזכות תחולת ההסתייגות ההודית ראו Shashank P. Kumar, *The Marshall Islands' Case against India's Nuclear Weapons Program at the ICJ*, EJIL ANALYSIS (June 27, 2014) <http://www.ejiltalk.org/category/ejil-analysis/>.

178, ICAN) יוזמה אשר קמה באפריל 2007 בקריאה לפתוח במשא ומתן מידי על גיבוש אמנה לאיסור והכחדת הנשק וכבר בשנים הראשונות לקיומה זכתה למספר הצלחות.<sup>179</sup> זהו ניסיון להתגבר על סירוב בית הדין הבינלאומי בהאג להכריז על אי-חוקיות הנשק באמצעות שילוב טיעונים מוסריים בטיעונים הומניטאריים. במסגרת זו, שכללה כבר שלוש ועידות בינלאומיות רבות משתתפים בשנים 2013–2014, הביעו כבר 44 מדינות תמיכה בחרם על נשק גרעיני, ואוסטריה התחייבה לפעול לגיבוש האמנה לה מייחלים הארגונים החברים.

## 26.4.2 נשק קונבנציונלי

עד לשנות השמונים של המאה העשרים, אמצעי הלחימה "הקונבנציונליים" היחידים שהיו לגביהם איסורים או הגבלות שימוש מפורשות היו כלהלן: (א) קליעים הטעונים חומר נפיץ או דליק במשקל פחות מ-400 גרם בהתאם להצהרת סט פטרבורג מ-1868; (ב) כדורים מתרחבים או משתטחים בנקל כאמור בהצהרת ועידת האג הראשונה ב-1899; (ג) "מוקשי מגע אוטומטיים תת ימיים" חסרי עיגון שאינם הופכים לעקרם תוך שעה מאובדן השליטה עליהם לצד טורפדו הממשיך להוות סכנה בהחטיאו את מטרתו בהתאם להסכם שקיבלה וועידת האג השנייה ב-1907.<sup>180</sup>

השימוש בוויטנאם באמצעי לחימה אשר עוררו תרעומת בדעת הקהל העולמית, כגון בנשק מבעיר (incendiary weapons) ונשק רסס דוגמת פצצות מצרר, העלו נושא זה של הטלת הגבלות או איסורי שימוש על סוגים מסוימים של נשק קונבנציונלי לסדר היום.<sup>181</sup> הניסיון לממש זאת במסגרת דיוני הוועידה הדיפלומטית שגיבשה את הפרוטוקולים הנלווים לאמנות ג'נבה בשנים 1974–77 נכשל.<sup>182</sup> אך, לאחר מכן המשיכה הקהילה הבינלאומית לדון בנושא זה ובאמצעות ועידת האו"ם לכלי נשק מסוימים אומצה באוקטובר 1980 האמנה בדבר איסורים או הגבלות על השימוש בכלי נשק קונבנציונליים מסוימים העשויים להיחשב כבעלי פגיעה קשה במיוחד או השפעות חסרות אבחנה. האמנה, אשר כשלעצמה מטפלת בנושאים מנהליים בלבד, הכילה

178 יוזם הקמפיין היה ארגון רופאים בינלאומיים למניעת מלחמה גרעינית (International Physicians for the Prevention of Nuclear War. IPPNW) אשר זכה ב-1985 בפרס נובל לשלום. לאתר הקמפיין ראו <http://www.icanw.org>.

179 אחת הבולטות שבהן הייתה שילוב התייחסות להשלכות ההומניטריות הקשות משימוש בנשק במסמך סיכום ועידת הסקר של האמנה למניעת תפוצה גרעינית ב-2010, at 12, NPT/CONF.2010/50 (Vol. I), para. 80.

180 לעיל ה"ש 45.

181 Baxter, לעיל ה"ש 67, בעמ' 45; Kalshoven, לעיל ה"ש 20, בעמ' 225. בדצמבר 1968 ביקשה עצרת האו"ם מן המזכ"ל ללמוד, בין השאר "את הצורך באמנות הומניטאריות בינלאומיות נוספות... להבטיח את האיסור וההגבלה על השימוש באמצעים ושיטות מסוימים של לחימה" (UNGA Resolution 2444 (1969), Dec. 16, 1968, UN Doc. A/7218 (XXIII)). מקץ שנה, בנובמבר 1969, הגיש אכן מזכ"ל האו"ם דו"ח בו המליץ, בהקשר זה, לבחון את חוקיות השימוש בנאפלים (U.N. Doc. A/7720, 59–63, (1969) § 183–201). להמלצה על בחינת חוקיות הנפלים ראו שם, בס' 200 ודו"ח נוסף בנושא הוגש בספטמבר 1970 (U.N. Doc. A/A/8053).

182 כפשרה, קיבלה הוועדה הדיפלומטית בסיום עבודתה (יוני 1977) החלטה אשר הביעה שאיפה כי הנושא בכללותו ייבחן במסגרת האו"ם וקראה לשם כך לכינוס ועידה בינלאומית "לא יאוחר מ-1979". Res. 22(IV) – Follow-up Regarding Prohibition or Restriction of Use of Certain Conventional Weapons, 9 June 1977. לנוסח עברי ראו פרוטוקולים נוספים, לעיל ה"ש 8 בעמ' 96–95.

