

משפט בינלאומי פורמלי

סיכום - אבישג טל
ד"ר סיון שלמה אגון

שלושת השיעורים הראשונים הם מבואיים.
לאחר מכן נעבור לדבר על מקורות המשפט הבינ"ל.

לאחרונה, טראמפ פרש מהסכם המעצמות שנועד למנוע את איראן מלהגיע לפצצת אטום. יש כאן סוגיה של פרישה מהסכם בינ"ל- דבר שמדינות לא ממהרות לעשות.

הICJ- ביהמ"ש הבין לאומי לצדק
הICC- ביהמ"ש הבין לאומי החדש.

היקף הזירה ותחום הפעולה של המשב"ל:

המשותף לכל הדוגמאות הוא:

1. רמת בולטות גבוהה- מעצמה או מדינה מוכרת שנתבעת- הדבר בולט
2. טרמינולוגיה מוכרת- יש שימוש במילים ומונחים מוכרים מעולם המשפט

האגודה ניסתה למפות את כל הנושאים שנכללים במשפט בינלאומי, והפרויקט הגיע לרשימה של 100 אייטמים שנמצאים על סדר היום היומיומי של המשפט הבינ"ל, כמו מאבק בסחר בסמים, מאבק משותף במגיפות, הכרה הדדית ברישיונות נהיגה, הגנה על זכויות יוצרים, וכו'. הדבר קושר בכמות עצומה של נורמות משפטיות ובליוי של ארגונים בינלאומיים שעוקפים או עושים רגולציה של הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות.

משפט בינ"ל- הגדרה:

מערכת של כללים ומנגנונים שבאמצעותם הקהילה הבינלאומית שמורכבת ממדינות וגורמים נוספים משתמשת על מנת להגשים את ערכיה של הקהילה הבינ"ל וכדי לקדם את האינטרסים המשותפים של החברים בקהילה, כאשר על רקע ההליכים שמכונים תהליכי הגלובליזציה (העמקת התלות ההדדית בין מדינות וחברות), המשקל והמקום של המשפט הבינ"ל בחיינו הולך וגדל.
עד לא מזמן, התפיסה הייתה שמשב"ל הוא לא באמת משפט או תחום משפטי בפני עצמו.

הובס- בספרו לווייתן, 1660: חוק העמים וחוק הטבע הינם אותו הדבר, בשני המקרים מדובר על מערכות אנרכיות המבוססת על מוסר ולא דין. הוא טען שהמשפט הוא לא דין, אלא מוסר- והוא לא דבר מחייב כפרטים או כמדינות. אוסטין- בספרו province of jurisprudence determined: המשב"ל אינו משפט- אינו מבוסס על פקודה של ריבון. ענף של אתיקה, ולא של משפט. מחזק את דעתו של הובס.
- הטיעון של הפוזיטיביסטים היה שמשפט בינ"ל הוא לא משפט מכיוון שהוא נעדר מרכיבים בסיסיים כמו משופט או מחוקק שיכפיף אנשים אחרים למהות שלו.

הארט- the concept of law- המשפט הבינ"ל הוא כן משפט, אך לא מערכת לגאלית, הוא לא מערכת משפט- נעדר כלל הכרה כי אין מספיק זיקה בין הנורמות שלו. הציג את המושג rule of recognition: מערכת משפט היא מערכת שבה יש כלל הכרה, כלל זיהוי- שאומר לנו מה הוא דין מחייב ומה הוא דין לא מחייב בחברה שלנו. כלל ההכרה המובהק ביותר היא חקיקה שיוצאת תחת ידיו של המחוקק, הפרלמנט- בישראל היא הכנסת. לטענתו של הארט, במשפט הבינ"ל אין את אותו ריבון או מחוקק, ולכן בגלל שאין כלל הכרה במשפט הבין לאומי לא קיים תחום כזה. גישה זו זכתה לביטוי מרוכך בדבריו של השופט חשין **בפס"ד מראבה**- שבצעירותו הוא מסביר כי המשפט הבינ"ל הפומבי לא נראה בכלל כראוי לתואר משפט, כאשר עם השנים התחום התפתח, ומתאר כי עוד קיימת דרך רבה עד שיהפוך להיות שיטת משפט מן המניין, שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר את אותן נורמות. ציטוט זה מראה את הרמיזות לעבר, את ההתקדמות, ואת הספקות לגבי היותו של המשפט הבינ"ל שיטת משפט מוכרת.

- שאלה: על מה מבוססת העמדה השוללת את היותו של המשב"ל "משפט"?

תשובה: ישנן מספר צלעות שעליהן העמדה מבוססת:

1. היעדר מחוקק מרכזי- הבעיה היא בקושי בזיהוי או יצירת כללים, החקיקה הקיימת כללית ואינה נובעת מריבון חיצוני. יש קושי לגבש הסכמות ליצירת כללים חדשים.

2. היעדר רשות שופטת מרכזית בעלת סמכות שיפוט שבחובה - קשה לקבל הבהרה או פרשנות מוסמכת של הדין. הבעיה היא באכיפת נורמות כנגד צד מתנגד, והדבר עלול לגרום להנצחת סכסוכים. קשה לאכוף הפרות אם הצד מתנגד; למשל ישראל לא יכולה לגרור את החמאס לבית דין בינ"ל - אלא אם כן החמאס ייתן את הסכמתו. בריטניה לא יכולה לגרור את רוסיה לבית דין בינ"ל אלא אם כן רוסיה תיתן את הסכמתה לידון בפני ה־ICJ. ואיזו מן מערכת משפטית היא מערכת שבה יש צורך בהסכמת הצדדים? קיים auto interpretation, כל מדינה מפרשת לעצמה את החוק וקשה להגיע להסכמה.
3. היעדר רשויות מבצעות מרכזיות (כגון ממשלה, משטרה, הוצאה לפועל) - הבעיה היא שאין גוף מרכזי שמוציא לפועל את המדיניות של הקהילה הבינ"ל. כל מדינה חייבת פתרון אד הוק - אין ממשלה שיכולה להוציא לפועל באופן ברור והחלטי את המדיניות של הקהילה הבינ"ל. בנוסף, אין סנקציות בשל הפרה של הכללים.

התוצאה לפי הגישה המסורתית הנ"ל:

- המשפט הבינ"ל לא מקיים את התפקיד המסורתי של משפט, כמו הכוונת התנהגות, יישוב סכסוכים ויצירת מסגרת לקיום בצוואת ושת"פ.
- מדינות, בפרט החזקות מביניהן - מתעלמות מהמשפט הבינ"ל כל אימת שהן רוצות, וכך היחסים הבינ"ל מושגתים על כוח: מי שיותר חזק הוא זה שיתבע וינצח ויכתיב את הטון.
- כל הפגמים הנ"ל לא מבטלים את היותו של המשפט הבינ"ל משפט ושיטת משפט:
 1. מכיוון שאמנם אין מחוקק מרכזי (דמוי כנסת למשל) - אך הדבר לא אומר שאין לנו חקיקה. בהמשך נלמד שיש הרבה מאוד כללים משפטיים מחייבים שהם שווי ערך לחקיקה, וכללים אלו מעוגנים במידה רבה באמנות והסכמים בינלאומיים - שהם דברי חקיקה לכל דבר, הם התוצרים של הליכי חקיקה בינלאומיים. כמעט כל המדינות מהוות צד לאמנות אלה - למשל בהסכם הסחר העולמי ישנן 169 מדינות שמהוות צד - מעל 90 אחוז מאוכלוסיית העולם.
 - לצד אמנות אלה, ישנם גם מנהגים: שהם כללים מחייבים אך נוצרים בדרך של מנהג ולא דווקא בדרך של חקיקה פוזיטיביסטית (חקיקה של חוק על נייר).
 - לכן, המשפט הבינ"ל מוצף בכללים משפטיים, ובתחומים מסויימים כמו דיני זכויות אדם - משפט בינ"ל מתקדם הרבה יותר ברגולציה ונורמות והרבה יותר עשיר מתחומי משפט אחרים.
 2. מערכת של בתי משפט ובוררות בינ"ל - הסכמה לסמכות שיפוט במסגרת הסכמים ספציפיים, כמו הסכם השלום ישראל - מצריים שייפטר ע"י בוררות, אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים - ICJ, ובנוסף - שליש ממדינות העולם נתנו סמכות מראש לשיפוט באופן כללי.
 - לצד זאת, יש לנו רשת של בתי משפט בינ"ל שיש להם סמכות שיפוט מחייבת - כמו בתי המשפט הבינלאומיים של האיחוד האירופי, בתי המשפט של ארגון הסחר העולמי WHO, בית הדין האירופי לזכויות אדם ECHR, ו־ICC.
 - המשפט הבינ"ל מחלחל למערכות המשפט והשיפוט המדינתיות - סיכולים ממוקדים, או למשל משפט אייכמן שהתקיים בישראל. זהו פסק הדין המכונן שטבע את המושג סמכות אוניברסלית - שבו ביהמ"ש שופט אנשים שהם לא אזרחים שלו על פשעים בינלאומיים. ביהמ"ש הישראלי היה חלוץ בתחום. בתי המשפט הבינ"ל משמשים עצמם כסוכנים של המשפט הבין לאומי.
 3. על אף היעדר רשות מבצעת מרכזית יש מועצת ביטחון - גוף של האו"ם. מורכבת מ-15 מדינות שמתוכנן יש 5 קבוצות שיכולות להטיל וטו, כאשר יש 10 שמתחלפות משנה לשנה. יש למועצה זו סמכויות ביצוע והפעלת כוח, ובכלל זה הטלת סנקציות פוליטיות, כלכליות וצבאיות (כמו במקרים של עירק, איראן וצפון קוריאה). האפקטיביות של גוף זה מוטלת בספק אך הוא מספיק בעל סמכות.
 - ישנם גם משטרים ספציפיים בעלי סמכות להטיל סנקציות כמו ה-WTO - ארגון הסחר העולמי. לא רק שיש בו מערכת בתי משפט, אלא אם מדינה מגיעה ל־WTO לאחר 15 חודשים שניתנו למדינה לציית ולבצע רגולציה, היא יכולה לקבל את ההרשעה אוטומטית ויוטלו על אותה מדינה מפרה סנקציות סחר. לדוגמה, המקרה שהיה עם ארה"ב שלא צייתה מכיוון שהתבקשה לשנות את חוק המיסוי, והוטלו עליה סנקציות שציידו את האיחוד האירופי בכלים כנגד ארה"ב. לא תמיד מדינות ומעצמות חזקות מקבלות לידיהן כוח,

אלא גם מדינות חלשות יותר כמו אקוודור. כך אנחנו רואים שלא רק שיש לנו משפט בדין הבין לאומי, אלא יש לנו גם מערכת אכיפה.

אם כך, יש לנו חקיקה, שיפוט, אכיפה והוצאה לפועל במשפט הבין לאומי. ישנה טענה שאמנם מערכת השיפוט הבינ"ל היא ליגל סיסטם, אך עדיין טוענים שההבדל בין שיטת המשפט הלאומית והבין לאומית היא בדרגה של בתי המשפט, ויש הבדלים באופן שבו המשפט מיושם. במשפט הפנימי המודל הוא ריכוזי, ואילו בבינלאומי- המודל הוא ביזורי. למרות הביזוריות והיעדר אכיפה ממוסדרת, רמת הציות גבוהה למדי לכללי המשב"ל. למרות אלמנט ההדדיות שמניע את הציות, הסנקציות והסכמת המדינות- הרושם שלא מצייתים למשפט הבינ"ל נגזר במידה רבה מכך שההפרות שאנו קוראים עליהן הן אלה שעוסקות בהפרות שזכות לעיקר תשומת הלב- כמו חצי האי קרים. לעיתים, מדינה מוכנה להקריב ולהסתכן בדברים שנוגעים לאינטרסים לאומיים חשובים, ולכן מקרים אלה קורים למרות שרמת הציות גבוהה. כיום, המשפט הבינלאומי נחשב יותר ויותר כשיטת משפט "עם שיניים". דבר זה בא לידי ביטוי מעדותו של היועמ"ש מזוז בפני וועדת וינוגרד לאחר מלחמת לבנון השנייה: הדמיון הוא שגם הוא כמו חשין מדבר על העמדה הרדודה של המשפט הבין לאומי כשהיה סטודנט, וטוען גם שהיום המשפט הבינ"ל מנהל את חיינו לא פחות, ואף יותר. היועמ"ש מזוז מאדיר את התפתחותו של המשפט הבינ"ל.

כאשר מסתכלים נכוחה במערכות המשפט הלאומיות של המדינות עצמן- הן אינן מושלמות גם כן:

1. המחוקק המרכזי אינו תמיד בעד מעמד מרכזי (יש דין ביזורי, לא תמיד יש common law).
 2. בתי משפט- חלק קטן מן הסכסוכים מוכרעים, ורובם מוכרעים לאחר שנים, וישנה עליית ADR- alternative dispute resolution.
 3. למרות קיום מנגנוני אכיפה חזקים, הציות לדין הפנימי לוקה בחסר- למשל אנשים שהיו בכלא וממשיכים לפשוע, וגם אנשים במישור האזרחי מפרים חוזים או מבצעים עוולות.
 4. גם במישור הפנימי מי שחזק הוא מי שצודק: might is right- הלוביסטים, בעלי הכוח משקפים את כוחם דרך המשפט. בעלי הכוח נותנים יותר טון במשפט מאשר האזרח הפשוט.
- לכן, למרות שנוטים לעשות אידיאליזציה של המשפט הפנימי אל מול הבינ"ל- גם המשפט הפנימי עצמו לא מושלם.

מספר היבטים חשובים לסיכום:

1. המשב"ל מהווה תחום משפטי פרימיטיבי יותר, כאשר מערכת המשפט הפנימית היא המערכת המתקדמת שיש לשאוף אליה, כאשר המשב"ל הוא המודל הפרימיטיבי יותר ששואף אליה. דבר זה לא נכון בהכרח, ולפי ד"ר סיוון- היא מתנגדת.
 2. ספק שהפרספקטיבה נכונה מכיוון שהמבנה של החברה הבינלאומית הוא מבנה מבוזר, ומן הסתם שיהיה קשה יותר להגיע להסכמות במערכת גדולה ופחות ריכוזית. במדינה לאומית וריכוזית קל יותר מכיוון שהכל מושתת על ערכים דומים.
- מערכת המשפט הבינ"ל היא מבוזרת ומורכבת הרבה יותר. החברה הבינ"ל היא מורכבת ומגוונת הרבה יותר, ומציגה קשיים משמעותיים בפני המשפט שבא להסדיר אותה. המשפט הבינלאומי מתוחכם למען האמת, מכיוון שישנם מספר כלים מתוחכמים שמשתמשים בהם ע"מ להסדיר למרות האילוצים, וישנם מספר אתגרים:
- היעדר אתוס משותף ומשיכה לכיוונים שונים- glocalism: טראמפ מאתגר את המהלכים של הגלובליזציה, וגם הברקסיט. בין הגלובלי ללוקאלי (למקומי).
 - המתח בין מדינות מפותחות ומתפתחות- הכללים צריכים להיות מקובלים על שני סוגי המדינות. נושא האקלים הוא הבולט ביותר- למשל במדינות שהן מתפתחות ודורשים מהן להשקיע משאבים במניעת זיהום.
 - צורך ליישב בין צורכי השחקנים- השחקנים הראשיים (מדינות) ושחקני משנה (ארגונים בינ"ל, חברות וכו')
 - צורך לעודד ציות לכללים כמעט ללא אמצעי כפיה פורמליים

הולדת המשפט הבינלאומי המודרני

המשב"ל אינו תופעה חדשה - ערי המדינה ביוון העתיקה, ממלכות המזרח הקדום, והאימפריה הרומית. המשב"ל המודרני נולד ב-1648 שנה זו קשורה להופעת המדינה המודרנית והתפתחות מערכת פוליטית המבוססת על ריבוי מדינות, גבולות קבועים, ושלטון אפקטיבי מרכזי. פותחה מולטי סטייט - מדינה שמורכבת ממספר מדינות עם שלטון על, ושלטון אפקטיבי מרכזי.

בימי הביניים היה מושג של מדינה - "סטייט", אך מושג זה היה מאוד אמורפי. המדינות לא היו יחידות פוליטיות עצמאיות מכיוון שהן נעדרו זהות לאומית משמעותית: הם עברו ממלך אחד למלך אחר והשטחים של האצילים זזו ואיתם הגבולות. למלך אין סמכות בלעדית על הפעלת הכוח כי היו צבאות שונים, ולמלך היה קשה להפעיל את מרותו על הצבאות - ולכן רעיון הריבונות היה חלש מאוד בתקופת ימי הביניים.

בנוסף, הייתה עצמאות חלקית - המדינות היו כפופות לשתי רשויות:

1. מבחינת דתית: לכנסיה הקתולית - האפיפיור. הייתה כפיפות דתית של אותן ממלכות לכנסיה הקתולית, ודבר זה לא היווה רק כפיפות דתית - אלא גם כפיות חברתית כי לאפיפיור הייתה סמכות שיפוט, וסמכות להורות על פעילות משמעותיות כמו מסעות צלב; הוא היה סמכות פוליטית נורמטיבית בפני עצמה, דבר שיצר תחרות מאת שנים בין הקיסר לאפיפיור.

2. מבחינה פוליטית: הקיסרות הרומית הקדושה - שייסד קרל הגדול במאה ה-8 כאיחוד פוליטי של אירופה הנוצרית. דבר זה יצר ביזור סמכויות - הייתה כפיפות לקיסר.

במהלך השנים האפיפיור התחזק מול הקיסר. דבר זה היה הסדר הפוליטי במהלך ימי הביניים.

בהמשך, במהלך המאה ה-16, לא רק הקיסר נחלש אל מול האפיפיור, אלא גם מתרבות יותר קריאות תיגר על הכנסיה הקתולית והיא מאבדת מסמכותה כזרם הבלעדי שמכתיב את הנצרות באירופה - בעיקר התנגד הזרם הפרוטסטנטי (כמו הולנד שהייתה פרוטסטנטית). השיא של מהלך ההיחלשות של הקיסרות הרומית הקדושה היה ב-1648 - סיום מלחמת 30 השנים באירופה.

המלחמה הייתה הניסיון האחרון של הסדר הישן לאחוז בשליטה באירופה, כשהיא נסובה על מעמד הנסיכויות במרכז אירופה ובמערבה - בעיקר המדינות הפרוטסטנטיות. זהו היה הניסיון האחרון של קובעי המדיניות הישנים לאחוז בשלטון. המלחמה הסתיימה בתבוסה של הסדר הישן, ונוצרו:

הסכמי ווסטפאליה -

- הסכמה להכיר בעצמאות של מדינות חדשות+חופש דת - ההסכמים שנכרתים באירופה עם סיום מלחמת 30 השנים. היו הסכמים מכוננים שגרמו לקיסרות הרומית הקדושה להכיר במדינות רבות באירופה כמו שווייץ והולנד - וגם ההסכם דיבר על חופש דת, דבר שהיה מהפכני מכיוון שהאפיפיור לא התיר חופש דת.
- אוטונומיה מרחיקת לכת לנסיכויות (כולל יכולת לקיים יחסי חוץ).
- משמעות ההסכמים: אובדן השליטה והמרות גם של הקיסרות הרומית וגם של הכנסיה הקתולית, ואף:
- יצירת מערכת מדינות עצמאיות שאינן חשופות להתערבות בנעשה בשטחן (מולטי סטייט - מערכת מרובת מדינות באירופה שהן הריבוניות למה שנעשה בשטחן). אם בעולם הקודם הכנסיה הייתה גם גורם דתי וגם גורם נורמטיבי מאחד, כעת הייתה התמוטטות של הסדר המשפטי הקודם, ונהיו לנו כמה מדינות שהן ישויות עצמאיות של ממש בלי האפיפיור שיאגד אותן. דבר זה יצר את:
- הצורך במערכת כללים חדשה להסדרת היחסים בין המדינות העצמאיות החדשות שקמו.

- במקביל להסכמי ווסטפאליה, היו מספר דברים חשובים חדשים שקרו:

תקופה של גילוי יבשות חדשות והתפתחות תעבורה ימית - התפתחות התעבורה הימית איפשרה לגלות יבשות חדשות.

מציאה של טריטוריות חדשות תגרו מלחמה - היו צריכים להסדיר מי הגיע קודם ואת הכיבוש של אותם שטחים חדשים, מכיוון שנוצרו הרבה יותר חיכוכים בין המדינות שנוצרו, ולכן היה צורך במערכת כללים חדשה.

כך התהווה המשפט הבינ"ל המודרני, שהוא מערכת כללים חילונית חדשה להסדרת היחסים בין המדינות המודרניות- בתחילה, באו להסדיר את מערכת היחסים בין המדינות הקתוליות לפרוטסטנטיות, ובהמשך- באו להסדיר את היחסים בין המדינות הנוצריות ללא נוצריות.

בסדר הווסטפליאני החדש שמתעצב מאמצע המאה ה-17 עיקרון הריבונות הוא עיקרון מכונן: למדינה יש שליטה בבלעדיות על מה שנעשה בשטחה, והמעמד שלה בזירה הבינלאומית הוא שריר וקיים- בלי קשר לאם היא קתולית או לא, ובהמשך- ללא קשר אם היא נוצרית או לא.

התפתחות המשב"ל מחולקת ל-3 שלבים מרכזיים:

(1) השלב הראשון (1648-1815)

המניע של התפתחות המשב"ל בימים אלה היו בעיקר המלומדים. בתחילת הדרך הייתה את האסכולה הספרדית והאסכולה ההולנדית.

מהאסכולה ההולנדית היה גרוטיוס:

התיאוריה של גרוטיוס מבוססת על שני אדנים:

1. דין טבעי- המשפט מבוסס על עיקרון רציונליים ולא קשור לדת
2. דין פוזיטיבי- דין שקיים כבר, מבוסס על אמנות והסכמים בינלאומיים, זהו המנהג, פרקטיקה קיימת. חשיבותו של גרוטיוס:

1. השלמת מהלך השתתת המשב"ל על יסודות חילוניים
2. פירוט מקורות המשב"ל- הרחיב על מקורות המשפט הבין לאומי, שהם האמנות והמנהג
3. זיהה כללים ספציפים- יצירת תשתית נורמטיבית בסיסית למשב"ל.
4. כתב בשני תחומים עיקריים שהיו מאז ומעולם:

• דיני הלחימה

• דיני הים- עקרון חופש הימים- בים הפתוח, לכל המדינות מותר לשוט ולהשתמש בו ולאף מדינה אין ריבונות על הים הפתוח.

• האינטראקציה בין המדינות הייתה מועטה, ולכן היה סל דל של נורמות בשלב זה, והיה עיקרון מכונן שהיה עקרון הריבונות והוא הכלל המרכזי:

- בתוך המדינה- שלטון אבסולוטי של מלכים- מונופול על כוח פרטי.

- מחוץ למדינה- איסור על התערבות כלשהי בעניינים פנימיים.

- הכללים המתפתחים הם בעיקר בדיני לחימה ודיני ימים.

(2) השלב השני (1815-1919)

- התפתחות מואצת- עיבוי נורמטיבי ופריצת דרך בתחום המוסדי
- הגורמים לשינוי החלו עם סיום המלחמות הנפוליאוניות שיצרו כאוס גדול בתוך אירופה, שהביאו שוב לקריסת הסדר שהיה עד אותו רגע באירופה. המהפיכה הצרפתית גם גרמה לכאוס והיה ניסיון להחזיר את היציבות.
- הרחבת הקהילה הבינ"ל- לאט לאט, צמחו ישויות עצמאיות מחוץ לאירופה כמו ארה"ב, פרס, יפן, סין, טורקיה וכו'. ברגע שנוצרו מדינות מחוץ לאירופה הנוצרית- היה צורך בסט משמעותי יותר של כללים.
- המהפכה התעשייתית וההתפתחות הטכנולוגיות- הגברת האינטראקציה (סחר, דואר, רכבות, הגנה על זרים וכו'). היה צורך באינטראקציה בין אנשים עם המצאת הקיטור לרכבות, אוניות, דואר שנשלח ממדינה אחת לאחרת.
- התגברות איום המלחמה- ההתפתחות הטכנולוגית גרמה לייצור מסיבי של נשק וכלי הנשק הפכו להיות עוצמתיים יותר: בעולם החדש יש יותר כוח ושיתופי הפעולה אחרים יותר, ולכן אנו זקוקים לסט של כללים וארגונים.

ההתפתחויות המרכזיות:

1. הקמת הארגון הבינ"ל הראשון- הקונצרט של אירופה 1815- בסוף קרבות נפוליאון כל מדינות אירופה התאספו כדי להשכיח סדר חדש, ובמהלך המאה ה-19 הקונצרט של אירופה התכנס לא פחות מ-30

פעמים, דבר שהפך אותו לארגון בינלאומי של ממש שדרכו ניסו להילחם בסחר בעבדים, ניסו להסדיר חלוקה של שטחים חדשים, וניסו להסדיר בצורה דיפלומטית סוגיות בינ"ל.

2. ועידות בינ"ל- האג 1899 והאג 1907 - ועידות מכוונות. הפעם המשמעותית הראשונה שבה התכנסו מדינות לצורך חקיקה פוזיטיביסטית של אמנות בינלאומיות. לוועידות אלה הגיעו לא רק מדינות אירופה, אלא גם מדינות מחוץ לאירופה שהשתתפו על בסיס מאוד חשוב של שוויון ריבוני: לכל מדינה קול אחד ולכל מדינה אפשרות שווה להשתתף, להשפיע ולעצב את האמנות שניתנות. לאמנות אלה יש תרומות:

3. שימוש גובר בבוררות בינ"ל ככלי ליישוב סכסוכים

התרומות לסיכום:

- תרומה נורמטיבית- אמנות יוצרות חוק - אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום/ואמנת הרג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה.
- תרומה מוסדית (PCA) - permanent court of arbitration - מוסד בוררות שעד היום יושב בהאג ומכריע בסכסוכים בין לאומיים. נוסד ב1899.

משלב זה, המשותף הוא שאומרים למדינות כיצד ליישב סכסוכים, כיצד לנהל את המלחמות שלהן. המדינות מפנימות שאם הן רוצות לחיות בקהילה בינלאומית הן צריכות להכפיף את עצמן לכללים ולגרוע במידה מסויימת מהריבונות שלהן. המציאות של המאה ה19 חייבה שת"פ הולך וגובר, וכל המדינות שיתפו פעולה ע"מ לדאוג לאינטרסים שלהן ולכלכלה שלהן - צמצום הנפגעים במלחמות, הגנה על שבויים, ואינטרסים נוספים. המשב"ל נועד לשרת את האינטרסים של המדינות.

- שיטת האג ביטאה אופטימיזם גדול שהיה במאה ה19, אך בפועל - שיטה זו נכשלה, וברגע שהאינטרסים הלאומיים של המדינות היו חזקים מדי, הן הפרו את הכללים שהסכימו להם והחלה מלחמת העולם הראשונה - וקרה הסדר העולמי.

3) השלב השלישי - ראשית המאה ה-10 (שלום וורסאי 1919 עד היום)

- ניסיון משמעותי ליצור סדר עולמי משמעותי שמבוסס על ארגונים בינלאומיים בצורה הרבה יותר משמעותית. דבר זה כרוך בנגיסה נוספת בריבונות המדינות והעברתו לגוף קבוע בעל אישיות משפטית.
- חבר הלאומים - הוקם לאחר מלחה"ע הראשונה, רצו ליצור גוף שהאחריות המרכזית שלו תהיה שמירה על הביטחון והשלום העולמיים - זהו המנדט המרכזי שלו. הוא יצר הסדרים שהיו רכים בנוגע לשימוש בכוח: למשל סעיף 12 למגילת חבר הלאומים קבע מנגנון של מיצוי הליכים לפני שפונים לדרך המלחמה (ניסיון להביא להידברות בין המדינות וציון של המצב). ניסיון משמעותי ברגולציה של הזירה הבינ"ל.
- בנוסף, הוקם ב1919 לצד חבר הלאומים ה-PCIJ - בית משפט בינ"ל שישב בהאג במקום ה ICJ של ימינו. משמע, היה ניסיון משמעותי של ערכאה בינלאומית קבועה.
- חבר הלאומים היה כישלון חרוץ, ארה"ב מעולם לא הצטרפה אליו, ומדינות כמו איטליה שפרשו מהארגון, ובעיקר מלחה"ע השניה שמוטטה את הארגון רשמית.
- האו"ם - הוקם לאחר מלחה"ע השניה במקום חבר הלאומים:
- קובע איסור גורף לחלוטין על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות (אלא אם מתקיימים חריגים כמו הגנה עצמית, למשל מדינת ישראל במלחמת ששת הימים שהייתה מלחמת מנע של הגנה עצמית).
- מנגנון הבטחון הקולקטיבי הן סמכויות שניתנו למועצת הביטחון להחליט על שימוש בכוח במצבים של סכסוך - למשל סנקציות של מועצת הביטחון נגד לוב - תקיפה והפלת המשטר שהיה באותה מדינה.
- ה-ICJ - מנגנון השיפוט של האו"ם. פועל לפי עקרון המשלימות: משמע למדינה שיש לה זיקה לפשע היא בעלת זכות הראשונים לשפוט לפי רלוונטיות המקרה.

