מחברת דיני מלחמה | ענת רואי | 2019-2020

מבוא

**דיני מלחמה הם חלק מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי.**

שלושה דברים חשובים שיש לדעת על המשפט הבינלאומי:

* 1. משב"ל זהו תחום די עמום, וכל ספר הכותב עליו טוען דעות שונות, לכן קשה למצוא דברים המוסכמים על כולם. בספרות ניתן לראות כי הדעות מובאות כאילו הם דין, ולא רק דעה השנויה במחלוקת, לכן בקריאה של ספרים אלו עלינו להיות סקפטיים וביקורתיים.
	2. משב"ל הוא תחום די דליל, ובמיוחד בתחום של דיני מלחמה, בו יש הרבה פרשנויות שונות, ואין הרבה חומר מוחלט.
	3. משב"ל בנוי על כמה כללים, שהעיקרי שבהם הוא שעל המדינות לכבד את הכללים שהוסכמו ביניהן, ואם מדינה לא מסכימה לכלל אחד- אז הוא לא חל בה. משב"ל חל רק על דינים של מדינות, ולא של יחידים (מעין דיני חוזים של מדינות). [**בישראל** – הפרקליטות הצבאית מחליטה איזה דין בינלאומי יחול עליה. ובאופן כללי ישראל לא תמיד רוצה להסכים לכללי מלחמה שקבע גוף בינלאומי חיצוני].

הדרכים בהן נוצרים דינים במשפט הבינלאומי:

* 1. **הסכמה כתובה – אמנה** - יש לא מעט אמנות. האמנה מחייבת את אותן מדינות שהצטרפו לאמנה, וזה נעשה בעזרת הליך שנקרא "אשרור", שזהו מעשה שכל מדינה מגדירה לעצמה מהו (אישור פרלמנט, אישור נשיא, וכו). לרוב ניתן להתעלם מן האמנות הכתובות אם לא היה אשרור.
	2. **מנהג** - (דרך חשובה יותר) - מנהג זה אותם מעשים שמדינות עושות מתוך התפיסה המשפטית שמבוססת על ההנחה שהמעשים האלה מקובלים ע"י הדין הבינלאומי- בעצם סוג של הלך-רוח או יסוד נפשי שמגדיר לעצמו איך הדין הבינלאומי חל עליו. דוגמא - אם נסתכל סביב העולם, נראה שבכל העולם כאשר אנו מגיעים לרמזור ורואים אור ירוק - אנחנו מבינים שצריך לנסוע ואור אדום להיפך. זה סוג של מוסכמות חברתיות. המדינות לא חושבות שהן חייבות על פי הדין לעשות זאת, זה פשוט נוח להן כי כולם עושים את זה. לעומת זאת, יש דברים שמדינות עושות שהן חושבות שהם חובה של המשפט הבינלאומי. למשל שגרירות נחשב שטח מיוחד חוץ טריטוריאלי. מדינות עושות זאת כי הם חושבות שהדין מחייב, ולא סתם מוסכמה נוחה.

המנהג שונה מן ההסכמים הכתובים - ההנחה היא שאת ההסכמים כתובים המדינה לא מקבלים אלא אם היא חותמת ומאשררת, ולגבי מנהג ההנחה הפוכה - כל מדינה מקבלת מנהג אלא אם מלכתחילה היא מתעקשת לא לקבל את המנהג. יש דינמיקה בין המשפט הכתוב לבין המשפט המנהגי, והיא פועלת בשני הכיוונים. יש אמנות שמנסות לסכם את המנהג הקיים, ובאותם מקרים נצטרך להבין איזה חלק נובע מהמשפט המנהגי ואיזה חלק הוא חדש, ומחייב רק אותן מדינות המאשרות את אמנה. וגם דינמיקה בכיוון השני - זה לא שהאמנה מנסה לסכל את המשפט המנהגי, אלא המשפט המנהגי משנה את הדין ההסכמי. וכך המנהג החדש גובר על האמנה הישנה והיא כבר לא רלוונטית.

מהי הסנקציה אם המדינות לא פועלות ע"פ האמנות הבינלאומיות?

במשפט הבינלאומי אין סנקציות ומערכת אכיפה לדין.

עם זאת, במיוחד בדיני מלחמה, יש דרכים מסוימות לאכוף את הדין (ברמה בינלאומית ופנימית).

מאיפה ניתן ללמוד על דיני המלחמה?

* 1. ישנם ספרים על דיני מלחמה, ביניהם יורם דינשטיין שכתב ספר בעברית, לפני כמעט 50 שנה והספר כבר התיישן. מאז הוא כתב 3 ספרים באנגלית על דיני מלחמה. אלו ספרים המשקפים את דעות הכותבים, וצריך לדעת שאלו דעות שלא תמיד מקובלות על כולם. זוהי דרך טובה להבין מה השאלות, מה המקורות לבירור הדין, אבל לאו דווקא כדי לדעת מה המסקנה המשפטית. כמו כן, יש ספרים נוספים באנגלית על דיני מלחמה/ דיני סכסוך מזוין/ דיני המשפט ההומניטרי.
	2. מקור נוסף - (אולי טוב יותר) - ישנו גוף הנקרא הצלב האדום, שהוא גוף שקיים ע"פ כמה אמנות והוא בעל תפקיד רשמי. אחד התפקידים זה להפיץ ידע לגבי דיני מלחמה, וכדי לעשות זאת יש לצלב האדום אתר. באתר יש חוברות וספרים בו מנסים להסביר את הדין הבינלאומי. גם שם זה משקף את דעותיהם ולאו דווקא את הדין. עדיין, זהו מקור טוב לחפש דברים. כמו כן, באתר יש להם אוסף של "כללים מנהגיים". מטבעם, אלו דינים לא כתובים, ושנויים במחלוקת המונעות מסיבות אידיאולוגיות, עם זאת זה מקום טוב להתחיל במחקר על הדין הבינלאומי המנהגי.

**"בין כלי הנשק שותק החוק"** - הטענה היא שאין דין כאשר התותחים רועמים, ואנו נמצאים במלחמה. זוהי אמירה מפורסמת אך לא ממש נכונה. דיני מלחמה אפשר למצוא גם בימי קדם, בתנ"ך ובספרים עתיקים אחרים. אין סיבה לחשוב שהדין שותק בזמן מלחמה, אבל הדין המודרני הוא לא הדין העתיק. לדעת פרופ' בל- למדינה אין תועלת רבה בהצטרפות לאמנות הנוגעות לדיני מלחמה. מלבד אולי תועלת פוליטית. ובגלל שכמעט אין דיני מלחמה בדין הישראלי, יש שימוש תכוף בדין הפלילי הישראלי.

אפשר לחלק את דיני המלחמה המודרניים לשני ענפים:

* 1. **jus ad bellum** - ענף הדין שקובע מתי מותר לצאת למלחמה, מתי ניתן ליזום מהלגים מזויינים נגד מדינות אחרות.
	2. **jus in bello** - הדין שחל על התנהגות בלחימה.

נושאים מיוחדים שנדון בהם:

* 1. דיני תפיסה לוחמתית (דיני כיבוש)
	2. דיני שבויי מלחמה
	3. דיני לחימה בים ובאוויר (לעומת דיני מלחמה ביבשה) ובעולם הוירטואלי והאוטומטי (נשק שמופעל מתוך בינה מלאכותית אוטומטית). אלו דינים חלקים דומים לדיני היבשה וחלקית מנותקים.
	4. סוגיות אכיפה - אין מערכת אכיפה רגילה בדיני מלחמה, אך יש דרכים חלקיות לאכוף את חלק מהדינים: או בבימ"ש ישראליים, או בימ"ש זרים בסמכות אקסטרה-טריטוריאלית, או בבתי דין בינלאומיים (האג למשל).

נושאים קרובים במשפט הבינלאומי לדיני מלחמה, אך נחשבים לדינים אחרים:

* 1. גבולות דיני מלחמה והמעבר בין דיני שלום ומלחמה.
	2. תחולת דיני שלום (כמו דיני זכויות אדם) במהלך מלחמה.
	3. משפט בינלאומי פלילי/ "סמכות אוניברסלית".

נושאים קרובים בתוך המשפט הישראלי:

* 1. אימוץ דין בינלאומי - זוהי סוגיה מתי נאמץ את הדין הבינלאומי במשפט הישראלי ומתי לא.
	2. משפט מנהלי - שאלות של סמכות וביקורת שיפוטית, שחייבים לשפוט לפי המשפט המנהלי.
	3. משפט פלילי פנימי - אחריות פלילית וכו. (למשל אלאור עזריה). זאת בגלל שאין לנו יותר מדי דיני מלחמה.

יוס אד בלום

[זהו ענף שיש בו הכי פחות השפעה של הדין הבינלאומי על הדין הישראלי, אך עדיין חשוב שנכיר אותו].

זהו מינוח מודרני, אבל ענף הדין הזה הוא עתיק. במשפט הרומי לא חשבו על השאלה הזאת כמשפט, אלא חשבו על זה כשאלה מוסרית. מהי מלחמה צודקת? (="בלום יוסטום"). נראה איך התורות האלו השפיעו על התפתחותם הדין הבינלאומי המודרני. מקובל להגיד שיש מחיצה בין דיני ה"יוס אד בלום" לדיני ה"יוס אין בלו", והתוצאה של המחיצה הזאת היא שבדר"כ אנחנו חושבים שהדרך שבה נכנסנו למלחמה היא לא משפיעה על הדינים שחלים על דרכי הלחימה. כך שבין אם הפרו את הכליים ובין אם פעלנו על פיהם, אותם כללים חלים על הלחימה. הצלב האדום אוהב לקרוא לדיני המלחמה "יוס אין בלו" אוהב לקרוא לזה "המשפט ההומניטרי", כי מטרתם היא להמעיט את הסבל שנגרם בלחימה. זהו שם קצת לא הולם לחימה.

ע"פ התיאוריות המוסריות של רומא, מה היה מצדיק לצאת למלחמה ולסכן חיילים רומיים?

**היו ארבע סיבות צודקות**: 1. הפרת הסכם, 2. פגיעה בשגריר, 3. חילול מקום קדוש, 4. התקפה על בעל ברית. (אם כי לא כל פעולה נחשבת למלחמה, למשל סכסוך מזווין נגד השבטים הברברים לא נחשב לחימה).

**אוגוסטינוס** - אבי כל התיאוריות המודרניות של המלחמה הצודקת, נחשב לגדול הכותבים. אוגוסטינוס בעצם חילק את השאלות של המלחמה הצודקת לשלוש סוגיות: 1. צריך עילה צודקת ליציאה מלחמה (כמו שהרומים קבעו, או עילה דתית). 2. רק בר סמכות הוא זה שיחליט לצאת למלחמה, למשל הקיסר או המלך הנוצרי, אפילו אם יש עילה צודקת לא כל אחד יכול להחליט לצאת למלחמה. 3. יציאה למלחמה צריכה להיות מתוך כוונות טובות. אם יש עילה צודקת ללא כוונה טובה - אז יציאה למלחמה תהיה פסולה. 4. בנוסף – יש להכריז על עצם היציאה למלחמה.

עד היום תנאים אלו מגדירים יציאה למלחמה צודקת (וכוונה טובה די נפלה מרשימת התנאים, כי קשה להכניס את זה למערכת משפט אנושית).

**תומס אקווינס** – חלק על אוגוסטינוס וטען שיש להתעכב יותר על שאלת הסמכות - מי מחליט על יציאה למלחמה, ופחות משנה מוסר ועילה צודקת.

איך נקלטו התורות המוסריות במשפט הבינלאומי? זהו תחום משפט די חדש (לא היה קיים עד המאה ה16). הכותבים הראשונים הם **הוגו גרוטיוס ואלבריקו ג'נטילי**, שהם ניסו לארגן את התורות המוסריות שהיו עד אז, לדינים - למשפט בינלאומי. גרוטיוס כתב ספר שהשפיע רבות על התחום - "דיני המלחמה והשלום", והוא חשב שעיקר הדין הבינלאומי זה דיני מלחמה. הוא לא חשב שהדינים החדשים ייאכפו ע"י ביהמ"ש, אך הוא חשב שזו דרך טובה להבין את הכללים האלו ככללים משפטיים. בעצם כללים שקובעים לבני אדם מה מותר להם ומה אסור להם לעשות. גורטיוס וכל השאר חשבו על ה"יוס אד בלו" וה"יוס אין בלום" והבחינו ביניהם. הם חשבו על העולם המשפטי שסביב סוגית המלחמה, כמצב של מלחמה מול מצב של שלום. שני מצבים אפשריים. דיני "יוס אין בלו" אלו דינים שחלים בזמני מלחמה. וה"יוס אד בלום" אלו יהיו דינים שיגידו למלך מתי לעבור בין מצב השלום למצב המלחמה, והפוך. כאשר הם כתבו על כך, הם לקחו אלמנטים מהדין הרומי המוכר, מהפילוסופיה הנוצרית, ומכתבי הקודש הנוצרים (תנ"ך וברית חדשה).

לגרוטיוס היו 7 תנאים שמלחמה תהיה צודקת, ולכן חוקית:

1. **עילה צודקת** - למשל הגנה עצמית, או להגן על בעל ברית.
2. **סמכות לגיטימית** **ופומבית** - לא רק שבעל הסמכות הוא זה שמחליט על יציאה למלחמה, אלא שהוא חייב להכריז בפומבי על יציאה למלחמה. זהו תנאי שהופיע כבר לפניו, אך כאשר גרוטיוס קבע כך, הוא יצר את דיני המלחמה שהיו למשך מאות שנים (עד מלחמה"ע ה2).
3. **כוונה טובה** - בעל הסמכות צריך להכריז על הכוונה שלו, שהוא פועל מהסיבות הנכונות (ולא שתהיה רק עילה צודקת).
4. **מידתיות** - היקף הפגיעה והנזק הנגרמים למדינה המכריזה מלחמה הם פרופורציונליים לנזק הנגרם מהמלחמה, כלומר מידתיות בין המלחמה והנזק שתגרום.
5. **מלחמה חייבת להיות הברירה האחרונה**. יוצאים למלחמה רק כשחייבים, וכשיש סיבה טובה מאוד – מוצא אחרון כאשר אמצעים של שלום נכשלו.
6. **מטרה - חייבים לשאוף לחזור למצב של שלום** - לא ניתן להכריז על מלחמה לנצח.
7. **מלחמה מציאותית** **בעלת סיכויי הצלחה** - לא יכול להיות שיכריזו על מלחמה, כאשר יודעים שאין סיכוי להשיג את מטרות המלחמה, כי כך לא ניתן להאמין לסיבה שהכריזו של היציאה למלחמה מלכתחילה, וזה אומר שיש כוונה נסתרת, שזה אסור. או שזה מיותר.

סיכום עד כאן – הדין הקלאסי, תיאוריות המלחמה הצודקת

ע"פ המשב"ל עד מלחה"ע ה2, הדין הבינלאומי לא אוסר על יציאה למלחמה - כלומר, המלחמה מותרת. אלא, היו תנאים: מי שיצא למלחמה היה צריך להכריז על כך, על העילה למלחמה, ועל החשיבות, הסיבה. בניגוד למה שראינו במקורות הישנים, עד תחילת התקופה המודרנית (המאה ה19 בערך) התפתחה רשימה די סגורה של עילות צודקות להתחיל במלחמה. רשימה זאת משפיעה עד היום, למרות שדיני המלחמה השתנו מאוד. לדוגמא- ישראל יצאה למלחמת ששת הימים, ואחד הדברים שהיא אמרה זה שהמצור הימי שמצרים הטילה על ישראל בסגירת מיצרי טיראן היה causus beli ("כאוזוס בלי"), ולכן היא יכלה לצאת למלחמה מעילה של הגנה עצמית.

החשיבות של הכרזה לא היה רק תנאי לצאת למלחמה, אלא היא הייתה הדבר שהבדיל בין המצב של מלחמה לעומת מצב השלום. אחרי שהכריזו על המלחמה, אותן מדינות היו במצב של מלחמה. ולא רק הן, גם המדינות מסביב היו צריכות להחליט באיזה צד הן או ניטרליות.

המאה ה21- החל מתום מלחמת העולם הראשונה – הבסיס המודרני לדיני המלחמה

כדי למנוע מלחמת עולם נוספת, האמריקאים יזמו אמנה בתקווה שזה יביא לקץ המלחמות. **הנשיא דאז ווילסון** לחץ על מדינות הברית הגדולות- בריטניה וצרפת, ליצור ארגון בינלאומי- **חבר הלאומים**, שיפתור כל סכסוך בדיפלומטיה והחברים יגנו אחד על השני מהתקפות זרות. זה לא באמת עבד.

כדי לשפר את המצב, שר החוץ של צרפת ומזכיר ארה"ב, בשנת 1928 הגיעו לאמנה חדשה כללית יותר, נקראת "**אמנת קלוג-בריאן**" על קץ המלחמות, והסכימו שלעולם, לא משנה מה העילה, המדינות החברות לא יצאו למלחמה, ואם יהיו סכסוכים יפתרו אותם בדרכי שלום. רוב מדינות העולם חתמו על כאמנה הזו וקלוג קיבל פרס נובל לשלום. 10 שנים לאחר קבלת הפרס, גרמניה ביחד עם בריה"מ פלשה לפולין והאמנה נכשלה. על אף זאת, מגילת חבר הלאומית והאמנה של קלוג יצרו את הבסיס ל"יוס אד בלום" - הסכם חדש שנוצר לאחר מלחמת העולם השניה.

**האו"ם** - הוקם בשנת 1945, בסוף מלחה"ע ה2, וזה היה ניסיון להחיות שוב את התוכנית של ווילסון, כדי לפתור סכסוכים בדרכי שלום, אבל לתקן חלק מן הבעיות שהתגלו בתפקוד חבר הלאומים. הבעיה העיקרית שרצו לתקן, היא שהם חשבו שלא מציאותי להגן על שלום בלי יכולת לצאת למלחמה. אז הפרוייקט הגדול של האו"ם היה ליצור צבא בינלאומי של האו"ם, שיוכל להגיב על כל איום של השלום. הצבא הזה לעולם לא קם, והדין המודרני שיש במגילת האו"ם לא מבוסס על הצבא הזה, אלא על הכללים שהוא קבע למדינות החברות באו"ם. **אמנת האו"ם** שנכתבה היא לפי הכללים שנקבעו למדינות החברות באו"ם. כללים אלה אסרו על יציאה למלחמה, למעט מספר חריגים.

דיני "יוס אד בלום" במגילת האו"ם:

1. **סע 1** - נקבעו המטרות של הארגון, והעיקרית - זה להביא לשלום ולביטחון לאומי. (מטרות נוספות: כל מדינה חברה לא יכולה לצאת למלמה נגד מדינה אחרת, איסור על יציאה למחמה אלא אם עומדים במספר תנאים, שת"פ בינלאומי, קיום יחסים ידידותיים וכו').
2. **סע 2(2) -** כל מדינה החברה באו"ם, מתחייבת להימנע מכל שימוש בכוח מזויין וכל איום בשימוש בכוח נגד העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או בכל דרך אחרת שלא מסתדרת עם מטרות האו"ם.
3. **סע 2(4) -** **חריג ראשון ל"יוס אד בלום"** - בעיקרון אסור לצאת למלחמה, אך אם יוצאים למלחמה כדי להגן על זכויות האדם למשל, שזה כדי לממש את מטרות האו"ם, זה לא בגדר היציאה האסורה למלחמה. זה כדי ליישם מטרה של האו"ם ולא כדי לפגוע בהן.

הגופים העיקריים שפועלים בתוך האו"ם - העצרת/אסיפה כללית, ומועצת הביטחון:

**אספה כללית -** יש לה הרבה סמכויות, כמו לשבת ולדון ולהחליט וכו'.

**מועצת הביטחון** - יש לה סמכויות יותר מבצעיות, והסמכויות המיוחדות מופיעות בפרק 7 למגילת האו"ם. זאת לעומת פרק 6, בו כתוב שיש להם סמכויות דומות לאספה הכללית. בפרק 7 כתוב שלמועצת הביטחון יש את הסמכות להפעיל את הצבא שרצו להקים. סמכויות נוספות: להטיל סנקציות, **חריג יציאה למלחמה (חריג שני)-** לתת אישור למדינה לצאת למלחמה. (דבר זה קרה בעבר). מגילת האו"ם מתירה לאשר מלחמות למדינות לפעול כדי להחזיר את השלום. הכוונה היא להפעיל בעיקר את הצבא העתידי, אך לא רק, אלא גם לאפשר לצבאות חברי האו"ם לצאת למלחמה. בפרק 7 כתוב - "לנקוט את כל האמצעים הדרושים", אך הכוונה האמיתית היא מלחמה. במשך ההיסטוריה, רוב החלטות המועצה הן לפי פרק 6.

**החריג השלישי שמופיע במגילת האו"ם** - ע"פ סע 51 (סוף פרק 7) -מגילת האו"ם לא גורעת את הזכות של המדינות להגנה עצמית במקרה של התקפה מזוינת נגד חברה באו"ם, עד שמועצת הביטחון תנקוט על האמצעים הדרושים כדי להגן על השלום. סעיף זה לא מתיימר ליצור דין חדש, אלא הוא מציין שהיה דין קיים המחריג איסור יציאה למלחמה במקרה של הגנה עצמית. בתוך זה לא קיים ההיתר לתקוף כדי למנוע התקפה כלפי מדינה. דוגמא- התקיפה של הוכר הגרעיני בעירק (כלומר, הגנה עצמית זה רק כנגד מתקפה קודמת).

