משפט בינ״ל פומבי

100% מבחן בספרים סגורים.

**שיעור 1- 29.10.19**

במהלך הקורס נעמיק בענפים משמעותיים במשפט הבינ״ל. זהו אוסף של המון ענפי משפט כמו למשל דיני לחימה, דיני סחר, דיני זכויות אדם, איכות סביבה ועוד.

מספר ידיעות מהעולם

1. **הפרישה של הנשיא טראמפ מהסכם הגרעין האיראני**- הסכם הגרעין הינו הסכם בינלאומי שלא נשלט על ידי אף אחד ממערכות המשפט הפנימיות של אף מדינה, אלא רק על ידי המשפט הבינלאומי ובא להסדיר את אופן העשרת האורניום ופיתוח הטכנולוגיה הגרעינית של איראן. נשיא ארצות הברית, דונלד טראמפ פורש מן ההסכם- דבר חריג כשלעצמו (פרישה מן הסכם בינלאומי). בדרך כלל מדינות חושבות פעמים רבות לפני פרישה מהסכם בינלאומי.
2. **חיסול מהנהיג דאעש**- החיסול הנ״ל מתבצע ע״י ארה״ב בשטח סוריה. מדינה ריבונית המבצעת תקיפה/סיכול ממוקד בשטח הריבוני של מדינה אחרת. כל הסיטואציה הזו נשלטת ע״י המשפט הבינ״ל, ענף דיני השימוש בכוח. הדינים קובעים מתי מדינה יכולה להפעיל כוח נגד מדינה ריבונית אחרת. השאלה האם החיסול היה חוקי היא שאלה סבוכה.
3. **מלחמת סחר בין ארה״ב לסין**- במסגרת המלחמה, ארה״ב הטילה מכסים חד צדדיים נגד סין. האחרונה בתמורה העלתה גם היא את המכס. שתי המדינות הללו חברות בארגון החסר העולמי- WTO. הארגון הבינ״ל הזה הוא זה שקובע למדינות ריבוניות את שיעורי המכס שהן יכולות להטיל אחת על השנייה. בעת מלחמת הסחר הזו ארה״ב וסין מפרות את ההתחייבויות שלהן בארגון. למלחמה הזו יש השפעות כמעט על כל המדינות בעולם.
4. **מבצע בצפון סוריה**- טראמפ מחליט לסגת מסוריה והטורקים פלשו לחבל של הכורדים בסוריה כבר ביום למחרת. הדבר מהווה הפרה בגלל הפלישה לשטח של סוריה המהווה הפרה של ריבונותה. בעקבות המתקפה הטורקית מתכנסת מועצת הביטחון (הארגון החשוב ביותר של האו״ם) אבל לא הרבה מעבר לכך (נכון להיום).

המשותף לכל הדוגמאות הללו הוא שבעולם מתרחשות הפרות של המשפט הבינ״ל. מדובר על יחסים בתחומים מאוד טעונים בין מדינות- טריטוריה, ריבונות, שימוש בכוח ועוד. המשפט הבינ״ל מסדיר תחומים של ״פוליטיקה גבוהה״- עניינים ברומו של עולם. אבל אלו לא הדברים היחידים שהמשפט הבינ״ל עושה:



כל הנושאים הללו מוסדרים ע״י המשפט הבינ״ל. מדינה אחת בודדת לא תצליח להתמודד עם התופעות הללו.

הגדרת המשפט הבינ״ל

״**מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינ״ל (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינ״ל וגורמים נוספים) על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינ״ל ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה**״.

בעידן הגלובליזציה, עידן בו יש תלות הולכת וגוברת בין מדינות והחברות בתוך המדינות, המשב״ל באופן טבעי נעשה הרבה יותר רלוונטי וחשוב כי מידת האינטראקציות בין מדינות גדולה יותר לכן יש צורך ביותר כללים להסדיר אותן.

האם המשב״ל הוא בכלל משפט? האם יש לו מאפיינים של שיטה משפטית?

היו הרבה שטענו שהמשב״ל הוא כלל לא משפט:

1. **הובס (לווייתן, 1660)-** חוק העמים (המשפט הבינ"ל) הוא לא משפט אלא כמו חוק הטבע- מדובר במערכות אנרכיות לחלוטין שמבוססות על מוסר או מה ראוי אבל לא על דין.
2. **אוסטין (1863)**- המשב״ל הוא כלל לא משפט מאחר והוא לא מבוסס על ציווי או פקודה של ריבון מרכזי. אין ריבון שקובע באופן ברור ובהיר מהו הדין המחייב את הקהילה הבינ״ל. הוא נעדר את הרכיבים שאנחנו מכירים במשפט הפנימי.
3. **הארט (1961)**- בספרו הוא כותב שהמשב״ל הוא כן משפט אבל הוא לא מערכת משפט מאחר והוא נעדר כלל מאוד חשוב בפילוסופיה של הארט- **כלל ההכרה** (Rule of Recognition)- במערכת המשפט יש כלל שאומר מהו ציווי שיש לו סמכות מחייבת ומהו ציווי שהוא לא בבחינת דין ואין לו סמכות מחייבת. במדינה כמו ישראל, כלל ההכרה הוא הכנסת. כשהריבון במדינה מוציא תחת ידו כלל אנחנו יודעים שהוא מחייב ויכולים לאבחן אותו מכללים אחרים. לפי הארט במשב״ל אין גוף כזה.

התפיסה הזאת תפסה במקום גם **בפס״ד מראעבה** בפסיקתו של חשין. פס״ד זה ניתן אחרי חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינ״ל בהאג. בית הדין בהאג פסק שגדר ההפרדה אינה חוקית בגלל סיבות שונות אך ביהמ״ש העליון קבע קביעה הפוכה כי הגדר חוקית גם לפי המשב״ל וגם לפי חוקי ישראל. כל הפס״ד נשען על משב״ל ובו חשין כי הם בתור סטודנטים לא ראו את המשב״ל כמשפט וליחס דומה זכו גם המוסדות של הקהילה הבינ״ל. אבל הוא מוסיף כי הדברים השתנו מאז והמשב״ל התחיל לעמוד על רגליו. יחד עם זאת חשין מסיים עם סייג כי ״עוד רבה הדרך לפניו עד שיהפוך להיות המשפט הפומבי שיטת משפט מן המניין שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות״.

על מה נסמכת העמדה השוללת היות המשב״ל משפט?

אנו עומדים להפריך את כל הטענות הללו.

1. **היעדר מחוקק מרכזי**- הדבר הנ״ל הוא בעיה משמעותית בגלל שיש קושי בזיהוי הנורמות המחייבות. מעבר לכך יש קושי בייצור הכללים, אין ״כנסת״ שתוכל באופן אפקטיבי להניע מהלכים של חקיקה. בנוסף, גם החקיקה הקיימת מנוסחת בצורה מאוד כללית ועמומה. בראש ובראשונה מי שיוצר את החקיקה הבינ״ל כיום הן המדינות באמצעות יצירת אמנות.
2. **היעדר רשות שופטת מרכזית**- אין רשות שיש לה סמכות שיפוט שהיא בגדר חובה, אשר מדינות כפופות לה בכל מצב. ישנם סכסוכים שלא נפתרים בעקבות סיבה זו מה שגורם לאכיפה סלקטיבית- יש מקרים שלא מצליחים לאכוף על צד מסוים את הדין. בעיה נוספת היא פרשנות ויישום עצמי של הדין.
3. **היעדר רשויות מבצעות מרכזיות**- אין ממשלה מרכזית בינ״ל או ממשל גלובלי אחד, אין משטרה בינ״ל שיש לה ורק לה סמכות להפעיל כוח או הוצל״פ. אם יש מדינה שבוחרת לא לציית להאג, אין ״הוצל״פ״ שתדפוק על דלתה של המדינה החייבת ותטיל נגדה סנקציות וחיובים. אין גוף שיוציא לפועל את המדיניות הבינ״ל.

התוצאה:

1. התפקידים המסורתיים של המשפט שהם הכוונת ההתנהגות של השחקנים הרלוונטיים ויישוב סכסוכים ויצירת תנאים שיאפשרו לקהילה הרלוונטית לחיות חיים בצוותא לא מתקיימים באופן מלא.
2. מדינות, בפרט מדינות חזקות, לעיתים מתעלמות מהמשב״ל. ״החזק הוא זה שצודק״.

אופייה המשפטי של השיטה – העמדה התומכת היות המשב"ל "משפט"

1. העובדה שאין לנו מחוקק מרכזי לא אומרת שאין חקיקה במשב״ל. חקיקה היא כאשר עושים אקט של גיבוש כללים מחייבים. במשב״ל יש הרבה מאוד כללים- אלפי אמנות (הסכמים) שעל חלקן חתומות מדינות בודדות (אמנות הסגרה הן אמנות דו צדדיות) או אמנות הכוללות עשרות מדינות (אמנות ז׳נבה- 194 מדינות בעולם הן צד להן. הסכמי ארגון הסחר העולמי- 164 מדינות צד להן) ועוד דוגמאות נוספות. במשב״ל ישנם גם **מנהג מחייב** שהפך לדין מחייב אפילו אם לא הועלה על הכתב. המשב״ל עשיר **בנורמות** ויותר מכך בהרבה תחומים המשב״ל יותר עשיר בנורמות מהמשפט הפנימי, למשל בענף זכויות האדם, הקניין הרוחני, איכות הסביבה ועוד. לכן, העובדה שאין מחוקק מרכזי אחד לא אומרת שאין חקיקה מחייבת.
2. למרות שאין במשב״ל רשות שופטת מרכזית במשב״ל יש אוסף עצום של עשרות בתי דין בינ״ל ומנגנוני בוררות שונים. לדוגמה:

* **אמנה** מאפשרת למדינות להסכים שאם מתעורר סכסוך הם יביאו אותו למנגנון בוררות בינ״ל. לדוגמה, הסכם השלום בין ישראל למצרים, בהסכם זה רשום מפורשות שאם במהלך שנות הקיום של ההסכם יתעורר סכסוך כזה או אחר בין שתי המדינות יביאו אותו לבוררות מסוימת. לאחר מכן מפורטים סדרי הדין. בוררות מאוד מפורסמת היא בוררות טאבה שהתקיימה מתוקף הסעיף הזה.
* דוגמה נוספת היא **אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים** המסדירה את היחסים הללו. באמנה הזו קבוע מפורשות כי אם מתעורר סכסוך בין הצדדים לאמנה הסכסוך יובא ל-ICJ.
* יותר מכך, שליש ממדינות העולם נתנו **סמכות שיפוט מחייבת** (הכפיפו את עצמן מראש) ל-ICJ. גם ישראל הכירה בסמכות זו עד שנת 1986. בעקבות פרשה שנלמד אותה בהמשך, ארה״ב משכה את הסכמתה ובעקבותיה גם ישראל.
* בנוסף ל-ICJ יש עשרות **בתי דין בינ״ל** שעוסקים בתחומים ספציפיים (זכויות אדם, סחר, דיני ים ועוד):

1. האיחוד האירופי- ECJ- בית הדין של האיחוד, יש לו סמכות שיפוט מחייבת גם ביחס לסכסוכים בין מדינות אבל יותר מכך גם ביחס לתלונות של פרטים נגד גופים של האיחוד. מודל מאוד מתוחכם של שיפוט בינ״ל.
2. ארגון הסחר העולמי- WTO- יש להם 2 ערכאות, לערכאת הערעור יש סמכות מחייבת כך שכל המדינות בארגון כפופות לסמכות השיפוט שלה. כלומר, אם הארגון האירופי מביא סכסוך מול סין, סין חייבת להתייצב ולציית לפס״ד שיינתן.
3. בית הדין האירופי לזכויות אדם- ECHR- חברות בו 47 מדינות ביבשת אירופה. בית הדין הזה הוא ברמה מאוד מתקדמת של בית דין בינ״ל כי הוא לא עוסק בתביעות בין מדינות אלא שבנוסף לכך 800 מיליון האזרחים שחיים באירופה יכולים באופן ישיר לפנות לבית הדין הזה בגין הפרה של זכויות אדם. תיק מאוד מפורסם מהשנים האחרונות הוא **פרשת הבורקה** (צרפת מעבירה חוק שאוסר להסתובב בבורקה במקומות ציבורים. אזרחית מוסלמית טוענת שנפגעת הזכות שלה לחופש הדת. היא מגישה תלונה נגד צרפת בבית הדין הבינ״ל. הזכות לחופש דת מעוגנת באמנה שאותה אוכף בית הדין הזה).

המשב״ל חלחל לתוך בתי הדין הלאומיים, ביהמ״ש העליון שלנו הוא דוגמה מובהקת. פס״ד המצוטט ביותר של העליון הוא **פס״ד הסיכולים הממוקדים**, מראשיתו ועד סופו הוא משב״ל, אין בו משפט ישראלי כלל.

1. **קיום מועצת הביטחון**- זהו גוף של 15 מדינות (מתוכן 5 גבוהות). למועצת הביטחון יש סמכויות אכיפה כמו סנקציות כלכליות, דבר שהביא לדוגמה, את איראן להסכם הגרעין. גם במקרה של עירק הוטלו סנקציות כאשר היא פלשה למדינה אחרת. למועצת הביטחון יש סמכות להורות על הפעלת כוח צבאי, למשל, ב-2011 מועצת הביטחון נותנת לברית נאט״ו את הסמכות לתקוף בלוב על מנת להפיל את המשטר של קדאפי. למועצת הביטחון יש סמכות להורות על הפעלת כוח שיכול להפיל משטר.
2. במשטרים ספציפיים יש גם **סנקציות**. אם למשל האיחוד האירופי מביא תביעה נגד ארה״ב בתחום מסוים שקשור למיסוי בטענה שארה״ב מפרה את דיני ה-WTO והאיחוד זוכה בתיק, לארה״ב (המפסידה) יהיו 15 חודשים לציית לפסיקה. בדרך כלל היא תצטרך להעביר שינויי חקיקה בפרלמנט שלה. אם אחרי 15 חודשים אין ציות מצד המדינה המפסידה (במקרה שלנו ארה״ב לא צייתה), האיחוד האירופי יכול ללכת למנגנון מסוים בבית הדין ובאופן אוטומטי לקבל את ההרשאה לנקוט בסנקציות כלכליות נגד המדינה. באותו תיק מיסוי הסנקציות היו 4 מיליארד דולר בשנה. לאחר הפעלת הסנקציות הקונגרס האמריקאי העביר את החוק שתיקן את ההפרה. במשטרים מסוימים יש מנגנונים של סנקציות ומנגנונים כואבים ואפקטיביים. בגלל המערכת הזו, גם ארה״ב וגם סין מציגות שיעורי ציות של למעלה מ-90% ב-WTO. שיעורי הציות של סין הם 100%.

**שיעור 2- 04.11.19**

למרות שאין במשב״ל כלי אכיפה מסודרים כפי שאנחנו מכירים ברמה המדינתית (משטרה וכו), רמת הציות למשפט הבינ״ל נחשבת לגבוהה מאוד. הרבה פעמים במשב״ל במצבים של הפרה בנושאים כמו שלום וביטחון זו הפרה בכזאת עצימות שמטבע הדברים היא מושכת המון תשומת לב כשארדואן נכנס על דעת עצמו לשטח סוריה, זוהי הפרה שכל העולם מדבר עליה, לכן מתקבל הרושם שאף אחד לא מציית למשב״ל.

בהקשר הישראלי, אנו רואים כי בעשרו האחרון זאת נהייתה משימה הרבה יותר מודעת, אנחנו רואים מדינה שמתמודדת עם אתגרים לא פשוטים אבל שמה המון דגש כשהיא משוחחת עם העולם על זה שהיא מצייתת למשפט הבינ״ל.

דוגמאות מובהקות הן גדר הביטחון או פרשת הסיכולים הממוקדים. ביהמ״ש מדגיש איך ישראל מצייתת למשב״ל. אלו פס״דים שנכתבו לא רק לישראל אלא לעולם כולו. למשל, וועדה כמו **וועדת טירקל** שהוקמה אחרי פרשת המרמרה- וועדה עם מומחים ישראליים ובינ״ל שבסופו של דבר ביקשה להראות שישראל מצייתת למשב״ל. לא רק שמדינות לרוב מצייתות, חשוב להן להיתפס ככאלה. לפני כמה חודשים היה פינוי של מושב באיו״ש, שם ניתן פס״ד של העליון שאומר שצריך לפנות את הישוב ובגלל בית הדין הבינ״ל שמנהל בדיקה מקדמית בנושא ישראל והפלסטינים, ראש הממשלה אמר שהוא מוציא את ההוראה לפינוי הישוב בגלל חשש מסוים מבית הדין הבינ״ל הפלילי.

היועמ״ש לשעבר מזוז מעיד בפני ועדת וינוגרד

"**היום המשפט הבינלאומי מנהל את חיינו לא פחות, ובעוד 20 שנה, יותר מאשר המשפט הפנימי...הריבונות של המדינות הולכת ומצטמצמת והמשפט הבין לאומי הלך והופך להיות מעין השפיץ של פירמידת הנורמות. הוא הופך להיות התחליף לחוקה המדינתית**". הוא מתייחס לכך שבעבר, כשהוא היה סטודנט הוא לא התייחס למשב״ל כמשפט בעיקר בגלל שאלת האכיפה.

ההתפתחות ההיסטורית של המשב״ל

ספרים שלמים נכתבו על הנושא הזה, אנו ניגע בכך בנקודות מאוד קלות. רוב הדברים המהותיים יפרטו בהרחבה רבה בהמשך הקורס.

המשב״ל הוא לא תופעה כל כך חדשה, היה לו ביטוי מסוים גם בעולם העתיק. ערי המדינה ביוון העתיקה ניהלו סוג של יחסים אחת עם השנייה, ממלכות במזרח הקדום כרתו הסכמים אחת עם השנייה, שלמה המלך גם כן. גם באימפריה הרומית היו יחסי חוץ שהיו מלווים בהסכמים משפטיים. אבל, המשפט הבינ״ל כמו שאנחנו נדבר עליו בקורס, המשב״ל המודרני, תאריך הלידה המוסכם שלו הוא **1648**. בתאריך הזה קשור ב-2 תופעות מאוד מרכזיות, האחת היא **הופעתה של המדינה המודרנית** כמו שאנחנו מכירים אותה היום והשנייה היא התפתחותה של מערכת פוליטית בעולם שמבוססת על **ריבוי של מדינות** (The Multistate system) שלהן גבולות קבועים ושלטון אפקטיבי - באותה טריטוריה מדינתית כופה את הסמכות שלו.

עד 1648, **בתקופת ימי הביניים**, היה מין מושג אמורפי ומעורפל של ״מדינה״ (State), אומנם אנו מכירים ישויות בשם ספרד, גרמניה וצרפת אבל בדרך כלל מדובר על ממלכות יחידות פוליטיות שאין להן זהות לאומית, הגבולות הרבה פעמים לא קבועים ומשתנים תדיר כשהאציל מחליט שהוא לוקח את הטריטוריות שהוא חולש עליהן ועובר לממלכה אחרת. גם למלך השולט ביחידות המדינתיות האלה אין בעצם ריבונות חזקה על הטריטוריה שהוא שולט בה. העצמאות של אותן ממלכות (אירופאיות בעיקרן) היא חלקית היא בגלל שהן כפופות כולן ל-2 ישויות שבימי הביניים הן אלה שהכתיבו את הטון:

1. **ישות פוליטית שמכירים אותה כ״קיסרות הרומית הקדושה״-** ייסד אותה הקיסר קרל הגדול במאה ה-8. זה היה מעין איחוד של כל אירופה הנוצרית. אותו קיסר הוא זה שנתן את הטון מבחינה פוליטית בכל אותן ממלכות במערב אירופה.
2. **ישות דתית בדמות הכנסייה הקתולית**- סמכות מאוד חזקה שבראשה עומד האפיפיור. בעולם הזה לא הייתה הפרדה בין דת למדינה והאפיפיור לא הייתה לו רק סמכות דתית אלא **סמכויות עצומות בתחומי החקיקה ויישוב הסכסוכים**.

במהלך השנים יש המון מאבקי כוח בין הקיסר לבין האפיפיור, כאשר מי שהולכת ומתחזקת דווקא זו הכנסייה. במאה ה-16 הוא שמתחיל כרסום או היחלשות הן בכוחה של הכנסייה והן בכוחו של הקיסר. הדבר קורה בעיקר בגלל **התפתחות הזרם הפרוטסטנטי**. השיא מגיע בשנת 1648 כאשר מסתיימת מלחמת 30 השנים שפורצת בשנת 1618. המלחמה היא ניסיון נואש אחרון של הקיסרות להשליט את מרותה על אירופה. בין הנושאים שעומדים על הפרק הוא מה המעמד של כל נסיכות באירופה ובפרט אותן יחידות פרוטסטנטיות שלא רוצות להיות כפופות לקיסרות הרומית ולכנסייה הקאתולית שנמצאות בברית של מאות שנים. בתום 30 השנים, המלחמה מסתיימת בתבוסה קשה של הסדר הישן באירופה. זהו קו פרשת המים מבחינת המשפט הבינ״ל, בסוף המלחמה הזו נחתמים הסכמים מס׳ חשובים (חייבים להכיר את השמות שלהם):

1. **הסכמי ווסטפליה**- הסכמים שנחתמים בין כל הגורמים הרלוונטיים באירופה בתום המלחמה. במסגרתם מכירים בעצמאות של מדינות חדשות כמו הולנד, שוויץ ועוד. כמו כן מכירים בחופש הדת של הפרוטסטנטיים. אותן יחידות מקבלות אוטונומיה אדירה בשלל תחומים של החיים, בין היתר ביכולת שלהן לקיים יחסי חוץ עם שאר העולם בעצמן. המשמעות של הסכמים אלו היא שהדת הקאתולית וגם הקיסרות הרומית מאבדות את השליטה שלהן באירופה, בנוסף ליצירה של מערכת שמורכבת מהרבה מדינות עצמאיות ריבוניות (אי אפשר להתערב בקלות במה שנעשה בשטחן).

הכנסייה עד אז הייתה גורם נורמטיבי משפטי שאיחד את כל היחידות באירופה. כשהכנסייה יורדת מנכסיה, עולה צורך במערכת כללים חדשה שהיא לא הכנסייה שתסדיר את היחסים בין כל היחידות שצמחו, לוואקום הזה נכנס המשב״ל.

באותה נשימה קורים גם דברים חשובים נוספים שמאיצים את הלידה של המשב״ל המודרני

1. **מגלים יבשות חדשות**- הדבר יכול לעורר רצון להשתלט על שטחים חדשים מה שעלול לגרור למלחמה. עכשיו יותר קל להגיע ממקום למקום בעקבות התפתחות היבשה הימית. כר פורה לקשרים בינ״ל שיש להסדיר.
2. **יותר קשר (חיכוך) בין המדינות**- בעקבות הישויות הפוליטיות החדשות, מתחדד הצורך בגיבוש של מערכת כללים חדשה שתסדיר את היחסים בין המדינות הרבות שנוצרו בעולם באותה העת.

המשב״ל המודרני כעת הוא מערכת כללים חילונית שנועדה להסדיר את היחסים בין מדינות- כך לפחות הוא התחיל (גם בזה היום חל שינוי משמעותי).

במערכת הזו מתפתח **עיקרון יסוד** במשב״ל והוא **עיקרון הריבונות** (גם אם נראה שהוא מכורסם הוא עדיין עיקרון יסוד) **למדינה** **במשב״ל יש חופש פעולה מלא בשטח שלה**. לא ניתן להתערב **עקרונית** במה שנעשה בשטחה. המשפט הבינ״ל מכיר בריבונות של המדינות ומאפשר להן לנהל בעצמן את מה שנשה בשטח שלהן. המעמד של מדינות בקהילת העמים שנוצרת כבר לא תלויה יותר בזיקה כזו או אחרת בדת הקאתולית.

כיצד מתפתח המשב״ל מכאן והלאה?

ישנם 3 שלבים מרכזיים:

1. **השלב הראשון** (1815-1648)- השלב ההתחלתי של המשב״ל. באופן שונה מהיום הכוח והמניע העיקרי להתפתחות המשב״ל וליצירה של כללים בשלב הזה הוא **מלומדים**. מלומד הולנדי בשם **גרוטיוס** זכה לכינוי ״אבי המשב״ל״. הוא פועל במאה ה-17 וכותב כללים ראשוניים ב-2 תחומים עיקריים: דיני המלחמה ודיני ים (זה מה שהיה צריך אז). הכללים האלו הם היסוד לכללי דיני הלחימה ודיני הים כפי שאנחנו מכירים אותם כיום. בתקופה הראשונית הזו המשב״ל משחק משחק צנוע, הוא עדיין בעיקרו סיפור אירופאי והמלומדים שמכתיבים את הטון הם אירופיים (הייתה גם אסכולה של מלומדים ספרדיים שתרמו למשב״ל). הגורם לכך הוא כי האינטראקציה הייתה מאוד מוגבלת בין היחידות. מה שברור כבר בשלב הזה הוא עיקרון הריבונות, התפיסה שמתעצבת בתקופה הראשונית הזאת היא תפיסה חשובה. בתוך המדינות- לשליט המדינתי יש שלטון אבסולוטי והוא זה שמכתיב מה קורה בשטחו. לכן מתלווה לכך כלל שאוסר על ההתערבות בעניינים הפנימיים של המדינות. בשנת 1945, כשמתקבלת מגילת האו״ם, יש ביטוי מורגש לכך במגילה.
2. **השלב השני** (1919-1815)- תקופה זו מאופיינת בהתפתחות מאוד משמעותית של המשפט הבינלאומי, הן במישור הנורמטיבי מבחינת כמות הכללים, והן במישור המוסדי- המשפט הבינלאומי הוא כבר לא מורכב רק בכללים, אלא מגובה גם במוסדות של ממש.

מס׳ גורמים גרמו לשינוי המשמעותי:

* **המשפט הבינ״ל מתקדם מקריסה של סדר אחד לקריסה של סדר אחר**. היה הסדר בעקבות הסכמי ווסטפליה אבל הסדר הזה קורס בין היתר על רקע מלחמות נפוליאון. אחרי הכאוס שנוצר באזור אירופה ובקרוב לה בעקבות מלחמות אלו יש צורך להחזיר יציבות לוואקום הזה. לשם נכנס המשב״ל. המשב״ל התחיל כסיפור אירופאי אבל במאה ה-19 הוא כבר יוצא מעבר לגבולות אירופה בצורה הרבה יותר משמעותית. צומחות מדינות משמעותיות כמו סין, פרס, יפן, טורקיה ועוד. נדרשים כללים להסדיר יחסים שחולשים על שטחים הרבה יותר גדולים עם הרבה יותר שחקנים ותרבויות יותר מגוונות.
* **המהפכה התעשייתית והתפתחות טכנולוגית**- מגבירה את האינטראקציה ואת הסחר בין המדינות השונות. יחד עם זאת, המהפכה התעשייתית מביאה איתה גם איום גדול יותר למלחמה. היא מאפשרת למדינות להצטייד בכלי הרג הרבה יותר משמעותיים ממה שהכרנו קודם, פורצות יותר מלחמות ולכן יש יותר צורך בכללי המשב״ל לצורך הסדרת דיני הלחימה.

ההתפתחויות המשמעותיות שאנחנו מזהים

1. **מוקם הארגון הבינ״ל הראשון**- זכה לכינוי ״הקונצרט של אירופה״ בשנת 1815. הוא מוקם בהתחלה ככנס חד״פ של כל מדינות אירופה באותה העת אבל משנת 1815 עד 1906 הוא מתכנס לא פחות מ-30 פעמים. אחד הנושאים שהוא דן בהם הוא המאבק בעבדות. מתפתח קונצנזוס שיש לאסור על עבדות.
2. \*לזכור טוב למבחן\* **שתי ועידות בינ״ל שזכו לכינוי וועידות האג**- התקיימו בהאג, הראשונה ב-1899 והשנייה ב-1907 והן נקודת ציון חשובה מכמה בחינות. לעומת קונצרט אירופה בו היו רק מדינות אירופה, בוועידות האג הוזמנו כל מדינות העולם של אותה שעה (כ-44 מדינות). בוועידת האג יוצרים אמנות- תהליך חקיקה של ממש. סדרה של אמנות, 2 מתוכן חשוב לנו להכיר: 1) אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום- על רקע ההתגברות של מלחמות בין מדינות, צריך לתת למדינות יותר כלים ליישב סכסוכים בדרכי שלום, יותר כלים של בוררות. מגבים את האמנה הזו במוסד. מכוננים מנגנון בוררות בינ״ל שיושב שם עד היום, ה-**PCA**. זהו מוסד בוררות שעד היום מיישב סכסוכים בינ״ל, כאלה שמעורבים בהן מדינות או ישויות אל-לאומיות. 2) אמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907- זאת ה-אמנה הראשונה המכוננת בתחום דיני הלחימה. אמנה זו עסקה במה מותר ומה אסור במלחמה, יחס לשבויי מלחמה, ירדה לרזולוציות שאף אמנה לפניה לא ירדה אליה. על רקע התפתחויות אלה, החל מאותה תקופה, רואים שמדינות פונות יותר לכלים של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. בין היתר, ב-PCA, שבמאה ה-19 תחילת המאה ה-20 הוא פעיל מאוד.

מה שמשותף להתפתחויות בתקופה השנייה זו הנכונות של המדינות לכרסם בריבונות של עצמן, להכפיף את עצמן לכללים של המשב״ל. זה קורה כי זה משרת את האינטרסים שלהן, המדינות עושות זאת באותם תחומים שבהם הן מרוויחות מהן. כל המדינות עשויות להיפגע מנזקי המלחמה לכן יש להן אינטרס להכפיף את עצמן לדיני הלחימה בידיעה שגם אחרים יהיו כפופים.

**שיטת האג**- שיטה של המשב״ל שהתבססה על אותן ועידות בהאג היא במידה רבה ביטאה המון אופטימיות במאה ה-19. המציאות הוכיחה לנו לקראת סוף התקופה הזו (מלחמת העולם הראשונה, משטרים טוטליטריים) ששיטת האג הייתה רכה מדי. היא הכילה יותר מדי כלים אבל לא הצליחה למנוע את מלחמת העולם הראשונה.

1. **השלב השלישי** (ראשית המאה ה-20 עד היום)- בתום מלחמת העולם הראשונה בשנת 1919 מתחילה התקופה השלישית של המשב״ל המודרני. במקום הזה נכנסים לשלב המתוחכם באמת. כאן אנחנו מדברים על ניסיון ליצור סדר עולמי באמצעות ארגונים בינ״ל אמתיים ובהרבה מאוד תחומים. הדבר כרוך בעוד כרסום של הריבונות של המדינות.

* הניסיון הראשון היה לא כל כך מוצלח. מוקם ״**חבר הלאומים**״- אחרי הזוועות של מלחמת העולם הראשונה מוקם גוף שינסה להרתיע בפני תוקפנות או בשמו האחר שימוש בכוח. מנסים להגביל את השימוש בכוח, אומרים למדינות שלפני שהן יוצאות למלחמה עליהן לקחת תקופת צינון של 3 חודשים. מנסים להתוות כללים שימתנו את הנטייה של מדינות לצאת למלחמות. מקימים בית משפט בינ״ל אמיתי (**PCIJ** בית משפט קבוע לצדק- זרוע שיפוטית לצד חבר הלאומים). הארגון הזה היה כישלון די חרוץ כי לא הצליח למנוע את מלחמת העולם השנייה. מה שבין היתר גרם לכישלון שלו היה זה שארה״ב לא הייתה חברה בו בזמנה. כשמסתיימת המלחמה מוקם האו״ם:
* **האו״ם**- ניסיון להתמודד עם החולי והכשלים של חבר הלאומים. נותנים בידי מועצת הביטחון של האו״ם סמכויות יותר משמעותיות של סנקציות צבאיות לצד איסור מפורש על שימוש בכוח ביחסים הבינ״ל. האיסור הזה מגובה בסנקציות שמועצת הביטחון יכולה להשית על כל מדינה. מקימים עוד זרוע שיפוטית- **ICJ בית המשפט הבינ״ל לצדק.**

המוסדות האלה מהווים קפיצת מדרגה גם מבחינה מוסדית וגם מבחינה נורמטיבית. האיסור על שימוש בכוח מעוגן בסעיף 2(4) במגילת האו״ם. חשוב לציין שעל אף קפיצה זו, חשוב להבחין שהאו״ם אינו ״ארגון על״ במשפט הבינ״ל, הוא חולש על תחומים מאוד מסוימים, בראש ובראשונה השמירה על הביטחון והשלום הבינ״ל. כשמקימים את האו״ם לא מנסים לקרוא תיגר על אותה שיטה ווסטפליאנית, האו״ם נתפס כמסגרת של שיתוף פעולה בין המדינות השונות, הוא לא מתיימר להיות ״ממשלת על״ שתכתיב למדינות מה לעשות. כבר בס' 2(7) במגלית האו"ם – נכתב כי "יש איסור התערבות הארגון בענייניהן הפנימיים של המדינות".

התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות

העשורים האחרונים מאופיינים במגמה של התרחבות מאוד משמעותית מבחינת התחומים שהמשפט הבינ״ל חולש עליהם. זה גם מלווה בהתרחבות מוסדית מאוד משמעותית.

1. **תחומי עיסוק מתפתחים**- מבחינת תחומים, הזכרנו את התחומים הקלאסיים של דיני הלחימה והים. כיום המשב״ל מאוד מפורט גם בתחומים האלה אבל הוא הולך הרבה מעבר. דיני הסחר הם אחד מהענפים המפותחים במשב״ל. ישנו ענף שלם של דין בינ״ל פלילי (מתעסק בעיקר ברצח עם), פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ופשע התוקפנות. דיני חלל, פליטים, דיני זכויות אדם (תחום שבו אומרים למדינה איך להתייחס לתושבים שלה בשטח שלה).

ישנו שינוי מ״**מודל כדורי הביליארד**״ המזוהה עם הסדר הווסטפליאני- המשב״ל לפי אותה תקופה ניסה להסדיר חיכוכים בין כדורי הביליארד השונים כשכל כדור הוא מדינה- מתעסק רק בחיכוכים וההתנגשויות ולא במה שקורה בתוך ״הכדור״. זו הייתה התפיסה המסורתית. התחומים הללו מבטאים כרסום משמעותי במודל כדורי הביליארד כי הם מסדירים את מה שקורה בתוך המדינה.

1. **התרחבות בפן הארגוני**- כיום מדובר על עשרות אם לא מאות ארגונים בינ״ל הפועלים לצד האו״ם שהוא הארגון המוכר ביותר. ארגון הסחר העולמי, ארון העבודה והבריאות העולמי (מכתיב מאוד בתחום הבריאות בעולם), ברית נאט״ו, ארגון התעופה הבינ״ל (קובע מהן התקנות שמטוסים צריכים לציית להם כדי שיכולו לנחות במדינות שונות). כל זה מוליד שיח מאוד מעניין על הכרסום המואץ של המשב״ל בריבונות של מדינות.

ממשל גלובלי- ב-25 שנה האחרונות, נתבע המושג Global Governance. אומנם אין ממשלה ריכוזית גלובאלית אבל כל הארגונים האלה עם הסמכויות שהופקדו בידיהם יצרו ממשל גלובאלי מעל המדינה.

1. **התרחבות הקהילה הבינ״ל**- אם בראשית המאה ה-20 אנחנו מדברים על 50 מדינות כיום יש יותר מ-190 מדינות בגלל תהליכים הגדרה עצמית שהיו במאה ה-20. כל המהלכים הללו מלווים בגיוון וריבוי של השחקנים במשפט הבינ״ל. כיום במשפט הבינ״ל המדינות עדיין השחקניות המרכזיות אבל לא הבלעדיות. לצידן אנחנו רואים הרבה שחקנים פרטיים. מעל הכל פרטים- אנשים אינדיבידואלים הם נושאים של זכויות במשפט הבינ״ל (זכויות אדם).
2. **מגמה של העברת סכסוכים להכרעה שיפוטית**.

את כל התמונה הזאת ניאלץ קצת לסדוק כי בשנתיים (?) האחרונות רבים מדברים על המשבר שבו נמצא המשב״ל. עבור מדינות מסוימות הכרסום בריבונות היה משמעותי יותר ותהליכי הגלובליזציה היו קשים מדי עבורן. פופוליזם שהולך וגובר בזירה הבינ״ל מתבטא בתהליכים משמעותיים כמו **הברקזיט**. תהליכים של מעצמה כמו ארה״ב, יציאה מתוך כמה וכמה הסכמים בינ״ל (הסכם הגרעין, הסכם פריז של איכות הסביבה).

**שיעור 3- 18.11.19- עדן**

מקורות המשפט הבינלאומי

מהם בעצם המקורות של הכללים והנורמות של המשב"ל?

נגיד שיש משט נוסף שמתקרב לחופי רצועת עזה, ואנו היועצים המשפטיים. אנו צריכים להבין האם מותר להתקרב לספינה, להשתלט עליה? הכל קורה במים בינלאומיים – איפה נמצא כללים אלו? באמנות, מנהגים, ובעוד שלל רחב של מקורות.

היכן מוצאים את רשימת מקורות המשב"ל? **בס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק (אינטרנשונאל קורט אף ג'סטיס -ICJ) – חשוב למבחן אמרה בכיתה עדן**

ס' 38 בחוקת הICJ- ממלא פונקציה דומה מאוד לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט ופורס את מקורות המשפט הבינ"ל:״**ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה דבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל**".

ס' 38 לחוקת ה-ICJ

1. **בית הדין שתפקידו לפסוק לפי המשב''ל בסכסוכים המובאים לפניו, ינהג לפי-**

**א- הסכמים בינלאומיים, כלליים או פרטניים.**

**ב- מנהג בינלאומי, כעדות לנוהג כללי המקובל כדין(מנהג-פרקטיקה שמדינות נוהגות לפיה מתוך תחושת מחויבות, שכך הן צריכות לנהוג. החמקמקות של המנהג נעוצה בכך שהוא הרבה פעמים לא מעוגן בשום מקום).**

**ג- עקרונות המשפט הכלליים(כמו תום לב למשל) המקובלים על ידי האומות בנות התרבות.**

**ד- החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר של המדינות השונות, בתור**

**אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט.**

1. **הוראה זו אינה גורעת מסמכותו של בית הדין לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך. (הוראה זו לא הופעלה מעולם – אם אין שום חוק ויש לקונה מוחלטת, הצדדים יכולים להסכים שביהמ"ש יפסוק לפי עקרונות היושר).**

לסעיף 38 יש **חשיבות תאורטית** – מדובר בכלל זיהוי התוחם את גבולות השיטה (המשב"ל) ומספק קריטריון לתיקוף כלליה. כנגד הראט שטען שהמשב"ל חסר תוקף כי אין הכרה בו תמיד מעלים את הטיעון הזה.

יש לו גם **תכלית פרקטית** – הוא אומר באילו מקורות על ביה"ד להשתמש ביישוב סכסוכים. **אבל** – למרות שס' 38 נמצא בתוך חוקת הICJ-, סעיף זה נחשב כמסמן/כקובע את מקורות המשב"ל באופן רחב, כללי יותר (קובע למדינות, לבתי משפט – מהם מקורות בית המשפט הבינ"ל).

איך סעיף 38 מגדיר את המקורות הנורמטיביים באופן כה רחב? במה הוא שונה?

ICJ- סעיף 92 למגילת האו"ם אומר כי הICJ- הוא הזרוע השיפוטית של האו"ם – מה שמקנה לו יוקרה ומעמד במשפט הבינלאומי. כל המדינות החברות באו"ם הן צד לחוקת הICJ-.

**מקורו בחוקת ה-PICJ-** בנוסף, מקור סעיף 38 הוא מאמנה בינלאומית אחרת – ה-PCIJ– בית הדין שהוקם ב-1919 אחרי מלחמת העולם הראשונה – הסעיף הזה כמעט מאה שנה אתנו, והוא הפך להיות חלק מהמסורת של המשב"ל, ולכן תוקפו חולש הרבה מעבר לICJ-.

יש לנו 2 סוגים של מקורות במשב"ל

* **מקורות ראשיים – אמנה, מנהג ועקרונות כלליים**. אלו מופיעים ראשונים ב-**ס' 38**, והם המחייבים העיקריים הראשיים.
* **מקורות משניים – פסקי דין וספרות** – אלו הם מקורות משניים. **ס' 38** נקט במונח "אמצעי עזר" – זה אומר לנו שמתוך פסקי הדין אנו יכולים ללמוד מהו מנהג מחייב. מתוך הספרות אנו יכולים ללמוד שמדובר בכלל מחייב, **אבל** בעיקרון, פסקי דין וספרות, הם עצמם **לא יוצרים דין מחייב**.

בפועל אנו יודעים כי הרבה פעמים פסקי דין יוצרים דין. אנו נראה שזה פועל כך הרבה פעמים גם במשב"ל. בעיקרון פסקי דין הם לא דין מחייב, אבל אנו יודעים שגם בתי משפט במשב"ל, **למרות שאין דוקטרינה של תקדים מחייב במשב"ל, למרות זאת דה פקטו – בשטח בתי המשפט ללא ספק (גם לאומיים ולא לא לאומיים) תורמים בפועל ליצירה של הדין**.

יסוד ההסכמה

יסוד ההסכמה של מדינות הוא אלמנט יסודי ביותר כאשר אנו מדברים על המקורות המחייבים של המשב"ל. חוקת הICJ- שמגובשת בתחילת המאה ה-20, מגובשת על רקע הגישה הוולונטרית של המשב"ל שהחלה עם חוקת הPCIJ. כנגזרת עקרון היסוד של **עקרון הריבונות** – מדינות כפופות רק לכללים שהן הסכימו להכפיף את עצמן אליהם. **3 המקורות הראשים המהווים ביטוי להסכמה**:

* **אמנה** – ההסכמה הכי מפורשת שיש. המדינה עושה אקט של הצטרפות
* **מנהג** – גם יש ביטוי להסכמה, אבל זו כבר הסכמה משתמעת, כי המדינה באופן ההתנהגות העקבית שלה – מפגינה את ההסכמה לכלל.
* **עקרונות כלליים** – זה עקרונות כל-כך בסיסיים שמתקיימים בכל שיטת ממשל פנימית, שמדינות הסכימו להם גם במישור הבינ"ל (כמו עקרון תום הלב).

**לא הזכירה בכיתה:דיני לחימה** - אחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה, שהיום הועלה על הכתב, ושאף פעם לא היה ספק שהוא דין מנהגי מחייב – **עקרון ההבחנה**. מדובר באחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה, אשר קובע כי צד לעימות מזויין חייב להבחין כל העת בין אזרחים ללוחמים, ובין מטרות צבאיות לאזרחיות. במשך עשורים הכלל לא היה כתוב בשום מקום, אבל יותר ויותר מדינות נהגו לפיו כשנלחמו, כך שהתבסס לו דין מנהגי כשמסה גדולה של מדינות מיישמות אותו באופן שיטתי ועקבי. זו דוגמא ל**דין מנהגי**. אנו רואים שיסוד ההסכמה בא לידי ביטוי בכל 3 המקורות אבל בעצימות שונה.

עכשיו כשאנו יודעים שיסוד ההסכמה הוא יסוד מכונן, אנו יכולים להבין מדוע פסקי דין במשפט הבינלאומי לא יוצרים תקדים מחייב ומחייבים רק את הצדדים לסכסוך הספציפי – כי כל שאר המדינות לא הסכימו להליך הספציפי ולפסק הדין שניתן במסגרתו. לכן פסקי דין באופן עקרוני מחייבים את הצדדים לסכסוך הספציפי ולא יוצרים תקדים מחייב לכל המדינות החברות בICJ.

**בהתבסס על הגישה המסורתית הוולונטריסטית** – הסכמה היא הבסיס הנורמטיבי והמקור ללגיטימיות למקורות המשב"ל, כי המדינות עצמן הן שהסכימו לקיים את האמנות.

**הקושי בגישה המסורתית** –

* **זוהי פיקציה** – מנהג הוא **דין מחייב** עבור מדינות חדשות שנוצרות, מבלי שהן עצמן התנהגו בצורה ששיקפה את הסכמתן למנהג. קטלוניה לדוגמא, בסיכוי הלא סביר שהיא תצליח להשיג הכרה ועצמאות – תהיה מחויבת במנהגים, זאת למרות שזו מדינה חדשה שלא הסכימה להסכמים הקודמים. גם מדינות שאין בהם ים למשל, עדיין מחויבות לכללים של מים טריטוריאליים.
* **כללים מסוג Jus Cogens** – מספר מצומצם של כללים במשב"ל שמחייבים את כל המדינות לא משנה מה. מדובר בדין שלא ניתן לעבור עליו. בין הנורמות המזוהות שהן דין קוגנטי – איסור השימוש בכוח, איסור על עבדות, איסור על עינויים. מדובר בדינים של ייהרג ובל יעבור. מדינות שלא הסכימו לעולם לא לענות – תחת המשב"ל זה לא מעניין אותנו. מדובר בקושי נוסף בגישה המסורתית שמבוססת על הסכמה.

חשוב לציין שיסוד ההסכמה עומד בעיקרו תחת רוב העקרונות של המשב"ל.

* **התפתחות המשב''ל כולל ארגונים בינ''ל** שיוצרים הרבה נורמות, ובהן יסוד ההסכמה מעורער אפילו יותר. יש לנו ארגונים בינ"ל בהם יסוד ההסכמה הולך ומתעורר עוד יותר.

**האם הסעיף קובע היררכיה בין המקורות?**

לא. בעקרון שלושת המקורות מחייבים מבחינה נורמטיבית באותה המידה. לכן אנו נצטרך להסתכל על כל המקורות הללו כדי למצוא את התשובה לשאלה המשפטית מולנו. כל מקורות אלו שואבים כאמור את הכוח המחייב שלהם מההסכמה של המדינות, ולמרות שהביטוי של ההסכמה הוא **שונה**, הם מחייבים באותה מידה.

לכן כשפותרים שאלה צריך לבדוק את כל המקורות המשפטיים הרלבנטיים ולבחון אמנות, מנהגים רלוונטיים, עקרונות משפט כללים רלוונטיים-כולם שווים. לפעמים במקרה של סתירה בין מנהג ואמנה האמנה תגבר כי היא ספציפית יותר בדרך כלל.

רשימת המקורות בסעיף 38 אינה רשימה ממצה של מקורות המשפט הבינלאומי היום.

2 מקורות נוספים שלא רשומים:

1. **הצהרה חד צדדית** – מדינה יכולה באקט חד צדדי ורצוני לחייב את עצמה בנורמות בזירה הבינ"ל. הדוגמא הקלאסית בנושא הזה בישראל – ישראל במשך הרבה שנים טענה שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה בשטחי איוש (ובעבר גם ברצועת עזה). עם זאת, בא בעת שישראל טענה שאמת ג'נבה לא מחייבת אותה בשטחי איו"ש, בראשית שנות ה-70 ישראל יצאה בהכרזה חד צדדית מפי היועץ המשפטי לממשלה שמגר – שאמרה "אני בכל זאת לוקחת על עצמי לקיים את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית ביחס לאיו"ש ורצועת עזה". ישראל לקחה על עצמה מחויבויות תחת המשפט הבינלאומי – הייתה כאן הסכמה. היא באופן רצוני לקחה את המחויבויות הללו.
2. **החלטות של ארגונים בינ"ל** – מדינות שמקימות ארגון בינ"ל נותנות סמכות לארגון לקבל החלטות מסוימות ולפעול בתחומים מסוימים. ארגון זה מקבל כל מני החלטות – חלק **מחייבות** וחלק **לא מחייבות**, אבל גם כאן עדיין נותר לנו יסוד ההסכמה, כי המדינות היו אלה שהקימו את הארגון. מדובר ביסוד הסכמה מעורער יותר כי הארגון הוא ישות משפטית שיוצרת נורמות חדשות שהמדינות כפופות להן. **לדוגמא** – מועצת הביטחון מוסמכת לקבל החלטות שמחייבות את כל המדינות בעולם. ההסכמה הובעה מרגע הצטרפות המדינה לאו"ם, אבל רוב המדינות לא שותפות לעצם ההחלטה במועצת הביטחון – זה בעצם ההסכמה על קינון האו"ם וההצטרפות אליו. מדובר באלמנט הסכמה חלש יותר.

**המקור הראשון - האמנה**

סעיף 38 - International Convention, אמנות בינ"ל.

יש שלל ביטויים שעושים בהם שימוש במשפט הבינ"ל לאמנות:

Treaty, Agreement, Charter, Protocol, Covenant, Statute – כל מילים אלו הן אמנות. פשוט כל פעם עושים שימוש במילה אחרת.

מגילת האו"ם = אמנה בינ"ל. המשמעות של כל המילים הנרדפות היא טקסית. אין משמעות משפטית כל עוד מתקיימים התנאים לשאלה "מהי אמנה".

אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969) (אמנת האמנות/אמנת וינה):

לפי סעיף 2(1)(א) לאמנת וינה, אמנה זה **''הסכם בינ''ל המסוכם בין מדינות, בכתב, ונשלט ע''י המשב''ל, בין אם נקבע במסמך אחד שניים או יותר, וללא תלות בכינויו הספציפי***.''*

**יסודות האמנה:**

* **הסכם.**
* **בין מדינות** – לכל מדינה יש סמכות לכרות אמנות במשב"ל (ס' 6 לאמנה). אמנת וינה 1969 עוסקת רק באמנות בין מדינות. אמנות הכוללות ארגונים בינלאומיים היא מאמנת וינה 1986 (לא נדבר על זה).
* **בכתב** – ההסכם צריך להיות בכתב.
* **כפוף למשפט הבינלאומי** – האמנה כפופה רק למשב"ל, ולא לדין של מדינה כזו או אחרת. היא חיה כולה רק בספירה הבין לאומית.
* **השם לא קובע** – אנו נתקל בהרבה מאוד שמות לאמנות.

הבחנות וסיווגים מקובלים שנוהגים לעשות בין אמנות:

1. **אמנה דו צדדית (bilateral) או רב צדדית (multilateral)** – יש לנו אמנות שיש להן רק 2 צדדים, ואמנות עם הרבה צדדים. השוני המרכזי בין 2 סוגים אלו – **התרופות**. יהיה הרבה יותר קל להשתחרר מאמנה דו צדדית בהשוואה לאמנה רב צדדית. קיים גם מוסד של הסתייגות שקיים רק באמנות רב צדדיות.
2. **אמנה חוזית (contractual treaty) או יוצרת חוק (law making treaty)** –

**אמנה חוזית** - דומה מאוד לחוזה במשפט הפנימי שלנו. היא יוצרת סדרה של חיובים חוזיים ששלובים זה בזה לצורך הסדרה של עניין קונקרטי.

**לדוגמא** – אמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארה"ב. הרבה ישראלים מהגרים לארה"ב – אבל איפה הם משלמים את המס? הם לא מפסיקים להיות אזרחים ישראלים הרי.

**דוגמא נוספת** – אמנות הסגרה, שבהן המדינות שחתומות על האמנה מתחייבות מתי הן יסגירו פושעים. למשל, **רוזנשטיין** שהוסגר לארה"ב בכפוף לאמנת ההסגרה בין ישראל לארה"ב.