- ניתן לראות שהמשפט הבינלאומי תמיד צומח יותר מקריסה של הסדר העולמי הקודם. כיום אנחנו נמצאים לאחר הסדר העולמי של מלחה"ע השנייה.
- כאן ניתן לראות עליית מדרגה חקיקתית ועליית מדרגה מוסדית: גם האו"ם, גם הICJ.
- האו"ם הוא לא ארגון על שנמצא מעל המדינות: גם כשהוא מוקם, שיטת המדינות הווסטפליאנית (הריבונית) נשמרת. האו"ם אינו ממשלת על אלא נועד לספק לנו מסגרת לשת"פ יותר אפקטיבי בין מדינות. הוא אמנם כרוך בפגיעה מסויימת בריבונות, אך הקמת האו"ם מלווה ע"י המנגנון הווסטפליאני.
- סעיף 2.7 למגילת האו"ם קובע עיקרון מכונן למשפט הבינלאומי המודרני- איסור מפורש על התערבות הארגון בענייניהן הפנימיים של המדינות.

○ מספר עקרונות יסוד:

- ריבונות המדינה בטריטוריה שלה
- עקרון שוויון בין מדינות
- עיקרון איסור מפורש על התערבות הארגון בענייני המדינות

התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות:

1. תחומי עיסוק מתרחבים- הסדרה של הסחר הבינ"ל (ענף שלם של משפט בינ"ל פלילי). גם נושאים כמו דיני חלל, דיני פליטים, זכויות אדם וכו'. תחומים אלה מתבטאים בכרסום משמעותי בריבונות המדינות, דבר שבא לידי ביטוי הכי הרבה בזכויות אדם: דיני זכויות האדם של המשב"ל אומרים למדינה כיצד להתנהג ביחס לנתיני אותה המדינה, דבר שמהווה התערבות. הסדר הווסטפליאני היה מזוהה עם מודל שנקרא: מודל כדורי הביליארד של המשפט הווסטפליאני- בעבר כל מדינה הייתה נדמית כמו כדור, ורצו להסדיר חיכוכים בדינים שונים בין המדינות עצמן, אך לא נכנסו לתוך המדינה עצמה. כיום, המשב"ל הלך וחדר לתוך המדינה וטשטש את מודל כדורי הביליארד שהיה נהוג, כי כיום אומרים למדינה מה לעשות בשטחה- בענייני פליטים למשל.
2. התרחבות בן הארגוני- בצד חבר הלאומים והאו"ם, מספר רב של ארגונים בין ממשלתיים. ארגון הבריאות הבינ"ל, נאט"ו (בתחום הביטחון), קרן המטבע העולמית וכו'.
 - כרסום בריבונות- כל ארגון חדש שמוקם מלווה בכרסום נוסף בריבונות המדינות.
 - ממשל גלובלי (global governance)- אמנם אין ממשלה ריכוזית, אך יש אוסף עצום של ארגונים בינ"ל שבפועל הם עושים רגולציה וממשל בענפים שבעבר התעסקו במשפט המדינתי בלבד, דבר שהוא מהפכני.
 - פרגמנטציה
3. התרחבות הקהילה הבינ"ל- בתחילת המאה ה-20 היה קולוניאליזם והיו בערך 50 מדינות, ובעקבות תהליכים של דה קולוניזציה והזכות להגדרה עצמית, קיימות מעל ל-190 מדינות. ישנן מספר טריטוריות שנויות במחלוקת שאינן נחשבות אך עדיין קיימות.
4. בצד המדינות- ישנם ארגונים ממשלתיים ולא ממשלתיים, ואנשים פרטיים שיש להם גישה ישירה לערכאות בינ"ל. במדינה הווסטפליאנית המדינות היו השחקן המרכזי, אך היום ביהמ"ש הבינ"ל מסדיר את ההתנהגות ומסדיר כללים שנקבעים בין פרטים ובין מדינות. כל פרט מ-800,000 תושבים באיחוד האירופי יכול לפנות היישר לביהמ"ש הבינלאומי. כיום, משקיע בינלאומי זר שמבצע השקעה במדינה כלשהי וחושד שהמדינה המארחת מבצעת עוולות נגדו יכול לגרור אותה לבוררות בינ"ל בעלת סמכות שיפוט שבחובה. למשל- החקיקה של אוסטרליה נגד סיגריות: חברת טבק לקחה את אוסטרליה לערכאה בינ"ל.
5. מגמה של העברת סכסוכים להכרעה שיפוטית- העברת סכסוכים בין כל הישויות בסעיף 4 לבתי משפט בינלאומיים מוסדרים. הקמת בתי דין קבועים בצד ה-ICJ. ישנם בתי משפט נוספים בינלאומיים חוץ מה ICJ שמתמקדים בנושאים מגוונים.

מדוע שמדינות ריבוניות יצייתו למשפט הבינ"ל? מהיא מערכת נורמות שחיצונית למדינה שלהם?

מערכת משפט מדינתית - איך בנויה מערכת המשפט המדינתית? האם היא מערכת היררכית/אופקית? כפרטים, אנחנו מחוייבים לציית ואם לא הרשות השופטת, ההוצאה לפועל והמשטרה יאכפו (זוהי מערכת המשפט המדינתית).

מערכת המשפט הבינלאומית - בעיקר מערכת אופקית, מכיוון שהמדינות בראש ובראשונה יוצרות את החוק. ישנן אמנות (המדינות כובלות את עצמן תחת הסכמתן) וישנם מנהגים (פרקטיקה מדינתית שמדינות מתנהגות לפיה מתוך תחושת מחוייבות). במשפט הבינ"ל, אין לנו הוצאה לפועל או סמכויות אכיפה. לכאורה המדינות לא רק יוצרות את המשפט הבינלאומי, וכשמגיעה השעה - הן אלה שמחליטות לעצמן אם לציית או לא. על פניו הן יכולות שלא לציית אך:

לואיס הנקין - אחד ההוגים החשובים ביותר בתחום המשפט הבינ"ל. טען ב-1979 שרוב המדינות מצייתות רוב הזמן לרוב הכללים של המשפט הבינ"ל. השאלה הנשאלת היא למה למדינות לפעול כך? מתוך אינטרסים.

קייס: סכסוך בין אוסטרליה ליפן. אוסטרליה מביאה את יפן לביה"ד הבינ"ל בעקבות ציד לווייתנים. אוסטרליה טוענת שיפן מפרה אמנה בינ"ל בנוגע לציד הלווייתנים. קו ההגנה של יפן היה שהיא מבצעת את ציד הלווייתנים לצורכי מחקר. מדוע יפן אומרת שהיא תציית? לצורך העניין, גם בארץ ביהמ"ש כפוף לאותם מנהגים כמו יפן שמצייתת, כל הניתוח המשפטי של נושאים עוברים תחת המשפט הבינ"ל (ביהמ"ש הישראלי רוצה להראות שהוא עומד בקנה אחד יחד עם המשפט הבינלאומי). מדוע מזהים רצון של מדינות לציית? האם תמיד מדינות מצייתות? מדוע מדינות בוחרות לציית למשפט הבינלאומי? האם יש כללים שיש סבירות רבה יותר שיזכו לציות מאחרים? מספר תיאוריות/גישות שעונות על השאלה מדוע מדינות מצייתות:

ריאליזם משפטי:

מדינות מצייתות לכללי המשפט הבינ"ל כאשר הם תואמים את האינטרסים שלהם. המזוהה עם גישה זו הוא המלומד מורגנטאו - מדינות מצייתות כאשר הדבר תואם את האינטרסים שלהם לצבור כוח (פוליטי, צבאי או כלכלי). הוא שאל מהו התפקיד של המשפט הבינ"ל? לפיו יש 2 רעיונות שהמשפט הבינ"ל ממלא בחיינו:

1. תפקיד מוגבל של הכוונת התנהגות של מדינות במקרים בהם אין אינטרס מדינתי חזק המנוגד לכללים, והן נדרשות למערכת כללים שתעשה רגולציה ליחסים בין המדינות במובן שהמשפט יגביר את התיאום בין המדינות וימנע סכסוכי. בנושאים לא קריטיים למדינה, למשל מים טריטוריאליים = 12 מייל ימי מהחוף שבהם למדינה עדיין יש ריבונות. לדעת מורגנטאו זוהי טכניקה להגברת שיתוף פעולה ע"מ שהמדינות יוכלו לפעול בשקט ולקדם את האינטרסים שלהם. לדעת מורגנטאו, בשעת אמת אם מול כלל משמעותי תהיה התנגשות - המדינות לא יצייתו, ולכן לפי גישה זו גם לא ניתן לכפות באופן אמיתי כי גם אין איך לאכוף. לגישה זו מצטרף גם אריק פוזנר - לא תיתכן מחוייבות אמיתית לנורמה בלא אכיפה.

2. המשב"ל הוא כלי רטורי שתכליתו הסוואת האינטרסים של המדינות. כולנו רוצים להרגיש טוב יותר עם עצמנו לדעת מורגנטאו, ולרוב מדינות עושות שימוש במשפט הבינ"ל ע"י שימוש בו וטשטוש של המטרות האמיתיות שלהן. הן עושות זאת ע"י ניסוח מניעה ופעולותיה של המדינה בצורה המעוגנת בנורמות חיצוניות. לדעתו, יש כאן שימוש אפולוגטי ולא מטעמים נורמטיביים במשפט הבינלאומי, כדי להשיג לגיטימיות לצייר את הפעולות שלנו באופן טוב יותר. לדוגמה: מלחמת הסחר בין ארה"ב לסין. לטענת טראמפ, הוא טוען טיעונים שמסתמכים על המשפט הבינ"ל ואומר שהסינים מפרים את דיני הקניין הרוחני הבינ"ל, או שיש לארה"ב אינטרס בטחוני ולכן הוא

מתרץ את ההגנה ואת צעדי הסחר שהוא נוקט כנגד סין. לצורך העניין - טראמפ נוקט בצעדי הסחר כנגד סין, כדי שיוכל לחזק את הכלכלה האמריקנית (לאמריקנים יש חוב כלכלי עצום בהשוואה לסינים). בסופו של דבר, הסכסוך בין ארה"ב לסין הוא לא סכסוך משפטי, אלא סכסוך כלכלי-פוליטי בין שתי המעצמות הגדולות ביותר בעולם. אף אחת מהן לא רוצה להצטייר כמקדמות האינטרסים שלהן, ולכן הן משתמשות באצטלה של נורמות המשפט הבינ"ל כדי לתמוך בצעדים שלהן.

ישנן מספר דוגמאות שתומכות בגישת הריאליזם המשפטי:

- כשאררה"ב נכנסת לעיראק בתחילת שנות ה-2000, היא משתמשת בטענות של הפלת רודן שמתעלל בעם שלו. ארה"ב משתמשת בכוח ללא שום אסמכתא חוקית מהמשפט הבינ"ל (לא הייתה הגנה עצמית ולא הותר לה להשתמש בכוח נגד עיראק).

- סיפוח שטח במשפט הבינ"ל הוא אסור, לכן טוענים למשל שסיפוח רמת הגולן ומזרח ירושלים שקבוע בחוק הישראלי, הוא לא חוקי מבחינת המשפט הבינ"ל.

גישת הריאליזם המשפטי היא גישה פשטנית, מכיוון שהיא מתקשה להסביר את אותם מקרים שבהם המדינה כן מצייתת למרות שיש לה אינטרס לאומי מהדרגה הראשונה. למשל:

בג"ץ העינויים - למדינה שמתמודדת עם טרור יש אינטרס של ביצוע עינויים בתנאים מסויימים. ביהמ"ש העליון התבסס על אמנות זכויות אדם ואמנות נגד עינויים, ולמרות האינטרס אסרו לפי המשפט הבינ"ל את העינויים.

באופן רגיל, המעצמות הגדולות מצייתות למעל ל-95% מההחלטות שניתנות נגדן באיחוד הסחר העולמי, כאשר לסין יש 100% ציות להחלטות האיחוד.

לגישת הריאליזם המשפטי יש אינטואיציות נכונות אך היא לא מספיק מתוחכמת

רציונליזם תועלתני:

עומד מאחוריה לואיס הנקין - שטוען שבפני מדינות ניצבים מספר רב של שיקולים תועלתניים שלמעשה מניעים את המדינות לעבר ציות למשפט הבינלאומי. בבסיס, הנקין מתחבר לעניין האינטרסים של המדינות, אך האופן שבו הוא מגדיר את האינטרסים האלה רחב הרבה יותר מאשר הגישה הראשונה. לטענתו, אנחנו צריכים להבחין בין שני סוגים של תמריצים לציית למשב"ל:

1. תמריצים פנימיים - למדינות יש אינטרס בקיום שלטון חוק בינ"ל. כמו שלפרט יש אינטרס בשלטון חוק, כך גם למדינה יש אינטרס בשלטון חוק. רוב הפעמים הנזק לשלטון החוק יהיה הרבה יותר גדול מהתועלת בהפרה ספציפית.

בנוסף, בכל פעם שישנה החלטה אם לקיים או לא לקיים את הכלל ע"י המדינה, המדינה שוקלת את היתרונות והחסרונות שיאפשרו להן לקדם את האינטרסים שלהן מול מדינות אחרות. משמע, מדינות מצייתות גם באירועים שיש בהם רציונליות, והן מוכנות לשלם מחיר מסוים בטווח הקצר, ולוותר על הפרה ספציפית מסוימת מכיוון שהן מבינות את התועלת שתצמח להן מציות לכללי המשב"ל.

ציות להחלטת טריבונלים להשקעות - כל מדינה רוצה למשוך משקיעים זרים, מכיוון שהם מביאים הון עתק שמשקיעים כאשר למדינה עצמה אין את המשאבים לכך (למשל קידוחי גז בים או הרכבת הקלה). ברוב המקרים, המדינות מצייתות להחלטת הטריבונלים כי שווה למדינה לספוג את ההפסד בתיק ספציפי ולקחת אחריות על הפרות שמשקיע זר טוען כנגדה, כי היא רואה את התועלת שתצמח לה בעתיד (משקיעים אחרים יראו שזו מדינה שומרת חוק ויבחרו להשקיע בה).

ציות מכוח יסוד ההסכמה - מתאם גדול בין הכלל הבינ"ל לאינטרס המדינה. למשל, אם מלכתחילה לא היה אינטרס למדינה להסכים לכלל, היא לא הייתה מצטרפת לאמנה.

למדינות יש אינטרס לא רק בקיום הכללים, אלא בקיום מנגנוני אכיפה. אם מדינה מצטרפת לארגון כמו ארגון הסחר העולמי, היא מצטרפת לאמנות כי היא רוצה גם שיתנו תוקף ממשי לאותן אמנות. למדינה יש אינטרס בקיום הכללים שהסכימה אליהם.

2. תמריצים חיצוניים-

סנקציות- כנגד כל הפרה יש סנקציה.

- סנקציה משפטית פורמלית: אם מדינה מפרה את המשפט הבינלאומי, ניתן לקחת אותה לביה"ד בהאג, להעמיד את ראשי המדינה לדין, לפסוק פיצויים נגד מדינות ועוד. ישנה קשת רחבה של סנקציות שמניעות מדינות לציית. למשל, בתי משפט בינלאומיים פליליים שאוכפים את המשב"ל ההומניטרי. במקרים של הפרת זכויות אדם, יכולים להיות פיצויים ושינויי חקיקה. לפי הנקין, ישנן סנקציות משפטיות אמיתיות שמניעות מדינות לציית לכללי המשב"ל הפומבי.

- סנקציות משפטיות לא פורמליות: פגיעה במוניטין, יחסים עם מדינות אחרות, היעדר נכונות לסחר או השקעה, חרם אקדמי/צרכני, וכו'. כל אלה משתקלים לתוך חישובי העלות-תועלת של המדינה, דבר שמעניק לה תמריץ לציית. החרם שנעשה נ' ישראל בשנים האחרונות - BDS (חרם אקדמי, כלכלי וכו'). במשטר האפרטהייד בדרום אפריקה, המוניטין שלה צנח- ואיתה גם היה חרם אקדמי ואי השקעה.
- חוק הסיוע האמריקאי- מדינה שמפרה זכויות אדם לא תיתמך ע"י ארה"ב, דבר שגורם למדינות רבות ליישר קו עם הסטנדרטים לזכויות אדם שארה"ב מאמינה בהם, למשל הגנה על קורבנות סחר בבני אדם; ומדינות מנסות למזער את הסחר בבני אדם ע"מ לקבל כמה שיותר סיוע מארה"ב. ישראל למשל העבירה את החוק למניעת סחר בבני אדם, וקפצה מקטגוריה שלישית לראשונה וקיבלה סיוע רב מארה"ב. זוהי למשל סנקציה לא פורמלית שננקטת ע"י ארה"ב, אך מכתובה את הציות למשב"ל.

לפי הנקין, השילוב בין התמריצים הפנימיים והחיצוניים יוצרים תרבות של ציות (culture of compliance).

הגישה הליברלית:

תומס פרנק- מלומד שטוען שמה שמניע מדינות לציית הוא ערכים. הוא לא מתייחס לציניות של אינטרסים בלבד. לטענתו, אנו חיים בזירה בינ"ל בדבר שנקרא פלורליזם אתי (מוסרי). אין הסכמה על ערכים מסויימים, והבסיס לצייות המדינות והרגשת המחויבות שלהן למשב"ל נעוץ בלגיטימיות הכללית של המשפט הבינ"ל- כי במידה והכללים יתפסו כלגיטימיים, המדינות יצייתו להן גם אם הן לא ייראו להן משתלמים.

הוא טוען שככל שרמת הלגיטימיות של הכללים תהיה גבוהה יותר, רמת הציות תהיה גבוהה יותר.

לפיו, יש 3 מישורים:

1. מקור הכלל- source legitimacy- האם הכלל נובע ממקור סמכות מקובל? (לביהמ"ש הבינ"ל נציית, וגם להסכם בינלאומי נציית כי המדינות הסכימו).
2. לגיטימיות פרוצדורלית- האם הכלל שלכאורה מדינה מחויבת להישמע לו הוא פרי של תהליך קבלת החלטות הוגן? (למשל הליך שהייתה בו שקיפות והמדינות השתתפו בו, האם כל מי שרצה להשמיע את דעתו עשה זאת, האם הייתה הנמקה והסבירו מדוע מדינה צריכה לנהוג בדרך מסויימת?) למשל, ישראל נמנעה מהשתתפות בדיוני הגדר בהאג: הפנו שאלה לביה"ד בהאג- האם גדר הביטחון שבנתה ישראל היא חוקית מבחינת המשב"ל? ישראל בחרה שלא להשתתף בדיונים (החלטה אסטרטגית של הממשלה להדיר רגליה מהדיונים). ברגע שעשתה זו, היא לא השתתפה, ההחלטה שהתקבלה הייתה מוטת למדי וישראל דחתה את חוות הדעת שטענה שהגדר לא חוקית לפי כללי המשב"ל מכיוון שטענה שטענותיה מעולם לא הוצגו לביהמ"ש, וישראל טענה שהחלטת ביהמ"ש הייתה לא לגיטימית. ניתן לראות זאת גם בדו"ח גולסטון לאחר עופרת יצוקה- ישראל לא השתתפה בוועדה וראתה בה בוועדה מוטת שלא אפשרה להציג את דעתה של ישראל באופן מהותי ובחרה שלא להכיר בדו"ח.
3. לגיטימציה מהותית- מהו תוכן הכלל? לפי פרנק, לכלל מסויים שבו אנחנו מזדהים יותר עם תפיסות הצדק שלו, נציית יותר.

הוא טוען שרמת הציות שיניע כלל הוא בסופו של יום נגזרת של 4 משתנים עיקריים:

1. בהירות או מוחלטות של הכלל- עד כמה הכלל נהיר וברור. כשיש נורמה בינ"ל ברורה ומוחלטת, על פניו היא תכווין את ההתנהגות של מדינות טוב יותר ותניע ציות גבוה יותר לעומת נורמה שמשאירה שיקו"ד רב למדינות שיכולות לנצל את העמימות של הנורמה ובעצם לא לציית למהות שלה. מצד שני, הוא אמר שגם לנורמה מוחלטת מדי לא יצייתו בשלב מסויים (למשל שימוש בכוח). לנורמות

מוחלטות חייב להיות חריג לטענתו, כמו איסור שימוש בכוח שמגיע עם חריג של הגנה עצמית. על נורמה ברורה להיות הגיונית ועליה לכלול חריגים. למשל: עינויים הוא איסור מוחלט ללא חריגים (כלל קוגנטי). אך יש לזכור שמדינות כמו ישראל מתמודדות עם פצצה מתקתקת, ולכן המוחלטות של כלל כמו איסור על עינויים הוא לא הגיוני.

2. תיקוף סימבולי - כשיש כללים שמגובים בטקס מסויים שנותן משנה תוקף לכלל, הטקסים מחזקים את הלגיטימיות של הכלל בעיני המדינה והאזרחים שלה ולכן מעודדים גם יותר ציות בקרב מדינות. למשל: טקס חתימה על הסכם שלום. כך אנחנו מחזקים את הלגיטימציה, שמחזקת את הציות לכללים. ניתן לראות זאת גם באמצעות אישור אמנות - שייתן משנה תוקף שיקרין על האמנה עוד לגיטימיות, או הגשת כתב האמנה של שגריר לנשיא.

3. קוהרנטיות - כלל שמיושם ומוחל באופן עקבי הוא כלל לגיטימי יותר שיניע יותר ציות. למשל, מועצת זכויות האדם של האו"ם: ארה"ב טענה שמועצת זכויות האדם של האו"ם הוא גוף צבוע ופרשה ממנו מכיוון שהיא מקבלת החלטות רבות נגד ישראל. היא טענה שהכללים שיוצאים תחת ידיה של מועצת זכויות האדם הם לא לגיטימיים ולא ראויים לציות מכיוון שהם לא קוהרנטיים. לפי טיעון זה מועצת זכויות האדם של האו"ם לא מכילה או מיישמת באופן קוהרנטי את ההחלטות, ואיבדה מהלגיטימיות שלה מתוקף הכללים שנועדה לאכוף.

דוגמה נוספת היא ב ICC ואכיפת כללי המשב"ל הפלילי כנגד מדינות באפריקה - טענו שהגוף מאבד מהלגיטימציה שלו מכיוון שמדינות שמבצעות פשעים נגד האנושות מתרחשות בכל העולם ובחרים להתמקד דווקא באפריקה. בעקבות זאת יש בדיקה פעילה של המעשים גם ברוסיה נגד גיאורגיה, ארה"ב נגד פקיסטן וישראל נגד עזה.

4. הלימה למדרג נורמטיבי - עד כמה הכלל הולם את המדרג הנורמטיבי שלנו? כלל שעולה בקנה אחד עם עקרון הריבונות, כנראה יעלה גם עם השקפת המדינות האחרות וכנראה יעורר גם ציות רב. למשל: הכלל של 12 מיל ימי כמים טריטוריאליים. כלל זה זוכה לציות רב מכיוון שכל המדינות רוצות מים טריטוריאליים.

גישת המשפט כתהליך אינטראקטיבי:

הזוג צ'ייס - מדינות מציינות למשב"ל מכיוון שהן נמצאות באינטראקציה אחת עם השניה בארגונים רבים, וכנסות לשיח ושיח האחת עם השניה, ובמסגרת זו נוצרות דינמיות כמו מספר חברים שהופכים להיות חלק מאותו המועדון. מדינות מתחככות האחת בשניה, נוצרים שותפויות או זהות באינטרסים, וכל זה מוביל לציות למשב"ל, כי בכל האינטראקציות המדינות החזקות יותר יכפו על אחרות, והן גם משכנעות האחת את השניה מדוע לציית או לא לכלל כזה או אחר. כך נוצר מעין לחץ חברתי, וישנו גם לחץ לקונפורמיזם חברתי - אף אחד לא רוצה להיות חריג, ורצון זה מוביל לציית לכללים גם במידה והן לא רוצות, כי הן לא רוצות שיוציאו אותן, יגנו אותן או יאיימו עליהן. גישה זו מסתכלת לא על התכנים של המשפט הבינ"ל, אלא יותר על המסגרות שהמשב"ל יוצר והאינטראקציות שמובילות מדינות לציית לכללים של המשב"ל.

מקורות המשב"ל

כאשר ניצבת בפנינו דילמה משפטית, עלינו לקחת את המשפט הבינלאומי ממקורות שונים:

ס' 38 לחוקת בית הדין הבין לאומי לצדק - (the international court of justice-ICJ) -

נקודת המוצא למשב"ל ועמוד התווך. סעיף זה מהווה פונקציה מקבילה לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט (שאומר שבמידה ולא מוצאים תשובה חקיקתית או פסיקתית, מנסים בדרך של היקש ואם לא מצליחים - מכריעים לאור הערכים של הצדק היושר והשלום וערכי ישראל). סעיף 38 של ה ICJ אומר דבר דומה - שבין הדין שתפקידו לפסוק לפי המשב"ל בסכסוכים המובאים לפניו, ינהג לפי-

- א. הסכמים בינלאומיים, כללים או פרטניים;
- ב. מנהג בינלאומי, כעדות לנוהג כללי המקובל כדין; כמו חסינות דיפלומטית
- ג. עקרונות המשפט הכלליים המקובלים ע"י האומות בנות התרבות;

ד. החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר, בתור אמצעי כזר לקביעת כללי המשפט. סעיף זה מלמד על מקורות א-ג.

- בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט הישראלי נכתב ש"הוראה זו אינה גורעת מסמכותו של ביה"ד לפסוק לפי הצדק והיושר עם בעלי הדין מסכימים לכך". סעיף זה כמעט ואינו מיושם במשפט הבין לאומי.

חשיבותו של סעיף 38:

1. חשיבות תיאורטית - כלל זיהוי התוחם גבולות השיטה ומספק קריטריון לתיקוף כלליה. הוא מלמד מהו הדין המחייב שיש לפנות אליו במשפט הבינ"ל.
2. חשיבות פרקטית - אומר בפועל באילו מקורות על ביה"ד להשתמש ביישוב סכסוכים.
 - למרות שסעיף זה עוסק בICJ, סעיף זה מקובל כקובע נורמות המשב"ל באופן כללי ביחס לכל העולם. הICJ הוא הזרוע השיפוטית של האו"ם, וכנגזרת מכך כל המדינות החברות באו"ם הן צד לחוקת הICJ, ולכן סעיף זה לחוקת הICJ נהנה מיוקרה ברורה והפך למעין דין מחייב שמקובל על המדינות בגלל שבמקור - סעיף זה היה קיים לא רק בחוקת הICJ אלא גם בחוקת PCIJ בחבר הלאומים בעבר.

סעיף 38 מציג 2 סוגים של מקורות:

1. מקורות ראשיים (מחייבים):

- אמנה
- מנהג
- עקרונות כלליים

2. מקורות משניים (מקורות עזר):

- פסקי הדין (גם של ערכאות שיפוט בינ"ל וגם של ערכאות מדינתיות שמכילות את הדין הבינ"ל)
- ספרות (כתיבה של מלומדים)

מקורות אלה אמורים לסייע לנו להבין את המקורות הראשיים.

- אין במשפט הבינלאומי פסיקה שהיא דין מחייב:

דה יורה - כעניין עקרוני, דוקטרינרי, אין עקרון מחייב במשפט הבינלאומי. החלטה של פסק דין של בית דין בינ"ל כלשהו מחייבים רק את הצדדים לסכסוך הספציפי. למרות זאת, דה יורה - רוב בתי המשפט הבינלאומיים רוצים להיות קונסיסטנטיים ולכן הם יסתמכו על תקדימים של פסיקות קודמות - ונגלה נטיה חזקה שלהם לעקוב אחר הפסיקה הקודמת של עצמם, כאילו הן המטריה המחייבת.

סעיף 38 לחוקת ה ICJ מתייחס לפסקי הדין כמקור עזר בלבד ומחייב רק את הצדדים לסכסוך, כאשר בפועל - בית המשפט יוצק תוכן ויוצר דין חדש וממשיך אותו לפסקי הדין הבאים.