בעת כניסתה לתוקף בדצמבר 1983 שלושה פרוטוקולים כאשר חברות מצריכה הצטרפות לשניים בלבד. אולם, האיסורים במסגרת הפרוטוקולים – הן המקוריים והן השניים שנוספו לאחר מכן – הם ספורים ושוליים, כלהלן:<sup>183</sup>

26.4.2.1 איסור שימוש בנשק "שהשפעתו העיקרית היא לפגוע על ידי רסיסים אשר אינם ניתנים לגילוי בגוף האדם על ידי קרני רנטגן" (פרוטוקול I)<sup>184</sup>

רק פרוטוקול זה היווה בשעתו איסור גורף.<sup>185</sup> ככל הנראה, סברו יוזמי האיסור כי ארצות הברית מחזיקה באמצעי לחימה זה (דוגמת פגזים ממולאים בזכוכית) ואף עשתה בו כבר שימוש בווייטנאם. אולם, מאחר ובפועל אף מדינה לא החזיקה או עסקה בפיתוח נשק כזה (לא הייתה לו אז ואין היום כל תכלית צבאית), לא הייתה לארצות הברית מניעה להצטרף לאיסור.<sup>186</sup> אדרבא, סיבת קבלתו של הפרוטוקול, היא רצון המעצמות הצבאיות העיקריות "להראות את נכונותן לבצע וויתורים"<sup>187</sup> ללא צורך בויתור ממשי מבחינה צבאית.

כיום חשיבותו של הפרוטוקול נתונה בספק שכן לא רק שכושר ההפרדה של מכשיר הרנטגן עצמו השתנה מאז ללא הכר, קיימים אמצעים חילופיים לגילוי רסיסים בגוף האדם אשר אינם מבוססים על קרינה מייננת. ישראל הצטרפה, בליווי ההצהרות, לפרוטוקול זה והפכה צד לאמנה ב-1995.

26.4.2.2 איסור או הגבלות על שימוש במוקשים, מלכודות פתאים (Booby Traps) והתקנים אחרים (פרוטוקול II) ואמנת אוטווה

הפרוטוקול בדבר איסורים או הגבלות על שימוש במוקשים, מלכודות פתאים והתקנים אחרים<sup>188</sup> אוסר שימוש חסר אבחנה באמצעים אלו (הגדרת מוקשים בפרוטוקול כוללת מוקשי

183 לדיון מקיף ויסודי באמנה ובפרוטוקול הראשון מפי אחד מחברי משלחת ארצות הברית לדיוני ה-CCW ראו Ashley J. Roach, *Certain Conventional Weapons Convention: Arms Control or Humanitarian Law?* 105 MIL. L. REV. 3, 18-72 (Summer, 1984) Burrus. לדיון דומה בפרוטוקול השני ראו Carnahan, *The Law of Land Mine Warfare: Protocol II to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons*, 105 MIL. L. REV. 73 (1984) המוקריים ראו, למשל, Frits Kalshoven, *The Conventional Weapons Convention: Underlying Legal Principles* 279 INT'L REV. RED CROSS 510 (1990).

184 פרוטוקול בדבר רסיסים שאינם ניתנים לגילוי, כ"א 46, 16.

185 David Turns, *Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* 11 J. OF CONFLICT & SECURITY L. 201, 207 (2006).

186 למעשה, כלי נשק לא מעטים הכילו דאו רסיסים שאינם בר גילוי ברנטגן כגון מוקשים במעטפת פלסטיק. אולם, הדרישה לכך ש"השפעתו העיקרית" של הנשק היא לפגוע על ידי רסיסים אלו הוציאה אותם מגדר הפרוטוקול.

187 ראו ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL LAW* 412 (2005). להיעדר נשק זה בנמצא ראו גם Over Bring, *Regulating Conventional Weapons in the Future- Humanitarian Law or Arms Control?* 24 J. OF PEACE RESEARCH 275, 277 (1987). מצב זה של איסור תיאורטי לא השתנה גם בשנות ה-90, כפי שדיווח ממשל ארצות הברית לסנאט בעת בקשתו לאשרור האמנה מצד הסנאט. ראו US Senate Treaty Doc 103-25 (103d Cong., 2d Sess.) Message from the President of the US, 12 May 1994, VI

188 פרוטוקול בדבר איסורים או הגבלות על שימוש במוקשים, מלכודות פתאים והתקנים אחרים (פרוטוקול), כ"א 46, 18.

נ"א ונגד רכב כאחד) באופן שייתכן ויביא לפגיעה באזרחים ולו בצורה מקרית.<sup>189</sup> הפרוטוקול מחייב לרשום ולפרסם מיקום שדות מוקשים ומלכודות פתאים ונקיטת "צעדים נאותים" בסיום פעולות האיבה להגן על האזרחים מפניהם.<sup>190</sup>

הפרוטוקול מחמיר יותר בכל הקשור למלכודות פתאים: נאסר השימוש במלכודות המיועדות לפי טיבן לגרום לסבל מיותר או פציעות מעבר לנדרש, באלו המחבורות לפצועים, חולים, חללים ובכל המלכודות אשר "נחזות כבלתי מזיקות ומתפוצצות עם מגע או קירבה". הפרוטוקול כולל פירוט ארוך של מלכודות העלולות לגרום לאובדן חיים אזרחים כגון מזון או צעצועי ילדים (סעיף 6). ישראל הצטרפה, בליווי ההצהרות, לפרוטוקול זה ב-1995.

ב-1996 תוקן הפרוטוקול,<sup>191</sup> אך גם הפרוטוקול המתוקן, אשר נכנס לתוקף בדצמבר 1998, אינו אוסר על שימוש במוקשי נ"א באופן קטגורי אלא רק על שימוש בסוגים מסוימים ומתקדמים של אמצעי לחימה זה.<sup>192</sup> זאת, לצד איסור הנחת מוקשי נ"א בלא מנגנון השמדה עצמי וגייבוי במידה והם אינם מונחים במקום מגודר, מסומן ומבוקר (סעיף 5).