**אמנה יוצרת חוק** – אמנה שקובעת עקרונות ונורמות בעלי תחולה הרבה יותר כללית או רחבה. **לדוגמא** – אמנת הג'נוסייד באה באופן כללי למנוע מצבים של רצח עם, ולטפל/להעניש את מי שהיה מעורב ברצח העם. אמנות זכויות אדם באות באופן כללי לקבוע אילו זכויות אדם מגיעות לאנשים כשהם נמצאים במדינה.

כנגזרת מכך – באמנות יוצרות חוק, הן יוצרות למדינות התחייבות אובייקטיבית שממשיכה לעמוד בלי קשר להאם שאר המדינות מקיימות את האמנה. באמנה יוצרת חוק ישראל לא יכולה לטעון שבגלל שסין מפרה את האמנה – גם אני מפרה. כמו שכולנו כפופים למשפט הפלילי, כך בדיוק עם אמנות שיוצרות חוק. דוג' נוספות: אמנת ג'נבה, מגילות האו"ם

**האם מספר הצדדים לאמנה קובע את אופייה כאמנה חוזית או כאמנה יוצרת חוק?**

בד"כ אנו מוצאים במשב"ל מתאם בן אמנות חוזיות ודו צדדיות. כשאנו מדברים על אמנות מולטילטרליות (רב צדדיות) – נראה אמנות יוצרות דין (אמנת ג'נוסייד, ג'נבה) וגם אמנות חוזיות (שילוב מספר חוזים בילטרליים – כמו הסכם הWTO-, אמנות ההסגרה האירופאית).

1. אמנה דקלרטיבית או קונסטיטוטיבית –

**דקלרטיבית -** אמנה דקלרטיבית כוללת נורמות מנהגיות שמחייבות את כולן. המשמעות היא שהאמנה מחייבת **גם את המדינות שמעולם לא הצטרפו אליה**. למשל אמנת וינה היא דקלרטיבית ומנהגית, ולמרות שישראל מעולם לא הצטרפה אליה היא מחויבת אליה.

**לדוגמא** – אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961), אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969), אמנת ג'נבה הרביעית (1949).

**קונסטיטוטיביות** – כוללות נורמות חדשות שלא היו קיימות קודם. אמנה קונסטיטוטיבית מחייבת **רק את הצדדים שהצטרפו אליה**.

**למשל** – אמנת פריז בעניין פליטת גזי חממה. **רק המדינות שהצטרפו לאמנה – האמנה מחייבת אותן**. פרישתו של טראמפ מהסכם האקלים לא מחייבת אותו כי הוא לא צד בהסכם.

באמנות רבות, אנו רואים **עירוב של הוראות קונסטיטוטיביות לצד הוראות דקלרטיביות**.

**לדוגמא** – **הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977** – מדובר במסמך מאוד מרכזי בדיני הלחימה. ישראל וארה"ב מעולם לא הצטרפו להסכם זה, אבל גם ישראל וגם ארה"ב לא מערערות על כך שהפרוטוקול הראשון מניח כללים בסיסיים בדיני הלחימה כמו **עקרון ההבחנה** – הפרוטוקול הזה כולל גם הוראות קונסטיטוטיביות (הוראות מבחינת דין חדש שלא מחייב צדדים שלא בהסכם) אבל גם הוראות דקלרטיביות שמחייבות מדינות שגם מעולם לא הצטרפו אליו – כמו ארה"ב וישראל. למשל – **עקרון ההבחנה** שיש להבחין בין אזרחים ולוחמים. הפרוטוקול הראשון מעלה על הכתב גם את **עקרון הפרופורציונאלית**. ישראל וארה"ב לא מערערות על כך שאין ספק שמדובר בהוראות דקלרטיביות ולכן מחייבות גם אותן.

ביהמ"ש ב**פסק דין סיכולים ממוקדים** – בא ואמר לישראל כי סעיף XYZ בפרוטוקול הראשון מהווה דין דקלרטיבי ומחייב את ישראל למרות שישראל מעולם לא הצטרפה לפרוטוקול.

ברוב המקרים אנו נראה אמנות שמשלבות גם אמנות דקלרטיביות וקונסטיטוטיביות.

יתכן שאמנה תתחיל כאמנה קונסטיטוטיביות, ובמרוצת השנים כשיותר מדינות יפעלו לפיה, היא תרכוש מעמד של אמנה מנהגית – זה בדיוק מה שקרה לאמנת ג'נבה הרביעית. בשנת 1949 הוראות רבות ממנה היו דין קונסטיטוטיבי, והיום אין עוררין שהיא הפכה לאמנה דקלרטיבית. גם אמנת האג בדבר דיני לחימה ביבשה -ב1945 ביהמ"ש בנירנברג נדרש לשאלה מה מעמד האמנה. הוא טוען שבשנים שעברו מ1907 עד 1945 בהסתכלות על פרקטיקות המדינות האמנה הפכה למנהגית דקלרטיבית מקונסטיטוטיבית.

חתימה ואשרור - איך מדינה מצטרפת לאמנה?

**סעיף 11 לאמנת וינה:** בד"כ הליך של הצטרפות של מדינה לאמנה הוא הליך **דו שלבי**.

**השלב הראשון – החתימה** – יש טקס מכובד, בין אם זו אמנה שחותמים עליה בארמון האומות המאוחדות בג'נבה, והנציגים הרשמים של המדינות באקט הטקסי חותם על האמנה.

ככלל שלב זה לבדו לא מספק. זה לא שחתימה היא לחלוטין חסרת משמעות – מרגע שמדינה ביצעה את האקט הראשוני של החתימה, קמה לה המחויבות **שלא לפעול באופן שמסכל את תכלית האמנה**(ס' 18). גם אם היא לא סיימה את שלב ההצטרפות הרשמי, היא לא יכולה לפעול באופן גורף נגד הוראות האמנה. **על רקע זה** – אם מדינה חתמה והיא לא רוצה להצטרף לאמנה וכן רוצה לפעול נגד תכלית האמנה, היא חייבת להבהיר שהיא לא מתכננת להצטרף לאמנה – מה שישראל וארה"ב עשו עם חוקת רומא (חוקת ה**ICC-** – חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי). ישראל וארה"ב משכו את חתימתם תוך כדי שהם הבהירו שהן לא רוצות להצטרף.

**השלב השני – שלב האשרור** – שלב האשרור למעשה כולל דיון מהותי בתוך המדינה עצמה באשר להצטרפות שלה לאמנה. אם בסוף השלב הזה היא מחליטה להצטרף, היא שולחת כתב אשרור.

לכל מדינה יש תהליך אשרור משלה, אבל באופן כללי אפשר לדבר על 2 סוגים של תהליכי אשרור:

* **ברוב מדינות העולם** – **הפרלמנט**, בית המחוקקים, הוא זה שמבצע את אקט האשרור (ארה"ב, צרפת), ולאחר מכן האמנה הופכת להיות חלק **מהדין הפנימי המחייב.**
* **בשאר המדינות**, **הממשלה** היא זאת שיש לה את סמכות האשרור (ישראל, בריטניה) – לממשלה יש את הסמכות לחתום וגם את הסמכות הסופית של האשרור(כחלק מסמכות הממשלה לנהל את יחסי החוץ של המדינה). מהצד השני של המטבע, בגלל שזה לא הפרלמנט/המחוקק – האמנות **לא הופכות להיות באופן אוטומטי חלק מהדין הפנימי המחייב**.

לא משנה אם כך או אם כך – בכל מדינה יש אקט נוסף של אשרור כדי להצטרף לאמנה.

**הרעיון מאחורי ההליך הדו-שלבי**

האשרור זה מה שמביא את הדיון לתוך המדינה, ולכן, כדי שהמדינה תדע שהיא גמרה בדעתה להצטרף לאמנה, ובגלל סיבות חוקתיות פנים מדיניות שדורשות את המעורבות של המחוקק, מחלקים את ההצטרפות של האמנה ל-2 שלבים.

מושגי יסוד בדיני אמנות –

**הסתייגות (ס' 19-23 לאמנת וינה) –** "**מדינה רשאית בעת הצטרפות להודיע שאינה מקבלת על עצמה חלק מההתחייבויות הקבועות באמנה**".

מוסד ההסתייגות מאפשר למדינה בזמן שהיא מצטרפת לאמנה מסוימת להודיע שהיא בעצם לא מקבלת על עצמה הוראה מסוימת או מקצת מהוראות האמנה.

ניתן להסתייג רק באמנות רב צדדיות (מולטילטרליות).

**לדוגמא** – אמנת זכויות האדם משנת 1976. היא קובעת זכויות בתחום של חופש דת, כבוד אדם, בטחון אישי, הסדרים שקשורים לחופש התנועה (ומתי אפשר להגביל אותו). אנו רוצים לכנן משהו מסיבי כמו זכויות אדם כמשהו רב צדדי, אבל זה קשה. מצד אחד אנו רוצים ליצור אמנה כזאת, ומצד שני יהיה קשה לנו מאוד להסכים על אמנה שכל המדינות יסכימו ביחד (עקב הפלורליזם).

**מוסד ההסתייגות** נותן לנו את האפשרות של האמנה למשוך כמה שיותר צדדים להיות חלק ממנה, ועדיין לאפשר גמישות למדינות שאין ביכולתם להסכים להוראה כזו או אחרת לא לקחת את המחויבות הזאת.

**ישראל** עושה שימוש בכלי הזה במספר אמנות. **לדוגמא** – האמנה בדבר ביעור אפליית נשים (1979). כשישראל מצטרפת לאמנה זאת, יש סעיף מסוים שישראל מרגישה שהיא לא תוכל להתחייב בו – סעיף 7(ב) שקובע שוויון משרות בשירות הציבורי בכל המשרות. מדינה חברה באמנה צריכה לאפשר את אותן אפשרויות וזכויות לנשים ולגברים, אבל ישראל באה ואומרת כי היא מצטרפת לאמנה ומסתייגת מסעיף 7 ב' כי היא לא יכול לעמוד בחובת שוויון זו ככל שזה נוגע למשרות שיפוטיות בבתי דין דתיים. ישראל יודעת שזה דבר שהיא מלכתחילה לא יכולה לעמוד בו, ולכן היא מצטרפת לאמנה עם ההסתייגות (זה עדיף לה) ומודיעה שלא תעמוד בהוראה 7(ב).

קיימות מגבלות שיכולות להיות בתוך אמנות. באמנת וינה לדוגמא לא ניתן להסתייג באופן ששומט את תכלית האמנה כולה. דוגמא לכך היא הסתייגות שצרפה ערב הסעודית לאמנת ביעור אפליית נשים – היא צרפה הסתייגות כללית. "ככל שתהיה סתירה בין הדין האסלאמי לאמנה – ראו אותי מסתייגת" – לא נהוג לקבל הסתייגויות כאלו.

**מדוע קיימת הזכות להסתייג?** כשעורכים אמנות רב צדדיות יש העדר אפשרות פרקטית להגיע לטקסט מוסכם, הסכמה מלאה מקשה על הצטרפות של מספר מדינות רב ככל האפשר לאמנות, ויש כאן גם ביטוי לעקרון הריבונות וזכות המדינה לא להסכים לחלק מהוראות האמנה.

**שיעור 4- 18.11.19**

אמנות- כלל בסיסי

אמנה מחייבת את המדינה לעמוד בהסכם ולעשות זאת בתום לב. הכלל נקבע בסעיף 26 לאמנת האמנות. כשמדינה הופכת צד לאמנה היא מחויבת קודם כל כלפי המדינות שחברות באותה אמנה. מדינה שלא חברה באמנה, יכולה להיות רלוונטית כאשר הכלל הופך למנהגי.

הכלל יכול להיות מנהגי מלכתחילה או לא. ישראל לא חברה באמנת דיני הים אבל ישנו חוק חדש שמכיר באמנה כאמנה מנהגית.

יחס בין אמנה למשפט הפנימי

יש 2 מישורים, התחייבות של המדינה כלפי האזרחים שלה ומישור בינ״ל כלפי מדינות אחרות. בבינ״ל- לא ניתן להצדיק הפרה של חוק בינ״ל בעקבות חוק פנימי לפי סעיף 27. ברמה הפנימית אפשרי שמדינה לא תיישם התחייבות בינ״ל בגלל שיקולים שונים (פוליטי, שינוי של חוק שלא עובר וכו), אז היא רק תחויב בסנקציה. לפעמים הפרה במישור הבינ״ל לא תהיה זהה להפרה במישור הפנימי.

תרופות במקרה של הפרה

יש 2 סוגי אמנות, יש אמנה בילטרלית ומולטילטרלית, בשניהם ניתן לבצע הפרה אבל ההפרה חייבת להיות מהותית.

**בילטרלית**- אם יש הפרה מהותית אפשר להחליט שהאמנה מושעית או מבוטלת כלפי אותה מדינה.

**מולטילטרלית**- לכל המדינות יש זכות לקבוע כי הן יבטלו או ישעו את האמנה מול הצד המפר בין הצדדים. בגלל שיש הרבה מדינות לא לכולן חשוב מספיק להתמודד עם הפרה או שהן לא מודעות להפרה או שהאינטרסים מול המדינה המפרה חשובים יותר מההפרה כך שבדרך כלל הרבה פעמים אין סנקציה בעקבות הפרה.

כמו כן יש גם **דין עצמי**, מדינה שמפרים נגדה את החוק יכולה לבצע הפרה נגדית או לנקוט בצעדי גמול. המדינה שפגעו בה או שהפרו כנגדה את הדין מפרה בחזרה את אותה המסגרת המשפטית או מפעילה סנקציות על המדינה המפרה כדי שהיא תחזור לקיים את ההבטחות.

יחד עם זאת צעדי הגמול מוגבלים, לא ניתן לעשות שימוש בכוח צבאי (החריג נועד לצורך מניעת הסלמה) ולא ניתן להפעיל צעדי גמול כשמדובר על זכויות אדם או זכויות המונטריות בגלל שמושא הזכות הם לא המדינה אלא אזרחי המדינה.

המנהג

סעיף 38(1)(b) לחוקת ה-ICL: ״"**המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין**''. מההגדרה הזאת אפשר לראות שיש 2 יסודות למנהג, הראשון ראיה לנוהג כללי, יסוד של פעולה כללית או פרקטיקה, יסוד פיזי. השני הוא שיקוף של יסוד נפשי, הפעולה מתבססת על הבנה שהפעולה מחויבת מכוח דין.

משל השביל

משל של מלומד בלגי מהמאה הקודמת, נתן משל על כפר בחלק הפלמי של בלגיה. ישנו כפר חדש, ומה שמאפיין אותו זה שיש בו הרבה דרכים לא סלולות. לפעמים, במיוחד בשנות ה-20 של המאה הקודמת היו הרבה שדות פראיים בין מקום למקום. כדי שיתחילו להיווצר שבילים היה צריך להתחיל ללכת ולרמוס את העשב הפראי. ככל שאנשים הלכו יותר בשביל או בנתיב מסוים הלך ונוצר לו שביל טבעי. בתוך השביל הזה היו אנשים שהלכו כמה פעמים או פעם אחת אבל כולם דחפו לאותו כיון כללי. היו כאלה עם טביעת רגל משמעותית יותר או פחות, אבל טביעות הרגליים של כולם חשובות. השביל הזה התמודד עם תחרות, לעיתים הוא היחיד אבל לעיתים יש שבילים עקיפים. הוא יהפוך לעיקרי רק אם כולם ילכו דרכו. **השביל הוא משל ליצירת מנהג**- כדי שהוא ייווצר המדינות צריכות לפעול בצורה מסוימת. לדוגמה, מים טריטוריאליים. חלק מהמדינות יציעו שבילים חלופיים אבל השביל שכולם יתכנסו לתוכו, יהפוך לשביל העיקרי. כשמספיק מדינות הולכות בנתיב מסוים, נוצר מנהג חדש במשב״ל. ככל שיותר מדינות עם טביעת רגל משמעותית עושות את זה יש יותר סיכוי שהשביל יהפוך לרשמי ואז הכפר יחליט שהוא סולל אותו. אם יש בעבר מדינות החליטו שהן מתערבות התערבות הומניטרית במלחמת אזרחים מסוימת. מדינות אחרות יכולות להחליט אם זה דבר טוב או לא אבל השביל הלך ונוצר. בשנת 2000 הוחלט על דוקטרינה חדשה, המחויבות להגן. זהו ״הגידור של השביל״- כל המדינות יכולות להתערב התערבות הומניטרית. בפועל, הדוקטרינה לא הצליחה בגלל שמדינות נאט"ו שהגו אותה השתמשו בה לרעה במקרה של לוב. קיבלו הרשאה להגן על אזרחים אבל הפכו את השלטון של קדאפי. לפעמים נוצר מנהג שמתגבש ולפעמים נוצר מנהג שהולך לאיבוד בדרך. אין דרך התפתחות אחת יחידה אבל המשל מתאר את האלמנטים המשפטיים.

* **השביל**= נוהג. הפרקטיקה, היסוד הפיזי.
* **פסיעות הרגליים החשובות**= המדינות המשמעותיות. כוח פוליטי, כסף, וותיקות ורלוונטיות בתחום ועוד הופכות מדינה למדינה משמעותית.
* **כדי לעבור מנוהג למנהג**= אלמנט נוסף של היסוד הנפשי.
* **כל עוד מותר ללכת בנתיבים אחרים**= השביל הוא נוהג ולא מנהג.
* **רק כשמרגישים שחייבים ללכת בשביל**= נוצרת מחויבות משפטית.

ישנה אנומליה כי מדינות לא ירגישו שהן חייבות לעשות משהו אלא אם יגידו שזו חובה משפטית, לא ברור מתי נוהג הופך למנהג. אין חלוקה בינארית אלא תהליך. הזכות להגדרה עצמית היא זכות מנהגית במשב״ל אבל כל מומחה למשב״ל יגיד תאריך אחר שבו זה קרה. לכל תשובה יש רמת לגיטימיות משכנעת אחרת.

* **פרקטיקה שנוצרת תחילה באופן ספונטני**= מורכבת מ-3 אלמנטים: מתמשכת, כללית, עקבית. עולות שאלות, מהו משך הזמן, כמה מדינות צריכות לפעול כדי שיהפוך למנהג, כיצד מיידעים את כל המדינות (רלוונטי יותר לעבר)? למרות כל הקשיים המנהג חשוב מאוד כי הוא היסוד של המשב״ל ובפרט של כמה תחומים מרכזיים- דיני הים, אחריות מדינה, דיני לחימה ועוד.

התנאים להיווצרות מנהג

מקובל לפרש את סעיף 38 (1)(B) כמציב שני תנאים מצטברים:

**יסוד פיזי** – פרקטיקה – "נוהג כללי" (State Practice) – איך מדינות מתנהגות בפועל. פרקטיקה היא התנהגות מקובלת שצריכה לעמוד ב- 3 מבחנים:

1. **ממושכת** – דרישת זמן. פעולה חד״פ לא יכולה לייצר מנהג. יש מלומדים הטוענים שכאשר רק למדינות מסוימות יש יכולת לפעול ניתן ליצור מנהג ברגע. לדוגמה, שליחת כלי טיס לחלל, אי אפשר לשלוט בצורה מדויקת את השטח בו הכלי נמצא. עד כמה ריבונות של מדינה חלה בחלל? מלומד אחד טוען כי ברגע שארה״ב ורוסיה העלו כלי טיס לחלל ושאר המדינות לא התנגדו, נוצר מנהג חדש. זו טענה רדיקאלית ולא מקובלת. הדעה המקובלת היא שמנהג דורש זמן. באותה נשימה אין גם זמן מינימלי כי זמן הוא מאוד תלוי הקשר. בתחומים מסוימים נצטרך יותר או פחות זמן. כמה שפולשים יותר למדינה נדרש יותר זמן מתוך כבוד לריבונות המדינה ועיקרון ההסכמה. דוגמאות למנהגים- מנהג שהתפתח מהר הוא ריבונות על מרחב אווירי בסוף מלחמת העולם ה-1. מנהגים שהתפתחו במשך דורות הם מנהגים הקשורים לדיני הים. דוגמה קונקרטית- המדף היבשתי הצפוני (**פס"ד North sea continental Shelf ICJ 1969**). הקרקע שמתחת למים היא מדף יבשתי, המדף הזה יכול להמשיך הרבה מאוד מייל. על המדף היבשתי הזה, בגלל השילוב של המערכת האקולוגית הימית ובגלל שמדובר על אדמה, יש הרבה מאוד משאבים- מינרלים, נפט, גז וכו. בעבר לא היה שימוש במדף כי לא ידעו לנצל אותו אבל החל משנת 45׳, גילו את היכולת הנדרשות לכך והתחילו להשתמש בו. הראשונה הייתה ארה״ב, הנשיא בזמנו הכריז על שימוש במדף היבשתי של ארה״ב וכל המדינות האחרות החליטו שהן בעד כדי להשתמש במדף של עצמן. משנת 45׳ ועד 58׳ נאספו כמעט 30 הכרזות על מדפים יבשתיים. ב-1958 ניסחו את אמנת ז׳נבה לדיני ים. האמנה ניסתה לקבוע כלל שאמור ליישב מחלוקות לגבי מדף יבשתי שמדינות חולקות (מדינות שכנות). אמנת זנבה הציעה את ״כלל המרחק השווה״- כלל שמיטיבי עם דנמרק והולנד על פני גרמניה. בשנת 69׳ דנמרק והולנד החליטו לפלוש למדף של גרמניה, ביקשו מה-ICJ להחיל את הכלל של המרחק השווה למרות שגרמניה לא הייתה מחויבת לאמנה הזו באמצעות טענה שהנוהג הפך למנהג. ה-ICJ לא השתכנע שהפרקטיקה שהולנד ודנמרק הציעו היו מספיק מקובלות ואלמנט הזמן לא משכנע (מ-58 ל-69). ב-69׳ דברים התקדמו מאוד לאט ובית הדין החליט ש-11 שנים זה זמן קצר מדי. בעידן של היום 11 שנים זה המון זמן. ה-ICJ קבע באופן עקרוני שהם **לא שוללים** את האפשרות שמנהג ייווצר תוך 11 שנים אבל כדי שהוא ייווצר שאר האלמנטים צריכים להתקיים בצורה מאוד חזקה, מה שלא הוכח במקרה הנ״ל.
2. **עקבית** – על פניו נדרשת פרקטיקה של כל המדינות הרלוונטיות. אם לא כל המדינות יחליטו על אותו הדבר יש לנו מנהג לא קונקרטי. לדוגמה, החלטה כמה מייל יהיה מים טריטוריאליים. מצב כזה נפתר ע״י ניסוח אמנה. מדינות צריכות להיות עקביות באופן שבו הן מיישמות את הכלל. מדינות הרבה פעמים מצהירות על משהו אחד אבל בפועל עושות משהו אחר. במשב״ל מסתכלים על ההצרה של המדינה ובוחנים איך היא מתייחסת לפרקטיקה שנוגדת את ההצרה. לדוגמה, אם מדינה אומרת שאסור לענות אבל בפועל גילו שגנרל בצבא ביצע עינויים. לא נסתכל מה שהמדינה הצהירה או על מה שהיא עשתה אלא על התגובה שלה לעינויים- לסתירה של ההצהרה. אם המדינה מגנה את המקרה הנ״ל, מנסה להצדיק את החריגה מתוך הכרת הכלל, אנחנו מניחים שהמדינה מאמינה בקיומו של הכלל. הסיבה לכך היא שיקולי מדיניות, כמות הסתירות בין ההצהרות לפעולות היא בלתי נגמרת וצריך דוקטרינות שמיישבות בין הפער. הדוקטרינה יושמה בהרבה מקרים וגם במקרה של פילרטיגה, (**פס"ד Filartiga 1980**): מתקיים בארה״ב. חוק שקובע כי זרים יכולים לתבוע תביעה נזיקית את מי שהפר כלפיהם או כלפי בני משפחותיהם נורמות חמורות של המשב״ל. פילרטיגה היה מתנגד משטר בפרגוואי שנתפס ע״י המשטרה, עונה ונעלם. ככל הנראה הוא מת אבל לא מצאו אותו. הקצין שחקר אותו עבר מפרגוואי לארה״ב. המשפחה של פילרטיגה עברה גם היא לארה״ב. ארגוני סיוע משפטי איתרו את ההזדמנות ודחפו את המשפחה לתבוע את משפחתו של פילרטיגה. בשנת 1980 ברור שיש התנגדות גדולה לעינויים אבל לא היה ברור אם זה מנהגי, לא הייתה אמנה נגד עינויים. ביהמ״ש בארה״ב היה צריך להכריע אם עינויים זה איסור מנהגי או לא. הנתבע, הקצין, טען שאין איסור במשב״ל על עינויים כי יש הרבה מדינות שמענות. התשובה של המשפחה של פילרטיגה ושל ביהמ״ש הייתה שלמרות שיש עינויים במקומות מסומים המדינות שבהם קרו העינויים הצהירו שזאת לא המדיניות וכי מדובר בקצין שסרח או נסיבות חריגות.
3. **כללית** – מדינות פרסונליות. כשהוקם האו״ם היו עשרות ספורות של מדינות, באזור ה-40 מדינות, היום יש בעולם כמעט 200 מדינות. כדי לבסס מנהג לא ניתן לעקוב אחרי 200 מדינות. את הקושי נפתור באמצעות שיטת הרוב. לא מסתכלים על כל המדינות אלא על רובן וגם אז רק על המדינות הרלוונטיות והחשובות. נתנו חשיבות גבוה יותר למדינות החזקות. לכאורה, זה פתרון רע- מייצר ומשמר הגמוניה. המשב״ל הוא תחום משפט שהתפתח כמפעל אירופי והמשיך כמפעל של מדינות מערביות. בעשורים האחרונים יש שינוי מגמה, המדינות המתפתחות הפכו למשמעותיות יותר במשב״ל והן משנות את האיזון. באמנות זנבה משנת 49׳ יש 194 מדינות חברות. רוב האמנות הללו משקפות מנהג. הפרוטוקול הראשון לאמנת זנבה גם בו חברות כמעט 180 מדינות אבל המדינות שלא הצטרפו לאמנה הן מדינות משמעותיות לדיני המלחמה- ארה"ב, ישראל, פקיסטן, קשמיר, הודו ועוד. בגלל שמדינות מאוד רלוונטיות לא הצטרפו לפרוטוקול הראשון הוא לא מנהגי למרות שכמעט כל המדינות חברות בו. הכלל מדבר על כלליות של איכות ולא של כמות.

**יסוד נפשי** – תחושת מחויבות – "שנתקבל בבחינת דין" (Opinion Juris) – המדינות יעשו זאת מתוך תחושת נחיצות משפטית. היסוד הנפשי מורכב מאוד בהקשר של מדינות אבל להבנת המרצה הרבה יותר קשה להוכיח מבחינה אמפירית איך מדינות פועלות מאשר להוכיח כשהן פועלות מה המניע שלהן.

**פס"ד Lotus PCIJ 1927**

הפרשה שבאמצעותה נהוג להסביר על היסוד הנפשי. מדובר על ספינה צרפתית שהתנגשה בלב ים עם ספינה טורקית. ההתנגשות הייתה מחוץ לטריטוריה של המדינות אבל קרוב יותר לטורקיה וכתוצאה מכך נהרגו 8 מלחים טורקים. הטורקים הגיבו ראשונים ולקחו את כל השארים לטורקיה. העמידו לדין את הקצין הצרפתי על רשלנות בניווט בהתבסס על סמכות פלילית מקומית. צרפת אמרה שלטורקיה אסור להעמיד לדין את האזרח הצרפתי, היא הייתה צריכה להעביר לצרפת את הקצין על מנת שיועמד שם לדין. היא פנתה ל-PCIJ והציגה פרקטיקה של מדינות שהסגירו במקום להעמיד לדין בנסיבות דומות. ה- PCIJ שלל את הטענות של צרפת, בטענה שהיו מדינות שבחרו להסגיר אבל בגלל שיקולים אחרים (ידידות בין המדינות, יחסים דיפלומטיים ועוד) ולא מתוך חובה משפטית. צרפת לא הצליחה להוכיח שאסור למדינה להעמיד לדין אזרח של מדינה אחרת שפגע באזרחים שלה. ה- PCIJאמר שיכול להיות שמדינות מעדיפות להסגיר אבל **לא מתוך תחושת מחויבות משפטית**. ״כלל הלוטוס״ אומר כי מדינות יכולות לעשות מה שהן רוצות אלא אם כן אסור להן לעשות את זה. יש רף גבוה כדי להוכיח שיש לקחת ממדינה את הריבונות שלה (לקבוע שאסור לה לעשות משהו). הכלל חייב להיות מכוח אמנה או מנהג ברור שאפשר להוכיח בו יסוד נפשי ופיזי.

כיצד מוכיחים קיומו של מנהג?

היסוד הפיזי- פרקטיקה מדינתית- דיווחים עיתונאיים, דוחות ועדות חקירה, דברי חקיקה פנימיים של המדינה, החלטות ממשלה, אגרות דיפלומטיות, מסמכים של משרדי חוץ, הכרזות של בכירי ממשל, פסקי דין מדינתיים ובינ''ל שמצביעים על אופן הפעולה של המדינות, וכמובן גם הפעולות הפיזיות בפועל של מדינות. יש הרבה דרכים שאפשר לאתר בהן מה מדינה עושה ומה מדינה חושבת.

לדוגמה, מדינת ישראל מחוקקת חוק חסינות מדינות זרות המסדיר את המעמד של חסינות של מדינות זרות בישראל. זה ישמש גם כהוכחה לפרקטיקה כי זה מה שיחול בארץ וגם יסוד נפשי דרך דברי ההסבר לחוק. כשמדינת ישראל מחוקקת חוק היא יכולה להגיד בדברי ההסבר שחשוב להיות נחמדים (שיקול תועלתני) והיא יכולה לכתוב שיש משטר מנהגי שמקנה חסינות לדיפלומטים המעוגן בוועדת וינה בדבר זכויות דיפלומטיות ואנחנו כחלק ממשפחת העמים בוחרים להחיל זאת- זה יסוד נפשי חזק. התגובה של מדינה ביחס למדיניות מסוימת מעידה על היסוד הנפשי. היסוד הנפשי הוא הרציונל מאחורי הפעולה או ההצדקה שניתנת לפעילות.

**יש צורך בחפיפה ניכרת בין הפעולה לבין ההצדקה לפעולה**. נוהל הקש בגג הוא נוהג שפותח עצמאית ע״י צה״ל ולכן לא היה צריך להצדיק אותו, עם השנים עוד מדינות החליטו לאמץ את הנוהג הנ״ל. אם עוד ועוד מדינות ילכו בשביל שמדינת ישראל יצרה האם נוצר מנהג לפי דיני הלחימה? יתחילו לבחון קודם כל מה חשבו המדינות שסללו את השביל, משיקול תועלתני, תדמיתי או שהן עשו את זה כי הן חשבו שזה מה שהחוק דורש מהן. אם יוכיחו שישראל פעלה כך כי חשבה שזה מה שהחוק דרש ממנה וכך גם שאר המדינות יוכל להיווצר מנהג אבל רק אם יעמוד בתנאים של היסוד הפיזי והנפשי.

האם מדינה יכולה להוציא את עצמה מגדר התחולה של המנהג?

יש למדינה דרך לא להיות מחויבת למנהג- **דרך דוקטרינת המתנגדת העקבית**. אם מדינה מתנהגת למנהג מהרגע שהוא מתחיל להיווצר באופן עקבי ופומבי, היא יכולה להחריג את עצמה מתוך המנהג. לדוגמה, הפרוטוקול הראשון לאמנת ז׳נבה, כיום חתומות עליו 180 מדינות אבל הרבה מהן מחילות את הכלל של שבוי מלחמה ללוחם חופש. יתכן ונוצר מנהג בנושא הזה אבל ישראל מרגע ניסוח הפרוטוקול הביאה את ההתנגדות שלה לסעיף ולפרוטוקול כדי להיות מתנגדת עקבית לכלל הזה במידה והוא יהפוך למנהגי. לפי הצלב האדום רוב הפרוטוקול הראשון הוא כבר כלל מנהגי. מדינות כמו ארה״ב כותבות דוחות מפורטים נגד הצלב האדום- **התנגדות מהותית ולא נקודתית.** מדינות לא חייבות להסכים לקביעות משפטיות או להתפתחות של המשב״ל אבל חייבות לקחת חלק במשחק ולהציג את העמדה שלהן. השיקולים הם יציבות, סדר וודאות. מדינות צריכות לדעת מה הכלל ומדינות העולם צריכות לדעת מי פועל על איזה כלל. אם מדינה אחת מתנגדת מדינות אחרות יוכלו לדעת איך היא תפעל במקרה מסוים.

דין קוגנטי Jus Cogens

מונח שקיים בדיני המקומי וגם בדין הבינ״ל. התחילו לקדם הכרה בזכויות שמרוב שהן חשובות, אסור לחרוג מהן בשום מצד. האיסור על עבדות, שימוש בכוח, רצח עם, אפליה גזעית, פשעים נגד האנושות, הפרות זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני המלחמה. הרשימה הזו לא סופית ויש מחלוקות לגביה. מה שאין לגביו מחלוקת זה מה המשמעות או הנפקות של דין קוגנטי:

1. **סעיף 53 לאמנת וינה** – "**אמנה בטלה אם בזמן שבו ערכו אותה היא עומדת בסתירה לדין קוגנטי**." למשל אמנה לא יכולה לקבוע שמותר להרוג שבויי מלחמה, כי יש דין קוגנטי בנוגע לשבויי מלחמה. זה מן "תקנת הציבור" של המשב''ל. אם יש דין קוגנטי אסור לחתום על אמנה שסותרת אותו.
2. **סעיף 64** – "**אם במהלך הזמן מתגבשת נורמה קוגנטית – כל אמנה סותרת (גם אם היא קדמה בזמן) – הרי שהיא בטלה**". אם נחתמה אמנה שלא מפרה דין קוגנטי בזמנה אבל לאורך הזמן נוצר איסור קוגנטי אז הסעיף או האמנה יבוטלו. כמו 53 אבל ברצף כרונולוגי אחר.

**שיעור 5- 19.11.19**

היחס בין אמנה למנהג

כזכור, אמנות לפעמים משקפות מנהג מלכתחילה ולפעמים סעיפים מסוימים באמנה הופכים למנהגיים עם הזמן. עולה השאלה מה היחס בין כלל מכוח אמנה לבין כלל שהוא מכוח מנהג? האם בהם בעלי אותו מעמד? למה חשוב שכלל שהפך למנהגי עדיין יחול מכוח אמנה? התשובה היא הקונקרטיות. אם אנחנו יודעים שיש מנהג בנושא הזכות להגנה עצמית שהוא מנהגי, אנחנו יודעים שכשתוקפים אותנו מותר לנו להגיב במתקפה נגדית. ברגע שהכלל עולה על הכתב (ס׳ 51 למגילת האו״ם) אפשר לראות שמה שמצדיק את ההגנה העצמית זה מונח משפטי שנקרא ״מתקפה צבאית״. בנוסף, כאשר עושים קודיפיקציה למנהג, הרכיבים של המנהג הופכים להיות יותר ברורים. למשל, הזכות להגנה עצמית דורשת תגובה מידתית או כל אלמנט משפטי אחר שנוצר תוך כדי הקודיפיקציה. באופן עקרוני יש דרך פשוטה ליישב בין הכללים הללו והיא באמצעות עקרונות **כלליים של המשפט**- דין ספציפי גובר על דין כללי, דין מאוחר גובר על דין מוקדם.

המפעל של קודיפיקציה לכדי אמנה הוא מפעל שהופך לחשוב יותר ככל שהזמן עובר. יש גוף מרכזי שפועל תחת האו״ם ונקרא הוועדה למשפט בינ״ל- גוף של 34 מומחים למשב״ל שתפקידם הוא גם פיתוח וגם קודיפיקציה של המשב״ל. הם לוקחים מנהגים ומעלים אותם על הכתב ואז או שיוצרים כללים כמו כללי אחריות מדינה או יוצרים אמנות כמו אמנת ווינה בדבר יחסים דיפלומטיים.

לפעמים הרצון לייצר אמנה מביא לתקלות- מדינות לא רוצות להצטרף לאמנות מסוימות. היתרון של אמנה הוא שאם היא מצליחה זה ההישג האולטימטיבי- אמנה, הסכמה להצטרפות והסכמה לאלמנטים משפטיים. לכן- אין תשובה חד משמעית.

ישנן כמה הצדקות להפיכת מנהג לאמנה

1. **הגברת וודאות של הכלל**- לחזק את הקרדביליות של המנהג.
2. **הגברת וודאות של התוכן של הכללים**.
3. **יכולת לקבוע מנגנונים של יישום, בקרה ואכיפה-** כל אמנות זכויות האדם כוללת גופים שאמונים על האכיפה. כמו האמנה לזכויות האדם 1966 (ICCPR) שהקימה וועדה של 18 מומחים העוסקים באופן שוטף במעקב אחר אופן יישום האמנה על ידי המדינות השונות. מנגנון זה התאפשר רק לאחר כתיבה האמנה.

אמנה יכולה להתחיל **כאמנה יוצרת חוק**, כלל חדש. למשל ב-1907 נוסחו תקנות האג הרביעיות. לא כל המדינות הצטרפו, ספציפית גרמניה. במשפטי נירנברג שהתקיימו ב-1945, ביהמ״ש היה צריך לקבוע איזה חוק חל על גרמניה, איזה מדיני המלחמה. למרות שגרמניה לא הצטרפה לתקנות האג, נקבע בבית הדין שגרמניה מחויבת לכללים אלה מכוח תקנה זו בגלל שהם הפכו למנהגיים.

כזכור, יכול להיות שאמנה תהיה עם מס׳ גבוה של מדינות חברות ורוב האמנה באמת תהפוך למנהגית. אבל, באותה המידה יכול להיות הפרוטוקול הראשון לאמנות ז׳נבה שלמרות שחברות בו כמעט 180 מדינות, הכללים הקונסטיטוטיביים (יוצרי חוק) לא יחשבו למנהגיים כי המדינות שלא הצטרפו הן מדינות רלוונטיות לתחום דיני הלחימה.

חלק מהאמנות מנסות **לעשות קודיפיקציה**, גם להיות דקלרטיביות וגם לייצר כללים חדשים. אמנת זנבה משנת 1958 הכירה במים טריטוריאליים של מדינה אבל היא הייתה גם יוצרת חוק בכך שהיא הציעה כלל ליישוב סכסוכים על המדף היבשתי שאחרי זה היווה את הבסיס לסכסוך בין דנמרק, הולנד וגרמניה. בגלל הרצון להגביר את הוודאות ולהקים מנגנוני אכיפה, הנטייה היום היא לנסות ולנסח כמה שיותר אמנות כדי להפוך את הדין הבינ״ל לכמה שיותר קונקרטי.

עקרונות משפט כלליים

המקור השלישי לפי סעיף 38 לחוקת ה-ICJ. מדבר על עקרונות המשותפים לכל המדינות ״בנות התרבות״. המונח לא נבחר סתם כי ההצדקה לקולוניאליזם הייתה הרצון לתרבת את הפראיים. כיצד מוצאים עקרונות משפטיים כלליים? מסתכלים על שיטות משפט במדינות שונות ואם יש כלל שמקובל בכולן אזי יש לנו עיקרון כללי שניתן ליישום גם במשב״ל. זה מעט אבסורדי, כי אם נסתכל על דוגמאות כמו תו״ל, עילה בת עוולה לא תצמיח זכות תביעה, עקרון מעשה בית דין, עקרות האישיות המשפטית העצמאית, לגיטימי לחשוב כי מקומות כמו טנזניה וניגריה לא הכירו את הכללים הללו. חלק ממשימת התרבות של הבריטים הייתה להקים מערכות משפט במדינות אלו. כל העקרונות האלה באו ממדינות אירופאיות, הוכנסו למערכת המשפט המקומית וכעת זהו כלל אוניברסלי. במשב״ל פלילי ישנה סמכות אוניברסלית- פשעים חמורים במיוחד אפשר להעמיד לדין את כולם בכל מקום. הפושע הבינ״ל הראשון היה הפיראט במאה ה-17. תמיד צריך להסתכל על הכללים של המשב״ל בעין ביקורתית.

הרציונל לקיומו של כלל מכוח עיקרון משפטי כללי הוא התוקף האוניברסלי שלו, לכאורה. זה מבטא את **ההסכמה** (עקרון מכונן במשב״ל). הצדקה פרקטית נוספת היא שצריך עקרונות כלליים כדי להימנע ולהתמודד עם לקונה. אנחנו רוצים להימנע ממצב שבו אין דין כי לא היו הרבה מנהגים ואמנות אבל הדבר לא החזיק יותר מדי זמן. כמו שראינו, תוך כמה שנים היה את פרשת הלוטוס ושם העיקרון אומר שכל מה שלא מצויין במפורש כאיסור- מותר. לכן, אין באמת לקונה.

מה קורה בפועל?

עקרונות משפט כלליים בהחלט מיושמים בפסיקה בינ״ל ובאים לידי ביטוי באמנות אבל בדרך כלל מדובר בכללים פרוצדורליים- לדוגמה לישוב מחלוקת בין אמנה למנהג או לכלים פרוצדורליים שקשורים להליך המשפטי. למעשה בית הדין מבקשה לייעל את ההליך המשפטי. רוב העקרונות הכללים משמשים בהליכים שיפוטיים. היום לכאורה כשיש לנו כמעט 200 מדינות בעולם, העולם מגוון יותר ויש פחות סיכוי למצוא עקרונות משפט כלליים חדשים. הביקורת היא שמלכתחילה העולם אמור היה להיות הטרוגני אבל האימפריאליזם הפך אותו לזהה וקטן יותר.

המקרה האחרון שבו מצאו עיקרון משפט כללי היה **בפרשת ארדמוביץ׳-** נאשם בטבח טען שכפו עליו לקחת חלק בטווח כי אחרת היו רוצחים גם אותו. ביהמ״ש ICTY בדק 28 מדינות, בחלוקה גאוגרפית, ושם הוא מצא שבכל המדינות שהוא בדק יש התייחסות לכורח בהליך פלילי אבל היה הבדל במשמעות שלו. בחלק מהמקומות היה פטור מוחלט, במקומות אחרים זאת הצדקה להפחתה של עונש. כדי ללכת עם המכנה המשותף הרלוונטי ביותר, ביהמ״ש החליט להפחית עונש מכוח הכורח.

מקורות משפט משניים- מקור רביעי

ס' 38(1)(ד) לחוקת ה-ICJ: **''החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט''**.

גם בתי דין מקומיים וגם בינ״ל כל עוד עוסקים במשב״ל וגם כתיבה של מלומדים. שני המקורות הללו הם מקורות משניים. התפקיד שלהם הוא להכווין, להאיר או להראות את הכללים העיקריים. מלומד או בית דין תפקידו הוא לפרש את האמנה, לזהות את המנהג או העיקרון הכללי. במקרה הכי נדיב, תפקידם להציג מהו הדין הראוי ולא הרצוי, הם לא אמורים לייצר דין. הספרים לא יוצרים זכויות אדם אבל הם הראו את הכיוון. ההבחנה הזאת לא עומדת במבחן המציאות כי כמו שציינו ה-ICTY הכיר בהרבה מאוד מנהגים. כנ"ל לגבי ה-ICJ. מנהג שעד אותה נק׳ זמן פתאום הפך למנהג מוכר כי היה בית דין שהצביע עליו. עולה השאלה אם הוא מצביע על החוק או יוצר אותו. הזכות להגדרה עצמית שלא הייתה דין ב-1960 הפכה לדין כי בפרשת נמיביה באותה שנה בית הדין קבע שזאת זכות מנהגית. הגבולות התיאורטיים לא תואמים תמיד את המציאות. הסיבה שמדובר במקור עזר הוא ס׳ 59 לחוקת ה- ICJ – אין תקדים מחייב ב- ICJ. ההחלטה מחייבת רק את הצדדים באותו הליך. למרות זאת, בפועל בית הדין תמיד מצדד החלטות קודמות שלו ואם מדינה פונה לבית דין או מגיבה לטענות בתחום המשב״ל היא מצטטת גם מלומדים וגם פסקי דין קודמים. זה קורה כי יש הרבה מדינות עם שיטת משפט מקובל בה התקדים מחייב ובפועל זה אמצעי שכנוע. בית הדין לא מצטט מלומדים בגלל שהם רוצים למנוע **קנאת סופרים**. רק מלומד אחד בהיסטוריה צוטט על ידם- שבתאי רוזן הישראלי עקב היותו דמות מובילה במשב״ל. הוא היה אחד המומחים הגדולים לפרקטיקה של בית הדין.

כשניקרגואה הגישה כתב טענות כלפי ארה״ב, בית הדין היה צריך לפרש עקרונות כמו הזכות להגנה עצמית, עקרון אי ההתערבות והתערבות הומניטרית, דבר שהיה עמום לפני הפך לבהיר יותר בגלל הפרשנות של בית הדין.

היום יש מס׳ חסר תקדים של בתי דין בינ״ל. לכאורה, יש חיזוק לעוצמה ולתוקף של פסקי הדין במשב״ל, יש יותר פירוט ויותר מקצועיות של השופטים. בפועל, יש לנו בלגאן. ה- ICJ מפחד שבתי דין אחרים יקחו לו את היוקרה אז יש מלחמות על תקדימים. בנושא ייחוס אחריות לפעולות של קבוצה שמדינה שולטת בה יש סטנדרט שהציב ה- ICJ וסטנדרט של בית דין אחר. בנוסף, יש לנו ״**super שופטים**״- אנטוניו קססה היה מומחה למשב״ל וכיהן כנשיא ביהמ״ש למלחמות ביוגוסלביה, רואנדה, סיירה לאון, לבנון, שופט ב- ICJ וכו. יש כאן עניין בעייתי מבחינה פרסונאלית, אין ייצוג של כל העולם. ולמרות שיש הרבה בתי דין והמשב״ל יותר נוכח וחזק, זה גם מייצר בעיות.

החלטות של בתי דין מקומיים

בתי דין מקומיים משמעותיים ב-2 מובנים:

1. גם הפסיקה של בית דין מקומי וגם כתב הטענות שמדינה מגישה לבית דין מקומי יכולים **לקדם התפתחות של מנהג**. מביע גם פרקטיקה וגם יס״נ.
2. **מפרש כללים של בתי דין מקומיים**. יש כמה פסקי דין שמאוד משמעותיים- פרשת אייכמן הינה הפס״ד הראשון מאז מלחמת העולם השנייה בה מדינה העמידה לדין אדם שלא אזרח שלה באשמה אוניברסלית. כמו כן יש את פרשת פינושה, סיכולים ממוקדים ופרשת חמדאן בארה״ב- השפיעו מאוד על הפרשנות של השאלה מי אזרח ומי לוחם בזמן מאבק מזוין. בנוסף, לגבי השאלה איך מגדירים סכסוך מזוין.

אמצעי עזר נוסף- כתבי מלומדים

כתבי מלומדים, ה- ICJלא מתייחס למלומדים בהחלטותיו אבל כל מדינה או כל ארגון בין אם ממשלתי או לא, שעוסקים במשב״ל או מביעים עמדה בדרך שכנוע נוהג להפנות למלומדים. בתי דין מקומיים כן מתייחסים למלומדים, אנטוניו קססה, בהחלטה של אהרון ברק בפרשת הסיכולים הוא הסתמך על הכתיבה של אנטוניו קססה. היו מלומדים נוספים שהוזכרו בהחלטה הזו.

מקורות נוספים מחוץ לחוקת ה- ICJ

1. **הצהרות חד צדדיות**- מדינה יכולה להחליט, משיקולים תדמיתיים או תועלתניים או מכל שיקול אחר שהיא מקבלת על עצמה כלל שלא מחייב אותה. לדוגמה, בשנות ה-70׳ צרפת עשתה ניסויים גרעיניים (אטמוספריים) באי שנקרא צרפת הפולינזית הנמצא לא רחוק מאוסטרליה וניו זילנד. צרפת חשבה שהיא יכולה לעשות את הניסויים האלה כי זה שטח שלה אבל אוסטרליה וניו זילנד פנו ל- ICJבתביעה שצרפת תפסיק עם הניסויים מחשש לפגיעה בסביבה, בספינות אוסטרליות וכו. בזמן ההליכים, נשיא צרפת כינס מסיבת עיתונאים ואמר שלמרות שצרפת לא מחויבת להפסיק את הניסויים, היא מכריזה בזאת שהיא מתכוונת להפסיק עם כל ניסוי של נזק גרעיני **באטמוספרה**. צרפת, שלכאורה לא ברור אם הייתה לה חובה לפעול, הכריזה משיקולי ידידות עם המדינות השכנות שהיא תפסיק עם הניסוי. הקריטריונים שקבע בית הדין לכך שמדינות יכולות לקבל התחייבות חד צדדית הם שההכרזה תהיה מפי גורם מוסמך, פומבית ואם ניתן להוכיח מהלשון והטקסט של ההכרזה ומהנסיבות וההקשר שהיא אמורה להיות מחייבת. אם נשיא צרפת מכריז על הפסקת הניסויים, באופן פומבי, הוא לקח על עצמו התחייבות חד צדדית. כך נוצר מקור חדש במשב״ל. בשנות ה-90׳ צרפת החליטה שהיא מנסה עוד פעם להיכנס לרצף של ניסויים גרעיניים אבל הפעם **במים**. אוסטרליה וניו זילנד פנו שוב לבית הדין והפעם בית הדין אמר שההתחייבות הייתה מאוד ספציפית- לאטמוספרה בלבד, ולכן היא לא מחייבת אותם.

דוגמה נוספת- בשנת 1971, מאיר שמגר, היועמ״ש, מפרסם מאמר אקדמי בכתב העת של אוני׳ תל אביב וגם מכרזים בכנסים אקדמיים שישראל תחיל את ההוראות ההומניטריות של אמנת זנבה הרביעית ביו״ש ובעזה. ההתחייבות הזו הספיקה לבתי דין ישראליים שהחל משנות ה-80׳ התחילו לקבל עתירות של עותרים פלסטיניים והחילו את אמנת זנבה הרביעית על בסיס אותה התחייבות חד מצדדית.