יסוד ההסכמה בבסיס מקורות:

- סעיף 38 נוסח בשנת 1920 כחלק מחוקת PCIJ בזמן שהגישה ששלטה הייתה גישה שלפיה עקרון הריבונות היה חזק ומרכזי, ומכך התפתחה הגישה הוולונטריסטית - שלפיה מדינות ריבוניות מחויבות רק לכללים שהן הסכימו להן.
- שלושת המקורות הראשיים - ביטוי להסכמה:
 - אמנה - הסכמה מפורשת
 - מנהג - הסכמה משתמעת
 - עקרונות כלליים - כה בסיסים שחזקה על המדינות להסכים לכללים כמו הליך הוגן או תום לב.
- יסוד ההסכמה עובר כחוט השני בשלושת המקורות הראשיים של המשב"ל.
- הגישה המסורתית רואה ביסוד ההסכמה בבסיס הנורמטיבי וכמקור הלגיטימציה למקורות המשב"ל.

הקושי בגישה המסורתית הוא:

- (1) בגישה המסורתית-וולונטריסטית שמדגישה את יסוד ההסכמה יש פיקציה- הדבר קורה במנהגים.
למשל מנהג שקיים מזה שנים, ולפתע נולדת מדינה חדשה- מדינות כאלה בעבר לא היו מחויבויות בכל סל הנורמות ולא יכלו לתת בכלל את הסכמתן למנהגים כאלה ואחרים.
 - (2) אופן ההתפתחות המשב"ל כיום- במרוצת השנים, עקרון הריבונות נחלש בהתפתחות המשב"ל,
כאשר ארגונים בינלאומיים קמו והם יוצרים כיום את אופן המשפט הבינלאומי. דבר זה יוצר מצב מאתגר מבחינת יסוד ההסכמה, כי מדינות לא יכולות לתת יותר את הסכמתן המפורשת או המשתמעת בעקבות כך. אופן התפתחות המשב"ל כיום מאתגר את יסוד ההסכמה.
- הסעיף לא קובע היררכיה בין המקורות, מכיוון שבמקור כל המקורות שואבים את מעמדם מאותו מקור סמכות- שהוא ההסכמה.
- לכן, האמנה לא בהכרח גוברת על מנהג, וכאשר אנחנו נדרשים לסוגיה של משב"ל עלינו להסתכל על כלל המקורות הרלוונטיים ולהסתכל עליהם מבחינת חשיבותם.
- רשימת המקורות בסעיף 38 אינה ממצה, וישנם מקורות נוספים:

- הצהרות חד צדדיות- מדינה יכולה להצהיר באופן חד צדדי שהיא מחויבת בנורמה מסוימת, והמשפט הבין לאומי יחייב אותה לכך מכיוון שהיא נתנה לכך את הסכמתה. דוגמה: ישראל טענה שנים רבות שאמנת ז'נבה לא מחייבת אותה באיזור יהודה ושומרון ועזה, אך לצד זאת היועמ"ש לממשלה שמגר בתחילת שנות ה-70 הוציא הצהרה חד צדדית, שאומרת שישראל בכל מקרה רואה את עצמה מחויבת להוראות ההומניטריות של הוראת ז'נבה הרביעית ללא קשר להסתייגויות שלה ממנה, ומאז העולם ראה את ישראל כמחויבת בשורה ארוכה של סעיפים.
- החלטות של ארגונים בינ"ל- במובן מסוים, גם מבטאות הסכמת המדינות שהן צד לארגון. ארגונים בינ"ל מהווים חלק חשוב מהמשב"ל: ישנם ארגונים שיש להם סמכות לתת החלטות מחייבות ויש ארגונים שהחלטותיהם יהיו אך בגדר המלצות.

אמנה:

סעיף 38 דיבר על אמנות בינלאומיות, אך במקורות שונים של המשב"ל נמצא שלל שמות לאמנה:

- Treaty- אמנה
- Agreement- הסכם
- Charter- מגילה
- Protocol- פרוטוקול
- Covenant- אמנה, ספר הברית
- Statute- חוקה

כדי שמסמך יעמוד באמנה בינ"ל, עליו לעמוד במספר תנאים שמפורטים בסעיף 2.1 א. לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969- "אמנת האמנות" (אמנה זו עוסקת רק באמנות):

"אמנה": הסכם בינלאומי המסוכם בין מדינות בכתב ונשלט ע"י המשפט הבינלאומי, בין אם נקבע במסמך אחד או שנים או יותר וללא תלות בכינויו הספציפי."

1. הסכם
2. בין מדינות- לכל מדינה סמכות לכרות אמנות לפי סעיף 6 לאמנה. אמנת וינה מסדירה רק אמנות בין מדינות. (יש אמנה אחרת שמסדירה אמנות בין ארגונים בינ"ל למדינות).
3. בכתב
4. כפוף למשפט הבינלאומי- לא כפוף למשפט של מדינה כזו או אחרת.

כאמור, השם לא קובע.

הבחנות וסיווגים מקובלים באמנות:

1. אמנה זו צדדית מול רב צדדית - bilateral/multilateral:
 עיקר השוני בין אמנות זו לרב צדדיות נוגעת לשני פרמטרים:
 ○ יציאה מהאמנה - לדוגמה, קל יותר לצאת מאמנה זו צדדית מאשר לצאת מאמנה רב צדדית.
 ○ הסתייגויות - מצב שבו מדינה מסתייגת מהוראה מסוימת באמנה.
 2. אמנה חוזית מול אמנה יוצרת חוק - contractual treaty/law making treaty: אמנה זו מרמזת על הפונקציות השונות שהאמנות אמורות לקיים:
 ○ אמנה חוזית - באה להסדיר עניין קונקרטי בין שתי מדינות באמצעות חיובים שלובים. לדוגמה, אמנת הסגרה או אמנה למניעת כפל מס (מסדירה מתי ארה"ב וישראל יכולות למסות תושבים בין שתיהן - חיובי מראה, חיובים שלובים של המדינות אחת מול השניה).
 ○ אמנה יוצרת חוק - דומה לחוק במשפט המדינתי (הפנימי). קובעת עקרונות משפטיים בעלי תחולה כללית רחבה: היא לא חלה רק על מדינות ספציפיות, אלא על כולם, כמו למשל אמנת הג'נוסייד (לאחר מלחה"ע השניה והשוואה), אמנות ג'נבה, מגילת האו"ם, אמנות ז"א (זכויות אדם). אמנות אלה יוצרות חוק מסויים שרלוונטי לגבי כולם.
 בדומה לחוק, כולם צריכים להישמע לאמנה יוצרת חוק גם אם יש צד מפר כלשהו.
 - בדר"כ רואים מתאם צמוד בין אמנות זו צדדיות ואמנות חוזיות: אמנות מולטילטרליות לרוב יהיו אמנות יוצרות חוק ואמנות בילטרליות לרוב יהיו אמנות חוזיות, אך לא בהכרח.
ישנן גם אמנות מולטילטרליות שהן אמנות חוזיות כמו האמנה האירופית להסגרה (יש בה כמה עשרות מדינות אך היא לא קובעת חוק והיא רק מהווה אוסף של חיובים בנוגע להסגרה).
 3. אמנה דקלרטיבית מול קונסטיטוטיובית: ההבחנה החשובה ביותר.
 ○ אמנה דקלרטיבית - שכוללת בחובה או כולה, או שחלק מהוראותיה הן הוראות (נורמות) מנהגיות, שמחייבות גם את המדינות שהצטרפו לאמנה וגם את מי שלא הצטרפו לאמנה. למשל, ישראל מעולם לא הצטרפה לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969 - אך היא עדיין מחויבת לאמנה זו, מכיוון שאמנה זו משקפת משפט מנהגי. היא מעגנת נורמות בסיסיות שמקובלות על כל המדינות - עד כדי כך שגם מדינות שלא הצטרפו לאמנה זו מעולם מחויבות לאמנה זו.
 אמנת ז'נבה הרביעית 1949 - מסדירה איך צריך להתייחס לאזרחים בזמן מלחמה, ועוסקת גם בדיני כיבוש. כיום, הקונצנזוס הרווחי היא שאמנת ז'נבה הרביעית משקפת משב"ל מנהגי, משמע שגם מי שלא הצטרף אליה מחויב אליה.
 ○ אמנה קונסטיטוטיובית - כוללת נורמות חדשות ולא מנהגיות, ומחייבת רק מדינות שהצטרפו. במקרים אלה, כל האמנה או חלקה כוללת דין חדש לחלוטין, למשל הסכם פריז (הסכם האקלים) - הוא דוגמה מובהקת, מכיוון שהוא יצר דין חדש לחלוטין.
 - בפועל, החלוקה של אמנות היא לא דיכוטומית - ולרוב יהיה עירוב של הוראות קונסטיטוטיוביות ודקלרטיביות.
 - אמנה יכולה להתחיל כקונסטיטוטיובית ולהפוך לדקלרטיבית - כמו אמנת ז'נבה הרביעית 1949. בתחילה, היא שיקפה דין קונסטיטוטיובי אך כיום העמדה הגורפת היא שהיא משקפת דין מנהגי. המקרה לא יהיה הפוך.
- דרכים להצטרפות לאמנה - חתימה ואשרור:
- לפי סעיף 11, הצטרפות לאמנה נעשית בהליך דו שלבי:
1. חתימה - השלב הראשון הוא שלב טקסי, שבו כל המדינות שמביעות עניין באמנה מגיעות לטקס ואדם מטעם המדינה יחתום (שגריר/רה"מ/שר כלשהו).
 כאשר מדינה חותמת על אמנה, מהרגע שהיא חתמה אסור לה לפעול נגד רוח האמנה (יש לה מחויבות שלא לפעול כדי לסכל את תכלית האמנה, סעיף 18).

- סייג לכך הוא במקרה שהמדינה הבהירה את כוונתה שלא להצטרף לאמנה. לדוגמה, כאשר חוקת בית הדין הפלילי הבינ"ל יצאה, ישראל וארה"ב חתמו על האמנה אך בסופו של דבר לא עשו את שלב האשרור. גם ישראל וגם ארה"ב משכו את חתימתן, הן הצטרפו- אך הבהירו בצורה מפורשת שאין להן שום אינטרס להצטרף.
- 2. אשרור- דיון הפורום המתאים במדינה אם להצטרף לאמנה. במידה והמדינה בוחרת להצטרף, היא שולחת כתב אשרור של האמנה- דפוזיטורי. כל מדינה קובעת את הליך האשרור שלה, כאשר במרבית המדינות כמו ארה"ב, צרפת וכו'- מרגע האשרור של הפרלמנט הדבר הופך לדין מחייב במשפט הפנימי של המדינה.
- במדינות אחרות כמו ישראל ובריטניה, החתימה על אמנות נתפסת כחלק מניהול יחסי החוץ, והאמנות לא מהוות באופן אוטומטי חלק מהדין הפנימי.

מושגי יסוד בדיני אמנות:

1. הסתייגות- (סעיף 23-19 לאמנת וינה): מדינה רשאית בעת ההצטרפות להודיע שאינה מקבלת עליה מקצת מההתחייבויות הקבועות באמנה.
 - דבר זה יכול לקרות רק באמנות מולטילטרליות, כי באמנות רב צדדיות יש היעדר אפשרות פרקטית להגיע לטקסט מוסכם.
 - דוגמה: הצטרפות ישראל לאמנה בדבר ביעור אפליית נשים 1979- בסעיף 27 חייב להיות שוויון במשרות בשירות הציבורי. ישראל הסתייגה ביחס למינוי למשרות שיפוטיות בבתי דין דתיים- מכיוון שבבתי הדין הדתיים ישראל לא תוכל למלא את הבקשה.
 - כלומר, ישנן אמנות שאוסרות הסתייגות כלל (כמו חוקת ICC), ישנן אמנות שניתן להסתייג רק מאמירות ספציפיות וישנן אמנות שבהן ניתן להסתייג מכל סעיף.
 - מדוע קיימת הזכות להסתייג?
 - מוסד ההסתייגות מאפשר לנו להגיע גם אם לא להסכמה מושלמת, עדיין להגיע להסכמה שמקדשת את הערכים של האמנה ושל המדינות תוך גילוי סובלנות לשוני בין המדינות.
 - הסכמה מלאה- הצטרפו מספר מדינות רב ככל האפשר.
2. הכלל הבסיסי- סעיף 26 לאמנת וינה: אמנה מחייבת את הצדדים והצדדים חייבים לקיים אותה בתום לב. מרגע שמדינה מצטרפת לאמנה- היא מחויבת לקיים אותה מול שאר הצדדים באמנה. מדינה שלא הצטרפה לאמנה מסוימת, עשויה למצוא את עצמה מחויבת לכללים מסוימים בה במידה והם כללים מנהגיים. ככל שיש בפרוטוקול הוראות מנהגיות, כל מדינה שחתמה מחויבת בהן.
3. יחס בין אמנה למשפט פנימי- סעיף 27 לאמנת וינה: מדינה לא יכולה להצדיק הפרה של אמנה על בסיס הוראות הדין הפנימי. החוק הפנימי לא רלוונטי למשפט-ל- ברגע שמדינה הצטרפה לאמנה היא מחויבת לציית לה, ובמידה ולא- היא יכולה לשאת באחריות בינלאומית או אחריות מדינה.

תרופות במקרה של הפרת אמנה:

במקרה של הפרה, המדינה אחראית ועשויה לצאת בתוצאות, למשל:

1. הפרת נגד/צעדי גמול- לעתים מדינה עשויה להיתקל בretaliation. המשפט הבינ"ל מאפשר למדינה שנפגעת מההפרה לנקוט בכפוף לצעדים מסויים בצעדי גמול, עד שהמדינה המפרה תחזור לדרך הישר.
2. ביטול/השעיית האמנה- הפרה יכולה להקים למדינות הרלוונטיות סעד של השעיה. נבחין בין אמנות:
 - אמנה בילטרלית- בין שני צדדים, במקרה של הפרה מהותית (כמו סעיף חיוני להשגת מטרה/תכלית האמנה)- הצד הנפגע בד"כ יכול להסתמך על אותה הפרה מהותית כדי להביא לביטול של האמנה או להשעיה עד שיכררו.
 - אמנה מולטילטרלית- אמנה בין מספר צדדים שיוצרת חוק ובאה להגן על ערכים רחבים ולכן מצבים כאלה מסובכים יותר. בד"כ אמנות מולטילטרליות הן מסובכות בסעדים ולא תמיד מאפשרות לבטל או להשעות, אך ישנן אמנות מולטילטרליות שמאפשרות להשעות או לבטל את האמנה במידה של הפרה מהותית (יסודית), אך יש צורך בהסכם פה אחד להשעות או לבטל את האמנה מול הצד המפר או בין כל הצדדים.

מנהג:

מנהג: "המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין".

Customary international law - דין בינלאומי מנהגי.

כדי להציג את המנהג, נשתמש במשל השביל של דבישר:

ישנו כפר כאשר בצד אחד יש את מועצת הכפר או הכיכר המרכזית, ובצד השני נמצאת הכנסיה. אנשים נוהגים ללכת הרבה ושדה פרא מפריד בין הצדדים. כך אדם ועוד אדם עוברים באמצע השדה כך שעם הזמן מסתמן שביל שיותר ויותר מאנשי הכפר מתמידים והולכים בו מצד אחד לצד השני.

השביל היה הנוהג, (שביל=נוהג) וכך התפתח הנוהג שבו הולכים מהכיכר המרכזית אל הכנסיה, אך פסיעות הרגליים שסימנו את השביל הן פסיעות הרגליים של האנשים שהשתמשו הרבה בשביל לשם ההליכה לכנסיה או האנשים שהם בעלי משקל.

אך, דבישר טוען שכל עוד אין חובה ללכת בשביל, היא מהווה נוהג (דבר שאנשים עושים כי הוא כדאי ומועיל להם- זוהי הדרך הקצרה מהכיכר אל הכנסיה). כדי שאנחנו נעבור מנוהג שאנשים נוהגים לפיו (ובמשפט הבינ"ל פרקטיקה שמדינות נוהגות לפיה), דרוש לנו יסוד נוסף של חובה. כלומר, כדי שנדבר על מנהג יש צורך באלמנט נוסף שהוא יסוד החובה. במילים אחרות, כל עוד מותר לקחת נתיבים אחרים, ההליכה בשביל נשארת נוהג- היא לא חובה משפטית. רק כשאנשים ירגישו שהם חייבים ללכת רק באותו שביל כי למשל הוציאו חוק עזר או כי המועצה גידרה וסימנה את השביל תוך שהיא אומרת שזה השביל שצריכים ללכת בו, רק במקרה כזה נדבר על דין מחייב משפטי ולא מנהג בלבד.

לדוגמה – מנהג לפיו מדינות במשפט הבינלאומי נוטות לכבד האחת את פסקי החוץ של השניה, אך לא נמצא חובה משפטית לכבד את פסק החוץ של מדינה אחרת. הדבר אינו חובה אך בפרקטיקה הוא מאומץ כל הזמן ודבר זה עדיין לא הופך אותו לחובה.

המנהג במשפט הבינ"ל היא פרקטיקה שנוצרת באופן ספונטני כמו במשבל השביל כחלק מדרישה לענות על צרכים מסוימים. אם הפרקטיקה היא מתמשכת ובעלת היקף תחולה כללי והיא עקבית- פרקטיקה ספונטנית זו עלולה להפוך לדין מחייב.

קשיים בדין המנהגי:

1. העמימות האינהרנטית- מהו משך הזמן שבו נוהג הופך לכלל? כמה אנשים או מדינות צריך?
2. קושי באיתור- גם כשיש שביל, כל עוד אינו מואר ומגודר, אנשים עשויים שלא לעבור בו.

הפרקטיקה של המדינות הצמיחה דינים מחייבים, למשל הכלל של מים טריטוריאליים (12 מייל הם שטח ריבוני)- התפתחה בדרך מנהגי; מדינות חוף לא נתנו לכלי שיט להיכנס לחופיהן ממרחק של 12 מייל. יותר ויותר מדינות החלו לאמץ את אותה דרך, והיום הוא דין מנהגי מחייב.

תחומים שלמים במשב"ל נוצרו בדרך של מנהג.

כשאומרים דין מנהגי מחייב- הכוונה בדין מחייב. אחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה נקרא:

עקרון ההבחנה: לפי עקרון זה, על צד לסכסוך מזוין להבחין כל העת בין לוחמים ובין אזרחים כמו גם בין יעדים צבאיים ליעדים אזרחיים. בהתאם לעקרון ההבחנה, מותר לצד הסכסוך לתקוף רק בסיסים צבאיים ורק לוחמים. עקרון זה התפתח מזמן, ומשקף דין מנהגי שחייב את המדינות הרבה לפני 1977 מכיוון שמלחמות היו תמיד, ומדינות לא רצו שיפגעו באזרחים שלהן ורק בלוחמים- ולכן התפתחה פרקטיקה שהתלוותה אליה תחושת מחויבות שכך חובה וצריך לנהוג במלחמה. רבים מעקרונות דיני הלחימה התפתחו בדרך של מנהג.

לפי סעיף 38, נהוג לפרשו כמציב שני תנאים מצטברים:

1. יסוד פיזי-פרקטיקה: "נוהג כללי", state practice. מה שהמדינות נוהגות לפיו. התנהגות מקובלת של מדינות, כאשר נדרשים 3 תנאי מבחנים כדי ללמוד האם יש פרקטיקה של מדינות:
 - פרקטיקה ממושכת - נסתכל על מימד הזמן של הפרקטיקה, דרישת הזמן. פעולה חד פעמית אינה יכולה ליצור מנהג, כלומר לוקח זמן למנהגים במשכ"ל להתהוות. אין דרישת זמן מינימלית לצורך התהוות של מנהג, ואכן - לצד מנהגים שהתפתחו במשך דורות כמו חסינות דיפלומטית, ישנם מנהגים שהתפתחו במהירות כמו שאין למדינה ריבונות על החלל לאחר שנכנסו לחקר החלל והכלל שלפיו מדינות יכולות להפעיל כוח נגד ארגוני טרור לא מאורגנים לאחר אסון התאומים.
 - פס"ד המדף היבשתי (North sea continental shelf cases, ICJ (1969)** - חלק יבשה שיועד באיטיות עד שמגיע להיות קרקעית הים. מדינות גילו שבמדף היבשתי נמצאים מחצבים חשובים ובגלל הירידה ההדרגתית קל למדינות לחלץ אותם. ב-1945 הנשיא טרומן מכריז על ריבונותה של ארה"ב על אותו מדף יבשתי באורך של 200 מייל ימי (שטח משמעותי לתוך הים). מדינות חוף אחרות החלו להכריז בעקבות זאת על מדפים יבשתיים שלהן, וב-1958 מגובשת אמנת המדף היבשתי, כאשר בזמן גיבושה כבר ניכרת התפתחותו של מנהג שמעניק למדינות ריבונות על המדף היבשתי שלהן. בשנת 1969 גרמניה הביאה תיק נגד הולנד ודנמרק: גרמניה נמצאת בין שתי המדינות. באמנת המדף היבשתי, נכנס עקרון המרחק השווה equi-distance - כאשר ישנן מדינות שסוגרות על אחרת כאשר כולן רוצות את המדף היבשתי, נצייר קווים מכל המדינות במרחק שווה לכל נקודה על החוף של כל אחת מהמדינות. כך גרמניה נשארה עם הכי פחות מדף יבשתי, והיא מבקשת מהICJ לקבוע כיצד לחלק את המדף ביניהן. דנמרק והולנד טוענות שעל הICJ לפסוק לפי המנהג מ-1958 שהפך לדין מנהגי (הן ניסו להתעלות על סעיף באמנה ששירת את האינטרסים שלהם ובעצם איימו שגרמניה תישאר ללא מדף יבשתי). הICJ דוחה את טענותיהן של הולנד ודנמרק וטוען שבשנים שחלפו מ-1958 עד 1969 עקרון המרחק השווה לא הפך לדין מנהגי - ואומר מפורשות שמעבר של זמן קצר לא גורע מכלל מסוים להפוך למנהגי, כלומר 11 שנים שעברו בלבד לא גרמו לבית הדין להגיד שעקרון המרחק השווה אינו מנהגי. בית הדין מוסיף ואומר שמקום שבו עובר זמן מאז התגבשותו של פרקטיקה מסוימת כדי שנחשיב אותה כדין מנהגי, היסודות האחרים של כלליות ועקביות חייבים להיות חזקים - כאשר במקרה זה בית הדין טוען שדנמרק והולנד לא הצליחו להצביע על כלליות (לא הרבה מדינות פעלו לפי עקרון המרחק השווה) ועקביות, ולכן הICJ טוען שדנמרק והולנד הנתבעות לא הצליחו להוכיח פרקטיקה מדינתית של מצד מדינות רלוונטיות שיש להן חוף. בסופו של דבר עקרון המרחק היבשתי שורטט מחדש בחופה של גרמניה והיא קיבלה שטח יותר גדול.
 - פרקטיקה עקבית - האם מדינות מתנהגות בדרך מסוימת באופן עקבי (האם הן הולכות בשביל כל הזמן בעקביות). צריך שמדינות ינהגו באופן קונסיסטנטי לפי אותה פרקטיקה. עולה השאלה: מה קורה אם יש סתירה בין הפרקטיקה לבין הרטוריקה של מדינות (אם מדינה מצהירה הצהרה מסוימת אך בפועל מתנהגת באופן אחר)? שאלה זו עלתה **בפס"ד פילרטיגה Filartiga**: בארה"ב יש חוק נזיקין בשם alien tort act שמאפשר לאזרחים זרים שהם לא אזרחי ארה"ב לתבוע בגין מעשה שאין לו זיקה לארה"ב ולא בוצע נגד אזרחים אמריקאים, במידה ומדובר בהפרה חמורה של המשפט הבין לאומי. פילרטיגה הוא אדם שנרצח ע"י שוטר בפרגוואי כאשר השוטר התעלל באותו אדם באופן קשה ככ עד שהקורבן מת. לאחר המעשה, השוטר ברח לארה"ב כאשר משפחתו של פילרטיגה עשתה בהתאם. יום אחד הם נתקלו בשמו של השוטר ותבעו אותו תחת החוק בגין עינויים. התביעה הייתה ב-1980, כאשר האמנה הבינלאומית בדבר עינויים מתקבלת בשנת 1984, ולכן כדי שביהמ"ש ידון בכך על האיסור על פשע העינויים להיות בגדר מנהג - דין בינ"ל מחייב, שיאפשר למשפחת פילרטיגה לתבוע בביהמ"ש האמריקאי.

השוטר הנתבע טוען כי אין איסור מנהגי על עינויים, מכיוון שלא מתקיים תנאי העקביות; טיעון ביהמ"ש האמריקאי טוען שגם מדינות שמענות, מכחישות שהן לא מענות, שטוענות שהן חרגו מנהלים בטעות, או שטוענות שמדובר בנסיבות חריגות (כמו טלטול הנחקרים בגלל פצצה מתקתקת) - שגם כשמדינות מתרצות את התירוצים הן לא מתכחשות לכלל, אלא מחזקות ומכירות בתוקפו של הכלל האוסר על עינויים ולכן הן מתרצות, דווקא בגלל שהן לא יוצאות נגדו. לכן, גם אם יש סתירה בין הצהרות המדינות לפעולתן בפועל - ההצהרות של המדינות והאופן שבו הן מנמקות את מעשיהן מצביע על איסור על עינויים וביהמ"ש האמריקאי מסתכל על פרקטיקה עצומה של מדינות ואומר שיש במשפט הבינ"ל איסור מנהגי על עינויים. דבר זה ממחיש: כדי שנבדוק האם התגבש מנהג, חשוב לבדוק לא רק את מעשי המדינות או את מחדליהן, אלא גם את מה שהן מצהירות שהן לכאורה עושות.

○ פרקטיקה כללית - genetality. דרישה פרסונלית, דרישת כלליות שחלק נכבד של המדינות אכן נוהג בהתאם לפרקטיקה המסוימת. צריך שהמנהג יהיה רווח בהרבה מדינות. אין צורך להראות שכל מדינה נוהגת באותו אופן - ומה שאנחנו צריכים להסתכל עליו הוא האם יש קבוצה משמעותית של מדינות רלוונטיות שמתנהגת באופן מסוים (למשל, איך מדינות חוף מתנהגות בנוגע למדף יבשתי? לא נתחשב במדינות ללא חוף).

נדרש גם ששאר המדינות לא הביעו התנגדות להתנהגות וישלימו בשתיקה עם הכלל. לכן, מה שדרוש הוא:

- הסכמה פוזיטיבית של מדינות

- התנגדות מועטה של מדינות.

במידה ויהיו מספר מדינות שיתנגדו לכלל מסוים, הדבר לא ימנע את התפתחותו של כלל מנהגי אך עשוי להחריג את המדינות הבודדות שמתנהגות מתחולת הכלל (מתנגד עקבי - מצב שבו ברגע שמדינה מזהה שמתחיל להתפתח כלל היא מתנגדת לו ולא רוצה שיחול עליה, למשל בפרוטוקול הראשון (נספח לאמנות ז'נבה) ישנו מונח שמדבר על לוחמי חופש במלחמות של התנגדות לאומית ואף אפשרות שהם יקנו מעמד של שבוי מלחמה. דבר זה גרר את התנגדותה של ישראל בגלל הפלסטינים, כדי שאותו דין לא יחייב מכיוון שהיא הביעה התנגדות ברורה מראשית הדרך לכלל זה).

2. יסוד נפשי - תחושת מחויבות: "שנתקבל בבחינת דין", opinio juris: כמו מנס ראה במשפט הפלילי. צריך שהמדינות שנוהגות לפי הפרקטיקה המסוימת יעשו זאת מתוך תחושת מחויבות לפעול דווקא בדרך זו. מה שמבדיל נוהג ממנהג הוא שלמנהג מתלווה תחושת מחויבות משפטית לפעול באופן הספציפי. סעיף 38 מדבר על הדרישה כי הפרקטיקה תהיה מקובלת בתורת דין, לכן צריך להראות תחת היסוד הנפשי מספר דברים:

○ המדינות שפעלו בהתאם לכלל עשו זאת מתוך הכרה או תחושה שהן מחויבות לנהוג כך, מתוך נחיצות משפטית. היסוד הנפשי מאלץ אותנו לבדוק האם מדינות פועלות בדרך מסוימת כי הן חייבות לנהוג כך מכורח הנסיבות, או אם הן רק רוצות לפעול כך מתוך נוחות.

פס"ד לוטוס 1927 של pcij: התנגשות בלב ים בין ספינה צרפתית לתורכית, כאשר מספר מלחים תורכים מתו. שתי הספינות יצאו מכלל שימוש ותורכיה גררה את שתיהן לחופיה, כאשר היא מעמידה את הקצין הראשי של הספינה הצרפתית בבית משפט שלה על גרימת מוות ברשלנות. צרפת לוקחת את טורקיה לביה"ד הבינ"ל לצדק וטוענת שטורקיה לא יכולה להעמיד לדין את הקצין הצרפתי, מכיוון שהיא טוענת שיש מנהג לפיו לא ניתן להעמיד לדין פלילי אזרחים שביצעו עבירות על סיפון ספינה של מדינה זרה בלב ים.