הפרוטוקול המתוקן חוזר על האיסורים וההגבלות בגרסא הראשונה (החלות כזכור גם על מוקשים נגד רכב). אך, בנוסף לאיסורים וההגבלות שהוטלו בגרסא הראשונה, הפרוטוקול המתוקן אוסר הנחה (כמו גם ייצור עתידי) של מוקשי נ"א שלא מוטבע בהם שם מדינה, תאריך הייצור ומספרם הסידורי והעיקר: הם אינם ברי גילוי במגלה מוקשים (מגמ"ק) סטנדרטי.<sup>193</sup> הפרוטוקול המורחב אוסר שימוש במוקשים המנויים בו גם בסכסוכים פנימיים ומחייב פינוי כל שדות המוקשים, ההתקנים ומלכודות הפתאים אשר הונחו מיד בסיום פעולות האיבה (סעיף 10). בנוסף, נאסרה העברה או ייצוא מוקשים למדינות שאינן פועלות על פי הפרוטוקול (סעיף 8) ונקבע נוהג חדש: חובת דיווח שנתי לנאמן האמנה (הא"מ) על פעילויות בשורת תחומים וכינוס שנתי של חברי הפרוטוקול להתייעצות (סעיף 13).<sup>194</sup> הפרוטוקול קובע שכל מדינה חברה

189 קרי, איסור שימוש באזורים מאוכלסים בהיעדר לחימה – או צפי לה – בין כוחות יבשה (סעיף 4) והגבלות על השימוש בעת לחימה (או בסמוך לפריצתה).

190 בנוסף, המדינות החברות נדרשות להעביר מידע (כולל למזכ"ל האו"ם) על מיקום האמצעים בסיום נסיגת כוחותיהן מהשטח (שם, סעיף 9) וחובה להעמיד לרשות משלחת או כוח או"ם מידע באשר לאותם מוקשים ומלכודות שמצויים בשטח (סעיף 12).

191 הפרוטוקול בדבר איסורים או הגבלות על השימוש במוקשים, מלכודות פתאים והמתקנים אחרים, כפי שתוקן ב-3 במאי 1996, כ"א 46, 34 (בתוקף לגבי ישראל מ-2000). לניתוח פרוטוקול זה ראו Marian Nash (Leich), *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 91 AM. J. INT'L L. 325, 329–344 (1997). נכון ליוני 2015, 102 מדינות חברות בו.

192 כגון מוקשי נ"א או התקנים שלהם מנגנון נגד תזוזה (Anti Handling Device) או גילוי (Anti Sensing Device).

193 אולם, מדינות המחזיקות מוקשים אלו רשאיות, בהתאם לנספח הטכני (ס' 2(ב)), להצמיד להם תווית מתכת במשקל מתאים (quick fix) שתאפשר גילויים ובכך להכשירם לשימוש. לחליפין, ניתן לדחות את הציות לאיסור זה עד תשע שנים אם מדינה מצהירה על כך בעת הפקדת כתב ההסכמה – תקופת מעבר במהלכה נדרש הצד המצהיר "למזער את השימוש, במידה שאפשר" במוקשים אלו.

194 בדצמבר 1999 הוחלט כי הדו"חות יוגשו חודשיים לפחות עובר למועד הכינוס. כמדינה חברה מגישה ישראל מדי שנה דו"ח בדבר פינוי מוקשים, שיקום, חקיקה קשורה וכו'. לדו"ח ישראל האחרון

חייבת לוודא ציות בכל האמצעים שברשותה ולהעמיד לדין פלילי כל מי שבהקשר עימות מזוין הפר את הפרוטוקול וגרם במתכוון להרג ופציעה חמורה של אזרחים. ישראל הצטרפה לפרוטוקול באוקטובר 2000 בליווי שורת הצהרות כגון הסתייגות מחובת פינוי מוקשים משטחים שתפנה כתוצאה מחוזי שלום או הסכמים להפסקת מעשי עוינות.<sup>195</sup>

אמנת אוטווה: היעדר חרם גורף על מוקשי נ"א וחובת פינויים, כמו גם ליקויי הפרוטוקול המתוקן שצינו לעיל ותחושה כללית כי סעיפיו מסובכים מדי ומנוסחים בלשון רפה בכדי להוות מענה למשבר ההומניטארי שגורמים מוקשי נ"א, גרמו לאכזבה רבה בקרב הארגונים שאוגדו עוד קודם בקואליציה למען חרם כולל (International Campaign to Ban Landmines, ICBL). אלה – בשיתוף עם מדינות שחלקן השקפה דומה כקנדה – החליטו לשבור את המסגרת המקובלת להטלת איסורים או הגבלות על אמצעי לחימה קונבנציונליים.<sup>196</sup> ביוזמת קנדה נפתחה לחתימה בדצמבר 1997 אמנה בדבר איסור שימוש, אגירה, ייצור והעברה של מוקשים נגד אדם והשמדתם.<sup>197</sup>

האמנה, אשר נכנסה לתוקף במרץ 1999, מחייבת השמדת מאגרי מוקשי נ"א (המוגדרים ביתר בהירות מהגדרת הפרוטוקול)<sup>198</sup> תוך ארבע שנים מכניסתה לתוקף לגבי כל מדינה מצטרפת. השלמת פינוי כלל שדות המוקשים בשטח המדינה או בשליטתה נדרשת מקץ עשור – תוך מתן אפשרות הארכת התקופה עד הכפלתה בפרוצדורה מיוחדת (סעיף 5).<sup>199</sup> האמנה מחייבת בדיווח ראשוני לנאמן (מזכ"ל האו"ם) תוך 180 יום ממועד ההצטרפות ואחר דיווח שנתי בשורת נושאים (מלאים, פירוט תוכניות השמדתם, מיקום מדויק של שדות מוקשים ועוד) ואינה מתירה הסתייגות מסעיפיה – מה שמנע את הצטרפות ארצות הברית אשר ביקשה להמשיך להחזיק במאגר מוקשים בקוריאה הדרומית ולהימנע מפינויים משטח האזור המפורז עם צפון קוריאה.<sup>200</sup> בנוסף, בדומה ל-CCW (סעיף 9(2)), נסיגה ממנה אפשרית (בהתראה של חצי שנה מראש) רק באם המדינה הפורשת אינה מצויה יותר בעימות אלים.

UNOG- (2015\_APIH\_NAR) ראו CCW/AP.II, Article 13 Report, June 2015. הדו"ח זמין באתר UNOG- Database of National Annual Reports (NAR)

195 ראו הצהרת ישראל לגבי ס' 5(2)(ב), כ"א 46, 68.