* (סיכום חריגים: סע'2(4), פרק 7, סע' 51)

**הדין הבינלאומי הפלילי**

הקדמה - משפטי נירנבר

דיני "יוס אד בלום" עד מלחה"ע ה2 היו ללא מנגנוני אכיפה, וכל מדינה קבעה לעצמה האם מותר לה או לא לצאת למלחמה לפי הדין המנהגי. אבל, בסוף המלחמה במשפט נירנברג, המדינות המנצחות (בריטניה וארה"ב) החליטו להפעיל משפט בינלאומי פלילי נגד הנאצים. בגלל שהרשע היה ברור, עדיין ההליך המשפטי היה שנוי במחלוקת, כי לא פשוט לשפוט אנשים על מעשים שלא היו פליליים כאשר בוצעו. בעצם, הם יצרו ענף חדש של המשפט הבינלאומי - **משב"ל פלילי** - והוא שופט יחידים על מעשים שנחשבים כפליליים ע"פ המשב"ל (לעומת דין בינלאומי רגיל שרלוונטי בין מדינות ולא בין יחידים).

**תוקפנות** - "פשע נגד השלום" = תכנון, הכנה, יזום וניהול מלחמה של תוקפנות או מלחמה בניגוד לאמנות בינלאומיות, או בניגוד להבטחות, או שת"פ בקנוניה כדי ליישם את אלה. תוקפנות זו ממש עבירה פלילית של מדינה לפי זה. בעצם לאחר מעשה, האמנה הפכה את ההפרות של מגילת חבר הלאומים לפשעים בינלאומיים ועל אותם פשעים הם הוציאו להורג פושעים נאצים. מועצת הביטחון יצרה את הטריבונל, שאמנה בה נקבעה למי יהיה את הסמכות לשפוט אנשים ועל אילו פשעים ניתן יהיה להעמיד לדין. זה פעל כ10 שנים. הם שפטו יחידים שביצעו את הפשעים הללו ואף העניש בעת הצורך. אין מאחורי הטריבונל מערכת אכיפה, אלא הוא צריך לבקש ממדינות לתפוס את הנאשמים, להביא אותם לטריבונל, ואח"כ לבצע את הענישה - כליאה ברוב המקרים. הפשע העיקרי - תוקפנות. זו רק הפצרה כלפי מדינות לאסור על פשעים אלו. אך אין מערכת אכיפה.

יוס אד בלום - כללים למדינות. פשעים במשפט הבינלאומי לעומת זאת, אלו פשעים של יחידים, בעיקר מנהיגים, שהובילו את המדינה לעשות מעשה אסור. אך עדיין הם נשפטים כיחידים.

בנירנברג נשפטו הנאשמים על סמך אותן עבירות שהוכנסו לאמנה.

הם התחלקו לשלוש סוגי עבירות: 1. פשעים נגד השלום (עבירות בתחום של יוס אד בלום). 2. פשעים נגד האנושות (עבירות נגד זכויות אדם). 3. פשעי מלחמה (עבירות בתחום של יוס אין בלו).

אמנת רומא – לידת בית הדין בינלאומי הפלילי

בשנת 1998 יצאה לעולם "אמנת רומא" שרצתה להקים בימ"ש בינלאומי פלילי. עד אז עבירות פליליות בינלאומיות נשפטו ע"י טריבונלים מיוחדים שהוקמו כדי לשפוט מקרים מיוחדים. בית הדין הבינלאומי הפלילי היה אמור להיות בימ"ש קבע שיוכל לשפוט את העבירות בלי צורך להליך מיוחד ליצור טריבונל, אך עדיין היה מוגבל. אחת ההגבלות שלו היא כמו הטריבונלים הקודמים - הייתה אמנה שהגדירה פשעים שרק עליהם יכלו לשפוט. כמו כן, היו הגבלות על סמכות ביהמ"ש הזה.

מאז 2002 ביהמ"ש הזה קיבל מספיק אישורים ממספיק מדינות והוא פועל כיום. עד היום הוא שנוי במחלוקת. עד היום נפתחו כ 40 תיקים, שמתוכם הורשעו רק שלושה מקרים בצורה מוחלטת.

**ארבעת סוגי פשעים שמקימים סמכות שפיטה לבית הדין הפלילי (המקור בנירנברג): 1.** פשעים נגד האנושות. **2.** פשעי מלחמה. **3.** פשעי תוקפנות - "פשעים נגד השלום". **4.** פשע נגד האנושות ספציפי - רצח עם.

מגבלות סמכויות השפיטה לביה"ד (אמנת רומא):

1. **הגבלת זמן** **(ס' 11)** - בית הדין יכול לטפל בעבירות רק אם הן בוצעו לאחר כניסת האמנה לתוקף (2002), ולחילופין - אם מדינה מסוימת הצטרפת לאחר 2002, המדינה יכולה לבחור אם היא רוצה להעניק סמכות רטרואקיטיבית משנת 2002, או רק מיום הצטרפותה לאמנה. יש מדינות שפועלות כך, ויש מדינות שפועלות ההפך. ישראל לא חברה באמנה זו, אך זה עדיין משפיע על הדיונים בארץ.
2. **רכישת סמכות עניינית** **ממדינה (ס' 12)** - הסמכות היא רק על הפשעים שמופיעים באמנה. ומתוכם, אך ורק אם אותן עבירות בוצעו ע"י אזרח של מדינה שהצטרפה לאמנה זו, ולחילופין - אם העבירה בוצעה בתוך שטחי מדינה שחברה באמת רומא. סייג - פשע של תוקפנות לא נכנס לתוקף יחד עם כל שאר אמנת רומא. בהתחלה האמנה הגדירה את שלושת הסוגים האחרים, והסוג הרביעי לא הוזכר בהתחלה, אלא היה כתוב שיצטרכו להגדיר את הפשע הזה בהמשך. ואכן עשו זאת, אך זה נכנס לתוקף לפני שנתיים בלבד.
3. **רכישת סמכות עניינת מהפניה של גורם (ס' 13).** לא מספיק שיש סמכות עניינים וסמכות מבחינת הזמן (טמפורלית), אלא צריך שזה יעמוד בתנאי ההפניה: יש 3 דרכים שהפשע יכול להגיע לבית הדין:
	1. **סע' 13(ג)** - התובע של ביהמ"ש מחליט בעצמו לתבוע ולהגיש כתב אישום כאשר הוא מזהה פשע שבסמכותו העניינית של ביהמ"ש. התובע צריך לבצע חקירה בעצמו כנגד פשע הנמצא בסמכות העניינית של ביה"ד- כלומר פשע מ4 הפשעים שבאמנת רומא.
	2. **סע' 13(א)** - הפניה ע"י מדינה שהיא כפופה לאמנה. היא יכולה להפנות את תשומת הלב של התובעת למצב שבו לכאורה בוצעו פשעים ע"פ האמנה. במצב כזה התובעת רשאית לחקור או לא לחקור את הפניה.
	3. **סע' 13(ב)** - הפניה ע"י מועצת הביטחון, כל עוד היא פועלת לפי החלטת פרק 7 (במגילת האו"ם). מועצת הביטחון לא כפופה למגבלות הסמכות, וכך היא יכולה לתת לתובעת הפניה גם לגבי פשע שלא בוצע ע"י אזרח מדינה חברה באמנה או בשטח מדינה חברה.

הגדרת פשע התוקפנות - פשע התוקפנות הוגדר רק לאחר כתיבת האמנה. הגדירו פשע זה לפי משפטי נירנברג. **הגדרה** - תכנון, הכנה, יזום וביצוע של תוקפנות. אלו אותם מעשים ע"י אדם שיש לו תפקיד דרכו ניתן בצורה יעילה להשליט את הפעולות של המדינה. פשע של תוקפנות זה מעשה של תוקפנות שאופיו, משקלו, והיקפו הרב, מהווה הפרה בוטה של מגילת האו"ם. ומיהו הנאשם - האנשים הבחירים ביותר. (כלומר, חיילים ומפקדים זוטרים, או אפילו מפקדים בכירים עד דרגה מסוימת- לא יישפטו בגין תוקפנות אלא רק בעלי סמכות לקבלת החלטות, לא אנשי ביצוע).

הפשעים הפוטנצילאים שמהווים תוקפנות: **ס'** **8ביס(2)**-

1. פלישה או כיבוש לוחמתי או סיפוח.
2. הפצצה על שטחי מדינה זרה או שימוש בנשק בתוך שטחי מדינה אחרת.
3. סגר ימי.
4. התקפה על הכוחות המזוינים של מדינה אחרת.
5. שימוש בכוח כלפי כוחות מדינה זרה, בניגוד להסכמים.
6. מתן רשות למדינה שלישית להשתמש בשטח כדי לתקוף.
7. שליחת כוחות לא סדירים לתקוף מדינה אחרת.

(למשל- לבנון מאפשרים לאיראן לתקוף את ישראל. ניתן יהיה לתבוע את לבנון אם לא יעמדו בחוקים לפי מגילת האו"ם.) אלו דרכים להשתמש בכוח. זה לא אומר שכל דבר מתוך זה ייחשב עבירה פלילית. פשוט אלו דברים שבפוטנציאל יכולים להיות פשע אם הם לא עומדים בדיני "יוס אד בלום", ואף מהווים הפרה בוטה שלהם לפי מגילת האו"ם.

מגבלת סמכות בנוגע לתוקפנות:**סע' 15ביס** - תקנות של תוקפנות נכנסו לאחר כניסת האמנה לתוקף (ב2018). לכן לא כל מדינה הכפופה לאמנה תהיה כפופה לתקנות אלו. גם כיום מדינה יכולה להיכנס לאמנה ללא כפיפות לפשע התוקפנות. **סע' 15ביס(5)** - לרוב הסמכות לשפיטה היא לפי ההגבלות. מפה ניתן להבין, שכאשר יש פושע שהוא נתין של מדינה לא כפופה, וביצע פשע בשטחי מדינה כפופה, לכאורה לביהמ"ש יש סמכות לשפוט את הפושע הזר. סעיף זה אומר שאם מדובר בפשע של תוקפנות, כדי שלביהמ"ש תהיה סמכות - הפשע צריך להיות של נתין של מדינה כפופה וגם בשטחי מדינה כפופה (**תנאים מצטברים**).

**סע' 15טר(2) -** לביהמ"ש יש סמכות על תוקפנות רק לאחר 2018, אבל אם מועצת הביטחון תרצה להפנות פשע תוקפנות מחוץ למגבלות של אזרחות ושטח, אז היא יכולה.

**סוגיות בהגנה עצמית** (**ס' 51 למגילת האו"ם**)

ניתן לצאת למלחמה רק אם עומדים במספר חריגים, החריג העיקרי הוא ההגנה העצמית. (חריגים נוספים – אישור מועצת הביטחון ומטרה ראויה לפי מטרות האו"ם). מספר שאלות עולות מסייג זה:

א. מהי התקפה מזוינת כך שהיא מצדיקה יציאה למלחמה בעילה של הגנה עצמית?

ישנו רף אך הוא לא ודאי. בגדול, ההתקפה צריכה להיות מספיק גדולה, שיכולה להיקרא התקפה. ישנם מספר אירועים היכולים ללמד אותנו מה נחשב לפי החריג הגנה עצמית: מלחמה בין אריתראה ואתיופיה - בסוף המלחמה שני הצדדים הסכימו להקים הרכב של בוררים משפטיים שינתחו מספר שאלות משפטיות. בין היתר, ביקשו שינתחו את השאלות של יוס אד בלום, שינתחו בעצם האם אריתריאה הפרה את דיני יוס אד בלום בהתקפות שלה על אתיופיה, וההפך. ע"פ ההחלטה הסכם הבוררות היה מוסמך לפסוק פיצויים כספיים. אריתריאה ואתיופיה נלחמו ללא הפסקה הרבה שנים. מה שקדם ללחימה זה מספר אירועי ירי בגבולות של המדינות. באיזשהו שלב זה נהיה קיצוני יותר כשהאריתראים הכניסו כוחות לשטחה של אתיופיה וזה הביא למלחמה הגדולה. השאלות שעלו מכך: מה קורה כאשר יש מספר תקריות ליד הגבול לפני פלישה? האם זה נחשב התקפה מזוינת? במקרה הזה החליטו הבוררים שהתקריות ליד הגבול לא היו התקפה מזוינת עד כניסת הכוחות. הכלל הוא שהתקריות הקטנות לא נחשבות, אך אין הגדרה מוחלטת מהי תקרית קטנה. התקפה מזוינת התחילה רק כשהאריתראים פלשו לשטחי אתיופיה. חלק מהרקע למלחמה היה ויכוח בין המדינות על הגבולות, שגם נושא זה הופיע בפני הרכב הבוררות - היו צריכים להחליט איפה עבר הגבול. ההרכב החליט שלמשך זמן רב - כבר כמה שנים לפני המלחמה - אתיופיה כבשה שטח של אריתריאה והחזיקה בכוח כבר 10 שנים את אותו השטח. אריתריאה טענה שכשהיא פלשה לשטח, זה לא נחשב כהתקפה אלא כהגנה עצמית. הם רק ניסו להשתמש בכוח כדי לשחרר את השטח שאתיופיה החזיקה ללא רשות. הרכב הבוררות החליט שכיבוש לא חוקי לא נחשב התקפה מזוינת, כך שזה לא משנה שאתיופיה פעלה שלא כדין - כל עוד אתיופיה החזיקה בשטח, אריתריאה הייתה צריכה לנסות לשחרר את השטח בדרכים דיפלומטיות. לכן, בכל זאת הניסיון לשחרר את השטח לא היה הגנה עצמית. בעצם גם אם הצד השני עשה דבר אסור - זה לא מצדיק פעולה צבאית כנגדו כהגנה עצמית.

לא יכול להיות מצב ששני הצדדים פעלו באופן של הגנה עצמית, כלומר - השאלה של הגנה עצמית היא לא סובייקטיבית, אלא אובייקטיבית ואם צד אחד לא פעל מתוך הגנה עצמית - אז כנראה הצד השני כן. מאחר ולא הייתה זכות לאריתריאה להגנה עצמית - נתנו זכות הגנה עצמית לאתיופיה. (לסיכום, מנינו 3 נקודות: 1.תקריות - לא פעולה מלחמתית, 2. פעולה 'מתגרה' בעלת אופי לא חוקי לא מאפשרת הגנה עצמית, 3. האופי הבינארי של זכות ההגנה עצמית).

**3 סוגים של פעולות תגמול:**

1. Reprisal - פעולת תגמול קלאסית. כדי להעניש וליצור הרתעה.
2. Retaliation - המניע לתגמול הוא לא בשביל הרתעה, אלא בשביל נקמה.
3. Retortion - תגמול לא צבאי, לא מזוין, לדוג' סנקציות כלכליות.

* מהו הדין לגבי הסוגים השונים של פעולות התגמול? איזה סוג חוקי ואיזה לא?

**פסק בוררות בפרשת נאולילה 1928**

המקרה: כוח של גרמנים יצא לכיוון הפורטוגזים, הסתכסכו והחיילים הפורטוגלים הרגו את הקצינים הגרמנים. הגרמנים יצאו לפעולת תגמול רחבה והשמידו 6 בסיסים של פורטוגל. פורטוגל כעסה ואיימה והחליטה לכנס בוררים שיחליטו מי פעל כראוי ומי לא, ומי צריך להתנצל ולשלם פיצויים. בדין הישן יש לזכור שהיה מותר לצאת למלחמה, אבל כאן הגרמנים והפורטוגזים לא הכריזו על מלחמה. אז כל מה שהיה לא היה בגדר מלחמה. כאן מגיעים לדין פעולות תגמול. שני הצדדים הסכימו (ע"פ הדין הישן) שאם מדינה כלשהי פוגעת במדינה שניה, אזי המדינה הנפגעת יכולה לצאת לפעולת תגמול. אז פורטוגל הרגו את הקצינים הגרמנים באופן אסור, ועל כן הייתה זכות לגרמנים לצאת לפעולת תגמול. השאלה היא - אין מגבלות על פעולת תגמול? פסק הבוררות קבע שיש מגבלות.

פעולת התגמול חייבת לעמוד בדרישות הבאות:

1. **מעשה אסור לפני פעולת תגמול** - חייב להיות מעשה של הצד השני, שהוא מעשה אסור.
2. **הזדמנות לתיקון**- המדינה הנפגעת חייבת לתת למדינה הפוגעת הזדמנות לתקן את העוולה.
3. **מידתיות** - אם המדינה הפוגעת לא תיקנה אז פעולת תגמול מותרת אך ורק אם היא מידתית ולא מוגזמת.

בפסק הבוררות הזה מדובר על פעולת תגמול קלאסית – Reprisal (הסוג הראשון - ענישה, הרתעה, תיקון) וטוענים שפעולת תגמול מסוג Retaliation (נקמה)היא אסורה.

**החלטת האספה הכללית** - בעידן המודרני פעולות תגמול אסורות. זה היה מותר רק בדין הישן.

**פס"ד של בי"ד הבינלאומי לצדק לגבי פעולות תגמול** - לא ברור מה הדין כיום, ואין שורה תחתונה.

**איך נדע מה הדין כיום?** המעשים של המדינות בפועל. ודי ברור שמדינות העולם ברובן נוקטות בפעולות תגמול. כיום, יש לא מעט מקרים של פעולות תגמול בעולם, גם כאשר המעשה שקדם לפעולת התגמול הוא לא התקפה מזוינת אלא משהו אחר. לדוגמה: ארה"ב תקפה בטילים את סוריה בגלל שימוש לא חוקי של סוריה בנשק כימי כלפי אזרחיה, לא ברור איך אפשר לפרש זאת- אם לא כפעולת תגמול. לפי המרצה – ככל הנראה עדיין פעולות תגמול הן אופציות לפי הדין המודרני.

בדין המודרני יש סף, לפיו מספר פעולות הן מלחמה, אבל מתחת לסף זה מדובר בפעולות תגמול.

ב. מה קורה כאשר ישנה התקפה של ארגון טרור או ישויות אחרות שאינן מדינה?

אם ארגון טרור אמריקאי עושה פעולות טרור בתוך ארה"ב, האם ניתן להחיל פה הגנה עצמית? לא. אין פה שתי מדינות, כמו שהיוס אד בלום מדבר עליו.

אבל, מה קורה כאשר ארגון הטרור חוצה גבולות למדינות זרות? ב11.9 למשל, בו אל-קיידה ארגן פיגוע בארה"ב מאפגניסטן. ארה"ב רצתה לתקוף את הארגון בתוך אפגניסטן. זהו שימוש בכוח נגד כוחות אפגניים, שפעלו בשת"פ עם אל-קיידה. יש פה התקפה של "לא-מדינה" על "מדינה", אך המדינה המותקפת רוצה להשתמש בכוח נגד מדינה אחרת. האם המותקפת יכולה לטעון שיש לה זכות להגנה עצמית?

האמריקאים טענו שהתקפת ארגון הטרור הייתה בינלאומית, אז ארה"ב הייתה יכולה לראות את עצמה כמדינה מותקפת ע"י המדינה הזרה, ולכן יכלה להפעיל כוח מזוין בעילה של הגנה עצמית. לכן, לאחר ההתקפה הם ביקשו ממועצת הביטחון את זכות ההגנה עצמית שלהם. מועצת הביטחון הכירה בזכות להגנה עצמית של אמריקה. כמה חודשים אח"כ, הם אמור במפורש שהם רואים בפעולות האמריקאיות באפגניסטן הגנה עצמית ע"פ דין. (עם זאת, יש לזכור כי מועצת הביטחון לא קובעת דין, אלא מבטאת תפיסה מסוימת, ולרוב זה מייצג את הדין המנהגי).

* **שורה תחתונה** - כאשר יש התקפה מזוינת במדינה זרה - יש לראות בה עילה לשימוש בכוח כלפי המדינה הזרה ממנה מגיע ארגון הטרור.

**פס"ד של ביה"ד הבינלאומי לצדק על גדר ההפרדה (2004)** - זוהי חוות דעת מייעצת. לאחר מספר שנים של פיגועים רבים, מד"י קיבלה החלטה להקים את גדר ההפרדה, והאספה הכללית ביקשה מביה"ד הבינלאומי לצדק לחוות את דעתו בקשר להשלכות המשפטיות של בנית גדר ההפרדה באופן לא חוקי. נקבע שהגדר לא חוקית (לא מפתיע). אבל בין היתר הם נגעו בשאלת הגנה עצמית, ואחת הטענות של ישראל הייתה שיש לה זכות להגנה עצמית הינהרנטית מפני התקפות ארגוני הטרור הפלסטינאים. ביה"ד קבע - ברור שע"פ ס' 51 למגילת האו"ם, יש זכות להגנה עצמית אם יש התקפה של מדינה אחרת, אבל לדעתם הזכות הזו קיימת רק אם ההתקפה היא של מדינה זרה, אך הארגונים הפלסטינאים הם לא "מדינה אחרת" ואין זכות להגנה, ולא נחצה גבול בינלאומי (כמו במגדלי התאומים שהטרור חצה בין מדינות).

בית הדין לצדק קבע שלא הייתה זכות לישראלים לתקוף (או להקים גדר הפרדה), אך המרצה סובר שאין צורך בכלל לדינים האלה כי התקפה ישראלית נגד הפלסטינאים לא נופלת תחת יוס אד בלום שכן היא לא מדינה אחרת והאבסורד הוא שהם החשיבו את הגדר בתור פעולה צבאית.

ג. הגנה עצמית מקדמית (יציאה לפעולה צבאית ללא הכרזת מלחמה).