בית הדין קבע כי צרפת לא הצליחה להוכיח פרקטיקה כזו, ולכן ביה"ד דחה את קיומו של היסוד הפיזי. הוא טוען שגם במידה והייתה פרקטיקה מדינתית, אין יסוד נפשי מתאים: בית הדין אומר שבאותם מקרים שבהם מדינות לא העמידו לדין אזרחים זרים על סיפונה של ספינה אחרת, הם לא עשו זאת מתוך תחושת מחויבות, אלא מתוך אינטרסים וסיבות אחרות שהן לא רלוונטיות. דבר זה הוביל את ביה"ד למסקנה שאי העמדה לדין של אזרח זר הייתה בגלל שהן הרגישו שזה כדאי להן, ולא בגלל שהייתה להן תחושת מחויבות. בית הדין מגיע למסקנה שאין במשב"ל אותה שעה כלל שאוסר על מדינות כמו טורקיה להפעיל סמכות שיפוט פלילית בנסיבות העובדתיות הללו.

דבר זה מלמד שכפרטים במדינתנו, כל מה שלא אסור עלינו מותר לנו בניגוד למדינה עצמה. בפס"ד לוטוס נקבע עקרון זה ביחס למדינות:

עקרון לוטוס אומר שבמשב"ל כל מה שלא נאסר על המדינה הריבונית- מותר. (בדיוק כמו אזרחים במשפט המדינתי). פס"ד זה מגלם את עקרון הריבונות.

מכיוון שהמנהג מהווה יצור עמום במשב"ל, מעדיפים לפתח את המשב"ל באמצעות אמנות ולא מנהגים. שטף האמנות הוא תולדה של רצון של מדינות להסתמך בוודאות.

איך למדים על קיומו של מנהג?

- איך למדים על היסוד הפיזי- הפרקטיקה המדינתית?
נסתכל על מגוון מקורות ומסמכים: דיווחים עיתונאיים, דברי חקיקה של מדינות, החלטות ממשלה, פסקי דין, הכרזות של בכירים, אגרות דיפלומטיות, בנוסף הפעולות הפיזיות של מדינות, וכו'.
- איך למדים על היסוד הנפשי?
במקרים רבים, נסיק שקיימת תחושת מחויבות של מדינות ונסתכל על אותם מקורות כאשר נייחס חשיבות למה שהמדינות אומרות, כיצד ראשי המדינות מתבטאים, מה פסקי הדין של המדינות אומרים.

התנגדות עקבית:

האם מדינה יכולה להוציא עצמה מגדר התחולה של מנהג?
מדינה שנחשבת כ"מתנגדת עקבית" יכולה להחריג את עצמה מתחולה של כלל מסוים. על המדינה למלא 2 תנאים מרכזיים:

1. התנגדות החל מזמן היווצרות המנהג
 - לא לאפשר התחמקות מכללים וערעור יציבות הכללים
 - מדינות חדשות
2. התנגדות עקבית ופומבית:
 - הגנה על האינטרסים של מדינות אחרות

לדוגמה, ישראל לא הצטרפה לאמנת ז'נבה השלישית מכיוון שהיה בה סעיף שמקנה ל"לוחם חופשי" מעמד של שבוי מלחמה. כמתנגדת, ישראל דואגת מעל כל במה רלוונטי להביע את מורת רוחה מכלל זה כדי שהיא תצא ידי חובתה (כך היא מתנגדת עקבית).

דין קוגנטי- Jus Cogens:

חלק גדול מהדינים הבינלאומיים נמצאים במעמד זה. כללים אלה נהנים מרמה משודרגת- מעין כללים עליוניים. נורמות מנהגיות שהמדינות מייחסות להן חשיבות עליונה (מעין "שריון הנורמה"). דוגמאות לכך הן האיסור על שימוש בכוח, עבדות, רצח עם, אפליה גזעית, פשעים נגד האנושות, הפרות זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני המלחמה. עקרונות אלה הם לא מנהגים אלא הם מחייבים.

רשימה זו היא לא סגורה (עדיין קיימים נושאים כמו זכות ההגדרה העצמית- כיום מסתמן קונצנזוס שהזכות להגדרה עצמית של עמים היא כלל קוגנטי מהרמה הגבוהה ביותר, ואיכות הסביבה).

סעיף 53 לאמנת וינה (אמנת האמנות) מסביר לנו על הנפקות של דין קוגנטי: אמנה בטלה אם בזמן עריכתה היא עומדת בסתירה לנורמה קוגנטית של המשב"ל.
מצב שבו כבר קיימת נורמה קוגנטית והיא אוסרת סתירה של אותה נורמה ממנה ואילך.

נורמה קוגנטית- נורמה המקובלת ע"י חבר המדינות בכללותו, כך שאין לסטות ממנה או לשנותה ע"י נורמה מאוחרת בעלת אותו אופי. כך חשים את האופי המשודרג של הנורמה הקוגנטית- לא ניתן לסטות ממנה.
המשמעות- היא שנורמה קוגנטית אינה ניתנת להתניה ע"י המדינות ביחסיהן זו עם זו. לדוגמה, אמנה בין ניגריה לבין צרפת שהתירה יחס בין עבדים בין מדינות, היא תהיה אמנה בטלה שאין לה ערך כי היא סותרת דין קוגנטי כאשר האיסור על עבדות מוגדר כדין קוגנטי.

לפי סעיף 64, הסבר הנפקות- אם מתגבשת במהלך הזמן נורמה קוגנטית, כל אמנה סותרת בטלה. בסעיף זה האמנה בטלה רטרואקטיבית (לדוגמה דוגמת העבדים).

- לא ניתן להסתייג מסעיף של אמנה הכולל דין קוגנטי.
- אי אפשר להיות מתנגד עקבי לנורמה קוגנטית.

דין קוגנטי נקבע דרך התמזגות של הכרה בנורמה, בתי משפט בינ"ל וכתבים שיצביעו כולם על נורמה אחת.

יחסי דין בין הסכמה למנהג:

מגוון אינטראקציות בין הדין המצוי בהסכם לדין המעוגן במנהג.

1. אמנה דקלרטיבית- אמנה המשקפת מנהג קיים.
מטרתה: העברת כללי משפט מנהגי לצורה של משפט הסכמי כתוב. הדבר נחוץ לשם:
 - הגברת הוודאות סביב מעמדם המחייב של הכללים (קודיפיקציה לשם חידוד הכללים, לשם כך מעלים על הכתב).
 - הגברת הוודאות סביב תוכן הכללים (היקפם המדויק, פירוט)
 - יכולת לקבוע מנגנוני יישום, בקרה ואכיפה. בדר"כ מוקמת וועדת מומחים שעוסקת באכיפת האמנה, כותבת דו"חות וכו'. לעתים גם נקבע בסכסוכים דרכים לפתרון אמנות- למשל נכניס לאמנה סעיף שסכסוכים תחת אמנה זו ייפתרו ב-ICC.

דוגמאות לכך: אמנת ג'נבה בדבר הים הפתוח (1958); אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961); אמנת ג'נבה ה-3 בדבר שבויי מלחמה (הכוונה היא לאחת מ-4 אמנות ג'נבה שמתקבלות ב-1949 מיד לאחר מלחמה"ע השניה. לעומת אמנת ג'נבה ה-4 שעוסקת באזרחים בזמן לחימה, אמנה ג'נבה ה-3 עוסקת בשבויי מלחמה, כלומר בכוחות מזוינים ולא אזרחים. לאמנה זו קדמו שתי אמנות קודמות, וכשאמנה זו מתקבלת היא לא נחשבת כחדשה, אלא נחשבת כאמנה שמעלה את הדין המנהגי על הכתב בצורה ברורה ומפורטת יותר). לא באים לחדש אלא לעשות סדר ולקבוע מנגנוני יישום.

2. אמנה קונסטיטוטיובית- אמנה יוצרת חוק. אמנה היוצרת כללים שלא היו קיימים קודם לכן מכוח המנהג, למשל אמנת ג'נבה הרביעית במקור.

- אמנה עשויה להתחיל כקונסטיטוטיובית אך בחלוף הזמן להפוך לדקלרטיבית ולהיות אמנה שמשקפת דין בינלאומי מנהגי.

דוגמה לכך היא:

אמנת האג הרביעית (1907)- מצב לחימה ומצבי כיבוש. כאשר אמנה זו מועלית על הכתב, אין ספק שהיא יוצרת דין בינלאומי חדש. כאשר הגיעו למשפטי נירנברג, אמנה זו ביססה שורה של פשעי מלחמה כמו לקיחת רכוש ופגיעה. גרמניה לא רצתה שאמנה זו תפליל אותם, אך גרמניה הייתה צד לאמנה. בית הדין מבצע בדיקה יסודית ומגיע למסקנה שמ-1907 ועד אמצע שנות ה-40 אמנת האג הרביעית הפכה למנהגית ולכן פשעי המלחמה שמונהגים בה הם פשעי מלחמה מנהגים, דבר שמאפשר להעמיד לדין את הנציגים הגרמניים שלפניו. השאלה היא האם אמנה שחברות בה מדינות רבות, הופכת במרוצת הזמן למשפט מנהגי? עצם העובדה ש-194 מדינות חתומות על אמנת ג'נבה לא הופכת אותה למנהגית או קונסטיטוטיובית, מכיוון שדבר זה שולל את ערך החופש, ויביא לכפיה על כל שאר המדינות שחתמו.

נספח 1 לפרוטוקול הראשון- מדינות שהן שחקניות מרכזיות ביחס לסוגיות שהפרוטוקול עוסק בו הן כלל לא חברות בו, ולכן הפרוטוקול בכללותו לא נחשב כבעל מעמד משפטי מחייב, אך הוראות ספציפיות שבו כן נחשבות כבעלות מעמד משפטי מחייב.

הכיוון בשנים האחרונות הוא ללכת לאמנות דקלרטיביות בגלל הוודאות שהן מספקות לנו.

סעיף 38.1ג: "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים ע"י האומות בנות התרבות":
הכוונה היא לעקרונות המשותפים לשיטות המשפט הפנימיות של המדינות השונות (נגזרים בדרך אינדוקציה משיטות המשפט המדינתיות).

דוגמאות לכך הן עקרון תום הלב, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה, עקרון מעשה בית דין- כאשר יש פס"ד של בית דין שדן בנושא מסוים, לא ראוי שתובע בהליך אחר ינסה לתקוף את אותה טענה (וניתן את המקום והכבוד לאותה טענה שכבר ניתנה וכבוד לגזר הדין).

הטענה שעליה מבוססים עקרונות המשפט הכלליים, היא שחלק מכל שיטת משפט לאומית, יביא להכרה בתוקף האוניברסלי של הכלל- שיהיה ביטוי להסכמה לתחולת הכלל במערכת המשפט הבינ"ל. דבר זה מלמד אותנו על התחולה האוניברסלית של הכללים- כי אם מדינה הסכימה לכלל מסוים במישור הפנימי, אין סיבה שהיא תתנגד לו במישור החיצוני.

יש צורך בעקרונות נוספים ממספר סיבות, כדי למנוע מצב בו נאלץ לפסוק non liquet- מצב שבו סכסוך יישאר לא מוכרע בגלל לקונה בחוק. לכן, נותנים בידי של בית הדין עקרונות משפט כלליים כדי להשתמש בהם במצבים של לקונות.

השימוש בפועל, הוא מקור עצמאי אך בעל תחולה מוגבלת:

- עולם הטרוגני- אותם עקרונות משותפים הם המכנה המשותף הרחב ביותר אך הם מעטים.
- מלאכת האינדוקציה (החילוץ מתוך עקרון משפט כללי) הוא מורכב, ובתי דין נרתעים מכך במדינות השונות. בתי משפט בינ"ל לא רוצים להתעסק בתרגום שפות וכו'.
- "ממלא לקונות"-
 - גוף מאסיבי של משפט הסכמי;
 - נטיה שלא למצוא לקונות: לבתי משפט בינ"ל יש נטיה להתעלם מלקונות ולא להחשיב אותן ככאלה, כמו **בפס"ד לוטוס 1927**- למעשה אמרו שמקום שבו אין כלל ויש הסדר שלילי, משמע שהמדינות לא הסכימו למשהו שיכבול אותן- וכל מה שלא אסור- מותר. לכן, במדינות מסוימות בחרו שלא להסדיר.
- כלומר, מתקיימת פרשנות מצומצמת למונח "עקרונות כלליים"- עקרונות ברמת הפשטה גבוהה הם לרוב פרוצדורליים ולא מהותיים.

מקורות משפטיים משניים:

החלטות בתי דין ומשניות של גדולי הסופרים המומחים משמשים כאמצעי עזר לקביעת כללי המשפט.

היחס בין המקורות הראשונים למשניים:

- פסיקה וספרות- משמשים כאמצעי עזר שלא יוצרים דין. בדומה להחלטות שיפוטיות, ספרים אלה מסייעים לזיהוי ופירוש של מקורות ראשוניים. הם רק מסייעים לנו ולא קובעים, הICJ לא מפנה אליהם לרוב. הם משומשים לרוב ע"י:
 1. הצדדים- בעת הגשת תביעה והתגוננות בתוך המדינה או מחוצה לה, הצדדים מפנים רבות למלומדים
 2. בתי דין בינ"ל אחרים כמו ICTY- בית הדין הפלילי ביוגוסלביה לשעבר. כאשר העמיד לדין את פושעי המלחמה בבלקן היוגוסלביים, הוא נתן משקל גדול למלומדים.
 3. בתי דין לאומיים- **בג"ץ הסיכול הממוקד**- מפנה לדילשטיין וקסזה- מלומדים שמומחים בעניין השימוש בכוח.
- החלטות בינ"ל- סעיף 59 לחוקת ביה"ד ICC, מחייב רק את הצדדים לסכסוך הספציפי ולפי הסכמתם רק הם יחוייבו. דה יורה, אין עקרון של תקדים מחייב- וכמו בתי משפט בינ"ל אחרים, הICJ וכל בתי המשפט הבינ"ל האחרים נוהגים לעקוב אחר פסיקות קודמות שלהם. דבר זה יוצר כאוס ומצבים של סתירה בין פסקאות בתי הדין השונים.

- תפקיד ערכאות שיפוטיות בינ"ל:

מהווה כלי עזר בלבד בקביעת כללי המשב"ל,

1. מתן גושפנקא לקיום מנהג או עקרון כללי - הייתה מחלוקת האם אמנת ג'נבה מהווה דין מנהגי.
2. קביעת הפרשנות הנאותה לתוכן המקורות הראשוניים החלים בסכסוך וליחס בין הוראותיהם.
ריבוי בתי הדין הבינ"ל והתרחבות סמכויותיהם גרמה לעליה במשקל הפסיקה הבינ"ל כמקור משפטי (כי ניתן כוח לטקסט וערך שכנועי לפסקי הדין שיוצאים מהם).

- תפקיד ערכאות שיפוטיות מדינתיות:

1. פונקציה דומה לבתי דין בינ"ל - גם הם מפרשים את המקורות הראשוניים ומסייעים לנו לזהות ולהבין אותם
2. פונקציה יוצרת משפט - חלק מהפרקטיקה המדינתית היוצרת מנהג, מהווה מקור לחילוץ עקרונות משפט כלליים.

- בפרקטיקה, נותנים לייחס יותר משקל וערך שכנועי להחלטות בתי הדין הבינלאומיים. לצד זאת, ישנם מספר בתי דין מדינתיים שתרמו משמעותית לעיצוב כללי המשפט הבינ"ל: (אייכמן - המקור המצוטט ביותר בספרו אוניברסלית בנושא, פינושה, סיכול ממוקד - בנושאי מחבלים, חמדאן).

עד עכשיו מנינו את 4 סוגי המקורות שמצויים בסעיף 38. ישנם מקורות נוספים למשפט הבינ"ל:

1. הצהרות חד צדדיות - התחייבות חד צדדים שהמדינה נטלה על עצמה פומבית כהסכמה לכלל. דוגמאות: פרשת הניסויים הגרעיניים - אוסטרליה ביצעה ניסויים באוקיינוס השקט שהקרינו קרינה שפגעה לדעת צרפת באטמוספירה, ומכאן ואילך היא הצהירה שלא לבצע יותר ניסויים - אותה ההצהרה התקבלה ועל בסיס ההצהרה החד צדדית של אוסטרליה ההליכים הסתיימו.
- היועמ"ש שמגר בכנס בשנת 1972 יצא בהצהרה לפיה ישראל טוענת שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה באיו"ש ורצועת עזה, אך הצהירה כי היא נוטלת על עצמה את המחויבות ליטול עליה את האמנות ההומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית.

2. החלטות ארגונים בינ"ל - עם העליה בחשיבות ארגונים אלה, ישנה גם עליה בחשיבות ההחלטות שלהם. חלק מארגונים אלה מוציאים החלטות שיכולות להיות רק בגדר המלצה, בעוד ישנם ארגונים שההחלטות שלהם בגדר החלטות מחייבות. לדוגמה:

- למועצת הביטחון, security council יש סמכות לתת החלטות לפי ס' 25- היא פועלת לפי שני פרקים:

- פרק 6 למגילת האו"ם - החלטות מכוח פרק זה יחייבו בדיקה של הנוסח המדויק כדי להבין אם מדובר בהחלטה מחייבת או של מועצת הביטחון בלבד. הנוסח משתנה - calls upon, demands, etc.
- פרק 7 למגילת האו"ם - בפרק זה ניתן להורות על התערבות בתוך המדינה. ניתן להורות על צעדי אכיפת כמו התערבות נאט"ו בלוב שהביאה להפלתו של משטר קדאפי. החלטות מכוח פרק זה מחייבות את כל המדינות.

המעמד של ההחלטות המחייבות הוא כמעמד האמנה מכוחה ניתנו ההחלטות ושמכוחה פועל הארגון.

- לפי סעיף 103 למגילת האו"ם - מעמד החלטה מחייבת הוא כמעמד האמנה כאשר במגילת האו"ם להחלטות של מועצת הביטחון יש מעמד משודרג כי לפי סעיף זה, במקרה של סתירה בין מגילת האו"ם למחויבות של מדינה אחרת במשפט הבינ"ל - מגילת האו"ם תקבע.
- העצרת הכללית של האו"ם - נותנת החלטות שהן בגדר המלצה בלבד.
 - 1) עמדות המוצגות במסמכים רשמיים - סוג של פרקטיקה, כך נלמד מה הפרקטיקה באותה מדינה ונבין מהי תחושת המחויבות לאותו מנהג באותה מדינה.
 - 2) פונקציה דומה לפסקי דין וספרות - הכרזה ופירוש המקורות הראשוניים:

- החלטת העצרת הכללית בעניין עבירת התוקפנות 1974-אמנם זהו מסמך שהעצרת הכללית הוציאה, אך הוא הפך להיות מסמך מכונן שמפרט מהו act of aggression-מגדיר מתי מדינה מפעילה שימוש בכוח נגד אחרת.
- (3) ההחלטה אינה מצהירה על הדין הקיים או פרשנותו, אלא מייצגת סטנדרט התנהגות חדש שיש לשאוף אליו.

3. SOFT LAW - "נורמות מרוככות": מסמכים רשמיים כמו החלטות של ארגונים בינ"ל, כללים ווועדות מומחים אינם מחייבים רשמית אך הם משפיעים על פעילות חברי הקהילה הבינ"ל. הם מניחים כללים המייצגים דין רצוי, וסטנדרט פעולה יעיל שיש לנהוג לפיו.

דוגמאות לכך הם:

- כללי ה-OECD – ארגון המדינות המתועשות, בעניין תאגידים רב לאומיים
 - כללים בעניין הטמנת פסולת באופן המונע זיהום הים (הארגון הימי העולמי).
- כללים אלה יוצרים סטנדרט יעיל ששווה למדינות לפעול לפיו- למשל מדינה שתתפרסם כלא מחסנת לא תהיה אימפריית תיירים והכלכלה שלה תסבול.
- ל soft law יש השפעה רבה, לעתים יותר מהחוקים המעוגנים יותר מכיוון שהם נותנים סנקציות. נורמה שהתחילה כ soft law עשויה להפוך במרוצת הזמן ל hard law- כמו ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם 1948- בעבר היא הייתה בגדר המלצה בלבד והיום היא בגדר דין בינ"ל שמחייב את כל המדינות.

היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי

- קיום נפרד ותהליך היווצרות שונה
- עד כה דנו מהפרספקטיבה של סעיף 38 לחוקת ICJ
- כעת נדון מה המקום שבי"ש מדינתי נותן למשב"ל בעת דיון בשאלה המוסדרת ע"י המשב"ל?

מספר שאלות בעלות נפקויות חשובות:

- השלכות באשר לרלוונטיות התחום למשפטים ישראלים
- השלכות מבחינה אפקטיבית המשב"ל- ברמת האכיפה והסמכותיות כדי לאכוף נורמות בינ"ל. כאן נראה שבתי המשפט הלאומיים צריכים ליישם את הדין והאמנות בינ"ל – וכך הם הופכים לסוכני אכיפה של המשב"ל. אנו אוכפים בתוך המערכת המדינתית.
- השלכות תיאורטיות

נפקויות אלה מקבלות תוקף ככל שמספר התיקים המדינתיים המערבים שאלות במשב"ל גדל. לדוגמה, **בג"ץ עג'ורי** ניתן בתקופה האינתיפאדה השנייה. ישראל השתמשה באמצעי שנקרא "תיחום מגורים" - אמצעי שקבוע בסעיף 97 לאמנת ג'נבה הרביעית, שמאפשר למדינה ששולטת בשטח זר להעביר את מגוריו של אדם שמהווה סיכון בטחוני. המדינה רצתה להעביר 4 אנשים מסוכנים מאיו"ש לעזה וכך לנתק אותם מהסביבה שבה הם פועלים ע"מ להפחית ממסוכנותם. ברק קובע בפס"ד זה כי: "כל חייל ישראלי נושא בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי". הוא קודם כל מדגש את המשב"ל לפני המשפט המדינתי.

בבג"ץ עג'ורי, סומנה הלימה בין המשב"ל למשפט הפנימי, אך ישנם מקרים שבהם יש: סתירה בין המשב"ל למשפט הפנימי:

דוגמה לכך היא **בחוק ההסגרה ופס"ד שיינבין**: 1954 התקבל חוק ההסגרה הישראלי, שקבע בכפוף לאיזה תנאים והליכים עברין יוסגר למדינה אחרת לצורך העמדה לדין או המשך ריצוי המאסר. בעקבות נאום "היהודי הנרדף" של בגין ב1978 "היהודי הנרדף" - ישראל מאמצת תיקון לחוק ההסגרה לפיו היא לא תסגיר אנשים שבעת הפשע היו אזרחי ישראל, אך באמצע שנות ה60, ישראל חתמה על אמנת הסגרה עם ארה"ב. בראשית שנות ה2000, שיינבין שנושא אזרחות ישראלית ואמריקאית מבצע רצח ומספיק לעלות על טיסה לישראל. ארה"ב

אבישג טל משפט בינלאומי פומבי תשע"ט

מבקשת להסגירו, וישראל מסרבת- כיוון שלפי התיקון לחוק הפנימי (חוק ההסגרה) אסור לה להסגירו. לבסוף, שיינבין לא הוסגר אך החוק תוקן שוב. זוהי דוגמה לסתירה בין המשב"ל לבין הדין הפנימי של מדינה.

הצורך לסינכרון בין המשב"ל למשפט הפנימי נובע ממספר סיבות:

- גלובליזציה- ריבוי אינטראקציה מביאה לריבוי נורמות
 - יותר הסדרים במשב"ל עוסקים בנושאים פנים מדינתיים (בעבר לא התעסקו במה שקורה בתוך המדינה. היום למשל, ישנן אמנות שקובעות למדינה איך להתייחס לאזרחים שלה כמו אמנת זכויות האדם).
- נבחין בין שני מישורים:

1. כיצד המשב"ל רואה את המשפט הפנימי:

- המשב"ל אינו מגדיר למדינה כיצד לקלוט את הוראותיו ומותר להן לעשות זאת לפי דרכיהן- חקיקה וכו'.
 - העקרון הבסיסי- מבחינת המשב"ל, הדין הפנימי לא יכול להצדיק הפרה שלו.
 - סעיף 27 לאמנת האמנות- צד לאמנה אינו יכול להסתמך על המשפט הפנימי כצידוק לאי מילוי ההתחייבויות באמנה
 - סעיף 3 לכללי הILC בדבר אחריות מדינה- פעולה שנחשבת חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיותה או אי חוקיותה בדין הבינ"ל.
 - סעיף 32 לכללי הILC- Irrelevance of internal law, מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי ציות להתחייבויות הבינ"ל.
 - ה ilc הוא international law comition- וועדת המשב"ל, ומתעסקת בפיתוח פרוייקטים שקשורים למשב"ל.
- במקרה של סתירה המדינה מפרה התחייבות במישור הבינ"ל ותישא באחריות לכך, גם אם אין בסתירה כדי לבטל את הכלל המדינתי.

המשפט המדינתי רלוונטי למשב"ל מכיוון שהוא לומד ממנו מנהגים, עקרונות כלליים, וכו'.

2. כיצד הדין הפנימי רואה את המשב"ל ואיזה מקום הדין הפנימי (המדינתי) נותן לו בתוכו:

מהו אופן קליטת המשב"ל במשפט הפנימי?

המדינה כישות ריבונית היא זו שקובעת איך המשב"ל ייקלט לתוכה, למשל כאשר היא מצטרפת לאמנה היא תקבע ותעשה מאמצים להחיל או לא סעיפים מסוימים במשפט שלה.

פס"ד יתד- עתירה של הורים עם ילדים עם צרכים מיוחדים שרצו להיות כחלק ממסגרת חינוכית רגילה. ההורים העותרים נשענו על אמנות של זכויות אדם בינ"ל שישראל היא צד להם, שמעגנות את הזכות לשוויון ואת הזכות לחינוך. העותרים ניסו להקנות לעצמם זכויות מכוח המשב"ל.

שתי תיאוריות במשב"ל לקבל המשב"ל לתוך המשפט הפנימי:

1. דואליזם- הגישה הדואליסטית רואה בשתי מערכות הדינים כשתי ישויות נפרדות לחלוטין, שנוצרות בדרכים שונות, חלות באיזורים גיאוגרפים שונים, וחלות על שחקנים אחרים. כללי המשב"ל חלים רק במישור הבינ"ל, אלא אם כן המדינה עשתה טרגספורמציה- (קליטה מפורשת), שהוא אקט אקטיבי ואימצה את כללי המשב"ל לתוך מערכת המשפט הפנימי שלה. מעמד המשב"ל בדין הפנימי נגזר ככל המידה בה הדין הפנימי מאפשר אותו.
 2. מוניזם- שתי מערכות הדינים הן נדבכים במבנה משפטי אחד, מכיוון שלפי הטענה התיאורטית קיימת חפיפה ניכרת בין ההסדרים הפנים מדינתיים לבין לאומיים ואין להרשות פער בין ההתחייבויות הבינ"ל של המדינה לבין הדין הפנימי שלה.
- קלזן- פילוסוף אוסטרי-אמריקאי יהודי, הלך רחוק וקרא למשב"ל "הנורמה העליונה"-the grand norm- ואמר שלא ייתכן שבאותו חלל גיאוגרפי יהיו לכאורה שתי מערכות דין סותרות, וכי מערכת המשב"ל היא עליונה מכיוון שהמדינה שואפת את מקור הלגיטימציה והסמכות שלה מהמשב"ל שמכונן את אותן מדינות.

אם בדואליזם יש צורך בקליטה מפורשת, במוניזם יש קליטה ישירה של נורמה בינ"ל והיא הופכת להיות חלק מהדין המחייב של המדינה אוטומטית- למשל הצטרפות לאמנה לפי הגישה המוניסטית, חתימה על אמנה תהווה הצטרפות מוחלטת ואוטומטית.