196 STUART MASLEN, COMMENTARIES ON ARMS AND AMMUNITION CONTROL TREATIES: CONVENTION ON THE PROHIBITION OF THE USE, STOCKPILING, PRODUCTION AND TRANSFER OF ANTI-PERSONNEL MINES AND ON THEIR DESTRUCTION Vol. I., 22–23 (2<sup>nd</sup> ed., 2005).

197 לעיל ה"ש 46. לזיכרונותיה ותיאור פעולות התנועה העולמית מפי כלת פרס נובל לשלום ב-1997 על מאמציה בתחום, ג'ודי וויליאמס, ראו JODY WILLIAMS, MY NAME IS JODY WILLIAMS: A VERMONT'S GIRL WINDING PATH TO THE NOBEL PEACE PRIZE chp. 9–11 (2013).

198 בהתאם לפרוטוקול מוקש נ"א פירושו "מוקש המיועד בראש ובראשונה להתפוצץ על ידי הנוכחות, הקרבה או המגע של אדם..." (ס' 2(3)) – תוספת שנועדה לצמצם את ההגדרה. בהתאם לאמנה, מאידך, עסקינן ב"מוקש המיועד להתפוצץ" (ס' 2(1)) גרידא כך שכל מוקש המתפקד כמוקש נ"א נחשב בגדר מוקש ולא רק אלו שיועדו לכך. MASLEN, לעיל ה"ש 196, בעמ' 118.

199 לניתוח משפטי מקיף של כלל סעיפי האמנה ראו שם, בעמ' 225.

200 Jodi Preusser Mustoe, *The 1997 Treaty to Ban the Use of Landmines: Was President Clinton's Refusal to Become a Signatory Warranted?* 27 GJICL 541 (1998-9).

מאפיין עיקרי המבחן את אמנת אוטווה מן הפרוטוקולים לעיל של ה-CCW הוא אפשרות קיום "ביקורת תגר" לבקשת מדינה ובהתראה של 72 שעות (סעיף 8).<sup>201</sup> סעיף זה, המספק מנגנון להקלה על הבהרות וציות, היה מוקד למחלוקות רבות וניסוחו מהווה פשרה בין אמצעים חודרניים כנהוג באמנות בק"ן חדשות לגישה מתונה יותר הנהוגה במשפט ההומניטארי.<sup>202</sup> ברם, ביקורת אפשרית רק לאחר הליך היועצות.

ישראל אינה חברה באמנה זו, אשר ביוני 2015 מונה 162 חברות, ונמנעת מדי שנה בהצבעת העצרת הכללית על ההחלטה הקוראת לכלל המדינות להצטרף.<sup>203</sup> ביולי 1994 הכריזה ישראל על מורטוריום בייצוא מוקשים נ"א.<sup>204</sup> בנוסף, ישראל נוטלת חלק בפעילות ההומניטארית בנושא תוך הדגשה שאינה יכולה להצטרף לאמנה לאור התפקיד החיוני השמור, לטענתה, למוקשי נ"א בהגנה על גבולותיה. היא אף מדווחת על השמדת מוקשים – פעולה שהואצה מאז כינון הרשות לפינוי מוקשים ב-2011.<sup>205</sup> איטיות ההצטרפות לאמנה (ממארס 2009, התווספו רק כחמש מדינות) והפרקטיקה הנמשכת של שימוש במוקשי נ"א מצד מדינות שממאנות להצטרף לאמנה גרמה למלומדים המתגבשת לחזור בהם מהסברה שהאיסור על מוקשי נ"א ייחפך בהדרגה למשפט בינלאומי מנהגי.<sup>206</sup> כך, למשל, בקיץ 2011, פרסה ישראל בפעילות גלויה ומתקשרת מוקשי נ"א בגבול הישראלי-סורי כתחליף למוקשים הישנים שהתבררו כלא כשירים עת חדרו

201 בכל מקרה, בדומה לאמנה הכימית, הונהג המודל של "גישה מוגבלת" (Manage Access) ולכן על המדינה המבוקרת לאפשר קיום ראיונות כמתבקש. אך, לרשותה האפשרות למנוע ביקורת בגין (1) הגנה על ציוד ומידע רגיש; (2) סיבות חוקתיות (זכויות הפרט); (3) שמירת ביטחון המבקר. על המומחים – המחויבים בשמירת סודיות על ממצאיהם – גם להגיש מראש את רשימת הציוד. לניתוח יסודי של סעיף 8 ראו MASLEN לעיל ה"ש 196, בעמ' 220–254. עד כה טרם התבקשה ביקורת כזו וחדשות התבררו ברוח טובה בקרב המדינות החברות. לחשדות שעלו בשנים האחרונות ואופן בירורן ראו Review Of The Operation And Status Of The Convention On The Prohibition Of The Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, 2010-2014, Draft submitted by the Presidency to the 2014 Third Review Conference 69–73. <http://www.maputoreviewconference.org/fileadmin/APMBC-RC3/3RC-Draft-review-Convention.pdf>.

202 שם, בעמ' 225.

203 ראו למשל, 67/32, 3 Dec. 2012 UNGA Res.

204 אולם, נוכח ריבוי המדינות החברות באמנה וחברות ישראל בפרוטוקול השני האוסר מכירה לגופים לא מדינתיים אין להכרזות – שתוקפן שלוש שנים כל אחת – משמעות מעשית. ממילא פירקה ישראל את קווי היצור כבר בשנות ה-80 וספק רב אם נותרו בידיה מלאים למכירה. ראו ראיונות שנתנו נציגי ישראל למפגש השנתי של מומחי ממשלה במסגרת ה-CCW, ביולי 2004, "Israel" International Campaign to Ban Landmines *Landmine Monitor Report*, 2008, <http://www.icbl.org/lm/2008/countries/israel.php>.