1. **החלטות של ארגונים בינ״ל**- בימינו יש יותר ויותר ארגונים בינ״ל ולחלקם יש סמכות לקבל החלטות. באו״ם יש 2 גורמים מרכזיים:

* **מועצת הביטחון**- מכוח סעיף 25 למגילת האו״ם, מועצת הביטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות למדינות הרלוונטיות. ההחלטות מתקבלות בדרך כלל על בסיס או בהקשר של **פרק 7 למגילת האו״ם**- הפרק העוסק בשימוש בכוח. אם האו״ם רוצה לשלוח כוחות שמירת או״ם למקום מסוים בעולם מועצת הביטחון יכולה לקבל החלטה ואז היא מחייבת כמו דין.
* **העצרת הכללית**- לעצרת הכללית אין סמכות כמו למועצת הביטחון, זהו גוף פוליטי, פעם קיבלו בעצרת הכללית החלטה על חשיבות של חיוכים. מדובר על מקום בו יש פורקן למדינות, הן יכולות לקדם החלטות שחשובות להן ומקבלות ביטוי אבל אין לזה השלכה משפטית. החריג הוא שהעצרת הכללית יכולה לפעמים לקבל החלטות מהותיות שעם הזמן ישפיעו על התפתחות של מנהג. דוגמה- שורה של החלטות, הראשונה בשנת 1960, השנייה ב-1966 והשלישית ב-1970 העוסקות בזכות להגדרה עצמית. בפרשת נמיביה הזכות הוכרה כמנהגית, חלק מההצדקה הייתה הפנייה לשלוש ההחלטות הללו בכך שהן התקבלו כקונצנזוס. הדיאלוג בתוך העצרת מעידים על עמדה של מדינה- היסוד הנפשי של מדינה. דוגמה נוספת, לפעמים יש נורמה- איסור התוקפנות. במשפטי נירנברג העמידו לדין על מס׳ פשעים בינ״ל, אחד מהם הוא תוקפנות. עד אז לא היה מסמך בינ״ל שעוסק בכך אבל ב-1974 התקבלה החלטה 3314 שהגדירה מהי תוקפנות. מאז אותה שנה ועד 2008 זו הייתה ההגדרה לפי המשב״ל כי זה היה המקור היחיד. מתקשר ל**הטיית הזמינות**- אם רואים או קוראים דבר מה ונשאלים על אותו דבר, ככל שהדבר היה נוכח בזמן קרוב יותר הוא יקפוץ מהר יותר לראש. נזכרים במה שזמין לנו כבני אדם וכך גם במשב״ל. אם צריך לדון בכלל מסוים- דנים במה שיש. ההחלטה הזו הייתה הדבר היחיד שהיה על השולחן, כשניסחו את חוקת ה-ICC והיו צריכים להגדיר תוקפנות, ההחלטה הזו הייתה הבסיס למה שהיום הוא הכלל המחייב. לכן, כשאין משהו חזק יותר החלטות המועצה משמשות למקור פרשני.

1. **דין רך soft law**- מסמכים שאין להם מעמד משפטי מחייב אבל בפרקטיקה הם מקבלים תשומת לב שהופכים אותה לבעלת משמעות. כשה-ILC- הוועדה למשפט בינ״ל מפרסמת כללי אחריות מדינה אין להם מעמד מחייב. אם מדינות מכירות בערך של אותם כללים אז הם הופכים למשהו שמשקף משפט מנהגי. אם בשנות ה-70׳ לא היה לנו בכלל משב״ל סביבתי ובאו הצהרות כמו הצהרת ריו והצהרת שטוקהולם שבהם באו קבוצה של מדינות ואמרו שחשוב לשמור על הסביבה ולהימנע מיצירת חור באוזון. העובדה שלא היה שום משב״ל סביבתי לפני זה גרמו לכך שמישהו רצה לדבר על הגנה על הסביבה הוא הפנה להצהרות הקיימות. ההצהרות האלה, למרות שאין להן ערך משפטי הפכו לבסיס לשיח. כשהגיע היום שכתבו אמנות שייעגנו את הנושא הבסיס לדיון היה ההצהרות הללו. ככל שיותר מדינות מביאות תמיכה במסמך של דין רך, זה יכול להפוך למנהג. אם לא, כשבתי דין יצטרכו לדון בשאלה מסוימת הוא ילך למסמכים שקיימים. דוגמאות הם כללים של ה-OECD לאחריות תאגידים בינ״ל- זה חשוב בגלל שתאגידים היסטוריים היו תאגידים מערביים שהגיעו לקולוניות ויכלו לעשות שם מה שהם רוצים בלי אחריות דומה לזו שיש להם במדינת המוצא. לדוגמה התנהגות חברת הנפט ״של״ בניגריה. באו״ם יש מומחה זכויות אדם שמנסה לקדם את הנושא אשר הציע את ״**העקרונות של רוגי**״. כשמלומד של המשב״ל מציע כללים זה לא מחייב אף אחד אבל זה מעיד על הדין הרצוי והראוי- לאן אנחנו רוצים לשאוף. ככל שיש יותר הסכמה וקונצנזוס זה יכול להפוך לדין מחייב. בפועל, יש כאלה שעשו מחקרים אמפיריים שבדקו עד כמה החלטות מסתמכות על דין רך וגילו שדיי הרבה. לדוגמה, אם יש בימ״ש בינ״ל שפוסק לגבי פליטים וצריך להחליט אם מגיע מעמד פליט למי שבורח ממדינה מסוימת בגלל הנטייה המינית שלו. אמנת הפליטים לא מסדירה את השאלה הזו. במקרה כזה ביהמ״ש פונה להנחיות לא מחייבות שהן המלצות של נציבות האום לפליטים. הוא הולך לדין הרך כדי להכריע לגבי הדין עצמו. אם בית הדין הימי בחיפה צריך להכריע לגבי התנגשות בין ספינות כגון מי האחראי על ההתנגשות הזו, אמנת דיני הים לא קובעת כללי ניווט אבל ארגון הימאות הבינ״ל הוציא כללים כאלו. הם לא מחייבים אבל אין לנו שום דבר אחר אז בית הדין יפנה למסמך הזה ויפסוק על פיו. כנ״ל לגבי בתי דין בינ״ל. אם אין תשובה נוקשה נלך לדין הרך, נראה לאן הדין אמור ללכת ואז מקבלים החלטה אם ללכת איתו או לא. נתיב נוסף שבו הדין הרך יהפוך לדין מחייב זה אם משהו שהפך לדין רך הופך למחייב. לדוגמה ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם היא הצהרה שהביעה לאן העולם רוצה ללכת לאחר מלחמת העולם השנייה. אחת המנסחות הייתה אלינור רוזוולט והיא רצתה לתת מגדלור מוסרי, בשנת 1948 קיבלו את ההחלטה כל המדינות החברות בעצרת הכללית של האום. בשנת 66׳ כשניסחו אמנות זכויות אדם, נשענו על ההכרזה האוניברסלית הזו. מה שהיה רצוי לפי ההכרזה האוניברסלית הפך למחייב מכוח אותן אמנות. חלקים מההכרזה הפכו לחלק מהאמנה ולאחר מכן הוכרו כמנהג.

**שיעור 6- 25.11.19- אביב**

היחס בין המשפט הבינלאומי והמשפט הלאומי

בפעם הקודמת דיברנו על מקורות המשפט הבינלאומי והמעמד של כל אחד מהמקורות. היום נסתכל על המקורות הללו מהצד של רשויות הדין הפנימיות- **כיצד** הן צריכות **להתמודד במקרה של סתירה בין נורמה מקומית לנורמה בינלאומית?**

בעבר היו פחות סיבות למשפט הבינלאומי להתנגש עם הדין הפנימי, כיוון שהמשפט הבינלאומי הקלאסי כלל דינים שמבקשים להסדיר יחסים בין מדינות. לעומת זאת, החל מסוף מלחמת העולם הראשונה החלו להיווצר נורמות שמכרסות בריבונות ופולשות לתוך העניינים הפנימיים של המדינות. לדוגמה, דיני זכויות אדם ומשפט בינלאומי הומניטרי וכו'. ככל שהדינים יותר מעורבים במה שקורה בתוך המדינות, ככה נוצרת יותר אינטראקציה בין המדינות למשפט הבינלאומי.

**מתי המשפט הבינלאומי הפך ממשפט אירופאי למשפט יותר אוניברסלי?** המפעל הקולוניאליסטי במדינות לא מערביות הביא איתו עקרונות ושיטות משפטיות אירופאיות- ניתן להתייחס למפעל זה דבר המסמל את תחילת הגלובליזציה הראשונה ויצירת הנורמות הראשונות של המשפט הבינלאומי, כמו חסינות דיפלומטית לדוגמה.

החשיבות של השאלה, **מה התפקיד של המשפט הבינלאומי במישור הפנימי** מובנת מאליה, אך נתייחס אליה בכל זאת. ככל שיש יותר יישום של המשפט הבינלאומי אצלנו בישראל, מן הסתם בכדי להיות משפטן ישראלי "שלם" ישנו הצורך להבינו יותר לעומק בכדי לדעת איך ליישם אותו.

השלכה נוספות, ככל שהדין הבינלאומי מיושם יותר ברמה הפנימית, זה מעיד על החשיבות והאפקטיביות של המשפט הבינלאומי. ישנו גם עניין תיאורטי, האם המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי הן חלק מאותה מערכת משפט או שהן שתי מערכות משפט נפרדות וצריך למצוא דרך ליישב ביניהן ולאפשר להן להתקיים בצוותא?

מבחינה עובדתית, התחושה הרווחת היא שיש **יותר ויותר פסקי דין ישראליים המתייחסים למשפט הבינלאומי**. הדבר נכון במיוחד עד שנת 2008. מדינת ישראל מחזיקה החל משנת 1967 בשטחי יהודה ושומרון ובעבר גם חבל עזה (עד 2005), והחל מסוף שנות השבעים החלו פלסטינים להגיש עתירות לבית המשפט העליון. עקב העובדה שבית המשפט העליון רצה לפתוח את דלתו בפני פלסטינים, החלו לעלות שאלות רבות בתחום המשפט הבינלאומי.

החל משנות התשעים, במיוחד אחרי שחוקי היסוד חוקקו, הלכה והתחזקה התחושה שהמשפט הבינלאומי צריך לתת משמעות יותר ניכרת, יותר פסקי דין הפנו למשפט הבינלאומי. בנוסף, בשנות התשעים הצטרפה ישראל לשש אמנות זכויות אדם גדולות:

1. אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות;
2. אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות;
3. אמנה לזכויות הילד;
4. אמנה נגד עינויים;
5. אמנה נגד אפליה גזעית;
6. ואמנה נגד אפליית נשים.

עקב ההצטרפות לאמנות הבינלאומיות, וכיוון שהדין הישראלי קיבל חיזוק מאוד משמעותי מחיקוק חוקי היסוד, עלה באופן מאוד משמעותי בשימוש במשפט הבינלאומי, בנוסף באותה התקופה, גם ארגונים לא-ממשלתיים, כמו האגודה לזכויות האזרח, התחילו לקדם יותר ויותר עתירות, גם לצד המיעוטים בארץ וגם לצד הפלסטינים ובתי המשפט הפנו יותר ויותר למשפט הבינלאומי- השיא היה כמובן בתקופה של הנשיא ברק. אך, בשנת 2008 הייתה סוג של בלימה, ובשנים האחרונות בית המשפט, משיקולי לגיטימציה, יותר מפנה למשפט המנהלי ולמשפט החוקתי או לדין ישראלי אחר לעומת משפט בינלאומי.

לדוגמה, בפרשת עגו'רי, בה דובר על הרחקה של 3 אנשים שהיו מעורבים בפעילות טרוריסטית נגד מדינת ישראל מרצועת עזה לשטחי יהודה ושומרון. הוגשה עתירה כנגד ההחלטה הזו, ושם השופט ברק אמר אמירה נורא מפורסמת "שכל חייל ישראלי נושא בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי"; עיקרון המידתיות, חשיבות כבוד האדם וכד'. ההחלטות לגבי כל אחד מהעצורים הייתה שונה, אך הרוח בה נומקו הדברים התבססה יותר על משפט מנהלי מאשר על משפט בינלאומי.

לעומת האמירות האופטימיות של ברק מאותה ההחלטה, שהתקבלה מתוך מחשבה שלא תתקיים התנגשות בין משפט בינלאומי לדין הישראלי, **בפרשת שיינביין** עסקה בהתנגשות מאוד רצינית בין המשפט הבינלאומי למשפט המקומי הישראלי. בשנת 1978 מדינת ישראל החליטה שהיא לא רוצה לשמש יותר כמקלט עבור יהודים שמבצעים פשעים מחוץ לישראל ומעוניינים להתחמק מההעמדה לדין על ידי הגעה לישראל ושימוש בחוק השבות לקבלת אזרחות ישראלית. לכן, תיקנו את חוק ההסגרה והוחלט כי האיסור להסגיר אזרחים ישראלים יחול רק על מי שהיה אזרח ישראלי בעת שביצע את הפשעים. החוק בנוסחתו המקורית, היווה בעיות רבות ויצר לעיתים מחלוקות בין מדינת ישראל לבין מדינות אחרות.

שיינביין היה אזרח ישראלי ואמריקאי שביצע רצח וברח לישראל. במקרה הזה, הוא ביצע את העבירה בעת שהיה אזרח ישראל. כשארצות הברית ביקשה את הסגרתו, היא ציינה כי באמנת ההסגרה שחלה על ישראל ועל ארצות הברית, בסעיף 4, נקבע כי אין להתחשב באזרחות הנאשם בנושא ההסגרה. כך נוצר מצב בו החוק המקומי התנגש עם המשפט הבינלאומי.

בית המשפט הישראלי היה צריך לקבל החלטה, האם ללכת בעקבות הדין הפנימי או ללכת בעקבות המשפט הבינלאומי לפי מה שארצות הברית הייתה מעדיפה ובחר לבסוף בדין הפנימי. בית המשפט קבע כי למרות הקושי של ההחלטה והידיעה שזה יפגע ביחסים עם ארצות הברית ועם ההבנה ששיינביין מנצל לרעה את החוק, הוחלט לא להסגירו. יש לציין כי השופט ברק, שהיה בדעת מיעוט, חשב כי ישנו הצורך להסגירו, עקב הנסיבות. כעבור כמה שנים החוק תוקן פעם נוספת, אשר קיבלה את דעת המיעוט של ברק **ובוצעה התאמה למשפט הבינלאומי**.

בשימוש בשני פסקי הדין הללו, עגו'רי ושיינביין, ניתן לראות שתי תפיסות- מצד אחד בפס"ד עג'ורי נגרס כי המשפט הבינלאומי צריך להיות צד לכל החלטה, ומצד שני בפס"ד שיינביין אנו רואים כי לעיתים יש לנו התנגשות, וכי במקרים אלו **מדינת ישראל נותנת עדיפות לדין הפנימי.**

מבחינת הדין הרצוי, בתיאוריה, רצוי שתהיה הרמוניה בין מערכות המשפט שחלות בשטח של מדינה. בפועל, ניתן לראות כי אי אפשר לייצר הרמוניה ונדרש לייצר כלל של עדיפות ולכן נדרש לקבוע מערכת קליטה קבועה של המשפט הבינלאומי בתוך המדינות.

היחס בין מערכות הדינים רלוונטי בשני מישורים- נקודת המבט של המשפט הבינלאומי ונקודת המבט של הדין הפנימי. בהרצאה הקודמת דיברנו על סעיף 27 לאמנת וינה, הקובע כי מדינה לא יכולה להצדיק הפרה של המשפט הבינלאומי מכוח הסתמכות על דין פנימי. סעיף זה אינו סעיף יחיד כמו סעיף 27, כך גם סעיפים 3 ו-32 לכללי אחריות מדינה, המסדירים את האופן בו מוגדר מה היא הפרה של המשפט הבינלאומי ומתי וכיצד הפרה של המשפט הבינלאומי יכולה להיות מיוחסת למדינה, מבחינת ייצור אחריות משפטית.

* סעיף 3 מדבר על ההגדרה או ההתייחסות לפעולה מסוימת כמפרה של המשפט הבינלאומי וקובע כלל מאוד פשוט- הגדרה של הפרה בינלאומית תיבחן אך ורק לפי המשפט הבינלאומי ולא תהיה שום השפעה למה שנקבע במשפט הפנימי. אנו יודעים שהדבר לא תמיד מתנהל כך, כיוון שהקיום של המנהג, בין היתר, מסתמך כל מערכות המשפט הפנימיות.
* סעיף 32 מאוד דומה לסעיף 27 וקובע כי מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כהצדקה להפרת התחייבות בינלאומית. סעיף זה ממוקם תחת פרק שמדבר על חריגים לאחריות בינלאומיות.

ניתן לציין מספר סעדים אפשריים ברמה הבינלאומית- השבה של המצב לקדמותו (לא תמיד אפשרי), פיצוי כספי או פיצוי סמלי אחר.

מתוך הכללים הקונקרטיים האלו ניתן להבין את העיקרון שהמשפט הבינלאומי מתעלם מקיומו של דין פנימי בכל מה שקשור לאחריות של מדינה; אם מדינה חייבת לעשות דבר לפי המשפט הבינלאומי, זה סוף הסיפור, הדין הפנימי לא ישפיע על תוכן ההתחייבות ולא על קיומה של אחריות ביחס להתחייבות. למרות זאת, הדין הלאומי רלוונטי בשלושה מובנים- יצירה של מנהג, הכרה בעקרונות כלליים של המשפט או פרשנות של אמנות.

במישור הפנימי, למדינה יש ריבונות. המשפט הבינלאומי לא מגדיר איזו ממשלה צריכה להתקיים במדינה, המדינה היא ריבונית וכל עם יכול להחליט בין אם לחיות תחת דמוקרטיה או דיקטטורה. בנוסף, המשפט הבינלאומי לא מחייב מדינות לקלוט את הכללים שלו בדרך מסוימת, כל מדינה בוחרת את שיטת הדין הפנימית שלה וכיצד ליישם ולקבל בה את הנורמות הבינלאומיות.

**ישנן שתי תיאוריות מרכזיות**, שנהגו בעבר, שביקשו לתאר איזה שני סוגים של מערכות קליטה יכולות להיות למשפט הבינלאומי, אבל כמו שנראה מיד, בפועל השיטות הללו התערבבו קצת.

1. **דואליזם**- משקף גישה פוזיטיביסטית, גישה נוקשה הדורשת הליך ברור ליצירה של חוק ומכבדת הפרדות בין מערכות חוקים שונות.
2. **מוניזם**- משקף גישה הוליסטית, המבקשת למצוא הרמוניה בין שתי מערכות הדינים, ולעיתים היא ממש מתייחסת לשתי המערכות, הפנימית והבינלאומית, כאותה מערכת משפט.

מונחים אלה גם מתארים מבחינה פילוסופית גישות מערביות מול גישות מזרחיות בפילוסופיה. המוניזם ההוליסטי יותר אופיינית לפילוסופיות מזרחיות, כמו בבודהיזם, לעומת הפילוסופיה המערבית שהיא גישה יותר פוזיטיביסטית ויותר נוקשה.

דואליזם

גישה זו בעצם מפרידה בין הדין הפנימי לבין הדין הבינלאומי והיא קובעת בעיקרון כלל **שהדין הבינלאומי חל בתוך שטח של מדינה רק ככל ובהיקף שמדינה החליטה ליישם אותו באמצעות הדין הפנימי**. בעצם, עד יישומו באמצעות חוק, המשפט הבינלאומי חסר תוקף בדין הפנימי. הרציונל מאחוריה גישה זו מקור הנורמות- מחוקקים שמחוקקים בשם העם, בעוד הדין הבינלאומי המושפע מעמים נוספים ומורכב מאינטרסים רבים, ושלא בהכרח משקפים את רצון המדינה המסוימת. מדובר בהבדלים מהותיים בין המשפט הבינלאומי ושיטות המשפט הפנימיות.

הצדקה נוספת לגישה זו, היא סוג האינטראקציות המוסכמות- הדין הפנימי יסדיר את היחסים שבין אדם לשכן לשנו ובין אדם לרשות שלטונית והדין הבינלאומי מסדיר את היחסים בין מדינות, כיצד ליצור ולפרש אמנות.

גישה זו דורשת קליטה מפורשת של המשפט הבינלאומי באמצעות חקיקה לפי הדין הפנימי.

מוניזם

לפי גישה זו המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי הם שני מישורים/רבדים של מערכת משפט אחת. המלומד הנס קלזן, שנולד ב-1881 וראה שתי מלחמות עולם, שבהן מדינות קמו והתפרקו ומערכות משפט מסוימות הפסיקו לתפקד, הציע הצדקה לגישה המוניסטית והצדקה זו הייתה כי המוסד הזה הקרוי 'מדינה' קיים רק בזכות המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הוא המגדיר מהי מדינה, הוא המגדיר את ההגדרה העצמית של העם המבקש להפוך למדינה. ולכן, כאשר מדינה קמה היא חייבת להתייחס למשפט הבינלאומי כאילו הוא חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט שלה, ובביטוי הקיצוני ביותר הוא אף מתעלה על הדין הפנימי.

ההבדל העיקרי בין שתי השיטות- דואליזם מעניק חשיבות, כבוד ועוצמה למשפט הפנימי ומעניק תוקף למשפט הבינלאומי רק באמצעות קליטה לדין הפנימי, לעומת המוניזם הקובע כי נקודת המוצא היא כי המשפט הבינלאומי קובע והדין הפנימי הוא בעל משמעות רק מתוך מתן תוקף למשפט הבינלאומי (התאמה לו).

**לפי הגישה המוניסטית, מה קורה במקרה של התנגשות בין הדין הבינלאומי לדין הפנימי?**

* אפשרות ראשונה, לפי הגישה המוניסטית הקיצונית ביותר, המשפט הבינלאומי קובע- כמעט ולא קורה, אך ניתן למצואו בחלק ממדינות צפון-מערב אירופה (כמו גרמניה, הולנד וחלק ממדינות סקנדינביה).
* אפשרות שנייה, היא להעדיף את הדין הלאומי במקרה של התנגשות, מתוך הכבוד למחוקק, לתרבות ולערכי החברה, למרות האופי המוניסטי של המדינה.
* האפשרות השלישית, כמו בארצות הברית, היא יצירת כללי הכרעה; עקרונות כלליים המאפשרים לנו להכריע בין הדין הפנימי לדין הבינלאומי, כמו דין ספציפי גובר על דין כללי, דין מאוחר גובר על דין מוקדם וכו'. בפועל כללים אלו הרבה פעמים נותנים עדיפות לדין הפנימי.

בפרקטיקה, אין שום מודל שהוא טהור, רק דואלי או רק מוניסטי. בדרך כלל 'כלל מנהגי' ברוב מדינות העולם מחייב בצורה אוטומטית, גם במדינות חשדניות מאוד בנוגע למשפט הבינלאומי (כמו רוסיה למשל). ברוב מדינות העולם המנהג תמיד חל, שזה מעיד על אופי מוניסטי, על אף שחלק מהמדינות נוהגות בדואליזם. **מדוע זה קורה?** כי מנהג אומר לשקף איזו שהיא הבנה אוניברסלית. לעומת זאת, לכל מה שקשור לאמנה, מדינות מוניסטיות יקלטו אוטומטית אמנה כחלק מהדין הפנימי. לדוגמה צרפת, שהיא מדינה מוניסטית, כאשר היא חותמת על אמנה ומאשררת אותה, האמנה הופכת מיידית לחלק מהדין הפנימי שלה. לעומת, במדינה דואליסטית, כמו ישראל ובריטניה, האמנה תחול בדין הפנימי רק לאחר שיהיה חוק פנימי שיביא ליישום האמנה.

במדינות בהן הרשות המבצעת היא גם חותמת על האמנות וגם מאשררת אותן, בדרך כלל, תהיה דרישה לחקיקה בדין הפנימי, משמע- מדינה דואליסטית, זאת עקב הצורך להביא ביטוי לרשות המחוקקת ולאפשר לה לתת את דבריה בנוגע לאמנה. לעומת זאת, יש מדינות כמו צרפת, שבהן הממשלה היא זו שחותמת על האמנה, אבל הרשות המחוקקת שלהן היא זו שמאשררת את האמנה. במדינות בהן יש תפקיד לרשות המבצעת ותפקיד לרשות המחוקקת, יש פחות בעיה ליישום האמנה בדין הפנימי באופן אוטומטי, ומדינות אלו יהיו בדרך כלל מוניסטיות.

**המחשה לדוגמה במספר מדינות:**

1. בריטניה- מדינה דואליסטית.

* כמו ברוב מדינות העולם, מנהג הוא אוטומטית חלק מהדין הפנימי.
* אך כמו בישראל, אמנות נחתמות ומאושררות על ידי הרשות המבצעת, ללא התערבות הרשות המחוקקת. במצב זה, נדרשת חקיקה על מנת להחיל את האמנות בדין הפנימי.
* במקרה של התנגשות, הדין הפנימי תמיד גובר.
* עיקרון משפטי נוסף שחל בבריטניה (וגם בישראל), יש חזקה פרשנית שהדין הפנימי אמור להיות תואם למשפט הבינלאומי. עקב העובדה שהמדינה דואליסטית, גם ככה כביכול החוק צריך לבוא אחרי האמנה, כך שלא אמורה להיות בעיה בהתאמה ביניהם.

1. גרמניה- מדינה מוניסטית.

* המנהג נקלט ישירות, אך בסתירה בין מנהג בינלאומי לחוק פנימי גרמני, המנהג הבינלאומי גובר.
* לגבי אמנה, אם מנהג מהווה חלק מהדין הפנימי, אז גם אמנה מהווה חלק מהדין הפנימי ואם מנהג גובר על דין פנימי, אז כמובן שגם אמנה, אך לא בנוגע לחוקה (תיקון שנעשה בשנות התשעים לאחר איחודה).

1. צרפת- מדינה מוניסטית.

* מבחינת אמנות, הרשות המבצעת היא החותמת והרשות המחוקקת היא המאשררת ובגלל זה גם בצרפת אמנות גוברות על הדין המקומי, אך לא על החוקה. החוקה היא בדרך המעוז האחרון שהדין הפנימי נאחז בו.
* בצרפת כאמור, גם מנהג מהווה חלק המדין הפנימי, אך המנהג לא גובר באופן אוטומטי על דין פנימי- נקבע על פי כללי הכרעה.

1. הולנד- דוגמה קיצונית למוניזם.

* בהולנד האמנה מהווה חלק מהדין הפנימי, כאשר הרשות המבצעת חותמת והרשות המחוקקת מאשררת. אמנה גוברת על חוק מקומי סותר וגם על החוקה.
* לעומת זאת מנהג, המחייב בהולנד כמו דין פנימי, אך בהתנגשות עימו, הדין הפנימי גובר.

1. ארצות הברית- היא בעלת מערכת מורכבת- בארצות הברית יש מדינות וממשל פדרלי. לכל מדינה יש חוקים משלה ולכל מדינה יכולה להיות חוקה, אך מעל כל אלה יש חוק וחוקה פדרליים.

* מנהג נקלט אוטומטית, כמו ברוב מדינות העולם, אך חוק פדרלי וגם חוק מדינתי גובר על מנהג, דבר המעיד על חשיבות הריבונות המקומית בארצות הברית, לעומת חשיבות נמוכה יחסית למנהג.
* באמנות המצב מורכב יותר- אמנות נחתמות על ידי שר רלוונטי (רשות מבצעת) או על ידי הנשיא, ולאחר מכן הסנאט מאשרר (ברוב מיוחס של 2/3 ממנו) וברגע שאמנה מאושררת היא הופכת להיות חלק מהדין הפנימי- SUPREME LAW OF THE LAND. אבל, אם ישנה התנגשות בין אמנה שאושררה לבין חוקה הפדרלית, החוקה מנצחת. עם זאת, אל מול חוק פדרלי, היא במעמד מקביל לו ונדרש שימוש בכללי הכרעה במקרה של התנגשות. כמו חוק פדרלי, אמנה גוברת גם על חוק וחוקה מדינתי.

עם זאת, לפעמים יש הגבלות שמוטלות על הממשל הפדרלי. דוגמה קיצונית לכך, היא בהגבלה שניסה להוביל הממשל הפדרלי ציד של ציפורי בר בחלק ממדינות ארצות, המדינות התנגדו ובפנייה לבית המשפט, הוא טען כי לא ניתן לקבוע חוק פדרלי שיתערב בצורה כל כך קונקרטית בהתנהלות הפנימית בתוך המדינות. ואז המחוקק הלך וחתם על אמנה עם קנדה, האמנה אושררה. עם חזרת הנושא לבית המשפט, נקבע כי האמנה מהווה כעת SUPREME LAW OF THE LAND וזה חל על המדינות. כך ניתן לראות כי אמנה יכולה לעיתים להיות יותר חזקה מחוק פדרלי, ויכולה להיכנס במקומות בו הוא לא יכול להתערב.

אבל, ישנו הבדל חשוב בין שני סוגים של אמנות במובן של קליטת המשפט הבינלאומי

1. הסוג ראשון הן אמנות אשר חלות מרגע האישור באופן אוטומטי, כיוון שיש בהן סעיפים מאוד קונקרטיים, שמאוד ברור כיצד יש ליישם אותן בדין הפנימי- SELF-EXCECUTING TREATIES.
2. הסוג השני הן אמנות שגם לאחר האשרור ומתן המעמד של "SUPREME LAW OF THE LAND", עדיין זה לא ניתן לאכיפה באופן אוטומטי- NON-SELF-EXCECUTING TREATIES. לדוגמה, בשנות החמישים, אחרי שארצות הברית הצטרפה למגילת האו"ם בה נקבע כי חל שוויון בין כל בני האדם, הוחלט במדינת קליפורניה לקבוע חוק האוסר על בעלות במקרקעין לזרים. לאחר חיקוק החוק, מגיע אזרח יפני, **פוג'י**, המתגורר בארצות הברית ורוצה להיות בעלי מקרקעין בקליפורניה וטוען כי החוק פוגע בו ובשוויון המובטח לו על פי מגילת האו"ם ולכן לחוק האמור אין תוקף. בית המשפט קובע כי זה לא המקרה, אומנם מגילת האו"ם קובעת עיקרון של שוויון, אך היא NON-SELF-EXCECUTING TREATY, היא אמנה שדורשת יישום, ולא חלה באופן אוטומטי רק עקב האשרור שלה, ורק אם ארצות הברית תיישם עיקרון זה בחוק, תהיה עילה לתביעה שכזו.

**כיצד ניתן לקבוע איזו סוג של אמנה זו?** בוחנים את האמנה ואת הכתוב בה, ובודקים עד כמה הכללים וההוראות המעוגנים בה מוכנים לאכיפה ועד כמה הם קונקרטיים וישימים. החלטות אלו מתקבלות על ידי בית המשפט.

דוגמה נוספת, היא פרשת "**מדיז'ין**" (MEDIIN), העוסקת באדם מקסיקני שנעצר בארצות הברית וביקש פגישה עם נציג קונסולרי (דיפלומטי), אך ארצות הברית לא מאפשרת לו לקיים פגישה זו, מתוך הטענה כי מגיע לו במסגרת זכויותיו לפגוש עורך דין בלבד. אותו אדם הגיש תביעה נגדה וביקש להסתמך על שני מקרים דומים שנדונו בבית הדין הבינלאומי לצדק, פרשת הוואנה ופרשת לגרנד, אשר עסקו בדיוק באותו המקרה- אזרחים מקסיקנים שהורשעו ברצח וביקשו להיפגש עם נציג קונסולרי אך ארצות הברית לא אפשרה זאת. בית הדין הבינלאומי קבע כי לפי אמות המשפט הבינלאומיות ארצות הברית מחויבת לתת להם פגישה עם נציג קונסולרי, אך ארצות הברית הסבירה כי מקורות המשפט הללו הם מבחינתה NON-SELF-EXCECUTING TREATIES, ולכן הם לא ישימים בשיטת המשפט הפנימית שלה, ובכך היא בחרה להפר את המשפט הבינלאומי (מתוך ידיעה שלא יעשה לה דבר) והוציאה את שני המקסיקנים להורג מבלי לפגוש קונסולרי.

בפרשת מדיז'ין, אותה הדבר קרה שוב. בית המשפט הבינלאומי אמר כי אין תחולה לעקרונות המשפט הדורשים סוג מפגש זה, חרף החלטות בית הדין הבינלאומי.

**לסיכום:**

* משפט מנהגי חל על רוב המדינות, לעיתים הוא גובר על הדין פנימי ולעיתים הוא נסוג ממנו;
* בנוגע לאמנות, הגישות הן מאוד מגוונות, בדרך כלל מדינות קונטיננטאליות הן מדינות מוניסטיות ומדינות המשפט המקובל הן דואליסטיות. עם זאת, התיאוריות חלות באופן מוגבל ולא חלות בשום מקום באופן מושלם. בפועל, לחלק מהמדינות יש נטיות לכאן ולכאן.

**שיעור 7- 26.11.19 (עם המתרגל)**

**היחס בין המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי:**

בהרצאה הקודמת, דיברנו על כך שבשנים האחרונות מספר התיקים בתחום המשפט הבינלאומי רק הולך ועולה במדינת ישראל, וניתן לראות כי הדין הרצוי הוא כי ישנו הצורך בכמה שיותר תיאום בין הדין המדינתי לבין הדין הבינלאומי. אנו רואים כי עם השנים מדינות הולכות ונוטות לנטייה מוניסטית, אך הדרך עוד ארוכה. עם זאת, כפי שראינו, המשפט הבינלאומי לא מתעניין האם המדינה קלטה את הדין הבינלאומי או לא, ולא מקבל מצבים בהם הנורמות שלו מופרות על בסיס הסתמכות על הדין הפנימי- על המדינה לציית להוראות הבינלאומיות ללא קשר לאופן בו המדינה נוהגת.

לפיכך, נקודת המוצא היא **סעיף 27 לאמנת וינה**, הקובעת כי מדינה אינה יכולה להסביר הפרה של הוראת אמנה, תוך הסתמכות על הדין הפנימי שלה.

בנוסף, דיברנו על הגישות השונות ליישום הנורמות הבינלאומיות במשפט המדינתי- מצד אחד, הגישה הדואליסטית הרואה במערכות המשפט, המדינתית והבינלאומיות, כנפרדות אחת מהשנייה ומקבילות ומדינות אלו יעדיפו לרוב את הדין הפנימי שלהן. ולעומת זאת, הגישה המוניסטית גורסת כי המשפט הבינלאומי מהווה חלק בלתי נפרד מהדין הפנימי, ולעיתים אף רואה את מערכות המשפט האלו כשיטה אחת. גישה זו טוענת כי לא יכול להתקיים מצב בו המדינה כפופה לשתי מערכות דינים שונות הסותרות אחת את השנייה; במדינות אלו הדין הבינלאומי לרוב יגבר על הדין הפנימי שלהן.

**קליטת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי:**

חשוב לציין כי אין שום חקיקה במדינת ישראל המנחה אותנו כיצד יש ליישם ולקלוט את הנורמות הבינלאומיות במדינת ישראל, וזאת אנו לומדים בעיקר ממערכת המשפט והפסיקה.

**המנהג:**

האם הוא נקלט באופן ישיר? אנו לומדים זאת מ**ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועמ"ש**, בו מדובר באיש צוות באוניה המואשם בהריגה עקב רשלנות מסוימת שלו (שכח לבצע בדיקות חיוניות, שכח משוטים) לאחר האונייה טובעת ורוב אנשי הצוות נספים. בערכאה הראשונה הרשיעו אותו ובערכאה השנייה זיכו אותו.

מה שאותנו מעניין הוא **כיצד בית המשפט תופס סמכות על אותו אירוע?** מדובר על אירוע שהתרחש במרחק של שלושה מיילים ימיים מהמים הטריטוריאליים של מדינת ישראל. השופט חשין האב אומר כי:

1. קודם כל ישנה החלה של החוק הבריטי (בהתאם לקליטה המסודרת בפקודת סדרי השלטון). בהתאם, החוק הבריטי מחיל את המשפט הבינלאומי, שזה קובע כי שטח השיפוט נקבע לפי הדגל שמונף על גבי האונייה, כך שלגבי האונייה הנקודתית הזו, יש לישראל סמכות שיפוט, כיוון שדגלה היה מונף על האונייה;
2. חשין אומר כי בנוסף לזה, ניתן להחיל את המנהג הבינלאומי, האומר כי מדינת הדגל היא למעשה השטח הקובע איזו מדינה תשפוט. חשין מצדיק כי "מתוקף ריבונותה יכולה ישראל לשאוב את המנהג הבינלאומי במישרין".

כך אנו רואים את העדות הראשונה להחלה האוטומטית של המנהג במדינת ישראל, ללא צורך באקט טרנספורמטיבי- איזו שהיא חקיקה או קביעת תקנות, אלא החלה באופן אוטומטי. יש לציין כי החלטתו של חשין לא הייתה ללא ביקורת והתנגדות. בכתבות העיתון במצגת של ההרצאה, ניתן לראות כי השופט גויטיין גורס כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי אינם מהווים חלק מחוק המדינה (באותה העת), ולפיכך יש להיעזר במשפט המדינה בלבד (דעת מיעוט).

**מי גובר במקרה של סתירה?** **מה קורה כאשר דין פנימי אומר דבר אחר לחלוטין ממנהג?**

במסגרת משפט אייכמן המפורסם בא כוחו של אייכמן טוען שתי טענות עיקריות:

1. ההעמדה לדין של אייכמן מנוגדת לדין המנהגי הבינלאומי- אי אפשר לעשות חקיקה רטרואקטיבית (אסור על פי המשפט הבינלאומי), שכן חוק עשיית הדין בנאצים חוקק לאחר מעשיהם- חקיקה למפרע אסורה על פי הדין הבינלאומי;
2. היעדר זיקה מוכרת- לישראל אין זיקה לעבירות, לא נעשה על אזרחיה ולא בשטחיה ואף נעשה לפני הקמתה, ולכן אין זיקה מוכרת.

בית המשפט הישראלי דוחה את שתי הטענות, ופועל בצורה מאוד משמעותית- דחיית פיתרון מסוים לפי הדין הבינלאומי, ולאחר מכן שימוש בפיתרון הזה (נגיד וגם אם היינו מקבלים..) והוכחה כי פיתרון זה, שנדחה, והפיתרון שהתקבל לבסוף מובילים לאותה התוצאה. לפיכך, הוא אומר כי גם אם הוא היה מקבל את הטענות הבינלאומיות, עדיין **חוק פנימי מפורש גובר**. קודם כל, לא מדובר בחקיקה רטרואקטיבית ולמעשה מדובר בחקיקה פנימית המהווה הגשמה ויישום של המשפט הבינלאומי. בנוסף, גם אם היה מדובר בחקיקה רטרואקטיבית, הוא לא מזהה איסור כזה במשפט הבינלאומי ובוודאי שגם אם איסור כזה קיים הוא איננו מנהגי. אך גם אם היה קיים איסור שכזה וגם אם הוא היה מנהגי- **הדין הפנימי גובר על המשפט הבינלאומי במדינת ישראל**. גם להיעדר הזיקה המוכרת, בית המשפט משתמש בסמכות השיפוט האוניברסלית, המאפשר לכל מדינה להעמיד לדין בשטחה כל אדם שעשה פשעים שהם מאוד חמורים.

לפי פסק הדין הזה, הדין הפנימי גובר על המנהג, ככל שיש סתירה.

**אמנה:**

בפרשת האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, בעקבות מלחמת העצמאות הגבולות מול הירדנים מטשטשים, הגבול אינו ברור ו"הגבול הקיים" עובר בנכסי אנשים, ולמעשה חלק מהשטחים הפרטיים נמצא בין המדינות. לפי חוק נכסי נפקדים, מדובר בנכס ללא בעלים שעובר לבעלות המדינות וכל "הפירות" ממנו עוברים לשר האוצר ולמדינה. לאחר מכן, בשנות החמישים מגיע "הסכם רודוס", המהווה אמנה בין ישראל לירדן המנסה, בין היתר, להסדיר את נושאי הגבול. לאחר החתימה על ההסכם, חלק מהאזרחים הירדנים (שנכנסים לתוך מדינת ישראל) פונים לבית המשפט בדרישה לקבל פיצוי על התקופה שהייתה.

בית המשפט קובע כי האמנה לא מחייבת את היחסים בין המדינה לבין פרטים, אלא מעניק זכויות וחובות למדינות בלבד. ולכן, כל עוד ישנו דין פנימי שאומר דבר מסוים אחד הוא גובר על האמנה, כלומר על המשפט הבינלאומי. במקרה המסוים הזה, חוק נכסי נפקדים גובר על האמנה עם הירדנים ופרטים אינם יכולים להסתמך על ההסכם בבית המשפט המקומי, אלא רק במקרה בו הכנסת מחוקקת חקיקה קולטת ואז האמנה הופכת להיות מחייבת מכוח החוק הישראלי.

**מה לגבי אמנה דקלרטיבית?** אמנה דקלרטיבית שהיא הצהרתית, היא אמנה שלוקחת מנהג קיים ובסך הכל מציינת אותו, וזאת בדרך כלל בכדי לחזק אות מעמדו ברמה הבינלאומית. אמנה קונסטיטוטיבית מעוניינת לייצר נורמות חדשות. הבחנה זו משמעותית. **מדוע?** בכדי לדעת האם האמנה היא דקלרטיבית (מנהגית), ולכן יש להחיל את הנורמות המעוגנות בה באופן אוטומטי, או אם מדובר באמנה קונסטיטוטיבית ומצריכה פעולה עצמאית בכדי להכניס את האמנה אל תוך המשפט הפנימי; פעולה תחיקתית בדרך כלל.

**מה מעמדה של אמנה דקלרטיבית?**

**בבג"צ עפו,** נשאלה שאלה לגבי גירוש מחבלים מאזור יהודה ושומרון ורצועת עזה- האם אמנת ז'נבה הרביעית, 1949, היא דקלרטיבית או קונסטיטוטיבית? אמנה זו אומרת כי ישנו איסור לבצע העברה ל'מוגנים'- "**אסורה העברה בכפייה של מוגנים, יחידים או רבים, וכן אסור גירושם של מוגנים מתוך שטח כבשו אל שטחה של המעצמה הכובשת או לשטח של מדינה אחרת, כבוש או שאינו כבוש, יהיה המניע אשר יהיה**".

קודם כל, בית המשפט פועל באותה הגישה, השופט שמגר אומר כי גירוש מחבלים אינו סותר את הוראות סעיף 49 לאמנה, כיוון שהם "אינם מוגנים", כך שגם אם אנו מחילים את אמנת ז'נבה הרביעית והולכים לפיה, עדיין פעולה זו חוקית. בנוסף, גם אם גירוש אסור על פי האמנה, אין מדובר באמנה דקלרטיבית, אלא קונסטיטוטיבית, וכל עוד היא אינה נקלטה בחקיקה בצורה מפורשת אין לה תוקף ישיר במשפט הפנימי ואינה גוברת עליו. בדעת המיעוט, ניתן לראות את בך, שגורס כי גירוש מחבלים סותר מבחינתו את סעיף 49 לאמנה.

באותן שנים ישנה הצהרה ישראלית אשר אומרת כי היא מחילה את כל הסעיפים ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית, כך שעולה השאלה האם סעיף 49 עולה בגדר סעיפים אלו או לא. בך אומר שעצם ההצהרה הזו אינה מהווה קליטה של האמנה בתוך הדין הישראלי, אלא מדובר בהצהרה שתוביל לכך שכל מקרה ייבחן לגופו- מדובר במין אמצע לא ברור, כך שלבסוף גם התוצאה של דעת בך מובילה לאותה התוצאה.

סיכום הכלל לפי שמגר:

* מנהג- חלק ממשפט הארץ, אך נסוג בפני חוק סותר;
* אמנה- אינה חלק מהדין הפנימי, אלא אם אומצה בחקיקה (אמנה דקלרטיבית=מנהג).

כזכור, הבחנה זו רלוונטית רק מבחינת הדין הפנימי. בזירה הבינלאומית, התוקף המשפטי של התחייבויות מכוח אמנה ומנהג זהה.

**מדוע זה הכלל?** האמנם ההבדל בין מנהג ואמנה מחויב המציאות? **ההסברים שמציג שמגר**:

* עיקרון הפרדת הרשויות- אם אמנה תחול באופן ישיר, כך תוכל הרשות המבצעת לעקוף את הרשות המחוקקת, ואלו יחייבו על פני החוקים הפנימיים של מדינת ישראל.
  + ביקורת- לכנסת תפקיד מסוים בכריתת אמנות.
  + הסכמים חשובים צריכים להיות מונחים על שולחן הכנסת, וניתן לייצר חוק "עוקף משב"ל".
* הבדלים מהותיים בין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי- אי התאמות פרוצדורליות/סדר דין.
  + ביקורת- נכון גם למנהג; פתרון בנוסח הכלל בארצות הברית.
* אי התאמה בין האמנה לתנאי הארץ, לתושביה ולאינטרסים- אי התאמות חברתיות/תרבותיות.
  + ביקורת- נכון גם למנהג; אם כך מדוע להצטרף מלכתחילה? אפשרות להשתמש בסעיף הסתייגות.
* תכתיבים מצד מדינות אחרות- מנהג קשה יותר לייצור ודרוש הסכמה יותר רחבה, לעומת אמנות שיכולות יותר להכתיב לנו תכתיבים מסוימים.
  + ביקורת- חשש שאין לו על מה לסמוך- לא חייבים לחתום על אמנה, אם אין עניין בהגבלות שהיא מייצרת.
  + לא ניתן לכפות ציות; מנהג אפילו פחות וולונטרי.
* אי בהירות- הבחנה בין אילו אמנות תהיינה SELF-EXECUTING ואילו תחייבנה חקיקה משלימה.
  + ביקורת- מחיר כבד לשלם; מעילה בתפקיד בית המשפט.
  + גם הבחנה בין דקלרטיבית לקונסטיטוטיבית היא מורכבת.

**חקיקה קולטת-** כיצד אנו קולטים אמנה בחוק הישראלי?

* חקיקה מפורשת- לאחר חתימה על האמנה, מעגנים באופן מפורש את הוראות האמנה בחקיקה הישראלית. ניתן לראות מספר דוגמות:
  + החוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, הת'ש"י-1950;
    - סעיף 10 לחוק- תוקף החוק: "חוק זה, הבא בעקבות האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, שנתקבלה על ידי עצרת האומות המאוחדות ביום ז' בכסלו ה'תש"ט, נחתמה מטעם מדינת ישראל, ובהתאם להחלטת הכנסת אושרה על ידי מדינת ישראל."
  + חוקים ליישום הסכמי הביניים: למשל חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (1994);
  + חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לממלכה ההאשמית הירדנית.
* חוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק (האמנה מובאת בנספח של החוק):
  + חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), ה'תנש"א-1991;
    - סעיף 2 לחוק- תוקף האמנה: "לסעיפי האמנה שנוסחם מובא בתוספת יהיה תוקף של חוק, והם יחולו על אף האמור בכל דין, ואולם הוראת סעיף 26 לאמנה תחול בהסתייגות האמורה בו."
* חוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות הדין הבינלאומי:
  + חוק ההסגרה, התשס"א-2001;
    - סעיף 2א(א)(1) לחוק- תנאים להסגרה: "מותר להסגיר אדם ממדינת ישראל למדינה אחרת אם נתמלאו כל אלה- (1) בין מדינת ישראל לבין המדינה המבקשת קיים הסכם בדבר הסגרת עבריינים."
* חוק המעגן על דרך השלילה- החוק יחול כל עוד הוא לא סותר את התחייבות בינלאומית שמדינת ישראל חתומה עליה.
* הוראת חוק מפורשת סותרת תגבר על איזו שהיא החלה או על חקיקה קולטת- פרשת שיינביין.

**חזקת ההתאמה הפרשנית:**

זהו המודל בו אנו נמצאים היום. הפעם הראשונה שנושא זה עולה היא בשנות החמישים ב**פסק הדין אמסטרדם**; צו הוצא על ידי המדינה, המחייב אזרחים למכור למשרד האוצר כל מיני ניירות ערך שבבעלותם המתקיימים בלירת שטרלינג, כאשר המדינה משלמת 180% מהערך המקורי, אך ישנם אנשים אשר חושבים כי השווי העתידי יכול להיות מעבר לכך ומעוניינים לשמור אצלם את הניירות ערך. בנוסף, עולות שאלות של רוחב התחולה של ההוראה.

השופט הולך לחוק הישראל ומנסה לפרש אותו ולבדוק האם הוא חל על אזרחים ישראליים המתגוררים בארץ ומחזיקים את ניירות הערך בחו"ל. כיצד הוא עושה זאת? באמצעות המשפט הבינלאומי, ומדובר בפעם הראשונה בה מתבצעת תהליך פרשני לפי המשפט הבינלאומי.

לפי חזקה זו, יש לנסות לפרש דברי חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל. זהו המודל בו אנו מצויים היום. מדובר בעמעום ההבחנה המסורתית בין אמנה ומנהג ומייצר דבר חדש.

אנו עדים לחזקה זו, גם ב**פסק הדין קמיאר**, בו מדובר על הסכם הסגרה. המערער טוען כי הסכם ההסגרה שנחתם בין ישראל לבין שוויץ אינו תקף כיוון שההסכם נחתם על ידי שגריר ישראל בשוויץ ולא על ידי הממשלה. נציגי המדינה (המשיבה) ניגשים לחוק ורואים כי קיימת בו לקונה בכל הנוגע למי מוסמך לחתום ולאשר אמנות/הסכמים בינלאומיים, ומבצעים פרשנות לפי הכללים הנהוגים בעולם, ורואים כי הם נותנים סמכויות לשגרירים לחתום על אמנות, והחוק פורש בהתאמה.

חשוב להבין כי **הפרשנות הזו נעשית בשלושה דרכים עיקריות**:

1. פרשנות חקיקה;
2. רשות מנהלית הבוחנת שיקולים על ידי נורמות בינלאומיות;
3. רשות מנהלית הבוחנת האם הפעולה שלה היא סבירה בעיניים בינלאומיות.

**סיבוב ראשון- עמ"ם 10/94 פלונים נ' שר הביטחון:**

­

**רקע ועובדות:**

העותרים הם אזרחי לבנון המוחזקים במעצר מנהלי מכוח צווים של שר הביטחון שהוצאו לפי סעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (להלן: "חוק המעצרים"). בין הצדדים אין מחלוקת כי מהעותרים עצמם לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, וכי הם מוחזקים במעצר מנהלי כקלפי מיקוח במשא ומתן לצורך קידום שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון.

לטענת העותרים שר הביטחון אינו מוסמך להוציא צו מעצר מנהלי כאשר הטעם להוצאתו אינו סיכון ביטחוני מהעצורים עצמם.

**השאלה המשפטית:**

­

האם היותו של עצור מנהלי קלף מיקוח לשחרור שבויים ישראליים נכנס בגדר שיקולי ביטחון המצדיקים החזקה במעצר מנהלי?

**מהלך הדין:**

בסיבוב הראשון של פסק דין זה, בית המשפט אומר כי אין צורך להכריע אם מדובר במהלך חוקי או לא, מנהגי או לא בהתאם למשפט הבינלאומי, אלא יש חוק ישראלי והוא גובר, וההליך של החזקת העצורים מאושר.

דבריו של ברק בפסק הדין- "**משעה שקבעתי כי מעצרם של המערערים חוסה בצל חוק ספציפי, ומשעה שחוק זה ופרשנותו נמצאו ראויים בנסיבות המקרה, הרי שממילא גובר החוק המקומי על המשפט הבינלאומי בהיותו הוראה ספציפית**.."

**סיבוב שני- דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון:**

בסיבוב השני, ברק משנה את עמדתו ואומר כי החזקה כקלף מיקוח לא נופלת כשיקול ביטחוני. הוא מציין כי אין איסור מובהק על החזקת "קלפי מיקוח" במשפט הבינלאומי המנהגי, והאיסור ההסכמי על החזקת בני ערובה אינו כובל את המדינה במשפט המדיני, בהיעדר חוק קולט.