המדינה בוחרת אם להיות דואליסטית או מוניסטית כאשר בפרקטיקה, כמעט ואין בפועל מודלים "טהורים". ככלל, ניתן להבחין בין נורמות מנהגיות לנורמות הסכמיות:

- נורמות מנהגיות- בדר"כ בכל המדינות מנהג נקלט אוטומטית, ומהווה חלק מהדין המחייב במדינה. (למשל בג"ץ הסיכולים הממוקדים). רוב המדינות מקבלות נורמות מנהגיות ישירות מכיוון שהאוניברסליות של הכלל מחילה אותו עליהן אוטומטית.
- נורמות הסכמיות- בהן יש הבדל משמעותי בין מדינות:
 - במדינות מוניסטיות- מהרגע שמדינה מצטרפת לאמנה, האמנה תהיה במעמד של חוק מדינתי.
 - במדינות דואליסטיות- בהיעדר חקיקה שקולטת ישירות את האמנה לדין הפנימי, לאמנה הבינ"ל לא יהיה מעמד מחייב בדין הפנימי או בפני ביהמ"ש המדינתי של אותה מדינה.
- ישנה קורלציה בין תהליך כריתת האמנה וההצטרפות אליה לבין המעמד שהן מקנות לאמנה. בישראל, המוסמכת לחתום על אמנה היא הממשלה, והיא מבצעת גם את האישור של האמנה. במדינות דואליסטיות שבהן המחוקק לא מעורב בתהליך הקליטה אלא רק הממשלה, לממשלה היינו נותנים סמכות מחוקקת ולא היה עקרון הפרדת הרשויות. בבריטניה למשל, הרשות המבצעת מוסמכת לאשרר אמנות. ישראל היא מדינה דואליסטית ביחס לאמנות- האמנה תקנה מעמד מחייב בדין הפנימי ונוכל להישען עליה בפני ביהמ"ש בישראל במידה והיא תעבור תהליך של קליטה מפורשת (תהליך שבו המחוקק יבצע את הקליטה). כך גם ביחס לאמנות דקלרטיביות (מנהגיות)- לא נצטרך שהכנסת תגיד את דברה, והאמנה תיקלט ישירות ללא תיווך של המחוקק.

ישנן מדינות כמו ארה"ב שבו המחוקק (הפרלמנט) מוסמך לאשרר אמנות- והאמנה תוטמע כמעמד דומה לשל חוק מכיוון שבגלל שהמחוקק היה מעורב, האמנה מתקבלת כמעין חוק ומדינות אלה יהיו מוניסטיות.

בפרקטיקה:

בבריטניה למשל, שהיא מדינה מוניסטית-

- מנהג ייקלט ישירות.

- אמנה תהיה דרושת קליטה כאשר הפרלמנט לא יהיה מעורב באשרור,

וכאשר ישנה סתירה בין אמנה לבין חוק או בין דין מנהגי לבין חוק, המשב"ל יגבר.

ישנה חזקה בשם "חזקת ההתאמה הפרשנית"- חזקה זו מורה לשופט שכאשר יש סתירה, על השופט לפרש את החוק הפנימי בצורה שלא תסתור את המחויבויות הבינ"ל של המדינה. חוקים מנוסחים בעמימות ולכן חזקה זו חיונית למרחב הפרשנות של השופט. חזקה משפטית זו היא יציר פסיקה ומופיעה ומקובלת ברוב המדינות.

בגרמניה למשל, שהיא מדינה מוניסטית-

- מנהג נקלט ישירות, וגובר אף על כל דין מקומי

- אמנה היא חלק מהדין הפנימי, וגוברת על דין מקומי אך לא על החוקה

במידה ותהיה סתירה בין החוקה הגרמנית לבין האמנה- ידה על העליונה של החוקה.

בצרפת,

- אמנה תהיה חלק מהדין הפנימי לאחר שתאושרר ע"י הפרלמנט. הוא תגבור על חוק מקומי סותר אך לא על החוקה.

- מנהג יהווה חלק מהדין הפנימי.

בהולנד,

- אמנה תהווה חלק מהדין הפנימי לאחר שתאושרר ע"י הפרלמנט וגוברת על חוק מקומי סותר.

- אמנה בהולנד עשויה לגבור גם על החוקה, אם התקבלה ברוב מיוחס.

בארה"ב, ישנו מעין יצור כלליים: ארה"ב היא מוניסטית.

- מנהג נקלט ישירות, כאשר חוק פדרלי או מדינתי (state) יגבר, וחזקה על החוק להיות תואם למשב"ל.
אמנה- אשרור אמנות מצוי בידיו של הסנאט, כאשר נדרש אישור של 2/3 מחברי הסנאט כדי לאשרר. אמנה שאושררה, לפי סעיף 6 תהיה בעלת מעמד של חוק פדרלי- supreme law of the land.
במצב של התנגשות, אמנה נסוגה בפני החוקה האמריקאית, ובדומה לחוק פדרלי היא תגבר על חוקה מדינתית וחקיקה מדינתית.

במידה וההתנגשות היא למול חוק פדרלי- הדין המאוחר מבין האמנה או החוק יגבר.

- במהלך השנים האחרונות ישנו רכיב דואליסטי שדורש מהמחוקק התערבות נוספת בנוגע לאמנות גם במידה ואושררו ע"י הסנאט: חלק נכבד מהאמנות שזכות לאשרור של 2/3 מהסנאט, לא חלות ישירות בדין הפנימי- אלא אמנות רבות עדיין חייבות חקיקה קולטת שתתווך אותן באופן ברור ומפורט לתוך הדין הפנימי. ההבחנה הנהוגה בדיני אמנות של המשפט האמריקאי היא בין self executing treaties לבין non self executing treaties.
תיאוריה זו החלה להתפתח כבר במאה ה-19 והיא מחלחלת דואליסטיות לתוך ארה"ב.

דוגמה לפס"ד מכונן הוא **fuji v state of California**: אזרח יפני רצה לקנות קרקע בקליפורניה, כאשר לפני זה יצא חוק שאסור לארה"ב למכור קרקעות לאזרח שאינו אמריקאי. הוא תבע את קליפורניה והגיע למשפט פדרלי, כאשר הוא הסתמך על סעיף 53 מאמנת זכויות האדם שארה"ב חברה בה, ובה מחייבים לפעול למען מיגון אפליה וכו'. לטענת ארה"ב, הדבר מהווה non self executing treaty, ועל בסיס הבחנה זו, fuji הפסיד למרות שבעיקרון האמנה אמורה להיות supreme law of the land.

ביטוי נוסף לכך ניתן לראות במגמת הקונגרס במעמד האשרור של אמנות כמו אמנות זכויות האדם: ארה"ב מצהירה שכדי שיהיה תוקף לאותן אמנות בדין הפנימי שלה- עליה לחוקק חוקים ולהכניס אותה לתוך הדין שלה.

המשך מגמה זו ניתן לראות בפרשת **(2008) medellin**.

ההבחנה בין self executing ל non self executing היא בשני שיקולים מרכזיים:

1. האם באמת ניתן לתת כוח לכלל בינלאומי מסויים ללא התערבות הקונגרס?
2. מה הייתה כוונת מנסחי האמנה? האם מנסחי האמנה התכוונו שתהיה עבודה נוספת של המחוקק או שהם רצו לאפשר הצטרפות מהירה?

בדו"כ, אמנות שכוללות שאלות פוליטיות שמחייבות הכרעה פנימית- דורשות חקיקה מיישמת וייחשבו כ non self executing accord.

הקשר בין המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי:

אילנית- מתרגלת:

ilanit.greenwald@gmail.com

1. קליטת מנהגים במשפט הישראלי-

האם המשפט המנהגי חל באופן אוטומטי במשפט הישראלי?

ע"פ שטמפר נ' היועמ"ש:

רקע: הייתה אוניה שטבעה, ואחד מאנשי הצוות הועמד בעקבות מחדל.

השאלה: האם לישראל סמכות שיפוט?

הנאשם טען שבישראל אין חוק שמסדיר מה קורה באוניה בלב ים, ולכן לישראל אין סמכות להעמידו לדין מכיוון שכך שהיה דגל ישראל על האוניה לא אומר שהייתה לה סמכות בלב ים.

תחום זה מוסדר במשפט המנהגי: לפי המשפט המנהגי, אוניה שנושאת דגל מדינה מסויימת נחשבת כמעין "שליחות" שטח שלה ולכן ניתן לדון לפי חוק העונשין הישראלי.

הבעייתיות: עצם העובדה שהמדינה ריבונית, לא קובע כיצד היא תיישם את המשפט. בישראל, נקבע שהמנהג ייקלט ללא חקיקה קולטת (מוניזם).

במקרה של סתירה בין המשב"ל למשפט המקומי בישראל- החקיקה המקומית תגבר.

ע"פ אייכמן נ' היועמ"ש: משפט אייכמן ישראל העמידה לדין אדם שביצע עבירות שקרו לפני קום המדינה.

שני טיעונים לסתירה:

- לפי המשב"ל המנהגי- החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם הוא רטרואקטיבי ולכן מנוגד למשב"ל המנהגי. ישראל הוקמה לאחר השואה והפשעים בוצעו לפני שמדינת ישראל הייתה קיימת- כלומר המשב"ל טוען שבגלל שלא היה חוק עונשין ישראלי בזמן ביצוע הפשעים, לא ניתן להעמיד את אייכמן לדין.
- לשאלת איך זיקה לעבירות (טריטוריה, אזרחות הנאשם וכו') ולכן יש היעדר זיקה מוכרת.

לפי ביהמ"ש הישראלי: דוחה את שתי הטענות, וטוען כי גם אם היה כלל מנהגי האוסר העמדה לדין, החוק הפנימי המפורש של המדינה גובר. (חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם גובר על המשפט המנהגי).

2. קליטת אמנות במשפט הישראלי-

מדובר רק על מקרים שבהם מדינת ישראל אישרה את האמנה (במקרים שבהם אמנה לא אושרה הדבר אפילו לא נחשב מכיוון שישראל לא התחייבה אליה). למרות זאת, בפועל מקובל לחתום על אמנות רבות והשוני הוא באשרור שלהן.

כעיקרון, מדינת ישראל היא מדינה דואליסטית (לפי common law במדינות האנגלוסקסיות). במידה וישראל חתמה ואישרה אמנה, היא מחויבת לנהוג לפיה כל עוד לא הצהירה אחרת.

בישראל, האמנה היא אינה חלק מהדין הפנימי בהיעדר חקיקה קולטת.

ע"א האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה- הסכם שביתת הנשק שהיה לאחר הקמת המדינה ומלחמת השחרור. ירדן, ישראל ומצרים נסוגו מהשטח שהיה בו את הסכם שביתת הנשק. היו כפרים ערביים שבהסכם שביתת הנשק היו בצד הירדני בעוד השטחים החקלאיים שלהם היו בצד הישראלי, דבר שהוביל לסיפוח של השטחים החקלאיים לירדן במהלך הסכם רודוס. מרגע שהסכם רודוס נחתם, הכפרים חזרו להיות בריבונות ישראלית ודרשו את קרקעותיהם בחזרה. נכתב שלא היה אפשרי לפגוע בזכויותיהם של האנשים האינדיבידואליים- והאיכרים ביקשו להחזיר להם את השדות. ביהמ"ש קבע שהסכם רודוס הוא מעין חוזה בין ישראל לירדן בעוד האזרחים בכפרים הם לא צד לחוזה. הדרך היחידה להעביר את השטחים היא במידה ולאזרחים תהיה זכות תביעה מכוח החוק הישראלי במידה וישראל תחוקק חקיקה קולטת לאותה אמנה.

מעמדה של אמנה דקלרטיבית- אמנה דקלרטיבית היא אמנה שנקלטת וחלה אוטומטית. תמיד נשאל האם האמנה היא דקלרטיבית או הסכמית כדי לדעת אם היא חלה אוטומטית או לא.

בג"ץ עפ"ו- דן בהעברת אוכלוסיות מוגנות (במשב"ל ההומניטרי של דיני לחימה- אנשים מוגנים=אנשים תחת כיבוש). לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) שמתייחסת למצב כיבוש- לא ניתן להעביר אוכלוסיה מהשטח למקום אחר או להעביר אוכלוסיה מקומית לתוך האוכלוסיה הנכבשת (כמו התנחלויות). רצו לגרש מחבלים מחוץ לשטח איו"ש שנחשבו כאזרחים מוגנים (פלסטינים בשטח כבוש) ולכן לא היה ניתן לגרש אותם לפי אמנת ג'נבה הרביעית.

שמגר מתייחס לטענות באופן מהותי- וטוען כי הדבר לא נחשב גירוש, מכיוון שמדובר על מספר אנשים בודדים, בעוד הכוונה באמנת ג'נבה להעברת אוכלוסיות- היא העברה של עם שלם (כמו שליחה של היהודים למחנות ריכוז/עבודה). הכוונה לפיו היא העברת שטחים גדולים או כפרים שלמים מסיבות של אסטרטגית לחימה או רצח עם. הוא אומר שמדובר באמנה הסכמית ולא דקלרטיבית שישראל לא קלטה לתוך החקיקה הישראלית, ולכן היא לא מחויבת לקיים את האמנה.

השופט בך מתייחס לכך כגירוש מכיוון שלדעתו ישנה גם התייחסות לאינדיבידואלים, שתהיה הפרה של האמנה.

מדינת ישראל בשונה ממדינות אחרות רואה באמנה זו כהסכמית (קונסטיטוטיובית) בעקבות פס"ד זה. אך לקחה על עצמה התחייבות להחיל את כל הסעיפים ההומניטריים שחלים באמנת ג'נבה ה-4 מבלי להתייחס לאמנה כהסכמית (קונסטיטוטיובית) או דקלרטיבית.

סיכום:

משב"ל מנהגי- הוא חלק ממשפט הארץ ונסוג בפני חוק סותר.
אמנות- אינן חלק מהדין הפנימי, אלא אם אומצו בחקיקה (אמנה דקלרטיבית=מנהג).
ההבחנה בין אמנה דקלרטיבית או אמנה קונסטיטוטיובית רלוונטית רק מבחינת הדין הפנימי.
 בזירה הבינ"ל- התוקף המשפטי של התחייבויות מכוח אמנה ומנהג או זהה.

שמגר מסביר בפס"ד עפו מדוע יש להפריד בין סוגי האמנות למנהג:

- **עקרון הפרדת הרשויות-** במידה ונקלוט הכל אוטומטית, תהיה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כי אם נחיל אמנות באופן אוטומטי אנחנו נעקוף את הסמכות של הרשות המחוקקת).
- **ביקורת:** בפועל, הכנסת כן צריכה לתת אישור לדברים רבים כאשר היום מניחים את האמנה על שולחן הכנסת ונותנים זמן שבהם הכנסת תוכל להסכים או לא- כאשר בפועל המדינה חותמת והכנסת מקבלת.
- **הבדלים מהותיים בין המשב"ל למשפט הלאומי**
ביקורת: אם אנחנו מחילים באופן אוטומטי את המנהג, אז למה לא להחיל באופן אוטומטי את האמנות ההסכמיות? בנוסף, ניתן לפתור בנוסח הכלל בארה"ב שנעזר בחקיקה משלימה.
- **אפשרות אי התאמה-** בין האמנה לתנאי הארץ, לתושביה, ולאינטרסים שלה. לא תמיד אמנה מתאימה למצב ולמציאות הנוכחית בכל מדינה. דוגמה- באמנת סידו למניעת אפליה נגד נשים, ישנו סייג שעוסק בנישואין וגירושין (כאשר לא כל הסעיפים בה תואמים את המציאות בישראל בגלל ביה"ד הרבני).
- **ביקורת:** מדינה יכולה לבחור שלא להצטרף מלכתחילה או להסתייג מסעיפים מסוימים.
- **תכתיבים מצד מדינות אחרות-** חוששים שדבר זה ייתן למדינות אחרות, מוסדות או גורמים חיצוניים להכתיב לישראל מה הם מחויבויותיה הפנימיות.
- **ביקורת:**
- **אי בהירות לגבי אמנות-** לביהמ"ש יהיה מורכב לציין אילו אמנות הן self-executing ואילו יחייבו חקיקה משלימה.
- **ביקורת:**

הדרכים לחקיקה קולטת:

- **חקיקה מפורשת-** כתיבה בתוך חוק ישראלי את מה שכתוב באמנה הבינ"ל. לדוגמה- חיקוק חוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם 1950 שנוסח כחקיקה קולטת לאמנת זכויות האדם.
- **חוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק-** לדוגמה חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים)- מעתיקים את האמנה לתוך החוק.
- **חוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות הדין הבינלאומי-** לדוגמה כותבים בחוק שבהסכם הסגרה החוק הישראלי יחול וכאשר מדינת חותמת על הסכם הסגרה בלטרלי, מפנים בחוק להסכמי ההסגרה שנחתמו מול מדינות אחרות.

גם בחקיקה קולטת, החוק הישראלי יגבר על האמנה.

חזקת ההתאמה הפרשנית- יש לנסות לפרש דברי חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינ"ל של ישראל. לפי חזקה זו, במידה וישראל חתמה על אמנות והתחייבה לקיימן, עליה לעמוד בכך.
 חזקה זו מעמעמת את ההבחנה המסורתית בין מנהג לאמנה.
 חזקה זו הייתה קיימת עוד משנות ה-50 **בפס"ד קמיר נ' מ"י**- השופט לנדוי אומר שביהמ"ש יפרש את החוק באופן המונע ככל האפשר התנגשות בן החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשב"ל.
 עד שנות ה-90 לא התבצע שימוש כל כך בחזקה, עד **לעמ"ם פלוני נ' שר הבטחון**- במלחמת לבנון השנייה היו מחבלים לבנונים שישראל העמידה לדין, ביצעו את עונשם, והם נשארו מוחזקים בישראל כעצורים מנהליים בעוד סיימו לרצות את עונשם וביקשו לשחררם מכיוון שהדבר נוגד את המשב"ל (הם לא היו יותר סיכון בטחוני, בעוד החזקה במעצר מנהלי היא לאנשים שמהווים סיכון בטחוני).
 בהחלטה משנת 97, ברק אומר שמחזקים אותם כדי להשתמש בהם כקלף מיקוח לשחרור שבויים ונעדרים ישראליים, ומראה זאת כשיקול בטחוני לגיטימי של ישראל ולכן יש הצדקה להמשיך ולהחזיק בהם. הוא טוען שהמשב"ל לא רלוונטי כי החוק הישראלי גובר (לפיו החוק הישראלי הוא ספציפי בעוד החוק הבינ"ל הוא כללי).

בדיון הנוסף, ברק משנה את דעתו וכותב כי הוא טעה- הוא אומר כי יש שיקול בטחוני לגיטימי והם לא מהווים סיכון בטחוני למדינת ישראל ולכן אין הצדקה להחזיק אותם. בהתייחסותו למשב"ל, הוא אומר כי לפי ברק:

- אין איסור על החזקת "קלפי מיקוח" במשפט המנהגי
- אין מנהג- יש אמנה הסכמית שישראל לא קלטה על החזקת בני ערובה ולכן היא אינה מחויבת בה

עם זאת, הוא קובע כי יש להתחשב בחזקת ההתאמה- כי תכליתו של חוק בין היתר, היא להגשים את הוראות המשב"ל ולא לעמוד בסתירה למשב"ל.

בעקבות פס"ד פלונים, נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים- שקובע שניתן להחזיק קלפי מיקוח בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של ישראל לפי הוראות המשב"ל ההומניטרי.

לפי בייניש:

- ביטוי מפורשת לתפיסה הבסיסית הנוהגת בשיטתנו
- רוצה לבחון גם לפי חזקת ההתאמה הפרשנית (המשב"ל) וגם לפי פסקת ההגבלה (חוקי יסוד). ברק בחן קודם לפי תנאי פסקת ההגבלה ורק לאחר מכן לפי חזקת ההתאמה, בעוד בייניש עושה ההפך.

היכן מחילים את חזקת ההתאמה הפרשנית?

פס"ד יתד- הורים לילדים עם צרכים מיוחדים עתרו בבקשה לחוק שוויוני לחינוך ילדיהם לפי אמנות זכויות הילד ואנשים עם מוגבלויות. במקרה זה, האמנות שישראל התחייבה אליהן היו הסכמיות, דבר שהוביל ליישום חוק החינוך לפי אמנות אלה (בעזרת חזקת ההתאמה הפרשנית).

חזקה זו לא משנה אם מדובר במנהג או אמנה הסכמית- מכיוון שמתייחסים למשב"ל ללא יחס למקור שלו ולמה המדינה מחויבת או לא.

דבר זה מהווה סיכון: במידה וישראל תקבל הרבה אמנות, ישראל תיקח על עצמה מחויבויות כאשר לא באמת משתמשים בהן.

בנוסף, דבר זה עלול לגרום להפוך את ישראל למדינה מוניסטית- שתחייב אותנו לאמנות גם במידה ולא נחקקה חקיקה קולטת.

בפועל, חזקה זו לא מוחלת ביחס לחוקי יסוד.

לפי פס"ד אדם- מדבר על מסתננים. העותרים טענו שאי אפשר להחזיק אותם במתקני הכליאה ל-3 שנים, מכיוון שהדבר פוגע בחו"י כבוד האדם וחירותו ומפר את זכויותיהם לפי אמנת הפליטים. ביהמ"ש הכיר בפגיעה בחו"י ולא התייחס להפרה באמנה.

השחקנים הראשיים במשפט הבינ"ל- המדינה

השחקן המרכזי הוא המדינה. שחקנים נוספים הם גופים וארגונים שיפוטניים בינ"ל, וגם אנשים פרטיים.

עד מלחה"ע הראשונה המשב"ל עסק בעיקר במדינות (בעלות אישיות משפטית), והמערכת המשפטית החלה ביחסים בין המדינות- international, המודל של המשב"ל בעבר היה לפי מודל כדורי הביליארד- המשב"ל בא למנוע את ההתנגשות והחיכוך בין הכדורים. מצב זה התקיים עד מלחה"ע הראשונה. המשפט נקרא international- מכיוון שהוא היה "אינטר" ניישנס, בתוך מדינות- והיה משפט העמים. עד מלחמת העולם הראשונה השחקן הבלעדי הייתה המדינה.

מאז המאה ה-20, הייתה פריצה של מודל כדורי הביליארד: האופי הבין מדינתי של המשב"ל נפרץ ונוספו שחקנים נוספים בעלי זכויות וחובות במשב"ל- בראשם:

1. ארגונים בינ"ל: האו"ם, ארגון הסחר/הבריאות/העבודה העולמי, נאט"ו וכו'.
2. quasi- states- ישויות מעין מדינתיות: יחידות טריטוריאליזם שלא מתפקדות כמדינה. לדוגמה, פורטוריקו שמוגדרת כמדינת חסות (הפורטוריקנים נושאים באזרחות אמריקאית אך לא יכולים להצביע לנשיאות). הם נקראים מדינת חסות מכיוון שהחלק שמנוהל ע"י ארה"ב הוא יחסי החוץ של פורטוריקו שמנוהלים על

ידה. מדינה נוספת היא טאיוואן- שנשלטת ע"י סין. היא מתנהגת כמדינה לכל דבר אך חוששת מלהכריז על עצמאותה כי סין איימה שבמידה ותעשה זאת, היא תפלוש ותשתלט עליה.

3. גופים פרטיים- גופים לא מדינתיים כמו בני אדם (למשל, תושבים ביבשת אירופה יכולים באופן עצמאי לפנות ישירות לביה"ד האירופי לזכויות אדם, מבלי לבקש שהמדינה תתבע בשמם), תאגידים (כשיש משקיע זר שמגיע למדינה, בהינתן מצבים מסוימים אותו משקיע זר יכולה לפנות לטריבונל בינ"ל באופן ישיר ולתבוע את המדינה המארחת שבה השקיעו), NGO's (non governmental organizations)- למשל כמו אמנסטי אינטרנשיונל, ארגונים מסוג זה משתתפים בדיונים בינ"ל ומהווים שחקן משמעותי גם במידה ואין להם מעמד פורמלי כמו של מדינה או ארגון בינ"ל.

מספר נקודות חשובות:

- לא לכל השחקנים יש אישיות משפטית דומה
- מגמה לעבר הרחבת זכויותיהם וחובותיהם של השחקנים הלא-מדינתיים
- היום- נתמקד בשחקן המרכזי במשב"ל, שהוא המדינה, ולא רק מבחינה היסטורית. נתמקד במדינה ממספר בחינות:
 - היסטורית- השחקן המרכזי
 - פוליטית- עדיין השחקן המשמעותי ביותר
 - משפטית:
- מרבית הנורמות קשורות בה
- בעלת האישיות המשפטית הרחבה ביותר- נושאת בהכי הרבה חובות וזכויות מאשר גופים אחרים
- בעלת סמכות רחבה ליצור נורמות חדשות- למדינה יש את הכוח המשמעותי ביותר בנוגע ליצירת נורמות חדשות של המשב"ל- בין אם בדרך אמנות ובין אם בדרך של מנהגים שמתגבשים דרך פרקטיקה מדינתית שלהם. המדינה היא תמיד היוצרת המשמעותית ביותר של הדין הבינ"ל.

איך קובעים אם יחידה פוליטית מהווה מדינה?

- statehood- מתי יודעים שלפנינו ניצבת מדינה? האמנה שמגדירה את התנאים להתהוותה של מדינה היא אמנת מונטיבידאו (1933)- אמנה דקלרטיבית, שפורטת 4 תנאים מצטברים לקיומה של מדינה:
1. אוכלוסיה קבועה- כדי שישות פוליטית תיחשב למדינה צריך שיהיו אנשים שמשויכים לאותה רשות. נדרש שהאוכלוסיה תהיה קבועה, כי מדינה לא יכולה להתקיים על בסיס אוכלוסיית נוודים.
 - אין דרישת מינימום לאוכלוסיה- למשל נאורו, ליכטנשטיין ומונקו שמונות עשרות אלפי אנשים בודדים. מדינות אלה חברות באו"ם. החשוב הוא בגרעין אוכלוסיה קבועה בטריטוריה של המדינה.
 2. טריטוריה-
 - חובה ליבשה- לא יכולה להיות מדינה שאין לה שטח מסוים יבשתי.
 - אין סף מינימום
 - לא חייבת להיות רציפה- לדוגמה אלסקה היא לא מדינה רצופה מכיוון שהיא מופרדת ע"י קנדה.
 - אין צורך בגבולות מוסכמים- אין צורך בגבולות מוגדרים. לדוגמה ישראל בשנת 1948 הייתה בעלת גבולות שנויים במחלוקת, ועדיין היא הצטרפה לאו"ם.
 3. ממשלה-
 - ממשלה בעלת כושר שליטה אפקטיבי בנוגע לטריטוריה המדוברת- צריכה להיות ממשלה שמסוגלת להשליט שלטון של חוק וסדר ולנהל את המדינה.
 - למרות זאת, לעתים הקהילה הבינ"ל מגמישה את הכלל- כמו בקונגו שהתקבלה לאו"ם למרות שהיא רק התאוששה ממלחמת אזרחים וחלקים נכבדים משטחה לא היו מצויים בשליטת הממשלה. דוגמה נוספת היא קרואטיה ובוסניה-הרצגובינה שהיו מדינות שנוצרו בראשית שנות

ה90 והכריזו על עצמאותן בפירוק ברית המועצות, והן התקבלו לאו"ם למרות שהממשלה המרכזית לא שלטה על חלקים מסוימים מהמדינה.

לעתים מגמישים את תנאי הממשלה האפקטיבית וניתן לראות זאת בעיקר בגלל עליית הזכות להגדרה עצמית של עמים.

- Failed states - סודן, לבנון בשנות ה-80 וליבריה בשנות ה-90. כיום: סוריה: מדינות אלו הן מדינות שאין להן ממשלה אפקטיבית. מרגע שנוצרה מדינה, גם אם בזמנים מסוימים אין למדינה שליטה אפקטיבית - עדיין המדינה לא מאבדת את מעמדה כמדינה. כלומר, מרגע שמדינה נוצרה במשב"ל, גם אם פתאום רכיב של ממשלה אפקטיבית לא תתקיים - היא לא תוכל לאבד את מעמדה כמדינה. קל יותר לקנות מעמד של מדינה מאשר לאבד אותו.
- צורת הממשל אינה רלוונטית - הממשלה לא חייבת להיות דמוקרטית, אך על מנת להכיר, recognition, לאלמנטים כמו צורת הממשל ומחויבותו לעקרונות דמוקרטיים עשויה להיות חשיבות לשאלת ההכרה בישות מסוימת כמדינה.

4. כושר לקיים יחסי חוץ

- הדגש הוא על היכולת של המדינה (capacity) לקיים יחסי חוץ - (כריתת אמנות, וניהול יחסים דיפלומטיים).

נדרשת עצמאות ביחס למדינות אחרות - הדבר מלמד אותנו על ההתנהלות של מדינה ביחס למדינות אחרות, כי היא חייבת לפעול באופן שווה ועצמאי ביחס לשאר המדינות האחרות. לדוגמה, יחסי החוץ של ליכטנשטיין נשלטו ע"י שווייץ בעבר, ופורטוריקו בימינו.

תנאים אלה באמנת מונטווידאו קבועים בסעיף 1 לאמנה ומשמשים לקביעה האם מדינה חדשה קמה. לכאורה, מדינה שמקיימת את 4 תנאים אלה יכולה להכריז על עצמה כמדינה.