205 להסבר מפי נציגי משה"ח בדבר הימנעות ישראל מהצטרפות לאמנה ראו *Landmine & Cluster Munition Monitor Report, Israel: Mine Ban Policy* (28 Nov. 2013), [http://www.the-monitor.org/custom/index.php/region\\_profiles/print\\_theme/3552#\\_ftn1](http://www.the-monitor.org/custom/index.php/region_profiles/print_theme/3552#_ftn1). לסקירת פעולותיה ההומניטאריות בתחום ראו דו"חות שנתיים אשר ישראל מגישה בהתאם לס' 13 לפרוטוקול המתוקן. הדו"חות מ-2006 ואילך זמינים באתר UNOG-Database of National Annual Reports (NAR). לכינון הרשות ראו חוק לפינוי שדות מוקשים, התשע"א–2011.

206 ראו, למשל, YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT THE LAW OF WAR 69 (2004) והשוו דין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74. ראו גם את עמדת הצלב האדום במחקרו המקיף HENCKAERTS AND DOSWALD-BECK, לעיל ה"ש 57, בעמ' 282.

מפגינים סורים במאי אותה שנה דרך שדות המוקשים. חרף גינוי חריף מצד ה-ICBL ותגובה מתונה יותר מצד חברי אמנת אוטווה, התעקשה ישראל על חוקיות מעשיה בהתאם לפרוטוקול השני המתוקן בו היא חברה.<sup>207</sup>

### 26.4.2.3 איסור או הגבלות על שימוש בנשק מבעיר (פרוטוקול III)<sup>208</sup>

הפרוטוקול בדבר נשק מבעיר, אשר נתפס בשעתו, ובצדק, כהישג עיקרי, אינו כולל אוסר קטגורי בנשק מבעיר – כשאית תומכיו (איסור השימוש כנגד אזרחים המופיע בו בסעיף 2(1) מתחייב ממילא מכוח דיני המלחמה). השימוש הנרחב שנעשה בוייטנאם בנשק מבעיר (בעיקר נפל"מ – דלק נוזלי עם חומר מקריש), הוביל מדינות רבות לדרוש את החרמתו במסגרת הדיונים לגיבוש אמנת ה-CCW.

בהתאם לפשרה עם ברית המועצות ובעיקר ארצות הברית אשר התנגדו לכל איסור, לא נאסר השימוש בנשק כנגד לוחמים בעוד מעצמות העל הסכימו להגביר את ההגנה על אזרחים משימוש בנשק זה.<sup>209</sup> לפיכך, נאסר שימוש בנשק מבעיר מן האוויר בלבד, כל אימת שהמטרה הצבאית ממוקמת בלב ריכוזי אזרחים (סעיף 2(2)), בעוד שימוש מן הקרקע הותר בכך שהמטרה הצבאית מופרדת בבירור וננקטו כל אמצעי הזהירות האפשריים למנוע פגיעה באזרחים (סעיף 2(3)). בנוסף, הפרוטוקול מחריג במפורש חימוש שלו תוצאות מבעירות משניות כמו פצצות תאורה, תחמושת נותבת ופצצות עשן ומיסוך (סעיף 1(ב)).<sup>210</sup> עד יוני 2015 הצטרפו לפרוטוקול רק 112 מדינות, והמחקר המקיף של הצלב האדום בסוגיה סיכם לפיכך כי "קשה לקבוע" שהכללים לעיל מהווים משפט מנהגי. אולם, ניתן לראותם "בחזקת כללים מדריכים ליישום הכלל המנהגי כי יש לנקוט באמצעי זהירות מיוחדים להימנע מפגיעה באזרחים".<sup>211</sup> ברם, לאור הסערה שעורר השימוש הישראלי בחימוש על בסיס זרחה, בעיקר לשם מיסוך, במהלך מבצע "עופרת יצוקה" (דצמבר 2008 – ינואר 2009), עלו במפגש השנתי ב-2010 ובעיקר בוועידת הסקר הרביעית של האמנה, בנובמבר 2011, קריאות מצד ארגוני חברה

207 להנחת המוקשים, לראשונה מאז הנסיגה מלבנון במאי 2000 באופן רשמי, ראו, למשל, רעות פרקש "שלושה חודשים אחרי יום הנכבה: מוקשי נ"א הונחו ברמת הגולן" במחנה 31 (11.8.2011); ICBL Press release, "Nobel Peace Prize-Winning Global Campaign Strongly Condemns Israel's New Use Of Landmines," 15 Aug. 2011. AP Mine Ban Convention Implementation Support Unit Press Release, "President of Convention Banning Anti-Personnel Mines Expresses Concern About New Use of Mines by Israel," Geneva, Sep. 6, 2011.

208 Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III) 1342 U.N.T.S. 137.

209 למחלוקת בוועידה בנושא זה. ראו Kalshoven, לעיל ה"ש 20, בעמ' 259. לתיקון נוסח הפרוטוקול המבעיר שלושה ימים עובר לפיזור הוועידה ראו UN Doc.A/CONF.95/CW/6/Add. 1, בפס' 3. ראוי לציין כי לאחר שסיכלה כל איסור מהותי נמנעה ארצות הברית מלהצטרף לאמנה. רק ב-1995, לקראת כינוס ועידת הסקר הראשונה ונוכח חששה מאיסור שימוש קטגורי במוקשים, היא הצטרפה לאמנה בכדי לסכל יוזמה זו. בהצטרפותה נמנעה ארצות הברית מלאשר את הפרוטוקול המבעיר. רק ב-2009 הצטרפה ארצות הברית לפרוטוקול בצירוף הסתייגות והצהרה. למניעי ארצות הברית מלהימנע מלהצטרף לפרוטוקול זה ראו Nash, לעיל ה"ש 191, בעמ' 326-327.

210 בהקשר זה טען אחד מנציגי ארצות הברית לדיונים כי הובן שזרחן לא יחשב בגדר נשק מבעיר בגלל השימוש הנרחב בו למיסוך וסימון. ראו W. Hays Parks, *The Protocol on Incendiary Weapons*, 279 (1990) INTL REV. RED CROSS 535, 544.