חזקה כי תכליתו של חוק, בין היתר, להגשים הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמדו בסתירה להן. החלת החזקה, פרשנות של הדין הפנימי בהתאם למשפט הבינלאומי, מחזקת את המגמה העולה מפניה לתכלית האובייקטיבית של החוק שאין להחזיק במסגרתו "קלפי מיקוח".

פרשת קלפי המיקוח, מביאה לחקיקת **'חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**, ה'תשס"ב-2002', שם נקבע בסעיף 1 (סעיף המטרה) כי "החוק נועד.. בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי".

במסגרת **ע"פ 6659/06 פלוני** דנים בחוקיות של חוק זה. בייניש מתייחסת לסעיף 1 לחוק ואומרת כי הסעיף הוא ביטוי מפורש לתפיסה הבסיסית הנוהגת בשיטתנו במדינת ישראל- חזקת ההתאמה הפרשנית ומחזקת את ההלכה מפרשת קלפי המיקוח.

בייניש בוחנת את החוק בשני משקפיים:

1. האם החוק חוקי מבחינת התאמתו למשפט הבינלאומי?
2. האם החוק חוקי מבחינה חוקתית לפי פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו?

ניתן לראות כאן כי הפעלת חזקת ההתאמה באה קודם לבחינת חוקתיות החוק!

**היכן מחילים החזקה?**

**1. פרשנות חקיקה ראשית של הכנסת:**

**בבג"צ יתד** משרד החינוך לא מתקצב בהתאם בתי ספר בהם לומדים תלמידים עם מוגבלויות, בהתאם לצרכיהם (מבחינת נגישות וכד') ומשרד החינוך טוען לפי חוק חינוך מיוחד הוא מחויב לתקצב בהתאמה רק בתי ספר שמיועדים לחינוך מיוחד ולא עבור תלמידי חינוך מיוחד הלומדים בבתי ספר רגילים.

בפרשה זו הפרשנות לחוק חינוך מיוחד מבוצעת על פי אמנות בינלאומיות, בין היתר לפי האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1996 ואמנת זכויות הילד משנת 1991, לפיהן דורנר מחליטה כי הפרשנות הנכונה צריכה להיות כזו שמתקצבת תלמידי חינוך מיוחד, גם אם אלה לומדים במסגרת מוסדות רגילים, וזאת בהתאם לנורמות בינלאומיות.

בנוסף, ניתן לראות דוגמה גם בארצות הברית, שם לפי החוק שחוקק כנגד ארגוני הטרור נאסר על החזקת משרדים של אש"ף בשטחה. בשנת 1988 מבוצעת פרשנות דומה לזו שנעשתה בישראל, לפי המשפט הבינלאומי, ונקבע כי כל עוד החוק לא התכוון בצורה חד משמעית לסגור משרדים כאלה ואחרים, לא ניתן לפרש אותו בצורה רחבה, וזאת בהתאם לכללים הבינלאומיים. המשרדים נשארו פתוחים עד שנה שעברה, אז מחליט הנשיא טראמפ לסגור את המשרדים.

**2. משפט מנהלי:**

א. מקור לשיקולים שרשות מנהלית צריכה לשקול בפעולותיה- רשויות צריכות לשקול כשיקול רלוונטי בקבלת החלטותיהן את ההתאמה של ההחלטה למשפט הבינלאומי. ניתן לראות בפסק הדין דרזנר נ' גיל יש הסכם הסגרה בין ישראל לשוויץ, הוא מובא לישראל ובהסכם ההסגרה נקבע כי ההסגרה תקפה רק לצורך העמדתו לדין עבור אותו פשע שמדינת ישראל הצהירה לגביו בהסכם. בבית המשפט הוא מזכה ובו זמנית הוא פושט את הרגל והנושים שלו מגישות תביעות חוב, צו כינוס, ומבקשים להוציא לו צו איסור יציאה מן הארץ. בית המשפט בוחן את הצו וקובע כי ניתן להוציא את הצו מתוקף המשפט הישראלי, אך הסכם ההסגרה בין מדינת ישראל לבין שוויץ נאמר בפירוש כי ההסגרה נעשתה בפירוש עבור פסק הדין הקודם. כך, רשות מנהלית צריכה לקחת בחשבון גם הסכם הסגרה (הסכם בינלאומי) כשיקול. כך לבסוף, בוטל צו האיסור.

ב. מרכיב בבחינת סבירות פעולתה של רשות מנהלית- כל החלטה שרשות מנהלית עושה חייב לעמוד בבחינת הסבירות והחלטה המנוגדת להתחייבות בינלאומית של ישראל מהווה החלטה בלתי סבירה. ניתן לראות שתי דוגמות בנושא:

* בג"צ יאסין נ' מפקד מחנה קציעות- אסירים התקוממו נגד תנאי הכליאה בכלא (לדוגמה, התלוננו על מחסור בשולחנות בבית הסוהר לאכילה למשל, והשב"ס הגיב כי ישנו חשש שהאסירים ינצלו את השולחנות למטרות אלימות וכו'). בפסק הדין הוחלט כי בהתאם לנורמות בינלאומיות ההחלטה אינה סבירה ולכן ביקשו מהם לטפל בנושא.
* בג"צ המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית- טענות דומות על ידי האסירים בדומה לפסק הדין הקודם, הפעם בכלא עופר ובמתקנים הזמניים.

בתי הכלא עשו שינויים מבניים עקב המשפט הבינלאומי.

**התחולה של החזקה על חוקי היסוד- שאלה פתוחה:**

יש כמה פסק דין שניסו להתחיל את הצעד מרחיק הלכת הזה. **בבג"צ אדם נ' הכנסת** דובר על תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות בו נקבע כי מותר להחזיק במשמורת מסתננים למשך 3 שנים ללא צורך לבצע עימם איזה שהוא דין. בית המשפט אומר כי ישנה אמנה בדבר מסתננים, אז זו לא נקלטה על ידי החוק הישראלי, אך לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפסל התיקון לחוק עקב אי עמידתו בפסקת ההגבלה.

בית המשפט לא מבצע את הבחינה לפי המשפט הבינלאומי, אך בפסק הדין ישנה הפנייה לכתב הכנסת ביחס להחלת החזקה:

"**קבלת עמדת העותרים לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינלאומי למשפט המחייב במדינת ישראל, ולכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלו שיוזרמו דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה... מדובר בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת**.."

מדובר היה בניסיון די דרמטי בניסיון להחיל את חזקת הפרשנות גם על חוק היסוד, דבר שעשוי:

* לשמש כציר מעקף מאוד חמור- שימוש במשפט הבינלאומי על מנת לבטל חוקים של הכנסת;
* הלכה למעשה מדינת ישראל תהפוך למדינה מוניסטית- המשפט הבינלאומי יימצא מעל לחוקי הכנסת;
* פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות.

**בשורה התחתונה- התחזקות המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי, מדוע?**

* תומך באג'נדה ליברלית של חלק מהשופטים;
* התחזקות השפיטה הבינלאומית העלאת מחיר ההפרות (משפט בינלאומי פלילי, ICC);
* עיקרון המשלימות (מדינה לא יכולה להעמיד לדין אזרח של מדינה אחרת אם כבר מיצו עימו את הדין בתוך המדינה שלו) בדין הפלילי הבינלאומי מבחין בין מדינות בהן יש אכיפה פנים מדינתית אפקטיבית לבין מדינות שבהן אין אכיפה שכזו;
* המשפט הבינלאומי עצמו עבר שינוי- תכניו רלוונטיים יותר לדין הפנימי.

**לסיכום,** דיברנו על מה קורה במדינת ישראל- על מנהג שנקלט באופן אוטומטי, על אמנה שצריכה איזו שהיא חקיקה ספציפית שתבצע החלה של האמנה בחוק; בשני המקרים, כל עוד יש חוק סותר, החקיקה הפנימית גוברת במדרג הנורמטיבי. דיברנו על הדבר הנוסף, החזקה הפרשנית, אשר מתחזקת בשנים האחרונות ודורשת מאיתנו לבצע התאמה, במקומות של לקונה ודו משמעות, גם בהתאם למשפט הבינלאומי ולנורמות הבינלאומיות, בין אם במנהגים ובין אם באמנות.

**שיעור 8- 2.12.19**

מיהם השחקנים בזירת המשב״ל?

היום נדבר על נושא המדינה. נקודת המוצא לדיון היא מיהם השחקנים במשב״ל. נתחיל בדיון למה המדינה היא השחקן החשוב ביותר.

מבט היסטורי על השחקנים

במאה ה-19 המדינה הייתה השחקן היחיד, לא היו ארגונים בינ״ל ולא היו הרבה מדינות, היו הרבה שטחים שלא הוכרו כמדינות ביבשות שונות. השטחים שם נוהלו ע״י מדינות מערביות ומי שחי שם נתפס כלא מפותח. היו כמה מדינות אירופאיות שיצרו את המשב״ל והוא זה ששירת אותם. Inter National- החוק בין המדינות.

במאה ה-20 היו 2 מפצים שהאקדמאיים קוראים להם רגעים גרוטוסיאניים (על שם גרוטיאוס)- שינוי גדול במשב״ל. בעצם מדובר על שתי מלחמות העולם.

הראשונה הובילה לשינוי בחשיבה לגבי לאומיות, לאומנות, הגדרה עצמית של קבוצות, זכויות מיעוטים עוד. מלומדים מאותה תקופה התחילו להתייחס למדינה לא כאל חזות הכל, לא כמעמד על שאליו צריך לשאוף אלא הסתכלות פונקציונאלית- המדינה היא פונקציה, כלי שבני אדם יכולים להתאגד באמצעותו. המדינה היא כלי שמקדם את הזכויות של האזרחים במדינה והדגש צריך להיות על בני האדם ולא על הישות המלאכותית והפיקטיבית הזו.

הראשונים שכתבו את התיאוריות האלו היו פורצי דרך. הם הגו את התיאוריה של זכויות האדם ואחרי מלחמת העולם השנייה שבה ההפרות והפגיעות בבני אדם התגברו, הקהילה הבינ״ל הבינה שאת אותן תיאוריות צריך להפוך למעשה. לאחר מלחמת העולם השנייה ה-2 התחילו לקדם זכויות אדם בפועל. בנוסף, באותה נשימה, לא רק ייחסו לאדם זכויות אלא גם חובות- **משפטי נירנברג**- גם המשב״ל הפלילי התפתח במאה ה-20 והאדם הפרטי שלא היה לו שום מעמד במשב״ל הפך לשחקן עם זכויות וחובות.

דוגמאות נוספות הן ״**מעין מדינות״ Quasi States**- ישויות שהן כמו מדינה עם אזרחים, תרבות ודת משלהן אבל אלמנט כלשהו חסר. בדרך כלל האלמנט שחסר הוא היכולת לשלוט ולתרגם את השליטה כלפי חוץ לעצמאות. דוגמה לקח היא **פורטוריקו**- מדינה לכל דבר שהחליטה שאת יחסי החוץ והביטחון שלה היא תפקיד בידי ארה״ב. היא לא מנסה להתקיים כמדינה עצמאית וטוב לה במצבה. מצד שני, למי שחי בפורטוריקו אין זכות הצבעה בארה״ב. דוגמה נוספת היא **טאיוואן**- מקרה מורכב- מאבק פוליטי בין 2 ממשלות אפשריות אחת של סין אחת של טאיוואן. במהלך שנות ה-70 הייתה הפיכה בסין והעולם בחר בממשלת סין המרכזית משיקולים שונים כמו וודאות, יכולות וכו. סין בלעה את טאיוואן לתוכה ומאפשרת לה להתנהל כפי שהממשלה המקומית רוצה לנהל את השטח אבל אם טאיוואן תנסה להכריז על עצמאות או להיפרד מסין יש הבטחה מסין שהם יבהירו להם שמדובר על שטח סיני ולא ניתן להחיל עליו ריבונות. בתוך סין יש גם את **טיבט**, זו אחת התרבויות הוותיקות בעולם, כישות פוליטית חברתית הם קיימים אלפי שנים אבל היו מסוגרים בפני עצמם ולא רקמו יחסים עם מדינות אחרות. ביום הפלישה לטיבט אף אחד לא בא לעזרתם. ישויות אלו הן מעין מדינות אבל אינן עצמאיות. נכון להיום, **קוסובו** מבחינה משפטית היא חלק מסרביה למרות שחלק מהעולם מכירה בה כישות עצמאית.

השחקנים במשב״ל

NGO, ארגונים לא ממשלתיים כן יכולים לפנות לכל מני גורמים אבל אין להם חובות וזכויות.

אנשים פרטיים יכולים להגיש תביעות בבתי דין לזכויות אדם אבל אין לאדם פרטי חובות וזכויות כמו שיש למדינה.

אנחנו נתמקד במדינה כיום מכמה סיבות-

1. **מבחינה פוליטית** היא עדיין השחקן הכי משמעותי (כוח והשפעה).
2. **מבחינה היסטורית** היא תמיד הייתה השחקן המרכזי שיצר את המשב״ל
3. **מבחינה משפטית** המדינה היא גם בעלת הזכויות והחובות המרחיקות לכת ביותר ואין נורמה שאינה קשורה אליה. גם נורמות שמסדירות זכויות וחובות של בני אדם צריכות להיאכף ע״י מדינות. מדינה היא זכות שיכולה לייצר את כל סוגי הנורמות הקיימות.

אין שום תחום במשב״ל שהמדינה לא יכולה להשפיע עליו. גופים פרטיים יכולים לקדם אמנה מסוימת, הצהרות, העמדה לדין של שליט פוליטי בבית הדין הפלילי. הם יכולים להשפיע אבל ההשפעה צרה וממוקדת לעומת מדינה שיכולה להכריע אם יקום בכלל בית דין פלילי או לא. אין אפשרות להשוות בין השניים למרות שהיכולת של הארגונים מתגברת.

איך קובעים אם יחידה מסוימת היא מדינה?

**אמנת מונטווידאו (1933)**- רקע היסטורי- נוסחה ב-1933, היה גל של לאומנות וחיזוק מדינות באמריקה הלטינית. מדינות מסוימות יצאו לעצמאות אבל גם יש מדינות שהן מדינות ותיקות כמו קולומביה, היא בת 200 שנה והייתה דמוקרטיה בכל שנות הקיום שלה. היא הייתה פעם עצומה מבחינה גאוגרפית. מתוך קולומביה יצאו כמה מדינות כמו פנמה, ונצואלה ופרו. כל אלה הן מדינות שנולדו במאה הקודמת. כשהן הגיעו לעולם מי שרצה להתערב להן הן המדינות הוותיקות של העולם המערבי. העולם החדש לא הסכים לכך, והחליט להגדיר לעצמו מהן החובות והזכויות שלו. הרצון של אמריקה הלטינית לעגן משפטית את הזכויות והחובות שלה מול התערבות חיצונית יצר 4 תנאים הנדרשים לצורך הקמת מדינה. חוץ מ-4 התנאים המצטברים שנקבעו כאן הוסף גם תנאי 5 והוא הכרה או לגיטימציה הוא מאוד משמעותי בזמן האחרון. נדבר על כך באזכור ההקשר ההיסטורי.

התנאים לקיום מדינה

1. **אוכלוסייה קבועה**- אין דרישת מינימום לאוכלוסייה קבועה וצריך רק גרעין קשה של אוכלוסייה שהוא הגרעין של המדינה. המדינה עם מס׳ האזרחים הנמוך ביותר היא **הוותיקן**, יש שם אזרח קבוע אחד- האפיפיור. הוא האדם היחיד שיש לו אזרחות לכס הקדוש לכל חיו, שאר האנשים הגיעו לדרגה מאוד גבוה בסולם הכמורה ומדרגה מסוימת הם מקבלים גם אזרחות. האזרחות חשובה בשביל הפריווילגיות של אלו המגיעים מהמדינה. הם נהנים מחסינות של המדינה וזכויות נוספות. התנאי הראשון אבסורדי בעיני המרצה, בגלל הכוח והמשמעות הכלכלית של הוותיקן, הישות הזו הפכה למדינה. הדרישה הזו כל כמו כל הדרישות היא דינמית, הכל תלוי באג׳נדה של אותה תקופה. דוגמאות יותר ברורות הן **נאורו**, אי של 10 אלף תושבים, **ליכטנשטיין ומונקו**. המדינות הקטנות הללו, בעתיד יעלו לנו שאלות מעניינות. נאורו זה אי שעתיד לשקוע בשנים הקרובות. האם האי ישאר מדינה לאחר שישקע? האם נאורו יכולים לקנות אי משוודיה ולעבור לשם ולהכריז על נאורו מחדש? יש תיאוריות שמתחילות לטפל בכך, כמו האפשרות להתקיים מחוץ לטריטוריה.
2. **טריטוריה**- המקרה של נאורו מעורר שאלות. כעיקרון הדרישה הקלאסית היא דרישה **ליבשה**. גם כאן ניתן להקשות- היום בדובאי בונים איים מלאכותיים, האם מדינה יכולה להתקיים על יבשה מהסוג הזה? מבחינת **גודל** אין סף מינימום. **השטח לא חייב להיות רציף**, יש מדינות עם רצועות איים, ארכיפלגים כמו יוון ושוודיה אלא ביסוס של הריבונות. **אין צורך בגבולות מוסדרים**, כמו ישראל לדוגמה. מי שדיבר בשמנו היה שגריר ארה״ב באו״ם ונאם על בימת האום בטענה שגם שארה״ב קמה הגבולות לא היו מוסכמים כי היו סכסוכים על שטח והטיעון כמובן התקבל. **צ׳כיה** הפכה למדינה בשנות ה-20 של המאה הקודמת בלי שטח מוגדר וכך גם הרבה ממדינות יוגוסלביה שהפכו למדינות בשנות ה-90, סרביה הפכה אחרי כמה שנים למונטנגרו, קוסובו הוא כאמור שטח במחלוקת. **בוסניה והרצגובינה** התפצלו גם כן. אלה תנאים משפטיים אבל במציאות כוח ופוליטיקה חזקים יותר מהמשפט. בהגדרת מדינה בדרך כלל כוח והשפעה פוליטית ומזל מבחינת המיקום והזמן חשובים יותר.
3. **ממשלה (התנאי הכי חשוב!!!)**- ממשלה צריכה להיות אפקטיבית ולהחיל את הריבונות שלה באופן אפקטיבי. לנהל את השטח, לגבות מיסים, להפעיל שירותים, להסדרי גבולות ועוד. הדרישה היא **דרישת אפקטיביות** והרוח הכללית היא אפקטיביות אבל בפועל בשנות ה-60 כשהזכות להגדרה עצמית של מדינות אפריקה הייתה טרנד אפשרו למדינות שלא היו בשלות להפוך למדינות מכוח אותו עיקרון להגדרה עצמית. **זאיר** הפכה למדינה אחרי כיבוש של בלגיה, נמצא בה ריכוז גדול של זהב, כסף, יהלומים ואבנים יקרות לכן היא מדינה מאוד נפיצה שלא החזיקה הרבה זמן בגלל מלחמת אזרחים, הממשלה לא הייתה אפקטיבית מספיק והתרפקה ל-2: קונגו והרפובליקה הדמוקרטית של קונגו. זאיר/קונגו היא המחשה לכך שלמרות שיש דרישה לאפקטיביות שיקולים אחרים משמעותיים יותר. קרואטיה בוסניה והרצגובינה הן מדינות שכשהן קיבלו עצמאות בשנות ה-90 מי שניהל אותן בפועל הייתה הקהילה הבינ״ל. קוסובו הכריזה עצמאות ב-2008 אבל מי שמנהל אותם עד היום זאת הקהילה הבינ״ל. מפחיתים מהתנאי הזה בגלל שיקולים אחרים.

מה לגבי מדינה נכשלת/מדינה במשבר?

**לבנון** בשנות ה-80 סבלה ממלחמת אזרחים, **ליבריה** גם כן. פלגים שונים שלטו על חלקים שונים בתוך המדינה אבל היא נשארה מדינה. גם בסודן הייתה מלחמת אזרחים, קבוצה נוצרית מנסה להקים מדינה חדשה, יש לה תמיכה מהמערב אבל סודן נשארת סודן. המדינה כגוף או כישות היא חזקה מאוד, **ברגע שהופכים למדינה יש חזקת המשכיות**. מדינות שהיו תחת כיבוש נשארו אותן מדינות כמו קווית, סוריה, עיראק שנשלטה ע״י ארה״ב ועוד. צריך משהו מאוד דרמטי כדי לא להכיר בקיומה של המדינה או הממשלה לאחר שהיא קמה.

1. **כושר לקיים יחסי חוץ**- הדגש הוא על **היכולת** להפיק דרכונים, להקים שגרירויות ולהכיר בזכויות יתר של שגרירויות בשטח. אלמנט חשוב נוסף הוא **היבט העצמאות**. מדינה צריכה להיות עצמאית בקבלת ההחלטות שלה. כשליכטנשטיין בעבר התקיימה כמדינה לכל דבר אבל הטילה את ניהול יחסי החוץ שלה על שוויץ האו״ם לא הסכים לקבלה כמדינה עצמאית. לאחר מכן האום דרש שינוי מבני ולאחר מכן הצטרפה לאו״ם. פורטוריקו לא מבקשת בכלל להצטרף לאו״ם, טוב לה כפי שהיא. התנאי הרביעי לא מתקיים אצל פורטוריקו לכם הם לא מדינה. התנאי בודקת את היכולת של המדינה ולא את התגובה של העולם כלפי הישות. חשוב מה מסוגלת אותה ישות לעשות.

ארבעת התנאים הללו הם לכאורה חזות הכל. אם ישות עומדת בתנאים האלו היא מדינה ושום דבר לא ימנע ממנה להכריז על עצמאות ולהצטרף לאו״ם. בפועל זה לא כך, במיוחד בעשורים האחרונים קיים אלמנט משמעותי נוסף- **ההכרה**. החיבוק של מדינות והכנסה של מדינה חדשה למשפחת העמים. ההוכחה הסופית היא הצטרפות לאו״ם. ההליך להצטרף לאו״ם הוא סה״כ החלטה של מועצת הביטחון בה חברות 15 מדינות. זה לא קונצנזוס בינ״ל אבל מכיל את 5 מוקדי הכוח משב״ל. ההשלכה היא שאנחנו מתייחסים לכך כאילו 200 מדינות קיבלו מדינה לאום. חשוב לזכור שזה הליך פרוצדוראלי.

הכרה במדינה

התנאי הלא רשמי אבל המשמעותי מאוד. ההקשר ההיסטורי הוא שמדינות אמריקה הלטיני הרימו את הראש והחליטו שהן מדינות ריבוניות וקבעו שמדינות אחרות לא יכולות להחליט או לקבוע למדינה אחרת אם היא מדינה או לא. ההכרה חסרת חשיבות משפטית.

מבחינה תיאורטית יש 2 גישות אפשריות:

1. **דקלרטיבית**- הכרה היא סה״כ הצהרה פוליטית כמו סעיף 3 לאמנת מונטווידאו.
2. **קונסטיטוטיבית**- ההכרה ע״י רוב המדינות בעולם היא תנאי מחייב בקיומה של מדינה ובלי ההכרה אין מדינה.

**הגישה השולטת היא הדקלרטיבית.**

למרות שאין משמעות משפטית להכרה כדי להפוך למדינה כן יש להכרה השלכות פוליטיות, מעשיות ודיפלומטיות.

ברמה הדיפלומטית ניתן לקיים יחסי חוץ תקינים והשליחים ייהנו מהפריווילגיות הניתנות.

מבחינה פוליטית הטיעון למדינה חזק יותר ככל שיש יותר הכרה. בפועל, אי אפשר לתפקד כמדינה היום מבלי שיכירו בה מדינות העולם.

**סומליה** היא דוגמה לכך, מדינה שמשנות ה-80 נמצאת במלחמת אזרחים ואין בה ממשלה מתפקדת. סומליה נותרה סומליה ואף אחד לא ערער על קיומה של המדינה אבל בתוך סומליה קבוצה מסוימת פרשה והכריזה על עצמה **כסומלילנד**. סומלילנד מאז שנת 91 הקימה צבא, התמודדה עם סומליה על השטח, מנהלת את השטח, מכילה זכויות אדם למי שנמצא בשטח שלה ומאפשרת ביטחון בסיסי ברחובות מה שלא נמצא בסומליה אבל אף אחד לא מכיר בה. סומלילנד היא ״מעין מדינה״ ולכן לעולם לא תוכל להצטרף לאו״ם מתוך כבוד לשלמות הטריטוריאלית של סומליה, בשם הסדר והיציבות. סומלילנד רצתה להשיק מטבע משלה, קרן הטבע העולמית לא הסכימה להכיר בו ובפועל קונים בסומלילנד בדולר אמריקאי.

מהצד של המדינה המכירה

ההליך של ההכרה יכול להיות חד צדדי, מדינה יכולה להחליט אם להכיר במדינה אחרת או לא. יש אזורים שפועלים יחד כמו האיחוד האירופי אבל כעיקרון כל מדינה מקבלת לעצמה. אין חובה להכיר במדינות אבל כן **יש חובה לא להכיר במדינות שהקמה שלהם הפרה נורמה קוגנטית במשב״ל**. לדוגמה, אם סומלילנד קמה תוך כדי היפרדות מסומליה היא מפרה את השלמות הטריטוריאלית של סומליה המעוגנת בסעיף 2 למגילת האו״ם. זו זכות יסוד קוגנטית של המשב״ל. סומלילנד לא תזכה להכרה כל עוד סומליה לא תאשר את ההיפרדות.

יש הרבה דוגמאות למדינות שפרשו ומחצית מהמדינות בעולם מכירות בהן אבל הן לא יצטרפו לאו״ם. רק אחרי שסרביה תכיר בקוסובו היא תוכל להצטרף לאו״ם. בספרות ובאקדמיה ניסו לקדם את האופציה כי במקרים חריגים כמו שחרור מקולוניאליזם, מכיבוש והפרת זכויות אדם חמורות אפשר להיפרד ממדינה אבל אופציה זו לא התקבלה בעולם ונשאר בספרה האקדמית.

ברגע שיש הכרה יש לכך משמעות פוליטית ודיפלומטית, אפשר לחתום על אמנות, יש תמיכה פוליטית לצירוף לארגונים בינ״ל, ברמה הפנימית יש זכויות יתר וחסיונות- דיפלומטית וריבון.

**חסינות דיפלומטית**- חסינות לנציגים הדיפלומטיים של המדינה. **חסינות ריבון**- חסינות של המדינה עצמה. ישראל לא יכולה לשפוט את דנמרק על ההחלטה להגביל ציד של כלבי ים כי דנמרק היא מדינה ריבונית כמו ישראל. אין מדינה אחת מפעילה סמכות שיפוט על מדינה ריבונית אחרת. זה בא לשקף שוויון בין מדינות לבין עצמן.

ניתן לראות גם אמירה רחבה יותר לגבי הגדרת מדינה, קיומה שלה הכרה או מדינה ייגזר מ-3 גורמים:

1. **ארבעת התנאים של אמנת מונטווידאו**.
2. **שיקולים פוליטיים**.
3. **עצם הקמת והתנהלות המדינה**- אם המדינה פורשת ממדינה קיימת ללא אישור היא מפרה כלל יסוד של המשב״ל ולא תהפוך למדינה. זה מעיד על כך שתנאים שהם לכאורה משפטיים אובייקטיבים מאבדים חשיבות לטובת עניין של לגיטימיות, הכרה וכוח בינ״ל.

סומלילנד פגעה בשלמות הטריטוריאלית של סומליה, קוסובו פרשה מסרביה ולכן הן עדיין לא מדינות. כאשר יתפרקו מדינות שלא תוך כדי סכסוך גבולות לדוגמה ברית המועצות, רוסיה נכנסה למקומה של ברית המועצות ללא סייג אבל האיחוד האירופי הקים וועדה של מומחים שקבעו קריטריונים להכרה במדינות החדשות , קידום דמוקרטיה וקידום זכויות אדם. זה לא תנאי משפטי אלא דרישה פוליטית, התנאים האלה הוחלו לאחר מכן גם על מדינות יוגוסלביה לשעבר. בפועל, המשב״ל לא מגדיר שום דרישה להיות דמוקרטיה, לקבל חובות של זכויות אדם או להחיל אותן בשטח. כן יש רצון לפתח מגמה שאלה יהיו חלק מהקריטריונים.

הרשות הפלסטינית כמקרה מבחן

1. **אוכלוסייה**- המשב״ל מכיר בעקרון ההכרה העצמית, מי שזכאי להגדרה עצמית הוא עם. המשב״ל מציע כלים להכריע מיהו עם (קשר אתני, תרבותי, דתי, היסטוריה וכו). המשב״ל לא מכריע מי עם ומי לא. כתוצאה מהבעיה הזו הזכות להדגרה עצמית של העם הפלסטיני היא אחת הזכויות שכו להכרות הבינ״ל הרבות ביותר בהיסטוריה המודרנית מכל מני גופים. מעל ל-160 מכירות בפלסטינים כעם. ישנה אוכלוסייה פלסטינית אבל מי הם הפלסטינים, ביהודה ושומרון ועזה או רק בעזה או גם בשטח ישראל, האם יש להפריד בין השאלות? יש הרבה מורכבויות אבל יש גרעין של אוכלוסייה ביו״ש, אזור יו״ש מוכר ע״י מרבית העולם.
2. **טריטוריה**- צפות מס׳ שאלות, האם יו״ש ועזה הן יחידה אחת? אין בעיה שתהיה הפרדה גאוגרפית אבל יו״ש מנוהלת עי הרשות הפלסטינית בעוד עזה מנוהלת ע״י החמאס. שני שטחים שיכלו להיות חלק מפלסטין אבל מנוהלים ע״י כוחות אחרים. גם אם לצורך העניין נתייחס רק ליו״ש, הוא מספיק מבחינת גדול. מורכבות נוספת היא שישראל מעורבת בניהול של יו״ש עד היום. איפה שהיא לא מעורבת היא יכולה להיכנס בקלות ולהסדיר את המצב. למרות המורכבויות האלה אין בעיה לעמוד בדרישת הטריטוריה והאוכלוסייה.
3. **ממשלה**- מורכב יותר. אין לנו שליטה אפקטיבית מלאה על כל תא השטח אבל בגלל שהזכות להגדרה עצמית הפלסטינית כל כך חזקה, כמו במדינות אחרות, יותר מ-160 מדינות בעולם מכירות במדינה הפלסטינית ומתעלמות מהיכולת שלה לנהל באופן אקטיבי את השטח.
4. **יכולת לנהל יחסי חוץ**- לפלסטין יש יחסי חוץ מאוד נרחבים, שגירויות במעל ל-100 מדינות. הם חברים בארגונים בינ״ל, הם חברים בעשרות אמנות בינ״ל. ב-2012 העצרת הכללית קיבלה את פלסטין בהליך שלא קיים מבחינה פרוצדוראלית כמדינה משקיפה שאינה חברה. הסמכות לקבל מדינה לאום היא של מועצת הביטחון והמהלך של העצרת מעורר הרבה שאלות- איך אפשר להכיר במדינה בלי שליטה אפקטיבית, איך אפשר לחייב את האום בהחלטה של העצרת שהיא בכלל לא חייבת מבחינה משפטית? לעצרת אין סמכות להורות על קבלה של מדינה לאום אבל מה שכן ההחלטה מעידה היא על קונצנזוס נרחב לתמוך בפלסטין ברחבי העולם. גם בית הדין הפלילי הבינ״ל הכיר בפלסטין. פלסטין היא כיום מדינה בדרך. גם מבלי להיות מדינה היא הביאה לכך שכל מי שיכנס לעזה או ליו״ש חשוף לעמדה לדין בבית הדין הפלילי הבינ״ל.

היא לא מדינה אבל מצליחה להשפיע במידה של כמעט כמו מדינה ואפילו יותר.

לסיכום- המקרה של הרש״פ ממחיש את המגמות הכלליות ביותר במשפט המשב״ל. מגמה ראשונה היא הגמשה של תנאי מונטווידאו והשנייה היא החשיבות של לגיטימיות או תמיכה פוליטית בתוך סוגיית ההכרה.

**שיעור 9- 3.12.19- מתרגלת**

אחריות מדינה

אחריות בינ״ל שמוטלת על מדינות. מדובר בסוגיה יחסית מורכבת ורבת רבדים, אנחנו ננסה לנבור בשאלות היותר מורכבות שלה.

מדינות נהנות מזכויות ופריווילגיות, כל שלב וכל שלב בו יש זכות יש גם חובות מנגד. במשב״ל חובות יכולות להיות מוטלות בכל מני דרכים- אמנות (בילטרליות או מולטילטרליות), מנהג שהוסדר לפני קיומה של מדינה מסוימת ומקורות משפט נוספים.

כמו במשפט המקומי, מקום שבו יש הפרה יש גם צד שצריך לשאת באחריות. בעניינו מדובר על אחריות בינ״ל ואנחנו נעסוק בכללי האחריות הבינ״ל.

כללי אחריות בינ״ל

מדובר בכללים מסדרי שני אשר לצידם יש כללים מסדר ראשוני. הכללים הללו נועדו להסדיר את האכיפה והסנקציות המוטלות על גורמים המפרים את החובות מסדר ראשון.

לדוגמה- כיבוש האי קרים ע״י רוסיה. מדובר בפגיעה רוסית בעקרון השלמות הטריטוריאלית. זהו כלל מסדר ראשון. הכללים מסדר שני שמסדירים את אופן ההתנהלות במקרה שקיימת הפרה. יש לענות על שאלות כמו האם ניתן לייחס את המעשה המפר למדינת רוסיה? האם למדינה יש בסיס מוצדק להפרה? מהן ההשלכות המשפטיות של ההפרה?

חשיבות הכללים כיום

1. **העולם מצוי במגמת משפטיזציה**- גם תחומים בעלי הסדרה משפטית נמוכה קיימים כלפיהם כיום הסדרות ואמנות. המשב״ל חודר לתחומים חדשים.
2. **גידול בכמות האינטראקציות בין מדינות שונות**- בעבר היו פחות קשרים לישראל עם מדינות רחוקות ללא מכנים משותפים. כיום בכפר הגלובאלי מדינות מתקשרות עם כל מני מדינות בכל מני נושאים, כמו הסכמי כפל ביטוח לאומי.

בגלל סיבות אלה ואחרות יש חשיבות מוגברת לכללים הללו.

חשוב להגיד שהכללים שנלמד הם כללי ברירת מחדל- **מקום שבו יש סט כללים ספציפיים אנחנו לא נפנה לכללים שנלמד עכשיו**.

המסגרת המשפטית

אנחנו מדברים על טיוטת אמנה שגיבשה וועדת ה-ILC. **Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts (2001**). במסגרת העבודה של הוועדה הם גיבשו טיוטה לאמנה אבל היא לא אומצה ע״י מדינות ואינה מחייבת. רוב הכללים בה נחשבים כללים מנהגיים.

התנאים לאחריות בינ״ל

סעיף 1- עקרון על שחולש על אחריות בינ״ל קיים גם במשפט בינ״ל- על הפרה יש אחריות. זאת נק׳ המוצא.

סעיף 2- אחריות תקום בהתקיימותם של 3 תנאים:

1. **מעשה או מחדל**- מדינה יכולה להפר כלל או חובה בין במעשה ובין במחדל, אופי ההתנהגות תלוי בחובה המוטלת. חובה יותר קשה היא חובת עשה פוזיטיבית ואז ההפרה היא במחדל. למשל, החובה למנוע רצח עם ולהעמיד לדין את הפושעים, מקום בו מדינה לא ממלאת את החובה שלה היא מפרה במחדל.
2. **הפרה של כלל ראשוני של המשב״ל**- סעיף 3+23. האם כל פעולה של מדינה נחשבת הפרה? הסיווג נקבע לפי המשב״ל ולא לפי המשפט המדינתי. המדינה לא יכולה לטעון כי בדין המדינתי מותר לבצע פעולה אפילו שדין הבינ״ל אוסר. רציונל דומה אפשר לראות בדיני אמנות, מדינה לא יכולה להיתלות על דין שקיים בחוק הפנימי שלה כדי להפר אמנה כלפי מדינה אחרת.
3. **ניתן לייחס את המעשה או המחדל למדינה**- זאת השאלה הקשה. היא שאלה מורכבת מפני שמדינות לא יכולות לבצע מעשים, מדינה היא לא ישות שמבצעת משעה בפני עצמה, תמיד מי שמבצע את המעשה הוא פרט. האם המעשה של פלוני ניתן ליחס אותו למדינת ישראל ולייחס אותו אליה?

**ייחוס** הוא מבחן משפטי והמטרה היא לאתר את כל הזיקות שקושרות בין הפעולה לבין המדינה. במקרה הזה הכלל הבסיסי הוא **שמדינה לא נושאת באחריות להתנהגות של הפרטים בשטחה**. מהי הזיקה הנדרשת בין מבצע ההתנהגות לבין המדינה? נדבר על כמה סוגים של פרטים המבצעים פעולות:

1. **זיקה מוסדית-** אחריות המדינה לפעולות של אורגנים שלה. הזיקה שקיימת כאן היא זיקה מוסדית. שוטר במשטרת ישראל יש לו זיקה מוסדית למשטרה שהיא גוף של מדינת ישראל. דוגמה נוספת היא חיילים של המדינה, עובד ציבור, שר, ראש ממשלה, נשיא וכו. פעולות של הגורמים האלו הנחת היסוד היא שמדובר על פעולות של המדינה. חייל המבצע פשע מלחמה או עבירה כלפי מדינה אחרת, בהיותו חייל של צהל, הנחת המוצא היא שניתן לייחס את הפעולה שלו למדינת ישראל.

אין שום חשיבות להיררכיה, לדרגה של אותו חייל, דין טוראי כדין אלוף. נועד למנוע ממדינה להתחמק מאחריות.

איך יודעים מיהו אורגן?בחלק מהמדינות הדואר הוא גוף של המדינה ובחלק לא. איך מחליטים מי אורגן? יש כמה דרכים: 1) לפי טיוטת המדינה קובעים מי אורגן של המדינה לפי הדין הפנימי. אם במדינת ישראל הדואר הוא גוף של המדינה העובדים נחשבים אורגנים. המדינה היא זו שרשאית להחליט מי האורגנים שלה. יחד עם זאת בדברי ההסבר של הוועדה זה לא מדויק, 2) מדינה לא תוכל להתחמק מאחריות מגוף שמתנהל דה פקטו בתור אורגן שלה רק אם לא כתוב בחוק שהוא כן. תיבחן הפרקטיקה, התפקיד של האורגן בפועל וכו. הסוגיה הזו נדונה ב-ICJ **בפרשת הג׳נוסייד**, תיק בין סרביה לבין בוסניה, נדונה השאלה האם אפשר לייחס לסרביה פעולות של מיליציה שהוא ישות סרבית בוסנית בגין פעולות שהוא ביצע (רצח עם) נגד בוסנים מוסלמים ובעיקר טבח מסוים. האם אפשר לייחס את הפעולות של המיליציה לסרביה, האם הוא מהווה אורגן דה פקטו של יוגוסלביה? בפס״ד נקבע ברוח דברי ההסבר שהדין הפנימי של המדינה הוא לא המבחן היחיד אלא גם מקום בו גורמים פרטיים יחשבו הלכה למעשה לאורגן בפועל. המבחן שלנו הוא מבחן **התלות המלאה** במדינה. כלומר, אותו ארגון מהווה רק מכשיר בידיה של המדינה. בפס״ד נקבע שקשה מאוד להתרחב מהמבחן הטבעי של אורגן לפי הדין הפנימי ולכן המבחן הוא מבחן מחמיר, צריך שהגוף יהיה תלוי באופן מוחלט במדינה. במקרה הזה בית הדין קבע שלא ניתן לייחס את הפעולות של המיליציה ליוגוסלביה.

כעת נדבר על אורגן שלישי, הוא אל 3) גוף מוסמך של המדינה אבל הוסמך על ידיה לבצע פונקציות ממשלתיות (סעיף 5 לכללי ה-ILC ). דוגמה לכך היא הפרטה של בתי הכלא, כוחות ביטחון פרטיים, למה שנרצה לייחס להם? כי המדינה הסמיכה אותם, האצילה להם את הסמכויות הממשלתיות האלו ולכן היא עדיין תחוב בגין פעולות של אותם אנשים. זה מרחיק לכת, היא תחוב באחריות למרות ששיקול הדעת לא מצוי בידיה אלא בידי הגופים הפרטיים.

פעולה במסגרת הכשרות (capacity) - לא כל התנהגות של אורגן תיוחס למדינה. תנאי נוסף לייחוס הוא שהפעולה בוצעה במסגרת כשרותו של אותו אורגן. אם שוטר במשטרה הולך לגבול עם סוריה במסגרת העבודה המשטרית שלו ומתחיל לירות על אזרחים מעבר לגבול הפעולה לא הייתה בסמכות. כיצד נזהה את הפעולה בכשרות? יש 2 מבחנים:

1. מבחן הזיקה המהותית- במסגרתו נשאל אם קיימת זיקה בין התפקיד לבין הפעולה.
2. מבחן הסמכות הנחזית- האם סממנים חיצוניים מבטאים פעולה מטעם המדינה, לדוגמה מדים.

המבחנים הם משלימים. השכלול שלהם ביחד יגיע לתוצאה. שוטר מבצע פעולה במדים ופעילותו נראית קשורה לתפקידו.

חריג לייחוס אחריות הוא **החריגה מסמכות**. החריג הראשון הוא האורגן של המדינה ביצע מעשה שלא הוקצה לו, פעולה שלא במסגרת הסמכות. לדוגמה, שוטר סיור שאסור לו לחקור ולחוקר אסור לעצור אדם. חוקר שעצר אדם חרג מסמכותו למרות שהוא שוטר. פעולה שהיא לחלוטין שלא במסגרת התפקיד שלו. החריג השני הוא פעולה שמבוצעת תוך הפרה של ההוראות שניתנו על ידי הגורם המוסמך- חייל צה״ל שפועל בניגוד לקודים האתיים של צה״ל. לדוגמה, חייל שאמרו לו בסיטואציה מסוימת לא לירות והוא ירה בכל זאת (הפעולה מותרת באופן עקרוני לחייל אבל לא במקרה הספציפי הזה).

לפי סעיף 7, גם אם אדם חרג מסמכותו אם הוא פעל בכשרות, עדיין אפשר לייחס אחריות למדינה. אם נחזור למבחנים של פעולה בכשרות של אותו שוטר, גם אם הוא חרג מסמכותו בגלל שהוא פעל בכשרות נחזית (לבש מדים) עדיין ייחסו לו אחריות. מהו הרציונל לכך? 1) למדינה יש כוח מניעתי 2) היא יכולה לדאוג לחנך 3) לפקח על האורגנים שלה 4) יש למדינה כיס עמוק, בניגוד לאדם הפרטי 5) רצון למנוע התחמקות של המדינה מאחריות בגין התנהגות אסורה של האורגנים שלה.

1. **אחריות המדינה לפעולות של אנשים פרטיים**- עד עתה דיברנו על 3 אורגנים מוסדיים. כעת נדבר על גופים אחרים לחלוטין, גופים ואנשים פרטיים. האם אפשר לייחס למדינה את הפעולות שלהם? כאן נקודת המוצא היא הפוכה- המדינה לא נושאת באחריות של אנשים פרטיים ולכן בגלל שאין כאן זיקה מוסדית ברורה כדי לייחס אחריות אנחנו צריכים להוכיח זיקה בין הפעולה האסורה לבין המדינה עצמה. יש 2 מקרים בהם ניתן לייחס אחריות למדינה עבור פעולות של אנשים פרטיים:
2. התנהגות אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או נתונים לשליטתה- עולה השאלה מהו ההיקף הנדרש של הפעולות? השאלה הזאת נידונה **בעניין ניקרגואה**, בעניין ארגון מורדים שנתמכו ע״י צבא ארה״ב והתייעצו. עלתה השאלה האם ניתן לייחס את הפעולות של המורדים לארה״ב? ב-ICJ נקבע מבחן מאוד מחמיר שנקרא ״**מבחן השליטה האפקטיבית**״- על מנת לייחס דין למדינה צריכה להיות הכוונה ממשית של הפעילות ולא רק סיוע. עד כדי כך שהמדינה נתנה הוראה לבצע כל פעולה ופעולה. עצם ההכשרה או התרומה איננה מספיקה. בגלל המבחן הנוקשה הזה במקרה הזה רוב הפעולות לא ייוחסו לארה״ב. הייתה ביקורת מאוד גדולה בגלל הרף הגבוה מאוד. זה לא המבחן היחיד. הגיע טריבונל בינ״ל ICTY טריבונל מיוחד שהוקדם כדי לדון בסכסוך של יוגוסלביה (דין בינ״ל פלילי) המאמץ מבחן הרבה יותר מקל בשם ״**מבחן השליטה הכללית**״. המשמעות היא שגם במקום בו הארגון נתמך ע״י מדינה במימון, מינוי של מפקדים אבל אין שליטה כוללנית ניתן לייחס את פעולות הארגון למדינה. מבחן שמקל את הרף משמעותית. פס״ד נוסף שעוסק בסכסוך ביוגוסלביה חוזר למבחן השליטה האפקטיבית. כיצד ניתן ליישב את השוני בין המבחנים? גם התיק של ניקרגואה וגם התיק הנוכחי נדונו ב-ICJ שהשאלה העיקרית שהוא דן בה הוא ייחוס אחריות למדינה. ה-ICTY דן בייחוס אחריות במשפט פלילי ודן בשאלת ייחוס האחריות בדרך אגבית מאוד. מדובר בשני עולמות שונים ולכן המבחן של ה- ICTY רלוונטי רק למשפט הפלילי. המבחן המקשה יותר אכן עוסק בייחוס אחריות למדינה. המבחן הקשה הוא המבחן השולט כעת.
3. המדינה מכירה במעשים ומאמצת אותם בדיעבד- **פרשת הסגל הדיפלומטי והקונסולרי בטהרן**- הסטודנטים השתלטו על שגרירות ארה"ב באיראן. פרשה מורכבת שמתחברת לנושא שלנו בכך שמדובר בסטודנטים שאינם אורגנים של המדינה, אף אחד לא הורה להם לבצע את הפעולה. נדונה השאלה האם אפשר לייחס את המצור שהסטודנטים עשו למדינת איראן בגלל שלאחר מעשה האיראנים היללו את הסטודנטים ושיבחו את הפעילות שלהם. באופן כללי אישור של פעולה יכול להיות מפורש במסגרת הסכם בינ״ל או במשתמע, אותם אורגנים מאשרים בהתנהגות שלהם את הפעולה האסורה. הפרשה הזאת נדונה ב-ICJ ועלתה השאלה של אחריות איראן. בית הדין פסק שהתפיסה הראשונית של השגירות אומנם בוצע לא עי אורגני המדינה אבל ההכרזות לאחר מכן של מנהיגי איראן שמאמצות את הפעולה מאפשרות לייחס למדינה את הפעולה. לאחר מכן הגורמים שאפשרו את המעצר של הדיפלומטים כן היו אורגנים של המדינה.
4. חובה לפעול בחריצות ראויה- המדינה לא מחויבת לבצע פעולה מסוימת ולא לוקחת חלק מהפעולה המפרה אבל בעצם זה שהיא לא מונעת אותה היא מקימה הפרה בפני עצמה. כלומר, מדינה חייבת למנוע רצח עם ולהעמיד לדין בגינו, להגן על דיפלומטים זרים, למנוע זיהום אוויר וכו. גם אם המדינה לא מבצעת רצח עם או פוגעת בדיפלומטים, עצם זה שהיא לא מנעה מגורם פרטי לעשות את זה- אפשר לייחס לה אחריות. לדוגמה, אם פועלת בשטחה של מדינת ישראל חברה מזהמת שלא לפי התקן הבינ״ל, מדינת ישראל חייבת למנוע ממנה לזהם. אם היא לא מנעה אפשר לייחס לה אחריות עקיפה. מתי כן אפשר להטיל חובה על המדינה- אם המדינה יודעת שאותו אדם יבצע פעולה לא חוקית ולא נוקטת פעולות **סבירות** כדי למנוע את הביצוע. אם כבר בוצעה הפעולה הבלתי חוקית והמדינה צריכה לפעול בצורה סבירה כדי לתפוס את המפר ולהעמיד אותו לדין.

2 פרשות שדנות בכך- החובה היא חובה למנוע רצח עם ולא איסור על ביצוע רצח עם. לסרביה לא הצליחו לייחס רצח עם אבל כן הצליחו לייחס אי מניעה של רצח עם. הסטנדרט לא נבחן בתוצאה אלא במאמצים שבוצעו כדי למנוע אותו. המדינה לא צריכה לגייס את כל משאביה כדי למנוע דבר מה. הפרשה השנייה הייתה הסגל הדיפלומטי של טהרן- איראן לא רק הפרה את החובה בכך שהיא לא מנעה מאותם סטודנטים להטיל מצור על השגרירות.

חריגים לאחריות בינ"ל – הצדקות למדינה לביצוע המעשה המפר

ככל שהם מתקיימים על אף שכל התנאים שדיברנו עליהם עד עתה מתקיימים לא תוטל אחריות על המדינה. יש ייחוס אבל לא יסתכלו על המדינה כמפרה, ההפרה תהיה מוצדקת.

1. **הסכמה**- הסמכה של המדינה נגדה מבוצעת הפעולה. לדוגמה, משבר שמתקיים בסוריה ומבקשים מכוחות צה״ל להיכנס לשטח סוריה ולהקים שם בי״ח שדה כדי לתת טיפול רפואי לילדים ונשים. ברגע שסוריה מזמינה את ישראל לעשות את זה או מסכימה לכך לא מדובר בהפרה גם הסכמה בדיעבד תופסת. ההסכמה צריכה להיות אמיתית ולא כפויה.
2. **הגנה עצמית**- נעסוק בכך בהמשך.
3. **צעדי גמול-** מדובר על צעדים חד צדדים שלא כרוכים בשימוש בכוח שנוקטת מדינה בתגובה לפגיעה מוקדמת בזכויות שלה. לדוגמה, סנקציות כלכליות- אם מדינה אחת מזהמת אוויר שפוגע באוויר הנקי של העולם, יכולה פינלנד להגיד שבגלל אותה הפרה, היא תוכל להשהות באופן זמני הסכם שיש לה למכירת פחם כי איתו מזהמים את האוויר. זהו צעד חד צדדי שלא כרוך בשימוש בכוח ויש כמה תנאים שצריכים להתקיים:
4. מותר לבצע רק נגד המדינה האחראית על הפעולה המוקדמת.
5. מטרת הצעדים לגרום למדינה לשוב ולציית לכללי המשב"ל- לא יכולה להיות מטרה ענישתית.
6. באופן זמני בלבד- אם פינלנד תגיד שבעקבות ההפרה היא תבטל רטרו את כל החוזים שאי פעם ננקטו לא מדובר על צעד זמני. הצעד צריך לאפשר לאחר מכן את המשך החובה של המדינה המפרה הראשונה.
7. צעדי גמול חייבים להיות פרופורציונליים לנזק שנגרם כתוצאה מההפרה הראשונית- מונח מאוד עמום ומורכב. לפי הדוגמה הקודמת, לבטל את כל חוזי הרכש זה לא פרופורציונאלי.
8. יש להפסיק את נקיטת צעדי הגמול מהעת שהמדינה הפוגעת חזרה לציית- תוך כמה שבועות או חודשים.
9. **כוח עליון**- מצב שבו הגורם המפר לא יכול להתנגד לביצוע ההפרה בגלל שמדובר לדוגמה על אירוע שלא ניתן לחזות, לא בשליטת המדינה, הופך את אי ביצוע ההפרה לבתי אפשרי מבחינה מעשית. לדוגמה, מטוס שחודר למרחב אווירי של מדינה אחרת בגלל חוסר שליטה על המטוס.
10. **מצוקה**- לא מדובר בפעולה בלתי אפשרית אלא בהפרה שבוצעה מתוך מצוקה כדי להציל חיי אדם. אם ניקח את סיטואציית המטוס, אם הקברניט חטף התקף לב והוא חייב לנחות דחוף כדי לתת טיפול רפואי ולכן נחת ללא אישור בשטח של מדינה אחרת ובכך הפר את עקרון השלמות הטריטוריאלית שלה.
11. **צורך**- מדינה יכולה לא לשאת באחריות בגין הפרה כאשר ההפרה היא פעולה שנועדה להגן על האינטרסים החיוניים שלה כמו שמירה על הסדר הציבורי, יציבות המשטר, משבר כלכלי וכו. דוגמה לכך היא לסגור את הבורסה ואת הבנקים אחרי משברים. זה משפיע על מדינות אחרות ועל האזרחים שלהם אבל המדינה כדי לשמור על עצמה יכולה לבצע את אותה פעולה. יש לכך מס׳ תנאים:
12. כאשר מדובר בדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומידית- לא חייב להיות בטחוני.
13. הפעולה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינ"ל- אם ארה״ב סוגרת את הבנקים וזה ממוטט את כלכלת יוון זה כנראה לא צד שאפשר לנקוט בו.
14. המדינה המפרה לא תרמה ליצירת הצורך בהתנהגות שלה.