- הצטרפות לאו"ם היא אינה תנאי לקיומה של מדינה, אך מהווה אינדיקציה חזקה לקיומה, שכן האקט של ההצטרפות מהווה סימן שהישות כנראה מדינה במידה והיא הצליחה להתקבל לאו"ם. כדי להצטרף לאו"ם, מדינה צריכה שני דברים:
 1. המלצה של מועצת הביטחון
 2. החלטה של העצרת הכללית ברוב של שני שליש

שאלת ההכרה - recognition בישות מסוימת כמדינה:

כשמדובר על statehood, השאלה היא ההכרה.

הכרה - הסמכות שנתונה למדינות קיימות להכיר או שלא להכיר בישות מסוימת שמכריזה על עצמה כמדינה עצמאית.

האם הכרה היא אקט דקלרטיבי או קונסטיטוטיבי ביחס ליצירה של מדינות חדשות? שתי גישות להכרה במדינה:

1. הגישה הדקלרטיבית - אין להכרה השלכה על קיומה הנורמטיבי של המדינה.
2. הגישה הקונסטיטוטיבית - ההכרה היא מרכיב הכרחי לקיום מדינה, כלומר האקט הוא הכרחי לצד 4 תנאי אמנת מונטווידאו כדי שתיווצר מדינה.

- לפי סעיף 3 לאמנת מונטווידאו - קיומה של הכרה מצד מדינות אחרות אינו תנאי הכרחי לקיומה של מדינה חדשה.

סעיף 6 לאמנה חוזר על הקביעה.

אם הגישה של אמנת מונטווידאו היא דקלרטיבית, למה יש צורך בהכרה? היא מוסיפה מספר דברים:

- לגיטימציה פוליטית- הצהרה על נכונות לקיים מערך יחסים נורמליים עם המדינה החדשה.
- בפועל, מאפשר למדינה להוציא מן הכוח אל הפועל עובדת קיומה כחברה בקהיליית המדינות.

גם אם אין להכרה תוקף נורמטיבי מכונן, יש לו חשיבות בזירה הפוליטית.

הכרה היא אקט חד צדדי, פוליטי וולונטרי שמדינות קיימות יכולות לנקוט בו כלפי הישות הרלוונטית. על מדינות קיימות אין חובה להכיר במדינות שטוענות לעצמאות- זהו אקט וולונטרי.

במישור המשב"ל אין נפקות משפטית להכרה או להעדרה של ההכרה: לדוגמה ישראל- לא כל מדינות העולם מכירות בישראל כמדינה. בקונסטלציה הקיימת- 4 תנאי אמנת מונטווידאו מספיקים להכרה בישראל כמדינה, והעובדה שישנן מדינות שהחליטו לא להכיר בה מבחינה פוליטית לא משנה לקיומה.

למרות שישנן מדינות שלא מכירות במדינת ישראל, הדבר לא מונע מכללי המשב"ל לחול בין המדינות- גם על ישראל וגם על המדינות. לדוגמה, במלחמת ששת הימים דיני הלחימה של המשב"ל חלו בין ישראל לבין סוריה שלא הכירה בישראל, כאשר שני הצדדים כיבדו את האמנות הנוגעות לשבויי מלחמה בהתאם למשב"ל. דבר זה מחדד את העובדה ששאלת ההכרה היא שאלה פוליטית.

עם זאת, להכרה או אי ההכרה ישנן משמעויות פוליטיות ודיפלומטיות: ישנה משמעות פוליטית ודיפלומטית גדולה להכרה- במידה ואין לנו הכרה, המשמעות היא שאותן מדינות שלא מכירות לא יחתמו על אמנות דו צדדיות עם המדינה החדשה או יקיימו איתה יחסים דיפלומטיים. בהיעדר מסה קריטית של מדינות שיכירו בה, הישות החדשה לא תוכל להתקיים במשב"ל.

לדוגמה- סומלילנד: חבל שפורש בראשית שנות ה-90 מסומליה. בחבל הארץ ישנם 3.5 מיליון אנשים עם ממשלה אפקטיבית ששולטת בטריטוריה שבה אנשים אלה נמצאים, כלומר תנאי אמנת מונטווידאו מתקיימים. האלמנט היחיד שחסר הוא אלמנט ההכרה- הרוב המוחלט של מדינות העולם לא הכיר בסומלילנד. כלומר, לא ניתנת ההזדמנות לסומלילנד להתקיים כמדינה במשב"ל- דוגמה זו ממחישה את החשיבות הפוליטית והדיפלומטית שדרושה ליישום מדינתית כדי להתקיים במשב"ל.

באמנות מולטילטרליות יכולות לחתום מדינות שלא מתנגדות האחת לשניה, אך לא באמנות בילטרליות.

הנפקות המשפטית העיקרית שיש להכרה הינה במישור הלאומי (המדינתי).
הדבר תורם במספר דברים:

- זכויות יתר וחסינויות (חסינות דיפלומטית- מתביעה בבתי משפט מדינתיים של מדינות אחרות. ההיגיון הוא היגיון השוויון הריבוני- המדינות נחשבות שוות אחת לשניה, ולכן לא ייתכן שמדינה אחת תאפשר לאחרת להיתבע בבתי המשפט שלה).
 - הכרה במדינה זרה- בסמכות הרשות המבצעת. לדוגמה:
פס"ד נוריץ'- אזרחים ישראלים הביאו פס"ד לבית משפט בירושלים שבו תבעו את הרשות הפלסטינית תביעה אזרחית ודרשו ממנה פיצויים כספיים עצומים בגין פגיעת משפחותיהם באירועי טרור שלא נמנעו ע"י הרשות הפלסטינית. הרשות הפלסטינית טוענת כי התיק לא יכול להיות מנוהל נגדה מכיוון שהיא מדינה ולכן היא חסינה מתביעה בבית משפט מדינתי (לרבות בית משפט מדינתי בישראל). ביהמ"ש בירושלים טוען שהכלל הנוהג הוא שישראל מכירה בישות כמדינה, וששאלת ההכרה היא בסמכותה הבלעדית של הממשלה- שתגיד האם ישות מסוימת היא מדינה או לא, ולפי זאת ילך ביהמ"ש ומכך יצמחו משמעויות נורמטיביות חזקות. למשל, אם ביהמ"ש ילמד מהממשלה שזוהי מדינה- ישנה חסינות ולא ניתן לתבוע.
ביהמ"ש קובע שהסמכות להכיר במדינה היא ברשות הממשלה וניתן ללמוד זאת מתעודת שר חוץ- שבה כתוב האם הישות הרלוונטית היא מדינה או לא. ישראל מגישה את התעודה לביהמ"ש ולפיה הרשות לא מוכרת כמדינה, ועל בסיס זה- הייתה נפקות נורמטיבית, התביעה התנהלה, ונפסקו פיצויים לתובעים כנגד הרשות.
- מכך אנחנו למדים למה להכרה יש משמעות נורמטיבית חשובה.

ההחלטה אם להכיר או לא במדינה חדשה, נגזרת מ:

1. קיום 4 התנאים של אמנת מונטווידאו
 2. שיקולים פוליטיים שלה
 3. השאלה- האם עצם הקמת המדינה והתנהלות המשטר שלה הם חוקיים?
- משקל ההכרה- בעצם המגמה, ניתן לראות כרסום במעמד התנאים האובייקטיביים (תנאים 1-2) ועליה במשקל השאלה האם ראוי שנכיר בישות כלגיטימית להכרה. לדוגמה: רודזיה- כיום זימבבווה. באמצע שנות ה-60 הייתה קולוניה בריטית והכריזה על עצמאות. הקולוניה הייתה לבנה ולא העניקה זכויות לשחורים, והאו"ם יצא בהחלטה וקרא למדינות העולם לא להכיר ברודזיה כמדינה, מכיוון שהאפליה הייתה נר לרגליה (היא לא קיימה שוויון בין אזרחיה). לכן, כשהכריזה על עצמאותה ב-1965 אף מדינה לא הכירה בה. ב-1980 נערכו בה בחירות דמוקרטיות והמדינה הפכה לזימבבווה כאשר אלמנט ההפליה לא היה קיים והיא הוכרה כמדינה. סומלילנד- הסיבה שבגינה רוב המדינות לא מכירות בה כמדינה, היא מכיוון שבמידה והן יכירו בה, הן יכירו בפלישה לחבל הארץ ממדינה ריבונית עצמאית קיימת (סומליה), תוך פגיעה בזכות יסוד של מדינות במשכ"ל- הזכות לשלמות טריטוריאלית שעלולה להיפגע לסומליה. דוגמאות נוספות- קוסובו- הפרישה מסרביה.
 - האיחוד האירופי והתפרקות בריה"מ- התנאים להכרה בעקבות ההתפרקות ויוגוסלביה.

הרשות הפלסטינית כמקרה מבחן:

- אוכלוסיה- מתקיימת
- טריטוריה- גבולות במחלוקת לא מונעים את תנאי האוכלוסיה.
- ממשלה- ישנה שליטה מסוימת בחלקים באיו"ש שהיא בעלת אלמנטים של שליטה בהם בזכות הסכמי אוסלו, ובגלל היחלשות הדרישה לנוכח עליית הזכות להגדרה עצמית.
- יכולת לנהל יחסי חוץ- בפועל מנהל יחסי חוץ באופן נרחב, חתמה על הסכמים ביטראליים והצטרפה לאמנות מולטיטראליות. למרות ההגבלה שהוטלה עליה לכרות אמנות בהסכמי הביניים, היבט זה לא מיושם בפועל והרש"פ מנהלת יחסים בינ"ל ענפים.
- מבחינת האו"ם- הרשות ביקשה מהעצרת הכללית ומועצת הביטחון להצטרף כמדינה חברה. 138 מדינות הצביעו בעד, והתנאי של שני שלישים הוסכם, אך היא לא הצטרפה מכיוון שהיא חסרה ההמלצה של מועצת הביטחון, וקבלת הרש"פ עודנה תלויה ועומדת.

לכן, כיום הרשות אינה מדינה חברה באו"ם, אך מעמדה שודרג מ non state entity למעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם.

שאלת השלכותיה המשפטיות של החלטת העצרת היא מורכבת ושנויה במחלוקת:

- הדרישות לקיום מדינה אינו מספיק בהיעדר שליטה אפקטיבית מלאה
- הצבע בעצרת הכללית של האו"ם אינה מהווה מעשה משפטי מחייב של האו"ם
- העצרת אינה מוסמכת להורות על קבלתה של מדינה לאו"ם
- ואולם, החלטת העצרת (ברוב גדול)- מהווה עדות להכרת מדינות העולם במדינה פלסטינית, דבר שמביא ל:
- הטיית הכף בהינתן מחלוקת לגבי קיום התנאים העובדתיים של אמנת מונטווידאו
- סלילת הדרך להצטרפות לאמנות מוסדות בינ"ל- חוקת רומא (ICC)- ביה"ד הבינ"ל הפלילי. מאז, התקיימה הסיטואציה של פלסטין- בדיקה מקדמית שנוגעת לבדיקת פשעי מלחמה שביצעה ישראל בטריטוריה הפלסטינית, לכן המצב מורכב.

המיוחד מדינה היא העצמאות כלפי האזרחים בתוך המדינה וכלפי המדינות האחרות (ריבונות).

1. עקרון האי התערבות - למדינות אחרות אין יכולת להשפיע על הכלכלה, העניינים הפוליטיים, בכוח או שלא בכוח. התערבות בעניינים הפנימיים של המדינה נאסרת.
2. עקרון השלמות הטריטוריאלית - ניתן לראות זאת **בפס"ד לוטוס** (ערך הריבונות עם האוניה הצרפתית שהוטבעה והסכסוך עם טורקיה) - אי אפשר לחייב מדינה לעשות משהו שלא התחייבה לעשותו.

אחריותה של המדינה כשחקנית במשב"ל

המשמעות של אחריות מדינה, הוא שכאשר ברגע שמדינה הפרה חובה שהסכימה לקבל על עצמה מכוח אמנה או חובה, ישנם כללים של אחריות מדינה - כללים של אחריות מדינה הם כללים מסדר שני. המסגרת המשפטית שלהם היא בעיקר בטיטוט האמנה שגיבש הגוף של האו"ם שמפתח את המשב"ל - international law commission, שבשנות ה-50 גיבשו טיוטה שהגדירה מהי אחריות מדינה והוגשה בשנת 2001. זהו הכלל המחייב בנוגע לדיני אחריות מדינה.

סעיפים 1-3 של טיוטת האמנה ממסגרים מהו התחום של אחריות מדינה:

- סעיף 1- העיקרון המנחה. ברגע שישנה הפרה של חובה בינלאומית, למדינה תהיה אחריות על הפרה זו.
- סעיף 2- ישנם 3 תנאים לקיומה של אחריות בינלאומית:
 - (1) מעשה או מחדל
 - (2) המהווה הפרה של כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי - צריך להיות כלל מסוים של המשב"ל או דבר שהמדינה התחייבה אליו
 - (3) מיוחס למדינה על פי המשפט הבינ"ל
- סעיף 3- סיווג התנהגות המדינה נקבע ע"י המשב"ל. מדינה לא יכולה להישען על הדין הפנימי כהצדקה להפרת המשב"ל.

איך ניתן לייחס פעולות למדינה שהיא ישות מופשטת?
לא ניתן לייחס פעולות של אנשים פרטיים למדינה - לא ניתן לומר שהמדינה אחראית לכל אחד מהמעשים של האנשים שנמצאים בשטח שלה.
מבחן הייחוס - מבחן משפטי שמאתר זיקות הקושרות בין המעשה או המחדל למדינה
הכלל הבסיסי - אי אפשר לייחס פעולה של אדם פרטי למדינה עצמה - למשל סנואודן וויקיליקס לא ייחסו אחריות של ארה"ב כלפי מדינות אחרות.

- בסעיפים 4-7 ישנם מספר כללים לגבי **אורגנים מוסדיים**:
צריך שתהיה זיקה:
סעיף 4- זיקה מוסדית: זיקת האורגנים של המדינה.
סעיף 4.2- אורגן הוא מי שיש לו את המעמד בהתאם לדין הפנימי של המדינה. הבעייתיות היא בכך שמדינה יכולה שלא לחוקק הגדרה לאורגנים בדין הפנימי שלה, כמו **בפרשת הג'נוסייד**: מלחמות יוגוסלביה בשנות ה-90. אחת הסוגיות שקרו במהלכן היו רצח העם המוסלמי הבוסני ע"י המיליציות הסרביות (מעין רצח עם שבו הפרידו בין גברים לנשים והוציאו אותם להורג). היו כוחות או"ם הולנדיים שהיו אמורים לשמור על המוסלמים מפגיעה אך ברחו מהמקום ברגע שהסרבים נכנסו למקום.
בפרשה זו הICJ דן בשאלה האם המיליציות הסרביות היו אורגן של מדינת סרביה? (הדבר לא היה כתוב בחוק). דה יורה (לפי החוק והמשפט) המשפט אומר שהם לא נחשבים אורגן ועלינו לבחון זאת ספציפית לפי עובדות המקרה (דה פקטו), בפועל, ולבחון האם בפועל הם נחשבים אורגן של המדינה?
הICJ קובע שכדי שגוף ייחשב כאורגן של המדינה למרות שהוא לא כתוב בחוק נבדוק זאת לפי מבחן התלות המלאה: שהסרבים היו מעורבים בכל דבר שהמיליציות הסרביות עשו. הגיעו למסקנה שלא ניתן ליחס את המיליציות הסרביות כאורגן של הסרבים.

סעיף 5- גופים שלא נחשבים אורגן של המדינה אך מבצעים פונקציה של המדינה. למשל הפרטה, חברה פרטית שמבצעת שירותים בעבור המדינה (לדוגמה שירות בתי הסוהר או חברות אבטחה פרטיות). גופים אלה לא מוגדרים כאורגן אך עדיין מבצעים פעולה ציבורית- במקרה זה נייחס אחריות מדינה. המבחנים לייחס אחריות מדינה לפעולות אורגנים- capacity:

- מבחן הזיקה המהותית- האם קיימת זיקה בין תפקיד האורגן לפעולה שבוצעה?
- מבחן הסמכות הנחזית- האם יש לאורגן סממנים מבחינת התפקיד שהאורגן מבצע? (למשל שומרים שלובשים מדים).

מבחנים אלה משלימים אך הנטייה היא לטובת מבחן הסמכות הנחזית.

סעיף 7- גם במקרה והאורגן הפר את הסמכות שלו או הלך נגד ההנחיות, כל עוד הוא פעל מתוך הכשרות שלו, עדיין נייחס אחריות למדינה.
חריגה מסמכות אינה פוטרת את המדינה מאחריות לפעולת האורגן.

- **לגבי אנשים פרטיים-** הכלל הוא שאי אפשר לייחס אחריות של המדינה לאנשים פרטיים: לא ניתן לייחס אחריות למדינה כשאזרח פעל באופן עצמאי.
נייחס אחריות למדינה בשני מקרים:

1. סעיף 8- התנהגות אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או נתונים לשליטתה- למשל הסטודנטים האיראניים שהשתלטו על השגרירות האמריקאית. בנ"צ רצו לומר שהיה מדובר בהוראות של משטר המהפכה שקרא לסטודנטים לצאת לרחובות ולבצע את המעשה, אך הבעייתיות הייתה היא בכך שלא הייתה מדינה בגלל המהפכה. נקבע כי הדבר לא היה הוראה מפורשת או הנחיה ספציפית להשתלט על השגרירות ולכן הדבר לא נחשב כקריאה.

שליטה אפקטיבית- מתן הוראות לכל פעולה. למשל **פס"ד ניקרגואה**- CIA עודד את קבוצות המיליציות contras כדי לתמוך בהם ולהפיל את המשטר הסוציאליסטי בניקרגואה. CIA נתן ייעוץ ותחמושת כדי שיצליחו ואף טענו שחילקו אחריות כיצד לבצע פשעים נגד האנושות כאסטרטגיה להפיל את המשטר. רצו להוכיח שהייתה אחריות מדינה לארה"ב. ה"צ קבע שהמבחן להוכיח אם הייתה שליטה או לא הוא מבחן השליטה האפקטיבית- שליטה פר מעשה/פעולה מבצעית. השאלה הייתה האם אם ה CIA נתנו הנחיות וייעוץ בנוגע לכל כפר או שנתנו עזרה בכלליות והאם הדבר נחשב כאחריות מדינה? נקבע כי המבחן מאוד צר ורק במקרים מסוימים ניתן לייחס אחריות מדינה בגין מעשים של מיליציות או של אנשים פרטיים.

בזירה הבינ"ל יש מספר טריבונלים בינ"ל וביניהם ICTY ו ICTR שהוקמו סביב אירועים מסוימים וסמכותם הייתה לדון רק בהם. טריבונלים אלה היו בעלי סמכות לדון במשב"ל פלילי, כאשר ICTY דן במלחמות יוגוסלביה ו ICTR דן ברצח העם ברואנדה.

פס"ד טאדיץ'- היה אחראי על מיליציה באיזור ספציפי שבו היו מחנות ריכוז. הועמד לדין על פשעים נגד האנושות, והשאלה הייתה האם ניתן לייחס את הפעולות של המיליציות הסרביות בשם מדינת סרביה עצמה? ICTY סותר את ה"צ והגיע למסקנה שהמבחן האפקטיבי הא מבחן השליטה הכוללת- סותר את מבחן השליטה האפקטיבית והוא הרבה יותר רך ממנו.
פס"ד הג'נוסייד- האם ניתן לייחס אחריות מדינה לסרביה בשם האורגנים לא כאורגן אלא כאנשים שפעלו תחת שליטת המדינה?

ה"צ קובע כי המבחן הקובע הוא מבחן השליטה האפקטיבית ודוחה את דברי ICTY לגבי מבחן השליטה הכללית. הוא טוען שמבחן צר הוא מה שקובע ברצח העם.

2. סעיף 11- המדינה מכירה במעשים ומאמצת אותם בדיעבד. בדוגמה של איראן והסטודנטים- אכן הייתה הצהרה ומבית ועידוד המעשה. גם בני הערובה לא שוחררו לאחר המהפכה, דבר שמוכיח שהמדינה הכירה במעשיה.

סטנדרט החריצות הראויה- על המדינה לנהוג "בחריצות ראויה", זהו לא מבחן מחייב, אך בוחנים האם המדינה פעלה מראש כאשר ידעה שהולכת להתבצע פעולה מראש וניסתה למנוע/העלימה עין או בדיעבד כאשר בחרה שלא להעמיד לדין?

סעיף 20- הכנסה של צבא זר כדי להגן על המדינה.

סעיף 21- הגנה עצמית.

סעיף 22- צעדי גמול: מול המדינה המפרה ניתן להפר את הכללים בחזרה כאשר יש לכך מספר כללים:

- בהסכם מולטילטרלי ניתן להפר רק כלפי המדינה הספציפית
- האופן שבו נפעל צריך להיות כזה שהמטרה שלו לא תהיה עונשית אלא מטרה שתגרום למדינה לחזור ולרצות לציית בחובה (אסור לגרום לנזק בלתי הפיך), למשל סנקציות כלכליות. צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונליים, למשל לא ניתן להשבית את המדינה המפרה.

סעיף 23- פורס מז'ור- כוח עליון שלפיו למשל כאשר קורה דבר מסוים שלא הייתה דרך למנוע אותו (שלא הייתה שום דרך לפעול אחרת חוץ מלהפר את החובה).

סעיף 24- מצוקה. מצב שבו ישנה סכנה לחיי אדם ויש למנוע את הסכנה בכל מחיר.

סעיף 25- מאפשר הגדרה רחבה למתי מדינות יכולות לטעון שהן צריכות להפר את המשב"ל, לדוגמה בעקבות אינטרסים חיוניים של המדינה. צריך שלמדינה לא יהיו אלטרנטיבות לפעול מעבר לכך, והיא צריכה לוודא שהיא לא גורמת נזקים למדינות אחרות או לקהילה הבינ"ל, והיא לא תוכל לטעון לחריג זה אם היא עצמה גרמה למצב שבו האינטרסים שלה נתונים בסכנה (היא לא יכולה לטעון לזכות להפר אם היא גרמה למשל למגפה בתוכה). למשל, המשבר הכלכלי בארגנטינה בתחילת שנות ה-2000 שבו נכנסו לתוקף חוקים של מצב חירום, שחלק מהם פגעו במשקיעים זרים וביניהם משקיעים אמריקאיים שטענו להפליה. ארגנטינה טענה לחריג בגלל טיעון הצורך, והטריבונלים הגיעו למסקנה בתיק **CMS gas** באמצעות בורות שארגנטינה לא זכאית לטעון לסעיף 25. העובדה שמדינה מפרה את החובה שלה קורית תוך שאיפה שהיא תחזור לציית לה.

- חריגים אלה לא תופסים כאשר מדובר בחובה שהיא *jus cogens* - חובה עליונה וקוגנטית של המשב"ל.

מספר סעדים שניתן לבקש לתיקון הנזק:

- השבת המצב לקדמותו
- פיצויים כספיים
- חרטה/התנצלות

למדינה יש כוח ליצור את הכללים במשב"ל וזהו כוח שאין לשום גורם אחר.

ארגונים בינ"ל

שחקן נוסף ומרכזי במשב"ל.

בתחילת המאה ה-20 היו מעט ארגונים בינ"ל כאשר כיום יש סביב 400 ארגונים בינ"ל.

את ריבויים 70 שנים האחרונות תיאר המלומד פרופ' ג'ורג אבי-סאאב (שופט בביהמ"ש לערעורים של בית המשפט הבינ"ל וכו'), והוא תיאר בשנת 1999 מושג בשם חוק הצפיפות: כל רמה של צפיפות נורמטיבית מחייבת רמה מתאימה של צפיפות מוסדית. לאור ריבוי הנורמות במאה ה-20, התוצאה המתבקשת הייתה ריבוי מוסדות. לכן, הייתה צמיחה במספר הארגונים הבינ"ל וגם עיבוי משמעותי של סמכויותיהם (הם מבצעים רגולציה והסדרה של תחומים רבים בחיינו).

International Governance - צמיחתו של ממשל גלובלי בעשורים האחרונים. יש ממשל גלובלי מכיוון שהוא מורכב מאוסף ארגונים שפועלים לפי אותן נורמות משפטיות.

- סיווג לפי פונקציה:
 - ארגונים אוניברסליים כמו האו"ם - מוסמכים לעסוק בנושאים מגוונים. האו"ם הוא יוצא דופן מכיוון שרוב הארגונים הבינ"ל הקיימים עוסקים בנושא ספציפי (לדוגמה ה-WTO - ארגון הסחר העולמי, NATO - עוסק בבטחון (ברית של ערבות בטחונית הדדית. המדינות שחלק מהברית ערבות לכך שבמידה אחת מהן תהיה תחת התקפה חמושה, שאר המדינות יתגייסו לעזרתה). WHO - ארגון הבריאות העולמי. הביא לדוגמה לאמנה נגד עישון, ILO - ארגון העבודה העולמי, ו-WIPO - עוסק בקניין רוחני.
 - ישנם ארגונים אוניברסליים - כל מדינה יכולה להצטרף אליהם, כמו האו"ם, WTO או WHO.
 - ארגונים איזוריים - ישנם ארגונים גיאוגרפיים - הם פתוחים רק למדינות באיזור גיאוגרפי מסויים (למשל ה-EU וה-AU שרק מדינות מיבשת אירופה או אפריקה יכולות להצטרף אליהן).
- סיווג לפי הרכב החברות:
 - למי פתוחה הכניסה לארגון בינ"ל?
 - כניסה פתוחה - ישנם ארגונים פתוחים שמכניסים את כל המדינות כמו קרן המטבע העולמית או ארגון הבריאות העולמי.
 - כניסה מותנית - לעומת זאת, ישנם ארגונים אקסקלוסיביים - כמו OECD - ארגון המדינות המתועשות. בארגונים אקסקלוסיביים אלה ישנו צורך בקריטריונים מסויימים כדי להיכנס אליו.
 - ה-WTO - כולל 164 מדינות. האחרונות שהצטרפו היו רוסיה וסין.
- סיווג פוליטי/טכני:
 - ארגונים פוליטיים (כמו האו"ם)
 - ארגונים טכניים שיוצרים סטנדרטים כמו ICAO - ארגון התעופה האזרחית העולמי.
- סיווג לפי אופי הסמכויות:
 - ארגונים כופים - ישנם ארגונים שלהם סמכות כופה שיכולה לכפות החלטות על שאר מדינות העולם בהחלטת רוב שלהם, כמו מועצת הבטחון או האיחוד האירופי.
 - ארגונים מסורתיים - WTO ו-WHO, ארגונים שבהם ההחלטות מתקבלות בהסכמת כל המדינות החברות.

האישיות המשפטית של ארגונים בינ"ל:

מוקם ע"י מדינות באמצעות אמנה (גיבוש מגילת האו"ם), או הסכם ה-WTO שכוון את ה-WTO. ארגון קבוע, בעל מוסדות עצמאיים, שפועל באופן עצמאי במישור הבינ"ל - כלומר מרגע שהארגון הבינ"ל קם הוא אינו כפוף למדינה כלשהי.

לארגון הבינ"ל יש זכויות נפרדות מאלו של המדינות שהקימו אותו - הוא "אישיות משפטית נפרדת". מטרת ההסכם המכונן הייתה הקמת גוף משפטי חדש המופקד על יישום יעדים משותפים למדינות שהקימו אותו.

חברות בארגונים בינ"ל:

המדינות המקוריות שהן צד לחוקת הארגון וחתמו עליו - הופכות לחברות בארגון אוטומטית. הצטרפות המדינות לארגון מעלה שתי שאלות:

1. האם מדובר במדינה?
2. האם המדינה עומדת בתנאים להצטרפות?

סמכויותיהם של ארגונים בינ"ל:

לפי עקרון לוטוס נקבע שכל מה שלא נאסר על המדינות מותר להן (כמו הפרט במשפט הפרטי). כאן נקודת המוצא היא הפוכה מפס"ד לוטוס: יש צורך בסמכות מפורשת. לדוגמה:

- סמכות מפורשת:
 - מועצת הביטחון - בעלת סמכות להטיל סנקציות

○ NATO/UN - סמכות מפורשת להפעיל כוח צבאי

- סמכות משתמעת: האם יש לארגון בינ"ל סמכות משתמעת כדי שיוכל ליישם את תפקידו באופן אפקטיבי? שאלה זו עלתה בהקשר של מלחמת העצמאות. נשלח נציג של האו"ם לתווך בין מדינות ערב לישראל בשם ברנדוט, והוא נרצח בירושלים ע"י הלח"י. מועצת הבטחון פונה בשם האו"ם וביקשה חוות דעת מייעצת מהICJ לגבי רצח הנציג.
- עלתה השאלה: במקרה ספציפי זה עלתה השאלה האם לאו"ם יש סמכות לתבוע מדינה שפגע במחדל או במכוון בנציג שלה?
- תשובה: נקבע שיש סמכות משתמעת לאו"ם כדי שיוכל למלא את תפקידיו באופן אפקטיבי וכדי שיוכל לשלוח את נציגיו לאיזורי סכסוך, ולכן צריכה להצטרף לכך הסמכות הנלווית.