211 HENCKAERTS AND DOSWALD-BECK, לעיל ה"ש 57, בעמ' 288.



אזרחית, הצלב האדום וכמה מדינות ביניהן אוסטרליה, גרמניה ושווייץ, לבחינה ותיקון הפרוטוקול לאור "השימוש האופנסיבי בזרחן לבן כנגד אזרחים".<sup>212</sup> המצדדים חתרו לביטול ההחלטה לעיל בדבר חימוש של תוצאות מבעירות משניות, לצד ביטול ההיתר בפרוטוקול לשימוש, הגם שבסייגים, בנשק מבעיר מן הקרקע באזורים אזרחיים.<sup>213</sup> קריאות אלו נתקלו בהתנגדות מצד ארצות הברית ומדינות נוספות כפן וישראל, והעניין בנושא דעך.<sup>214</sup>

#### 26.4.2.4 איסור שימוש בנשק לייזר מעורר (פרוטוקול IV)

באוקטובר 1995 אומץ (בתוקף מיולי 1998) פרוטוקול האוסר שימוש "בנשק לייזר המיועד במיוחד, כתפקיד יחיד בקרב או כאחד מתפקידי בקרב, לגרום לעיוורון קבוע לראייה בלתי מחוזקת, כלומר לעין הבלתי מזוינת או לעין בעלת התקנים לתיקון הראייה [קרי, משקפים או עדשות מגע]". מדובר באיסור קטגורי שנועד להגן על לוחמים מפני סבל מיותר במובן זה שלהוצאת לוחמים מחוץ לכלל פעולה די בגרימת עיוורון זמני. ברם, לאור השימוש הנרחב שמתבצע בלייזר למטרות סימון מטרת (target designation) ומדידת טווח (range-finding), מודגש בפרוטוקול כי האיסור אינו חל על עיוורון הנגרם כתוצאה משנית של שימוש צבאי לגיטימי, כולל מערכות לייזר כנגד ציוד אופטי (סעיף 3).<sup>215</sup> בנוסף אוסר הפרוטוקול, אשר ביוני 2015 חברות בו 105 מדינות, על הסחר בנשק זה עם מדינה או גוף שאינו מדינת.

#### 26.4.2.5 פרוטוקול בדבר שרידי מלחמה נפוצים (פרוטוקול V)

הפרוטוקול בדבר שרידי מלחמה נפוצים אומץ בנובמבר 2003 ונכנס לתוקף ב-2006.<sup>216</sup> הוא מתווה את חובות המדינות לטיפול והשמדה של נפלי פגזים, מרגמות, רימונים, תחמושת מצרר וכדומה (להלן – Explosive Remnants of War-ERW) וניקוי השטח בסיום מעשי האיבה. סוגיית ה-ERW עלתה לסדר היום בעקבות השימוש הנרחב שנעשה במצרר במתקפת נאט"ו בקוסובו ב-1999 והאזרחים הרבים שנפגעו מריבוי הנפלים.<sup>217</sup> אולם הפרוטוקול מנוסח בלשון וולונטרית ומעורפלת עד שקשה להצביע על מחויבויות הנגזרות ממנו.

212 CCW Fourth Review Conference Final Document (Part II), CCW/CONF.IV/4/Add.1, Geneva, Nov. 14-25, 2011, p. 9. להצהרות מדינות שונות בנושא ראו, למשל, CCW/MSP/2012/SR.2, 29 Nov. 2012, 9, 2-5.

213 HRW, *Incendiary Weapons: Government Positions and Practices*, (Memorandum to the למשל, Convention on Conventional Weapons (CCW) Delegates) 19-20 (April 17, 2012).

214 להתנגדות ארצות הברית ראו Draft Opening Statement of the United States, Fourth Review Conference of States Parties to the CCW, Statements to Main Committee I, Nov. 15 2011 לקריאות חוזרות מצד ארגון HRW במפגש השנתי ב-2013 ראו CCW/MSP/2013/SR.2, Dec. 4, 2013, at 5. ב-2014 כבר נדחק הנושא לפסקה קצרה בדו"ח סיכום המפגש השנתי. CCW/MSP/2014/CRP.1, Nov. 14, 2014, at 3.

215 בכל מקרה הביטוי "המיועד במיוחד" אשר מדגיש תכונות נשק אובייקטיביות להבדיל מכוונת המשתמש, מוציא מערכות כאלה מכלל תחולה. להרחבה על הפרוטוקול ראו, למשל Burrus M. Carnahan and Marjorie Robertson, *The Protocol on 'Blinding Laser Weapons': A New Direction for International Humanitarian Law*, 90 AM. J. INT'L L. 484 (1996).

216 CCW Protocol V on Explosive Remnants of War, UN Doc. CCW/MSP/003/2.

217 שימוש זה אף נבחן במסגרת הוועדה לבחינת הפצצות נאט"ו לאור תלונות בנושא. דו"ח בעניין ההפצצה על ידי נאט"ו, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1264-1265.

#### 26.4.2.6 אמנת אוסלו לאיסור המצרר וניסיון גיבוש פרוטוקול שישי לאמנה בדבר תחמושת מצרר

כצפוי, מדינות רבות, כמו גם ארגונים אזרחיים, לא ראו בפרוטוקול החמישי לעיל מענה ראוי לסכנות בשימוש במצרר. לפיכך, בכינוס המדינות ב-2003 הוחלט – החלטה שאושרה מדי שנה לאחריו כן – על המשך דיונים בנושא שרידי מלחמה נפיצים וצמצום נזקיהם תוך אזכור תחמושת מצרר באופן עקיף.<sup>218</sup>