אך אחד מהחריגים האלה לא יכול להצדיק התנהגות שמהווה הפרה של נורמה קוגנטית. אף אחד מהם לא יצדיק ביצוע של רצח עם.

**שיעור 10- 9.12.19**

היום נדבר על השחקן השני בחשיבותו במשב״ל. הראשון הוא כמובן המדינה. ארגונים בינ״ל הפכו לשחקן מאוד מורכב ומשמעותי במ-100 שנה האחרונות. בעבר הם היו קיימים לפעולות תיאום טכניות כמו תיאום שייט אבל בעשורים האחרונים במיוחד הארגונים הנ״ל הפכו לכוחות מאוד משמעותיים המשפיעים על כל תחומי החיים שלנו. יש להם משמעות ליצירת דינים, אכיפה ויישום שלהם.

יש כאלה שלקחו את זה צעד אחד קדימה, בדרך כלל הם מגיעים ממדינות אירופה, מדינות מסודרות. אותם חסידים שחייהם מסודרים, ממדינות מצליחות ועשירות, שואלים מדוע צריך מדינות וממליצים להקים ארגון בינ״ל גדול, שנחיה כולנו תחת International Governance. אך בני האדם לא יוותרו כל כך מהר על התרבות וההיסטוריה שלהם. אפילו פרויקטים כמו האיחוד האירופי מתחילים לחוות קשיים מול בריטניה מזרח אירופה ועוד.

סיווג

יש הרבה סוגים, נלמד כמה קטגוריות ומשם נעבור לארגון המרכזי שהוא האו״ם.

1. **פונקציה**- יש ארגונים בעלי תחום פעילות רחב ואוניברסלי כמו האו״ם אבל לעומתם יש ארגונים ממוקדים שלכל אחד מהם יש תפקיד משלו. אחד מהם הוא **נאט״ו**- הברית הצבאית הצפון אטלנטית. **ארגון הבריאות העולמי** שפועל תחת האום אבל הוא ארגון בפני עצמו. **ארגון העבודה העולמי** שמגן בעיקר על זכויות עובדות אבל לא רק, גם על מעסיקים. יש לנו את **ארגון הקניין הרוחני העולמי** היושב בשוויץ והוא מגדיר מהו מקור ומהו העתק.
2. **הרכב החברות בארגון**- כאן יש 2 תתי קריטריונים:
3. שיקול גאוגרפי- האם הארגון אוניברסלי? יש ארגונים שלא מוגבלים בתחולה או במיקום ממנו מגיעות החברות כמו האו״ם ולעומתם יש ארגונים אזוריים כמו האיחוד האירופי או האפריקני.
4. כרטיס הכניסה למועדון- יש כאן 3 אפשרויות:

* שהכניסה היא פשוטה ופתוחה לכל המדינות כמו האו״ם- סעיף 4 למגילת האו״ם קובע שכל מדינה אוהבת שלום מוזמנת להצטרף לארגון.
* לעומת זאת יש מועדונים יותר אקסקלוסיביים, לדוגמה ה-OECD, ה-WTO והאיחוד האירופי, כדי להצטרף ל- OECD צריך להילחם בשחיתות, הלבנת הון ועוד. לארגו הסחר העולמי (WTO) יש דרישות גם כן. בשביל להצטרף לאיחוד האירופי צריך להיות דמוקרטיה.
* כרטיס כניסה נוסף שהוא ארגונים ממדינות או עם תכונות או אינטרסים משותפים- למשל ארגון המסדיר את עלות הנפט למדינות עם משאבים טבעיים מסוימים.

1. **האם הארגון פוליטי או טכני/פונקציונלי**- בפועל החלוקה לא כל כך ברורה. ההבחנה יותר תיאורטית מאשר מעשית כי בכל דבר יהיה היבט פוליטי. האו״ם הוא ארגון פוליטי אבל יש לו תתי אורגנים שמשמים כלי טכני כמו הוועדה למשפט מסחרי המנסה לשכנע את כל מדינות העולם לאמץ את אותו משפט מסחרי. גם ארגון הבריאות העולמי משמש כפונקציונלי לצורך מניעת מחלות. יש גופים שהמהות שלהם טכנית והם נוצרו רק לצורך קידום מטרה כמו ארגון התעופה האזרחית העולמי המסדיר את עניין התעופה בשמיים.
2. **אופי הסמכויות**- יש ארגונים שהמסכות שלהם כופה כמו מועצת הביטחון של האו״ם וכמו שבאיחוד האירופי יש סטנדרטים שקובעים המשפיעים ברמה הבינ״ל על אזרחי האיחוד. האיחוד מאוד מתערב במדינות. לעומת זאת יש ארגונים הבנויים על עוצמה רכה כמו ארגון הבריאות העולמי וארגון הסחר העולמי. יש המלצות וכשמקבלים החלטה מחייבת למשל על תקציב שנתי, לא מגדירים אותו למדינות, הם מתקבצות ומחליטות לפי רוב. החלוקה הזו היא בין ארגונים עצמאיים מרגע הקמתם לבין ארגונים שנשארים כלי בידי המדינות.

האישיות המשפטית של הארגונים הבינ"ל

הארגון הבינ״ל מוקם ע״י מדינות באמצעות אמנה. חוקת רומא הקימה את בית הדין הפלילי הבינ״ל, אמנה שנחתמה ברומא ב-98. כשמדינות רוצות להקים ארגון מסוים הן מתכנסות, מחליטות על כללים ומנסחות אמנה. הארגון אמור לפעול על פי התקנון והאמנה שניסחו המדינות. ברוב הארגונים יש מוסדות עצמאיים שמקבלים החלטות בעצמם, מוסדות מקצועיים, ברגע שאותם מוסדות פועלים נוצר נתק בין המדינה לבין הארגון. אם 5 מדינות הקימו את בית הדין הפלילי מתוך החוקה שנוסחה קם ארגון עצמאי שכבר לא כפוף אליהם. הדוגמה היא שמתוקף חוקת רומא יש תובע או תובעת שמחליטים מה לחקור. התובעת כיום בבית הדין שמה **פאטמה באנסודו** שיכולה להחליט שהיא מעמידה לדין אזרחים של מדינה שהקימה את בית הדין.

הארגון הבינ״ל פועל כמו כל שחקן, כמו המדינה, לא כפוף למדינה בה הוא יושב. הצלב האדום לא כפוף לשוויץ למרות שהוא יושב בה.

מבחינת האישיות המשפטית של הארגון, יש לו אישיות משפטית כמו המדינה אבל שונות בהגדרה מהמדינה כי למדינה יש את כל הזכויות. היא יכולה לעשות מה שהיא רוצה אלא אם כן אסרו לה (**עיקרון הלוטוס**). לעומת זאת בארגון, הזכויות והחובות חייבות להיות מוגדרות בחוקה שלו.

חברות בארגונים בינ״ל

בהיבט הטכני- מדינות שמקימות את הארגון חברות בו אוטומטית. רוב הארגונים מוקמים במטרה למשוך מדינות נוספות ויש קריטריונים:

האו״ם רוצה למשוך מדינות לכן הקריטריון שלהם לא אומר כלום (מדינה שדורשת שלום). יש ארגונים שדורשים יותר. מתייחסים ל-2 מנעולים:

1. **האם מדובר במדינה**? לא מוחלט, יש ארגונים שמקבלים ישויות שאינן מדינות.
2. **האם המדינה עומדת בתנאים להצטרפות בהתאם לתנאים של אותה חוקה**.

סמכויות של ארגונים בינ״ל

נק׳ המוצא היא שמה שלא מותר, אסור. הפוך מכלל הלוטוס של מדינות. לארגונים יש 1 מ-2 סוגי סמכויות:

1. **סמכות מפורשת**- סמכות שמוקנית בחוקה שמקימה את הארגון. מגילת האו״ם קובעת שלפי סעיף 41 מועצת הביטחון יכולה להטיל סנקציות על מדינה שמאיימת על השלום. סעיף 42 קובע שאם מדינה כבר ממש פוגעת בשלום מותר להשתמש באמצעים כוחניים צבאיים נגד אותה מדינה. נאט״ו הוא ארגון שהוקם על מנת להפעיל כוח צבאי ויש לו את הסמכות המפורשת לעשות זאת.
2. **סמכות משתמעת**- גונבים מעקרון הלוטוס כדי לאפשר לארגון לפעול.

מלחמת העצמאות- פרצה מלחמה לאחר הכרזת העצמאות שהייתה איום על השלום. האיום הזה אורר את דאגת האו״ם והוא שלח מתווך. מי שנשלח היה הרוזן השוודי שעבד הרבה שנים בצלב האדום. נושא השואה הוא כתם של הצלב האדום, שם הייתה עצימת עיניים מוחלטת. יש כאלה שמייחסים לו אנטישמיות ואפילו הסמכה עם הדרך של הנאצים. האום בחר בו כנציג והוא הגיע עם תוכניות רבות כמו ביטול ישראל והקמת פדרציה וכו. 3 לוחמי ארגון הלח״י רצחו אותו. בעיני האו״ם הרצח בוצע בשטח מדינת ישראל, למרות שהלחי לא היה צה״ל זה היה בשטח ישראל והאו״ם פנה לישראל בדרישה לפיצויים. המדינה לא הסכימה לשלם לאו״ם ע״י אי הכרה במעמד של האו״ם. השאלה הגיעה לפתחו של בית הדין הבינ״ל לצדק, הוא יכול לקבל החלטה מסוג של החלטה מייעצת. אמירת עמדה עקרונית שלו בנושא של שאלה משפטית חשובה**- האם לאו״ם יש מעמד משפטי והוא יכול מכוחו לתבוע פיצויים**? שם נוצרה דוקטרינת ״**הסמכות המשתמעת**״- אם לארגון יש סמכות לפעול בצורה מסוימת (לשלוח נציגים לאזורי סיכון) אז משתמע שלאותו ארגון גם יש סמכות לתבוע פיצויים במקרה של נזק כי יש לו גם אחריות כלפי המשפחה של אותו אדם. אם האו״ם מחויב לפצות את משפחתו של נרצח יש לו גם סמכות לתבוע פיצויים. החוו״ד המייעצת הייתה חשובה להבנת האישיות המשפטית במשב״ל. כשנרצה לבדוק את ארגוני הטרור נלך לאותה החלטה. הדלת הזאת, השתמשו בה והרחיבו אותה. האיחוד האירופי דרש יותר ויותר סמכויות משתמעות לעצמו וחדר יותר ויותר למדינות האירופיות עד לרמה שהיום החלום של האיחוד מתערער כי יש לו הרבה מתנגדים.

מעמד החלטות ארגונים בינ"ל

רוב הארגונים הבינ״ל ממליצים המלצות כי הם ארגונים טכניים. זה הרוב העיקרי מבחינה מספרית. האום הכי משפיע כי יש לו את הסמכות לקבל החלטות מחייבות, סעיף 25 למגילת האום נותן למועצת הביטחון לקבל החלטה שמחייבת את כל המדינות החברות וגם בני אדם פרטיים. זאת לעומת ארגונים אחרים שיש להם עוצמה רכה. הרציונל מאחורי המעמד המחייב של ההחלטות הוא סוג של האצלת סמכות- המדינה מאצילה סמכות לגוף של מומחים בתחום מסוים ואותם מומחים בתורם מכתיבים למדינה מה לעשות. המדינה מאצילה חלק מהריבונות ולכן גם מכפיפה את עצמה להחלטות או המלצות של גורמים אלה.

האו״ם- ארגון האומות המאוחדות

הוקם אחרי מלחמת העולם השנייה כדי למנוע את המלחמה הגדולה הבאה. הוקם עם רשת ענפה של מטרות:

1. **לשמור על השלום**.
2. **לשמור על יחסי ידידות בין מדינות**- למשל כשאנחנו בסכסוך עם שכנים שלנו הנציגים שלנו נוסעים לדיונים. בג׳נבה לא נמצאים באירוח של ממשלת שוויץ אלא באירוח של האו״ם במתקנים שלו. בסעיף 33 למגילת האום יש שורה של אפשרויות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום (לברר אילו!!).
3. **קידום שת״פ בינ״ל**.

כשהאו״ם קם היו חברות בו 51 מדינות, היום יש 193 מדינות ועוד כמה שחקנים שהם לא מדינות אבל הם מעורבים. כמו שאמרנו בעבר כדי להיכנס לאו״ם צריך המלצה של מועצת הביטחון ואז החלטה של העצרת הכללית ברוב של 2 שליש משתתפים.

העצרת הכללית של האו״ם

מתחת לעצרת יש וועדה לארגון ממשפט מסחרי, הוועדה למשב״ל שניסה את וועדת וינה ועוד.

העצרת הוקמה מתוך רצון להיות פרלמנט, לכל מדינה נציג אחד וקול אחד- דמוקרטיה. אפשר לדון בכל נושא שמטריד את המדינות ומוסדר במגילת האו״ם. **ההחלטות של העצרת לא מחייבות אלא הן המלצות בלבד**. החלטות מהותיות צריכות להתקבל ברוב של שני שליש (ס׳ 18). מהי החלטה מהותית? החלטה בנושא מתוך רשימת נושאים כמו שלום וביטחון, טיפול בשטחי נאמנות (קולוניאליזם) וכו.

לעצרת הכללית שהיו שאפיות דמוקרטיות. היא הייתה אמורה להיות במת דיונים והפכה לכיכר העיר, כל אחד יכול לפרוק את על ליבו ולקדם החלטה בכל נושא. העצרת מקבלת החלטות סמליות כמו ״יום החיוך העולמי״.

סעיף 12 למגילת האום מגדיר שכאשר מועצת הביטחון עוסקת בסכסוך מסוים, העצרת הכלכלית מנועה מלעסוק בנושא הזה. אבל, הבעיה הגדולה היא **שיטת הווטו**- במועצת הביטחון יש 5 חברות קבועות שמשקפות את מאזן הכוחות אחרי מלחמת העולם ה-2. כל אחת מה-5 מדינות יכולה להטיל ווטו על כל החלטה ולחסום אותה. לכן, לפני סכסוכים מאוד קשים מועצת הביטחון הייתה מושתקת כי הוטלה זכות ווטו. לדוגמה, ב-1950 בזמן מלחמת קוריאה ארה״ב מאוד רצתה לקדם החלטה שתתערב בנושא אבל רוסיה מנעה ממנה. מכאן, ארה״ב גייסה את רוב מדינות העולם המערבי ושכנעה אותם לקבל החלטה בעצרת הכללית שנקראת **״מאוחדים למען השלום״- החלטה 377**. ההחלטה הזו אומרת כי העיקרון שלה שכשמועצת הביטחון לא מבצעת את תפקידה, העצרת הכללית יכולה להתערב. ההחלטה הזו קבעה דוקטרינה כללית שכל פעם שיש איום על השלום (תנאי 1) ושמועצת הביטחון לא מצליחה למלא את תפקידה (תנאי 2) העצרת יכולה למלא את מקומה. באופן קונקרטי שלחו כוחות שמירת שלום לקוריאה ע״י העצרת הכללית. כאן זה יצר פרקטיקה שיושמה בהמשך בעניין של מבצע קדש בה היו מעורבות בריטניה וצרפת שיש להן אינטרס בתעלת סואץ. לא ניתן היה לקבל החלטה ולכן העצרת הכללית קיבלה החלטה לשליחת כוחות שמירת שלום. יש לציין כי יש גם כוחות אכיפת שלום, הם שונים בהגדרה משמירת שלום. **שמירת שלום**- פאסיביים ויושיבם על הגבול, שומרים עליו בעצמו כדי ששתי המדינות לא יריבו כל פעם מחדש על דברים קטנים. **אכיפת שלום**- כוחות צבאיים שבאים להילחם. לישראל מעולם לא נשלחו כוחות אכיפת שלום אבל נשלחו אין סוף כוחות שמירת שלום (עם המצריים, עם הלבנוניים, בעתיד עם הפלסטינים). העצרת הכללית שולחת בפועל רק שמירת שלום ולא אכיפת שלום (גם זאת סמכות שכאמור אין להם). הייתה הרבה ביקורת על ההחלטה הזאת אבל זה לא הביא לפירוק השיטה.

כל שינוי במגילת האום מצריך הסכמה של 5 החברות הקבועות- משמע, לעולם לא.

מועצת הביטחון

תחתיה קיימים גופים שרלוונטיים לביטחון כמו הוועדה נגד טרור.

**המטרה**- הייתה אמורה להיות הגוף עם ״השיניים״ שיאכוף את מגילת האו״ם כשיקוף של האידיאליזם של אחרי מלחמת העולם ה-2. סעיף 46 למגילת האום קובע שכל מדינות העולם ישלחו חיילים לאו״ם והחיילים האלה יהפכו לצבא האום שמועצת הביטחון תפעיל. בפועל אף מדינה לא הסכימה חיילים. בפועל הפרקטיקה שנוצרה היא כשיש מקרה קונקרטי בו צריך להשתמש בכוח שולחים כוחות קונקרטיים לאותה משימה. מדינה שמוכנה או רוצה להילחם פונה למועצת הביטחון, מקדמת החלטה ומוקם כוח בינ״ל בראשות אותה מדינה יוזמת. כשארה"ב רצתה לפלוש לעיראק היא גייסה קואליציה, קידמה החלטה שמאשרת שימוש בכוח בעיראק ע״י כוח בינ״ל ומאז ועד היום היא בעיראק. בלי הסמכת מועצת הביטחון לא ניתן לבסס זאת משפטית. בפועל זה עוד כלי פוליטי בידי המדינות החזקות.

**הרכב**- יש לנו 15 מדינות חברות בכל זמן נתון. 5 קבועות ו-10 זמניות, כל פעם מדינה ממונית לשנתיים לפי ייצוג גאוגרפי. יש תפקיד של נשיאת מועצה- ברצח העם ברואנדה נשיאת המועצה הייתה דנמרק והיא רצתה ליישם שליחת כוחות אבל בפועל לא יכלה לקדם כלום. בפועל מדובר על גאווה לאומית ופרוצדורה.

**קבלת החלטות**- יש 2 סוגי החלטות- **דיונית ומהותית**. החלטה דיונית היא השאלה האם לצאת להפסקת קפה או האם לשנות את הלוז או לא. בשביל שיהיה רוב צריך 9 מדינות. **בהחלטה דיונית אין ווטו**. **החלטה מהותית** יש בה ווטו וגם בה צריך רוב של 9 מדינות ושלא תהיה התנגדות אקטיבית (לא הימנעות) מספיק שאחת מתנגדת ו-14 מסכימות כדי שההחלטה לא תתקבל. כאשר לא יודעים אם החלטה היא דיונית או מהותית מצביעים על כך (ההצעה על אופי ההחלטה היא מהותית).

**ביקורת**- בפועל מדובר על הקפאת המצב הפוליטי מלפני 70 שנה. בעבר בריטניה שלטה על 95% מהאדמה בעולם. כיום הבריטים מודים שבריטניה אינה אימפריה וכבר אין לה כוח. לצרפת כלל אין השפעה, גם במלחמת העולם השנייה היא הייתה תחת כיבוש. יש את ההסבר הלא רשמי שהוא הכוח הגרעיני- המדינות שהיה להן כוח להחריב את העולם קיבלו את זכות הווטו. היום, גרמניה הרבה יותר משמעותית מבריטניה וצרפת. יש אזורים שלא מיוצגים כראוי כמו הודו, יפן וברזיל, מדינות משמעותיות לא מקבלות ביטוי לכוח שלהן. כדי להמחיש את האבסורד, כשדאעש הכריזו על המדינה האסלאמית היה להן יותר שטח מבריטניה ויותר טנקים מלצבא הצרפתי. כדי למנוע מלחמת עולם שלישית יש שימור של המצב.

**סמכויות**- כדי למשש את הסמכות שלה היא יכולה לפעול ב-1 מ2 דרכים- לקדם יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6) או לפעול נגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות ע״י שימוש בכוח צבאי (פרק 7). פרק 6 הוא פרק ממליץ ורך בעוד פרק 7 הוא הקשוח יותר.

1. **סמכויות יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6 למגילת האו"ם)** - פרק שבא למנוע את הסכסוך הגדול הבא. מועצת הביטחון ממליצה לצדדים לפעול בדרכים ידידותיות, אותן דרכים מנויות בסעיף 33. יש המון החלטות מפורסמות שהתקבלו:

* החלטה 242- עולה השאלה בקשר לסכסוך הישראלי פלסטיני ומתייחסת למעמד השטחים.
* החלטה 2334- מ-2016, כל השנים ניסו לקדם החלטות נגד ההתנחלויות וארה"ב הטילה וטו, אך בשנת 2016 ארה"ב בראשות אובמה נמנעה והתקבלה החלטה המגנה את ההתנחלויות.

השפה של ההחלטה חשובה מאוד, המועצה יכולה להתחיל החלטה עם המילה calls כך שהיא ״**קוראת**״ אבל היא יכולה גם ״**להחליט**״. נוסח נוסף הוא ״**הפצרה**״. הכי חמורה היא ה-״**הסמכה**״ כשהמועצה מסמיכה כוחות שמירת שלום. בהחלטה 2334 נאמר כלפי ישראל **demand**- דרישה לצאת מהשטחים הכבושים.

1. **סמכויות ופעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות (פרק 7)** - קובע אמצעים נוקשים יותר כדי להתמודד עם איום על השלום. יש לנו 2 סוגים אפשריים של החלטות:

* **לפי סע׳ 41** למגילת האום אפשר להחליט על **סנקציות**, כלכליות, דיפלומטיות וכו. סנקציות סחר על עיראק בעת פלישתה לכווית ב-1990. ב-2006-2008 – איראן, היו הגבלות על סחר בנשק, הגבלות סחר הקשורות לתכנית הגרעין, הקפאת רכוש אנשים וגופים מסוימים.
* **ס׳ 42 מדבר על כוח צבאי**- מועצת הביטחון יכולה להכריז על שימוש בכוח צבאי כדי להתמודד על איום על השלום. מבצעים אוויריים (הפצצה על לוב) או מבצעים ימיים ויבשתיים. בלוב הייתה מלחמת אזרחים ורצו לחנוך שם דוקטרינת ״**החובה להגן**״ שלפיה כשיש מדינה שמתבצעות בה הפרות שיטתיות של זכויות אדם לכל מדינות העולם יש חובה להתערב. הדוקטרינה הזו הוצגה לעולם בתחילת שנות ה-2000 וב-2011 החליטו ליישמה בלוב. קבעו 2 החלטות טכניות- 1. להכריז על איסור טיסה שמהותו איזון בין המדינה שלה יש מטוסים לבין המורדים. 2. הכריזו על אזורים ללא לחימה והציבו כוחות שישמרו על פליטים ואזרחים.

ההתחלה הייתה טובה אבל הפוליטיקה מנצחת, כוחות נאט״ו לקחו את המנדט שיקבלו והרחיבו אותו- לקחו יותר ויותר סמכויות והובילו או תרמו משמעותית להפיכת השלטון בלוב שהסתיימה בלינץ׳ בקדאפי. הדוקטרינה איבדה מהכוח שלה מאז התקרית, לכן בסוריה לא השתמשו בה.

**החלטות של מועצת הביטחון**- כולן מחייבות את כל מדינות העולם ומי שמבצע את ההחלטות אלה מדינות. לפעמים כשמועצת הביטחון מקבלת החלטה מסוימת היא יכולה להיות מנוגדת לעקרון משפטי אחר. לדוגמה, **סעיף 2(7)** שאוסר על התערבות בעניינים פנימיים אלא שבמקרים מסוימים מועצת הביטחון מתערבת והאינטרס מנצח את העיקרון. מעבר להתנגשות בתוך המגילה יש גם התנגשות מול חובות אחרות. אם מטילים סנקציות על עיראק, מדינה שיש לה הסכם סחר מול עיראק תיאלץ להפר אותו. הפרשנות המקובלת היא שהחלטות של מועצת הביטחון נהנות ממעד מחוזק (ס׳ 103).

מועצת הביטחון- רשימה סגורה של נושאים

**היקף הסמכות או הפעילות של מועצת הביטחון**- כשקמה מועצת הביטחון המקרים הראשוניים שהיא טיפלה בהם הם סכסוכים בין מדינות. בעשורים האחרונים יש יותר ויותר סכסוכים פנימיים וסכסוכים בין ארגוני מורדים לבין מדינות. מועצת הביטחון התחילה להתעסק יותר ויותר בקבוצות שהן לא מדינות. קבוצת מורדים מהאיטי הופכת לאיום על השלום. אבל, מאז פיגועי התאומים יש עליה דרסטית בהתעסקות של מועצת הביטחון בנושא של טרור והעיסוק הזה מתעלם מכל אי ההסכמות שקיימות בנושא הזה. לדוגמה, יש הרבה מאוד אמנות ספציפיות שאוסרות סוגים ספציפיים של סוגי טרור כמו חטיפת מטוסים או כלי שייט. **אין אמנה שמחליטה מה זה טרור או מיהו טרוריסט כי לא הגיעו להסכמה.** טרוריסט של אחד הוא לוחם חופש של אחר. מחלוקת שניה- **רוב המדינות המערביות מסרבות להכיר בפעילות של מדינה כטרור**. הלא מפותחות- דורשות להכיר בטרור. יש מחלוקות שהעולם לא מצליח לגשר, אין הכרעות משפטיות ברורות אבל זה לא מפריע למועצת הביטחון- מרחיב את מרחב הפעולה של המועצה ומטיל עליה פחות מגבלות. היא קובעת סנקציות וקובעות חובות למדינות בנושא מימון טרור, מעצר פעילים ועוד למדינות שלא חתמו על שום אמנה. מצד אחד זו אמנה מוצדקת מצד שני יש כאן בעיות, מדוע טרור אחד מעניין והשני לא? מהי מגלת הזמן של המלחמה?

יש בעיה בנושא ההסכמה של המדינות ולכן מועצת הביטחון ממציאה לעצמה את חוקי המשחק. בתי דין בינלאומיים פליליים שמועצת הביטחון מקימה תחת פרק 7. דוגמאות לכך זה בית הדין הפלילי ליוגוסלביה (1993), בית הדין לרואנדה (1994). המטרה היא טובה, להעמיד לדין ולהרתיע אבל יש המון ביקורת בעיקר של משב״ל פלילי סלקטיבי.

**שיעור 11- 10.12.19- אור תמר**

היום נעסוק במערכות יישוב סכסוכים בינ"ל.

מהם בתי דין בינ"ל?

בתי דין בינ"ל הם בעלי המאפיינים הכי משפטיים, יותר משפטיים מאמנות ומנהגים. המערכות הללו מספקות את הפרשנות המשפטית לאמנות, מנהגים וכו'.

בתי הדין ליישוב סכסוכים החלו את דרכם בתחילת המאה ה- 20 במקביל למהפכה התעשייתית.

המהפכה הובילה לכך שלצבאות יש נשק יותר חזק ומאסיבי מבעבר, זה הוביל לכך שיש להם יכולת התניידות יותר גבוהה (רכבים במקום סוסים). זה אומר שפוטנציאל ההרס של מלחמה גדל ונהייה מאוד משמעותי.

בעולם הזה- סוף המאה ה- 19 ותחילת המאה ה- 20 זה החשש הגדול בעולם- מתי תגיע המלחמה הבאה שתהייה יותר עוצמתית מקודמותיה?

אין כמעט מגבלות על מלחמה בתקופה הזו. מדינות צריכות צורך מידי או סיבה טובה כדי להצדיק יציאתן למלחמה, אך לא ניתן לדעת מתוך זה מתי בפועל ניתן לצאת ממלחמה.

החשש גבר על רקע המהפכה התעשייתית, המדינות יכולות לצאת למלחמה עם כלים חדישים וחזקים תוך התניידות טובה יותר.

החשש ממלחמה לצד התפיסה של הגנה על בני אדם, מביאה לעמדה שצריך לצמצם את פוטנציאל ההרס של המלחמה.

מה עושים כדי להביא לצמצום הזה של פוטנציאל ההרס?

1. **הגבלת הזכות המשפטית לשימוש בכוח**- התחום עוסק בשאלה מתי מותר למדינה לפתוח במלחמה? מנסים ליצור דין משמעותי יותר של מתי מותר למדינה לצאת למלחמה.

2. **הגבלות על אופן ניהול מלחמה**- מנגנונים שמגבילים את המדינות מבחינת מה שיכולות לעשות בזמן מלחמה בפועל.

3. **פיתוח פרוצדורות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום**- פתרון סכסוכים ללא הצורך במלחמה.

נתמקד השיעור במנגנון השלישי דבר מנגנון יישוב הסכסוכים בדרכי שלום. כדי לעגן את המנגנון הזה, יש מסמכים שונים ואמנות שונות שכללו בתוכם דרכים לפתרון סכסוכים בינ"ל.

**נתמקד באמנת חבר הלאומים מ1919 ובמגילת האו"ם מ1945.**

כל הרעיון של פתרון סכסוכים בדרכי שלום נובע מתפיסה בסיסית: מדינות מתדרדרות למלחמה כי אין להן מקום טוב יותר לפתור את הסכסוכים שלהן בתחומים שונים. אם נספק להן מנגנון אחר מבלי לצאת למלחמה כוחנית זה יימנע. המנגנון יהיה- מנגנון יישוב סכסוכים בינ"ל. זו ההנחה הבסיסית.

**ס' 12 לאמנת חבר הלאומים מ1919**- אומרת שהמדינה צריכה לפנות למנגנון בוררות או שיפוט ופתרון של מלחמה יהיה רק 3 חודשים לאחר תוצר הערכאה השיפוטית.

מה הבעיה בס' הזה? המנגנון הזה רך. אין סנקציה למי שלא פועל כך. בנוסף- בפועל אין פתרון למלחמה. המנגנון הזה מקצה רק 3 חודשים, זה לא פותר את הסכסוכים משמעותיים באמת המאפילים על שלום העולם ואחרי 3 חודשים זה כן נותר "אישור" לצאת למלחמה כל עוד הבעיה לא נפתרה.

חבר הלאומים התפרק, התרחשה מלחמת העולם השנייה והאו"ם שקם לאחר מכן (ב1945) ניסה להפיק לקחים ולהקים מנגנון יעיל יותר:

**ס' 2(3) למגילת האו"ם-** קובע שמדינות תפתורנה את סכסוכיהן בדרכי שלום.

**ס'2(4) למגילת האו"ם-** אסור למדינות להפעיל כוח נגד מדינה אחרת.

אלה שתי חובות שמשלימות האחת את השנייה- איסור הפעלת כוח וקביעה שצריך לפתור סכסוכים בדרכי שלום. החובה כאן יותר ברורה. אך גם כאן אין סנקציה.

אנחנו רואים שגישת חבר הלאומים בדבר מניעת סכסוכים מתחזקת באמצעות האו"ם, גם אם לא מושלמת.

**ס' 33 למגילת האו"ם-** קובע שמדינות שהן צדדים לסכסוך תפתורנה את הסכסוך באחת מרשימה של דרכים שהוא מונה, ביניהן: מו"מ, תיווך, גישור, בירור, בירור עובדות, שיפוט ופנייה למנגנונים אזוריים.

בדר"כ מדינות ייפנו למנגנונים שיפוטיים רק לאחר שעברו במנגנונים דיפלומטיים, כלומר קודם יהיה ניסיון דיבור בין המדינות בטרם הפנייה לערכאות שיפוטיות.

אבל הס' הזה לא מדבר על פרוצדורה ספציפית ואפילו המדינות יכולות לבחור בין הכלים הללו. זה אומר בפועל שאם לא תהייה הסכמה בין המדינות על דרך הפתרון- לא ניתן יהיה לפתור את הסכסוך בדרכי שלום.

אמרנו שבפועל קשה לוודא שהסכסוכים ייפתרו במנגנונים הללו. מדוע? כי למשב"ל יש מאפיין שתלוי ברצון המדינות לשתף עמו פעולה. האופי הוולונטריסטי הזה, מוביל לכך שבאופן מסורתי מנגנוני היישוב האלה- הם פרי רצונן של המדינות.

איך אפשר לתת הסכמה למנגנון כזה?

1. **באופן "אד הוקי"-** באופן מותאם למקרה ספציפי. למשל- מדינה מסתכסכת עם מדינה אחרת. הן מסכמות על בית דין או מנגנון יישוב סכסוכים אחר, מבצעות פנייה ומתחייבות לקבל את הכרעתו. זה אומר שהסכמתן היא רק לסכסוך הזה. זה לא אומר שאותו מנגנון יוכל להחיל את מרותו בסכסוכים אחרים.

2. **הסכמה מראש לכל הסכסוכים עתידיים עפ"י אמנה מסוימת**- ניתן לומר שכל סכסוך שפורץ על בסיס האמנה הזו, ייפתר בבית דין ספציפי, זה שצוין באמנה. דוגמאות לאמנות כאלה- הפרוטוקול הנוסף לאמנת וינה בדבר יחסים קונסולוריים 1963 וגם אמנת הג'נוסייד- 1948.

3. **הצהרה על הענקת סמכות כללית, כוללת ורחבה לICJ**- זה אומר שמדינות יכולות לחתום על ס' מסוים בחוקת הICJ בו הן מסכימות שתהייה לו סמכות על כל דבר שרלוונטי להן. כלומר- לא סכסוך ספציפי, אלא כל סכסוך שיכול להיות רלוונטי וההסכמה הזו היא מראש.

אבל למה שמדינה תרצה לעשות דבר כזה?

* לאותת למדינות אחרות שזה חשוב לאותה מדינה. כלומר- אם המדינה נותנת הסכמה לאמנה מסוימת, זה אומר שהיא חשובה לה. זו אמירה מאוד חזקה לחתום על תניה כזו.
* יש מדינה חזקה יותר ויש חלשה יותר. בבית הדין זה לכאורה מצטמצם. לכן מבחינת כוח- המדינות יודעות שהוא לא מהווה שיקול בבית הדין.
* קל יותר להבין למה הן נכנסות כשהן יודעות שיש בית דין ספציפי באותו עניין, זה יוצר ודאות לעומת מלחמה. עם זאת, היקף הפרשנות לא תמיד ברור כשיש תניית שיפוט. למשל- גאורגיה הגישה תביעה נגד רוסיה בICJ על כך שרוסיה הפרה את האמנה בדבר איסור הפליה גזעית. רוסיה טענה שאמנת זכויות האדם בכלל לא חלה כי חלו דיני המלחמה ולא האמנה שגאורגיה מדברת עליה ולכן אין כאן סמכות שיפוט, זו דוגמה לכך שלא תמיד מדינות יודעות למה הן מסכימות והפרשנות לא תמיד ברורה.

תפקידי בתי הדין הבינ"ל

1. מבחינה היסטורית- יישוב סכסוכים. אבל כיום התפיסה הזו לא ממצה ויש להם תפקידים נוספים.

2. הגברת שיתוף פעולה ורגולציה בינ"ל.

3. הם פועלים באופן דומה יותר לבתי המשפט המדינתיים.

4. רוב בתי הדין כיום- חלק ממשטר שיתוף פעולה בינ"ל, למשל- סחר, פלילים וכו'.

5. תפקידים נוספים כגון: פרשנות הדין, אכיפה וקידום ציות לנורמות, תמיכה במשטר הבינ"ל.

כמה דוגמאות:

* **ICC**- בית הדין הבינ"ל הפלילי, עוסק בפשעי מלחמה ותוקפנות- מלחמה ללא סיבה נוספת. יש לוע עוד מטרות מלבד העמדה לדין, ביניהן: להביא לסיומה של התחמקות מעונש. כלומר- מטרתו לא רק להעמיד לדין, אלא גם לאכוף את הדין במובן הרחב יותר- לוודא שמדינות יודעות מה הדין ולוודא שמשתפות פעולה כדי שניתן יהיה לעודד ציות רחב יותר.
* **ECHR**- בית הדין האירופי לזכויות אדם- גם הוא חלק ממשטר רחב יותר. אמור לוודא שהסכסוך שמובא בפתחו נפתר. אבל כמי שעוסק בזכויות אדם באופן כללי, הוא צריך לוודא שהנורמות תיושמנה ע"י המדינות, עוד לפני שבכלל צריך לפנות לבית הדין. בית הדין הזה יכול לבטל חקיקה מדינתית אם פועלות נגד האמנה, מוסמך לפרש את הדין באמנה כדי שמדינות תיישמנה אותו נכון.
* **WTO DSS**- מנגנון יישוב סכסוכים של הWTO. הוא מוסמך לפתור סכסוכים בעניין סחר אבל גם מוסמך לפרש את האמנות ואת הדין. יש לWTO כלים להטיל סנקציות כדי לוודא שמדינות תאכופנה את הדין, כלומר- יש לו "שיניים" ומטרה נוספת- לקדם סחר חופשי בעולם.

לכן למערכות הללו יש יותר תפקידים מ"רק" ליישם את הסכסוך הספציפי המובא בפתחן.

נמפה את בתי המשפט הבינ"ל

בשנים האחרונות, בתי המשפט התרבו מאוד. הבאנו דוגמאות ללא מעט בתי משפט כאלה, לכן נתפנה לעשות קצת סדר. בשנות ה90 החלה תופעה של "שיפוטיזציה" של המשב"ל שהפך ליותר ויותר שיפוטי ולכן יש הרבה יותר בתי דין, יש להם יותר תפקידים ויש גם עלייה משמעותית במספר התביעות המגיעות לפתחי בתי הדין. זה יצר הרבה מאוד בלגאן, בסדר הבינ"ל- הרבה מאוד הסתמכות על מנגנונים שונים שעושים דברים דומים ולכן ננסה לראות את הדברים בצורה יותר ברורה:

* **בתי דין גלובליים-** כלומר שאינם אזוריים, לא רלוונטיים לאזורים מסוימים אלא לכל מדינה שתרצה להצטרף אליו כמו הICJ- דוגמה קלאסית למנגנון גלובלי. זו הקבוצה הכי ותיקה של מנגנונים שיפוטיים. בית הדין שהיה לפני הICJ הוא הPCIJ שהוקם יחד עם חבר הלאומים. הICJ המשיך אותו. המטרה שלהם בין היתר- יישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום.

**ITLOS -** בית הדין שעוסק בהפרות של דיני ים וכל שאלה שעולה סביב דיני הים. המנגנון הזה שפתוח לכל מדינה שרוצה.

יש מערכת ליישוב סכסוכים של ארגון הסחר העולמי שגם פתוח לכל מדינה.

* **בתי דין שעוסקים בזכויות אדם-** יותר אזוריים. האמנה החשובה שעוסקת בזה היא האמנה האירופית לזכויות אדם מ1950 שהקימה את הECHTHR- ביה"ד האירופי לזכויות אדם, עוסק בהפרות המדינות החברות בעניין זכויות האדם לפי האמנה האירופית.

בעקבות ההצלחה היחסית של בית הדין הזה, הוקמו מנגנונים דומים נוספים:

**בית הדין הבין אמריקני לזכויות אדם-** רלוונטי לאותו נושא אבל באמריקה. יש לו אותן סמכויות כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם.

**בית הדין לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי-** זה ניסיון דומה לעשות אותם דברים כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם.

מדובר בבתי דין שגם אנשים פרטיים יכולים לפנות אליהם ולא רק מדינות.

* **בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/או פוליטית-**

**בית הדין לצדק של האיחוד האירופי-** מטרת האיחוד האירופי היא שת"פ פעולה, כפי שהדבר התפתח עם השנים, בין מדינות אירופה בהרבה שווקים. בית הדין הזה נוסד ב1952 ע"י אמנת פריז, דומה יותר בימ"ש פדרלי האוכף את דיני האיחוד האירופי במרבית הסכסוכים.

הצלחתו הובילה לכך שבמקומות נוספים רצו להקים משהו דומה:

בית הדין של מרקוסור- שהוא ארגון של שת"פ בין מדינות דרום אמריקניות כדי ליצור סחר חופשי ביניהן. בית הדין של הארגון הזה עוסק בסכסוכים שמתגלעים במנגנון הזה.

דוגמה נוספת- קהילת הסחר של מערב אפריקה. גם לארגון הזה יש בית דין שהוקם כדי לעזור לארגון הזה להשיג את מטרותיו.

* **בתי דין פליליים-** מדובר במשפט פלילי בינ"ל. נסתכל על כמה דוגמאות:
* ICTY- בית הדין של יוגוסלביה שהוקם לאחר רצח עם באזור ופשעי מלחמה. בעקבות הסכסוך הזה הקימו את בית הדין הפלילי להעמדה לדין של הפושעים. הוא נסגר לפני כשנתיים.
* ICTR- בית דין פלילי בינ"ל נוסף שהוקם בגלל הסכסוך ברואנדה- היה גם שם רצח עם ופשעי מלחמה.
* ICC- בית הדין הפלילי הבינ"ל- הוא בית דין קבוע שלא קיים עבור סכסוך או אזור ספציפי אלא גלובלי. לכן דומה לקטגוריה האשונה עליה דיברנו- כל מדינה שרוצה יכולה להצטרף אליו. הוא מוסמך להעמיד לדין בגין פשעים בינ"ל. הוא הוקדם מכוח חוקת רומא ב1998.
* בתי דין היברידיים- משלבים דין מקומי של המדינה בה יש סכסוך לבין הדין הגלובלי. זה אומר ששופטים יכולים להיות בחלקם מקומיים ובחלקם בינ"ל. זה אומר שבית הדין יכול לשלב משפט פלילי מדינתי יחד עם משפט פלילי בינ"ל. זה אומר שהתביעה יכולה להיות מקומית אבל ביהמ"ש יהיה כולו בינ"ל. כל אחד מהשילובים הללו של בינ"ל ומקומי יכול ליצור בית דין היברידי.

זה שונה מבית משפט בינ"ל. בית דין בינ"ל ידון רק בדין בינ"ל, השופטים והתביעה יהיו רק בינ"ל. דוגמאות לבית דין היברידי: הוקם בלבנון לאחר מלחמת האזרחים וגם בקמבודיה.

בתוך העולם הזה של בתי דין פליליים, יש גם כן כמה סוגים:

**בתי משפט הד הוקיים-** לעניינים ספציפיים כמו רואנדה ויוגוסלביה. לאחר מכן הם נסגרים, לכן הICTY נסגר. הם כוללים מדינות ספציפיות ולא את כולן.

**בתי משפט קבועים-** כמו הICC-לא נפתחו עבור סכסוך ספציפי ותמיד נותרים פתוחים. כוללים את כל מדינות העולם.

בית הדין הבינ"ל לצדק- ICJ

יושבים בו 15 שופטים, נבחרים ע"י מועצת הביטחון והעצרת הכללית של האו"ם.

שופט הד אוק- מדינה יכולה לבקש שיישב שופט מטעמה בסכסוך שנוגע אליה.

מה הסמכויות של בית הדין הזה? הוא עוסק **רק בסכסוכים בין מדינות.**

פרט לא יכול לפנות וגם ארגון לא.

שני הצדדים לסכסוך צריכים להעניק הסכמה שהוא ידון בעניין. איך הם מסכימים לכך?

**ס' 36 מונה את הדרכים להסכים:**

* הסכמה ספציפית- מדינות יכולות להסכים לגבי סכסוך ספציפי.
* מתן הסכמה במסגרת סעיף באמנה שהינה בתוקף בין הצדדים המפנה סכסוכים ביניהם לבית הדין, למשל- אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים.
* הסעיף האופציונאלי- ס' ייחודי לICJ. הס' הזה הוא ס' 36(2) לפיו מדינות יכולות להצטרף אליו אם הן רוצות, לכן השם "אופציונאלי". הס' אומר שמדינות שמצטרפות אליו, מסכימות שהICJ ידון בעניינן בכל נושא מרגע ההצטרפות. אם מדינה אחת מתנה את הצטרפותה לס' הזה בהסתייגות מסוימת אז המדינה הנתבעת על ידה גם זכאית להסתייגות, למשל- צרפת תבעה את נורבגיה ב1957 על הפרת הסכם ביניהן. גם צרפת וגם נורבגיה היו חתומות על הס' הזה ולכן לא אמורה להיות בעיה עם הגשת התביעה אבל צרפת הסתייגה מהס' ואמרה שאם הנושא שמובא בתביעה הוא במהותו חלק מענייניה הפנימיים של צרפת ואמור להיות נתון בסמכות השיפוט הצרפתית, אז היא לא נותנת סמכות בינ"ל. נורבגיה אמרה שאם צרפת יכולה להסתייג ולא יתבעו אותה מעניינה הפנימי, אז גם לנורבגיה יש זכות דומה. בית הדין קיבל את הטענה- צרפת תבעה את נורבגיה ולכן גם נורבגיה זכאית למרות שלא יצרה את ההסתייגות הזו מלכתחילה.

ישראל הייתה חתומה על הס' הזה עד שנות ה80 ומשכה את חתימתה, גם ארה"ב.

* הסכמה דה פקטו (באמצעות התייצבות)- פניה חד צדדית של התובעת, המלווה בהסכמה משתמעת של המשיבה הבוחרת שלא להתנגד לסמכות השיפוט.

סעדים ואכיפה של הICJ

* סעד הצהרתי
* השבה
* פיצויים
* כלים נוספים כמו סימוני גבול

איך אוכפים את פסיקות הICJ?

* יש לICJ שת"פ עם מועצת הביטחון שיכולה להחליט על סנקציות נגד מדינות שלא פועלות לפי פסיקתו לפי ס' 94 למגילת האו"ם, אבל אף פעם לא השתמשו בס' הזה בפועל, לדוגמה- הICJ פסק נגד ארה"ב בסכסוך עם ניקרגואה. ארה"ב לא אהבה את הפסיקה ולא קיימה אותה אבל בפועל לא בוצעו צעדים נגד ארה"ב. ייתכן כי ארה"ב מעצמה גדולה ובכל מקרה יש לה זכות וטו אבל על כל פנים- לא בוצע שימוש מעולם בס' הזה.
* סמכות נוספת של הICJ היא להעניק חוות דעת מייעצת לפי ס' 65 לחוק בית הדין וס' 96 למגילת האו"ם. חוות הדעת הזו מאפשרת לבית הדין לעסוק בנושא גם אם לא הובא בפניו בתביעה.

שני מסלולים לכך:

1. העצרת הכללית או מועצת הביטחון יכולה לבקש מהICJ חוות דעת מייעצת בכל נושא משפטי.

2. ארגונים אחרים יכולים לבקש חוות דעת בכל תחום שרלוונטי בתחום שהם עוסקים בו, למשל- הWHO יכול לבקש חוות דעת בענייני בריאות.

בתי דין חדשים יותר

* סמכות שיפוטם מחייבת יותר.
* סמכות ביחס לשחקנים לא מדינתיים כמו ארגונים.
* תפקיד רחב לצדדים שלישיים- מדינות אחרות, ארגונים, קורבנות.
* זכות לערעור/בחינה מחדש.
* סמכויות אכיפה חזקות יותר.

**שיעור 12- 16.12.19- עדן וישי**

איסור השימוש בכוח

תמיד יש שלושה צירים שצריך לעבור דרכם:

1. **חוקיות** – כבר מהימים של יוון ורומא העתיקה היו ניסיונות להסדיר דוקטרינות משפטיות מתי מותר ואסור למדינה להשתמש בכוח. המטרה של אותם חוקים הייתה לעורר לגיטימיות חיצונית לפעולה ולבסס ברמה הפנימית את ההצדקה המוסרית לפעולה, כלומר אזרח של הפוליס ייצא למלחמה כי הוא מאמין מוסרית במטרה שלשמה הוא מקריב את החיים שלו. החוקי מגדיר את הכללים. קיומם של כללים יוצרים לגיטימיות חיצונית, הכללים מנסים לעודד תחושה של מוסר.
2. **לגיטימיות**- כלומר לגיטימיות מגורמים חיצוניים כלפי. מדינות חיצוניות כלפי מפעיל הכוח – אותה הצדקה חיצונית לשימוש בכוח תמיד מתאימה את עצמה או מקדמת את האינטרסים של מדינות ובדרך כלל מדינות חזקות. לדוג' החל מהמאה ה-12 ועד המאות ה-16,17 הדוקטרינה שהצדיקה שימוש בכוח צבאי הייתה **דוקטרינת המלחמה הצודקת**, בהתקיים קריטריון מסוים רואים במלחמה כצודקת וחוקית. אפשר להבין שההגדרה הייתה טיפה שונה ממדינה למדינה. ישנם שלושה קריטריונים מרכזיים שהגדירו אותם כיציאה למחמה צודקת: **בשם האל, בשם הריבון, בשם הגנה עצמית.**

לפי **תומס אקווינס** מלחמה צודקת אם היא מלחמה בשם האל וערכיו. באותם ימים מלחמה צודקת הייתה גם מלחמה בשם הריבון או המוסד שמאחד את כולם מבחינה פוליטית- חברתית (מדינה, כנסייה, או המלך או הקיסר). אפשרות נוספת להבין את הדוקטרינה הייתה מלחמת הגנה עצמית – הגבה על פגיעה בי. פה התחלנו לראות את ההתאמה של החוק לאינטרסים של מדינות חזקות. מדינות חזקות המציאו דוקטרינות שיכלו לאפשר להן לכבוש מדינות אחרות באמצעות הגנה עצמית.