מעמד ההחלטות של ארגונים בינ"ל:

- לרוב, תוקף ההחלטות של ארגונים בינ"ל הם רק בגדר המלצות, אך ישנן חוקות המסמיכות לקבל החלטות מחייבות.
- לפי סעיף 25 של מגילת האו"ם, למועצת הבטחון של האו"ם ישנה סמכות המחייבת את כל המדינות החברות לאמץ את אותם תקנים.
- תיאורית הדליגציה (Delegation) - התיאוריה שמסבירה כיצד מדינות ריבוניות צריכות להישמע לארגון בינ"ל: המדינות שבהסכמה שלהן הן בחרו מרצון להעניק לארגון הבינ"ל את היכולת לקבל החלטות שיחייבו אותן והאצילו לו חלק מהסמכויות שלהן.

ארגון האומות המאוחדות - האו"ם:

ועידת סן פרנסיסקו - הוועדה בה גובשה מגילת האו"ם (הצ'ארטר).
הוקם לאחר מלחה"ע השניה כארגון בין ממשלתי. יעדי האו"ם בסעיף 1 למגילת האו"ם:

1. שמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים (כדי למנוע את הזוועות שהתרחשו בשתי מלחמות העולם שקדמו להקמתו ולמנוע מלחה"ע שלישית);
2. קידום יחסי הידידות בין המדינות
3. השגת שת"פ בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות, וקידום כיבוד זכויות אדם.

בעת הקמת האו"ם, היו 51 מדינות שרובן היו מערביות. תצורתו כיום שונה - כיום יש 193 מדינות כאשר רובן מדינות מתפתחות.

סעיף 4 למגילת האו"ם - ע"מ שמדינה תצטרף לאו"ם נדרשת:

- המלצה של מועצת הביטחון (דבר שחסר במקרה של פלסטין)
- החלטה של העצרת ברוב של 2/3 של המשתתפים בהצבעה (דבר שקיים אצל פלסטין).

לאו"ם יש 2 אורגנים מרכזיים:

1. העצרת הכללית של האו"ם - לכל אחת מ-193 המדינות יש קול אחד שווה. העצרת רשאית לדון בכל נושא המוסדר במגילת האו"ם. ההחלטות של העצרת לא מחייבות והן בגדר המלצות בלבד. להחלטות החשובות יש חשיבות גם אם הן רק בגדר המלצות מכיוון שהן soft law שיכול להפוך להחלטות מחייבות. ההחלטות בעצרת הכללית מתקבלות ברוב קולות של 2/3 מהמשתתפים בהצבעה - למשל בחירה של אנשים למוסדות האו"ם (כמו שופטים לנצי"ח, קבלת מדינה חדשה וכו'). משמשת כ"מועדון וויכוחים" - דבר המעניק נופך דמוקרטי (כאשר בפועל, מקבלת ההחלטות היא מועצת הביטחון).
- סעיף 12 למגילת האו"ם - אם מועצת הביטחון מפעילה את סמכויותיה ביחס לסכסוך או מצב מסוים שמאיים על המצב בעולם, העצרת הכללית תדיר את רגליה מהסוגיה, לא תיתן את המלצותיה בנושא אלא אם כן מועצת הביטחון ביקשה זאת. (מעין הפרדת רשויות ברורה בין מועצת הביטחון לעצרת)

הכללית).

ניתן לראות ניסיון של העצרת הכללית לאתגר את מועצת הביטחון ולאתגר אותה לפעול - בעיקר במצב של וטו.

בשנת 1950 התרחשה מלחמת קוריאה ומועצת הביטחון הייתה משותקת מכיוון שבכל פעם שארה"ב ניסתה להתערב במצב בקוריאה רוסיה הטילה וטו. בתגובה, ארה"ב הניעה מהלך שהביא לקבלתה של: החלטה 377 - "מאוחדים למען השלום": החלטה זו תהיה בכל מקרה שבו מועצת הביטחון לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות, ולכן בכל מקרה של הפרה או איום על השלום או משה תוקפנות - העצרת הכללית מנכסת לעצמה את היכולת לדון בנושאים של מועצת הביטחון, ומקנה לעצמה סמכויות שלה כולל שימוש בכוח צבאי או הצעת הצעות. שני התנאים לכניסתה לפעולה של תכנית 377:

- איום על השלום
- מועצת הביטחון משותקת ולא יכולה למלא את תפקידיה עקב אי הסכמה בין החברות הקבועות.

בהינתן שני קריטריונים אלה, העצרת הכללית יכולה להתכנס ולפעול, ואז העצרת הכללית יכולה להמליץ על הפעלת כוח ולקבוע מושב חירום. החלטה 377 הייתה קריטית עד סיום המלחמה הקרה מכיוון שאז מועצת הביטחון הייתה משותקת. - החלטה זו גרמה למשבר עצום באו"ם - מכיוון שטענו להפרת חלוקת הסמכויות שהוגדרה בצ'ארטר (היה ניסיון לטשטוש הגבולות). הקמת כוח שמירת שלום.

2. מועצת הביטחון - הוקמה מתוך רצון שיהיה גוף "עם שיניים" שיוכל לאכוף את השלום והביטחון העולמיים באופן יותר אפקטיבי מהעצרת הכללית של האו"ם.

- הרכב - מורכבת מ-15 מדינות כאשר 5 מתוכן קבועות (סין, רוסיה, ארה"ב, בריטניה וצרפת).
- שאר 10 המדינות מתחלפות ונבחרות ע"י העצרת ברוב של 2/3 לשנתיים, עפ"י מפתח חלוקה גיאוגרפית.
- הליך קבלת ההחלטות נעשה ע"י: לכל חברה קול אחד. הנהלים בהחלטות הדיוניות - צריך רוב של 9 מדינות. בכל עניין אחר של החלטות מהותיות - נדרש גם רוב של 9 וגם שאף אחת מהחברות הקבועות לא תטיל וטו.

זכות הוטו = סמכות שיש ל-5 מדינות הקבועות במועצת הביטחון. הביקורת על כך היא הקפאת המצב ששרר לפני יותר מ-70 שנה בשימור זכות הוטו סעיף 24 למגילת האום - המדינות מסמיכות את המועצה להיות אחראית להבטחת השלום והביטחון הבינלאומיים ולפעול מטעמן בנושאים אלה.

- למועצת הביטחון שתי סמכויות מרכזיות:

1. יישוב סכסוכים בדרכי שלום - פרק 6 למגילת האו"ם:

- מוסמכת להמליץ לצדדים על נקיטת צעדים לסיום הסכסוך בדרכי שלום, כמו מינוי מתווך/מפשר, חקירה, קריאה לצדדים לסכסוך לנקוט/להימנע מצעדים. בין ההחלטות המפורסמות הייתה החלטה 242 (1967) שבה לאחר תפיסת שטחי איו"ש מועצת הביטחון מתווה את הצעדים הראשונים להסדרת הסכסוך הישראלי ערבי. בהחלטה זו היה את הגינוי החריף ביותר נגד הבניה במזרח ירושליים ואיו"ש.

2. פעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשיו תוקפנות - פרק 7 למגילת האו"ם. סעיף 25 - מעמד ההחלטות של מועצת הביטחון - החברות חייבות לקבל ולציית להחלטות. ההחלטה היא מחייבת ואין הבחנה בין החלטות מכוח פרק 6 לבין כאלה מכוח פרק 7; שתיהן מחייבות באותה מידה. ICJ בפרשת נמיביה אומר שהחלטות של מועצת הביטחון מחייבות כאשר נצטרך ללמוד מנוסח ההחלטה האם היא מחייבת או לא: calls upon, urges מהווים המלצה, כאשר demands מהווה החלטה מחייבת.

בהחלטה 242 ישנם חלקים מחייבים וחלקם לא, החלטה זו ניתנה תחת פרק 6 והיא לא המלצה בלבד בחלקים שעושים שימוש במילה *decides* *demands* - חלקים אלה הם בעלי מעמד מחייב.

- במסגרת פרק 7 למגילה, מועצת הבטחון מוסמכת בסעיף 39:
 - כשמועצת הבטחון פועלת היא צריכה להגדיר שיש מצב שמהווה איום על השלום הבינ"ל.
 - במידה והיא הגדירה שיש מצב מאיים, בסמכותה להורות על צעדים לקיום השלום או השבתו.
 - כשהחלטה מתקבלת מכוח פרק 7 למגילת האו"ם בדר"כ הדבר מצוין במפורשת בנוסח ההחלטה: "acting under chapter 7", תוך התייחסות לסעיפים מהפרק+שימוש במונחים *decides, demands*, וכו'.
- איום על השלום הוגדר למשל בפלישת צבאות ערב לישראל או בתקופת המלחמה הקרה, ומאז היו מספר אירועים שהוגדרו כאיום על השלום והבטחון: פלישת עיראק לכווית (1990), יוגוסלביה (1991), סומליה (1992), בוסניה (1993), רואנדה (1994), סיריה לאון ואיום הטרור העולמי (2001), ולוב בשנת 2011.
- במסגרת פרק 7 למגילת האו"ם, בנוסף מועבי"ט צריכה לפעול באופן משמעותי כדי לשמור על שלום וביטחון עולמי. ראשית, היא צריכה להכריז על מצב מסוים ככזה המאיים על השלום והביטחון העולמי.

מועבי"ט מוסמכת לפי ס' 41 לנקוט באמצעים לא קיצוניים - אם היא רואה שהיא מצויה במצב המאיים על השלום והביטחון העולמיים היא יכולה להורות על שורה של אמצעים לא כוחניים להשבת השלום. למשל: ניתוק יחסי מסחר, ניתוק תקשורת, תעבורה ימית ויבשתית, ניתוק יחסים דיפלומטיים.

1990 - פלישת עיראק לכווית - סנקציות כלכליות (איסור יבוא, העברת כספים) זו הסיבה שאיראן ישבה על הסכמי הגרעין. דבר שהוביל לכך שבמשך 3 שנים איראן הייתה כפופה להגבלות משמעותיות: הגבלות סחר, הגבלות הקשורות ספציפית לתוכנית הגרעין, צומצמה יכולתה של איראן להגיע לטכנולוגיות ולאמצעים שיסייעו לה לתוכנית הגרעין. הייתה הקפאה לא רק של רכוש אלא של אנשים איראנים שרכם רצו להשפיע על המדיניות של איראן (אנשים עשירים בעלי נכסים במדינות אחרות). לאחר 3 שנים של סנקציות איראן הסכימה לדבר עם המעצמות.

במהלך 2017 הוטלו סנקציות על צפון קוריאה, לאחר הניסויים הבליסטיים ועוד פעם אחר ניסוי גרעיני מצליח באוקיינוס, אף אחת מהמדינות לא הטילה וטו. הדבר גרם לצמצום אספקת נפט וגז - 90% צומצמו במסגרת הסנקציות וזה מה שגרם לקים ג'ון און. אלה הן דוגמאות לצעדים לא כוחניים. במצב לא מועיל, נפנה לסעיף 42.

ס' 42 מאפשר להשתמש באמצעים כוחניים - שימוש בכוח צבאי - מבצעים אוויריים, יבשתיים וימיים ביחס לאיזור בו נצפה סיכון לשלום העולמי. דוגמאות: סומליה, האיטי, אלבניה ועוד. גם בלוב ב-2011, בתחילתו של האביב הערבי דיברו על כוחותיו של קדאפי שטבחו באזרחים; הדבר הגיע למצב שמועבי"ט הכריזה על המצב בלוב כמצב המאיים על השלום העולמי. כוחות NATO פעלו במתקפה אווירית שהפילה את המשטר בלוב.

בהתחלה הכוונה בכלל הייתה שיהיה צבא של האו"ם - שמדינות יעמידו חיילים לכוח צבאי. לכן יש הרשאה למדינות ספציפיות או לכוחות בינלאומיים להפעיל כוח בשם הקהילה הלאומית, בשן מועבי"ט. זה גובר על העיקרון בסעיף 2(7) - עיקרון אי התערבות בעניינים הפנימיים של המדינות. פרק 7 גובר.

החלטות של מועבי"ט כשמדובר בהחלטות מחייבות הן מחייבות באופן אוטומטי את כל מדינות העולם. ס' 48 אומר שהמדינות החברות באו"ם חייבות ליישם ולקיים כל פעולה שמועצת הביטחון מחליטה עליה. למשל, אם מועבי"ט מחליטה שיש ארגון טרור שמעובי"ט הכניסה לרשימה השחורה של ארגוני הטרור ויש חובה להקפיא את הכספים לארגון הטרור. כל המדינות מחויבות וזה לא נתון לשיקול דעת. המחויבויות של מדינה תחת מגילת האו"ם הן משוריינות - בכל מקום שיש לנו סתירה בין התחייבות של מדינה תחת מגילת האו"ם או אמנה אחרת - מגילת האו"ם תגבר.

כמו כן, החלטה מחייבת של ארגון בינלאומי היא במעמד האמנה מכוחה היא ניתנה. מה זה אומר על החלטות מחייבות של מועצת הביטחון? שהן לא רק מחייבות אלא גם משוריינות כמו שאר הוראות מגילת האו"ם. לכן אם יש החלטה של מועבי"ט שלפיה אסור לסחור עם איראן - גם אם יש מדינה עם הסכם סחר חופשי עם איראן, המחויבויות תגברו תחת מועצת הביטחון ומגילת האו"ם.

יש פרשנות רחבה לנושאים בהם יכולה המועצה לעסוק. מועצת הביטחון הרחיבה את סמכויותיה מעבר למה שמנסחי מגילת האו"ם החליטו ב-45' בנוגע לסמכויות חקיקה ושיפוט.

בשנת 2001- הפיגוע במגדלי התאומים, ומועבי"ט מתכנסת באופן בהול ומכריזה על איום הטרור באופן שלא משתמע ל2 פנים על מצב חירום והופכת לאחראית.

- אין אמנת טרור עולמית, מכיוון שמדינות לא מצליחות להסכים על הגדרה של טרור. יש אמנה במניעת מימון טרור או בנושאי פיצוצים אבל אין אמנה כללית לטרור. מה שיש הוא שורה עצומה של החלטות מועבי"ט שמסדירות הקפאת נכסים של טרור, מימון טרור, החובה להעמיד לדין או להסגיר מעורבים בטרור. אלה סמכויות חקיקה דה-פקטו שמועבי"ט ניכסה לעצמה. החלטה 173 שהתקבלה מיד לאחר פיגוע התאומים- היא החלטה מחייבת, ולכן אין צורך באמנה כשמועצת הביטחון יכולה להוציא החלטה מחייבת לכל מדינות העולם.

יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינ"ל:

מבחינה היסטורית, בתי דין בינ"ל התפתחו מהענף של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. היא התפתחה בעקבות האיום הגדול של המהפכה התעשייתית במאות ה19 וה-20, בעקבות התפתחות הנשק וסכנת המלחמה- יכולת ההרג וסכנת הקטלניות עולה. עד המאה ה20, מלחמה היא דבר חוקי במשב"ל. במשב"ל הקלאסי, המלחמה היא דבר מותר (just cause)- יכלו להצביע על סיבה מוצדקת ולצאת למלחמה ללא איסורים). במאה ה19 הייתה התפתחות וניסו לצמצם את היכולת של מדינות לצאת למלחמה. לכן בעבר פוטנציאל ההרג של המלחמה גדל על רקע ההתפתחות הטכנולוגית ללא אכיפה, והמדינות חששו מפוטנציאל ההרס. דבר זה הוביל במהלך המאה ה-19 לניסיון בינ"ל לצמצם את ההשפעות ההרסניות של המלחמה. דבר זה קורה ב-3 מישורים:

1. הגבלת הזכות המשפטית לשימוש בכוח- מגבלות על היכולת של מדינות לצאת למלחמה. בכך עוסק ענף דיני השימוש בכוח (jus ad bellum).
2. הגבלות על אופן ניהול המלחמה- המשב"ל טען כי במידה ונכנסים למצב של מלחמה, צריך לקבוע חוקים הומאניים לניהול שלה. בכך עוסק ענף דיני הלחימה (דיני העימות המזויין, jus in bello).
3. פיתוח פרוצדורות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום- בין 1899-1945 התגבשו מספר מסמכים (אמנות בינ"ל שהתקבלו בנושא יישוב סכסוכים בדרכי שלום). לדוגמה:
 - אמנת האג 1899 בדבר יישוב סכסוכים (פתרון סכסוכים באמצעים חלופיים כמו בוררות או גישור לפני יציאה למלחמה)
 - אמנת האג מ1907 המשופרת
 - צו ליגת המעצמות מ1919
 - צ'ארטר האומות המאוחדות מ1945.

הגורם למדינות להסכים לאמנות רבות בתחום היא אמונה נאיבית שמלחמות פורצות בעקבות חוסר הבנה או חוסר יכולת של מדינות לתקשר האחת עם השניה (ומחסור בערוצים משמעותיים ללבן את המחלוקות ביניהן לפני מלחמה). לכן, רצו לתת למלחמות אופציה ליישב סכסוכים ביניהן לפני שיפנו למלחמה, ויצרו את סעיף 12: לפי סעיף 12 לאמנת חבר הלאומים, רצו ליצור מעין אפקט צינון: 3 חודשים שבהן המדינות יהיו בהליכים כמו גישור כדי להשכיח את חמימות המוח בין המדינות. סעיף 12 לא צלח כיוון שלאחר מכן התקיימה מלחמה"ע השניה.

לכן, יצרו את סעיף 2(3) למגילת האו"ם: לפיו, חובה ליישב סכסוכים בין מדינות.
סעיף 2(4) למגילת האו"ם מעגן את איסור השימוש בכוח במשב"ל: השימוש בכוח נאסר על המדינות.
השוני בין סעיפים אלה לבין סעיף 12 הוא בלשון המחייבת (שאוסרת או מחייבת).
לכן, במגילת האו"ם יש לנו ביטוי להכוונה של מדינות ליישב את הסכסוכים בדרכי שלום.

סעיף 33 חוזר על המהות בסעיף 2(3) אך מוסיף מספר אלמנטים חשובים:

1. מפרט רשימה לא סגורה של הדרכים השונות שבהם מדינות יכולות ליישב סכסוכים. רשימה זו כוללת אמצעים דיפלומטיים ליישוב סכסוכים (כמו מו"מ, חקירה וגישור) לעומת דרכים שיפוטיות ליישוב סכסוכים (ע"י בתי משפט בינ"ל).
 2. הסעיף לא מחייב, מכיוון שהמשב"ל החל ממקור וולונטריסטי הסעיף זקוק להסכמת המדינות. למדינות נותרה הפריבילגיה (הפררוגטיבה) לבחור את דרך יישוב הסכסוכים ביניהן, מכיוון שהסכסוך לא ייושב אם לא כל הצדדים יסכימו על מנגנון אחד ליישוב הסכסוך.
- נקודת המוצא של בתי משפט בינ"ל היא שכל דרכי יישוב הסכסוכים במשב"ל באופן מסורתי היו תלויות הסכמה (consent based).

תפקידים של בתי דין בינ"ל:

באופן מסורתי ועל רקע אופיו הוולונטריסטי של המשב"ל, הפונקציה המסורתית של בתי משפט בינ"ל הייתה יישוב סכסוכים. עם התפתחות המשב"ל, ריבוי הארגונים הבינ"ל וצמיחתם של השת"פ והרגולציה הבינ"ל, נוספו תפקידים וכיום, לבתי משפט בינ"ל ישנן פונקציות נוספות. כיום בתי הדין הבינ"ל פועלים באופן דומה לבתי משפט מדינתיים. למשל:

- ICC - ביה"ד הבינ"ל הפלילי. לא רק מיישב סכסוכים בין מדינות, אלא גם אוכף את הדין על מבצעי פשעים בינ"ל.
- ECHR - ביה"ד האירופי לזכויות אדם. אוכף על 47 מדינות באירופה את האמנה האירופית בדבר זכויות אדם. אמנם הוא מוסמך לדון בין מדינות, אך בעיקר פרטים שהם אזרחים של יבשת אירופה מופיעים בפניו. בשנה האחרונה הופיעו בפניו 70,000 תיקים.
- WTO DSS - מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. בעלת אלמנט אכיפה של דיני הסחר הבינ"ל (באמנה המכוננת שלה כתוב שעליה לדאוג לשימור כללי מערכת הסחר הבינ"ל).

מאז שנות ה-90, נרשמה עליה משמעותית בכמות בתי המשפט הבינ"ל. (שנות ה-90 - נפילת הגוש הקומוניסטי ופתחו של עידן שת"פ בזירה הבינ"ל שהביא לשיפוטיות של המשב"ל), ונרשמה עליה של מספר התיקים המובאים בפני בתי הדין הבינ"ל. דבר זה יוצר כיום מארג סבוך של בתי משפט בינ"ל.

בתי דין בינ"ל מתחלקים למספר קטגוריות:

1. בתי דין גלובליים (בין מדינתיים) - הקבוצה הוותיקה ביותר של בתי דין בינ"ל. בקטגוריה זו מספר בתי דין:
 - ה PCIJ הראשון
 - ה ICJ יורשו - ממלא את התפקיד המסורתי של יישוב סכסוכים בין מדינות.
 - ה ITLOS (בית הדין לדיני הים)
 - מערכת יישוב הסכסוכים של ה WTO
2. בתי דין לזכויות אדם - תפקידם לאכוף אמנות לזכויות אדם. מספר בתי דין:
 - בית הדין האירופי לזכויות אדם - ECtHR - החל לפעול ב-1959 בשטרסבורג ודן בהפרות לכאורה של המדינות החברות את האמנה האירופית לזכויות אדם. בית דין זה היווה הצלחה ולכן הוא הועתק לארה"ב ואפריקה:
 - ביה"ד הבין אמריקני לזכויות אדם
 - ביה"ד האפריקאי לזכויות אדם
3. בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/או פוליטית - מספר בתי דין:
 - ה ECJ - ביה"ד לצדק של האיחוד האירופי. גם כאן הדגם המוביל הוא אירופאי, והוא הדגם הוותיק והחשוב שנוסד ב-1952 ע"י אמנת פריז מ-1951. "אמנת הפחם והפלדה" - נערכת לאחר מלחמת העולם השנייה כדי למנוע הישנות שלה, ורצו לאחד כלכלית את המדינות בחומרים אלה שמזינים את המלחמה כדי שמדינות יהיו קשורות ביניהן בחומרי הגלם לנשק וכך לא יצאו מלחמה.

הנ ECJ דומה יותר לבימ"ש פדרלי האוכף את דיני האיחוד האירופי ומרבית הסכסוכים בו הם נגד מוסדות האיחוד האירופי (תביעות נגדו שנעשות ע"י פרטים או מוסדות אחרים). הצלחתו הולידה נסיונות להקים בתי דין בדמותו במדינות נוספות: כמו באפריקה ודרום אמריקה.

4. בתי דין פליליים - בעיקר 3 בתי דין (וישנם עוד):

- הICTY - בית הדין הפלילי לענייני יוגוסלביה. ישב בהאג ונעל את שעריו לאחר שסגר את כל התיקים (בית דין בין לאומי פלילי אד הוק - הוקם לצורך דיון פשעים שבוצעו במסגרת מלחמה או סכסוך ספציפי).
- הICTR - ביה"ד הפלילי לענייני רואנדה. דן בפשעים שביצעו השבטים ברואנדה אחד בשני. נעל את שעריו וגם הוא בית דין אד הוק.
- הICC - פועל מאז ראשית שנות 2000 על בסיס חוקת רומא (שהקימה אותו). לעומת טריבונלים פליליים אחרים, הוא בית דין בין לאומי קבוע. ישראל וארה"ב משכו את חתימתן כך שהיום הן לא צד לו.

ביה"ד הבינ"ל לצדק - הICJ:

ירש את מקומו של הPCIJ. הרכבו - 15 שופטים שממונים ע"י העצרת הכללית של האו"ם ברוב של 2/3 מהאו"ם. כל מדינה שבסכסוך הספציפי אין לה שופט, יכולה למנות שופט אד הוק - הלכה שלא קיימת במקומות אחרים. בעל שתי סמכויות מרכזיות:

1. לדון בסכסוכים בין מדינות - בהסכמת שני הצדדים. הסכמה יכולה להינתן ע"י מספר דרכים:

- הסכמה אד הוק - מתן סמכות שיפוט לביה"ד
 - הסכמה במסגרת סעיף באמנה - לפיו במקרה של סכסוך בין צדדים באמנה, הICJ הוא סמכות השיפוט.
 - הסעיף האופציונלי - כל מדינה ממדינות העולם יכולת לתת לביה"ד סמכות מראש ביחס לסכסוכים שתהיה מעורבת בהם בעתיד (היא חושפת את עצמה למקרים עתידיים). כיום חברות בסעיף זה 70 מדינות שחשפו את עצמן.
2. הסמכות לתת חו"ד מייעצת - לפי ס' 65 לחוקת ביה"ד וס' 96 למגילת האו"ם. חו"ד יכולה להיות מבוקשת ע"י שני מסלולים:
- העצרת הכללית ומועבי"ט - יכולות לבקש חו"ד בכל שאלה משפטית, לדוגמה חו"ד לגבי חוקיותה של המדינה הפלסטינית.
 - לאורגנים אחרים - כמו ILO או ITO, יש אופציה לפנות לחו"ד מייעצת אך רק בנושאים שנמצאים במסגרת תחום פעולתם.

דיני השימוש בכוח - זיו בורר:

JAB, Jus Ad Bellum - דיני השימוש בכוח

JIB - Jus In Bello - דיני הלחימה (העימות המזוין).

כאשר יש שימוש באחד מהמונחים, נשאל את עצמנו למה הכותב מתכוון.

ההבדלים בין הJus Ad Bellum לJus In Bello:

Jus in bello	jus ad bellum	
עוסק בכללים בזמן המלחמה.	עוסק בכללים של מתי מותר למדינה לצאת למלחמה.	תחום העיסוק
יש הנחת שוויון - הכלל הוא שלא משנה מי התוקף או הנתקף, הכללים חלים במידה שווה.	אין הנחת שוויון - במציאות יכול להיות צד תוקפן וצד צודק.	הנחת שוויון

בתקופה לאחר מלחה"ע הראשונה ישנו וויכוח בין שתי עמדות:

1. אין בעיה במלחמה - רוב המדינות מצדדות בגישה זו בין שתי מלחמות העולם.
2. מלחמה היא פשע בינלאומי - פשע בינ"ל - אמירה כפולה:
 - יציאה למלחמה היא הפרה של המשב"ל
 - את ההנהגה שאחראית על ביצוע ההחלטה לצאת למלחמה אפשר להעמיד לדין במשב"ל.

עמדה זו זוכה לעיגון בשתי אמנות:

- אמנת חבר הלאומים
- אמנת קלוג בריאנט - ההסדר המחמיר יותר. אוסרת על יציאה למלחמה.

תקופה זו נגמרת במלחה"ע השניה.
לאחר מלחה"ע השניה, פעלו בשני דברים:

1. משפטי נירנברג בטוקיו - ההנהגה הגרמנית והיפאנית הועמדו לדין על ביצוע פשע תוקפנות. הפרשנות הנכונה של המשב"ל עד אז הייתה גישה שאוסרת מלחמות.
 2. רפורמה בדיני jus ad bellum - דיני JAB שקיימים היום שונים מבעבר. כיום הכלל שאסר לצאת למלחמה אף פעם שהיה בעבר, הוא כלל לא מציאותי. מרבית הכללים החדשים עוגנו באמנת האו"ם (מרבית דיני JAB תקפים היום).
 - דינים אלה הם מנהגיים - מחייבים גם את המדינות שלא חייבות באמנה והם jus cogens.
 - חלק מדיני JAB מעוגנים רק במשב"ל ולא נמצאים במגילת האו"ם, אך הם עדיין תקפים.
- אמנת האו"ם - קובעת איסור מוחלט לעשות שימוש בכוח ביחסים הבינ"ל. לאיסור זה יש שני חריגים:

1. חריג מנגנון הביטחון הקולקטיבי - למועבי"ט של האו"ם יש סמכות במקרים מסוימים ליזום פעולות כוחניות או להורות על מדינות לבצע פעולות כוחניות או להסמיכן לכך.