**מלחמת 1812 ופרשיית אניית 'קרוליין' בארה"ב** - היו לא מעט תקריות בין הבריטים לבין האמריקאים במאה ה19. אחד המקרים הגיע לידי מלחמה, אבל לרוב אלו היו פעולות קטנות יותר. אחד האירועים הוא מרד נגד הבריטים, וקבוצה של אזרחים אמריקאים שרצו לעזור למורדים הקנדים להילחם עם הבריטים. הן ישבו בניו יורק ואספו נשק ושלחו את הנשק למורדים בקנדה. הבריטים שמעו על העזרה של האמריקאים ושהם עומדים לשלוח נשק למורדים הקנדיים, ושהדבר הנכון לעשות זה לחצות את הגבול לארה"ב, לעלות על הספינה, ולהשמידה. כך עשו. הבעיה היא שהפעולה קצת יצאה משליטה, הייתה שריפה על הספינה והיא טבעה וכמה אנשים נהרגו. ממשלת ארה"ב כעסה על הבריטים ששלחו חיילים לתוך השטח שלהם ושהרגו אזרחים שלהם, אפילו שעשו פעולה לא חוקית. ע"פ הדין הקלאסי של יוס אד בלום - האם הבריטים היו רשאים להכריז ולצאת למלחמה בארה"ב? כן. אבל הם לא הכריזו על מלחמה, אלא יצאו לפעולה צבאית. האם זה היה מותר, ללא הכרזת מלחמה? הבריטים טענו שיש מקרים בהם יש צורך לפעולה צבאית כדי להגן על המדינה, על אף שהמדינה ממול לא הכריזה על מלחמה, כי הם כמעט היו תחת מתקפה והיו צריכים להגן על עצמם בהגנה עצמית מקדמית. האמריקאים הכירו בזכות של הבריטים להגנה עצמית מקדמית, בלי להכריז על מלחמה, אבל עדיין ההתקפה הבריטית הייתה אסורה, כיון שלא עמדו בדרישות המינימליות לפעולה צבאית כהגנה עצמית מקדמית. מזכיר המדינה של ארה"ב אמר שהמקרים בהם ניתן לפעיל כוח בהגנה עצמית מקדמית וללא הכרזת מלחמה, זה כאשר עומדים בשלושה תנאים מינימאליים (מידיות, צורך ומידתיות):

1. האיום הוא **מידי**. לא משאיר זמן לדיונים נרחבים ולכן מחייב פעולה ישירה.
2. כשיש **צורך** בהגנה עצמית. ואי אפשר לדלג על כך, האיום הוא ממשי ומחייב פעולת הגנה.
3. הפעולה בהגנה עצמית מקדמית חייבת להיות **מידתית** לאיום.

הצדדים רבו ביניהם האם הבריטים עמדו בשלושת התנאים אלו או לא. בסופו של דבר הבריטים הסכימו לתת פיצויים. הניסוח של מזכיר המדינה הוא טוב ולכן מזכירים את זה עד היום. עד היום מזכירים את פרשיית אניית "קרוליין" כפרשייה שממנה ניתן ללמוד על דיני הגנה עצמית מקדמית.

* **ניתן לומר שמקרה זה מסכם את כל התנאים עד היום לפעולת הגנה עצמית.** (לפעמים ניתן לדלג על השלב האמצעי - צורך. כי זה רלוונטי רק להגנה עצמית מקדמית)

ד. כיום יש דרישה שכל פעולה של הגנה עצמית תעמוד בכלל של מידתיות (ולא רק מקדמית)

המרצה: מוחה על כך..

**פרשת ניקרגואה:** בשנות ה70 וה80 היו מהפכות קומוניסטיות באמריקה הלטינית. הסובייטים סיפקו להם נשק. ניקרגואה עזרו למורדים באל-סלבדור - הכוחות הקומוניסטים. ארה"ב סיפקה סיוע למורדים בניקרגואה ולשלטונות באל-סלבדור - הכוחות הקפיטליסטים. אל סלבדור פנו לביה"ד הבינלאומי לצדק. ארה"ב משכו את ההסמכה, ולכן ביה"ד פסקו תמיד נגד האמריקאים. השאלה הייתה אם מותר לאמריקאים לעזור למלחמה בניקרגואה. נקבע שהפעולות האמריקאיות לא היו מידתיות. איך מודדים מידתיות? הגנה עצמית היא מידתית רק אם היא דומה במידה להתקפה המזוינת שהביאה לזכות להגנה עצמית. זה לא פעולת תגמול, בה היה ברור שיש חובת מידתיות. פה זו הגנה עצמית רגילה שלא היה מקובל שיש בה דרישה של מידתיות.

בדיון על המידתיות אמרו כי הגנה עצמית היא מידתית אך ורק אם היא דומה להתקפה המזוינת שהעמידה את הזכות להגנה עצמית. לא כל השופטים הסכימו לדעה זו, והשופט **שווייבל** בדעת מיעוט טען שההגנה עצמית לא חייבת להיות מידתית להתקפה, אלא צריכה להיות מידתית לצורך - לא לתקוף מעבר למה שצריך בשביל לנצח במלחמה. כלומר, בפועל אין מגבלה מידתית.

* **שורה תחתונה** - המידתיות הגיעה מעולם ההגנה עצמית מקדמית, גלש להגנה עצמית רגילה, וכיום אין הסכמה בנוגע למידתיות בהגנה עצמית רגילה.

**דוקטרינה רלוונטית - ניטרליות** (תוצאת לוואי של השאלה האם מותר לצאת למלחמה)

**הדין הישן:** אם המדינה הזרה (שהיא לא אחת מהמדינות הנלחמות זו בזו) עומדת בתנאים מסוימים, אז היא נחשבת ניטרלית ואסור לתקוף. אם היא לא עומדת בתנאים, היא לא יכולה לטעון לחסינות מפני פעולה צבאית.

המדינה נחשבת ניטרלית אם עמדה בתנאים הבאים:

1. **איסור סיוע/עזרה**- אסור היה למדינה הניטרלית לשלוח סיוע כלשהו למדינה שמהווה צד למלחמה (סיוע צבאי- ציוד, חיילים וכו'), וכן אסור היה לה להצטרף למדינה זרה בלחימה. עם זאת, מותר לשלוח סיוע הומניטרי.
2. **היעדר משוא פנים-** הסיוע הלא צבאי (ציוד רפואי, מזון וכו') של המדינות הניטרליות היה חייב להיות ללא משוא פנים, כלומר לשני הצדדים בצורה שווה ללא הבחנה.
3. **שמירת הגבולות** - המדינה הניטרלית הייתה חייבת לשמור על הגבולות ולמנוע מהמדינות הנלחמות: א. להתמקם בשטחה ב. להקים בסיסים ג. לעבור בשטחה. (עם זאת ייתכן מצב של מעבר ללא משוא פנים יכול להיחשב ניטרלי אך בגדול היה צריך לשמוע על גבולות).
4. **הגנה על הניטרליות** - המדינה חייבת להגן על הניטרליות. כאשר מדינה ניטרלית רואה דבר שפוגע בניטרליות שלה, עליה להדוף פגיעה זו (אקטיבית). למשל הדיפת כוחות שרוצים להשתמש בשטחה לשם ניצחון במלחמתם.

הדין המודרני: יש עדיין דבר כזה ניטרליות, אך לא ברור מה זה.

**אספה כללית**

רקע - ע"פ הדין היבש, ההחלטות של האספה לא מהוות דין מחייב. לפי החלטת האו"ם, זהו גוף דיוני ולא מחוקק. הוא רשאי לבצע פעילויות ביצועיות בודדות. יש שטוענים שעצם זה שיש החלטה של האספה הכללית היא מייצרת דין מנהגי ואם יש החלטה זה סימן שיש מנהג בדרך.

עד תחילת המאה ה20 ראו כמדינה רק מדינות אירופאיות ונוצריות, זאת חוץ מחריגים בודדים כמו ארה"ב. רק לאחר מכן החלו לראות במדינות נוספות כלגיטימיות. למרות שגם אח"כ עוד היו אימפריות גדולות, למשל אפריקה שרוב היבשת הייתה קולוניות של מדינות אירופה. לאט לאט מדינות אירופה התחילו לוותר על האימפריות. בגלל התופעה של שחרור כל הארצות האלו, הכוחות הגדולים מצאו את עצמם בעולם עם כמעט 200 מדינות (המצב כיום). וגם במצב שרוב המלחמות בעולם הן לא בין מעצמות מוכרות, אלא מלחמות בין שטחים שנחשבו כמדינה אחת (למשל מרד הודו נגד בריטניה) וזה לא נחשב ממש מלחמה (כלומר, סכסוך מזוין בין מדינות), אלא סוג של מלחמת אזרחים. לכן היה רצון לפתח את הדין ולדבר על אותם סכסוכים שגבו מחיר בחיי אדם אבל לא היה להם ביטוי בדין החדש לאחר מלחה"ע ה2. לכן באה **החלטה 2625-**

החלטה 2625 - (החלטה חשובה וארוכה). **נתעסק בכמה חידושים:** היו דיונים בנושא מהם יחסים ידידותיים, ומהם מעשים שנחשבים בעיני האספה כמעשים תוקפניים. בהחלטה זו יש איסור על פעולות תגמול. ראינו שעד מגילת האו"ם פעולות תגמול נחשבו כלי לגיטימי בדין הקלאסי, כל עוד המדינה עמדה בתנאים בסיסיים (כמו הזדמנות לתקן ומידתיות). והחלטה זו אוסרת על פעולות תגמול מזוינות בכלל. מתייחסים גם לסוגיות שעלו בעידן המודרני - עד מלחה"ע ה2 היו כ50 מדינות בעולם. קבעו שיש לאומות ולעמים זכות לשלטון עצמי, ובעצם הגדירו שתוקפנות זה גם למנוע ממדינה לשלוט על עצמה. וגם לעזור בקבוצה של מורדים במדינה אחרת היא תוקפנות. חשוב להבין שזו עמדה בתוך ההחלטה, אך הן עמדות שנויות במחלוקת. למשל ישראל ובריטניה לא קיבלו את ההחלטה בנושא פעולות תגמול. גם מדינות אירופה שהיו להן קולוניות לא קיבלו החלטות אלו.

החלטה 3314 - החלטה זו מנסה להגדיר מהי תוקפנות (ניסו להגדיר זאת כפשע, אך אין להם סמכות להגדיר פשעים בינלאומיים, וכיום ביה"ד הבינלאומי הפלילי יכול לשפוט מעשי פשע של תוקפנות). אמנת רומא מצטטת את ההגדרה הזו של תוקפנות בתיקון החדש.

**יוס אד בלום בדין הישראלי**

הדין הבינלאומי הוא מערכת דינים ששונה מהדין הישראלי, ועל פי הדין הבינלאומי מדינת ישראל חייבת לקיים את אותן האמנות שישראל אשררה, וכן לקיים את הדין המנהגי, שהיא כברירת מחדל מחויבת לו, אלא אם התנערה ממנו ספציפית לעניין משהו.

באיזה מקרים הדין הישראלי מחייב קיום של הדין הבינלאומי הפומבי, כלומר קליטה אוטומטית? מד"י קבעה עוד מהמנדט הבריטי שדין בינלאומי אמנתי/הסכמי, לא נקלט בישראל אלא אם הכנסת מחוקקת חוק שהוא נקלט. זאת לעומת הדין הבינלאומי המנהגי, שנקלט אוטומטית בדין המקומי ועומד בתוקף, אלא אם הפרלמנט/ הכנסת חוקק חוק ששולל את הדין הבינלאומי המנהגי.

רוב דיני ה"יוס אד בלום" הם מנהגיים ולכן היו אמורים להיקלט בדין הפנימי של מד"י, אך רובם לא נהוגים בישראל.

דיני יוס אד בלום מעוגנים בחוק יסוד הממשלה ס' 40

1. הממשלה או ועדה מוסכמת - מוסמכים להחליט על יציאה למלחמה.
2. יש סמכות לשר הביטחון ולצבא לצאת לפעולות צבאיות שאינן מלחמה. זהו דין יחסית מצומצם לעומת כל מה שראינו עד עכשיו בדין הבינלאומי (הגנה עצמית, מידתיות, וכו).

בתחילה, בן גוריון רצה לאפשר לעצמו לקבל את ההחלטות לגבי מלחמות ולא רצה שיגבילו אותו, אך עדיין הלך לממשלה לפעמים לשמוע חוו"ד (למשל מבצע קדש). לאחר מכן זה נהיה שנוי במחלוקת. כשבגין היה ראש ממשלה הוא לא ביקש אישור ממשלתי להפצצת הכור בעיראק ורבין לא ביקר אישור ממשלתי למבצע אנטבה. ב92 הוסיפו את הסעיף הזה (סעיף 40) שחייבים אישור ממשלתי ליציאה למלחמה, וצריך להודיע על כך. (חריג – הוראה זו לא תקפה כאשר יש לבצע פעולות צבאיות הנדרשות למטרות הגנה על המדינה ובטחון הציבור).

**בג"ץ ד"ר יוסי ביילין נ' ראש ממשלת ישראל -** הממשלה לא הכריזה על מלחמה, ויוסי עתר לבג"ץ וטען שיש שלפי חוק היסוד לא ניתן לצאת למלחמה בלי להכריז על כך. בג"ץ קבע שאין משמעות היום להכרזת המלחמה, ולכן הממשלה הייתה זכאית לא להכריז על מלחמה. בשנים האחרונות היו מקרים בהם ראש הממשלה רצה לתקוף את הכור הגרעיני באיראן, ולפחות באחד המקרים מפקדים בכירים טענו שהם לא רוצים לבצע את הפקודה כי לא בטוחים אם הפקודה חוקית, ולכן חייבים לקבל אישור של היועמ"ש. בסופו של דבר שינו את ח"י הממשלה:הוסיפו שלא רק שלא חייבים להכריז על מלחמה (כי זה הדין המודרני), אלא גם בפעולות נרחבות לא חייבים. והוסיפו שלא חייבים את כל הממשלה, אלא מספיק ועדת השרים - הקבינט. [נוהל זה היה בימי גולדה שכינסה את הועדת השרים במטבח שלה והם קיבלו לבדם את ההחלטות, וזה הביטוי המשפטי של אותו פורום].

**כיום, מהו הסטטוס על איסור יציאה למלחמה?** לדעת המרצה, אלו יותר שאלות אסטרטגיות ביטחוניות ופחות משפטיות, ולכן לא צריך אישור של היועמ"ש לצאת למלחמה.

**סיכום עד כאן:** באופן כללי הדין המודרני אוסר על יציאה למלחמה למעט החריגים: 1. הגנה עצמית. 2. יישום מטרות האו"ם. 3. אישור מועצת בטחון.

יוס אין בלו

רקע

**יוס אין בלו** זהו הדין הקובע איך מותר למדינות להתנהג בתוך הלחימה. הדין ההומניטרי.

הגישה הקלאסית ועד היום היא שיש נתק מוחלט בין דיני יוס אד בלום ויוס אין בלו. יש שטוענים שצריכים לשנות זאת, אך זה נהוג עד היום. יוס אין בלו זהו תחום שיש אימוץ רב בין הדין הבינלאומי לדין הפנימי, בניגוד לדיני יוס אד בלום. ביוס אד בלום אנחנו מחליטים לפי ח"י הממשלה ס' 40, ואין דיון האם מותר לישראל לצאת למלחמה ע"פ הדין הבינלאומי. לעומת זאת, ביוס אין בלו ההנחה בישראל היא שאין בכלל דין ישראלי, ופועלים לפי הדין הבינלאומי ולכן זה בעל יותר השפעה. לפי המרצה - זהו מצב בעייתי.

**הצלב האדום** - הארגון לא אוהב את השם יוס אין בלו (=הדין הלחימה), וקוראים לזה המשפט ההומניטרי, כי הם רואים בזה משפט שנועד להציל חיי אדם (למרות שזה קצת מוזר בדיני מלחמה). אולי בגלל זה יש ניסיון אצל כמה פרקליטים צבאיים בצבאות המערב להשתמש בשם אחר, שהוא מעין תרגום מודרני לביטוי הלטיני - "דיני הסכסוך המזוין". מי שדחף את זה הכי הרבה זה פרקליט ישראלי (יורם דינשטיין), אבל היום עדיין השמות המרכזיים אלו יוס אין בלו ומשפט הומניטרי.

יוס אין בלו מתפצל לכמה תחומם:

1. דיני הלחימה ביבשה, 2. דיני הלחימה באוויר. 3. דיני הלחימה בים. כל אלו לא בדיוק חופפים.

**תולדות היוס אין בלו**

זה כנרה החלק העתיק ביותר של דיני מלחמה. יש דיני מלחמה כבר אלפי שנים, בעיקר מהתורה ניתן לראות דינים על איזה דברים מותר לתקוף ואיזה לא, ודיני שבויים. הכללים מהתורה הם לא הכללים של הדין המודרני. הדין המודרני הוא בעצם פרי של כמה התפתחויות במאה ה19, וכמובן שהם שאבו מדינים קודמים (דין רומי וכללי האבירות בימי הביניים). הם רצו לסדר באופן משפטי כללים של מה מותר ואסור:

הניסיון הראשון בו כתבו בצורה מסודרת את דיני יוס אין בלו **- קוד ליבר (1863)** - אנגלי שהיגר לארה"ב, פילוסוף ומשפטן, ובמלחמת האזרחים בארה"ב הנשיא לינקולן הזמין אותו לכתוב ספר הנחיות שיגידו מה מותר ואסור לחילי הצפון לעשות במלחמה. זה יצא כפקודה מספר 100 של המלחמה, והוא התייחס לכל מיני דברים כמו את מי ניתן לתקוף, איך להתייחס לשבויים ועוד. דברים שאנו מצפים לראות בדינים אלו. קוד ליבר לא היווה אמנה בינלאומית, אך השפיע על אמנות עתידיות כמו אמנת ז'נבה ואמנת האג.

**אמנת ז'נבה ה-1 (1864)** התייחסה לחיילים שנפגעו בלחימה. אמנות ז'נבה התמקדו בעיקר בשאלות של הסבל שנגרם כתוצאה ממלחמה גם לחיילים וגם לאזרחים.

**אמנת האג (1899)** האמנות האחרונות התייחסו לסבל שנגרם מהמלחמה אך האמנות הראשונות התייחסו פחות לסבל ויותר להלכות ספציפיות - מה מותר ואסור – פרקטית - מנקודת המבט של הצבאות.

הבחנה זו קיימת עד היום - דיני האג מול דיני ז'נבה. כל אלה מנסים לפחות חלקית לסכם דינים מנהגיים שהייתה הסכמה לגביהם בגלל כללי האבירים בימי הביניים. אז המנהג הוא אולי המקור העיקרי, על אף האמנות החשובות הללו. (יש גם אמנות נוספות אך משניות).

מקורות מודרניים של יוס אין בלו:

* **מנהג**- המקור העיקרי על אף האמנות החשובות
* **אמנות ז'נבה**- 1949, פרוטוקולים נוספים
* **אמנות האג** 1899, 1907
* אמנות נוספות- פחות חשובות

הדין ההומניטרי נחשב בעולם לדין מנהגי בין מדינות, ולא לדין שמקורו בהסכמים ואמנות. באופן טבעי, כתוצאה מכך, דיני היוס אין בלו הם יותר עמומים. **אמנות העוסקות בדיני יוס אין בלו מנסות**: 1. לסכם את הדין המנהגי למסמך כתוב. 2. ליצור דיני יוס אין בלו חדשים.

**סקירה על אמנות ז'נבה**: אמנות ז'נבה הראשונות - כולן היו ב1949 כתגובה למלחמת העולם ה2. היה בהן נסיון לסגור חורים שגילו במלחמה. והיה רצון להרחיב חומר משפטי שקשור למלחמה כדי שהזוועות בעולם יופחתו. אמנות ז'נבה הנוספות (פרוטוקול 1 ו2) בא בשנות ה70 לאחר 30 שנה של המלחמה הקרה שהתאפיינה בצורה אחרת ממלחמות העולם. לא הייתה מלחמה ישירה, אלא מלחמה באמצעות מדינות אחרות. הפעילו כוחות לא רשמיים (מלחמת ויאטנם למשל). בגלל הלחימה החדשה ובגלל הדקולוניסאזציה שיצרו מדינות חדשות בעולם וגבולות חדשים שיצרו סכסוכים חדשים, עלה הרצון לכתוב דינים חדשים שתואמים את הלחימה החדשה, אבל לא הייתה הסכמה בין ארה"ב לבריה"מ, ובסוף הפרוטוקולים הו מעין פשרה בין אירופה לבריה"מ (בלי ארה"ב) כי האירופים היו מוכנים להסכים לדינים מסוימים שרצו בריה"מ. לכן הגישה בפרוטוקולים יותר סובייטית. הראשון אמור לדבר על סכסוכיכם בינלאומיים והשני לא על סכסוכים בינלאומיים. אבל בשניהם ניתן לראות חלק מנהגי וחלק שנוי במחלוקת. פרוטוקול 3 בא שנים לאחר מכן, 2005 בערך. זה נכתב בעקבות הבעיה של הצלב האדום. זהו גוף שאמור להיות נייטרלי ולהעביר תרופות ומזון לאזרחים בזמני מלחמה, וגם להעניק טיפול רפואי, להעביר מסרים בין הצדדים, ותפקיד זה שייך לכמה ארגונים נוספים, למשל סהר אדום. מד"י רצתה שכם מגן דוד אדום יתקבל למשפחת הארגונים הנייטרליים שיכולים לספק שירותים נייטרלים בזמני מלחמה. המוסלמים לא הסכימו לכך. ישראל ניסחה להעביר אמנה חדשה בעזרת ארה"ב, שתכיר בסמל חדש בארגונים הנייטרליים - פרוטוקול 3. המדינות המוסלמיות לא קיבלו אותו, ולכן זה נחשב אמנה לא כ"כ פופולרית (רק בערך 70 מדינות הצטרפו) ולא כ"כ רלוונטית.