יש בעייתיות עם החוסר שיש ערכאה יחידה שמכריעה באשר לחוקיות פעולות שונות. מי שמכריע היום בנושא היא מועצת הביטחון, מי התוקפן, מי הפר את החוק. המרצה מציין שבפועל היא לא עושה ממש שימוש הוגן בסמכות (הכריזה על תוקפנות של מדינות טרור שפעלו במסגרת טרור אבל לא הכריזו על תוקפנות של קבוצות חמושות רוסיות למשל).

1. **מוסר -** המוסר היה בדרך כלל תחת האל.

למשל בהקשר של החובה להגן (**responsibility to protect- R2P**).

התפתחות מודרנית

המאה ה19 היינו בשיא של השתלטות של אירופה על שאר העולם ובעצם היינו בתקופה שמדינות יכלו לעשות מה שהן רוצות. אם מדינה רצתה להשתלט על שטח חדש היא עשתה את זה. הסיבה לכך היא אותה התפתחות הובילה לפרשת הלוטוס (למדינה מותר לעשות את מה שהיא רוצה אלא אם כן זה נאסר עליה במפורש, מסמל את הגישה הפוזיטיביסטית שלפיה המדינה היא זו שיוצרת את הדין, רק מה שהיא מגבילה את עצמה יגביל אותה) והיא התחזקות הפוזיטיביזם במשפט הבינלאומי. ב1899 נחתמו אמנות האג. ב1907 נוסחו התקנות והנספחים מתוקף האמנות, אמנות אלו באו במטרה למנוע את המלחמות ואם מלחמה פרצה אז להסדיר אותה. לדוג' – החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום, הוכרה באמנת האג. זה היה ניסיון ראשון למנוע שימוש בכוח צבאי.

אחרי מלחמת העולם הראשונה הקימו את חבר הלאומים. במגילת חבר הלאומים קבעו כלל של תקופת צינון, אם מדינות נמצאות בסכסוך לפני שאחת מהן פורצת במלחמה, גם אם יש לה הצדקה לעשות את זה, היא צריכה להפנות את הסכסוך לחבר הלאומים שיעזור לה לטפל בזה ולהמתין תקופת צינון של 3 חודשים. כלומר, לא אוסרים שימוש על כוח צבאי, אין מספיק גב פוליטי לקבל החלטה כזו, אבל נותנים תקופת צינון. ב1928 בין מלחמת העולם הראשונה לשניה נחתם **הסכם קלוג-בריאנד** (שרי החוץ של צרפת וארה"ב). שם לראשונה קבעו איסור על שימוש בכוח כאמצעי לקידום אינטרס לאומי, כלומר, בתיאוריה אם בעבר מדינה יכלה לצאת למלחמה כדי להרחיב את השטחים שלה היום(1928) אי אפשר לקדם אינטרס לאומי באמצעות יציאה למחמה. זו הפעם הראשונה בהיסטוריה שניסו לאסור מלחמה, אבל לאותה אמנה צורפו **הסתייגויות** שאמרו שמדינות לא התחייבו באופן מלא להסכם:

* הסתייגויות שאפשרו להם לעשות שימוש בגנה עצמית.
* המסמך הזה אסר על שימוש במלחמה ומלחמה זה דבר דרמטי, אבל אפשר לנקוט באמצעיים צבאיים שלא עולים לכדי מלחמה.
* אסור להשתמש במלחמה ככלי למדיניות לאומית, אבל אם מדברים על מדיניות בינלאומית זה בסדר. אם בריטניה רוצה לפלוש לצרפת על דעת עצמה היא לא יכולה כי אי אפשר להשתמש במלחמה ככלי לאומי, אבל אם בריטניה חוברת למדינה נוספת ואז את אותו אינטרס אפשר לקדם באמצעות אינטרס בינלאומי.

ההסכם לא הביא לשינוי משמעותי כמו שנראה בהיסטוריה. לאחר מלחמת העולם השנייה נוצרה מגילת האו"ם שביקשה ללמוד מהטעויות של חבר הלאומים ושל הסכם קלוג-בריאנד.

מגילת האו"ם מסדירה מצד אחד איסור: "**אסור לעשות שימוש בכוח לפי ס' 2(4)",** מצד שני היא קובעת חריג לפי ס' 51 למגילה למרות שאסור להשתמש בכוח מותר לעשות שימוש בזכות להגנה עצמית. אנחנו נכנס לעומק של שני הצדדים הללו כמובן.

מצד אחד, **ס' 2(4) למגילה קובע שמדינות** (גם כאלו שלא חברות באו"ם, כי ס' 2(6) קובע שהכללים של האו"ם יאכפו גם על מדינות שלא חברות כדי שמדינות לא יפרשו מההסכם ויפרצו למלחמה) יימנעו משימוש בכוח או מאיום בשימוש בכוח באחת מ3 דרכים:

* לא יהיה שימוש בכוח נגד שלמות טריטוריאלית של מדינה
* לא יהיה שימוש בכוח נגד עצמאות פוליטית של מדינה
* לא יהיה שימוש בכוח בכל דרך שמסכלת או עומדת בניגוד למטרות האו"ם (קידום השלום, יחסים ידידודתיים בין מדינות, קידום זכויות אדם למשל)

מה הלקח שנלמד מהסכם קלוג-בריאנד? מדברים על איסור שימוש בכוח ולא איסור מלחמה. שימוש בכוח כולל גם מקרים שהם רף נמוך יותר ממלחמה. אז הכלל לכאורה נוסח בצורה שהיא יותר חכמה שמסיקה את לקחי העבר. מנגד, יש לנו את **ס' 51 למגילת האו"ם שקובע**:

* שום דבר במגילת האום, לרבות ס' 2(4) לא מונע או לא שולל את הזכות האינהרנטית(זכות מנהגית בדר"כ, בפרשת ניקרגואה ב86 דנו בנושא) של מדינות להגנה עצמית או להגנה עצמית קולקטיבית(כמו איגודים במלחמת העולם השניה).
* גם אם מדינה עושה שימוש בהגנה עצמית מועצת הביטחון תמיד נשארת עם סמכות לעסוק בנושא.

תזכורת: ס' 42 מגדיר את הסמכות של מועצת הבטחון לאפשר שימוש בכוח.

הגנה עצמית-כללי

הגנה עצמית מפני מה? לפי נוסח ס' 2(4) הזכות להגנה עצמית קמה כשאני נחשף להתקפה חמושה(ארד אטק). מה היא מתקפה חמושה? אם מדינה שולחת יחידה צבאית שמבצעת פעולה צבאית האם זו מתקפה חמושה? כי יש כוח צבאי שפועל בחסות מדינה, יש כוונה לעשות שימוש בכוח צבאי. לעומת זאת אם אזרח אקזוטי של אחד האיים ביוון מחליט לקנות RPG ויורה בו וזה מגיע לתורכיה האם זו מתקפה חמושה? לא במובן של ס' 51 כי אין פעולה מדינתית ואין כוונה למרות שיש תוצאה של מתקפה חמושה.

שלושת האלמנטים למתקפה חמושה שמקימה זכות להגנה עצמית

1. פעולה על ידי כוח צבאי
2. שתהיה כוונה לפעול בצורה שפעלו
3. שיהיה נזק בפועל

עולות כל מיני שאלות. האם כוח צבאי וכוח כלכלי הם זהים במובן הזה?

הרי מדינה יכולה באמצעות כוח כלכלי לפעמים להשפיע יותר מאשר עם כוח צבאי. פוטין למשל מפעיל כוח כלכלי על אירופה. רוסיה היא המדינה עם שדות הגז הטבעיים עם הכמות הגדולה בעולם, גם בעלת כמויות גדולות של נפט. היא חולשת על אירופה. היא לא צריכה להפעיל נגדה כוח צבאי כי יש לה מנוף כלכלי חזק מאוד.

אם מדינות ערב מחליטות לפגוע בישראל הן יכולות להטיל סנקציות בתחום מכירת הנפט או על ישראל או על מי שנתפס כידידותי. זה מביא לנזק ממשי, יכול להביא לנזק ממשי של מדינה. האם זה שימוש בכוח במובן של הגנה עצמית? לא. למה לא? כוח כלכלי וצבאי שונה. במדינות מסוימות, בעיקר מדיניות מתפתחות חוות לחץ כלכלי בידי מדינות שבעבר שלטו בהם. האינטרסים של המדינות שבעבר התפשטו והשתלטו על העולם באמצעות קולניות עדיין חיים ובועטים עד היום(למשל חובות של ארגנטינה כלפי הבנק של בריטניה). מדינות מתפתחות היו רוצות שהפעלת כוח כלכלי תהיה שקולה להפעלת כוח צבאי, אבל המשפט הבינלאומי הוא יורצנטרי, הוא מכוון לאינטרסים של המדינות החזקות והשולטות(מדינות המערב ואירופה), ולכן המצב הקיים הוא **שכוח כלכלי לא שקול לכוח צבאי** למרות שיש פה מורכבויות. אם היו שקולים מי היה מפר את איסור השימוש בכוח? מועצת הביטחון. מועצת הביטחון מטילה סנקציות כלכליות.

שימוש בכוח שעולה לכדי התקפה חמושה הוא לא חוקי ומקנה זכות לשימוש בהגנה עצמי.

מתי איום על שימוש בכוח אינו חוקי?

קודם כל מדינה צריכה לאיים רק ביכולות שיש לה, זה צריך להיות **מגובה ביכולות פיזיות**. זה גם צריך להיות **רם דרג** (מגיע מאדם חשוב כמו רוה"מ ולא מסתם איש ברחוב). כמו כן, זה צריך להיות **קונקרטי**. מדינה לא יכולה רק להגיד תפני את השטח הזה כדי שאני אכבוש אותו, צריכה להציב סוג של אולטימטום או דד ליין(תפני כדי שאכבוש עוד 12 שעות, או עוד שבוע למשל).

כמו כן הפעולה המדוברת צריכה **להפר את איסור השימוש בכוח**. כמו שלי כאזרח מותר לאיים בתביעה בזכות משפטית, אבל אם אני אומר אני אפרק אותך במכות זה לא חוקי.

**מדובר ברף גבוהה מאוד, וזה מתיישב עם האינטרסים של מדינות חזקות.** כיצד?

1. מדינות חזקות רוצות לאיים במשתמע מבלי שזה יהווה איום לא חוקי על שימוש בכוח. למשל ארה"ב מפעילה לחץ כלכלי על מדינות ולפעמים קצת יותר אבל זה אף פעם לא יגיע לרף הזה.
2. כמו כן הרף הגבוה מתאים למדינות חזקות הוא נשק גרעיני. הרי אם הרף היה נמוך, אז כל אמירה של מדינה בעלת נשק גרעיני וגם בלי הרף הזה, כשמדינה עם נשק גרעיני מדברת אליי אני מקשיב יותר ברצינות, כמו למשל לשקול מחדש מדיניות, אני לוקח את זה יותר ברצינות. כל דרישה שהיא טיפה יותר מידי אסרטיבית ממדינה עם נשק גרעיני יכולה להיתפס כשימוש בכוח.

**חשוב לציין שהזכות להגנה עצמית היא מוגבלת**. אין לי זכות בלתי מוגבלת לעשות שימוש בהגנה עצמית ברגע שתוקפים אותי. במלחמת לבנון השנייה נחטפו 3 חיילים ישראליים, עולה לכדי מתקפה חמושה. לישראל הייתה סמכות לצאת למלחמה אבל הסמכות שלה לא הייתה בלתי מוגבלת והיא הוגבלה על ידי 2 דרישות מנהגיות:

1. **נחיצות**, שלא תהיה אופציה אחרת חוץ מאופציה צבאית שיכולה להתאים
2. דרישה מהותית יותר – **מידתיות**. איך בוחנים? מסתכלים על עוצמת המתקפה החמושה נגד המדינה שמפעילה את הזכות להגנה עצמית, לעומת **התגובה הצבאית הראשונית**.

מדינת ישראל תקפה בלי הפסקה באופן נרחב והכתה באופן משמעותי מאוד בימים הראשונים של המלחמה. מבחינה צבאית יש לזה הצדקה, אבל מבחינה משפטית מה שבוחנים זה בעצם את העוצמה של המתקפה הראשונית הזו מול החטיפה של שלושת החיילים. בגלל זה יש כאלה שטוענים שהייתה בעייתיות עם המידתיות של התגובה. אין כמעט אף אחד שיטען שלישראל לא הייתה זכות להגנה עצמית במלחמת לבנון הראשונה, אבל על המידתיות שוב עלו שאלות.

* עוד 2 דוג' לבעייתיות במידתיות-
* איראן השלטתה על שתי ספינות עם דגלי ארה"ב. ארה"ב הפציצה 14 **אסדות נפט**, מיקשה אוניות, פגעה ישירות באוניות אחרות בהפגזה. היה הליך בICJ שקבע שארה"ב לא הייתה מידתית (פס״ד חשוב, להזכיר אותו אם רלוונטי!!!).
* בקונגו פעל ארגון שמרד נגד אוגנדה, וקמה לאוגנדה זכות להגנה עצמית. אבל היא לא רק הכתה בבסיס המורדים ותקפה את האזור של התוקפים, אלא היא נכנסה לעומק של קונגו והשתלטה על 3 מחוזות כאשר אחד מהם בעל משאבים טבעיים רבים (זהב וכו'). גם פה מדובר בתגובה שלא מידתית.

פעם הדוקטרינה הצבאית של להכות חזק היא מה ששלטה, זו הייתה הפרקטיקה הראויה, הלגיטימית והמקובלת. ברגע שנכנסנו לעולם שיש בו איסור על שימוש בכוח והשימוש בכוח בחריגים מאוד צרים זה הפסיק.

האם הזכות קיימת נגד גופים שאינם מדינות?

מה קורה לגבי ארגונים שהם לא מדינות? התפיסה הקלאסית(ששלטה עד למתקפת התאומים), אם ארגון טרור היה תוקף מדינה- אם זה בתוך המדינה זה ארגון אנרכיסטי וברור שיש להשתמש בכוח נגדם, אם זו ארגון טרור ממדינה אחרת שתקף אותי אז פונים למדינה הריבונית-ואומרים לה פועלים כנגדי מהשטח שלך, ואם המדינה לא עושה כלום אז יש לי הצדקה לפעול כנגד אותו ארגון. לפעמים הצדקה היא גם אם מדינה לא פועלת כי היא תומכת בארגון הטרור.

המתקפות על התאומים שינו את הכל, כי יום לאחר מכן נתקבלו 2 החלטות במועצת הביטחון:

1. החלטה 1368.
2. החלטה 1373.

**בשתיהן נקבע באופן מפורש שהטרור הוא איום על השלום העולמי ושלמדינות שנפגעות כתוצאה ממתקפה חמושה של ארגוני טרור יש זכות להגנה עצמית נגד הארגונים הללו**. הגישה הגיעה מהעוצמה של פעולות הטרור.

הגורם היחיד שעוד מחזיק בגישה המסורתית הוא הICJ, לפיו אנחנו במשטר בין מדינתי, ואם יש ארגון טרור שהוא ממדינה מסוימת שפגע בך, עליך לפנות למדינה שממנה הוא הגיעה שתטפל בו.

היום מקובל להתייחס למתקפת סייבר גם כמתקפה חמושה כי הוא עונה על כל הקריטריונים שדיברנו עליהם(גורם נזק, בכוונה, אמנם זו לא בכוח צבאי אבל המדינות מעדכנות כל הזמן את התקנות לפי הנוחות שלהן, במיוחד אם הן חזקות הן אלו שחוששות ממתקפות סייבר)

הגנה עצמית מקדימה או מונעת

כשמדינה יודעת שהיא לקראת ספיגה של מתקפה חמושה, שהיא במסלול מלחמה ושום דבר לא ימנע את המלחמה הזו מותר לה להגיב לפני שהיא מותקפת. הדוג' הקלאסית היא מלחמת ששת הימים והיא נובעת מכמה נסיבות:

1. סילוק כוחות שלום שישבו במצרים שישבו במצרים.
2. הזיזו כוחות צבאיים אל הגבול.
3. סגרו את מיצרי טיראן.
4. חתמו על הסכם ברית צבאי עם ירדן.

כל הנסיבות הללו הובילו את ישראל לתקוף ראשונה. בכלל שכולן מדברות בעד עצמן וישראל היא מדינה קטנה והפגיעה הראשונה בה הייתה יכולה להיות חמורה יותר, זה נתפס כהגנה עצמית מקדימה. זה חוקי ולגיטימי ועומד בפני דרישות החוק.

המטאפורה שמשמשת להסברה של הזכות היא עניין הרוביקון. האימפריה הרומית העתיקה סימנה קו קצה שקראה לו רוביקון וקבעה שמי שחוצה את הרוביקון מכריז נגדה מלחמה. רוביקון הוא קו גבול דמיוני שברגע שמדינה חוצה אותו מותר לי להגיב. חשוב להדגיש שהתגובה לגיטימית רק כשיש נסיבות שחייבות להתקיים, אי אפשר לקחת את זה צעד קדימה ולהגיד אני מונע מלכתחילה את התקיימות הנסיבות. צריך שיהיו נסיבות קונקרטיות ורק אז מותר לי לפעול כנגד.

תקיפת הכור העירקי ב1981 מצד ישראל כונה על ידי מועצת האום אך מבחן הזמן הוכיח את צדקתה של ישראל, שכן הטילים ששלח סדאם במלחמה מהפרץ גרמו להבנה בדיעבד של לגיטימיות התקיפה אל מול הנזק האפשרי.

**שיעור 13- 17.12.19**

חריגים נוספים

ישנם שני חריגים שיש במגילת האו"ם המאפשרים שימוש בכוח:

1. הגנה עצמית.
2. מנגנון הביטחון הקולקטיבי- סע' 42 מאפשר למועצת הביטחון להסמיך שימוש בכוח, סע' 33 אומר שמדינות צריכות ליישב סכסוכים בדרכי שלום, סע' 41 קובע סנקציות על תנועה, מועצת הביטחון צריכה קודם לנסות ליישב בדרכי שלום דרך סנקציות ואמצעים לא צבאיים ורק אז לפתור בפעולות צבאיות. מועצת הביטחון לא מפעילה את הכוח בעצמה אלא נותנת סמכות לקואליציות ספונטניות להפעיל כוח או במקרים אחרים לברית מאורגנת כמו ברית נאט״ו. כנגד נאטו הייתה ברית וורשה, ולאחרונה גם יש לנו את איחוד אפריקה המערבית ecrowas שמאוד מתפתחים.

המקרה היותר דחוף הוא כשיש לנו קבוצת מדינות מאורגנת מבחינה צבאית ומדינית. לדוגמה, הליגה הערבית או ברית נאט״ו. אל מול ברית נאט״ו יש לנו את הסכם וורשה- הגרסה של מזרח אירופה ורוסיה לנאט״ו. בנוסף, בשנים האחרונות יש לנו את איחוד מדינות אפריקה המערבית. האיחוד הזה הולך ונהיה משמעותי יותר גם במובנים צבאיים. הוא שולח כוחות צבאיים למקומות באפריקה וגם מתפתח בספרות אחרות- הקימו בית דין, משיקים מטבע אפריקאי מאוחד וכו.

יש לקבוצות הללו גם צד שלילי- אותן קבוצות של מדינות פועלות בחסות האו״ם ולכן יש להן רישיון להרוג. ככל שעוסקים בדבר יותר זמן מגיעים למסקנה נמהרת בגלל ביטחון יתר. בגלל אותו ביטחון יתר יש הסתבכויות. ההסתבכויות הללו יכולות להיות בגלל חיילים בודדים פורעי חוק או בגלל בעיות קולקטיביות שקורות כשהקואליציה פועלת ללא רסן.

מנגנון הביטחון הקולקטיבי בעייתי ב-2 מובנים:

1. **המנגנון סלקטיבי**- יישמו אותו ביוגוסלביה כשבדיוק באותו הזמן בוצע רצח עם ברואנדה והעולם לא התערב. בעיה זו מאפיינת הרבה פעמים את המשב״ל ובעיקר את השימוש בכוח.
2. **הצורה של השימוש בכוח**- השימוש בכוח הרבה פעמים מוביל להפרות משב״ל. אין מי שייקח אחריות על הפרות. וועדה מיוחדת שהקימה התובעת של בית הדין הפלילי ביוגוסלביה, בחנה את תקריות של נאט״ו כדי להבין אם יש פשעים בינ״ל והמסקנה שלה הייתה שלא. בין הדין האירופי לזכויות אדם קיבל מספר עתירות של משפחות שנפגעו מחיילי נאט״ו בשטח, עתירות נגד נאט״ו על הפצצות מהאוויר ועוד כאשר בית הדין קבע שהייתה פעולה בסמכות האו״ם ומצא דרכים לא לייחס אחריות.

כעת נעבור ל-2 חריגים שהם לכאורה מנהגיים, הם לא מנויים במגילה. המעמד המשפטי של שניהם שנוי במחלוקת אבל הוא קיים.

1. **התערבות הומניטרית**- כשמדינה או קבוצת מדינות מאיינות את עיקרון הריבונות ואיסור השימוש בכוח כאשר יש מקרים של הפרה נוראית של זכויות אדם- במובנה הקלאסי. בפועל, מדינות השתמשו בכך כמעט תמיד באופן מניפולטיבי. כשרוסיה פלשה ב-2014 לקרים היא קראה לזה התערבות הומניטרית. כאשר התחלף השלטון בניקרגואה, ארה״ב רצתה להחזיר את השלטון הימני וסייעה למליצית המורדים נגד הממשל השמאלי. לאחר מכן ארה״ב טענה לשימוש בדוקטרינה אבל בית הדין דחה את הטענה מ-2 סיבות:
2. התערבות הומניטרית צריכה להתקיים ביחס להפרה שקורית ברגע זה ולא להפרה עתידית. אין העדפה לשיטת ממשל לכן אם מדינה בוחרת להיות סוציאליסטית זה לא דבר רע מבחינת המשב״ל ולא ניתן לטעון שזה יוביל לפגיעה בזכויות אדם בעתיד.
3. הסיבה החשובה יותר- התערבות הומניטרית צריכה להיות לטובת חיי אדם, לא ניתן לבחור צד במלחמה ולהתערב הומניטרית סלקטיבית. מדינה המתערבת צריכה להיות ניטרלית. כאשר ארה״ב עזרה למורדים נגד הממשל היא סייעה לאזרחים רק מצד אחד של הלחימה.

יש מדינה אחת שהיא עקבית בהגנה על התערבות הומניטרית- **בריטניה**. היא המגנה העיקרית של הדוקטרינה. למשל, היו 2 שימושים בגז כימי בסוריה, אחרי הראשון לא עשו כלום, אחרי השני (בממשל טראמפ) הייתה התקפה של 60 טילים על סוריה. בריטניה קראה להפצצה הזו התערבות. זאת טענה מגוחכת כי המטרה של ההתערבות ההומניטרית היא לסייע בעוד ההפצצה רק הורסת. למרבה הצער, רוב המקרים בהם מעלים את טיעון ההתערבות ההומניטרית מאוד קל להפריך אותו.

1. **הגנה על אזרחים בחו״ל**- מבצע אנטבה הוא הביטוי האולטימטיבי לדוקטרינה זו. באופן קלאסי, במאה ה-16 עד ה-19, כשאימפריות מערביות היו שולחות אזרחים למקומות אחרים בעולם והם או רכושם היו נפגעים, המדינה השולחת הייתה אוכפת את זכויותיו באמצעות כוח צבאי. מדינות חזקות עושות מה שהן רואות לנכון לרבות כוח צבאי במדינות חלשות. הדבר התפתח בצורה פשוטה עד המאה ה-20 כי לא היה איסור על שימוש בכוח. גם אחרי שכבר הוכר האיסור בשימוש בכוח, מדינות רצו לשמר לעצמן סוג של אפשרות להגן על אזרחים ורכושם בחו״ל. **הדרישות המצטברות לביצוע הדוקטרינה**- (1) אזרחים בחו״ל, (2) סכנה **וודאית** לחיים (3) בקשה מהמדינה המארחת לעזרה שמסורבת. הרבה פעמים אחרי שהוקמה מדינה חדשה, לדוגמה בזאיר, אזרחים של מדינות זרות נפגעו וזה הוביל לפלישה צבאית. עלתה ביקורת שמדינות מפרות ריבונות של מדינות אחרות בשביל קניין אבל גילו יותר הבנה לפעולה צבאית בשם הגנה על חיים. במבצע אנטבה תפסו קבוצה של אזרחי ישראל באוגדנה על רקע של תקיפות ישראלים בעולם. ישראל פונה לאוגנדה ואין מצדם שיתוף פעולה ואפילו להפך. לכן לישראל לא הייתה ברירה אלא להוציא פעולה כירורגית. למרות שהיא הפרה את השלמות הטריטוריאלית של אוגדנה ואף הרגה חיילים אוגנדים, יכלה אוגנדה לטוען למתקפה חמושה אבל היא לא טענה לכך. כשהיא טענה להפרת השלמות הטריטוריאלית באום לא התקבל גינוי לישראל.

**שיעור 14- 24.12.19**

דיני העימות המזוין

מדובר באחד הענפים הוותיקים יותר במשב״ל. ניתן למצוא הוראות או הנחיות הנוגעות ללחימה גם במקרא ובעת העתיקה. הדוקטרינות שהוצגו באותם הימים לא ביו באמת משפטיות והיה מדובר בהוראות סלקטיביות, כל אביר נהג לפי הכללים שהיו רלוונטיים להם וכו. מבחינת הדין האוניברסלי, כבר במאה ה-19 הועלו דינים קונקרטיים. הרוח הכללית כוללת 2 אינטרסים עיקריים והרעיון הוא ליישב ביניהם כמה שאפשר:

1. **אינטרס צבאי**- אנו עוסקים בעימות מזוין, לב ליבה של העשייה המדינית. יש לנו עניין להכיר בצורך צבאי מעת לעת שחשוב לכל מדינה.
2. **אינטרס הומניטרי אנושי**- המסר ההומניטרי שהדינים האלה מבקשים להעביר הוא כפול:
3. במלחמה צריך להפריד בין הלוחמים לבין שאר האוכלוסייה ולהגן עליה.
4. אפילו שכוחות צבא הם בעלי רישיון להרוג ולהיהרג, צריכים לשמור על סטנדרטים מינימליים של כבוד ואנושות. בא לידי ביטוי בכל מני הוראות דין כמו איסור לעשות שימוש ברעל או הצורך להתייחס לשבויי מלחמה בצורה הומנית.

הרלוונטיות של התחום למרות שהוא וותיק מאוד היא גם היום רבה מאוד, אנו חיים בעולם של מלחמות במיוחד באזור שלנו. דיני הלחימה מסדירים את כל סוגי הסכסוכים- בין מדינות, בין ארגונים, בין מדינות לבין ארגונים. דיני לחימה, סכסוכך הומניטרי אלו שמות להסדרת אופן הלחימה עצמו.

תחום המשפט ההומניטרי/משפט מזוין רלוונטי גם לזכויות אדם למשב״ל פלילי. רלוונטי לזכויות אדם כי זה קידום אותם האינטרסים בזמן שלום מול זמן מלחמה. דיני העמיתות המזוין משלימים את דיני זכויות האדם במובן שהם שומרים על אותם אינטרסים בזמן מלחמה או חירום. המשפט ההומניטרי רלוונטי למשב״ל הפלילי- **משב״ל הפלילי הוא כלי אכיפה של נורמות של משפט הומניטרי.**

התפתחות היסטורית

במאה ה-19 היו התפתחויות משפטיות שהביאו ליצירת הבסיס למשפט ההומניטרי כמו שהוא קיים היום.

**1863- הקמת הצלב האדום וקוד ליבר**- היו 2 מסמכים חשובים עד היום. באירופה, הוקם הצלב האדום, קרב סולפרינו- כפר שנמצא בגבול בין איטליה שוויץ וצרפת. איש עסקים שוויצרי היה בבית מלון שהשקיף לעמק אך באותו סוף שבוע הייתה שם מלחמה שהתבצעה בדיוק באותו עמק. מלחמה בין כוח צרפתי איטלקי לבין כוח אוסטרי. פצועים והרוגים הופקרו בשטח והכוחות התפזרו. המיתוס של הצלב האדום הוא שהנרי דונא היה שבור לב ממה שהוא ראה והתחיל לעזור לפצועים בשטח ביחד עם אחיות ממנזר בסביבה ובתור איש עסקים הוא קידם מעורבות של ממשלת שוויץ, כינסו ועידה בינ״ל והקימו את הצלב האדום. הצלב האדום הוא המנוע המרכזי ליצירה של דין הומניטרי, לפרשנות ואכיפה שלו. למרות שזו לא מדינה, זה ארגון שמבחינה דרמטית יכול להשפיע על התפתחות הדינים.

במקביל, באמריקה מתחוללת מלחמת אזרחים, שר הצבאות של ארה״ב שלמד משפטים נזכר שבאוני׳ שיקאגו היה פרופסור שדיבר על משב״ל וסיפר על עקרונות לחימה של הולנדי בשם גרוציוס. הוא כתב ספר על דיני המלחמה. אותו פרופסור (פרנסיס ליבר) קיבל שיחת טלפון משר המלחמה שהזמין אותו לכתוב קוד התנהגות (**קוד ליבר**) ללוחמים על מנת שיהוו דוגמה אישית. פרופ׳ כתב הוראות כגון איך להתנהג לשבויים, איסור על השמדה מוחלטת של כפרים ועוד. עד היום חוזרים לקוד ליבר כשמעגנים כללים הומניטריים.

**1868- הכרזת סנט פטרסבורג**- כינוס בינ״ל שארגנה רוסיה. רצתה לאסור על שימוש בכדורים חדשים שהיא המציאה. הם היו קטנים מהרגיל שהתפוצצו בתוך הבשר. הכדור גרם לסבל נוראי ולא ניתן היה לטפל באותם פצועים כי המכשור הרפואי לא יכל להתמודד עם כך. נתפסת כרגע חשוב. תזכורת בשבילנו שהשורש שלה היה יותר מבצעי אופרטיבי מאשר הומניטרי. רוסיה פחות דאגה מגרימת הסבל אלא מהצורך לדאוג לחיילים. ההצהרה הזאת הגדירה לראשונה מהו צורך צבאי- להחליש את כוח האויב.

**1899/1907-ועידות האג**- בוועידות הללו נוסחו כללים שמתייחסים לשימוש בכוח ראשוני וגם לאופן ניהול הלחימה- ניהול שטח כבוש, איך להשתמש ברכוש אזרחי בעת הצורך וכו. ב-1925 על רקע מלחמת העולם הראשונה נוסחה אמנה שאוסרת שימוש בגז רעיל ולוחמה ביולוגית.

**1949- ניסח ארבעת אמנות ז׳נבה-** הראשונה עוסקת בפצועים והרוגים ביבשה, השנייה עוסקת בפצועים והרוגים בים, השלישית בנושא שבויי מלחמה והרביעית בנושא הגנה על אזרחים בעיקר בשטח כבוש. האמנות הללו הסדירו דינים שחלים בין מדינה למדינה אבל החל מהקמת האום ראינו עליה במס׳ המדינות בעולם ולכן הייתה גם עליה בסכסוכים שקשורים להקמה של אותן מדינות. ארגונים שהם לא מדינות הפכו להיות יותר מעורבים. כדי להתמודד עם זה נוסחו 2 פרוטוקולים:

1977 פרוטוקול נוסף לאמנות ז'נבה בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל (פרוטוקול I) ופרוטוקול נוסף בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל (פרוטוקול II)- הראשון עוסק בסכסוך בינ״ל בין מדינות אבל קובע כלל תחולה חדש שלא היה עד אז והוא מציע שאם יש מדינה שנלחמת נגד ארגון, ככל שמדובר על ארגון מסודר שנלחם למען הגדרה עצמית ומאגד קולקטיב, זה צריך להיחשב בסכסוך בינ״ל. בהרבה מובנים מרוממים את הארגון שאינו מדינה. הסעיף עורר מחלוקת וארה״ב אמרה שהסעיף מעודד טרור נגד מדינות. הפרוטוקול נחשב מעורר מחלוקת ולמרות שיש הרבה מדינות שהצטרפו אליו יד כמה מדינות מאוד רלוונטיות לתחום הלחימה שמתנגדות אליו. באותה נשימה הפרוטוקול חשבו כי הוא עושה קונקרטיזציה של עקרונות כלליים שנדבר עליהם בהמשך.

הפרוטוקול השני עוסק בסכסוכים שאינם בינ״ל, סכסוכים פנימיים שקובע שורה של הוראות מפורטות שאמורות לחול בסכסוך מהסוג הזה. רף התכולה שלו מאוד גבוה אנו נדבר על זה בהמשך.

ההבדל בין דיני הלחימה לבין דיני השימוש בכוח

**דיני השימוש בכוח – Jus Ad Bellum** – מתי מדינה יכולה לפתוח במלחמה, הגנה עצמית וקולקטיבית, התערבות הומניטרית ועוד. ״עד שהתחילה מהלחמה בפועל״. כוללים את המערכה הראשונה. לדוגמה, במלחמת לבנון השנייה, חטפו 3 חיילים לישראל, מתקפה חמושה נ׳ ישראל, ישראל הגיבה בירי מאסיבי מהאוויר בימים הראשונים ורק לאחר מכן נכנסה קרקעית. הימים הראשונים נבחנים בדיני השימוש בכוח- האם מידתי או נחוץ. כשהמערכה הצבאית הופכת למלחמה והופכת לארוכת טווח, יופעלו הדינים הבאים:

**דיני העימות המזוין (דיני הלחימה) – Jus In Bellum** – ״דינים בתוך המלחמה״. מאמצע הלחימה ועד סופה. המשפט ההומניטרי יכול להיות רלוונטי גם בתקופת הלחימה הראשונה. יש נקודת חפיפה בין שניהם בהתחלה, האם מותר או לא מותר לתקוף, לאחר תחילת הלחימה יש חפיפה ומשם רק דיני העימות מזוין חל. אין נקודה בינארית של התחולה שלהם. דיני העימות המזוין או דיני הלחימה או המשפט ההומניטרי חלה ללא קשר לשאלות שרלוונטיות לדיני השימוש בכוח. לדוגמה, אין הכרזה על תוקפן וקורבן. אין זכות באותה המידה להפסיק או להשהות את היישום של הדין ההומניטרי כי הצד השני מפר אותו. הדין יחול על מדינה גם אם מפרים נגדה את הדין. הדבר נובע מכך שהאינטרס הוא להגן על אזרחים, הרעיון הוא שאם נפסיק את תחולת האמנה כלפי אדם מסוים כי מדינה שלו מפרה את הדין אנחנו שוללים את הזכות שלו מבלי שהוא עשה דבר. היגיון כללי שאם נרצה לקדם אינטרסים המונטריים נעשה את זה עבור כבוד האדם. בנוסף, ישנו מדרון חלקלק- לא נרצה שיהיו הפרות הדדיות ופגיעות נקם.

שני סוגי סכסוכים

ל-4 אמנות ז׳נבה יש את אותו סעיף 2 ואת אותו סעיף 3. בגלל שזה אותו סעיף נהוג לקרוא להם סעיף 2 ו-3 המשותף.

1. **עימות בינ"ל – International Armed Conflict** – סעיף 2- מדינות שנלחמות אחת בשנייה. סעיף 2 קובע שכל מקרה של מלחמה או סכסוך מזוין (ירייה ראשונה) מכניסה אותנו למצב של לחימה בין מדינות ללא רף חומרה. לא צריך מלחמה חמורה כדי שהדינים יחולו.
2. **עימות מזוין שאינו בינ"ל – Non-International Armed Conflict** – סעיף 3- סכסוך זה מוגדר ומוסדר בסעיף. הסעיף מגדיר את הסכסוך הפנימי ומגדיר מהן הוראות החוק שחלות. יש מעט דיני בסכסוך פנימי. בגלל זה הפרוטוקולים הראשונים והשניים היו מאוד דרמטיים. הסעיף קובע מהו סכסוך פנימי- כל סכסוך שאינו בינ״ל, בין שחקנים שאינם מדינות. כאן יש תנאי סף. סעיף 3 קובע הוראות כלליות ברוח המשפט ההומניטרי. אסור לענות, לפגוע בכבוד האדם, לפעול שלא לצורך צבאי וכו. הסיבות לשוני בהיקף ההתחייבות- הפער בכמות הדינים היה הפרקטיקה, מה שהיה יותר רלוונטי. בנוסף, ההסבר העיקרי הוא שסכסוך פנימי נתפס כעניין פנימי של מדינה, אם מדינה נלחמת בארגון זה כנראה בשטחה או בקולוניה שהיא מנהלת ולכן זה עניינה הפנימי בלבד. בנוסף, ככל שנסדיר יותר סכסוך או מעמד משפטי של ארגון שהוא לא מדינה אנחנו נותנים לגיטימציה לקיומו. יעדיפו לקרוא לאדם שמרים נשק טרוריסט כי הוא מבטל לגיטימציה. אבל, למרות הרצון של מדינות לשמור על מדינות, העולם התפתחו בצורה שלא ניתן היה להתעלם מהעוצמה ומהנזקים של סכסוכים פנימיים והגיעו לעולם כתוצאה מכך 2 הפרוטוקולים שדיברנו עליהם קודם. הראשון ניסה לעשות טריק של הרחבת ההגדרה והשני ניסה להוסיף הוראות דין קונקרטיות, למשל, איך לטפל בשבויים של הצד השני.

תנאי הסף לכניסה לסכסוך מזויין ותחולת דיני הלחימה

בסכסוכים בין מדינות – כל שימוש בכוח, גם חילופי אש ברמה נמוכה (ירייה אחת מעבר לגבול) יחולו דיני הלחימה. לסכסוך פנימי יש תנאי סף, הסיבה לכך היא שמדינה צריכה להתמודד עם ארגון, כשקולומביה התמודדה עם **פאבלו אסקובר**, היא התמודדה איתו בהתחלה עם המשטרה ולאחר מכן עם הצבא. כשהיא התמודדה עם הצבא זה לא היה סכסוך צבאי אלא מעין הפרות סדר. מדינות משתמשות באמצעים מנהליים כדי להתמודד עם ארגונים. לחימה מול דין שאינו מדינתי עולה מדרגה ועומדת בתנאי הסף שנציין כעת היא הופכת לסכסוך מזוין שאינו בינ״ל. לדגמה, ההתמודדות של רוסיה עם מורדים צ'צ'ניים. רוסיה הכניסה צבא והרגה את כל הנוכחים במקום. יש הטוענים שזהו סכסוך צבאי מזוין שאינו בינ״ל כי עמד בתנאי הסף:

* רמת הארגון של הצדדים גבוהה.
* משך הסכסוך ארוך- רלוונטי אבל לא קריטי. יכול להיות חודש ויכול להיות יומיים.
* עוצמת האלימות גבוהה

עד כאן המרכזיים והעיקריים.

* מעורבות צדדים שלישיים.
* השלכות על צדדים שלישיים (מושפעים).
* ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך.

פעולה של מדינה מול ארגון יכולה בהתחלה להיחשב כהחלה של משפט מנהלי אבל אם יש קריטריונים שמתקיימים זה עולה לסכסוך מזוין והמשפט ההומניטרי הופך לרלוונטי. התנאים לא מצטברים, מספיק שארגון יהיה מאוד מאורגן בשביל להחיל את הדין ההומניטרי וישלוט על שטח. מספיק שתנאי אחד יהיה מאוד חזק ואחד תומך. נדיר שסכסוך יוכר על בסיס תנאי אחד. התנאים הללו נקבעו **בפרשת טאדיצ׳ (Tadich)** של בית הדין הפלילי ביוגוסלביה לשעבר. טאדיצ׳ היה ההחלטה הראשונה אי פעם של אותו בית דין ושם נקבעו כללים משפטיים ששימשו את ההחלטות המאוחרות יותר.

**כל זה חל בשינויים המחויבים גם כלפי ארגון טרור**. בעבר ארגוני טרור היו משהו שמדינות התמודדו איתו באמצעות מעצר, העמדה לדין ועוד. ברגע שהטרור עלה מדרגה והתוצאות הפכו לקשות במיוחד כך שאמצעים פלילים ומנהליים לא הספיקו. שוטר לא יכול לחקור פעיל טרור, זה לא יעבוד עליו. בגלל שיש עליית מדרגה, בעשורים האחרונים נהיה נהוג יותר ויותר להתייחס למשפט ההומניטרי כדינים שצריכים לחול גם במאבק בטרור אבל רק בארגון שעומד בתנאי הסף. אם נסתכל על הדוגמה של ישראל, האינתיפאדה הראשונה עוד טופלה במודל של הפרות סדר, ישראל החילה שם את דיני הכיבוש. מצב של עימות מזוין לא היה עד האינתיפאדה השנייה. האינתיפאדה השנייה שבמהלכה היו חודשים בין 2002 ל-2005 בהם נהרגו 500 אזרחים ישראליים בחודש. ישראל עברה מהמודל הקלאסי של אכיפת חוק למודל של עימות מזוין. האמצעי שסימל זאת היה סיכולים ממוקדים. כדי להצדיק אותם המדינה התייחסה לסכסוך מול הפלסטינים כסכסוך מזוין ומאבק צבאי בו מותר להרוג. העליון **בבג״ץ עג׳ורי**- עסק בגירוש. **השופט ברק** מציין שמאז סוף ספטמבר 2000 יש לחימה קשה ביו״ש וזו לא התנהלות משטרתית אלא מאבק מזוין.

חשוב להבחין- הדין חל באופן זמני רק בתקופת מלחמה. צריך להסתכל על האינתיפאדה השנייה מול מה שנקרא גל טרור הסכינים שחלה בין 2015 ל-2017. היו הרבה נפגעים אבל לא 500 הרוגים בחודש. מי שהתמודד עם אירועי הדקירות האלה הייתה המשטרה. אמצעי שיטור היו האמצעים שבאמצעותם התמודדו עם המפגעים, כמעט לא נהרסו בתים של מחבלים שרצחו עם סכין ובעיקרון טרור הסכינים נתפס כמשהו שמתמודדים איתו.

בהיבט הגאוגרפי יש מחלוקות- כיצד יש לסווג עימות מזוין מול ארגון טרור חוצה גבולות?

**ארה״ב**- התשובה הייתה חד משמעית, לא משנה העניין הגאוגרפי אלא זהות הצדדים. אם ארה״ב נלחמת בארגון הסכסוך אינו בינ״ל ולא משנה כמה גבולות נחצו. העמדה הזאת עוגנה **בפס״ד חמדאן.** הפס״ד זכה לגיבוי ולביקורת.

**ישראל**- בפס״ד הסיכולים הממוקדים **השופט ברק** היה צריך לקבוע האם הלחימה עם הטרור הפלסטיני נחשב בינ״ל או לא. הוא רצה לטעון כי מדובר בסכסוך בינ״ל כדי להחיל יותר דיני לחימה המונטריים. הוא לא רצה לתת להם לגיטימציה ולכן לא התייחס לזהות הצדדים אלא אמר שישראל חוצה גבול, יוצאת משטר ישראל שהוא ללא מחלוקת אל אזורים אחרים כמו יו״ש ועזה. בגלל שיש חציית גבולות מדובר על סכסוך בינ״ל. זה אירוע חד״פ, מכירים בהחלטה הזאת, הצלב האדום מפנה אליה אבל אין כאן נכון או לא נכון. לשני הצדדים יש טיעון לגיטימי כי זאת פרשנות סבירה של הכללים הקיימים. הבינ״ל בדרך כלל רחב כדי שניתן יהיה לפרשו בהתאם לאינטרסים.

עקרונות היסוד של דיני הלחימה

אלה 4 עקרונות אבל מתוכם יש לנו המון חפיפה והעיקרון המרכזי והכי כבד הוא עיקרון ההבחנה.

1. **צורך צבאי**- ההגדרה הכללית ביותר היא בהצהרת סנט פטרסבורג. **צורך צבאי הוא החלשת כוחות האויב**. דיני הלחימה מופנים למפקד הצבאי ואומרת כי הוא יוודא שבכל החלטה שלו יש צורך צבאי אמיתי- להחליש את כוח היריב. מתוך העיקרון הכללי הזה יש לנו הוראות קונקרטיות. לדוגמה- סעיף 23 לתקנות האג, אם מפקד צבאי רוצה לפגוע ברכוש אזרחי כדי לא להיחשף לצלפים ברחוב. אם זה למטרה צבאית כמו הגנת החיילים זה תקין. סעיף 23G קובע שניתן לפגוע ברכוש אזרחי רק אם זה הכרחי והצורך הוא צבאי. עקרון נוסף הוא את מי ואת מה לתקוף. אם רוצים לתקוף אדם או רכוש צריך לוודא שיש לפגיעה משמעות צבאית. בגלל הצורך הזה לחשוב בכל החלטה מהו הצורך הצבאי נולד עיקרון ההבחנה.
2. **עקרון ההבחנה**- נגזר מעקרון הצורך הצבאי. הצעד הבא בניתוח המשפטי של המפקד הצבאי. ניתן לפגוע רק במטרות בעלות ערך צבאי. אדם בעל ערך צבאי הוא לוחם (אדם ששייך לארגון צבאי הוא לוחם). גם רכוש יכול להיות צבאי. קובע שהמפקד צריך לוודא את מי הוא תוקף ולא רק למה הוא תוקף. הביטוי הוא שאסור לכוון או לפגוע במטרות שאינן צבאיות.

מטרה צבאית ניתן לפרש בכל מני צורות. האם פגיעה במפעל המייצר נעליים צבאיות ואזרחיות האם ניתן לפגוע בו? יש 4 סוגים של מטרה צבאית בסעיף 52(2):

אובייקטים (1) שמטבעם, (2) מיקומם, (3) מטרתם או (4) השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית, ושהריסתם או נטרולם (באופן מוחלט או חלקי) מקנים יתרון צבאי מובהק. אם משתמשים למפעל למטרה צבאית, הוא מטרה לגיטימית. אם אנו יודעים שהמפעל יהפוך לפעל שישרת רק את הצבא בעוד כמה ימים עדיין ניתן לתקוף אותו כי המטרה של המפעל תהיה צבאית. מטרה יכולה לצפות פני עתיד. שימוש במטרה הוא בהווה אבל המטרה יכול להיות צופה פני עתיד. מטרת מיקום- מיקום אסטרטגי כמו בית בפסגת הר, תצפית, צלף וכו. הקריטריון הכי קל הוא קריטריון שמטבעו צבאי כמו טנק או בסיס.

לפעמים יש מטרות שהן יעד **מעורב Dual Use** - נמל או מפעל נעליים אזרחי שמוסב לצורך צבאי, תחנת חשמל או שאיבת מים. יש הרבה אתרים שיש להם שימוש צבאי ואזרחי. במטרות עם יעד מעורב החזקה היא שלא תוקפים. אם יש מתקן מים שמספק מים גם לצבא וגם לאוכלוסייה, לא תוקפים אותו. כדי שניתן יהיה לתקוף אותו צריכה להיות **תרומה קיצונית** לצבא לעומת האזרחים. ברגע שתוקפים יעד מעורב נכנס עיקרון המידתיות. עצם העובדה שמטרה היא אזרחית לא אומרת שהיא מוגנת מתקיפה. יש מתקנים שמוגים במיוחד כמו מתקני דת וחינוך אבל גם סתם בית או מפעל מוגנים אבל לא תמיד. מתקן אזרחי ואזרח יכולים לאבד את חסינותם. נדבר על התנאים של אזרח לאיבוד החסינות. דוגמאות- אם אסור לתקוף מטרה אזרחית כתוצאה מכך אסור לעשות ״תקיפה בלתי מבחינה״ בה לא ניתן להבחין אין אזרחים ללוחמים. מהצד השני, לצד המתגונן אסור למקם בסיס צבאי בלב עיר מרכזית. הקריה בתל אביב היא הפרה של עקרון ההבחנה. הדוגמה המרכזית היא שאסור להשתמש ב״מגנים אנושיים״- הפרוטוקול הראשון קבע במפורש בסעיף 51(7) שזה אסור.

נשק גרעיני כדוגמה- לא מבחין בין אזרחים ללוחמים, כעיקרון היינו רוצים להגיד שכן ניתן לפגוע בו אבל בית הדין הבינ״ל לצדק ב-1976 נשאל שאלה האם שימוש בנשק גרעיני יפר אוטומטית דינים המונטריים והתשובה הייתה שככלל כן אבל השופט האמריקני במוטב סטפן שוובר אמר שמדינה שנלחמת על הקיום שלה יכולה להיקלע למצב שבו אין לה ברירה אלא להשתמש בנשק גרעיני ויש לבחון מצב זה אחרת. בנוסף, יכול להיות מצב בו משתמשים על נשק גרעיני במטרה בלב ים או במדבר.

פצצות מצרר כדוגמה- פצצה שממנה יוצאות המון פצצות קטנות. קלאסי לא מבחין מטבעו בין לוחם לבין אזרח. יש הסכמים בין ישראל לבין ספקית המצרר שקובעים מתי מותר להשתמש בהם ומתי לא כי אלו פצצות בעיתיות וישראל עושה הבחנה בין 2 סוגים של פצצות. בין עשן לבן לעשן אפור.

ארטילריה כדוגמה- אין צבא בלי ארטילריה. כאן ההבחנה תלויה. ישנו עניין של טווחי בטיחות, אם באקדח או ברובה יש טווח של מטרים ספורים שבהם ניתן לפגוע בארטילריה כבר מדובר על מאות מטרים. צריך לפעול לפי אמות מידה כגון טווח בטיחות אבל ארטילריה כשיורים בה למטרה אזרחית, ליישוב עירוני, יהיה קשה לטעון שזה נשק מבחין. בצוק איתן הייתה ביקורת שירו ארטילריה מאסיבית כחלק מנוהל חניבעל. לסיכום- מעורר ביקורת כשיורים ללא הבחנה.

הדבר המהותי הוא ההבחנה בין אזרח לבין לוחם- היתרון של אזרח הוא שהוא חסין בפני תקיפה וללוחם יש רישיון להרוג. יתרון נוסף של לוחם שאם שובים אותו לא מעמידים אותו לדין על רצח של חייל כי הוא פעל כלוחם. לעומת זאת אם תופסים אזרח אפשר להעמיד אותו לדין פלילי. כיצד נבצע את ההבחנה? מגדירים מיהו לוחם ואז מי שלא לוחם- אזרח. מגדירים לוחם לפי אמנת גנבה ה-3 (סעיף 4- חשוב!!) שקובעת מי זכאי למעמד של שבוי מלחמה:

1. חיילים בצבא סדיר של מדינה.
2. אנשי מליציות שהם חלק מארגון היררכי שכולל שרשרת פיקוד
3. יש להם סימן מבחין.
4. נושאים נשק בגלוי
5. התנהלות לפי דיני המלחמה.