בעקבות השימוש הישראלי הנרחב בהם במלחמת לבנון השנייה ובעידוד ה"קואליציה לתחמושת מצרר" (מסגרת המאחדת מאות ארגונים אזרחיים מ-80 מדינות בעולם)<sup>219</sup> והצלב האדום, שב השימוש בפצצות מצרר לסדר היום הבינלאומי ב-2006.<sup>220</sup> ברם, יוזמה בהנהגת נורבגיה להחרים תחמושת זו במסגרת וועידת הסקר השלישית נכשלה.<sup>221</sup> לחליפין, הוחלט על כינוס קבוצת מומחים ביוני 2007 להמשך טיפול ב-ERW "עם מתן דגש מיוחד על תחמושת מצרר".<sup>222</sup> בתגובה, הודיעה נורבגיה בסיום הוועידה על רצונה בגיבוש אמנה מחוץ למסגרת ה-CCW ויזמה בפברואר 2007 כנס בינלאומי באוסלו.<sup>223</sup> בכנס התחייבו 46 מדינות לגבש אמנה בינלאומית בנושא עד תום 2008.<sup>224</sup> הצהרה זו תרגמה חשש הומניטארי ליעד ברור (ניסוח אמנה), ויצרה אווירה שבה שיקולים הומניטאריים היוו את העיקר, בניגוד לנהוג ב-CCW. במאי 2008 אומץ בדבלין (אירלנד) נוסח האמנה בנוכחות 107 מדינות.<sup>225</sup>

האמנה נפתחה לחתימה בדצמבר 2008 ונכנסה לתוקף באוגוסט 2010. ביוני 2015 חברות בה 93 מדינות לצד 24 מדינות שטרם אשררו חתימתן. מאחר ותחמושת מצרר נתפסת בידי צבאות מודרניים כנשק כאפקטיבי והכרחי,<sup>226</sup> מדובר אפוא באמנה, אשר הציבה לה יעד חסר תקדים. האמנה אוסרת כל פעולה בתחמושת מצרר שאינה קשורה להשמדתו, במישרין או בעקיפין, כגון שימוש, פיתוח, ייצור, רכישה, אגירה, או העברה. תחמושת מצרר מוגדרת בה

Report of the Meeting of the States Parties (2004) CCW/MSP/2004/2, p. 4; Report of the Meeting 218  
of the States Parties, (2005) CCW/MSP/2005/2, p. 4

לפעילויות קואליציה זו, אשר מרבית חבריה ותיקי המאבק במוקשים, ראו למשל <http://www.stopclustermunitions.org> 219

כפי שהשתקף בקריאת מזכ"ל האו"ם דאז, קופי אנאן, בפתח הוועידה לחרם על שימוש במצרר באזורים 220  
מאוכלסים והשמדת מצרר שאינו אמין. ראו Message of the U.N. Secretary-General to Press Release, Third Review Conference of the Convention on Certain Conventional Weapons (Nov. 7, 2006),  
Eitan Barak, *None to be Trusted: Israel's Use of Cluster Munitions in the Second Lebanon War and the Case for the Convention on Cluster Munitions*, 25 AM. U. INT'L L.  
REV. 440 (Winter 2009)

.Doc. CCW/CONF.III/11 (Part III), p. 41 221

.Doc. CCW/CONF.III/11, Part II, Decision I 222

.The World PHIL. INQ., Nov. 17, 2006, at A13 223

[http://www.clusterconvention.org/pages/pages\\_vi/via\\_oslodeclaration.html](http://www.clusterconvention.org/pages/pages_vi/via_oslodeclaration.html) 224

בצד הכינוסים התקיימו מספר מפגשים אזרחיים. לפירוט ראו <http://www.stopclustermunitions.org/calendar/?id=516> 225

כפי שהצהיר מזכיר ההגנה האמריקאי, רוברט גייטס בהכריזו על מדיניות חדשה בנושא ביוני 2008. 226  
"Cluster munitions are legitimate weapons with clear military purposes... provide distinct advantages against a range of targets... and are an integral part of U.S. forces capabilities",  
<http://www.defenselink.mil/news/d20080709cmpolicy.pdf>

כתחמושת קונבנציונלית המיועדת לפזר או לשחרר תת-חמושת מתפוצצת שמשקלה פחות מ- 20 ק"ג והאמנה מחריגה במפורש חימוש שאינו מיועד לפגיעה באנשים או ברכוש, לצד חימוש מודרני יחסית הכולל ראשים מתפצלים ומדויקים.<sup>227</sup>

בצד חידושים לאמנות בתחום כגון סיוע לקורבנות תוך התחשבות בגיל ובמגדר, והתייחסות מיוחדת לתופעה הגוברת של קיום קבוצות חמושות לא סדירות, כל מדינה חברה מחויבת להשמיד עד שמונה שנים מהצטרפותה את מצבור תחמושת המצורר שברשותה (בהליך מיוחד ניתן להאריך תקופה זו עד כדי הכפלתה)<sup>228</sup> ולפנות תוך עשור – עם אופציית הארכה – את נפלי המצורר שנמצאים בשטחה. כל חברה נדרשת להגיש דו"ח מפורט ביותר לנאמן האמנה (מזכ"ל האו"ם) ודרכו למדינות האחרות, תוך ששה חודשים מרגע הצטרפותה – ואחר מדי שנה – על מכלול הסוגיות הקשורות להכחדת הנשק ונקבע גם מנגנון ליישוב סכסוכים בין מדינות חברות.<sup>229</sup>

ברם, פרט לסעיף ההגדרות, הסעיף שעורר את מירב המחלוקות היה זה בדבר "יחסים עם מדינות לא חברות" (סעיף 21) שבו רק לאחר לחץ כבד מצד חברים בברית נאט"ו (בעיקר בריטניה) נקבע במפורש כי אין הגבלה על פעולות צבאיות משותפות עם מדינות לא חברות (כאוצות הברית) אשר ישתמשו בתחמושת מצורר.<sup>230</sup>

לסיכום, מדובר אפוא באמנה, אשר הציבה לה יעד חסר תקדים.<sup>231</sup> כפי שהצהירו במשותף שרי החוץ של גרמניה ובריטניה לרגל פתיחתה לחתימה, "מדובר באחת ההתפתחויות המשמעותיות ביותר בתחום בקרת הנשק הקונבנציונלי".<sup>232</sup>

נוכח החשש שהאמנה תביא להכתמת (stigmatization) הנשק,<sup>233</sup> שינתה ארצות הברית ביוני 2007 את עמדתה המסורתית והסכימה לדין בהגבלות – על שימוש בתחמושת מצורר (להבדיל

227 חימוש מודרני זה נדרש לעמוד בשורה של תנאים מצטברים כגון תכולה הפוחתת מ-10 יחידות שמשקל כל אחת מעל ל-10 ק"ג. לפירוט התנאים ראו ס' 2(2)ג.