**עקרונות בסיסיים ביוס אין בלו**

* + הבחנה
	+ מידתיות
	+ אנושיות- מניעת סבל מיותר
	+ צורך צבאי

[שני העקרונות הראשונים הם הבסיס לדיני מטרות, ואז יש שני עקרונות נוספים ברקע. ]

**הבחנה + מידתיות**

המקור שלהם בדין המודרני הוא בתורה הפילוסופית של פילוסוף נוצרי (**אקווינס**), שכתב בעיקר על פילוסופיה מוסרית, ובין היתר הוא כתב ספר "סומא תיאולוגיה", בו הוא כתב על הסוגיות המוסריות האלו. את הספר הוא כתב באופן של שאלות ותשובות. אחד הדברים שכתב עליהם הוא - **דוקטרינת התוצאה הכפולה של אקווינס**: מה עושים כאשר אדם צריך לעשות פעולה כאשר לפעולה הזאת יש שתי תוצאות - אחת טובה ואחת רעה. הדוגמא היא - אם יש רוצח, אז אם הורגים אותו זה מציל את הקורבן (טוב) אבל זה גם רע (נוטל חיים של בן אדם אחר). אז מה עליו לעשות? לפי אקווינס, כאשר עושים פעולה כזאת עם תוצאה כפולה (טובה ורעה)- מותר לאדם לעשות זאת אם הפעולה וכוונותיו עומדות בארבעה תנאים:

* + **מעשה טוב -** פעולה לא תהיה מסוג הפעולות שהן תמיד אסורות מבחינה מוסרית (לדוג' -רצח זה לא תמיד רע, לעומת זאת דברים זוועתיים כמו לאכול תינוקות זה תמיד רע ואין מצב שפעולה כזאת יש לה צד טוב).
	+ **כוונה לתוצאה טובה**- אם אדם עושה את זה כדי להשיג את הדבר הרע זה לא מוסרי, אבל אם כדי להשיג את הטוב אז זה כן מוסרי.
	+ **התוצאה הטובה חייבת להיות ישירה –** (לדוג'- להרוג רוצח כדי להציל חיים. אבל אסור להרוג מישהו שאולי יוליד בן שאולי יהיה רוצח בעתיד).
	+ **מידתיות** - התועלת המוסרית הטובה צריכה להיות יותר גדולה מאשר הנזק המוסרי של הרע.

בסוף, מתוך התנאים הללו, מה שנכנס ליוס אין בלו זה 2+4 - מידתיות וכוונה לטוב (הבחנה). כך שכיום עקרונות ההבחנה ומידתיות מבוססים על תנאים אלו של אקווינס.

בדיני יוס אין בלו: **הטוב** - תוצאה מוסרית טובה של פעולות מלחמתיות זה דברים שעוזרים לנצח במלחמה, כמו הריגת לוחמים והשמדת רכוש צבאי. **והרע** - הם דברים שפוגעים ללא טעם באנשים או רכוש.

דיני ההבחנה והמידתיות בדין המודרני ביוס אין בלו הם בעצם ההבחנה והמידתיות של אקווינס:

בעיני אקווינס אנו מסתכלים גם על התוצאה וגם על הכוונה, אך בדיני מלחמה מסתכלים על התוצאה ושופטים זאת לפי התוצאה. **וזה נעשה לפי שני תנאים:** 1. האם הפעולה נעשתה כדי לגרום יותר טוב מאשר רע (מידתיות)? 2. האם הייתה כוונה טובה או לא (הבחנה)?

**הבחנה**

הכלל הבסיסי של ההבחנה (בין טוב ורע) - צריך לכוון את האש למקומות הנכונים (**נכון**: להרוג לוחמים, להשמיד רכוש צבאי, לנצח במלחמה. **לא נכון**: להרוג אזרחים, להשמיד רכוש לא צבאי).

* + בדיוני יוס אין בלו, בגדול הדין בא מהמנהג ולא מהאמנות. הפרוטוקולים של האמנות הם שנויים במחלוקת, והאמנות לא זכו לתמיכה ואישור מכל מדינות העולם. אבל הדין המנהגי כן מקובל. לכן כדי לדעת מה הדין צריך להסתכל על התנהגות המדינות. הרבה מהאמנות אפילו נכתבו ע"פ הדין המנהגי. לאמנת ז'נבה ישראל לא הצטרפה לפרוטוקול 1+2. ננסה להבין את מנהגי המדינות ואז נגיע לפרשנות הישראלית.
	+ אמנות ז'נבה / האג הן קבוצה של אמנות שמנסות גם לסכם דיני מלחמה קיימים וגם ליצור דיני מלחמה חדשים. יש דגשים שונים באוסף הזה, אבל בגדול אפשר להגיד ששתי קבוצות האמנות מנסות לעשות אותו דבר.

**הפרוטוקול של אמנת ג'נבה מ1949 (פרוטוקול 1)**:

בפרוטוקול יש מספר סעיפים שמדברים על עקרונות של הבחנה ומידתיות (למרות שזה לא מחייב את ישראל, הניסוח הוא חשוב):

**ס' 48** - יש פה שני כללים של הבחנה - לגבי אנשים ולגבי רכוש (ההבדל הוא צבאי מול אזרחי). לגבי אנשים - צריך להרוג ולפגוע רק בלוחמים ולא באזרחים, וגם בעניין רכוש צריך לנסות לפגוע באובייקטים צבאיים ולא אזרחיים. כלל ההבחנה אומר לכוון את האש למטרות כשרות. זה עניין של כוונה ולא של תוצאה.

מה ההגדרה מה אזרחי ומה צבאי - זה קצת שנוי במחלוקת. בהמשך הפרוטוקול ישנם סעיפים המנסים לסביר בעיה זאת:

**ס' 51(2)-** אין לכוון את האש נגד אזרחים, אבל אם מכוונים את האש נגד צבא, זה לא אסור לפגוע גם באזרחים שיפגעו תוך כדי. כלומר, השאלה היא מה המטרה שלי.

**ס' 50(1)** - (ההגדרה לא שיקפה את הדין המנהגי, ולכן ארה"ב לא אישרה את האמנה הזו, וגם ישראל לא הולכת לפיה). התפיסה האמריקאית הקלאסית לגבי נגד מי אפשר לכוון את האש - כל לוחם, לא משנה אם הוא נושא נשק או לא. פשוט כל אדם שמשתתף בלחימה, שכן, הוא יכול לתקוף. לעומת זאת, נראה שהגישה הקלאסית אומרת שיש הבדל בין לוחמים חוקיים, וכל שאר העולם - אזרחים. כלומר, מחבל לפי זה הוא סוג של אזרח. אבל זה מורכב יותר, כיון שיש כל מיני סוגי לוחמים (למשל חייל בחופשה, או טירון) וזה חוץ ממקצוע מוגן כמו רופא צבאי או איש דת.

**לפי הסעיף בפרוטוקול 1, אנחנו מניחים שכולם אזרחים, אלא אם הוא נחשב לוחם חוקי, כלומר עומד בסף של זכאי להיות במעמד של שבוי מלחמה שהתנאים לכך מפורטים באמנת ג'נבה ה3 בסעיף 4A, (שבוי מלחמה - מגיע לו לקבל בשבי את התנאים של שבויי מלחמה לפי הגדרת האמנה - אוכל, טיפול רפואי, חסינות וכו).** התנאים להגדרת שבוי מלחמה לפי פרוטוקול 3 :

* + מי שמשרת בצבא האויב - כלומר, חיילים רגילים בצבאות סדירים וחיילים במליציות רשמיות (קבוצה שמסופחת רשמית לצבא) שמשתתפים במלחמה. חיילים מהחיול עד השחרור. לוחמים בקבוצות לוחמות מזויינות שאינן חוקיות ורשמיות, כמו קבוצות התנגדות (למשל חיזבאללה, פלמ"ח), כל עוד המליציה עומדת בכמה תנאים: מכבדת שרשרת פיקודית, חייליה חייבים ללבוש מדים או ללבוש סמל אחר שנותן לצד השני לזהות אותם ממרחק, חייבים לשאת את הנשק בגלוי, חייבים לנהל את הלחימה ע"פ דיני המלחמה.
	+ חיילים בצבא מסודר של מדינה שלא מוכרת ע"י השובים (למשל מדינות ערב שלא מכירות בישראל, עדיין צריכים לעמוד בתנאים של דיני המלחמה בשבויי צה"ל).
	+ אנשים שהם בכלל לא חיילים: תושבי שטח שהוא לא כבוש שרואים שהאויב מתקרב, ובאופן ספונטני בלי זמן להתארגן הם תופסים נשק ומשתתפים בלחימה, כל עוד הם מכבדים דיני מלחמה ותופסים נשק בגלוי (כיתת כוננות למשל לא עונה על הגדרה זו כי היא לא ספונטנית, היא כנראה תהיה בהגדרה 2).

**ס' 52(1)** – אין לתקוף מטרות אזרחיות. אובייקטים אזרחיים הם כל דבר שהוא לא אובייקט צבאי לפי הסעיף הבא:

**ס' 52(2)** - אובייקט צבאי זה כל אובייקט שבגלל טיבעו, מיקומו, ייעודו או שימושו הוא תורם תרומה משמעותית למאמץ הצבאי של האויב, והשמדתו או ניטרולו יעניק לתוקף יתרון צבאי בנסיבות העניין. (זה יכול להיות גם סתם דירה בתוך בניין מגורים שיש שם עמדה טובה של צלף, גם אם אין שם צלף זה יכול בעיקרון להעניק יתרון צבאי לאויב וניטרולו יעניק לתוקף יתרון). יש גם רשימה של הצלב האדום של דברים שיש להם שימוש צבאי חשוב. גם אם הם אזרחיים אך משמשים את הצבא בלחימה: למשל נמל תעופה, כבישים, גשרים, מתקנים צבאיים שקשורים ללחימה, מתקני תקשורת וכו. גם מתקנים אזרחיים שמשמשים את הצבא כמו חשמל. גם מקום של מחקר צבאי.

**ס' 51(4)** – יש חובה להשתמש באמצעים שאפשר לכוון אותם כלפי מטרה ספציפית (אסור לזרוק טיל שלא יודעים איפה הוא ייפול, למשל הטילים שעיראק הפציצו את ישראל). לגבי משהו יותר ספציפי זה לא ברור לפי הפרוטוקול מה הדין, למשל מרגמה, מכוונים אותה לפי זווית אבל היא לא לגמרי מדויקת, עם זאת כל העולם משתמש במרגמות כיום, אפילו שיש טכנולוגיות טובות יותר להכוונת ירי.

**ס' 51(5)** - חייבים לאבחן בין מטרות שונות, גם אם הן בקרבת מקום ואסור להחשיב את כולם כמטרה אחת גדולה. ויש לתקוף אותן נקודתית.

**הרקע לדוח התובע על הפצצות נאטו** **בקוסובו**

בשנות ה90 מדינת יוגוסלביה התפצלה פעמיים: פעם ראשונה - בין שתי רפובליקות בתוך יוגוסלביה- סרביה וקרואטיה, בעצם סרביה הכריזה על עצמאות ונלחמה כדי להגן על עצמה. אך רפובליקה נוספת הכריזה על עצמאות וזה הביא למלחמה גדולה. לאחר כמה שנים פרצה מלחמה נוספת - פיצול בתוך סרביה. בתוך סרביה היה מחוז מוסלמי "קוסובו" שהכריז על עצמאות אך סרבים פלשו לשטח. בסופו של דבר, נאטו הלכו להגן על קוסובו. הקימו בי"ד לאומי בשם "איקטי" - הטריבונל הפלילי הבינלאומי ליגוסלביה שהיה אמור לשפוט את פשעי המלחמה הראשונה. לאחר המלחמה השנייה הם הרחיבו את הסמכות גם כדי לשפוט על הפשעים של המלחמה השנייה. לאחר המלחמה הזו מספר ארגונים פנו לתובע של הטריבונל וביקשו שיגישו כתבי אישום נגד אלופים בכוחות נאטו על פשעי מלחמה שהתבצעו בסרביה במלחמה השנייה. בין היתר, אמרו שהפציצו מגובה כך שלא יכלו לאבחן בין מטרות שונות, וגם מטרות מסוימות שלא היו צריכים לתקוף אותן. התובע קיבל את התלונות אך לא הגיש כתבי אישום. הוא כתב דו"ח של כמאה עמודים בו הוא מסביר מדוע כוחות נאטו לא התנהגו בצורה פלילית. מהניתוח המשפטי של הדוח ניתן ללמוד הרבה איך מדינות מערב מנתחות את דיני ההבחנה במצבי מלחמה. וזה יחסית בתקופה האחרונה - לפני 20 שנה.

**Rome Statute, Article 7 Crimes against Humanity - אמנת רומא (דיני הבחנה)**

* + (דיברנו על בית הדין הבינלאומי הפלילי כאשר דיברנו על עבירת התוקפנות)

בית הדין הבינלאומי הפלילי הוא גוף שיש לו סמכויות מוגבלות גיאוגרפית, טמפורלית וגם מהותית (ישנן רק עבירות מסוימות שבית הדין הבינלאומי הפלילי יכול לשפוט: פשעי מלחמה, פשעי תוקפנות, פשעים נגד האנושות ורצח עם). זהו בי"ד השופט יחידים, לא צבאות. הנשפט הוא המפקד או המבצע. הדין הפלילי מגדיר מה נחשב התקפה פלילית.

כעת נראה כיצד הוא מתייחס לשאלת ההבחנה:

יש משהו מוזר- קיים פער מסוים בין ההגדרה בין מטרות כשרות ולא כשרות לבין ההגדרה של מהי התקפה פלילית, אין קשר קוהרנטי לחלוטין בין הדברים. אנו צריכים תמיד להסתכל בנפרד על ההגדרות הפליליות, ולנסות לשלבן כאשר אנו רואים שההגדרות לא ב-100% חופפות. חצי מהאמנות שמייצרות פשעים בינלאומיים הם חוקי עונשין שנמצאים "באוויר" וחצי מהעבירות מוגדרות בעת הקמת הטריבונל המיוחד.

אחת העבירות הרלוונטיות הבסיסיות ביותר היא רצח, כאשר אדם פועל על פי דיני מלחמה מקובל לחשוב עליו כעל אדם שנהנה מחסינות בפני בתי משפט פליליים. מה קורה אם אדם הוא לוחם אבל לא ע"פ הכללים? דרך אחת להסתכל על זה היא שהוא כמו אזרח רגיל ואפשר להעמיד אותו לדין פלילי רגיל והדרך השנייה היא שהוא חשוף רק לדין צבאי ולא לדין פלילי רגיל. יש ניסיון בבית הדין הפלילי להעמיד לדין אנשים על גרימת סבל גדול. ופשע נגד האנושות זה לא מעשה אחד של רצח או מעשים פליליים, זה חייב להיות חלק מהתקפה רחבה על כלל אוכלוסייה אזרחית. לכן, מן הסתם האדם הרגיל שמבצע הריגה בניגוד לכלל ההבחנה, הוא לא יהיה חשוף לאמנת רומא ולהרשעה בפני ביה"ד הבינלאומי הפלילי (למשל כאשר יורים רקטות מרצועת עזה ללא הבחנה על אוכלוסייה אזרחית, אם מישהו נהרג מכך, אפשר להגיד שזה רצח ע"פ האמנה).

**בסעיף 8** **של אמנת רומא לגבי פשעי מלחמה** כתובים עבירות שיכולות להיות רלוונטיות להריגה בניגוד לכלל של ההבחנה, כמו הריגה בניגוד לכללי המלחמה אם היא הייתה מוגדרת גם כהפרה בוטה של אמנות ז'נבה או לגבי הריסת אובייקטים באופן של השמדה המונית של רכוש שאינה מוצדקת בצורך צבאי אז גם זה יכול להיות פשע מלחמה, אם זה נחשב כהפרה בוטה של אמנות ז'נבה, הריגה של אנשים בניגוד לכלל של ההבחנה וכמו כן יש רשימה ארוכה של דברים שעלולים להיות פשעים (למשל עבירת הפצצה/ התקפה על כפרים/בתי מגורים שאינם מוגנים ואינם אובייקטים צבאיים, ועוד).

ישנה גם התייחסות ללוחמים שלא יכולים יותר להילחם ונאמר כי חייבים לכבד את היכולת של לוחמים להוציא את עצמם מהקרב בכניעה (לוחם שנשכנע נחשב בעצם אזרח ולכן אסור לפגוע בו). פה אמנת רומא משקפת תפיסה מנהגית. אסור להכריז מראש שלא תתקבל כניעה של חיילי הצד השני, וחייבים לכבד את היכולת של חיילים לצאת ממעגל הלחימה ולהיכנע.

סעיף נוסף, עוסק בהשמדת יתר של רכוש האויב כשהוא מוגן ובסעיף -2B24 מדבר על התקפות לעבר אנשים מוגנים בסמלים של אמנות ג'נבה כמו הצלב האדום.

אם אנחנו מסתכלים על הצד השני של המתרס, שזה סכסוכים שאינם בינוניים אז מעתיקים מאמנת ז'נבה את סעיף 3 לאמנת רומא, שנוגע בסכסוכים שאינם בינוניים והסעיף אומר שאין לתקוף אנשים שאינם לוחמים ואין להתנהג באלימות כנגד נפש או אדם בטיפול אכזרי או עינויים. יש עוד פשעים שמפורטים כמו התקפות שמכוונות כנגד אוכלוסייה אזרחית או התקפות כנגד מבנים שהם מוגנים, במיוחד בסמלי הצלב האדום, וכל הדברים האלה זהים לסעיפים לפני כן אך יש דבר אחד שהוא שונה שהוא כתוב שאין לתקוף מבנים שהם מיועדים לחינוך, אומנות ומדע.

* המטרה שלנו בציטוטים היא להבין אם יש הבדלים בכללי הבחנה ומידתיות בהקשרי סכסוך מזוין בינלאומי לעומת פנים-לאומי. על אף הניסוחים השונים שאנו רואים בין שני הסוגים, נראה כי אין הבדלים גדולים.

**מידתיות:**

בפועל כמעט ולא נמצא שאלה של הבחנה ללא שאלה נוספת של מידתיות ולכן הכללים האלה הולכים ביחד, אבל בתיאוריה הם נפרדים ולכן קל יותר לנתח אותם באופן נפרד.

לכן כאשר יש מטרה קודם נבחן אם היא מטרה כשרה ולאחר מכן נבחן אם התקיפה תהיה מידתית והשאלה של מידתיות היא: "**האם הרע שאנחנו הולכים לעשות גדול מהטוב שעתיד לצאת מהתקיפה?"** בדיני המלחמה אנו שואלים אם ברור שהרע גובר על הטוב, ההנחה היא שההתקפה היא מותרת אלא אם יש פגם אמיתי שמונע מאיתנו לבצע את ההתקפה.

**אמנת זנ'בה 51 B :** "התקפה אסורה אם צפוי שההתקפה תגרום לאבדן חיים אזרחיים או פגיעה באזרחים או נזק לאובייקטים אזרחיים או אוסף של כל אלה בדרך אגב שהוא נחשב למוגזם ביחס ליתרון הצבאי הישיר והצפוי מההתקפה". מכאן, שהמטרה האסורה אם הנזק האגבי הוא מוגזם ביחס ליתרון היחסי שאני מצפה לקבל. תשומת לב, אין את המילה "גדול" אלא מוגזם שזה מושג יחסי והשאלה בדומה להבחנה מתעסקת מה חושב התוקף לפני ההתקפה כלומר באופן סובייקטיבי לתוקף.

היה פס"ד שדן בשאלה - **האם אפשר להעמיד לדין לוחמים של קבוצה שאינה ניתנת לשיוך למדינה?** הם לוחמים של "לא מדינה", הדין הבינלאומי מחייב מדינות בלבד, ולכן אי אפשר להגיד של לוחמים כאלה חייבים לכבד את דיני הלחימה. ביהמ"ש אמר שלא מעניין אותו מה הבסיס התיאורטי, אך כולם יודעים שמי שנלחם כפוף לדיני הלחימה. זו הגישה הרווחת - **גם לוחם של "לא מדינה" מחויב לציית לדיני הלחימה**. (גם אם נחליט של לוחמים שלא של מדינה לא חייבים לכבד את דיני המלחמה, אולי יש דרך להעמיד אותם לדין דרך המשפט הבינלאומי הפלילי).

חפיפה חלקית עם דין פלילי בינלאומי

האם כל פעם שמישהו מפר את דיני מלחמה - הוא עשה עבירה פלילית? התשובה היא שלילית. אין בהכרח זהות בין מה שמותר ואסור ע"פ דיני מלחמה, ומה שנחשב כעבירה פלילית או לא. יש מקרים בהם דברים אסורים ע"פ הדין הבינלאומי, אך לא סופרים אותם כעבירות פליליות, ולא ניתן להעניש בפלילים, אלא מראש זה פשוט אסור. לרוב, אין בכלל אכיפה בינלאומית פלילית. די נפוץ בדין בינלאומי (לא רק פלילי) שיש דינים ללא אכיפה כלל.

מבחינת ישראל

אכפת לנו מהדין המנהגי המופיע באמנות. ישראל לא צד לאמנות האלו, ולכן מבחינת המשפט הבינלאומי ישראל לא חייבת לכבד את האמנות האלו, אלא אם הדין משקף את המנהג. וגם אם ישראל צד לאמנות האלו, יש כלל בדין הישראלי שהדין הבינלאמי נקלט אוטומטית לדין הפנימי רק כאשר הוא מנהגי. אם זה לא דין מנהגי, אז זה לא נקלט בדין הפנימי בישראל. זה נובע מכלל אנגלי עתיק שהמנדט אימץ. גם כיום זה הכלל.

**כללים נוקשים:**

יש להם קשר להבחנה ומידתיות, כי יש להבחן בין לוחמים לאזרחים, אך הם לא בדיוק מדברים על הכוונת האש, אלא על דברים קצת אחרים. העניין של הבחנה בין אדם לוחם לאזרח, זה אותה הבחנה בים ובאויר, אבל בים ובאויר השאלות העיקריות זה לא כלפי האנשים עצמם, אלא אנו נתקלים במכשירים (כלי טיס/שיט), והשאלות הגדולות זה הבחנה בין הכלים השונים - במה מותר לפגוע ובמה לא. יש גם הקשר של מיקום שצריך לקחת בחשבון בעניין הבחנה ומידתיות (למשל אירוע המשט - טענו נגד הישראלים שהם הפרו את כללי ההבחנה במעשיהם בספינת המרמרה. והתיק הזה עדיין בחקירה מול בית הדין הבינלאומי הפלילי).