ארגון לא מדינתי שעומד ב-4 קריטריונים האלו הוא ארגון של לוחמים. ארבעת התנאים הללו מצטברים. עמדה השאלה מה נעשה עם לוחמי חמאס ופתאח שנתפסו. ישראל ניסתה להמציא קטגוריה של ״**לוחם בלתי חוקי**״ אבל ביהמ״ש אמר שאין דבר כזה ויש או לוחם או אזרח. גם אם יש אזרח כזה, ניתן לתקוף אותו כאשר הוא נכנס למעגל הלחימה- סעיף 53(1). כיצד מגדירים מיהו אזרח שמעורב בלחימה? יש 2 קריטריונים- התפקיד שלו בלחימה ולמשך הזמן שהוא מאבד את החסינות שלו. מבחינת הצלב האדום, תוקפים אזרחים רק בזמן שהם בפועל תוקפים אותנו. לוקח לקיצון את האינטרס ההומניטרי. ביהמ״ש אומר שיש הגדרה רחבה למעורבות במלחמה. \*להכניס תמונה מעדן\*. משך הזמן שונה גם כן בין הצלב האדום לצבא. **בג״צ אומר שאם יש אזרח ששייך לארגון טרור, כל עוד הוא משויך לאותו ארגון טרור, ניתן לפגוע בו- מפרש בצורה רחבה יותר מהצלב האדום את המשתתף בלחימה.**

1. **עקרון המידתיות**- עקרון מזנאיים, מסתכלים על תועלת צבאית ופגיעה באינטרסים המונטריים. אם המאזניים נוטים לכיוון התועלת הפעולה מידתית. במבחן הזה אין תשובות מוחלטות. בודקים מה המפקד הצבאי ידע מראש ולא בדיעבד.
2. **הומניות**- היחס ההומאני בא לידי ביטוי ב-2 מקרים בלבד:
3. יחס ללוחמים של האויב ברגע שהם יצאו ממעגל הלחימה- כשאדם שבוי מתייחסים אליו בצורה הומאנית.
4. כלי נשק- מכוח העיקרון ניתן לפסול כלי נשק שגורם לסבל מיותר, לדוגמה, לפני 15 שנה ארה״ב פיתחה נשק שמעוור חיילים. בגלל הסבל המיותר החליטו שאסור להשתמש בו.

**שיעור 15- 30.12.19**- **אור**

**דיני תפיסה לוחמתית/דיני כיבוש**

היום נעסוק בנושא שמעורר סערה- דיני התפיסה הלוחמתית/דיני הכיבוש.

דיני התפיסה הלוחמתית/הכיבוש הם תת ענף במשפט ההומניטרי. יש כמה ענפים במשפט הזה: הסדרת כלי נשק, שבויים וכו'. דיני הכיבוש הוא כנראה הענף הכי מרכזי וממוסד וזה שמגלם בצורה הכי חזקה את האינטרס או התכלית ההומניטרית בדינים הללו.

הם נועדו לחול במקרה שמדינה כובשת שטח של מדינה אחרת.

אם לפני המאה הקודמת כשמדינה אחרת הייתה מספחת את השטח שכבשה, במאה האחרונה ראינו חיזוק של שני עקרונות: שלמות טריטוריאלית ואיסור שימוש בכוח.

ביחד עם מייצרים כלל שאוסר על רכישת שטח באמצעות כוח צבאי ובגלל שלא ניתן לרכוש שטח באמצעות כוח צבאי, המערכת שמסדירה את העניין הזה הם דיני הכיבוש.

כנקודת מוצא- לא משנה אם השטח נכבש באמצעות שימוש בכוח חוקי או לאו- כלומר לא משנה המניע הראשוני שמדינה כבשה שטח.

בעיקרון, בדיני הכיבוש יש לנו 3 אינטרסים: שניים מהם קיימים בכל המשפט ההומניטרי- אינטרס ביטחוני או צורך צבאי ואינטרס הומניטרי, הגנה על אוכלוסיה אזרחית. הציר השלישי הוא כיבוד הריבון הקודם או שמירה על הסטטוס קוו, על כך נרחיב בהמשך.

בגל שאסור לרכוש שטח באמצעות כוח, אז ההנחה היא שכיבוש הוא עניין זמני. בפועל, למשל כמו במקרה של כיבוש חצי האי קרים ע"י רוסיה וכיבוש עיראק ע"י ארה"ב בעיראק ב2003 (ושחרורה ב2006 אך עדיין נשארה לה השפעה שם), זה לא כך.

דיני התפיסה הלוחמתית- ההקשר הישראלי

* רמת הגולן- שנכבשה מסוריה
* מזרח ירושלים- שנכבשה מידי ירדן למרות שלא היה חלק ממנה
* איו"ש- נכבש מידי ירדן אבל לא היה שייך לה
* רצועת עזה- נכבשה ממצרים אבל לא הייתה חלק ממנה

רמת הגולן סופחה לישראל. האם מבחינת הקהילה הבינ"ל זה תקף? לא. לפי ס' 27 לאמנת האמנות, אין תוקף לסיפוח הזה. כנ"ל מזרח ירושלים ואיו"ש. ישראל הקימה ממשל צבאי באיו"ש, החל מ1967 ניהלה ישראל באזור את כל תחומי החיים, ככלל ישראל שולטת שם. זה המקום הקלאסי של שליטת ישראל בשטח שלא שלה.

לגבי רצועת עזה- ישראל התנתקה ממנה ב2005 ועלו כמה סימני שאלה, עליהם נרחיב בהמשך.

המקורות המשפטיים

המקורות או הדינים הרלוונטיים, נמצאים ככלל בשני מקומות:

* תקנות האג- כזכור, ב1899 הייתה את ועידת השלום בה נוסחה ועידת האג וב1907 נוסחו הנספחים לתקנות האג. תקנת האג הרביעית עוסקת בדיני כיבוש בס' 42-45. זה הנורמות הראשוניות מבחינה כרונולוגית והן מקפות כלל שהפך להיות מנהגי.
* אמנת ז'נבה הרביעית היא הרבה יותר מפורטת, כוללת המון ס' שמסדירים את כל תחומי החיים של מי שנחשב לאדם מוגן- לפי ס' 4 לאמנה זו, אדם מוגן הוא אחד משני אנשים: או אדם בשטח כבוש או אדם שנמצא בשטח מדינת אויב. למשל- אני איש עסקים ישראלי שמתגורר בלונדון, מחר פורצת מלחמה בין ישראל לבריטניה- אני אדם מוגן כי אני אזרח ישראלי במדינה שהפכה למדינת אויב, זה קרה במלחמת העולם השנייה בין מדינות אירופה.

שטח כבוש

ההגדרה שלו נובעת מתקנה 42 לתקנות האג- שטח כבוש הוא שטח נמצא בשליטת האויב ומשתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה.

הס' הזה, ניתן לפרש אותו ב2 דרכים והוא הוליד 2 דרכים לפרשנות דיני כיבוש:

**1. שליטה בפועל=** שליטה בפועל, הקמה של ממשל צבאי. מכבד גישה שמרנית שלא מטילה חובות על מדינות אם לא עשו זאת בפועל הICJ הוא גוף שמרן שלא אוהב לייצר חובות על מדינה אם היא לא קיבלה זאת על עצמה, לכן אם המדינה לא הקימה ממשל צבאי זה לא יהיה הוגן להטיל עליה להיות ממשל כיבוש.

**2. שליטה פוטנציאלית=** מדבר על פוטנציאל של שליטה, אם יש לי חיילים בשטח מסוים ואני יכול להפעיל אותם אבל לא עשיתי זאת בפועל אני נחשב כובש. מבחן שהוא לטובת האוכלוסיה- הוא מוריד את הרף וגורם למדינה להפעיל סמכות- אם מדינה נכנסת לשטח ויש לה יכולת להקים ממשל צבאי, עליה להקים אותו כי יש לה חובה לפעול באותו שטח.

בפרשת קונגו נגד אוגנדה היו מורדים שתקפו את אוגנדה וברחו לקונגו. אוגנדה פולשת לקונגו והשתלטה על שטחים מסוימים ומתוך כל השטחים היא מקימה ממשל צבאי רק במחוז אחד משום שבאותו מחוז היה משאבים טבעיים (יהלומים, זהב וכו'). קונגו הגישה תביעה ל-ICJ ובית הדין אמר שהסמכות של כוח כובש של אוגנדה היתה קיימת רק באותו מחוז שבו היא הקימה ממשל צבאי. הבעיה היתה שבכל שאר המחוזות נהיה בלאגן כי לא היה שום כוח כובש לאחר שאוגנדה עזבה שם – נהיה אזור ללא חוק. ה-ICJ צמצם את האחריות של אוגנדה ובעצם הפקיר את האוכלוסייה בקונגו.

בגלל זה מבחן השליטה האפקטיבית זוכה לביקורת רבה, בעוד המבחן השולט בימים אלו הוא מבחן השליטה הפוטנציאלית.

בג"ץ צמל

פרשה זו עסקה בשליטת צה"ל באזור דרום לבנון. אחרי מלחמת לבנון הראשונה, ישראל שלטה על אזורים בדרום לבנון אבל לא הקימה שם ממשל צבאי כמו שעשתה באיו"ש.

ישראל לא ביססה ממשל צבאי אבל כן עשתה פעולות מסוימות כמו הקמת מתקני מעצר. במתקנים האלה היא עצרה אנשים שחלקם קיבלו זכות להתייעץ עם עו"ד וחלק לא.

עו"ד לאה צמל עתרה לבית לבג"צ שיחייב את המפקד הצבאי להקים ממשל צבאי ולהכיר בכוחות שלו ככוח כובש בלנון (לדרוש מצה"ל להקים ממשל כמו שיש באיו"ש).

מי שקיבל את ההחלטה היה שמגר. הוא נתקל בשאלה- איך להתייחס לדרום לבנון?

שמגר החליט ללכת על הגישה של פוטנציאל השליטה שדורשת יותר מהמדינה וקבע שככל שלמדינה יש יכול להחיל סמכות, אנחנו נתייחס אליה כבעלת סמכות.

כלומר- מדינה לא יכולה להיכנס לשטח מסוים, לסלק את הריבון הקיים ואז להשאיר וואקום. או שלוקחים אחריות או שלאו- אי אפשר לחיות באמצע.

אזור איו"ש (ועד 2005 רצועת עזה)

באזור הזה משנת 1967 יש הקמה של ממשל צבאי וניהול שלו- כיבוש לפי המשב"ל.

ברגע שישראל הבינה שהיא הולכת לכבוש שטחים באיו"ש ובעזה היא הזעיקה את הפרקליטות הצבאי שהקימה תשתית של ממשל צבאי מהרגע להרגע.

ב1995 היו הסכמי אוסלו- שם חולקו שטחי איו"ש לA B C וגם יש מבצעים צבאיים שמשנים את המצב בשטח, אבל ככל שמחילים את מבחן פוטנציאל השליטה- אין לישראל בעיה להיכנס לשום אזור ולהפעיל סמכות ונהוג להתייחס לישראל ככובשת בשטחים אלה בקהילה הבינ"ל.

**עמדת ישראל-** למרות זה כיבוש של שטח לא כל דיני הכיבוש חלים בכל השטחים של איו"ש בגלל שתי טענות עיקריות (היום הטענות האלה לא משנות כי בפועל בתי המשפט בישראל והעולם מחילים את אמנת ז'נבה גם ככה):

1. איו"ש ורצועת עזה נכבשו ממצרים ומירדן שבלאו הכי לא היו חלק מהשטח שלהן ולכן לא יכול להיות שחלים כאן דיני הכיבוש כי אין באמת כיבוש מריבונות של מדינה אחרת.

2. אמנת ז'נבה הרביעית היא הסכמית ולא מנהגית- ובישראל צריך חוק קולט כדי שאמנה תחייב ואין חקיקה כזו בעניין אמנות ז'נבה ולכן אין כיבוש.

[טענות אלו של ישראל הן היסטוריות בלבד].

**טענתה הנגד-** מסתכלת על הפרשנות התכליתית, המשפט ההומניטרי בא להקל על המקומיים. יש לנו במקרה הזה מקומיים ולכן האמנה צריכה להגן עליהם. למרות שהפרשנות התכליתית היא במדרג נמוך, טענה זו מקובלת יותר. בשנת 1971 ישראל החילה על עצמה את הוראותיה ההומניטריות של האמנה ומכוח התחייבות חד צדדית זו שמחילה גם את אמנות ז'נבה, ביהמ"ש דן מכוח אמנה זו.

הטיעון של מדינת ישראל לא התקבל לא ע"י ביהמ"ש בישראל ולא ע"י הוועדה לזכויות אדם (שמייצגת את המשב"ל) ובפועל גם העולם וגם ביהמ"ש בישראל מחיל את דיני הכיבוש בישראל כמו שהם.

מעמד רצועת עזה מאז ספטמבר 2005

עד 2005 היה לנו מצב זהה לאיו"ש- כיבוש. לישראל היו את שתי הטענות שדיברנו עליהן קודם, הטענות נדחו וחלו דיני הכיבוש.

אבל ב2005 ישראל ביצעה התנתקות- הוציאה את כל החיילים מרצועת עזה והמפקד הצבאי הוציא צו סיום כיבוש. ישראל קיבלה המון מחמאות, אבל הגל הזה היה קצר.

הביקורת על ישראל החלה להגיע די מהר לגבי רצועת עזה שנבעה מכמה מקורות- קודם כל ישראל שימרה שליטה מסוימת ביחס לחיים ברצועת עזה, לדוגמה- הגבילה כניסה ויציאה של סחורות. עוד דוגמה- ישראל לא אפשרה לרצועה להקים נמל, לא ימי ולא תעופה.

עוד דוגמה- ישראל המשיכה לנהל את רישום האוכלוסין ברצועת עזה לגבי התושבים.

עוד דוגמה- ישראל שלטה על המרחב הימי והאווירי של הרצועה.

כל ההיבטים הללו ביחס עם ההקשר ההיסטורי שישראל שלטה על עזה מ1967 עד 2005 מה שיצר תלות של הרצועה בישראל וגם של ישראל ברצועה, ועל רקע החלטת שר הביטחון אהוד ברק להעניש את עזה בדמות הפסקת החשמל בה, הוגש בג"צ אלבסיוני שהעלה את השאלה העקרונית- האם ישראל עדיין כובש? ואת השאלה הקונקרטית- אם אכן היא כוח כובש, האם יש לה חובה לספק חשמל?

על השאלה הראשונה העקרונית- הבג"צ אמר שישראל אינה כוח כובש כבר- אין שם חיילים, בוצעה התנתקות, עימותים צבאיים מאז הוכיחו שישראל לא יכולה להשתלט בקלות על הרצועה ואין יכולת לשמור על הסדר הציבורי בה. לא מתקיים מבחן השליטה האפקטיבית ומבחן פוטנציאל השליטה.

אבל, למרות שאין כיבוש לישראל יש כמה חובות לעזה שנובעים ממספר מקורות:

1. מצב לחימה בין ישראל לחמאס- בזמן לחימה חלים דיני העימות המזוין שמייצרים חובות על המדינה.

2. מידת השליטה של ישראל במעברי הגבול.

3. היחסים המיוחדים בין ישראל לעזה יצרו תלות של עזה לקבלת חשמל מישראל וכתוצאה מכך לישראל יש חובה להמשיך ולספק חשמל באופן מינימלי לכל הפחות.

ההחלטה הזו התקבלה ב2007. במהלך מבצע עופרת יצוקה ב2009, הוגש בג"צ רופאים לזכויות אדם שביקש להחיל את שליטת ישראל בעזה מבחינה הגדרתית אבל ביהמ"ש קבע שזה לא כיבוש. הוא טען שכיבוש זה עניין של עובדה- יש לבחון את הסוגיה כל פעם. בג"צ אלבסיוני הוא על תנאי והיה הכרחי רק לתקופה מסוימת. בשנת 2019- 14 שנים אחרי ההתנתקות, לא בטוח שבג"צ יתייחס ליחסי התלות באותה הצורה כי דברים השתנו (חמאס חיזק את שליטתו בעזה).

באופן כללי, מקובל לומר שעזה אינה שטח כבוש, אבל יש ארגוני זכויות אדם במספר מדינות אירופאיות שמקדמות טיעון לפיו עזה הוא שטח כבוש ופה נכנסת **הגישה הפונקציונלית-** לצורך קבלה לאו"ם מתייחסים לפלסטין פונקציונלית כמדינה. לפי הגישה הזו, היא מסתכלת על התכלית, על המהות או על מידת ההשפעה. כלומר- אם ישראל שולטת על אספקת חשמל לעזה, אז מבחינה פונקציונלית היא כובשת לצורך זכויות בתחום אספקת החשמל. כלומר כל היבטי החיים שישראל שולטת בהם- הם היבטי חיים שיש להם סמכות לגביהם. זה ניסיון להסתכל בצורה צרה יותר, לא מבחן של "הכל או כלום" אלא איפה שאתה מפעיל סמכות- שם אתה אחראי.

הגישה הזו לא חלה רק על ישראל. היא נולדה בישראל, אבל התפשטה מהר מאוד בעולם. למשל- ביה"ד האירופאי לזכויות אדם עומד לפני עתירה על פעולה של חייל הולנדי בעיראק. הולנד לא שלטה על אותו שטח והדרך היחידה שלביהמ"ש הייתה אפשרות להחיל סמכות על אותה פעולה היא אם החייל היה "כובש" בשטח כי רק יש לו יכולות בעניין זכויות אדם. כל מה שהחייל עשה זה להעמיד מחסום שאפשר לו לשלוט מי יכנס לכביש ויצא ממנו. הוא ירה בנהג במקום לירות ירי אזהר ובית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע שבגלל שלחייל הייתה את האפשרות להשפיע הכי הרבה על חייו של אותו אזרח עיראקי- יש חובה מכוח הזכות לחיים, יש כיבוש פונקציונלי.

אז הטענות לגבי עזה הן לא רק נגדנו, זו גישה חדשה שדורשת יותר מצבאות שנדרשים לשטח בו יש אוכלוסיה אזרחית.

ס' 43 לתקנות האג- עקרון היסוד

ס' זה הוא ה"מיני חוקה"- הבסיס והשורש של דיני הכיבוש.

הס' קובע ש"בעבור סמכויות השלטון לידי הכובש, ינקוט לה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי (כלומר במגבלות הכוח הצבאי) מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה (כלומר שמירה על הסטטוס קוו) אלא אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין (כלומר שוב הכרה בצורך הצבאי)".

בג"צ ג'מעית אסכאן 1983

בפרשה זו דובר בהחלטה להפקיע שטח ולסלול עליו את הכביש 443 שמחבר בין המרכז לירושלים.

למפקד הצבאי אין סמכות לסלול כביש- הוא אמור לשמור על סדר וביטחון, להבטיח זכויות הומניטריות אבל אין לו סמכות לסלול כביש בין ירושלים לת"א- זה מרחיק לכת.

ביהמ"ש היה צריך לבחון איך הוא מאזן בין האינטרסים והאם יש לכוח כובש סמכות לסלול כביש.

**שלושת האינטרסים הם:**

* כיבוד זכויות האוכלוסיה המקומית: כולל אקטיבי (כמו זכות למים למשל) ופאסיבי, לרבות בהיבטים של ביטחון וסדר ציבורי. מותר לממשל הצבאי לעשות פעולות כדי לקדם אינטרס צבאי אבל מטילים על זה מגבלה מכוח אינטרסים אחרים- או הומניטרי או כבוד לריבון הקודם.
* כיבוד ושמירה על אינטרסים של ריבון קודם.
* אינטרס ביטחוני של הממשל הצבאי- האם סלילת הכביש היא אינטרס ביטחוני? בשנות ה80 נכנסו פועלים מאיו"ש לישראל באמצעות הכביש הזה. הכביש היה אמור להיות כביש של שלום שיעמיק את היחסים.

מתוך שלושת אינטרסים אלו ביהמ"ש צריך למצוא פתרון שיאפשר את סלילת הכביש. ביהמ"ש הסתכל על טובת האוכלוסיה המקומית וגזר סמכות לסלול כביש באמצעות הסתכלות על ההקשר- הכיבוש הישראלי באיו"ש היה ארוך טווח. ממשל צבאי אחרי 20 שנה צריך לחשוב קצת יותר על החיים בשטח הכבוש ולהסתכל בטווח ארוך על טובת האזרחים המקומיים ולכן סלילת כביש היא ללא ספק צעד שמיטיב עם האוכלוסיה המקומית, נותן להם תנועה, זה ביטוי למודרניות.

בצורה הזו, ביהמ"ש יצר זכות לסלול את הכביש בבג"צ הזה.

אבל כדי ליצור את הסמכות לסלול כביש, ביהמ"ש פירט איזה מערכות דין רלוונטיות לדיני כיבוש:

* משב"ל- דיני הכיבוש וזכויות האדם.
* הדין של הריבון הקודם- בהקר הזה מדובר בתקנה מנדטורית.
* צווים של המפקד הצבאי- אלוף פיקוד מרכז מוציא תחיקת ביטחון לגבי איו"ש, אלוף פיקוד דרום הוציא לעזה.
* המשפט המנהלי- סמכות, סבירות וכו'.

ישראל גם מיישמת דין מנדטורי בשטחים וההיררכיה פה היא לא באמת ברורה- איזה דין פה גובר?

אין היררכיה עקרונית ולכן איך נפתור מחלוקת? דין ספציפי יגבור על כללי ודין מאוחר יגבור על מוקדם.

אפשר להעלות כל מיני טענות ביחס למערכות הדינים הללו.

יש 2 סוגים של טענות ביחס למערכות הדינים הללו :

1. חוסר סמכות – אין למדינה סמכות חוקית לפעול במקום הזה.

2. פגמים בהפעלת הסמכות – גם אם יש סמכות , ישנם פגמים בהפעלת הסמכות.

במקרה שלנו הייתה שאלה האם בגלל יש סמכות והוחלט שכן.

במהלך האינתיפאדה השנייה, הוחלט לסגור את 443 לפלסטינים וזאת בגלל מתקפות רבות מצידם נגד רכבים ישראליים, מ2002 זה היה וב2009 הוגשה עתירה:

בג"ץ אבו צפייה-שם עומתו עם ההחלטה בג'מעית אסכאן, שהחליטו שם לסלול כביש לטובת הפלסטינאים ובסופו של דבר הכביש סגור לישראלים, הוחלט כי ההחלטה מוצדקת לזמן האינתיפאדה ולכן ההחלטה המקורית הייתה בסמכות אך לאחר מכן נוצר פגם בהפעלת המסכות- וישנה בעיה של מידתיות. ולכן פתחו את הכביש מחדש.

דוגמה נוספת- הריסת בתי מחבלים. זה מבוצע מכוח תקנה 119 לתקנות המנדטוריות.

זו מדיניות שהומצאה ע"י הבריטים. ישראל השתמשה בזה אבל בתקופת המנדט זה לא שומש נגד יהודים אלא רק נגד ערבים.

המטרה הייתה הרתעתית למנוע פעולות טרור. משה דיין היה אז קצין וקידם להחזיר לשימוש את מדיניות הריסת הבתים הפעם ע"י ישראל. יש הרבה מאוד טענות נגד זה, שזה פגיעה ברכוש וטענה נוספת שזה ענישה קולקטיבית.

לאורך השנים ביהמ"ש אישר את הענישה הזו אבל ב2005 ועדת שני החליטה שהריסת בתים לא מוכיחה עצמה כיעילה ושר הביטחון דאז- שאול מופז הורה לרמטכ"ל דאז יעלון, להפסיק עם המדיניות הזו.

ב2009, על רקע עליית בטרור במזרח ירושלים, חזרה הריסת הבתים ומאז ותר נהוג לדון לגבי פגמים בהפעלת הסמכות ולא בשאלה האם יש סמכות להשתמש בו.

העליון כיום חלוק לגבי הריסת בתים- יש כמעט חצי שהם נגד הכלי בהובלת מני מזוז.

אבל כיום ביהמ"ש מאפשר הריסות בתים בהתבסס על תקים משנת 1979.

בתי המשפט כיום כמעט ולא דנים האם יש סמכות להשתמש בכלי- אלא האם זה מידתי.

מדוע? כי הרבה יותר קשה להכריע לגבי סמכות זה קשור להבה ענפים במשב"ל ולכן שופטים נוטים לשאלה של אופן הטלת הסמכות. לכן הם מסתמכים על עמדת המדינה שיש סמכות ודנים רק לגבי אופן קיום הסמכות.

פגמים באופן הפעלת הסמכות

1. **בג"צ עג'ורי**- עסק בגירוש אנשים שהתעסקו בטרור. ביהמ"ש לא בחן האם יש סמכות לגרש. יש סמכות- אבל בג"צ בחן את המידתיות והסבירות של הצו. החליט שרק גירוש של אחד מתוך השלושה הוא סביר.

2. **בג"צ בית סוריק**- ב2005 על רקע הליכים בינ"ל בבית הדין הבינ"ל בהאג שדן על חוקיות הגדר, בג"צ להבדיל מבית הדין הבינ"ל בהאג, הכיר בסמכות להקים גדר אבל הוא בחן לגבי כל מקטע את המידתיות שהיא האינטרס הצבאי מול הפגיעה באזרחים. בעקבות ההחלטה העקרונית בבג"צ בית סוריק, עד היום מוגשות עתירות בנושא הגדר ובג"צ בון נקודתית את מידתיות הגדר.

חשוב לציין, המקרה הזה של הגדר בבית סוריק, הוא כנראה היחיד בו התקבלו זמנית ובינ"ל החלטות לגבי הסוגיה וזה המקרה היחיד בו בית הדין המקומי עשה עבודה יותר טובה מבית הדין הבינ"ל ביישום הדין מבחינה קונקרטית ועקרונית.

לסיכום, היו הרבה מאוד מקרים ופעילויות שעמדו למבחן בג"צ בתחום דיני הכיבוש.

בין הדוגמאות- נהלי שימוש בכוח, חובות של טיפול רפואי בזמן לחימה בשטח כבוש, סיכולים ממוקדים, נוהל שכן, הקש בגג, פצצות מצרר, עינויים וכו'.

הצלב האדום מאוד מכבד את החלטות בג"צ וגם בתי דין בינ"ל אחרים. גם במישור העובדתי- ישראל היא חדשנית, מחדשת ומפתחת את הנהלים בצורה שגם מעוררת שאלות חשובות לגבי הדינים- הקש בגג, נוהל שכן, סיכולים ממוקדים וכו'.

לכן ישראל לא רק עומדת אלא גם מפתחת וחדשנית בעניין.

**שיעור 16- 06.01.20**- **שיר**

**מקורות משפט זכויות האדם הבינלאומי:**

דיני זכויות האדם קשורים לדיני המשפט ההומניטרי מאחר והם מקדמים תכליות או מטרות שהם דומות בזמן של שלום בין מדינות. המשפט הבינ"ל נמנע מלסדר את מה שקורה בתוך המדינה ובגלל זה ההתפתחות של זכויות אלו היה בזמן מאוחר יחסית.

המקור התיאורטי פילוסופי של זכויות האדם הוא מתקפות ההארה במאות ה-16, 17 שהייתה עליה של פילוסופים כמו אדמונד ברג, ברוך שפינוזה וכו' שהתחילו להתייחס לאדם כמטרה או כישות שהיא חשובה בפני עצמה ולבטל תפיסות מוקדמות יותר שקידשו את הקולקטיב והפכו את האדם לאמצעי. מבחינה מעשית – מהפכות בצרפת \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

במלחמת העולם השנייה היו הרבה מאד הרוגים שהם נתינים כל שמדינות, כלומר אזרחים גרמנים הוצאו להורג ע"י גרמניה מאחר וזהותם היהודית הייתה משמעותית יותר מהזהות הגרמנית שלהם. שם התגבשה ההבנה שהמדינות בעצמן לא יוכלו לשמור על זכויות האזרחים שלהם וכחלק מהרצון לשמור על שלום בין מדינות נדרש לשמור על זכויות במדינה עצמם. זכויות האדם אותרו ככלי המאפשר שימור של שלום בתוך המדינה.

מסמכי הליבה:

1. מגילת האו"ם: מגילת האום היא איננה אמנת זכויות האדם אלא חוקה שמנסה לייצר סדר בינ"ל בין מדינות אבל בגלל שנגבשה התפיסה שסדר בינ"ל הוא חלק משמירה על זכויות אדם חלק ממטרות האו"ם הן לקדם את זכויות האדם. \_\_\_\_\_\_\_.

בנוסף, מגילת האו"ם מקדשת את שק"ד של המדינות ואת הריבונות שלהן באמצעות עקרונות כמו "עיקרון אי ההתערבות" שמעוגן בס' 2 פסקה 7. מצד אחד יש לנו רצון לקדם זכויות אדם ומצד שני רצון לאפשר ריבונות.

2. לאחר הקמת האו"ם, בשנת 1948, ניסחה והתקבלה ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. הסמל של ההכרזה היא הגברת אלינור רוזבלט. הכרזה זו לקחה אותנו צעד קדימה במובן שהיא דיברה קונקרטית על זכויות וחובות כמו איסור עינויים, איסור מעצר שרירותי, זכות להליך משפטי הוגן. אבל, מדובר בהחלטה של העצרת הכללית ולא באמנה מחייבת. למרות שהיא ציינה זכויות אדם, היא לא קבעה אלמנטים ותנאים משפטיים לקיום זכויות אלו. לאורך השנים כל הזכויות שעוגנה בהכרזה זו נכנסו לאמנות קונקרטיות בדבר זכויות אדם והיום נהוג להתייחס להכרזה זו כמשפט מנהגי אבל בפועל אין סיבה להסתמך משפטית על ההכרזה כי הדבר המשפטי הנכון הוא להסתמך על המסמך הספציפי יותר והמאוחר יותר. אם למשל האמנה נגד עינויים משנת 1984 מעגנת מחדש את איסור העינויים, אנחנו נפנה אליה ולא אל הכרזה זו.

3. אמנות זכויות האדם המרכזיות הראשונות והמקיפות ביותר שנחתמו בשנת 1966-

ICCPR- אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

ICESCR – אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות

למה נולדו 2 אמנות ? בשנת 1966 העולם נחלק למחנה המערב בהובלת ארה"ב ושאר העולם בהובלת רוסיה. בארה"ב זכויות אזרחיות ומדיניות כמו חופש הביטוי חשובות הרבה יותר מהזכות לביטוח סוציאלי. לעומת זאת במדינות הקומוניסטיות, הזכאויות הסוציאליות היו חשובות יותר מהזכויות האזרחיות והמדיניות (שהיו נחשבות כזכויות של עשירים בתקופה זו בעיניהם).

רוסיה וסין לא הצטרפו לאמנה עם הזכויות המדיניות וארה"ב לא הצטרפה לאמנה בדבר הזכויות הכלכליות חברתיות.

ב-ICCPR ס' 2 מגדיר שלמדינה יש 2 זחובות ביחס לזכויות שבאמנה:

א. החובה לכבד – הכוונה פה היא לכבד = לא להפר. אם יש זכות לקניין, אם אני מפקיע קניין, אני פוגעה בזכות הזאת

ב. החובה להבטיח – ברגע שהמדינה עצרה אדם, יש לו זכות להליך משפטי הוגן. החובה להבטיח דורשת שיהיו עורכי דין במדינה, שיהיו בתי משפט שיוכלו לפקח וכו'.

חשוב להדגיש שבכל פעולה בד"כ יהיו 2 החובות ביחד. למשל במקרה של הזכות לחינוך – בדרישה השלילית היא לא לשלול מאף אחד את הזכות להיות חלק מהאקדמיה או מבית הספר. הדרישה להבטיח אומרת שאני צריכה להקים בתי ספר וכו.

ב-ICESCR רוב הזכויות מושפעות מתקציב המדינה. זכויות חברתיות דורשות השקעה או תכנון והקמה של מערכים. לכן הדרישה הראשונית של האמנה היתה ליישם את הזכויות הללו באופן הדרגתי. היישום לא צריך להיות יישום מיידי. ככל שהזמן התקדם, מדינות לא יכולות להסתמך על כך שזכות תהיה מיושמת באופן הדרגתי. מעבר לזה, כבר בנ' המוצא הגורמים שפרשו את האמנה הבהירו שצריך יישום הדרגתי אבל יש גרעין קשה בתוך הזכות שאותו חייבים ליישם באופן מיידי. למשל בעניין הזכות לחינוך – הגרעין הקשה שנדרש יהיה ליישם באופן מיידי הוא הקמת בתי ספר יסודיים שיהוו בסיס כלשהו לחינוך.

בעניין זכויות סוציאליות – ביטוח לאומי למשל נותן פנסיה, ביטוח רפואי, דמי אבטלה, הבטחת הכנסה וכו'. מתוך ארבעת דברים אלו אפשר לבחור בהבטחת הכנסה או בביטוח הרפואי כגרעין הקשה של הזכויות מאחר ובלעדיהם לא ניתן להגיע למימוש של השלבים הבאים.

לאורך השנים, ההפרדה בין הזכויות האזרחיות-מדיניות לבין זכויות כלכליות-חברתיות-תרבותיות הלכה והתערערה עם חלוף השנים וגם בגלל הסיבה שגופי זכויות אדם תפסו יותר ביטחון והעלו את דרישותיהם ממדינות.

למרות שיש לנו זכויות ולכל זכות יש 2 מימדים, ולמרות שיש פלישה לריבונות של המדינה – אין שום דבר מוחלט והדרישות בהן בדרך כלל דרישות יחסיות. למשל, ס' 19 ל-ICCPR (אזרחי-מדיני) מדבר על חופש ההתאספות. חופש זה הוא לא מוחלט מאסר ופסקה 3 באותו הס' קובע שאפשר להגביל את חופש ההתאפסות במקרים מסוימים כמו חשש לפגיעה בביטחון, במוסר הציבור או פגיעה בסדר הציבורי התקין. אנחנו רואים שלמרות שיש לנו זכויות מסוימת היא אפעם לא תהיה מוחלטת. אמירה זו נכונה גם לגבי זכויות קוגנטיות כמו הזכות לחיים. זכות זו היא לכאורה קוגנטית, אבל באמנה יש ס' שמאפשר הוצאה להורג. זה מתאפשר באמצעות משפט הוגן – אם יש משפט עם הליך הוגן שבסופו הוחלט להוציא להורג, אין הפרה של הזכות הזו. דוג' נוספת היא בעניין איסור העינויים.

חוץ מאמנות אלו, ישנן אמנות קונקרטיות נוספות שמכילות תנאים ספציפיים וקונקרטיים יותר לגבי זכויות מסוימות. למשל:

* האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית 1965 CRED.
* האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים 1979 CEDAW.
* האמנה נגד עינויים 1984 CAT.
* האמנה להגנה על זכויות הילד CRC1988 (פרוטוקולים נוספים – זנות ילדים ומעורבות ילדים בסכסוכים מזויינים). מדובר באמנה שיש בה הכי הרבה מדינות בעולם בהכי מעט זמן. היום היא כמעט אוניברסלית.
* האמנה להגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות (2006) CRPD.

**17. מוסדות או"ם לזכויות אדם**

ישנם 3 מוסדות מרכזיים לזכויות האדם:

1. הנציבות העליונה לזכויות אדם – UNHCHR: הגוף המרכזי שמניע, מפתח ומבקר את נושא זכויות האדם. הנציבות מתכללת ומרכזת עבודה של הרבה גופי זכויות אדם שפועלים באו"ם. היא עוזרת למועצה ולוועדות בעניין זכויות אדם לא לפגוע אחת בעבודה של השנייה באופן טכני. מבחינה מהותית, לנציבות אין הרבה השפעה. מי שנבחר לכהן כנציב עליון לזכויות האדם, מגיע ממדינה מתפתחת על מנת להראות גיוון תרבותי, והוא מומחה לזכויות אדם ומשמש כקול ופה של הנציבות. אין לנציבות פונקציה מעשית לגבי יישום זכויות אדם אלה הם בתפקיד פרקטי של תכלול כל הגופים.

2. המועצה לזכויות אדם(Humen Rights Council ): המועצה היא גוף פוליטי שמורכב מנציגים של 47 מדינות. ייצוג המדינות לא נעשה ע"י מומחי זכויות אדם אלא ע"י פוליטיקאים שבאים לקדם אינטרסים. אחת הבעיות שעלתה בעניין מועצה זו היא היו לא מעט שנים שמחצית מההחלטות של המועצה לזכויות אדם עסקו בישראל והחצי השני עסק בשאר העולם. בעיה נוספת היא שהמדינות שמייצגות את המועצה הם לא תמיד מדינות שאבירות של זכויות האדם כמו ערב הסעודית ורונדה.

לאחר שנת 2008 – צריך מאזן זכויות אדם חיובי כדי להיות חבר במועצה.

המועצה לזכויות אדם הוסיפה תפקידים כמו בקרה של מדינות אחת על השנייה בעניין זכויות אדם על מנת לגרום לשיפור וקידום זכויות האדם במדינות אלו.

3. ועדות המומחים שהוקמו מכוח אמנות זכויות אדם (treaty monitoring bodies):

כשנוסחה אמנת ה-ICCPR הוקמה הועדה לזכויות אדם וועדה זו מפקחת על היישום של אותה אמנה במדינות החתומות עליה. ועדות אלו הן לא ועדות פוליטיות, מאחר ומי שמאייש אותם הוא לא על בסיס מדיני אלא על בסיס אישי. לדוג' יובל שני יושב בוועדה לזכויות אדם משנת 2012, הוא לא מייצג את ישראל וכשדנים בדברים של המדינה הוא מנוע מלהשתתף בה.

אלו גופים שיש להם הכי הרבה לגיטימציה אבל היא לא מושלמת. למשל, לפני כעשור היתה בועדה למניעה כנגד נשים נציגה מצרית שהיתה גם סגנית שרה במצרים מעבר לכך שהיתה נציגה בועדה זו. עצם זה שהיא יושבת גם בתור בעלת תפקיד רשמי אומר שהיא תקדם אינטרסים מצריים.

ועדות הללו עושות מס' פונקציות:

1. ניהול דיאלוג עם מדינות – אחת ל-5 שנים נדרש להגיש דוחות שהועדה שואלת לגביהם, ישנו פעם ב.. אפילו דיון פיזי בין אותה המדינה לועדות. המסקנות של הועדה לא מחייבות אלא הן **המלצות**.

2. כתיבת הערות כלליות – פרשנות לזכויות קונקרטיות. לאחרונה הועדה לזכויות אדם ניסחה את הערה 36 לגבי הזכות לחיים. זכות זו זכתה כבר בעבר להערה כללית אבל היום יש כ"כ הרבה התפתחויות שמשפיעות על הזכות לחיים כמו סיכולים ממוקדים שהוועדה הוציאה הערה חדשה שמבקשת לשקף את הדין.

3. תלונות פרטניות. אם מדינה מצטרפת לפרוקוטול, אז אזרחים מאותה מדינה יכולים להגיש תלונה פרטנית על פגיעה בזכויות אלו. למשל אירלנד באמנה ויכולה ותושבת אירלנדית יכולה להגיש תלונה על זה ששם אסור לה לעשות הפלה אלא צריכה לנסוע ללונדון לבצעה. וכשהיא חוזרת לאירלנד אם היא צריכה טיפול רפואי משלים הן לא מסופקות כי הצורך בתרופות נולד מכוח ההפלה. כך הוועדה צריכה להגיע למסקנה האם אירלנד מפרה זכויות אדם בשל כך שהיא מונעת הפלות מסיבות תרבותיות פנימיות שלה.

לפני כשנה הועדה קיבלה החלטה ודרשה מאירלנד להסדיר את נושא ההפלות. בתוך אירלנד יש לחץ שאומר להתעלם מהוועדה ויעשו מה שנכון להם.

4. לדון בתלונה בין מדינתית – בתאוריה, מדינה יכולה להגיש תלונה על מדינה אחרת בעניין הפרה של זכויות אדם. בשנים האחרונות נפתחו 3 תיקים כאשר אחד מהם תביעה של פלסטין נגד ישראל בועדה למניעת אפלייה גזעית.

אתגרים במנגנוני זכויות אדם:

1. אין סמכות מחייבת: בד"כ מדינות צריכות להצטרף למנגנון מסוים. מדינה צריכה לקבל על עצמה פרוטוקול של תלונות אישיות, סמכות של וועדות זכויות אדם.

2. מאד קשה למצוא ממצאים אובייקטיבים מאחר ולמשל הועדה לזכויות אדם באה לדון בישראל היא מקבלת דו"ח מישראל שמציגה את מאזן הזכויות ביחס לאמנה אבל מצד שני היא מקבלת דיווחים מארגונים של זכויות אדם בישראל, רש"פ וכו'.

3. חוסר במנגנוני אכיפה: גם כאשר יש ועדות, הן ממלציות ולא מחייבות.

4. לגבי חלק מהגופים לעיתים קיימת בעיה של תדמית פוליטית ובלתי אמינה. הרבה מאד פעמים הפוליטיקה בולטת יותר משיקולים משפטיים או שיקולים אתים.

מדינה הנמצאת בשעת חירום יכולה לגרוע מהזכויות שבאמנת שעת חירום וזאת בשלושה תנאים:

יכול להיות מקרה חירום כמו אסון טבע, מלחמה וכו' שבגינן מדינה נמצאת במצב חירום שלא הגיוני שידרשו ממנה את כל הזכויות הסוציאליות וכו'. מעבר לכך, יכול להיות שתדרש הגבלה של זכויות קיימות כמו איסור מעצר שרירותי. בשביל מקרים כאלו נקבע בס' 4 ל-ICCPR שמדינה יכולה לחרוג במצב חירום כאשר מתקיימים 3 תנאים מצטברים:

1. המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה – אי אפשר לנהל חיים תקינים במדינה בעקבות מצב חירום זה. למשל כאשר יש הוריקן וכו'. **דרישה מהותית.**

2. המדינה הכריזה על שעת חירום

3. המדינה הודעה על מצב זה למזכ"ל האו"ם

שני מנגנוני ההודעה היו אמורים לייצג סוג של אפקט צינון – למשל שמדינה תשקול פעמיים לפני שהיא מודיעה כלפי חוץ על כך שהיא במצב חירום מאחר וזה יכול להשפיע מהרבה בחירות. אפקט הצינון לא עובד, המדינות לא לוקחות קשה את עניין ההודאה.

האתגר הוא שהרבה פעמים מדינות עושות את מה שהן רוצות בגלל אינטרס פוליטי כלשהו.

ס' 4 קובע מגבלות או תנאים להחרגה או להגבלה של זכויות אדם:

1. האמצעים צריכים להיות נחוצים ומידתיים. זה נבחן באמצעות 3 מבחנים : מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן עלות תועלת.

2. המדינה אינה מפרה התחייבויות בינ"ל אחרות. לדוג' אם בגלל מצב חירום ישנה החלטה לעצור את כל הגברים בין 30-50 באזור ת"א. לכאורה מצב החירום יאפשר לי לעשות את זה אבל זה לא אומר שאני אוכל לעצור שגריר שוויצרי שעונה לתיאור זה כי יש לו הגנה.

3. שהאמצעים בהם היא נוקטת לא יהוו הפליה על בסיס גזע, צבע, מין, דת, לשון או מוצא חברתי. לדוג': אם אנחנו רוצים להחליט שאנחנו עוצרים גברים בין 30-50 ממוצא אתני מסוים, זה לא יהיה אפליה במקרים שהם יש שונות אובייקטיבית שהיא רלוונטית להחלטה מסוימת זו. למשל מעצר של מוצא אתני מסוים כי בשנה האחרונה מאותו מוצא היו היחידים שביצעו פעולות ביטחוניות כנגד המדינה.

**ס' 4(ב) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות קובע זכויות שלא ניתן לסתות מהן לא משנה מה, גם במצב חירום:**

1. הזכות לחיים – **ס' 6**.
2. האיסור על עינויים, יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים – **ס' 7**.
3. האיסור על עבדות – **ס' 8 (סעיף קטן 1-2)**.
4. איסור מאסר בשל הפרת התחייבות חוזית – **ס' 11**.
5. איסור ענישה פלילית רטרואקטיבית – **ס' 15**.
6. הזכות להיחשב כבעל אישיות משפטית – **ס' 16**.
7. חופש המחשבה, המצפון והדת – **ס' 18**.

אלו זכויות שלא ניתן לגרוע מהן גם בשעת חירום. **מדוע דווקא זכויות אלו?**

1. אלו זכויות מאוד מאוד יסודיות ובסיסיות, חלקן אפילו Erga Omnes – נרצה להגן עליהם לא משנה מה.
2. בנוסף, לחלק מהזכויות אין קשר למצב חירום. למה כשיש מלחמה יש צורך שיפגע חופש הדת של אנשים? אין שום קשר בין הדברים.

ישראל ומצב חירום:

בישראל הוכרז מצב חירום מיום היווסדה של המדינה. היא נמצאת באיום בטחוני קשה ומורכב מאוד, שלא הוסר. יחד עם זאת ישראל כן רצתה לקחת על עצמה מחויבויות של זכויות אדם, וכן היה חשוב למדינה לעמוד בסטנדרטים מסוימים גם במצב חירום, ולכן כשישראל מאשררת את ה-ICCPR, היא אומרת שביחס לס' 9 לאמנה שמדבר על איסור על מעצר שרירותי, ככל שאמצעי המעצר המנהלי בו היא נוקטת חורג מחובותיה לפי האמנה, הרי שהדבר נעשה במסגרת מצב החירום לפי הוראות ס' 4 לאמנה. ההסתייגות למעשה אומרת שבהינתן מצב החירום – אנו סוטים מס' 9.

עד היום ישראל במצב חירום, ואנחנו זוכים לביקורת עקרונית וקונקרטית על חלק מהאמצעים בהם היא נוקטת.

תחולת אמנות זכויות האדם:

האם אמנת זכויות האדם צריכה לחול מחוץ לשטח מדינה במקום שבו היא מפעילה סמכות?

נק' המוצא היא ס' 29 לאמנת וינה. ס' 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע שהאמנה תחול למי שנמצא בתחום המדינה ומי שכפוף לשיפוטה. לכאורה, האמנה נוסחה באופן שמבהיר שהיא לא צריכה לחול מחוץ לשטח כי היא צריכה לחול בתוך המדינה וגם בתחום שיפוטם. היו מדינות לאורך הזמן שמדינות החילו סמכות מחוץ לשטחן אבל המדינות הללו היו יחידות שיכלו להבטיח קיום של זכויות אדם בשטח, למשל- ישראל באיו"ש והועדות לזכויות אדם המקצועיות קידמו פרשנות תכליתית לפיה כדי שלא ייווצר ואקום משפטי- נסתכל על האמנות כחלופיות. כלומר אם ישראל שולטת באיו"ש ומנהלת שם את החיים היא זו שצריכה להחיל שם זכויות אדם.

היו רוב מדינות העולם מכירות בפרשנות לפיה לכאורה יש תחולה מחוץ לשטח של מדינה של זכויות אדם.

ישראל וארה"ב מתנגדות לזה, אבל במקרה הזה מבחינה משפטית- טענת ישראל וארה"ב חזקה משל שאר העולם. מדוע? כי הנציגה של אלנור רוזוולט הייתה נציגת ארה"ב לזכויות אדם, והיא נשאה דברים לגבי ס' 2. איך ס' נולד באמנה? מדינה מציעה נוסח, מדינות מגיבות ועושים הצבעות.

אז לגבי הס' הזה אלנור רוזוולט הציגה אותו. אז ארה"ב שלטה בגרמניה וביפן והיא הבהירה שהדרישות הן דרישות מצטברות שמטרתן להחריג זכויות אדם למצבים של כיבוש צבאי, כלומר הס' נוסף כדי להבטיח שארה"ב לא תצטרך להחיל זכויות אדם בגרמניה לאחר שכבשה אותה.

זו הייתה הפרשנות המקורית. בפועל, היום מקובל להגיד שזכויות אדם יחולו מחוץ לשטח של מדינה עד כדי גישה פונקציונלית שאם למשל ישראל מספקת חשמל לעזה פיזית אז זה מייצר חובות זכויות אדם על ישראל בתוך עזה. בכל תחום שיש שליטה- זה מייצר חובה למדינה.

אבל אם ישראל היא כוח כובש באיו"ש והיא צריכה להחיל את דיני הכיבוש אבל גם את דיני זכויות האדם אז איך מיישבים את זה?

התשובה- דין ספציפי גובר על דין כללי ודין מאוחר גובר על מוקדם.

אמנות ז'נבה אוסרות על עינויים. אמנת ז'נבה לא קובעת מה זה עינויים אבל זכויות תאדם בדין הומניטרי יחולו ביחד אבל במקרים שיש התנגשות בין שתי מערכות דינים אז דין מאוחר יגבר על מוקדם ודין ספציפי יגבר על כללי.

**שיעור 17- 13.01.20**

משב״ל פלילי

זהו ההמשך הטבעי והישיר לנושאים האחרונים שעסקנו בהם- זכויות אדם ודיני הלחימה. הסיבה לכך פשוטה- המשב״ל מקדם תכליות וערכים הדומים ולפעמים אפילו זהים לאלו שמקודמים ע״י זכויות האדם ודיני הלחימה. בנוסף, המשב״ל הפלילי הוא כלי האכיפה הכי יעיל שיש למשפט הומניטרי ולזכויות אדם. הוא לא יעיל ב-100% ונדבר גם על מגרעותיו אבל יחסית למועצה לזכויות אדם בזנבה בית הדין הפלילי מהווה מסגרת אכיפתית.

מאחורי המשב״ל הפלילי יש 2 הצדקות עיקריות

1. **פרקטית- כשל שוק**- במקרים מסוימים העולם היה צריך להתמודד עם פשעים שהשוק לא התמודד איתם בצורה טובה. דוגמה ראשונה היא שוד ים- הפיראט הקלאסי פעל בדרך כלל בים הפתוח שם אין ריבונות מידנית, אמנת דיני הים קובעת שהים הפתוח הוא לשיט בינ״ל ולא ניתן להחיל עליו ריבונות, לא ניתן להקים נמל או לגבות מיסים. לאף מדינה לא הייתה סמכות להעמיד את הפיראטים לדין. הדוגמה השנייה- עינויים, היו מאז ומעולם אבל לא העמידו בגינם לדין בגלל שהעינוי בדרך כלל התבצע ע״י המדינה והיא לא תעמיד את עצמה לדין.
2. **נורמטיבית**- יש לכאורה נורמות מסוימות או ערכים מסוימים המשותפים לכל הקהילה הבינ״ל ולכן מי שמפר אותם פוגע בכולם ולכן לכולם יש זכות להעמיד אותו לדין. למשל, הדוגמה הכי קלה היא רצח עם- ברור שרצח עם משפיע על כולנו כי הוא פוגע ביסוד כבוד האדם ובהגדרה העצמית. בנוסף, היום מבצעים רצח עם נגד קבוצה היום ולמחרת הפגיעה תהיה נגד קבוצה אחרת. לפעמים השתמשו בטיעון הזה בצורה צינית- הפיראט היה הפושע הבינ״ל הראשון, במאה ה-16 פרסם הוגו גרוטיוס את הספר שדיבר על פשעים בינ״ל, הארכי נבל של הספר היה הפיראט. הציגו את הפיראט לכאורה כאויב האנושות, אויבי המין האנושי בכללותו –**Hostis Humani Generis**, ציני לומר את זה כי הפיראטים פגעו בעיקר במעצמות הימיות, בריטניה, ספרד פורטוגל הולנד וכו. ארבעת המעצמות הללו ביטאו אינטרס כלכלי צר של מעצמות מסוימות. טיעון אפולוגטי המבטא אינטרס נטול אינטרסים אבל מאחורי הערך עומד אינטרס פוליטי.