228 בדומה לאמנה לאיסור הנשק הכימי ניתן ס' (6)3)) להחזיק ואף לרכוש מספר מוגבל של פצצות מצורר לפיתוח ואימוץ טכניקות גילוי/ניקוי/השמדה או פיתוח אמצעי נגד. למנוע ניצול לרעה נדרש דיווח שנתי מפורט לנאמן האמנה (מזכ"ל האו"ם) על פעילות אלו.

229 CCM, לעיל ה"ש 47, ס' 8.

230 לתיעוד הדיונים באשר לניסוח האמנה בוועידת דבלין ראו JOHN BORRIE, UNACCEPTABLE HARM chp. Torfinn Arntsen, Article 21: Interoperability (2009) 10. לדין מקיף בסעיף ספציפי זה בדבר Relations with States not Party to the Convention, in THE CONVENTION ON CLUSTER MUNITIONS: A COMMENTARY 541 (Gro Nystuen & Stuart Casey-Maslen, eds., 2010) ארנסטן היה חבר משלחת נורבגיה לוועידת דבלין. ראו גם ALEXANDER BREITEGGER, CLUSTER MUNITIONS AND INTERNATIONAL LAW: DISARMAMENT WITH A HUMAN FACE? 177-185 (2011).

231 מדובר באמצעי לחימה נפוץ ביותר: שנה טרם גיבוש האמנה, ביוני 2007, דווח על 72 מדינות אשר ייצרו מעל ל-200 סוגים שונים של תחמושת מצורר ועל 75 מדינות שהחזיקו נשק זה, HRW Fact Sheet, A Dirty Dozen Cluster Munition (June 2007) (עותק בידי המחבר).

232 David Miliband, Frank-Walter Steinmeier, Towards a Safer World, GUARDIAN (Dec. 2, 2008), (online edition) <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/dec/02/weaponstec hnology-armstrade>.

233 כפי שכתב ביוני 2008 הניו-יורק טיימס בהקשר ההתנגדות התקיפה של ממשל בוש לאמנה "At least this treaty, like the land-mine ban, will stigmatize cluster munitions and make it harder to use them." Editorial Cluster Bombs, Made in America N.Y. TIMES, June 1, 2008, A11

מחרם גורף).<sup>234</sup> בכינוס השנתי של חברי ה-CCW בדצמבר 2007 הוסכם לפעול לגיבוש פרוטוקול נוסף ל-CCW בכדי "לתת מענה דחוף להשפעות ההומניטאריות של תחמושת מצרר, תוך השגת איזון בין השיקולים הצבאיים להומניטאריים",<sup>235</sup> דהיינו להתיר שימוש נמשך בנשק במצבים שונים.<sup>236</sup> חרף מאמצי ארצות הברית לא גובש נוסח מוסכם לאור התנגדות תומכי תהליך אוסלו בראשות נורבגיה ובגיבוי ארגונים אזרחיים.<sup>237</sup> בנובמבר 2011, במהלך ועידת הסקר הרביעית של ה-CCW, ומקץ ארבע שנות משא ומתן, הצליחו תומכי תהליך אוסלו ובראשם נורבגיה, מקסיקו ואוסטריה "לקבור" סופית את הפרוטוקול המוצע. הנה כי כן, לאחר יותר משלושים שנות דיונים על הגבלות נשק קונבנציונלי גילו המעצמות הצבאיות, ובעיקר ארצות הברית, כי הצורך בקבלת החלטות בקונצנזוס ממנו נהנו כה רבות – יכול, ולו למקרה אחד, להפוך לחרב פיפיות.<sup>238</sup>

- 234 John Borrie, *How The Cluster Munition Ban Was Won: Oslo Treaty Negotiations Conclude in Dublin*, 88 DISARMAMENT DIPLOMACY 40, 42 (2008); Stephen D. Goose, *A Shift in U. S. Policy on Cluster Munitions*, 38(1) Arms Control Today 8 (Jan.-Feb. 2008). מספר מדינות המייצרות או מחזיקות תחמושת מצרר, ובעיקר רוסיה, אינן סבורות שיש צורך בכך, בעוד מדינות אחרות כסין, הודו, ואף ישראל שנתפסו כשותפות לעמדה הרוסית, תמכו בפרוטוקול נוכח החשיבות שהקנתה ארצות הברית להשגתו. Borrie, שם, בעמ' 43. להצהרת ישראל באו"ם לגבי המאמץ לגיבוש הפרוטוקול מה-20 באוקטובר 2008 ראו UN Doc. A/C.1/63/L.56 (GA/63/71).
- 235 ראו 9 Dec. 2007, p. 3 Doc. CCW/MSP/2007/5. לטייטה שהוגשה ביוני ראו Doc. CCW/GGE/2007/WP.1, 1 May 2007.
- 236 BRIAN RAPPERT, A CONVENTION BEYOND THE CONVENTION: STIGMA, HUMANITARIAN STANDARDS AND THE OSLO PROCESS 8–9 (Landmine Action Rep., May 2008).
- 237 לטייטה האחרונה שהוצגה לחברי ועידת הסקר ראו Revised Draft Protocol on Cluster Munitions – Submitted by the Chairperson of Main Committee II, UN Doc. CCW/CONF.IV/9/Rev.1.
- 238 לתיאור תמציתי של מדיניות ארצות הברית בנושא לפני ואחרי כישלון המשא ומתן על הפרוטוקול ראו Andrew Feickert & Paul K. Kerr, *Cluster Munitions: Background and Issues for Congress*, CRS, 4–5 (April 29, 2014).