מגנים אנושיים

* + בעיקרון, כלל ההבחנה הוא על התוקף - לפני שהוא תוקף, הוא חייב להבחין בין האזרחים המוגנים ללוחמים הלא מוגנים, ועליהם הוא צריך לכוון את האש. כללי המגנים - מי שצפוי להיות מותקף - זה על הצד השני.

**אמנת ז'נבה הרביעית:** האמנה הרביעית מדברת על הגנה של אזרחים בזמן לחימה. היא לא מפרטת בשום מקום את כלל ההבחנה. היא מדברת על דברים ספציפיים יותר שמגנים על אזרחים. **סע 28 לאמנה** - מדובר על ההגנה שיש לאזרחים מפעולות של המגן: "אין להשתמש בנוכחות של אדם מוגן כדי להגן על נקודות ודברים מפני פעולות צבאיות". כלומר, על המגן אסור לנסות להשתמש בנוכחות של מישהו כדי לחסום התקפה של הצד השני. (למשל - האם נוכחותה של הקריה בת"א פוגעת בכללי הסעיף הזה? האם מד"י משתמשת בנוכחות של אזרחים בת"א כדי להגן על הקריה מפני התקפות צבאיות ובעצם מנצלת אותם?). מה קורה כאשר האויב מתקשר למישהו ומעדכנים על תקיפה בקרוב, ובמקום להרחיק משם אזרחים הוא קורא לכל האנשים בשכונה לבוא ולעלות על הגג כדי שהמטוסים יראו ולא יתקפו? האם אותם אנשים על הגג הם לוחמים או אזרחים? מצד אחד, הם משתתפים בצורה ישירה בלחימה - הם שם כדי להגן על הלוחמים. אם הם נחשבים לוחמים - וניתן לומר שלפי הדין היבש הם סוג של לוחמים – אז ניתן לתקוף אותם. מצד שני, במציאות של ימינו הצופים במדינות אחרות יסתכלו עליהם כאזרחים.

**אמנת ז'נבה פרוטוקול 1, ס' 51(7)** - הדין פה לא משתנה, רק מובהר ומורחב: לא רק נוכחות, אלא גם תנועות. לא רק אנשים בודדים, אלא גם אוכלוסייה אזרחית בכלל, ועוד. **ס' 58** - כלל חדש. עד כמה שניתן, צריך להרחיק אובייקטים צבאיים מאזורים צפופים באוכלוסייה. עד כמה שניתן צריך להרחיק אזרחים ממטרות צבאיות ולהגן עליהם כאשר הם קרובים למטרות צבאיות. (למשל לגבי הקריה - לא ברור האם הדין אוסר את זה או לא. ייתכן שזה עדין בסדר כי כתוב "עד כמה שניתן", ולא ממש קל להזיז את הקריה, ויש סיבה שזה שם - נגישות).

* + **מבחינת ישראל**: היא לא צד לאמנת ז'נבה ה 4, אבל כן לפרוטוקול. בכל מקרה, מדובר פה בעיקר על מנהג.

מעל/מעילה

**ז'נבה פרוטוקול 1, ס' 37(1)** - אסור פעולות תקיפה שנחשבות מעילה, אבל מותר תחבולות מלחמה. הבעיה - לא ברור מה ההבדל. בגדול, גם במעילה וגם בתחבולות המטרה היא זהה - לשכנע את הצד השני שלא הולכת להיות תקיפה, ואז כן לעשות תקיפה (לדוגמא - מארב. האויב מסתתר וגורם לצד השני לחשוב שהוא לא נמצא בשטח - וברגע שהוא מתקרב - האויב תוקף).

**מעילה** = ההגדרה לא מוחלטת ודי רחבה כי היא דורשת הרבה פרשנות. הגדרה בפרוטוקול : מעילה היא סוג של מצג-שווא, מדובר על דבר שגורם לאויב להיות בטוח שהוא יהיה מוגן (להתחזות למשל למישהו מוגן, כמו אזרח או פצוע), כאשר יש למבצע הפעולה (המועל) כוונה לבגוד באמונה של האויב וכן לתקוף (דוגמא - לבוא לשדה הקרב באמבולנס בלבוש של רופא במטרה לשכנע את האויב שאתה מוגן, ואז לבגוד באמונה הזאת ואז לתקוף אותו תוך ניצול האמונה שלו בהיותך רופא - כמו בפאודה. או למשל מצג שווא של פציעה או התחזות לעיתונאי או אזרח). מדובר פה לא על סתם מצג-שווא, אלא על סוג של בגידה, כי זה ניצול מצג-השווא במטרה לגרום לאויב לא לתקוף, ואז לתקוף תוך ניצול המצב.

**תחבולות מלחמה** = בעיקרון מותרות. הגדרה בפרוטוקול: "תחבולות הם מעשים שהם מיועדים להטעות את האויב או לגרום לו להתנהג בפזיזות או רשלנות, אבל אינם מפרים את דיני המלחמה, והם אינם מועלים כי הם אינם מזמינים את אמונת האויב לגבי ההגנה ע"פ דין". (לדוגמא - אדם "מסתערב" שנכנס לכפר בלבוש אזרחי זה לא מעילה, הם רק מסתתרים. זה לא בגידה באמונה. אבל, כשהם מתקרבים למטרה שהם רוצים לתקוף וגורמים לו לחשוב שהם רק אזרחים, ואח"כ בוגדים באמונה הזאת ואז תוקפים אותו - לפי ס' 37 זה כנראה ייחשב מעילה).

לחימה באויר/בים מול היבשה

עד עכשיו דיברנו על הדין בלחימה ביבשה. יש הרבה משותף בין הים והאוויר לבין היבשה אבל לא הכל זהה. דיני האויר נלקחו מדיני הלחימה בים. החלוקה היא בין היבשה לבין הים והאוויר (למרות שיש דינים מיוחדים לאוויר). אין כמעט אמנות בעניין זה. האמנות היחידות הן אמנות מלפני 150 שנה ויש מעט מאוד דין מודרני. עם זאת, עיקר הדין המעניין אותנו הוא המנהגי של המדינות בפועל ולכן לא חייבים אמנות מודרניות.

מדריך סן רמו בסכסוכים מזוינים בים

מדריך זה בא ממכון מחקר בסן רמו שנקרא "המוסד הבינלאומי למשפט הומניטרי" - המכון לא קשור לשום ארגון בינלאומי רשמי. יושבים שם מומחים במשפט הבינלאומי והציעו את המדריך הזה כסיכום של המשפט המנהגי שהיה קיים כשכתבו את זה (לפני 30 שנה). לא בטוח שזה צודק בכל עניין, אלא זה דעות של המומחים. בכל זאת, הסיכום נחשב די טוב ונתייחס לזה כאל הדין הרווח.

איזורים בים:בגדול, ביבשה אין הרבה איזורים שהם "הפקר" - נחלת הכלל. לחימה ביבשה היא בדר"כ בשטח של מדינה מסוימת. בים זה לא כך. בים רק מים שקרובים מאוד לחוף של מדינה כלשהי הם המים הטריטוריאליים של אותה מדינה. יש מקרים בהם מים פנימיים לגמרי, למשל הכנרת, ואז המים גם שייכים כמובן למדינה. לעומת זאת, "הים הגדול" הוא מספיק רחוק ממדינות ולכן הוא נחשב נחלת הכלל ומדינות לא יכולות לתפוס שם ריבונות. זה פתוח לכולם. [עם זאת, אם למשל מדינה מוצאת נפט באמצע הים - לא כל מדינה יכולה לבוא ולקחת אותו. מעבר למים טריטוריאליים, יש למדינה זכות בלעדית לניצול כלכלי של מי המדף היבשתי (=הקרקע הנמוכה מתחת לפני המים שמשתרעת עד לצוק בים). היום יותר מדברים על "איזור הניצול הבלעדי הכלכלי" (=איזור מסוים בים עד מרחק מסוים מהחוף) ולא על המדף היבשתי, כי לא בכל מקום יש מדף כזה].

כללים בסיסיים למלחמה בים: בדין הקלאסי של היוס אד בלום, הייתה חשיבות רבה להכרזה של מדינה שיוצאת למלחמה כי זה יוצר מצב משפטי חדש - מצב מלחמה. ורק לאחר הסכמי שלום או כניעה המצב הרגיל חוזר. ומדינות אחרות גם יכלו להכריז על עצמן לגבי מלחמה פלונית שהן ניטרליות. היום יש פחות חשיבות להכרזות אלו, אבל בדיני הים זה עדיין חשוב להכריז על ניטרליות. **ניתן לחלק את כל הים בעולם לשלוש**: 1.מי המדינות הנלחמות. 2. מי המדינות הניטרליות. 3. הים הפתוח. מדינה שלא שומרת על הניטרליות הופכת את עצמה לחלק מהמלחמה. **יש גם סוגים שונים של ספינות בעולם:** 1. ספינות אויב. 2. ספינות של הצד שלי. 3. ספינות ניטרליות. הפרדה זו לא קובעת גם לגבי סוגי הספינות. אפשר גם לחלק את הספינות לסוגים: ספינות מלחמה וספינות אחרות.

ספינות לחימה של האויב: הכלל הבסיסי הוא שמותר לתקוף ספינות לחימה של האויב בכל מקום בעולם (בכל סוגי המים), מלבד במים ניטרליים (=מים ריבוניים של מדינה ניטרלית), כל עוד הם שומרים על הניטרליות (=לא עושים שום דבר שקשור ללחימה). במים ניטרלים מותר לעבור לכל מיני אזורים או להביא פצועים.

ספינות מוגנות של אויב: יש רשימה של ספינות אויב שנחשבות מוגנות ואסור לתקוף אותן, והן ההפך מספינות הלחימה של האויב. הן אלה שמספקות שירותי רפואה, ספינות להצלה, ספינות שמספקות שירותים הומניטרים או מעבירים שבויי מלחמה (אלה האחרונות צריכות לתאם העברה כדי שיוכרו בכך שהן מוגנות), ספינה של אזרחים, ספינה שיש לה תפקידים מדעיים או דתיים, אוניות דיג קטנות, וכו. אבל, אם ספינות אלה עוברות על כללים מסוימים הן מאבדות את ההגנה והופכות להיות ספינות לחימה של האויב. **יש שתי דרכים לאבד הגנה:** 1. הספינה נלחמת או מפריעה ללחימה ופועלת בניגוד לתפקיד המוגן שלה. 2. הספינה מסרבת פעולה בבידוק, כי אפשר לדרוש לבדוק כל ספינת אויב כדי לבדוק האם היא באמת מוגנת. אחרי שספינה מאבדת מהגנתה לא ישר אפשר לתקוף. קודם כל, עדיף לנסות להשתלט על הספינה במקום להשמיד. בנוסף, כדי לתקוף צריך לחשוב שבספינת האויב יש משהו משמעותי שיש בו יתרון צבאי אם לא אנטרל אותו. כמו כן, יש חשיבות למידתיות - לא תוקפים אם הנזק למוגנים יהיה מוגזם.

ספינות סחר של האויב: להעביר רכוש מסחרי ממקום למקום זה לא מגן על הספינה אבל זה גם לא תורם למאמץ המלחמתי. ניתן לתפוס ספינות אויב כאלה, אפילו בלי לדרוש בדיקה. **נשמיד אותן בתור ספינות מלחמה כאשר:** 1. ספינת מסחר שמסרבת פקודה לעצור ולהיתפס או מתנגדים בכוח. 2. ספינה מסחרית שיש לה מספיק נשק גם אם היא לא מיועדת ללחימה.

ספינות ניטרליות: בעיקרון אי אפשר לתקוף אותן אבל לפעמים הן מאבדות את ההגנה ויכולות להיות מטרות להתקפה או להשתלטות. אפשר לבדוק כל ספינה ניטרלית (מלחמה, סחורה או מוגנת). אם יש למפקד של הספינה הלוחמת סיבה לחשוב שהספינה ניטרלית בעלת אופי של אויב (למשל נושאת חיילי אויב או נשק), אז ניתן לדרוש לבדוק אותה וגם שהספינה תעבור למקום נוח לבדיקה (נמל למשל). בנוסף, אפשר לדרוש לבדוק את הספינה אם יש יסוד משפטי לתפוס את הספינה (לרוב זה יהיה אופי אויב אבל לא רק). אם בודקים את הספינה ומגיעים למסקנה שאכן יש סיבה לחשוב שהיא בעלת אופי אויב - אז ניתן לתפוס אותה, כלומר להחרים, ואז אפילו למכור אותה אח"כ. **מה מצדיק תפיסת ספינה ניטרלית:**

1. לפעמים לא צריך שיהיה בעל אופי אויב, והמקרה הקלאסי הוא שניתן לתפוס אותה אפילו רק אם המסמכים של הספינה מזויפים (בלי רשות לתקוף).
2. אם יש סחורה אסורה (במדריך סן רמו יש הגדרה מה נחשב סחורה אסורה) אפשר להחרים.
3. אם הספינה מנסה להפר מצור ימי חוקי זה גם עילה להחרמה (המרמרה למשל הכריזה על עצמה שהיא מפרה מצור ימי וכך היה אפשר להחרים למרות שהספינה עצמה הייתה לכאורה ניטרלית).
4. ספינה ניטרלית שמשתתפת בלחימה מאבדת את הניטרליות.
5. אם הספינה סירבה לעצור ולהיבדק, אפשר גם לתקוף ולא רק להחרים.

מהי **"סחורה אסורה"?** סחורה ששייכת לאויב וניתן להשתמש בו לצורכי לחימה (זה יכול להיות כסף, מתכת, חומר כימי וכו). כדי שאלו יהיו סחורות אסורות, המדינה המחרימה חייבת לפרסם רשימה של דברים אסורים מבחינתה.

מצור ימי: זה מאוד חשוב כי זה מאפשר לתפוס ספינות נייטרליות. כל מדינה שנמצאת במלחמה יכולה להכריז עליו בחופי האויב. למרות שאין הכרזת מלחמה כיום, כדי שמלחמה תכריז על מצור ימי היא חייבת להיות במצב של לוחמה (גם בלי הכרזה פורמלית). כל מדינה יכולה להכריז על מצור ימי, ואין מצור ימי ללא הכרזה (גם כיום). חייבים להכריז לא רק על עצם קיומו של המצור, אלא גם באיזה שטחים הוא חל ולכמה זמן זה תקף (אבל לא חייבים תאריך מדויק).

**אם יש הכרזה בזמן לוחמה, זה תקף כל עוד זה עומד בתנאים הבאים:**

1. מטרה - המטרה של המצור צריכה להיות כשרה. בעצם כל מטרה היא כשרה מלבד המטרה להרעיב את אוכלוסיית האויב.
2. יעילות - מצור ימי הוא חוקי כל עוד הוא יעיל. אם הוא לא נאכף או שאין יכולת לפקח עליו אז זה לא מצור חוקי. המצור צריך להיות בפועל. (עם זאת, הוא לא חייב להיות 100% יעיל).
3. אפליה - המצור חייב להיאכף בצורה ניטרלית ללא אפליה (בגדול..).
4. מתן גישה למדינות ניטרליות. אבל זה לא חייב להיות דרך הים.

שוד ים: אם מישהו פרטי מנסה להשתלט על ספינות אחרות. כל מעשה של אלימות או ניסיון להשתלט על ספינה בים - אם זה נעשה ע"י ספינה פרטית לצרכים פרטיים זה נחשב שוד ים. שודדי ים נחשבים כפושעים שכולם יכולים לתפוס ולהעמיד לדין.

תפיסת ההבחנה והמידתיות בים: **ס' 39** - יש להפריד בין אזרחים מוגנים לבין לוחמים, ויש לאבחן בין אובייקטים אזרחיים לצבאיים (ממש דומה לכלל ההבחנה ביבשה). גם ההגדרה של אובייקטים צבאיים היא מאוד מאוד דומה. יש גם כללים נוספים שזהים ביבשה ובים (למשל האיסור בשימוש בכלי נשק שגורמים לסבל מיותר). העניין הגדול ששונה בין הים והיבשה זה כל ההבחנה בין סוגי הספינות, וגם המצור הימי שאין לו מקביל ביבשה.

בים יש גם כללים של מעילה**:** הכלל הוא מאוד עמום - "תחבולות מלחמה מותרות, מעילה אסורה, ומהי מעילה? מעשים שמעודדים את ביטחון האויב שהוא מוגן ע"פ דיני המשפט הבינלאומי, כאשר יש כוונה למעול בביטחון הזה". זה ממש כמו המעילה ביבשה.

הכרזת לונדון (פרק 1 מצור ימי במלחמה), 1909:

ביטוי של הדין המנהגי של דיני לחימה בים. אם רוצים לדעת מה מותר ומה אסור במצור ימי- זהו מקור טוב.

**התנאים למצור ימי חוקי בדין הקלאסי:**

* הכרזה ציבורית
* יעילות
* ללא אפליה
* מתן גישה למדינות ניטרליות
* BELLIGERENCE - לוחמה
* איסור על הרעבה- אספקת מזון

**שאלה שעולה היא**- מה הדין כאשר יש מצור ימי על ישות שאינה מדינה (כלומר כמו עזה וישראל).

**לכן נשאלת השאלה**- על מי אפשר להטיל מצור ימי- האם רק על מדינה אחרת או גם על ישות שאינה מדינית?

אחד התנאים הבסיסיים למצור ימי הוא מלחמה. בדין הקלאסי הייתה תמיד הכרזת מלחמה, והמצב המלחמתי היה מסתיים כאשר הכריזו על שלום. מה קורה היום כאשר אין לנו הכרזות מלחמה?

האם יש מצב בו אפשר להטיל מצור ימי על ישות שאינה מדינית, וללא הכרזה על מלחמה?

התשובה לכך היא שבדין המודרני - מצור ימי עדיין חוקי לפי התנאים בדין הקלאסי, מלבד ההכרח להכרזה ולוחמה.

**פיראטיות**

**שודדי ים**= קבוצה של אנשים שאינם מדינה, אך אפשר להפעיל כוח נגדם. יש סמכות אוניברסלית להעמיד אותם לדין - כל מדינה יכולה להעמיד אותם לדין בשטחה.

UN Convention of the Laws of the Seas - אמנה של האום על החוק בים (נקראת גם אנקלוס).

**פרק 87** – חופש שיט בלב הים. **סעיף 1**- כל אחד ראשי לשוט בחופשיות בלב הים- מים חופשיים שאינם טריטוריאליים.

**כלל הנוגע לפיראטיות-** כל מדינה רשאית בכל מקום בים, לתפוס ספינה או מטוס של פיראטים, או כלי כזה שפיראטים תפסו. כל מדינה יכולה לעצור ולהחרים את כל הרכוש שנמצא שם. על המדינות שתופסות יש סמכות והוראות כיצד להעניש את הפיראטים וכיצד לנהוג ברכוש הגנוב (כל עוד מכבדים את הצד השלישי שהיה בעל הרכוש)

**פיראטיות היא -** כל פעולה לא חוקית הנוגעת באלימות, שהתקיימה עבור מטרה פרטית ע"י הצוות או הנוסעים בשני אופנים:

* בלב הים, נגד ספינה או מטוס, או נגד אנשים או רכוש על הסיפון.
* נגד ספינה/ מטוס וכל כלי רכב אחר, אנשים ורכוש מחוץ לתחום השיפוט של כל מדינה.

**פסיקה ישראלית על הבחנה ומידתיות**

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל

**סיכולים ממוקדים והבחנה**

היו סיכולים ממוקדים נגד פעילי חמאס בעיקר, ביו"ש ובעזה. הם לא היו על מעשה שעשה פעיל החמאס אלא על מעשה שהיה אמור לעשות. היו כל מיני כללים לגבי הכלים לסיכולים ועל הנסיבות המצדיקות. **עלו השאלות**: 1. האם מותר למדינת ישראל לאמץ כזו שיטה נגד פעילים שאינם פצצות זמן מתקתקות- אלא טרוריסטים פעילים? 2. האם אפשר להשתמש בכלל בדיני מלחמה? 3. האם יש כאן סכסוך מזוין בין ישראל לחמאס?

**סכסוך מזוין -** ראינו שהקו בין קיום סכסוך לאי קיומו הוא לא ברור. במקרה של ישראל וחמאס יש סכסוך מזוין. ההבדל כאן הוא בין סכסוך לאומי לסכסוך בינלאומי - והוא לא גדול. ההגדרות המרכזיות נשארות הבחנה ומידתיות.

**האם פעיל חמאס הוא מטרה לגיטימית לסיכול ממוקד כי הוא לוחם -** ההגדרות האומרות מיהו לוחם כפי שראינו בפרק ההבחנה - הן סותרות (פרוטוקול 1 ז'נבה, והדין הקלאסי).

* ההגדרה המצמצמת - לפי פרוטוקול 1 = מי שאינו אזרח ולא לוקח חלק פעיל בלחימה, ומי שזכאי להיות שבוי מלחמה). לכן, מצד אחד, חמאסניקים לא זכאים להיות שבויי מלחמה (חמאס לא מכבד את דיני המלחמה) - מצד שני, חמאסניק הוא אזרח - ולכן הופך להיות מטרה לגיטימית רק כאשר הוא משתתף בלחימה.
* לפי ההגדרה הרחבה - כל אדם שהוא לוחם בפועל או חבר בקבוצה לוחמת הוא לוחם, ולכן הוא המטרה לגיטימית.

**בג"ץ (ברק) מכריע כי :**  מדינת ישראל חייבת לאמץ את ההגדרה המצמצמת של פרוטוקול 1, הדין המנהגי לא חידש דבר לגבי שאלת הלוחם ולכן פרוטוקול 1 מייצג את הדין המנהגי. כלומר, הדין המנהלי בישראל הולך כרגע לפי פרוטוקול 1. סמכות פרוטוקול 1 על מדינת ישראל היא קיצונית מאוד: ישראל אפילו לא אשררה את פרוטוקול 1, אלא צריכה לפעול לפיו לפי הדין המנהגי. זה אומר שהיא גם לא יכולה להתנער מהתנאים של פרוטוקול 1- מה שיכול לקרות כאשר מדינה שאשררה את האמנה מחליטה לצאת ממנה.