שאלת האחריות האישית של פרטים- ביה"ד בנירנברג (1945)

המקרה הראשון בהיסטוריה שהוקם טריבונל. בית הדין בנירנברג היה בינ״ל כי ישבו בו שופטים מ-5 המעצמות של מועצת הביטחון ושופטים מאוסטרליה. הוקם בשם הקהילה הבינ״ל והמטרה שלו הייתה להעמיד לדין פושעים שהפרו את המשב״ל הפלילי במהלך מלחמת העולם השנייה. ביהמ״ש היה מאוד חשוב אבל יש גם כתם קטן במורשת שלו והוא שהוא **לא באמת היה בינ״ל אוניברסלי אלא ביקש להביא צדק סלקטיבי של בעלות הברית נגד מי שהפסיד להם**. מי שעמד לדין בנירנברג היו רק נאצים. אם היה גנרל אמריקאי שהורה על השטחת דרזדן (עיר אזרחית) וחיסל מאות אזרחים בתהליך, למרות שהמקביל הנאצי הועמד לדין האמריקאי לא הועמד לדין. הדוגמה הקיצונית ביותר היא ההפצצה הגרעינית ביפן ע״י האמריקאים. מעבר למפעל הענישה נירנברג היה אמור להיות ״שואו״ אמריקאי ובאמצעותו הם רצו לייצא ערכים ליברליים. לצד פסקי הדין יצא סרט מפורסם עליהם.

מבחינה משפטית פותח הדין המהותי הפלילי בזכות נירנברג אבל מבחינת איכות הטיעונים שהתקבלו ע״י השופטים, אוסטרליה שלחה מומחה למשב״ל לנירנברג אבל רוסיה וסין שלחו גנרל ומשפטן סיני בהתאמה. מה שנאמר בנירנברג נתפס כקדוש בגלל הסיטואציה.

דוגמה לכך היא שהטענה העיקרית שהעלו פושעי המלחמה הייתה שכל המפעל הזה מפר את העיקרון הבסיסי המשב״ל- **עיקרון החוקיות**. אי אפשר להעניש רטרו על מה שלא נחשב עבירה במהלך הפעולה. טענה Ex Post Facto. הגרמנים העלו את הטיעון הזה והשופטים בנירנברג דחו אותו ב-3 תשובות:

1. **מנהג**- יש מנהג בינ״ל להעמיד לדין על פשעים בינ״ל. הטענה לקיומו של מנהג התבססה על דוגמאות של העמדה לדין של חיילים אמריקאים אחרי מלחמת האזרחים. זו טענה חלשה לפי המרצה בגלל הפרקטיקה הלא חזקה אבל הטיעון התקבל.
2. הטענה השנייה והשלישית היא שיש **עיקרון כללי**- גם אם אין מנהג יש עיקרון כללי שאותו קל יותר להוכיח- אסור להפר את דיני הלחימה ומי שמפר אותם צריך לעמוד לדין. כאן יותר קל להוכיח מבחינת הפרקטיקה כי הרף של עיקרון כללי נמוך יותר מהרף של מנהג אבל צריך לזכור שעיקרון כללי הוא בעל אופי פרוצדוראלי, מקדם או משרת משהו מהותי.
3. טיעון פרקטי, הפשעים מבוצעים ע״י בני אדם ולא ע״י ישות ערטילאית ולכן **יש להעמיד לדין בני אדם**. גם חברה שתמכה בנאצים נתפסה כאשמה במשב״ל פלילי. כמו כן העמידו לדין גם יועצים משפטיים, שופטים, יועמ״ש והם הורשעו. זה לא קרה בשום מקרה אחר בהיסטוריה.

מצד אחד נירנברג הוא תקדים חשוב אבל יש על מה לבקר וחשוב לראות את הכל בצורה מפוקחת. משפטי נירנברג הם לא התגלמות כל הצדק העולמי כי הוא סלקטיבי וגם לא מדובר על הליך משפטי מושלם. יש להודות על המהלך הזה כי הוא פיתח את המשב״ל הפלילי לאחר מכן.

בנוסף, **משפטי נירנברג היו הרוח מאחורי הליכים רבים של העמדה לדין במדינות כמו פולין, אוקראינה ובישראל בפרשת אייכמן**. העמדה לדין של נאצים מבחינה כמותית נעשה יותר בבתי דין מקומיים מאשר במשפטי נירנברג. מציגים את נירנברג כמפעל אבל בסופו של יום היה מדובר באבן דרך לבתי משפט מקומיים. בגלל סימני השאלה לגבי משפטי נירנברג פס״ד אייכמן הפך למקור סמכות בפסקי דין מאוחרים יותר במדינות אחרות כמו ספרד.

התפתחות המשב״ל הפלילי

נחזור שוב לציר ההיסטורי. הפשע הבינ״ל הראשון שהוכר היה כאמור שודדי ים, זה נכון שבמאה ה-17 וה-18 הייתה תנופה של העמדה לדין אבל מבחינה תיאורטית העניין התחיל לפני הספר של גרוטיוס. במאה ה-19 התחילו לאסור על סחר בעבדים (לא על העסקה) ברמה הבינ״ל ומי שהובילה זאת הייתה בריטניה, המדינה שהובילה את הקולוניאליזם. הדבר נבע מהאינטרס מאחורי ההגנה האלטרואיסטית על בני אדם- בבריטניה ברמה המקומית הייתה התעוררות שהביאה לאיסור של סחר בעבדים ואז בריטניה המדינה אמרה לעצמה שאם היא רוצה להתחרות בארה״ב, הולנד וספרד (להם יש עבדים- הם יהיו ביתרון כלכלי נגדה בגלל עניין כוח האדם) היא צריכה לקדם זכויות נגד סחר בעבדים וכך נוצר פושע בינ״ל חדש- **סוחר העבדים**. עד המאה ה-20, לא הייתה התפתחות נורמטיבית משמעותית מאוד בפשעים בינ״ל כי אלה היו שנים שמדינות עשו מה שהן רוצות. אבל מלחמת העולם השנייה הייתה קו פרשת מים ואחריה התחיל פיתוח מהותי של פשעים **והחל משנות ה-90 לאחר נפילת בירת המועצות ונפילת החומה בגרמניה התחיל פיתוח מוסדי**. ממחצית המאה ה-20 התגלו פושעים חדשים- טרוריסט (פעולות טרור), נציג האפרטהייד, המענה ועוד.

כעת נדבר על מהות הפשעים ובהמשך נדבר על העניין המוסדי.

פשעי מלחמה

פשעי מלחמה, הקטגוריה האינטואיטיבית ביותר לעיכול או הבנה. **הפרות חמורות** של דיני הלחימה, פשעי המלחמה **בהכרח מתקיימים בזמן מלחמה**. מהי הפרה חמורה? אמנות ג׳נבה כוללות מאות הוראות אבל בסוף כל אמנה יש את סעיף ההפרות החמורות. דוגמאות עיקריות הן רצח שרירותי, עינויים, גירוש, מניעת הליך משפטי הוגן פגיעה ברכוש ללא הצדקה צבאית ועוד. מכאן שהשטחת דרזדן הייתה פשע מלחמה. מה שמוגדר כהפרה חמורה הוא גם פשע, לפי אמנות ג׳נבה לכל מדינה החברה באמנה יש חובה להעמיד לדין על ביצוע הפרות חמורות.

הפרוטוקול הראשון משנת 77׳ ביקש להרחיב את רשימת הפשעים והוסיף עוד כמה הפרות, הדוגמה המוכרת ביותר היא **סעיף ההתנחלויות**- העברת אוכלוסייה משטח כבוש אבל אסור לעשות זאת במישרין. בפרוטוקול הראשון קבעו שגם העברה בעקיפין היא פשע מלחמה. מהי העברה בעקיפין? לדוגמה הטבת מס.

דוגמה נוספת היא **האפרטהייד**- בשנות ה-70 גם האפרטהייד היה חשוב מאוד. דרום אפריקה היא הדוגמה המוכרת ביותר וגם רודזיה, היום זימבבואה. העולם הציל את נתיני רודזיה מהשליט והוקמה זימבבואה כדי שהם יקבלו דיקטטור מקומי.

דוגמה נוספת היא **פגיעה במבני תרבות ודת**.

ישראל טענה שהתוספת של העברת האוכלוסייה מהווה הרחבה של הדין הקיים אבל עמדתה של ישראל נדחתה כשניסחו את **חוקת רומא** משנת 78׳ שהיא היום הרשימה הכי ממצה של פשעי מלחמה ושם נקבע שהעברת אוכלוסייה בעקיפין מהווה פשע מלחמה. ישראל הינה מתנגדת עקבית לכך אבל ברגע שיש ל-ICC סמכות על ישראל אין להתנגדות תקפות. סעיף 8 קובע רשימה של פשעי בסכסוך בינ״ל ובסכסוך שאינו בינ״ל והרשימה לא זהה. יש יותר פשעים בסכסוכים בין מדינות. מבחינה מהותית מצ״ב הרשימה הבינ״ל:

1. העברת אוכלוסייה לשטח כבוש (במישרין או בעקיפין, לדוגמא ישראל גם אם לא כופה את זה שיעברו לשם אנשים, היא מאפשרת את זה ולא מונעת).
2. פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום.
3. שימוש כוזב בסמלי האו"ם או בדגל לבן- חידוש לעומת אמנת גנבה.
4. ביזה.
5. שימוש בכלי נשק אסורים (גזים רעילים, קליעים מתרחבים או נשק בלתי הומני אחר) - חידוש לעומת אמנת גנבה (סוריה התנגדה לסעיף זה, הייתה לכך הצדקה באותם הימים ורצו לקבוע שנשק כימי יהיה אסור בשני סוגי הסכסוכים. סוריה מאוד התנגדה והתייצבה כנציגת המדינות העניות ואמרה שאין לה מה להציע נגד ארה״ב, נשק כימי זה הנשק הגרעיני לעניים. באותם הימים היו מדינות שעמדו מאחורי סוריה ואמרו שהטיעון לגיטימי. למרבה הצער המציאות הוכיחה שסוריה לא השתמשה בנשק כימי נגד מדינה אחרת אבל כן השתמשה נגד האזרחים שלה, לכן חבל שלא החילו את גם על סכסוך פנימי כי הניחו שלא יהיה שימוש כזה נגד אזרחים).
6. אונס ועבירות מין.
7. שימושים במגנים אנושיים.
8. הרעבת אזרחים.
9. גיוס קטינים (מתחת לגיל 15(.

פשעים נגד השלום או האנושות

פשע שמכוון נגד אזרחים, לא נתינים של מדינה כזו או אחרת אלא **אדם שאינו לוחם**- אוכלוסייה אזרחית. במלחמת העולם השנייה בהתחלה גרמניה פעלה נגד אזרחים שלה ואז פולין ואוקראינה. כל המדינות המשועבדות לגרמניה פגעו באזרחים שלהן, דבר שלא חשבו שיקרה. הרעיון הוא פגיעה של מדינה באזרחים שלה. הרכיבים הם:

* + - 1. פשע חמור (רצח, אונס, גירוש, עינויים, העלמת בני אדם, אפרטהייד וכו)
      2. המתבצעים ביודעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת
      3. המכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית.

**פשעים נגד האנושות יכולים להתבצע גם בזמני שלום!**

לא כל רצח או כל אונס יהיה פשע נגד האנושות, עליו להיות חלק ממבצע או מתקפה שיטתית (בוחנים איכות, שיטה ברורה, מנגנון וסדר פעולה) או נרחבת (בוחנים היקף וכמות).

עם זאת, לא חייבים להיות בורג במערכת אלא ״להתחבר לרוח הקמפיין״, **מספיק שאזרח ינצל לרעה מצב פוליטי שמאפשר לפלוני לרצוח את השכן שלו הוא יחשב כפושע נגד האנושות**.

אם כך כאשר פינושה (גנרל בצ׳ילה) זרק את אזרחיו לים באופן שיטתית זה היה פשע נגד האנושות ולא פשע מלחמה כי היה מדובר תקופת שלום.

תוקפנות/פשע נגד השלום

**פשע פוליטי וסובייקטיבי**. דיברנו על תוקפנות כשדברנו על דיני השימוש בכוח. הפשע של תוקפנות הוא פתיחה במלחמה לא חוקית. מהי מלחמה לא חוקית? ב-1945 לא היו סטנדרטים, לפני הקמת האום, במהלך מלחמת העולם השנייה לא היו חריגים לאיסור שימוש בכוח ובגלל זה הגרמנים צעקו כי הפיכת המלחמה שלהם ללא חוקית היא עניין פוליטי. מאז הקמת האו״ם יש סטנדרטים, כל מי שמפר את מגילת האו״ם מתחיל במלחמה שאינה חוקית אבל בפועל אם עיראק תפלוש לכווית מועצת הביטחון תגיד שזו תוקפנות אבל אם ארה״ב תפרוש לעיראק זה דבר מבורך. **פשע התוקפנות הוגדר מבחינה מהותית לראשונה ע״י העצרת הכללית בהחלטה 3314.** כשניסו לנסח את חוקת בית הדין הפלילי הבינ״ל רצו לקחת את ההגדרה הזו ולהכניס אותה לחוקה. העבירה לא הוכנסה ב-1998 ב-ICC בטענה שהיא פוליטי ומדינות לא ירצו להכפיף את עצמן אליה. כשחוקת בית הדין הבינ״ל נכנסה לתוקף היה סעיף שאמר שאסור לעשות פשע תוקפנות אבל לא הייתה הגדרה. דחו את ההחלטה למועד מאוחר יותר כדי לאפשר חשיבה משפטית מעמיקה להגדרת העבירה. עברו מאז 12 שנים ובמהלכן כל שנה המדינות החברות בחוקת ה- ICCנפגשו וב-2010 במפגש באוגנדה הוחלט שיאמצו הגדרה לפשע התוקפנות. **ההגדרה שהגיעו אליה היא אותה הגדרה שהייתה בהחלטה 3314 עם תוספת קטנה שמעשה תוקפנות הוא מעשה שהוכר כתוקפנות ע״י מועצת הביטחון**. מה שמבטיח לנו שההגדרה הזו פוליטית במיוחד ולא נפתרה שום בעיה. בגלל שהנושא כל כך רגיש ב-2010 אמרו שהם לא רוצים לנענע את הספינה אז יש הגדרה אבל כל מדינה יכולה לבחור אם לקבל אותה, הדבר לא חובה! רק אם 30 מדינות או יותר יקבלו את ההגדרה אפשר יהיה להכניסה לתוקף. בנוסף נקבעה תקופת צינון של 7 שנים וב-2017 היו 30 מדינות חברות וההחלטה נכנסה לתוקף. ב-2018 נתבצעה הצעה פרוצדוראלית שהייתה נדרשת כדי להחיל את הגדרת התוקפנות על מדינות שחברות בחוקת רומא וקיבלו על עצמן את התוספת. ישראל לא חברה בחוקה ולא קיבלה על עצמה את ההגדרה אבל פלסטין והתובעת יכולה להחליט שמצבע צבאי ישראלי נגד עזה יהפוך לתוקפנות, דבר הכובל את ידיה של ישראל לגבי פתיחה במצבעים.

רצח עם

העבירה הזו היא חידוש של משפטי נירנברג. עוגנה לאחר מכן באמנת האיסור על רצח העם ונכנסה לסעיף 6 של חוקת רומא. מי שטבע את המונח של ג׳נוסייד היה **רפאל אמקין**, הנציג של ארה״ב למשא ומתן והיה משפטן יהודי שחלק ממשפחתו נספתה בשואה. ההגדרה שנקבעה ב-48׳ נשמרה באדיקות והופיעה בבית הדין הפלילי ברואנדה ובחוקת רומא וההגדרה הזו נשארה יציבה:

1. פשעים חמורים (רצח, פגיעה גופנית או נפשית, יצירת תנאי מחייה בלתי אנושיים- גטאות, מניעת לידות עי עיקור או סירוס, הוצאת ילדים מחזקת משפחתם).
2. מתוך כוונה להשמיד באופן מלא או חלקי (רכיב כוונה שקשה מאוד להוכחה). היטלר רצה להשמיד את יהדות אירופה אבל לא יכל להשמיד את יהדות ארה״ב, מספיק שהוא רצה להשמיד את היהדות באופן חלקי.
3. הכוונה להשמיד היא של קבוצה לאומית, אתנית, גזעית, או דתית.

לאורך השנים היו ניסיונות פגיעה שלא נפלו בהגדרות האלו (בקמבודיה חיסלו אינטלקטואלים כדי שלא יהוו איום על השלטון) ועלו ביקורות כי מדובר בהגדרה מצומצמת מדי. במדינות מסוימות יש ניסיונות פגיעה בלהט״ב, לדוגמה בצ׳צ׳ניה.

היבט נוסף הוא שהמעשה עצמו התפתח, גם אונס הפך להיות כלי בשירות של רצח עם אם קבוצה לאומית מוגדרת לפי מוצא האב, אונס של אישה מקבוצה מסוימת מבטיח שילידה לא יהיו מהקבוצה שלה, כל לדוגמה ברואנדה.

בית הדין לרואנדה העמיד לדין בגין עבירה זו וגם ה-ICTY הכירו כי גם אונס נחשב. רשימת הפעולות אינה מוחלטת.

חוץ מהפשעים שדיברנו עליהם יש רשימה של פשעים נוספים:

1. עינויים (בפני עצמם ולא כחלק מפשעים נגד האנושות וכו') – מוגדרת באמנת העינויים.
2. האמנה למניעת חטיפת מטוסים (1970).
3. האמנה נגד לקיחת בני ערובה (1979).
4. האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים (1988).
5. האמנה למניעת פיצוצי טרור (1997).
6. האמנה למניעת מימון טרור (1999).
7. פרוטוקול הסחר בבני אדם (2001).

בדרך כלל כשיש פשעים בינ״ל מי שיכול לאכוף אותם הם אחד משניים, או בית דין מקומי או בית דין בינ״ל.

למבחן- המבנה יהיה כמו המבחן של סיון. כשקרואים את החומרים ההיגיון אומר שהסקירות ההיסטוריות, ההקשר פחות קריטי לניתוח המשפטי. יכול להעשיר את הדיון. אין צורך בסקירה ההיסטורית. להתמקד במהות הדין.

**שיעור 18- 20.01.20**

מנגנוני האכיפה של המשב״ל הפלילי

ישנם 2 נתיבים אפשריים:

1. בית דין מקומי.
2. בתי דין בינ״ל או בגיבוי ארגון בינ״ל.

אכיפה ע״י מדינות בבית דין מקומי

כשדיברנו שבוע שעבר על מהות פשעי המלחמה, כולנו ראינו שפשע מלחמה הוא בדרך כלל גם פשע לפי כל דין מקומי- רצח, ביזה, אונס וכו. כאשר פשעים אלו מתקיימים בהקשר של מלחמה הם הופכים לפשעי מלחמה וכשמדובר על הפרות רחבות היקף או שיטתית אז הן הופכות לפשע נגד האנושות. כמו שניתן להעמיד לדין מכוח חוק העונשין על רצח ניתן להעמיד לדין על רצח גם על פשעים בינ״ל כשיש **זיקה**:

1. **זיקה גיאוגרפית**– פשע שבוצע בשטח המדינה, הוא בסמכות המדינה וניתן להעמיד לדין.
2. **זיקה פרוטקטיבית** – פשע נגד אינטרס של מדינת ישראל יכול להקים סמכות שיפוט ולכן ישראל יכולה להעמיד לדין את מי שפועל תחת ה-BDS.
3. **זיקה פרסונלית אקטיבית**- מבצע הפשע הוא אזרח המדינה.
4. **זיקה פרסונלית פסיבית**- הקורבן הוא אזרח המדינה.

יש אמנות בינ״ל כמו אמנות ג׳נבה ואמנת העינויים שברגע שמדינה מצטרפת אליהן נוצרת חובה לחוקק חוק פלילי המחייב העמדה לדין מכוח האמנה. כל מדינה שמצטרפת לאמנות ג׳נבה חייבת לחוקק חוק מהותי שיאפשר לה להעמיד לדין על פשעים בינ״ל כך שיסתדר עם עיקרון החוקיות בדין הפלילי.

סוג אחר של סמכות שיפוט הוא **סמכות שיפוט אוניברסלית**- מתקיימת כאשר מדינה לוקחת על עצמה להעמיד לדין אדם על פשע בינ״ל מישהו מבלי שיש לה זיקה ישירה כלפיו. לדוגמה, ישראל יכולה מכוח עיקרון הסמכות האוניברסלית להעמיד לדין פושע מלחמה יוגוסלבי ממוצא סרבי שטבח ביוגוסלבי אחרי ממוצא קוסובארי.

הסמכות האוניברסלית נולדה עם המשב״ל- הדרך להעמיד לדין פיראט הייתה מכוח סמכות אוניברסלית. הדוקטרינה נולדה יחד עם התחום והיא הוותיקה ביותר. הדוקטרינה נולדה בחטא כי לא עניינה את ממציאה האוניברסליות- הפיראטים פגעו רק ב-4 מעצמות עולמיות ולכן הן רדו בשאר המדינות להסכים להעמדה אוניברסלית לדין. אחרי מלחמת העולם השנייה כשהתחילו לעשות שימוש בדוקטרינה נראה כי שהשימוש בה היה תמיד נגוע בגוון פוליטי או בהשפעה פוליטית. לדוגמה, אחרי מלחמת העולם השנייה העמידו לדין המון גרמנים ואיטלקים מכוח סמכות אוניברסלית אבל לא העמידו לדין אף אחד מהכוחות המנצחים. בשנות ה-90 היה פופולארי להעמיד לדין יוגוסלביים ורואנדים כי הם היו בכותרות באותן השנים. בו בזמן הייתה מלחמת אזרחים בקונגו שכמעט הובילה לרצח עם אבל לא היה בה עניין. כנ״ל רוסיה באפגניסטן או ארה״ב בעיראק.

עניין בעייתי נוסף בסמכות האוניברסלית היא **שהמדינות המעמידות לדין תמיד היו מדינות מערביות שהעמידו לדין פרטים מהמדינות המתפתחות**. יותר מכך, המדינות שמעמדיות הכי הרבה לדין הן מדינות שבעבר היו להן קולניות בעוד האנשים שמועמדים לדין הם אנשים מקולוניות לשעבר. סמכות אוניברסלית הרבה פעמים ממשיכה לשמר יחסי כוח שנולדו בתנאים לא הוגנים או לא מוסריים. בשנות ה-90 היה דיאלוג בין מדינות אפריקה למדינות אירופה כשמדינות אפריקה טענו לניאו-קולוניאליזם- מעמידים לדין רק פושעי מלחמה אפריקאים. רק כשהנושא הסמכות האוניברסלית התחיל ולאיים לפגוע באזרחים אמריקאים, בריטים וישראלים מדינות התחילו לעשות שינוי- קבעו שרק תושב יכול להגיש תלונה בבלגיה. לפני כן כל מי שהיה יורד מהמטוס בבריסל יכל ללכת לכל תחנת משטרה ולהגיש תלונה נגד פושע מלחמה בפוטנציה. לא היה פיקוח של יועמ״ש או של צו שיפוטי, לא הייתה מגבלה פרסונאלית ולא היו חסינויות. השימוש שעשו בסמכות הזו היה הרבה פעמים פוליטי. לדוגמה, רצו להעמיד את אריאל שרון בבלגיה יום לאחר שהוא נבחר לראש הממשלה. אזרחים עיראקים ביקשו להעמיד את ג׳ורג׳ בוש לדין בבלגיה ורק אז בלגיה העניקה חסינות לנושאי משרה.

יתרונות סמכות שיפוט אוניברסלית

1. **מניעת התחמקות עבריינים מדין**- מטרה חשובה אבל יש כאלה שחומקים מהדין כי הם ממדינה נכונה או כי לאף אחד לא אכפת ממה שקורה בה.
2. **חיזוק האופי האוניברסלי של זכויות האדם**- מגנים על ערכים משותפים.

חסרונות סמכות שיפוט אוניברסליות

1. **חוסר אחידות ביישום המשב״ל הפלילי**- יש חוסר אחידות בבחירה להעמיד לדין מלכתחילה- בית דין בלגי יכול להחליט שמנהיג מורדים הוא לוחם בלתי חוקי בעוד בית דין צרפתי יחליט כי מדובר בלוחם חופש. כמו כן יש חוסר אחידות בתוצאה- גם אם שתי המדינות יחליטו להעמיד לדין על אותו מעשה האחת תגיד שזה פשע מלחמה והשנייה תטען לפשע נגד האנושות. כמו כן יש חוסר אחידות בענישה, אין מגבלות והכל תלוי בערכים של המדינות. אם מדובר על צדק לא יתכן ששני מפקדים של אותו ארגון יקבלו צדק שונה.
2. **חשש לפוליטיזציה**.
3. **ריבוי הליכים מקבילים נגד חשודים**- יתכן וכמה בתי דין שונים ירצו להעמיד לדין את אותו אדם. לדוגמה, 4 בתי משפט ב-4 מדינות שונות רצו להעמיד לדין את פינושה. הן התווכחו ביניהן ובסוף הוא מת לפני שהספיקו. יש כאן שיקולי חשש, כבוד ועוד. מדינה קטנה לא תרצה להתחרות עם ארה״ב כי זה יפגע בה במקומות אחרים.
4. **יכולות מוגבלות לבחון ההשלכות הפוליטיות של ההליך**- בסמכות אוניברסלית רוצים להעמיד לדין אדם אבל פוגעים בתהליך שגדול יותר ממנו. לדוגמה, אפרטהייד זה פשע בינ״ל ואחרי שדרום אפריקה יצאה לדרך חדשה יצאו לדרך הליכים נגד אזרחיה על אפרטהייד. **העמדה לדין בבריטניה פוגעת בתהליך הפיוס באפריקה.** אדם אחד נענש בעוד אלו שעושים מעשים חמורים ממנו נמנעים מהעמדה לדין. התחושה בדרום אפריקה אצל הלבנים הייתה שאפילו שיש תהליך של פיוס אין להם אפשרות לטוס לבריטניה מחשש להעמדה לדין. פוגעים באפשרות לאחות את הפצעים.

אכיפה על ידי בתי דין בינ״ל- הנתיב השני

מדבר על העמדה לדין בבית דין בינ״ל כאן יש לנו 3 סוגים:

1. **בתי דין אד-הוקיים** – הוקמו לצורך סכסוך/סיטואציה מסוימת והתפזרו לאחר הטיפול בה. הדוגמאות הקלאסיות הן של המנצחים- נירנברג וטוקיו. בשנות ה-90 הקימו את ה- **ICTR וה- ICTY** לגבי יוגוסלביה ורואנדה. בית הדין של יוגוסלביה הוקם תוך כדי הסכסוך כדי לאיים על הפושעים. הנרטיב הינו כי אכן זה מה שריסן את האכזריות בסכסוך היוגוסלבי אך לפי דעתו של המרצה אין מחקר אמפירי בנושא. בפועל, בית הדין היה אמור לקום לפחות מעשור. תאריך היעד לסגירה לאחר מכן היה ב-2010, אחרי זה 2015 וב-2018 רצו לסגור את שערי בית המשפט אבל הקימו מנגנון שתופר את הקצוות שעדיין נותרו פרומים. אם יש ערעור או השלמת חקירה עוד ניתן להשתמש במנגנון. כרגע המנגנון המשלים אמור לסיים את עבודתו ב-2023- 30 שנות פעילות לבית דין לסכסוך והושקעו בבית הדין מעל 2 מיליארד דולר. מאז טיפל ב-200 נאשמים. היה לנו נרטיב שהסרבים הם הרעים וכל השאר הם הטובים. יש מחקרים אמפיריים שמראים שלמרות שהעמידו לדין מנהיגים רבים מי שהורשע ולא זוכה בערעור היה בדרך כלל סרבי. רוב הערעורים שהפכו החלטות היה ביחס למי שאינו סרבי. הנרטיב הכללי חלחל לבית הדין.

בעיה נוספת היא **הניכור**- קבוצה של שופטים לבנים ואירופאיים מגיעים לטנזניה לבית דין מפואר שהוקם לכבודם. האוכלוסייה המקומית מרגישה ניכור, התנשאות וריחוק. הם אינם מרגישים כי מדובר על הצדק שלהם. כדי להתמודד עם חוסר היעילות והניכור הגענו לשלב הבא:

1. **בתי דין מעורבים (היברידיים)** – מאז 2000, מדובר בבתי דין שכוללים שופטים מעורבים – שופטים בינ"ל שיושבים לצדם של שופטים מהמדינה הרלוונטית והפשעים הם גם מעורבים, **בינלאומיים ומדינתיים**. דוגמאות לכך:

* מזרח טימור- אזור במחלוקת, עוד לא ממש מדינה מתפקדת.
* קוסובו- גם כן אזור במחלוקת, לא ברור אם הוא מדינה.
* בוסניה- מדינה מאוד חלשה ספגה הכי הרבה ממלחמת יוגוסלביה.
* קמבודיה- רצתה לצאת לדרך חדשה ולהעמיד לדין, נוצרה ערכאה בינ״ל ושם ישבו שופטים מקומיים ובינ״ל ועסקו רק בפשעי המלחמה בעבר. קיבלה לגיטימציה בינ״ל אבל גם ידעה שיהיה קשה להעמיד לדין- מעשה יח״צ.
* סיירה לאון- מדינה בפירוק.

בכל אחד המקרים מי שנתן את הטון היה הקהילה הבינ״ל ומדובר על ניתוח בינ״ל בפס״ד.

הקהילה הבינ״ל מחבקת את המדינה במשבר וביחד איתה מקימה בית דין בינ״ל. הדוגמה הקלאסית הייתה במשפטי החונטה בארגנטינה בנשות ה-80, עברו מדיקטטורה צבאית לדמוקרטיה. הקהילה הבינ״ל (בראשות ארה״ב) נכנסה למערכת השופטת הארגנטינאית וליוותה את ההעמדה לדין. זה נתן לגיטימציה בינ״ל לארגנטינה החדשה. המקרה של ארגנטינה יצר ״רוק סטאר משפטי״- **לואיס מורנו קאמפו** שהיה מומחה למשפט פלילי, היה גבר נאה שהפך לפנים של העמדה לדין של החונטה. כשהקימו את ה-ICC מינו את לואיס לתובע הראשון אבל הבעיה הייתה שההוא לא ידע משב״ל.

הם עשו צעדים נוספים - הקימו מחלקות של יחסי ציבור- מישהו מוציא הודעות לעיתונות או מתרגם את הפס״ד לשפה המקומית. התובע הגיע לערוצים והנגיש את מה שקורה לאוכלוסייה.

1. **בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)**- ישנו בית דין אחד, בית הדין הפלילי והוא אמור להיות קבוע ועם תכולה אוניברסלית, לכאורה. **הוקם מכוח חוקת רומא (1998).** כדי שה- ICCיוקם בפועל היה צורך לפחות ב-60 מדינות חברות וזה קרה ב-2002. **מקום מושבו הוא בהאג בהולנד**. כעבור עשור מהקמתו, התקווה הגדולה של המשב״ל הפלילי, עמדו על 10 תיקים סה״כ, כולן עסקו במדינות אפריקה. אם כך בית הדין הבינ״ל הפלילי הפך לבית הדין לאפריקה. למדינות אסיה, רוסיה ומזרח אירופה היו חששות בנושא והם לא אשררו את חוקת רומא. גם ישראל לא הצטרפה בהתחלה כי הפריע לה סעיף ההתנחלויות. ישראל וגם ארה״ב חתמו על האמנה ו-3 שעות לפני לפקיעת המועד המשיכה משכו את חתימותיהן. ארה״ב חששה מכך שכאשר היא שולחת חיילי שמירת שלום לכל העולם ינסו להעמיד לדין חיילים אמריקאים שהסתבכו. החשש זכה לביטוי ועיגון בחוקת ICC- מועצת הביטחון יכולה להשהות הליך אם מדובר בכוחות שמירת שלום של האו״ם. זה לא הספיק וארה״ב חוקקה חוק וקבעה שכל מדינה שתשתף פעולה עם ICC נגדה לא תהנה מסיוע חוץ והיא תנקוט בכל אמצעי אפשרי להגן על אזרח אמריקני בפני העמדה לדין בהאג- זכה לכינוי **חוק הפלישה להאג**. עם הזמן החששות של ארה״ב וישראל התגלו כנכונים.

סמכות השיפוט של ה- ICC

ל- ICC יש סמכות ביחס לשלושת המקרים הבאים:

1. **המדינה בשטחה בוצעה העבירה**- המדינה חברה ועבירה בוצעה בשטחה.
2. **מדינת האזרחות של הנאשם**- מדינה חברה ואזרח של המדינה החברה מבצע פשע (מדובר על הנאשם ולא על הקורבן)- לדוגמה, במדינה האסלאמית היו חברים מ-80 מדינות. מגייס הילדים מבלגיה (חברה ב- ICC)- אם הוא לא היה נהרג וחוזר לבלגיה אפשר היה להעמיד אותו לדין על גיוס ילדים כי הוא אזרח של מדינה חברה. עם זאת, נשיא סודאן נמצא בצו מעצר תחת הסגרה ל-ICC במשך שנים. כל המדינות חייבות להסגיר אותו אבל מלאווי לא הסגירה אותו על מנת לא לפתוח במשבר דיפלומטי.
3. **הפנייה של מועצת הביטחון**- מועצת הביטחון יכולה להחליט שסכסוך מסוים הוא איום על השלום וחוץ מכוח צבאי צריך להפנות את המקרה ל- ICC אפילו אם לא מדובר על מדינה חברה (סודאן). מקרה נוסף של הפניה הוא לוב- לכאורה הייתה התערבות הומניטרית אבל בפועל רצו להפיל את משטרו של קדאפי. שני צווי המעצר הראשונים היו של קדאפי ובן דודו (קדאפי מת).

אם זאת לא אוטומטית יש חקירה, חקירה צריכה להיות עקב מידע קונקרטי. מועצת הביטחון יכולה להגיד ל- ICC שיש בלגאן בסודן ויש צורך בסמכות שיפוט ואז יש לחכות למידע קונקרטי. בנוסף היא יכולה להעיר על פעולה ספציפית ואז יש סיבה להתחיל בחקירה. מועצת הביטחון לא רק מפנה לסמכות אלא גם למקרים קונקרטיים ואז התובע או התובעת צריכים להחליט אם ראוי או לא ראוי לחקור- בוחנים חומרת הפשעים ואת **עיקרון המשלימות**.

יוזמה לפתיחת הליך יכולה לנבוע משלושה גורמים

1. **מועצת הביטחון**.
2. **המדינות החברות מסבות את תשומת ליבו של התובע**- אם המדינה אומרת לחקור ארגון או אדם זה יכול לגרום לו להיכנס לסיטואציה אבל הגילויים שלו עצמאיים, אם יש פשעים נוספים הם יחקרו גם אותם לרבות את מי שהפנה את התובע לסיטואציה.
3. **התובע על דעת עצמו רוצים להתחיל בחקירה**- התובעים מקבלים מסמכים מכל מני ארגונים המעידים על פשעים והתובע יכול להחליט שהוא מעוניין לחקור את המידע שהתקבל. לפעמים המידע מבוסס על מידע עיתונאי. נדיר מאוד שהתובע יזום חקירה בעצמו אבל זה קרה ביחס לישראל.

תנאי סף העיקרי הוא **עקרון המשלימות**- הרעיון הוא שה- ICC אמור להשלים את המנגנון המדינתי ומעודד מדינות להעמיד לדין בעצמן. הרציונל מאחורי העיקרון הוא ריבונות המדינה- **למדינה יש זכות בכורה להעמיד לדין**. ה- ICCיפעל רק במצב שבו יש מדינה שאינה יכולה או אינה מעוניינת להעמיד לדין בעצמה. ניתן להעמיד לדין חיילים ישראלים רק אם ישראל אינה יכולה או אינה מעוניינת להעמיד לדין בעצמה. למרבה הצער מה שקורה כעת עם ישראל מקעקע את העיקרון הנ״ל.

תנאי סף נוסף הוא **חומרה**- יחקרו את הפשע החמור ביותר.

בית הדין הבינלאומי הפלילי וישראל

יש 2 פרשיות ביחס לישראל במקביל

**פרשת המשט**- ספינות זרות הפליגו לעזה על מנת להפגין על הפגיעה ההומניטרית על אזרחי עזה בעקבות הסגר הימי. במשט כלל 6 ספינות. ישראל קיבלה מידע על ספינה אחת בשם המרמרה- שם היה ריכוז של פעלי ארגון טורקי שתומך בחמאס. כשהסירה התקרבה לסגר הימי (ההשתלטות הייתה במים בינ״ל) ישראל ניסתה להשתלט על הספינה. תקרית המשט היא קו שבר ברמה הממשלתית בין היועצים הממשלתיים לבין המצביאים. היועמ״שים אמרו שצריך להשתלט על הספינה בדרכים כמה שפחות אלימות בעוד שבפועל השתלטו על הספינה בדרכים אלימות יחסית (אפשר היה לפגוע במנוע ולגרור אותה). המפקדים הצבאיים רצו לתת הצהרה- לא כדאי להפליג לרצועת עזה במטרה לפגוע באינטרסים הפוליטיים של ישראל. ההשתלטות על המרמרה נעשתה כמו סרט אקשן, חיילים הורדו לספינה והם הוכו ע״י הפעילים בספינה. ברגע שזה הסלים השתלטו על הסיטואציה אבל נהרגו ונפצעו נוסעים. נוצרה תקרית בינ״ל מבחינה תדמיתית בישראל. במישור טורקיה- ישראל וטורקיה במשבר עד היום על אף שולמו פיצויים מטורפים לממשלת טורקיה. ישראל ניצלה את ההזדמנות להפגין את כוחה המשפטי. הקימו את וועדת טירקל, הראשונה ששילבה מומחים ישראלים ובינ״ל. בוועדה חקרו לעומק גם את התקרית של המרמרה וגם את מערכת החקירות בישראל.

וועדת טירקל פרסמה 2 דוחות, הראשון דן במה קרה במרמרה, האם הסגר היה חוקי ואם בוצעו פשעים- התשובה היא לא. בדוח השני היה כתב הגנה עתידי מול ה- ICC כי עסק במערכת החקירות בישראל- הסביר למה היא עומדת בקריטריונים בינ״ל של עצמאות יעילות ואובייקטיביות. הבעיה הייתה שלצד פרסום הדוח פורסם דוח וועדת גולדסטון שלא הסתפק בלמנות פשעים בינ״ל שבוצעו ע״י חיילים אלא גם דאג לקעקע את אמניות מערכת החקירות הישראלית. הבעיה המרכזית היא שהפצ״ר הוא גם זה שמייעץ לרמטכ״ל וגם זה שאמור להעמיד אותו לדין. וועדת טירקל הכירה בבעיה הזו- מדינת ישראל הקימה וועדה לתיקון הכשלים אבל איבדה מומנטום ורוב הדברים לא אומצו.

פרשת המשט הגיעה ל- ICC בגלל שהיא שטה עם דגל של איי קומורוס (דגל נוחות- מדינות קטנות שמאפשרות לספינות לשוט עם הדגל שלהן עם אגרה נמוכה ובלי מגבלות מסוימות) שחברה ב- ICC. אחרי תקרית המרמרה כשטורקיה קיבלה את שלה, איי קומורוס פנו ל- ICC בטענה שמה שבוצע על המרמה כאילו בוצע בשטח קומורוס ולכן יש להם סמכות.

לגבי קריטריון החומרה- התובעת של האי סיסי חקרה את המשט אבל קבעה שהפשעים הבינ״ל שבוצעו אינם חמורים מספיק לעיסוק כרגע. הוגש על ההחלטה ערעור ה- ICC עצמו אמר שהתובעת טועה כי לא צריך להסתכל על המרמרה כתקרית בודדה אלא כסכסוך ישראלי פלסטיני שהוא חמור מאוד. השלב הבא הוא שתובעת צריכה להחליט האם עקרון המשלימות חל או לא. ההחלטה ביחס לחומרה אותתה לרשות הפלסטינית שכדאי לה לבוא לבית הדין וישמשו לה כבית משפטי. לא הרבה זמן לאחר מכן פלסטין הגישה בקשה שנייה והתקבלה כחברה ב- ICC. לואיס מורנו קמפו היה התובע כשהפלסטינים ביקשו להצטרף בפעם הראשונה ב-2009 ואמר שמדינה יכולה לעשות זאת אם היא חברה באו״ם. הוא סלל את הדרך שברגע שהם יצטרפו לאום יוכלו גם להצטרך לאי סיסי.

**הבדיקה בעניין פלסטין**- ברגע שראו את האיתות החליטה להגיש בקשה לבית הדין לחקור את אירועי צוק איתן. ביקשו לחקור מהיום הראשון של המבצע כי שבוע לפני כן נחטפו 3 נערים מה שמהווה פשע מלחמה אבל סמכות ה- ICC מתחילה שבוע אחרי החטיפה. התחילה חקירה בעקבות הבקשה, התובעת מאוד אסטרטגית ומכל הפשעים שהאשימו את ישראל היא בחרה בשניים- **הרס נרחב של רכוש אזרחי (לדוגמה נוהל חניבעל) וההתנחלויות**. ברגע ה- ICC רואה את הסכסוך כמכלול ההתנחלויות רלוונטיות. זה נושא טוב לתובעת כי זה הנושא היחיד שבו בתי המשפט בישראל לא הסכימו לגעת אף פעם - חוקיות הקמה או מדיניות של התנחלויות. ביהמ״ש בישראל מוכן לדון אם התנחלות קמה בשטח פרטי (פיצוי לאדם) או בשטח ציבורי (עניין מדיני- לא דנים).

התובעת מתקדמת בצעדים גדולים ב- ICC. קולומביה הצטרפה כבר בתחילת הקמת בית הדין והיא בחקירה מאז אבל לא הוצא צו מעצר כי קולומביה משתפת פעולה עם ה- ICC וכרגע לא נראה שיעמידו אדם לדין מקולומביה. ישראל תחת חקירה שנים ספורות אבל כבר עברה את קולומביה מבחינת סדר העמדה לדין- סביר להניח שישראל תעמוד לדין ראשונה. יש בהילות להעמיד לדין ישראלים כי אנחנו נהיה הראשונים שהם לא אפריקנים.

מה ישראל יכולה לעשות בתגובה?

המשנה ליועמ״ש פרס את כתב ההגנה:

1. קודם כל יטענו כי **פלסטין היא לא מדינה**, אין מלכתחילה סמכות שיפוט ויש לבחון כראוי את מעמדה.
2. אם זה יכשל יש התנגדות שנייה- **אין לפלסטין מערכת שיפוטית** שמחילה סמכות על השטחים הרלוונטיים ואם כך לא ניתן להעביר את סמכות השיפוט (לא יכולים להעביר משהו שאין להם).
3. טיעון שלישי שיעלה הוא **טיעון המשלימות**- ישנה מערכת משפט ישראלית שתעמיד לדין. הטיעון הזה כנראה יכשל כי אחרי עופרת יצוקה היו מאות תיקים שנחקרו בפרקליטות ולבסוף היו רק 2-3 העמדות לדין וגם אז על פשעים מזעריים. מבחינה תדמיתית לא נראה שאנחנו עומדים בכך.
4. לאחר מכן ישראל תטען **לחומרה**- לא מדובר במקרה הכי חמור ולא לשם כך קם ה- ICC.
5. אם זה יכשל ישראל תטען ביחס **לפשעים קונקרטיים**- אם יטענו להעברת אוכלוסייה היא תטען שיש העברת אוכלוסייה לשטח שלא נמצא בסמכות אף אחד ומדינות אחרות עושות אותו דבר במצבים דומים. השטחים הינם בריבונות אף אחד ולכן לא משנים את הסטטוס קוו- שטחים במחלוקת.
6. רק אם יכשל יתחילו לדון בפשעים עצמם.

הכנה למבחן

מבנה המבחן- חלק ראשון מציג 4 מושגים צריך להגיד 3 מהם בקצרה, עד 7 שורות. אחרי זה קייס יחסית גדול עם 3 תתי שאלות ובסוף יש עוד קייס קטן עם 2 תתי שאלות. המבחן יהיה עד 3 שעות.

מושגים-

1. עיקרון המימוש ההגדרתי- האמנה לזכויות תרבותיות, חברתיות וכלכליות, בגלל שהיא תלויה בתשתית, יש צורך לפתח באופן הגדרתי את מימוש האמנה. יש להסביר את הרציונל. אפשר להוסיף מבט עדכני- יש יסוד או גרעין שיש לעדכן באופן מיידי וחלק לא. עם זאת אנחנו בשנות ה-2000 ומדינה שחברה באמנה כבר עשרות שנים צריכה ליישם אותה עד עכשיו.
2. מודל כדורי הביליארד- מודל שלפיו אנחנו מכבדים את כל ריבונות המדינות, כל כדור הוא מדינה והמנגנון בא להסדיר את החיכוכים ביניהם כמו שכדור ביליארד מתחכך רק בחלק החיצוני שלו. כעת בגלל שיש יותר תחומים במשב״ל שמתערבים בריבונות המדינה המודל כבר לא רלוונטי, הוא המודל הקלאסי. חשוב לציין שזה מודל שכבר לא רלוונטי!!
3. המועצה לזכויות אדם- גוף של האו״ם ובו יש 47 נציגים (פוליטיקאים!!! ולא אנשי מקצוע) ממדינות שונות. אחראי לעגן ולדו ן בנושאים שונים הקשורים לזכויות אדם ולהוות מעין אורגן של האו״ם בנושא. מבחינה מהותית יש פונקציות למועצה לדוגמה וועדות חקירה (גולדסטון), פיתוח תקופתי של מדינות (מנגנון חלש כי מדינות לא רוצות לפגוע אחת בשנייה) ודווחים מיוחדים (גם הם אינם מומחים גדולים אלא מתנדבים).
4. Opinion juris- יסוד נפשי, פסד הלוטוס

לא להיכנס יותר מדי לרקע, לציין את האמנה הרלוונטית

הקייס הגדול

טיפים- לשים לב בכל תת שאלה מהו הנושא הרלוונטי ולדון רק בו מבלי לערבב בין הנושאים!!! להיות ממוקדים, אין הרבה מקום. פה צריך להיות מכווני ניתוח בלי דוגמאות, להציג שורות תחתונות, לעבור דרך האלמנטים המשפטיים ולאזכר רק דוגמאות שרלוונטיות לניתוח. לא חשובה התשובה הסופית אלא הניתוח.

הפיתרון הוא פתרון בו מציגים את המהות וניתן לציין אותה בהרבה דרכים, הכי חשוב שהריון יוצג

מידתיות- להזכיר את פרשת אסדות הנפט.

פעילות מועצת הביטחון- שימוש בכוח. אין צורך לדון בדיני העימות המזוין והמשפט ההומניטרי.

פגיעה בפעילי טרור- דיני העימות המזוין. לציין את ארבעת העקרונות. כל ניתוח בדיני העימות המזויין חייב להתחיל בהבחנה (ההיפוך של צורך צבאי) הוא מגדיר איפה מותר לפעול. לאחר מכן יש לבחון את עיקרון המידתיות- נגד אזרחי מול תועלת צבאית. לכתוב רק את מה שרלוונטי, אם יש עיקרון או מבחן לא רלוונטי לא צריך לציין אותו!!!! עיקרון האנושיות והמידתיות כאן לא רלוונטיים ולכן לא נתייחס אליהם, לדוגמה. יש לבחון מיהו לוחם ומיהו אזרח. כנקודת מוצא אסור לתקוף אזרחים וכל מי שאינו לוחם הוא אזרח אבל אם יש לוחם שנופל תחת התנאים הוא לוחם. לוחם של דאעש לא עומד בכלל הרביעי ולכן אינו לוחם. לפי סעיך 51 לפרוקטוקול הראשון אזרח שמשתתף בלחימה מאבד חסינות.

כדי שה-icc ידון במשהו הוא צריך סמכות פרוצדוראלית ומהותית (4 פשעים לפי חוקת רומא). ההגדרה לתוקפנות היא שימוש בכוח צבאי מבלי שתהיה הצדקה חוקית לעשות את זה. אם הכוח הצבאי בא מכוח הגנה עצמית יש כאן תוקפנות. את סינגפור ניתן להעמיד לדין את תוקפנות כי התגובה שלה לא הייתה מידתית ולכן לא נחשבת הגנה עצמית.

איך ידון פרוצדוראלית? קרה בשטח מדינה חברה, העבריין אזרח הפנייה של מועצת הביטחון. אנחנו לא יודעים אם סינגפור ומלזיה הן חברות ולכן על מנת שה-icc ידון בנושא מועצת הביטחון צריכה להפנות לסיטואציה. מה שיבקשו ממנו לעסוק בו זה פשע התוקפנות.

דיני כיבוש/תפיסה לוחמתית-

תוקף סיפוח נבחן ע״י רכישת שטחים בכוח- איסור השימוש בכוח. אם אסור להשתמש בכוח צבאי בלי הצדקה אסור לשנות סטטוס קוו של שטח באמצעות כוח צבאי. נק׳ המוצא של סיפוח שנעשה בכוח צאי אינו תקף, הבסיס המשפטי הוא איסור הסיפוח בכוח. הדוגמה היא ישראל- סיפוח רמת הגולן.

דיני כיבוש- הגדרה של שטח כבוש- לפי סעיף 42 לתקנות האג, שטח כבוש הוא שטח כאשר הוא נתון לשליטה של כוחות צבאיים של צבא יריב. הפרשנות של המונח שליטה היא אחת מ-2 אפשרויות- שליטה אפקטיבית (קונגו נ׳ אוגנדה) או שליטה פוטנציאלית (בגצ צמל). מבחנים של שליטה אפקטיבית. אם יש שליטה אפקטיבית קל וחומר שיש שליטה פוטנציאלית.

כעת יש ליישם- שליטה אפקטיבית מתקיימת ועל אחת כמה וכמה פוטנציאלית.

קולוניה- מזמין הסבר קצר על הטענה של ישראל ששטח שנכנס ממי שאינו מדינה לא נחשב לשטח כבוש ולהציג את התשובה המקובלת יותר שיש לפרש פרשנות תכליתית. להביא את שתי העמדות הנגדיות- מסתכלים על התכלית של אמנות גנבה להגן על אזרחים תחת שליטה צבאית ולכן האמנה צריכה לחול.

האם ? היא מדינה- אוכלוסייה ושטח- מינימלי. ממשלה מתפקדת- לא ידוע לנו, לפני אמנת מוטוידאו התנאי הכי חשוב הוא ממשלה- הרציונל מאחוריהם הוא שליטה אפקטיבית של יישות פוליטית חברתית על שטח. אם לא מחילים ריבונות זו לא מדינה. סומליה הייתה מדינה קיימת בעוד סומלילנד ניסתה לפרק מדינה קיימת. עיראק ולוב הן מדינות קיימות, ברגע שהן קיימות יש חזקה של המשכיות. מי שרוצה להקים מדינה לא נהנה משום חזקה. יחד עם ממשלה יבואו יחסי חוץ. ומה שמשלים את מונטיודאו זאת הכרה- אפילו שהיא לא דרישה מהותית משפטית פורמלית אבל בפועל מבחינה פרקטית היא חשובה!

בסיס ההכרה בעם הפלסטיני- זכות להגדרה עצמית. על מנת לזכות בהכרה צריך 1. לא להפר את המשבל 2. הכרה בזכות להגדרה עצמית.