בפועל - זה אומר שלא ניתן לחסל לוחם חמאס מלבד באותם רגעים בהם הוא נוטל חלק פעיל בלחימה, ואז הוא מטרה לגיטימית.

**לדעת פרופ' בל -** זו החלטה מוזרה ושגויה, כי המשפט המנהגי לא נקבע לפי האמנות הכתובת, אלא לפי המנהג הפרקטי שהמדינות מקבלות.

* **פצצה מתקתקת** - אדם שנוטל חלק פעיל בלחימה, מתכנן פעולה או פיגוע- בוודאי שהוא לוחם באותו רגע. מה אם ישראל רוצה לאמץ מדיניות רחבה יותר של סיכולים ממוקדים?

בג"ץ 3799/02- עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז בצה"ל (שאלה של הבחנה)

**נוהל שכן** + **נוהל האזהרה המוקדמת**

ארגון עדאלה וארגונים נוספים עתרו לבג"ץ נגד נוהל שכן = קרוב משפחה או שכן של המחבל המתבצר שנשלח ע"י צהל לדפוק בדלת כי הנחת צה"ל היא שהמחבל לא ירה בקרוביו. נוהל זה הוא רק בהסכמת השכן, ללא שימוש בו כמגן אנושי. בעיקרון אסור להכריח אותו לעשות זאת, ואסור להשתמש בו למשימות נוספות, אלא רק שימוש להודעה למבוקש שהוא מבוקש.

**השופט ברק מכריע (רוב):** ביטול נוהל שכן.טענתו מתחלקת לכמה נימוקים:

* 1. הוא אמנם פוסק שאין כאן עבירה של מגן אנושי. בכל זאת, לדעתו זה מטשטש את הגבול בין האזרחים ללוחמים. יש סכנה שטשטוש כזה יוביל לעבירה של מגן אנושי, ולכן נוהל שכן הוא אסור.
	2. בנוסף, יש חובה כללית יותר להפרדה בין לוחם ואזרח- נוהל שכן מכניס אזרח לאזור לחימה- ולכן זה עבירה על דיני ההבחנה (לדעתו).
	3. כמו כן, מן הסתם, זה לא ממש רצונו החופשי של האזרח לדפוק בדלת של המבוקש.

בג"ץ 2056/04 – מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל

**מידתיות וגדר ההפרדה**

אחד מקטעי גדר ההפרדה באזור כביש 443 - טענו להגבלה על התנועה ע"י גדר ההפרדה כי יש פגיעה מוגזמת באזרחים ביחס ליתרון הצבאי - חוסר מידתיות.

**בג"ץ (ברק) פסק וקבע** **כי**: כלל המידתיות צריך לעמוד במבחן בעל שלושה תנאים:

* 1. המידתיות הראשון- האמצעי הרציונלי.
	2. אמצעי שפגיעתו פחותה.
	3. האם התועלת השולית שווה לנזק השולי כתוצאה מהפגיעה.

**בדיני מלחמה-** כלל המידתיות - המבחן - אומר שהתוקף לא יתקוף מטרה אם הנזק האגבי הוא מוגזם ביחס ליתרון היחסי שאני מצפה לקבל. ברק בכלל לא מאמץ הגדרה זו. הוא שואל שאלות על תכלית והיחס לתכלית ודברים שקשורים למשפט המנהלי הישראלי. ברק בעצם גורס כי הכלל של מידתיות בדיני מלחמה דומה למידתיות במשפט המנהלי, וגם מכניס סבירות לדיני הלחימה. למשל מפקד צבאי שפועל לא בצורה סבירה, לפי בג"ץ הוא פושע מלחמה. (שזה הזוי כי בדיני מלחמה הכלל הרבה יותר מתיר - רק אם הצעד מוגזם או לא, אין חובה שאמצעי לפעולה יהיה הטוב ביותר).

בג"ץ מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל

**מידתיות וגדר ההפרדה**

תביעה נוספת על גדר ההפרדה אבל על מקומות שונים. בשני פסקי הדין השאלה העקרונית היא אותה שאלה - האם בניית גדר ההפרדה באותו איזור היא חוקית או לא? טענו שזה פוגע בזכויות האזרחים (קניין, חופש תנועה). בג"ץ פסל מספר קטעים בגלל חוסר מידתיות בתוואי הגדר. אם היו פועלים על פי דין המידתיות ע"פ דיני המלחמה, כנראה היו מגיעים להחלטה אחרת.

בג"ץ ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות

**מידתיות ומעקה הבטון שהקים בדרום הר חברון.**

היה מחסום וזה הקשה על אנשים מסוימים לעבור כדי לעבוד. ולא היה עניין להכריח אותם לעבור דרך המחסום. העתירה הייתה בעילה של פגיעה באופן לא מידתי. ענו דרך מידתיות של המשפט המנהלי ולא של דיני במלחמה.

האם זה אומר שבדין הישראלי אין עניין של דיני מלחמה כי הכל נבלע בתוך הדין המנהלי? או האם המשפט הישראלי שם את הדין המנהלי על גבי דיני המלחמה?

**\*\*\*עניין נאטו.. פספסתי.\*\***

**פסיקה עולמית בשאלת הבחנה ומידתיות:**

1942 ex pparte quirin, US

**המקרה**: תפסו כמה נאצים בארה"ב שנחתו שם כדי לעשות פעולות טרור ולפוצץ גשרים וקווי תקשורת. הם העמידו אותם לדין ורצו להוציא אותם להורג. הנאשמים טענו שלא ניתן להעמיד אותם לדין על כך כי הם חיילים ולכן יש להם חסינות מהדין הרגיל ואפשר להחזיק אותם רק כשבויי מלחמה.

**ביהמ"ש האמריקאי:** אמר שהם היו לוחמים כי הם תכננו לבצע פעולות מלחמה, ולכן אם היו הורגים אותם זה היה בסדר. אבל שאלת שבויי המלחמה היא שאלה אחרת, לא רק אם הם לוחמים, אלא אם לוחמים חוקיים. הוחלט שהם לא לוחמים חוקיים כי לא לבשו מדים ולא נשאו את הנשק בגלוי, ולכן אין להם זכות להיות שבויי מלחמה ומותר להרוג אותם.

The prosecutor v. stanislav galic - 12.2003

**המקרה** : מפקד הכוחות שתקפו, הפציץ וירה ותקף כל מיני מקומו ציבוריים. האשימו אותו שהוא הפר או את כלל ההבחנה או את כלל המידתיות. הוא ירה לכיוון הציבור הרחב, לכן המטרה כנראה לא הייתה כשרה, אבל אפילו אם הייתה - ברור שזה הפר את המידתיות כי הוא היה צריך לדעת שכמעט כל הקורבנות יהיו אזרחים. **כך ביהמ"ש פסק**, ושם ביחד את כלל המידתיות וההבחנה.

כך לרוב מאשימים בשניהם, וכמעט אין פסקי דין בהם ההאשמה היא רק על מידתיות.

יוגוסלביה החלה להתפרק למחוזות

אפילו אותם מחוזות חזקים, לא היו להם צבאות והם ניסו להניע את צבא המדינה אליהם. בבוסניה הסרבים והקרואטים הקימו מליציות כדי שילחמו אחד נגד השני. לא היה תמיד ברור מי שייך למי. **השאלה שעלתה** - מה המעמד המשפטי של כל אותם מצטרפים למליציות? היו גם אזרחים שעזרו להם, האם הם לוחמים או לא? החליטו שאותם אנשים הם לוחמים ומותר לכוון עליהם את האש אפילו שהם לא לוחמים באותו רגע. אבל הוחלט שהם לוחמים לא חוקיים ואין להם מעמד של שבוי מלחמה. עם זאת, כל עוד הוא גוייס ונחשב ע"י המליציה כלוחם - הוא לוחם. לא משנה אם הוא השתתף בלחימה או נשא נשק באותו רגע. והוא ממשיך להיות לוחם עד שמשחררים אותו ומצהירים שהוא אזרח. פורמלית הם קיבלו את ההגדרה של פרוטוקול 1, אך בפועל זה לא ממש עבד ככה.

דוח וועדת חקירה של מועצת זכויות האדם של האו"ם ב- 2010

בתחילת עופרת יצוקה, ישראל תקפה בהפצצה אווירית מספר מטרות שהיו קשורות למשטרת חמאס. נהרגו כמעט 100 שוטרים וכ10 אזרחים. ע"פ המודיעין שלנו, כל אנשי משטרת עזה היו לוחמי חמאס. הפרשה לא הייתה סודית והיא התפרסמה בתקשורת העולמית. בדוח נכתב על כך: 248 שוטרים עזתים נהרגו מעופרת יצוקה, ולאותם שוטרים היה צריך להתייחס כאזרחים. אמנם הם קיבלו פקודות מחמאס שהם צריכים להילחם בישראל, אבל זו הראיה היחידה על כך שהם לוחמים, לכן אין סיבה לחשוב שמשטרת עזה מורכבת מלוחמים. בנוסף, אם אנו מכריזים שהם אזרחים, אם גם אם חלק מהשוטרים היו מטרות לגיטימיות, עדיין מדובר על הפרה של מידתיות כי הרבה היו הרוגים אזרחים.

דוח של ארגון אמריקאי - human right watch

זהו ארגון שהוקם כדי לדווח על מצב בעייתי של זכויות אדם בעולם. זה הוקדם בהתחלה לפקח על אנשי המדינות הקומוניסטיות מאחורי מסך הברזל. עם הזמן הם גדלו ומדווחים על עוד מקומות בהם מפרים זכויות אדם וגם על פשעי מלחמה. לארגונים אלו יש הרבה ביקורת נגד מדינת ישראל. ב2006 הארגון הוציא מספר דוחות על מלחמת לבנון השניה. הראשון הוא על הפצצות של ישראל בלבנון, וטענו שבכל המקרים (21) מדינת ישראל הפרה כלל של הבחנה. הארגון ספג ביקורת רבה ואח"כ הם הוציאו דוח נוסף בו ניסו לענות על הביקורות אך זה רק שילהב את המבקרים.

הארגון מספרים בדוחות סיפורים, בלי ראיות מוצקות, ובמבוא הם כתבו מאיפה הביאו את החומר, אך זה מקשה על הבנת העובדות. בדוח הם אומרים שהם הלכו לשטח וביקשו את תגובת צה"ל (בפועל מסתבר שהם יצאו לשטח לארבעה ימים בליווי אנשי חיזבללה וזה מה שהם ראו... ושני החוקרים העיקריים בכלל לא מדברים ערבית, לכן אין סיכוי שהארגון פעל בתום לב).

כמה ניתוחי מקרים לדוגמא, שהדוח מפרט:

* 1. **סיפור הראשון:** בצור היו שתי הפצצות על מבנה אזרחי ששם היו משרדי הגנה אזרחית. הקומות העליונות התמוטטו, וגם היו שם כמה בתים של אנשים חשובים שטענו שהם לא היו שם בכלל ושהם גם לא שייכים לחיזבללה. לפיהם, ההגנה האזרחית הם פועלים בכיבוי אש ומספקים סיוע הומניטרי ואין ראיות שהיו שם אנשי חיזבללה שאו שאנשי ההגנה לא היו לוחמים. אז השאלה היא - מה המטרה של ההפצצה? חייבים היעדר מטרה כשרה כדי שתהיה עבירה על הבחנה, ולגבי עבירה על מידתיות, צריך שהפגיעה הצפויה הייתה מוגזמת. טענו שהארגון ההגנה הזה הוא ארגון מוגן (מעין סהר אדום) ושלא ברור אם ישראל ידעה או לא מי נמצא שם. ואם ישראל ידעה שאין שם אנשי חיזבללה זה משפיע על חומרת ההפרה של הדין הבינלאומי. \*זוהי טעות של הבנת הדין. כי זה לא רלוונטי.
	2. **סיפור שני**: מטוסים ישראליים הפציצו כפר והכניסו את אנשי הכפר לפאניקה. ההפצצות לכדו אנשים בכפר והשיח נתן פקודה לאזרחים למצוא מקלט במקום מסוים ואז כולם מתו שם במרתף. לפי הדוח, לא יודעים כמה נהרגו (26-42) אבל אנשי הארגון טענו שלא מצאו פעילות של חיזבללה במקום והמתים הם אזרחים תמימים. לאחר מכן היה מישהו מהכפר שאמר לפרופסור בל, שהיו שם אנשי חיזבללה שהם אלו הרוב שמתו שם. אני הארגון אמרו שאנשי החיזבללה נכנסו לאותו כפר אחרי ההפצצה ואז הם מתו. זה לא נשמע הגיוני, אז הלכו למצבות של האנשים האלה וראו שהיו שם 17 אנשי חיזבללה. די ברור מזה שבהתחלה אנשי חיזבללה מתו בהפצצה ולא היו באמת הפצצות שניות.
	3. **סיפור שלישי**: הפצצה ישראלית על בית בבינת ג'בל. נהרגים שניים - אב ובת. היה עד קרוב לשם ואמר שהאיש לא היה קשור לחיזבללה והוא היה פנסיונר תמים. היה עוד עד שהכחיש שהייתה נוכחות של חיזבאללה. וכשכוחות תמימים תושבי המקום ניסו להוציא את הגופות, מטוס ישראלי הפציץ שוב ונהרגו עוד אנשים. היה עד שסיפר איך נפצע ושלא היו שם בכלל אנשי חיזבללה. בדוח הראשון העד אמר שבכלל לא היו אנשי חיזבאללה בכפר (שזה הזוי כי הייתה שם לחימה של צהל) והעד בדוח השני אמר שהיו שם ההגנה האזרחית, שהיא מוגנת על אף שהיא חיזבללה. זהו שינוי עדות ודי חסר תום לב. לפחות אחת מהעדויות היא בדויה, אם לא שתיהן.
	4. **סיפור רביעי:** מדינת ישראל פעמיים (בהפרש של 10 שנים) הפציצה מקום בו היו במקלט אזרחים והם נפגעו. מדובר על מפציצים אוויריים שפגעו באמבולנסים של הצלב האדום והסיעו פצועים. בזמן שהעבירו את הפצועים בין האמבולנסים המטוסים תקפו את האמבולנסים ואחד האנשים מהארגון צילם את זה. היה צלם בלוס אנג'לס שהבין כי התמונה די מוזרה - ולא נראה שהאמבולנס נפגע מפצצה, אלא שתלשו משהו מהגג. היו ביקורות על הארגון ובאמת הסיפור של חיזבללה לא הגיוני. הארגון לא מודה על טעויות והם הוציאו דוח בו מוסבר על ההתקפה. הוא כותב שם כי כנראה זה לא היה טיל ישראלי או מרגמה (כי לא מצאו עדויות להתקפה שם) אבל אפשר לראות שהאמבולנסים נפגעו בצורה מדוייקת ולכן נסיק מכך שזה נשק ישראלי חדשני.

דיני תפיסה לוחמתית

מוגנים בדיני מלחמה

ביוס אין בלו, בגדול זה אזרחים אבל לא רק. למשל אנשים שמספקים סיוע רפואי, אנשי דת, פצועים שאינם יכולים לחזור ללחימה. גם בשבויי מלחמה, יש אנשים המוגנים לפי דיני השבי, אך הדינים האלו משתמשים במונח ההגנה בשונה מתפיסת דיני המלחמה.

**'מוגן'** זה מונח שחייבים כל פעם לחשוב על ההקשר, ורק אז נדע מה ההגדרה.

רקע לדיני תפיסה לוחמתית

דיני תפיסה לוחמתית זה בעצם כיבוש אך לא בדיוק.

זהו דין מנהגי בינלאומי. לא ברור בדיוק מתי נוצר, אך עד המאה ה19 הוא נוצר, וכנראה גם לפני כן. הפיתוח הגדול של הדין הזה התפתח באמצע המאה ה19 במלחמת האזרחים האמריקאית.

דיני התפיסה הלוחמתית הם כנראה חלק מדיני יוס אין בלו (ניהול הלחימה), אך לרוב לא מסווגים את דינים אלו לתוך נושא היוס אין בלו, אלא שמים אותם בנפרד.

בדיני יוס אד בלום הישנים (שמותר היה למדינות לצאת למלחמה אם הסדירו את הטעמים והכריזו על מצב מלחמה) כאשר מדינה כבשה שטח היא לקחה אותו לעצמה והפכה אותו לשטח ריבוני של המדינה המנצחת. זה לא היה משנה האם המלחמה הייתה עם מדינה אחרת באירופה או בכלל במקומות שלא נחשבים מדינות (כמו שאנגליה כבשה את הודו וזה הפך להיות חלק מהאימפריה שלה). אבל, הכיבוש לא היה מיידי וזה לא היה חובה שהוא יסתיים בסיפוח. דיני התפיסה הלוחמתית באו לספק כללים לאותם רגעים של תקופות הביניים, בין הכיבוש הראשוני לבין הסוף האולטימטיבי (בין אם זה סיפוח/נסיגה/שלום). **היו שני סוגי כללים:** א. כללים לגבי התנהגות הכובש כלפי המדינה הנכבשת. ב. כללים המסדירים את היחס בין הכובש לבין האוכלוסיה המקומית.

**כיבוש** = לקחת שטח באופן צבאי ולהכניע לקראת סיפוח.

**תפיסה** = זה מושג עדין יותר, חזקה על השטח.

יש קשר בין שני המושגים הללו. דיני התפיסה הלוחמתית נולדו מתוך החורים של הכיבוש.

הדינים נכתבו באמנת ז'נבה ובאמנות האג. באמנות האג נכללו תקנות בכל מיני סוגיות לחימה ביבשה. שנים לאחר מכן (1907) תיקנו כמה דברים באמנות, וכיום הן הרלוונטיות למרות שאין הרבה הבדל. תקנות האג זו האמנה הראשונה שניסתה לסדר חלק מדיני התפיסה הלוחמתית. האמנה העיקרית השניה היא אמנת ג'נבה הרביעית. היו ארבע אמנות עיקריות ושלושה פרוטוקולים. בתוך אמנת ג'נבה הרביעית מדובר על שטחים בתפיסה לוחמית והגנה על אזרחים במצב זה. בשתי אמנות אלה הפרק על דיני תפיסה לוחמתית הן בחלק שלוש.

מהו שטח שנחשב שטח הנתון לתפיסה לוחמתית?

אין הגדרה לזה לא בתקנות האג ולא באמנות ז'נבה. לכן מנסים ללמוד זאת בעזרת המנהג ביחד עם האמנות.

[הצלב האדום - ארגון שנוסד במאה ה19 כדי לספק סיוע רפואי לחיילים שנפצעו. עם הזמן התפקיד שלו התרחב ובין היתר, הוא החליט שהוא רוצה להיות מעורב יותר בעיצוב קביעת דיני מלחמה. לכן הוא קיבל על עצמו את המשימה - 'ארגון ניטרלי המנסה לקדם ציות לדיני מלחמה'. יש עו"דים שעובדים איתם ומנסים ללמד את הדינים את האוכלוסייה בעולם ומנסים לשנות אותם. הם מציעים אמנות ומנסים לעצב אותם דרך פרשנות יצירתית של הדינים הקיימים - האמנות והמנהג - בכוונה לדחוף בכיוון מסויים דרך הדלת האחורית. ]

במאה ה20 התעורר שאלות רבות על מצבים בהם חלים דיני תפיסה לוחמתית - מתי שטח יחשה ע"פ המשפט הבינלאומי כנתון לדינים אלו? באמנות דינים אלו מוזכרים כדיני חובה. כאשר מדינה תופסת לוחמתית היא חייבת לציית לרשימת הדינים באמנות. השאלה היא מתתי המדינה חייבת לציית לדינים אלו? ייתכן מצב שמדינה תקבל על עצמה את הדינים על אף שאין תפיסה לוחמתית. דוגמא מהמאה ה19- מלחמת האזרחים האמריקאית. זו הייתה מלחמת פנים. מדינות הדרום מרדו כדי לשמור על זכויות הקניין שלהן בעבדים, והם הקימו מדינה חדשה. ארה"ב לא קיבלה את הזכות שלהם למרוד ולהקים מדינה עצמאית, ולכן ניהלו מלחמה כנגדם כמו מלחמת אזרחים. צבא הצפון כבש שטחים בממלכת הדרום, והסתבר שארה"ב לא הייתה מעוניינת להחזיר את הכל מיד למצב הרגיל. הם רצו להביא לקץ העבדות ולהעניש את המורדים. אז ארה"ב החזיקה את השטחים הכבושים כשטחים שאינם נתונים לדין הרגיל של ארה"ב, אלא לדין צבאי. היו מקומות שזה נמשך אפילו עד 13 שנה. ארה"ב החליטה להחיל את דיני התפיסה הלוחמתית בשטחים אלו. למרות שזה לא היה מחובתה, אלא היא זיהתה בדינים אלו יתרונות. ככל שהדינים התפתחו ונכתבו באמנות מאוחר יותר, מדינות ראו בזה יותר כנטל והיו מכחישות שחלים דיני תפיסה כאשר כבשו שטחים. במלחמת העולם השניה למשל ארה"ב הכחישה שחלים דיני תפיסה לוחמתית על שטחי אירופה שכבשה במלחמה באופן מלא. כאשר האו"ם כובש שטח אז הכוחות לא כפופים לדיני תפיסה לוחמתית אבל הם מקבלים על עצמם את חלקם. כמעט תמיד מדינות פשוט טוענות שהדינים נתונים לעניין של רצון ולא באמת מחייבים, וזה יוצר את הדין המנהגי.

**מהו שטח כבוש?** זוהי שאלה חשובה שאין עליה הסכמה רווחת. הצלב האדום כינס את המומחים לדון על דיני התפיסה הלוחמתית, והם מתייחסים לשאלה מתי הדין חל ובאיזה שטח. יש מחלוקות לגבי כמעט כל עניין של דינים אלו.

הדוח של הצלב האדום

הדינים חלים בשטח פלוני מזמן פלוני ועד זמן פלוני. המומחים קובעים שלושה תנאים מצטברים כדי שהדין יתחיל לחול בשטח כלשהו. התנאים:

* 1. **הכובש אכן השליט סדר בשטח, ויש לו שם שליטה אפקטיבית ויעילה**. (כאשר דיברו על תחולת הדין במלחמה ביוגוסלביה - התנאי הזה היה מרכזי לדיון). כיום יש הטוענים שיש לישראל שליטה אפקטיבית ברצועת עזה, אך זו טענה לא מדוייקת. אבל בגדול, יש הסכמה די רחבה כיום מה זו שליטה אפקטיבית.
	2. **התפיסה בשטח תהיה התוצאה של לוחמה ולא של משהו אחר**. (לאחר שכבשו את גרמניה, ארה"ב אמרו שהדין תפיסה לא חל כי הם תפסו את השטח ע"י כניעה של הצד השני ולא מכוח הלוחמה). כלומר, התפיסה הלוחמתית חייבת להיות לא הסכמית. דוגמא - במלחמת עיראק ארה"ב הכריזה על עצמה שהיא מכירה בכך שהשטח הוא כבוש ונתון לדיני תפיסה לוחמתית. זה המשיך במשך שנה, וארה"ב עזרה לעיראקים לנהל שם בחירות. השליט החדש הלך לאמריקאים והציע להם שכוחותיהם יישארו בעיראק בשביל סדר ושליטה. ושהם ישארו אפילו באותם מבנים, אבל שיעשו זאת מכוח הסכם ולא לוחמה. הם חתמו על ההסכם והכריזו על סוף הכיבוש. מועצת הביטחון הסכימה על כך שארה"ב סיימה את הכיבוש. אך אין ממש הבדל בפועל, נטו שהם מכוח הסכמה ולא לוחמה. דוגמא נוספת - המנהג המקובל הוא שאחרי הסכם שלום, אפילו אם הכוחות ממשיכים להיות בשטח, הם מכוח הסכמה ולא מלחמה ולכן אין זה כיבוש. לגבי המקרה של ישראל, יש שאלה האם בשנות ה90 רצועת עזה הייתה שטח כבוש או לא. יורם דינשטיין כתב שמאז הסכם השלום עם מצרים כוחות ישראלים היו שם מכוח הסכמה ולא לוחמה ובעצם אין כיבוש. זה מה שהוא אמר עד שנות האלפיים כשיצאו מלבנון, ואז הוא שינה את דעתו אמר שעדיין יש לישראל תפיסה לוחמתית ואפקטיבית ברצועת עזה.
	3. **נוכחות של כוחות זרים. כלומר, רק כאשר מדובר על שטח זר, של האויב, ולא שטח של הכובש**. והשטח הוא זר לכוחות הכובשים. יש דעה אחת מסורתית, לפיה שטח אויב הוא שטח ריבוני של האויב. (אם למשל פרוסיה תופסת שטח של צרפת, אז זה כיבוש) יש דעה אחרת, שאומרת שהשאלה היא למי יש זכות ריבונית בשטח. איזו מדינה החזיקה בשטח לפני הלחימה. (אם למשל פרוסיה כבשה מצרפת שטח שהוא בכלל של בלגיה אבל צרפת החזיקה בו לפני המלחמה - לפי הדעה הזאת מדובר בשטח כבוש). יש מחלוקות רבות בין הגישות, דוגמא לכך - מלחמת אתיופיה אריתראה - אריתראה הייתה חלק מאתיופיה ופרשה. ואז אריתריאה פלשה לשטחים המוחזקים ע"י אתיופיה. הייתה השאלה האם האריתראים צריכים לכבד את דיני התפיסה הלוחמתית בשטחים הכבושים של אתיופיה? הרכב הבוררים קבע שאריתראה הייתה תופסת לוחמתית באותם שטחים. היה הרכב אחר שהיה צריך לדון בשאלת הריבונות, והוא קבע שלאריתריאה יש ריבונות. כלומר, על אף שזה היה שטח ריבוני של אריתריאה, בכל זאת היא הייתה במעמד של כובש כי השטח היה בחזקתה של אתיופיה לפני המלחמה. כלומר, אימצו את הגישה השניה של האחזקה ולא את גישת הריבונות המסורתית.

תקנות האג (1899+1907)

החלק השלישי בתקנות מדבר על דיני תפיסה לוחמתית ="מרות צבאית על חלק של המדיה העוינת". ישנם 12 כללים. סעיפים 42-43 הם הסעיפים הכלליים.

**סעיף 42:** מתי תחילת תחולת הדינים? שטח נחשב תפוס מרגע שהוא נופל תחת מרותו של הצבא העוין. מהרגע של השליטה האפקטיבית. ועד שאין תנאים אלו - אין תחילת תחולת הדין. מהו ההיקף הגיאוגרפי של התחולה? השטח שבו חלים הדינים הוא השטח שנתון בפועל למרותו של הצבא העוין. אין עניין של גבולות ריבוניים, אלא על היקף השליטה האפקטיבית (אם למשל פרוסיה כובשת חצי מצרפת - אז רק החצי הוא תחת דין התפיסה הלוחמתית).

**סעיף 43:** יש שני כללים שחלים על שלטון הכובש / מטרות העל: מהרגע שמרות הנכבש עוברת לידי הכובש באופן אפקטיבי, אז הכובש חייב להשליט שם סדר וביטחון, וזה צריך להיעשות תוך כדי כיבוד הדינים שהם בתוקף באותו השטח - הדין הקיים. זו לא חובה מוחלטת, ואם אין אפשרות לכבד את הדינים אז אין חובה.

אמנת ז'נבה הרביעית 1949

האמנה מדברת בגדול על הגנה על אזרחים. נדבר על החלק שמדבר על הגנת אזרחים בשטח כבוש. באמנה זו אין שום דבר שמגדיר 'שטח כבוש' או מתי יחולו דיני כיבוש.

**סעיף 1:** על הצדדים כולם לכבד את האמנה בכל הנסיבות. אבל רק לכבד את אותם כללים שחלים באותן נסיבות. מטרת הסעיף להגיד כי חובה על הצדדים באמנה לדרוש שחיילים/נתינים יכבדו את האמנה. זה לא עוזר לנו להבין מהי תחולת הכללים, כי לא ייתכן שהם חלים תמיד.

**סעיף 2:** יש שתי נסיבות בהן הכללים חלים - מלחמה, וכיבוש. **ומוצגות מגבלות על התחולה:** א. האמנה חלה על כל מקרה של מלחמה או סכסוך מזוין בין מדינות שהן אישרו את האמנה. ב. היא חלה גם במקרה של תפיסה או כיבוש חלקי או מלא של שטח של צד לאמנה, בין אם יש או אין התנגדות מזוינת על אותו כיבוש. לגבי המלחמה, מצב מלחמה לא מוגדר, אך הסעיף אומר שגם אם הכריזו על מלחמה וגם אם מדובר בסכסוך מזוין זה בעצם מראה שהדין הישן על הכרזת מלחמה לא רלוונטי, ומה שחשוב זה המלחמה בפועל.

כמו כן, אם יש סכסוך מדינה לבין קבוצת מורדים, אז זה לא רלוונטי לפי אמנת ז'נבה. וגם אם מדובר על שתי מדינות - זה רלוונטי רק אם שתיהן צד לאמנות. ואם יש מלחמה בין כמה מדינות, ואחד הצדדים לא חלק מהאמנה - עדיין צריך לכבד את התנאים, אך כלפי המדינה שלא חלק- לא צריך לכבד (באמנות האג לעומת זאת, יש סעיף, לפיו האמנות חלות רק אם כל המדינות שנלחמות קיבלו את האמנות, ואם אחת לא קיבלה - אז אין במלחמה חשיבות לכבד את האמנה כלל).

המאנה גם תחול כאשר יש תפיסה של שטח, גם כאשר אין התנגדות מזוינת לתפיסה זו.

**שטח אויב** - האם זה שטח ריבוני שלו, או שזה שטח שהיה בשליטתו של האויב לפני הכיבוש? לפי האמנה כתוב שזה צריך להיות שטח של מדינה שהיא צד לאמנה. לכן, זה רמז לפירוש של שטח ריבוני של האויב, אך זה לא וודאי.

**סעיף 6:** מגדיר מתי תחולת האמנת, ומתי הסוף: התחולה היא מתחילת הסכסוך המדובר בסעיף 2, או תחילת התפיסה הלוחמתית. סוף התחולה ש הדינים תלוי בסוג השטח. האמנה מחלקת את סוגי השטח ל2: א. שטחי הצדדים לסכסוך. ב. שטחים הנתונים לתפיסה. למרות שיכולה להיות גם חפיפה ביניהם. והדינים קצת שונים בשני סוגי השטחים: א. אם הדינים חלים של שטח של צד לסכסוך - הדינים מפסיקים לחול מרגע שיש 'סגירה כללית של מבצעים צבאיים' (כלומר, אפילו אם אין סוף רשמי למלחמה, התחולה מסתיימת, כמו שלא חייבים להכריז על תחילת המלחמה כדי שהמאנה תחול, גם לא צריך להכריז על הסוף). זהו מושג מעט עמום, אך הסעיף לא מפרש אותו. ב. לגבי שטח הנתון בתפיסה לוחמתית - הדינים יפסיקו שנה לאחר הסגירה הכללית של מבצעים צבאיים, אבל יש דינים מסוימים שימשיכו לחול גם אחרי השנה, ובתנאי שהתפיסה הלוחמתית נמשכת, והתופס הלוחמתי ממלא את תפקידי הממשל בשטח.

**[סעיף 4:** אזרח הרוצה להיות תחת ההגנה של האמנה, צריך שיהיה קודם כל אזרח של מדינה, לא להיות נתין. וגם המדינה שלו צריכה להיות צד לסכסוך המזוין, או שהמדינה צריכה להיות צד לאמנה. אם יש מדינה שלישית בעולם, שנתיניה נמצאים בשטח. הנתינים לא יהיו מוגנים, אם למדינה השלישית יש קשרים דיפלומטיים עם התופסת - אז אין הגנה.

אמנת האג 1907 -

אמנת זנבה לעומת זאת, מערבבת את הכללים שחלים במצבים השונים. בגדול, היא מדברת על שני סוגי שטחים. ויש שני סוגי דינים - מלחמה ותפיסה לוחמתית. והכל מתערבב. ]

 **(\*\*\*צריך לסדר את זה ולהשלים מתחילת סעיף 4. לא הבנתי....)**

פסיקה על תחולת דיני תפיסה לוחמתית

הטריבונל לענייני יוגוסלביה (לשעבר). בשטחי בוסניה היו שאלות לגבי הפרדת דיני התפיסה, ולכן הטריבונל דן בכך. הם שאלו בעיקר - האם לתופס הייתה שליטה אפקטיבית בשטח. (כל השאר לא עניין אותם או שהיה ברור).

**פס"ד "נלטיליץ" -** בית המשפט ניסה לפרט איך מכריעים, וקבע כי זוהי בעיקר שאלה עובדתית. אבל, יש סממנים שאפשר לחפש שיביאו למסקנה הנכונה האם יש שליטה אפקטיבית. הם קובעים 5 סממנים שהם מחפשים (שזו נחשבת כיום רשימה טובה ומשפיעה) :

* 1. מצב בו התופס/הכובש החליף את המרות שלו במקום הנכבש, ושלטונות הנכבש חייבים להפסיק לתפקד. יש מרות לכובש, אין מרות לנכבש.
	2. אם כוחות האויב/הנכבש נכנעו, הפסידו ונסוגו. אם יש עדיין לחימה בשטח מסוים, הוא לא ייחשב שטח נתון לתפיסה לוחמתית. לאחר הכניעה/הפסד, כוחות הנכבשים עדיין מתנגדים בצורה מזוינת, זה לא פוסל את התנאי. צריך כניעה או הפסד, לא חייבים אפס ירי.
	3. הכובש/התופס יש לו מספיק כוחות במקום (או שניתן לשגר כחות לשם תוך זמן קצר), כך שבמקום הזה מרגישים את מרותו/עליונותו של הכובש.
	4. יש מנהל (לפחות זמני) על השטח.
	5. שהכובש יכול לתת פקודות ישירות לאוכלוסייה האזרחית, והם יצייתו (או שיש לפחות יכולת לאכוף את הפקודות).

וזה הכל לפי מקום, זה לא עניין של גבולות. אלא כיבוש פיזי. במידה והכובש יפסיק את מרותו, זה לא יחשב שטח נתון לתפיסה לוחמתית.

**פס"ד אוגנדה נ' קונגו (2005)** - חזרו על הסממנים של 'נלטיליץ'. רצו לדעת מה היה היקף התפיסה הלוחמתית של אוגנדה על קונגו. כדי שבימ"ש ידע איפה היה תפיסה מלחמתית יא הייתה צריכה לבדוק בדיוק איפה היו ומתי. והאם ממשלת קונגו המשיכה להפעיל את סמכויותיה או לא. (\*\*חסר קצת?)

תפיסה לוחמתית בישראל

**יורם דינשטיין** טוען בספרו שרצועת עזה נתונה כיום לתפיסה לוחמתית ע"י ישראל. דיני התפיסה הלוחמתית הם חלק מדיני המלחמה ביבשה, כי אין דבר כזה בים. אין תפיסה לוחמתית של מים במנותק מהתפיסה הלוחמתית ביבשה. וכדי שתהיה תפיסה לוחמתית, צריך שכל שלושת התנאים יתקיימו באותו רגע. **הסיבות לטענתו על התפיסה הלוחמתית בעזה**:

* 1. יש למד"י שליטה אפקטיבית בגדה המערבית, וכתוב בהסכמי אוסלו שהגדה ורצועת עזה הם בלתי נפרדים - גוש אחד לתקופת אוסלו. אם אחד נתון לתפיסה לוחמתית - הגדה - אזי ברור כי גם רצועת עזה נתונה לתפיסה לוחמתית.
	2. ישנם מרכיבי מרכזיים של שליטה אפקטיבית: א. יש מעין מצור - שליטה של ישראל באוויר ובים, ושליטה אפקטיבית ביבשה (בגבולות בתוך ישראל). ב. מד"י מספקת דלק וחשמל לרצועת עזה.
	3. מד"י טוענת שיש לה זכות להגנה עצמית, שנותנת לה להיכנס לשטחי עזה אם יש צורך ביטחוני.

**מנגד, פרופ' בל טוען כי:**

* 1. אפילו אם יש מרות אמיתי בגדה, זה לא אומר שבאמת יש מרות בעזה.
	2. השליטה הישראלית באוויר וים לא רלוונטיים, כי הם לא חלים אף פעם בדיני שליטה לוחמתית. ושליטה בגבולות זה לא תפיסה של השטח. לגבי אספקת המוצרים החיוניים - זה לא עונה על הגדרת השליטה. ויש עוד מקומות בעולם שתלויים בעזרה חיונית של השכנים, ואינם נתונים לתפיסה לוחמתית.
	3. גם אם מד"י הייתה טוענת שיש לה זכות לשים את כוחותיה בעזה - זה לא אומר שאכן יש לה מרות. זה לא מראה שום שליטה אפקטיבית, כי מד"י יכולה לשים את כוחותיה גם במדינות אחרות.

**הדין הישראלי** - הפסיקה של ביהמ"ש העליון בארץ, מניחה כי דיני התפיסה הלוחמתית חלים בישראל בגדה המערבית. אבל מאז היציאה מעזה, בג"ץ אומר שאין תפיסה ברצועה.

**בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת**

היועמ"ש התנגד לחקיקה כיון שהוא אמר שהיא מנוגדת לדין הבינלאומי. הוא הכניס בחוות דעתו פרשנות לדיני תפיסה לוחמתית. זו הפעם הראשונה שכל התפיסה הלוחמתית מופיעה בפס"ד של בג"ץ. התפיסה שביהמ"ש הציג - יש למד"י שתי אופציות למערכות הדין שיחולו בשטח פלוני. או שזה כל הדין הישראלי, או שאם מד"י לא מחילה שם את כל החוק, אז השטח נתון לדיני תפיסה לוחמתית. זה קצת שונה מדיני הפיסה בדין הבינלאומי. דוגמאות לשוני:

* 1. בבינלאומי, תחולת הדינים היא שאלה עובדתית - אם מתקיימים התנאים, יש תפיסה, ואם הם לא מתקיימים אז אין. לא מדובר על סוג מסוים של שלטון, אלא תיאור של מצב עובדתי, ואם זה נכון אז זה גורר ענף של דיני התפיסה. בצורה כזאת, אין קשר בין החלת החוק והשיפוט הישראלים לבין תחולת דיני התפיסה. לדוגמא, מי שטוען שדיני התפיסה חלים על יו"ש כי התקיימו התנאים המנהגיים (שטח זר, שליטה מכוח מלחמה, שליטה אפקטיבית) הם טוענים את זה גם על מזרח ירושלים, על אף שישראל החילה שם את החוק. לכן זה לא רלוונטי מה ישראל חובת מהבחינה הזאת. וגם ההפך, אם שלושת התנאים לא מתקיימים (כדמו שחושב המרצה), אז הדינים לא יחולו שם ולא משנה אם ישראל החילה שם את החוק או לא.
	2. ביהמ"ש העליון מדבר על זה כאילו הדין הבינלאומי הוא דין שמסמיך פעולות, כלומר - הוא אומר לצבא הכובש - אתם לא ריבוניים, אבל יש לכם סמכות לנהל את השטח. עם זאת, זה לא משקף את דיני התפיסה בעולם. גם אם חוקית, מותר למדינה להחזיק בשטח וגם אם לא, דיני התפיסה חלים. זה אוסף של מגבלות החלים אם יש תנאים מסוימים. לכן, לא נכון להתסכל על זה כאילו דיני התפיסה הם המסמיכים את המפקד הצבאי באיזור לבצע פעולות.
	3. לפי היועמ"ש, ההסמכה בדיני תפיסה, היא הסמכה של מפקד האיזור ולא של גוף אחר של המדינה הכובשת. בקונגו ביהמ"ש הכריע שהדינים חלים אם התנאים מתקיימים העובדתיים, וכל השאר לא משנה. לכן אין סיבה שנחשוב שההסמכה הזאת מסמיכה דווקא את הצבא ולא מישהו אחרת כמו הכנסת.
	4. לגבי רצועת עזה, כנראה השליטה האפקטיבית כן מתקיימת, אבל כל השאר לא באמת קשור לדין הבינלאומי הרגיל לפי הניתוח של בימה"ש.

שאלות שעולות מכוח דיני תפיסה לוחמתית - גירוש

**תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945: תקנה 112** נתנה לנציב העליון לגרש כמעט כל אדם. בתוך התקנה יש הגנות, לפיהן המגורש צרי לקבל שימוע. אבל חוץ מזה הסמכות של הגירוש לא מוגבלת.

תקנות אלו חלקית עדיין בתוקף בישראל, וזה מכוח פקודת סדרי השלטון (1948) שקבעה שהחקיקה המנדטורית היא בתוקף בישראל אלא אם נקבע אחרת. לכן תקנות ההגנה היו בתוקף גם לאחר קום המדינה. אח"כ תקנה זו בוטלה בישראל, אך התקנות נשמרו גם בחלקים אחרים של המנדט. ירדן הייתה חלק מהמנדט עד 1946. כאשר עבר הירדן הפכה להיות מדינה חדשה, גם היא אימצה את החקיקה המנדטורית הקיימת. כולל תקנות ההגנה. הן המשיכו להיות בתוקף עד 1967, אז ישראל תפסה את השטח של יו"ש וירושלים. ע"פ התפיסה הצהלית של דיני התפיסה, צהל קבע לעצמו שהוא ינהל שם מנהל צבאי, והמנהל הצבאי יקבל על עצמו לכבד את דיני התפיסה, או לפחות אותם חלקים שמופיעים בתקנות האג. לכן צהל קיבל על עצמו לכבד את הדין הירדני שהיה בשטח מ1967 עד שיבוא שינוי מכוח צו של המפקד הצבאי באזור. בגלל החלטה זו, תקנה 112 המשיכה להיות בתוקף ביו"ש, ע"א שהיא אינה כבר בתוקף בשטח ישראל בו חל החוק הישראלי.

**באמנת ז'נבה הרביעית בסעיף 49 מדובר על גירוש**. הסעיף חל על שטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית. לפי הסעיף, אסור לגרש ולהעביר בכוח אנשים מוגנים משטח הנתון לתפיסה לוחמתית, לכל מדינה אחרת.

**בג"ץ עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** - היה גירוש של כמה טרוריסטים. העותר העלה טענה, שע"א שתקנות ההגנה בתוקף, לדעתו זה נוגד את אמנת ז'נבה הרביעית ס' 49. לגבי האמנה, ביהמ"ש אמר שאמנם זה כתוב שם, אך לא בטוח שסעיף חל כאן (כי זה לא בטוח חלק מהמשפט המנהגי, וע"פ הדין הישראלי משפט מנהגי בינלאומי נקלט אוטומטית אך אמנתי לא). וגם אם זה היה חלק מהמשפט הישראלי, לדעתם ישראל לא הפרה את הסעיף 49, כי צריך לפרש אותו לאור התכלית של המדינות שאימצו את האמנה, והתכלית לאותו סעיף זה היה כדי למנוע את הגירושים ההמוניים שביצעו הנאצים בשטחים שכבשו. פה מדובר על גירוש בודד של טרוריסט ולא המוני. לכן, זה לא גירוש שאסור על פי סעיף 49.

צהל אמר - אפילו אם המצרים לא ידעו, זה היה חלק מהדין המצרי ברצועת עזה, ולכן תקנה 112 נשמרה מאז 67 מכוח זה שצהל מכבד את הדין שהיה קיים ערב התפיסה.

**בג"ץ האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון -** מדובר על גירוש של יותר אנשים (400 פעילי חמאס). רבין רצה למסור מסר שהוא רציני, ולכן לאחר פיגוע הוא גירש את המפגעים ועוד מעבר לגבול לבנון. עתרו לבג"ץ על הגירוש. פה הוא הניח את מה שהוא עשה בבגץ הקודם - תקנה 112 חלה, כי צהל אימץ את הדין הקיים. סעיף 49 לא חל, וביהמ"ש פשוט התעלם מהטענה הזו.

בעצרת האום, אחד המעשים שנחשבים תוקפנות, זה סיפוח של שטח ממדינה זרה תוך כדי מלחמה.

ס' 8א (2) לאמנת רומא, **(\*\* חסר??)**

דיני שבויי מלחמה

מבוא

**ההגדרה הקלאסית:** חבר או לוחם בכוחות מזוינים. ואדם שהוא נלחם ע"א שהוא לא חלק מצבא או כוח מזוין שלוחם.

ע"פ ההגדרה הזאת, יש פער בין מי נחשב כלוחם ומי זכאי לטיפול בשבי.

בפרוטוקולים הנוספים של ז'נבה, היה רצון לאחד את הקטגוריות של מי הוא לוחם ומי זכאי לטיפול מיוחד בשבי. בפרוטוקול 1 (שמגדיר מי נחשב לוחם) כל הלוחמים הם חוקיים, ומי שלא עומד בתנאים הם לא לוחמים כלל. אך מי שאזרח, אם הוא נלחם אז באותם רגעים שהוא נלחם הוא נחשב לוחם.

מטרות דיני שבויים:

1. דיני שבויי מלחמה נועדו להבטיח טיפול טוב לאנשים שנופלים בשבי - זכויות מיוחדות. והם לא רק לוחמים חוקיים, אלא אזרחים שהם מלווים את הצבא, יש להם את הזכויות של שבויי מלחמה ע"א שהם לא לוחמים.
2. לקבוע מה הייעוד של מעצר של לוחמים חוקיים ולכמה זמן והאם אפשר להעמיד אותו לדין. לפי דיני שבויי מלחמה, מותר לעצור את הלוחם של האויב, עד לסוף הלחימה - נטרול היכולת שלו להילחם. אבל אסור להעמיד אותו לדין על כך שהוא היה לוחם - חסינות. אלא אם הוא עשה פשעי מלחמה, ואז ניתן לשפוט אותו עליהם בלבד. יש בדיני שבי הגנות נוספות כדי להגן על שבויי המלחמה בהליכי הענישה ובהליכים פליליים.

למי מגיע להיכנס תחת דיני שבויי מלחמה - לפי אמנת ז'נבה ה3:

**ס' 4(1)** - חיילים רגילים (צבא סדיר). כלומר חברים בכוחות המזוינים של צד רשמי למלחמה, כולל מליציות.

**ס' 4(2)** - כוחות מזוינים אחרים, אפילו כוחות התנגדות, אם אפשר לשייך אותם לצד למלחמה, כל עוד הם עומדים בארבעת התנאים (פיקוד, סמל, נשק גלוי ולחימה ע"פ דיני מלחמה).

**ס' 4(3)** - חיילים סדירים רגילים של צבא שלא מוכר ע"י הצדדים של המלחמה.

* בגדול עד כאן - לא קריטי של מי החיילים, כל עוד מדובר בלוחמים שהם חלק מכוח מאורגן ופועלים לפי דיני המלחמה מגיע להם שמירה על זכויותיהם לפי דיני שבויי מלחמה. בהמשך מדובר על אנשים שאינם לוחמים ועדיין זכאים להגנה:

**ס' 4(4)** - אזרחים המלווים את הכוחות ולא חברים בכוחות. למשל: צוות טכנאים למטוסים, עיתונאים, ספקים אזרחים של ציוד, עובדים המספקים שירותים לרווחת הכוחות המזוינים (ספקי אוכל). אזרחים אלו מוגנים כשבויי מלחמה אם נופלים בשבי, ובתנאי שהם קיבלו אישור מהכוחות המזוינים שהם מלווים אותם. למשל עיתונאי צריך לשאת אישור (סוג של פנקס שבי, שמקנה להם את הזכות לתנאי שבוי מלחמה).

**ס' 4(5)** - כל אנשי הצוות של הספינות האזרחיות שמעבירות סחורה. וכנ"ל לגבי תעופה אזרחית. כל אלו גם זכאים לתנאי שבוי מלחמה אם נופלים בשבי.

**ס' 4(6)** - תושבי שטח שהוא לא תחת כיבוש, שרואים את האויב ובצורה ספונטנית נלחים נגד הכוחות הפולשים בלי זמן להתארגן. התנאים: נשק גלוי וכיבוד תנאי מלחמה. (בפרוטוקול 1 קטגוריה זו נחשבת כלוחמים). אם יש פיקוד, זה אומר שהיה זמן להתארגן ואז הם לא יכנסו תחת הקטגוריה הזאת. כנ"ל לגבי הסמל שאם קבעו להם זמל כנראה היה להם זמן כדי לעמוד בתנאים של ס' 4(2).

**ס' 4B(2)** - במצב בו שבוי מלחמה עובר למדינה אחרת שלא חלק מהלחימה, הוא עדיין שבוי מלחמה ע"א שהוא יצא מהמלחמה.

**ס' 33** - אנשי רפואה ואנשים שמספקים שירותים דתיים (אזרחים) שמוחזקים כדי לעזור לשבויי מלחמה, אינם נחשבים שבויי מלחמה, אך הם מקבלים לפחות את הזכויות של האמנה ה3, והם חייבים לקבל את הגישה לציוד שהם צריכים כדי לספק את הסיוע הנדרש מהם.

בין הזכויות של שבויי המלחמה זה לקבל טיפול רפואי, לקבל מכתבים וכו. אסור להחזיק שבויי מלחמה בניתוק מוחלט מהעולם.

**דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון**

רקע: במלחמת לבנון הראשונה תפסו מספ' חיילים והצליחו לקבל בעסקת שבויים מעל 1000 שבויים בחזרה. בשנות ה90 עלה רעיון במסגרת הלחימה בלבנון, שישראל תתפוס לוחמים בכירים של חיזבאללה ולהחזיק אותם כקלפי מיקוח כנגד שבויים של ישראל. זה היה בעיקר כדי ללחוץ על חיזבאללה לשחרר את רון ארד. עלתה השאלה - מה המסגרת החוקית לצעד הזה? לפי חוק סמכויות שעת חירות (מעצרים) 1979, שר הביטחון יכול להוציא צו לעצור מישהו אם זה חשוב למען ביטחון המדינה או הציבור. אז שר הביטחון טען שיש חשיבות במעצר של אותם בכירים כדי לשחרר את רון ארד, ולכן הוא הוציא צו. עתרו על כך לבג"ץ. השאלה - האם מותר להחזיק אותם לתכלית כזאת ע"פ ס' 2 לחוק כסמכויות שעת חירום (מעצרים)? זה הגיע לדיון פלילי רגיל בעליון. ברוב נקבע שמותר להחזיק אותם (כי זה מחייב מטעמי ביטחון). אח"כ זה הגיע לד"נ בהרכב של 7 שופטים, וברק הפך את ההלכה וקבע שלא ניתן להחזיק אותם (וגם גרם לבלגן פוליטי על הדרך..).

בעקבות הפס"ד, חוקקו חוק חדש "חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים 2002", כדי להגדיר מי לוחם בלתי חוקי ומה מותר לעשות איתו:

**ס' 2 -** מגדיר מי נחשב לוחם בלתי חוקי. נראה כי הוא מאמץ את ההגדרה הקלאסית.

**ס' 3 -** מפרט מתי מותר להכניס לכלא לוחם בלתי חוקי. נקודה מיוחדת היא עצם ההכרה שמותר לתפוס לוחמים בלתי חוקיים ולכלוא אותם לזמן בלתי מוגבל.

סיפוח

לפי מה שנראה, מדינת ישראל מתכננת לספח כ-30% משטחי יהודה ושומרון. יש ביקורת משפטית כנגד האקט הזה. הביקורת מגיעה מ-3 מקורות, 2 מהן מדיני המלחמה.

**קודם כל, הביקורת המטומטת ביותר** (דברי המרצה)- סעיף 47 לאמנת ז'נבה הרביעית: מדבר על אנשים מוגנים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. כתוב בסעיף שהם לא יאבדו זכויות עקב שינוי בממשל; הסכם בין הרשויות המקומיות לבין הרשות הכובשת; וסיפוח של השטח. הביקורת היא שהסיפוח אינו מותר עקב סעיף זה. לפי פרשנות האירופאים, המצב כיום הוא שדיני התפיסה הלוחמתית לפי אמנת ז'נבה חלים על שטחים אלה, ושאין אפשרות לשנות ממשל. אבי בל אינו מבין את הטענה. מטרת הסעיף היא להגן על זכויות, בין היתר בנסיבת סיפוח, אך אין זה אומר שאין יכולת לבצע את השינויים עצמם.

**אבי בל-** לא חושב שלאחר 53 שנים יש צורך "לשמר את הדין הקיים".

**ביקורת שנייה**- רקע: יש ציטוט מהחלטת מוהב"ט 242 משנת 1967 (לא החלטה מחייבת, אלא המלצה לפתרון בדרכי שלום). החלטה זו היתה אמורה להחליף את הסכמי הפסקת האש, כשהערבים סירבו לדבר עוד על הסכמי הפסקת אש. בהחלטה, מועצת הביטחון מדגישה את אי-הקבילות ברכישת שטח על ידי מלחמה. זהו מקור בינלאומי ראשון לאמירה כזאת, וקשה למצוא אותה בהקשרים אחרים. חשוב להבין מהו העיקרון הזה. הוא מגיע מדיני הריבונות הטריטוריאלית, בהם נקבע לאיזו מדינה יש זכות לשלוט על שטח פלוני. אחת מ-5 הדרכים **הקלאסיות** לרכוש ריבונות היא על ידי כיבוש צבאי. ישנם לא מעט אנשים שטוענים שזה היה הגיוני טרם הסכם קלוג-בריאנט ומגילת האו"ם, כאשר ניתן היה פשוט להכריז על מלחמה ולצאת אליה. אך כיום, לטענתם, כאשר לא ניתן לצאת מלחמה- לא הגיוני שכיבוש יהווה עילה לרכוש ריבונות! רוב המשפטנים כיום יטענו כך. מיעוט יטענו שזה מותר אם המלחמה היתה מותרת על פי הדין הבינלאומי, או לחלופין שזוהי המצאה של משפטנים שלא תואמת את המצב הקיים בעולם.

**טענת נגד של אבי בל-** גם אם נניח שביקורת זו צודקת- אם ישראל תטען ריבונות על סמך עילה אחרת , אז זה יכול להיות בסדר! (יש 3 עילות מקובלות- תפיסת שטח ללא ריבון; טענה מודרנית ופופולרית יותר שאבי בל לא ציין; וזכות הגדרה עצמית של העם היהודי, שהיא גם טענה מודרנית).

**הטענה השלישית-** נוגעת במעשה תוקפנות. במשך שנים לא היתה אמנה כללית בדבר פשע התוקפנות. ההגדרה הראשונה הופיעה דווקא במקום לא מחייב, בהחלטה של העצרת הכללית של האו"ם, כניסיון להמליץ למדינות לקבל עליהן את העניין כמנהג. ההגדרה של העצרת הכללית משנת 1974 מגדירה מעשי תוקפנות: פלישה או התקפה של כוחות מזוינים של מדינה א לשטח מדינה ב; תפיסה צבאית, גם זמנית, או כל סיפוח של מדינה אחת כלפי שטח מדינה אחרת; סיפוח בכוח של שטח מדינה אחרת ייחשב כפשע תוקפנות.

הטענה היא, שאם ישראל מספחת שטח בכוח- יש בכך פשע תוקפנות! לפני מספר שנים, פשע התוקפנות הוסף לאמנת רומא. הוא הוגדר כ(בין היתר) כדברים שצוינו בהחלטת האו"ם מ-1974.

**טענת ישראל-** אין פה שטח של מדינה אחרת, לכך אין סיפוח בכוח של שטח מדינה אחרת!

סוגיות נוספות

יש סעיפים שמדברים על ענישה קולקטיבית:

**תקנת האג 50** (שחלה על כל לחימה ביבשה בשטח נתון לתפיסה לוחמתית) כתוב שאין להטיל סנקציה כנגד אוכלוסייה בגלל מעשים של פרטים עליהם האוכלוסיה אינה אחראית.

**ס' 33 אמנת ז'נבה הרביעית** - אין להעניש אדם מוגן על עבירה שהוא לא ביצע בעצמו. יש גם איסור על ענישה קולקטיבית וכל מעשי הפחדה או טרור. ביזה אסור ומעשי תגמול נגד אנשים מוגנים ורכושם גם אסורים.

* מלבד ענישה, יש פעולות תגמול. לא ברור מה נחשב ענישה ומה לא.

חובת אספקה במלחמה - אספקת חשמל ומוצרים אחרים לרצועת עזה

ברצועת עזה יש הספקה חסרה של כמה דברים- אין יצירה מקומית של חשמל (מייצרים רק 20% מהחשמל שהם צריכים). הרצועה יושבת על מאגר מים ענק אבל לא טיפלו בו כראוי ולכן למרות שהאקוויפר היה יכול לספר להם כמעט את כל המים הנקיים שהם צריכים, כרגע לא ברור שהוא יכול לספק מים נקיים. אין להם גם מספיק מזון. תרופות יש. טקסטיל אין. חומר בניה חסר, אך יש חשש שחומרי הבניה ילכו גם לבניית דברים מסוכנים כמו מנהרות. בעזה יש בעיה הומניטרית רצינית מחד, מצד שני יש רצון של מד"י לא לעזור לחמאס להתחמש וגם להשתמש בכלים של ישראל ללחוץ על חמאס בלי להפעיל כוח מזוין.

מאז שישראל נסוגה מעזה ב2005, היו כל מיני נסיונות של מד"י ללחוץ על חמאס לעדן את התנהגותו ע"י אי הספקה זמנית של חשמל, מים וכו, או פשוט הספקה מוגבלת. נסיונות אלו הגיעו לבתי משפט. והייתה גם ביקורת משפטית לפיה המעשים הישראלים מפרים את הדין הבינלאומי.

בגדול, בדיני מלחמה, יש חובות של הספקה (מלבד איסור אי ענישה קולקטיבית):

**ס' 23 באמנת ז'נבה הרביעית**, חל על כל מצב של לחימה וסכסוך בינלאומי (לא רק באזורי כיבוש). לפי הסעיף - כל מדינה חייבת להרשות מעבר חופשי של תרופות, ציוד רפואי, אובייקטים חשובים לפולחן דתי. אם הם מיועדים לאזרחים של מדינה אחרת אפילו אם אותה מדינה היא מדינת אויב. צריך גם מעבר חופשי של מזון ביגוד ותרופת לילדים ונשים בהריון. החובה של המדינות לאפשר מעבר חופשי של אותם מוצרים, כפופה לכך שהמדינה המאפשרת תחליט שאין מקום לחשש רציני שהמוצרים עלולים לעבור לייעוד אחר, שאין שליטה אפקטיבית על המעבר, או שיבוא יתרון צבאי לאויב מכוח ההספקה הזאת.

האם מד"י צריכה לספק חשמל לפי ס' זה למשל? לפי המרצה - אין חובה. נימוקים:

1. פה אין חובת הספקה, אלא חובת מתן מעבר. אם הצלב האדום רוצה להעביר מוצרים- ישראל צריכה לאפשר זאת, אבל מד"י לא צריכה לספק בעצמה.
2. האם חשמל ספציפית מחובתה של ישראל לספק? לפי הס' - לא. (יש אומרים שחשמל זה חשוב לבתי חולים ולכן זה מעין ציוד רפואי..).
3. אפילו אם יש חובת העברה של חשמל, אם יש חשש שזה יגיע ליעדים אחרים אז לא חייבים להעביר. לכן, די ברור שזה יעזור למאמץ המלחמתי של עזה ולכן הס' לא רלוונטי.
4. בנוסף, האמנה לא בטוח חלה על רצועת עזה. שכן עזה לא בתפיסה לוחמתית ישראלית (הייתה נסיגה ישראלית). ואין לחימה ממש בין המדינות, אלא רק מלחמה בין ישראל לשלטון חמאס.

**ס' 70 בפרוטוקול ז'נבה 1** (פרוטוקול זה חל על מצבים של לחימה בינלאומית או של תפיסה. וישראל לא חברה בו, והסעיף ככל הנראה לא ממש מנהגי) מוזכרת פה חובה דומה אבל רחבה יותר. לפי הסעיף, יש חובה לתת לאחרים להעביר אספקה, אך אין חובה לספק מוצרים. זה רחב יותר לגבי סוג המוצרים - **בס' 69** כתוב מזון, ציוד רפואי, ביגוד, אמצעי מקלט, ומוצרים אחרים שחיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית (זה התוספת של הסעיף), ואובייקטים לפולחן דתי. מוצרים חיוניים אמנם יכולים להיחשב לחשמל, אבל עדיין מדובר על העברה ולא על הספקה.

**בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה**

* רקע: הייתה החלטת ממשלה לצמצם את אספקת החשמל לרצועה. צמצום עד שלא יהיה משבר אמנם, אבל עד גבול זה כן לצמצם.
* טענות העותרים: 1. שבזמן מלחמה חייבים לספק חשמל. 2. טענו שרצועת עזה נתונה לתפיסה לוחמתית ומתוקף כך יש חובה רחבה יותר לספק מוצרים. 3. אם מד"י תפסיק לספק חשמל בנסיבות האלה זה יהווה ענישה קולקטיבית.
* בג"ץ: לא קיבל את טענה שעזה נתונה לתפיסה לוחמתית. וגם קבע שאין פה ענישה קולקטיבית. לגבי החובה לספק - אין חובה לסיפוק שירותים בלתי מוגבלים כי זה גם עוזר לחמאס. אלא שיש חובה הומניטרית, ויש חובה לספק חשמל רק לשם סיפוק צרכים חיוניים של האוכלוסייה האזרחית (לא ברור אם לדעת ביהמ"ש יש חובה לספק או רק להעביר). לפי בג"ץ, המקור לחובה, היא מדיני מלחמה, מכוח שני דברים- ז שישראל שלטה שם בעבר, וזה שיש תלות בעזה למוצרים ישראליים. [לפי המרצה -הנימוקים לא ברורים ולא מבוססים].

ענישה קולקטיבית

הרבה פעמים בסוגיית הספקה ניתן להקביל את זה לענישה קולקטיבית.

אתר הצלב האדום - יש להם שם את הדין המנהגי ההומניטרי. הם כותבים את דעתם מה מנהגי ומה לא, ולא הכל מוסכם על כולם.

כל הכללים מחולקים שם לחלקים ולפרקים. לגבי ענישה קולקטיבית, כתוב:

**פרשת לוסיצ' 2007** - נקבע שם שאם מכניסים המונים למעצר, זה חייב להיות על בסיס מעשיו של כל אחד ולא על בסיס מעשים המוניים.

**פס"ד שקשור למלחמת העולם ה2 מ1997-** פרטיזנים ברמא הרגו קצינים נאצים, וכתוצאה מכך הנאצים לקחו מאות אזרחים והוציאו אותם להורג. פסה"ד קבע שאפשר ע"פ דיני מלחמה לעשות פעולות תגמול שעולות בחיי אדם, אבל אם פעולת תגלמול עוברת את כללי התמול זה נחשב ענישה קוקלטיבית. התנאים - פעולות תגמול לא מידתיות. כלומר - אם אין מידתיות בהוצאה להורג בתגמול זה ענישה קולקטיבית

**פס"ד קאלי 1973** (קצין אמריקאי שהרג אזרחים ויאטנמים) - נקבע שזו פעולת תגמול לא מידתית, ולכן מדובר על ענישה קולקטיבית.

* לא מדובר במקרים אלו על סנקציות כלכליות אלא על עונשים על עונשי מוות.

הריסת בתים

**לשם הרתעה או לשם ענישה?** לפי פס"דים של בג"ץ, זה לא ענישה אלא פעולה המיועדת להרתיע. ומעשה שמרתיע הוא לא ענישה בכלל ולכן זה לא נכנס לענישה קולקטיבית. עם זאת, לא מדובר על מעצר לעומת הוצאה להורג ולכן השיח קצת במישור אחר.

**הענשת אדם או רכוש?** בגישה אנגלו-אמריקאית, יש מושג של ענישת רכוש. רכוש שהוא העבריין ולכן אפשר להעניש ולהחרים אותו. דוגמא - רכוש שהוא בעצמו מופלל ומוחרים לא בגלל שהוא שייך לעבריין, אלא עצם קיומו הוא בעייתי, למשל החרמם סמים שאסורים ע"פ דין במשפט האנגלו האמריקאי, כי כביכול הרכוש עובר על החוק, ולא משנה האם האדם עשה עבירה או לא. ויש מקרים בהם הרכוש שימש עבירה אבל הוא לא עבירה בעצמו. למשל אדם מברחי סמים בתוך מכונית. לפי הגישה האנגלו אמריקאית, המכונית הבריחה סמים ולכן המדינה יכולה לתבוע את המכונית ולהחרים אותה. באנגליה וארה"ב דברים אלו לא נחשבים ענישה הדורשת הליך פלילי. ואפשר לתבועי בהליך מנהלי ולקחת את הרכוש גם אם זה לא עומד בכללים של הליכים פליליית (הוכחה מעבר לספק סביר וכו). זה חילוט על רכוש, שלוקח את הרכוש בגלל הקשר לעבירה, לא בהליך פלילי, ולא כענישה כלפי אדם.

**האם רכוש מוגן**? **אמנת ז'נבה הרביעית ס' 53** - זהו סעיף שחל רק בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לפיו, כל רכוש שנמצא בשטח הכבוש, אם הוא ציבורי או רכוש פרטי או שייך למדינה - אסור להשמיד אותו, אלא רק אם זה מוצדק מכוח צורך פעילות צבאית.