כאשר אמנת האו"ם נוסחה, חשבו שאם יהיה בין מדינות סכסוך, הסכסוך ייפתר ע"י מועבי"ט ולא ע"י שימוש בכוח. בפועל, לפי סעיף 39 בפרק 7 - מועבי"ט יכולה להחליט שמעשים מסוימים מהווים איום על השלום, הפרה של השלום או תוקפנו. לפי סעיף 42, מועבי"ט מוסמכת להורות על שימוש באמצעים כוחניים (כמו מצור אווירי, בלוקדה ימית או בשטח).

מהיחס בין סעיף 42 לסעיף 41 משתמע שמצפים ממועבי"ט לעשות שימוש באמצעים כוחניים רק אם רואים שאין תועלת בשימוש באמצעים לא כוחניים. הרעיון המקורי היה לייצר הרתעה.

סעיף 43 - רצה להקים כוח צבאי משותף שהמטכ"ל שלו יהיה מורכב מ-5 הצבאות של המדינות המשתתפות במועבי"ט באו"ם. בפועל, הוסמכו מדינות כמו נאט"ו להפעיל כוח צבאי בהקשרים מסוימים. יש שני שלבים:

 - זיהוי מצב תוקפנות
 - להגיב באמצעות אמצעים כוחניים

היה ויכוח לגבי מי מייצג את סין לאחר שהתפצלה לשתיים (הדמו' העממית וסין הדמו'). ארה"ב יצרה מצב שבו מי שיקבל את הכיסא של סין במועבי"ט היא טיוואן; בתגובה, ברית המועצות "נעלבה" ולא השתתפה במועבי"ט. לכן, ארה"ב הצליחה להעביר החלטה שמאשרת לה להשתמש בכוח ומאז ברית המועצות הגיעה כדי להשתמש בזכות הוטו שלה.

בפרשנות של דיני Jus Ad Bellum תמיד יש מאבק בין שתי עמדות:

- עמדה מתירנית - רוצה לאפשר למדינות להשתמש בכוח בתנאים קלים. הדוגמה האידיאלית בעד מדינה זו היא קוסובו (מניעת רצח עם).
- כיום, העמדה הרווחת היא העמדה המגבילה (צריך שהסמכה תהיה מראש ומפורשת).

- עמדה מגבילה - רוצה להגביל את האפשרות של מדינות להשתמש בכוח הדוגמה האידיאלית בעד מדינה זו היא עיראק (מדינות עלולות לנצל ולצאת למלחמות כאשר הדבר לא מוצדק).
- 2. חריג ההגנה העצמית - חריג ההגנה העצמית הוא החריג המשני. במציאות, בגלל שמועבי"ט לרוב משותקת, זהו החריג המרכזי. בסעיף 51 הוא קובע שאין באמור באמנת האו"ם כדי לפגוע בזכות הטבועה שיש למדינות לעשות שימוש בהגנה העצמית. למדינה מותר לעשות שימוש בהגנה עצמית רק בתגובה להתקפה חמושה.
 - התקפה חמושה - מונח צר יותר משימוש בכוח. שימוש בכוח פיזי כנגד מדינה אחרת (לרבות שליחת חיילים ללא אלימות). בפס"ד ניקרגואה של הICJ נקבע כי המכירה למיליציות מהווה שימוש בכוח אך לא התקפה חמושה.
 - שאלה: האם יש פעולות נוספות שיכולות להיחשב כהתקפה חמושה?
 - דוגמאות: מקרה שבו מנהיג חוסל במדינה אחרת שהיא לא מדינתו, או התקפה של שגריר. תשובה: הרג של שגריר תיחשב כהתקפה חמושה כנגד המדינה. אם מסתכלים על רוב המקרים האלה בפועל, מדינות עשו הבחנה; הן האשימו את המדינות ותבעו פיצויים, אך קבעו שזו התקפה חמושה רק אם ההוראה הייתה מגבוה של ההנהגה כדי לחסל - ורק אז לרוב מדינות נוהגות לחשוב שזו התקפה חמושה. כך, רואים את המתח בין ההשקפה המתירנית להשקפה המחמירה.
 - ההשקפה המתירנית - יש אחריות של המדינה על המקרה ויש לאפשר לה להגיב
 - ההשקפה המגבילה - הניסיון ההיסטורי מראה כי מדינות עלולות להשתמש בכל אירוע פלילי באופיו כתירוץ ליציאה למלחמה בתואנה של הגנה עצמית.
- כדי ששימוש בכוח ייחשב כהתקפה חמושה, יש צורך במידה מסוימת של עוצמה. ישנו מתח בין שתי עמדות:
 - העמדה המתירנית - שטוענת שקל יותר לצאת למלחמה אומרת שדי בעוצמה קטנה.
 - העמדה המגבילה - דורשת מבחן של עוצמה ואומרת שלא. בתוך מבחני העוצמה יש מחלוקת בין הפיכתם למסיביים ובין הפיכתם לקטנים יותר.
 - הטיעון שלהם: אם לא נגביל, כל תקרית גבול בודדת תשמש תירוץ ליציאה למלחמה.
- סעיף 2(4) - על כל המדינות החברות באו"ם להימנע מהאיום או השימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונות המדינה או באופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האו"ם: כל שימוש בכוח שלא נעשה באחד משני החריגים הנ"ל מהווה הפרה של האיסור הנ"ל.
- שאלה: מהו שימוש בכוח?
- תשובה: הפרשנות המקובלת היא שימוש בכוח פיזי. לדוגמה, אם שוגר טיל למדינה אחרת.
- שאלה: מה קורה במקרה שיש כיבוש ללא שימוש בכוח? (למשל כיבוש מבלי שירו כדור אחד?)
- תשובה: גם אם נשלח כוח צבאי של מדינה אחת למדינה אחרת והוא לא הפעיל כוח פיזי, הדבר עדיין מוגדר כשימוש בכוח.
- כניסה לטריטוריה מבלי לירות כדור אחד אינה רק שימוש בכוח אלא אפילו התקפה חמושה.
- כל התקפה חמושה במובנה ב*jus ad bellum* מהווה שימוש בכוח. לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה.
- לעיתים מעשים של תמיכה במרי אזרחי יחשבו התקפה חמושה, אך לא תמיד.
- מקרים לדוגמה - שאלות:
 - חברת סוני שפועלת בארה"ב פרסמה קומדיה שלא מתקבלת בברכה בצפון קוריאה, ובתגובה לכך שחברת הסרטים מתכננת לפרסם את אותו סרט, פורצים למחשביה אנשי השירות החשאי של צפון

קוריה ומפרסמים את המיילים המביכים של אותה חברה (גזענים/מפלי נשים וכו') באינטרנט. יום למחרת, נשיא ארה"ב מכריז שצפון קוריה ביצעה שימוש בכוח. האם נשיא ארה"ב צודק? האם הדבר נחשב שימוש בכוח?

- אם שר החוץ הישראלי יכריז שבמידה והשגריר המצרי יתנהג לא יפה, השירות החשאי של מדינת ישראל יפרוץ למחשבים של סכר אסואן במצרים וישחרר בו את המים (דבר שיגרום למוות של כ-10 מיליון איש), האם הדבר נחשב שימוש בכוח?

התשובה:

- העמדה הרווחת היא שכאשר מדובר במתקפת סייבר שגורמת לשחרור של כוח קינטי, מדובר בהתקפה חמושה.
 - במקרים שתוקפים מערכות מחשב של הממשלה שאין בהן גרימה של מוות מידי כתוצאה מהן- לא מדובר בהתקפה חמושה.
- בין שני קצוות אלה ישנם מקרי ביניים שבהם הדעות חלוקות.

סעיף 2(4)- איום בשימוש בכוח הוא לא חוקי רק אם מאיימים לעשות שימוש בכוח לא חוקי. כלל זה נקבע בחו"ד של הICJ בנוגע לנשק גרעיני. המדינות טענו בפני הICJ שעצם ההחזקה בנשק כזה מהווה איום לשימוש בכוח. הICJ קובע שיתכנו מקרים שבהם השימוש בנשק גרעיני יהיה חוקי ולכן עצם ההחזקה לא מהווה איום. איום לשימוש בכוח לא מתהווה רק במילים, אלא גם במעשים; כמו למשל אימונים צבאיים ליד הגבול של מדינה אחרת או הטסת מטוסי קרב שחודרים למרחב האווירי הטריטוריאלי של מדינה אחרת. המבחן לאיום בשימוש בכוח הוא במידת אמינות האיום. האם האיום אמין (האם ניתן לבצעו? האם הוא נתפס כאמין?) אימונים שנתיים ליד הגבול לא יהוו איום, אך אימון חד פעמי ומושך תשומת לב כן יהיה.

עמדה מתירנית	עמדה מגבילה	
מאפשרת למדינות להשתמש בכוח בתנאים קלים. לדוגמה קוסובו.	מגבילה את האפשרות של מדינות להשתמש בכוח כדי שלא ינצלו ויצאו למלחמות כאשר הדבר לא מוצדק. לדוגמה עיראק	חריג מנגנון הבטחון הקולקטיבי והשימוש בכוח
יש אחריות של המדינה על המקרה, ויש לאפשר לה להגיב.	הניסיון ההיסטורי מראה כי מדינות עלולות להשתמש בכל אירוע פלילי באופיו כתירוץ ליציאה למלחמה בתואנה של הגנה עצמית.	חריג ההגנה עצמית
מקלה יותר יציאה למלחמה, די בעוצמה קטנה. <u>הטיעון</u> : מדינה שתקפו אותה חייבת להתגונן.	דורשת מבחן עוצמה ואוסרת. בתוך מבחני העוצמה יש מחלוקת. <u>הטיעון</u> : אם לא נגביל, כל תקרית גבול בודדת תשמש תירוץ ליציאה למלחמה.	התקפה חמושה

ישנו ניסיון עבר רחב של שימוש לרעה בפרשנויות של דיני השימוש בכוח על סמך הגישה המרחיבה, ולכן נראה את המתח בין שתי הגישות הנ"ל. לשתי הגישות יש מידה גדולה של צדק ושל טעות והמציאות הרווחת מושפעת תמיד מהאירועים האחרונים.

אחד משני החריגים לאיסור שימוש בכוח הוא חריג ההגנה העצמית, שמתיר שימוש בכוח מפני התקפה חמושה.

- האם בהתקפה כנגד האזרחים שנעשית בשטח מדינה אחרת מהווה התקפה חמושה וניתן להתגונן מפניה? האם כשאזרחים ישראלים נחטפו לאוגנדה והרגו חלק מהם, זה מהווה התקפה חמושה? האם ישראל יכולה לשלוח כוח צבאי לשטח המדינה האחרת כדי לחלץ?
 - העמדה המצרה: העמדה הרווחת.
 - מבחינה פורמלית - הדבר לא נופל לתוך ההגדרה.
 - מבחינה מהותית - המשמעות של פרשנות מרחיבה למונח התקפה חמושה כנגד מדינה הוא שמדינות ינצלו כל אירוע פלילי מחוץ לגבולן כדי לפתוח מלחמה במידה וירצו. גם אם הדבר לא נופל בהגדרה של סעיף 51, לדעתם התפתח היתר במשב"ל המנהגי למדינה להפעיל כוח במקרה שאזרחי המדינה מותקפים מחוץ לטריטוריה שלה מכיוון שהם אזרחי אותה מדינה.
 - האם המתקפה החמושה כנגד מדינה צריכה לבוא ממדינה אחרת או מישות דמוית מדינה? (האם התקפה מצד ארגון מזוין לא מדינתי כמו ארגון טרור יכולה להיחשב התקפה חמושה?) שאלה זו צצה בשני הקשרים:
 1. כאשר ארגון טרור תוקף מדינה משטח של מדינה אחרת - האם ומתי יכולה המדינה המותקפת לתקוף בשטח של המדינה ממנה יצא הארגון המזוין הלא מדינתי?
 2. כאשר ארגון טרור פועל כנגד מדינה מסוימת שמתוכה הוא פועל - לדוגמה חמאס באיו"ש מתקיף את חיילי צה"ל, האם זוהי סיטואציה שמסודרת ע"י דיני השימוש בכוח?
 - העמדה הקלאסית: התקפה חמושה מצד ארגון מזוין לא מדינתי תיחשב כהתקפה חמושה המקימה למדינה זכות להגנה עצמית, רק באחת משתי נסיבות:
 - אותו ארגון שולט בכברת ארץ מסוימת שאותה תקפו
 - כאשר היחסים בין הארגון לבין המדינה שכנגדה מופעלת ההגנה העצמית הם כה חזקים עד כדי שניתן לשייך את מעשי הארגון למדינה עפ"י דיני אחריות המדינה של המשב"ל.
 - עמדת מיעוט עד אירועי ה-9.11: מדינת ישראל טוענת שנים רבות כי העמדה המצרה היא לא רציונלית, מכיוון שהיא לא מאפשרת למדינה מותקפת להגיב כנגד התקפות. טוענת כי ישנן שתי סיטואציות נוספות שבהן דיני JAB חיים:
 1. כאשר מדובר בשטח שהמדינה המותקפת שולטת בו, המדינה תוכל לראות סיטואציה של הגנה עצמית אם מידת ההתקפה חזקה במיוחד.
 2. כאשר המתקפה של הארגון באה משטח של מדינה אחרת לא רק כאשר אפשר לשייך את מעשי הארגון למעשי המדינה אלא גם במקרה חלופי שבו המדינה אינה מעוניינת או מסוגלת לפעול כנגד הארגון. למשל, תקיפה בלבנון הייתה בתואנה שלבנון לא הייתה מסוגלת או רצתה לטפל באש"ף.
- עמדה זו הייתה במיעוט מ-2 סיבות:
1. מרבית מדינות העולם לא חוו טרור כמו ישראל
 2. יש ניסיון היסטורי מאוד רע להסתנכרנות עם הגישה המרחיבה בנושא זה (קיסר גרמניה חשש מהתעצמות ימית של הקיסר ג'ורג', ולכן ביקש מפרנץ יוזף לנצל את ההזדמנות כדי להכריז מלחמה, דבר שיגרור הכרזות מלחמה רבות של רוסיה, בריטניה וכו').
- ה-ICJ היה סרבן לעמדת המיעוט, וטען שה-JAB לא רלוונטי לגדר ההפרדה. הדבר נתקל בביקורת רבה בעולם ולכן **בפס"ד קונגו** ה-ICJ אמר שיש צורך להשאיר בצריך עיון את השאלה האם JAB רלוונטי להתקפות ארגון מזוין בין מדינות.
- כללי וובסטר (קרולינה) - נוסחו בתקריט גבול באיזור מפלי הניאגרה (בין קנדה בשליטת בריטניה לארה"ב) בנוגע למתקפה שביצעה ארה"ב נגד אוניית קרולינה הקנדית, ונוסחו ע"י שר החוץ הקנדי וובסטר. מטרת הכלל היא להבחין בין מעשי נקמה לבין פעולה שנובעת מתוך הגנה עצמית גרידא.

לפי כללים אלה, מרגע שמותרת התקפה חמושה, היא צריכה לעמוד ב-3 תנאים לא כתובים בצ'ארטר של האו"ם אך מהווים קונצנזוס במשב"ל המנהגי:

A. נחיצות - אם המדינה יכולה להתמודד עם ההתקפה החמושה שלא באמצעות שימוש בכוח, עליה לעשות שימוש באמצעים אחרים ואסור לה להגיב בכוח.

B. מידיות - אומרת שני דברים:

- למדינה מותר להשתמש בכוח רק כאשר אין ברירה. ככל שהזמן עובר פחות אמין שהמדינה תוקפת מאותה סיבה של הגנה עצמית.
- כיצד פועל תנאי המידיות בהקשר של התקפה שטרם קרתה? מדובר בשני סוגי סיטואציות:

(1) הגנה עצמית מפני התקפה צפויה (anticipatory self defence) - הסיטואציה

במלחמת ששת הימים, כאשר ישראל תקפה לפני מצרים.

(2) התקפה מונעת - נשק גרעיני - אם לא יתקפו לפני, עלולים להשתמש בנשק

הגרעיני ואז לא נוכל להגן על עצמנו.

בשאלת ההגנה העצמית מפני התקפה צפויה יש מספר עמדות:

❖ העמדה המצמצמת - אוסרת.

= הטיעון הפורמלי - הוא שבהסתכלות על נוסח סעיף 51 מדובר על

התקפה שכבר קרתה ולכן אין להתיר הגנה עצמית מפני התקפה

שלא קרתה עדיין.

= הטיעון המהותי - חשש מניצול לרעה והטיות פסיכולוגיות.

❖ העמדה המרחיבה - מתירה.

בשני המקרים טוענים שעומד להיות רגע שהכור מופעל.

= טיעון פורמלי - צריך לפרש את סעיף 51 בצורה תכליתית כדי שלשון

החוק לא תוביל לתופעות אבסורדיות.

= טיעון מהותי - במשב"ל המנהגי התפתח כלל מאפשר.

❖ עמדת האמצע - ההגנה תקפה רק לגבי הגנה עצמית מהתקפה צפויה.

מבחינים מכיוון שלטענתם ניתן לצפות שתהיה מלחמה כאשר רואים חיילים

על הגדרות אך מקרים שבהם מכניסים מים כבדים לכור לא מנבאים מלחמה

בוודאות.

עד ה-11/9, העמדה הרווחת הייתה העמדה המצמצמת, ולאחריה - העמדה

המרחיבה.

לכן, כאשר מדינת ישראל תקפה ב-2007 היא שתקה כדי לא לקבל ביקורת בינ"ל.

C. מידיות - עצם העובדה שהמדינה הותקפה לא אומרת שאפשר להגיב במלחמה כוללת. התגובה

החמושה צריכה להיות פרופורציונלית למתקפה שסבלה. פרופורציונלי = שתי פרשנויות:

▪ פרשנות כמותנית - עוצמת התגובה הפיזית של המדינה המתגוננת צריכה להיות דומה

בגודלה להתקפה שחוותה.

נובעת משתי סיבות:

❖ ניצול לרעה - בהסתמכות על הגישה האיכותנית, פותחים פתח לניצול לרעה

(מדרון חלקלק) והרתעה וכל מתקפה קטנה יכולה להפוך למלחמה.

❖ הטיות פסיכולוגיות - מנהיגי מדינות הם בני אדם וככאלה הם סובלים מהטיות

פסיכולוגיות, שהבסיסית ביניהן הוא להניח את הרע מכל כלפי אויביהם בשני

מובנים:

א. מניחים שהאויבים רוצים להרע להם הכי הרבה

ב. מניחים שהאויבים רוצים להשתמש בכמה שיותר כוח

שילוב זה מביא לכך שגם במידה והם לא רוצים לנצל את החוק, הם עלולים למצוא את עצמם מנצלים אותו יותר מדי. על החוק לרסן את התנהגותם של בני האדם וככזה עליו לשים בלמים- כאשר בלם כמותני הוא בלם טוב.

- פרשנות איכותנית- עוצמת המתקפה צריכה להיות פרופורציונלית מבחינת האיום האסטרטגי שנובע מהמתקפה נגדה היא מתגוננת. ישראל מצדדת בפרשנות זו. התומכים בגישה האיכותנית טוענים כי הגישה הכמותנית מובילה לאבסורד; למשל במצב שבו מדינה פוגשת אחרת מבלי שנורה כדור אחד- לפי אותו היגיון המדינה לא יכולה להפעיל כוח כלל אלא רק לדחוף את החיילים בידיים החוצה.

דיני העימות המזויין- דיני הלחימה:

המשך- סיוון שלמה אגון

אחד הכללים החשובים יותר במשב"ל הוא איסור השימוש בכוח. קובעים מהם הכללים שחלים שעה שהמדינה מצויה כבר בתוך המלחמה.

דיני הלחימה הם אחד הענפים הותיקים ביותר. יוצרים איזון בין הצורך הצבאי של מדינות לבין אינטרסים הומניטריים (הגנה על חיי אדם, רכוש וסביבה).

מבטאים ניסיון לצמצם את התוצאות ההרסניות של מלחמה.

ההשקפה האידיאולוגית שעומדת בבסיס דיני הלחימה: ישנם ערכים הומניטריים יסודיים שחשוב להגן עליהם גם בעת מלחמה, ולכן יש להימנע ככל האפשר מפגיעה באנשים הנמצאים מחוץ למעגל הלחימה (אזרחים, פצועים ושביים). גם שעה שעומדת סכנה משמעתית למדינה, עדיין יש נורמות מסוימות להתנהגות וסטנדרנטים להתנהגות שחייבים לכבד.

מלחמות בעידן הנוכחי הן לרוב מול ארגונים לא מדינתיים. "סכסוכים שאינם בעלי אופי בינלאומי"- המשמעות הנורמטיבית שלו מהווה אתגר בשיח הבינ"ל ובישראל בפרט בנושא הסיכולים הממוקדים: האם ניתן לפגוע באדם בנקודה מסוימת גם כאשר הוא לא עוסק באקט לחימתי בעת החיסול?

התשובה מצויה במשב"ל: בנושא הנשק הכימי- טבח שאסד מבצע באזרחיו שלו באמצעותו- האם הדבר מהווה נשק חוקי?

באמנות המסדירות נשק כימי מבחינים בין מתאר שיטורי (כמו אמצעים לפיזור הפגנות) לבין מתאר בו השתמש אסד.

תחום דיני הלחימה קשור לשני ענפים נוספים במשב"ל:

1. המשב"ל הפלילי- התפתח בשני העשורים האחרונים ואוכף הפרות של דיני הלחימה בין היתר.
2. דיני זכויות האדם- דיני הלחימה מהווים גם משב"ל הומניטרי IHL - international humanitarian law.

דיני העימות המזויין- התפתחות:

- 1859- קרב סולפרו: בכמה ימים מתו 6000 אנשים ואזרח שוויצרי שנקלע למקום וחזה בזוועות יזם את הקמתו של ארגון הצלב האדום שמטוה בג'נבה ומעורב בכתיבת אמנות דיני הלחימה החשובות ביותר.
- 1863- הקמת הצלב האדום/קוד ליבר: נשיא ארה"ב הוציא את קוד ליבר במהלך מלחמת האזרחים האמריקאית לגבי איך חיילי הדרום צריכים להתנהג לחיילי הצפון וההפך.
- 1868- הכרזת סנט פטרסבורג: לראשונה המשב"ל קבע איסור על שימוש בכלי נשק מסוימים כמו קליעי נפץ.
- 1899/1907- ועידות האג: ועידות מכוננות של המשב"ל שבמסגרתן התקבלה אמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה והתקנות הנספחות לה 1907. קבעה שימוש בדיני מלחמה, תפיסה של רכוש אזרחי בזמן מלחמה וכו' בפעם הראשונה.

- 1925- הגבלת השימוש בגזים רעילים ולוחמה ביולוגית: נשק כימי וביולוגי. מהווה מנהגי בעיקר אך כיום מאוד מבוסס.

מקורות מרכזיים לדיני העימות המזוין:

- ארבע אמנות ג'נבה משנת 1949:

- אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה (1949) - נתפסת כמנהגית.
- אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה (1949) -
- פרוטוקול ראשון לאמנות ג'נבה מ-1977 בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל - עיבו את אמנות ג'נבה. בניגוד לאמנות ג'נבה שישראל צד להן, היא לא מהווה צד לפרוטוקולים אלה בגלל הסעיף של מלחמות לשחרור לאומי ולוחמי חופש. חלק מהכללים בפרוטוקול הראשון והחשוב הן בעלות תוקף מנהגי.
- פרוטוקול שני לאמנות ג'נבה מ-1977 בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל - מצומצם יותר בהיקפו מהראשון.

JUS AD BELLUM V. JUS IN BELLO

בדיני לחימה אין חשיבות למי הצד התוקפן: ברגע שיש כניסה למצב לחימה יחולו דיני הלחימה על שני הצדדים לסכסוך ואין רלוונטיות לשאלת הצד התוקף והמתגונן.

שני סוגי סכסוכים בדיני העימות המזוין:

ישנה הבחנה יסודית בעלת הבחנה נורמטיבית בין שני סוגים מסורתיים של סכסוכים:

1. עימות בינלאומי (international armed conflict) - סכסוכים בינ"ל.
ההגדרה: ס' 2' המשותף לאמנות ג'נבה - מגדיר מתי האמנות חלות (סכסוך בינ"ל הוא סכסוך בין מדינות).
(אמנות ג'נבה שונות מלבד שני סעיפים משותפים: סעיף 2 וסעיף 3 המשותפים).
 2. עימות מזוין שאינו בינלאומי - non international armed conflict
ההגדרה: ס' 3' המשותף לאמנות ג'נבה - מגדיר במקרה של סכסוך מזוין שאינו בעל אופי בינ"ל, ומנוסח בצורה שיוורית (כלומר הוא כל סכסוך שלא מופיע בסעיף 2).
באופן מסורתי, סעיף זה דיבר על מלחמות מול ארגוני מורדים או ראשי ממשלות.
רוב הסכסוכים שהוגדרו היו בינ"ל וכנגזרת מכך, רוב הדין הפוזיטיבי עוסק בדין בסכסוכים בינ"ל.
ישנם גם הבדלים בכללים ובהסדרים עצמם (כמו מעמד שבוי מלחמה - קיים רק בסכסוכים בינ"ל לפי החוק אך:
- כיום רוב הסכסוכים הם בין מדינה לארגון, כלומר לא בינ"ל),
 - והפגיעה באוכלוסיה אזרחית קשה במיוחד.
 - ישנם 2 מסמכים שעוסקים בסכסוכים שאינם בינ"ל:
 - סעיף 3 המשותף
 - הפרוטוקול השני לאמנות

תנאי הסף שממנו חלים דיני הלחימה:

על הנייר, מהרגע שנורתה היריה הראשונה, ויכתיבו בתחולה מידית.
בפועל, המצב מורכב יותר מול סכסוך לא בינ"ל מול ארגון לא מדינתי:
מתי עוברים מסיטואציה של אכיפת חוק ללחימה? לפי ה-ICTY על רקע מלחמות יוגוסלביה, נקבע כי מסתכלים על רשימה של פקטורים כדי לקבוע:

- רמת הארגון של הצדדים
- משך הסכסוך
- עוצמת האלימות
- מעורבות צדדים שלישיים
- השלכות על צדדים שלישיים
- ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך

זוהי רשימה סגורה שמתווספים אליה פקטורים כתלות במקרה הספציפי.

"עימות מזוין" מול ארגון טרור:

בעבר- היה ספק האם מאבק מול ארגון טרור היה מזוין. בפתיחת האינתיפאדה הראשונה לא צפו מלחמה ועימות מזוין מול הפלסטינים והשתמשו באמצעי שיטור ואכיפת חוק בלבד. מעצר מנהלי- אחד האמצעים הרדיקליים במצבים של איום על הבטחון הלאומי מכיוון שהוא שולל את חירותו ומאפשר מעצר ללא משפט אך מהווה אמצעי שיטור. - כיום, ייתכן עימות מזוין מול ארגון טרור כך שיחולו דיני הלחימה, בכפוף לאינדיקציות הנ"ל (יש לבדוק שרמות החומרה שנעברו זהות לרמות במלחמה).

בג"ץ עג'ורי- בג"ץ חלוץ בנושא זה. עסק בתיחום מגורים- להעביר מאיו"ש לעזרה 3 מחבלים פלסטינים לפי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית (תיחום מגורים מאפשר להעביר מגורים אנשים שמסכנים את השטח). נקבע: "מאז סוף חודש ספט' 2000 מתנהלת באיו"ש וחבל עזה לחימה קשה, שלא מהווה פעילות משטרתית אלא סכסוך מזוין"- קביעה חלוצית שפתחה את הדרך לשימוש באמצעים לחימתיים כמו סיכולים ממוקדים.

כיצד יש לסווג עימות מזוין מול ארגון טרור שהינו חוצה גבולות?
ישנן שני פס"דים העוסקים בנושא:

- **פס"ד חמדאן-** הוחזק בגואנטנמו, מבחן זהות הצדדים.
- העימות מול אל קאעידה- עימות מזוין שאינו בינ"ל. ביהמ"ש העליון האמריקאי שאל מהו אל-קאעידה? הולכים לפי ההגדרה השיוורית של סעיף 3 המשותף זהו לא סכסוך בינ"ל ולכן זהו מקרה של *uninternational armed conflict*. העליון האמריקאי מכיר בעובדה שהטליבאן עוזר לאלקאעידה באפגניסטן אך לא מחשיב זאת כעימות בינ"ל- והעליון האמריקאי קובע שישנם 2 סכסוכים מקבילים:
 - סכסוך מול אל-קאעידה
 - סכסוך מול הטליבאן באפגניסטן.
- **פס"ד הסיכול הממוקד-** מבחן חציית הגבול הבינ"ל: ישראל מעולם לא סיפחה את רצועת עזה, ולמרות שהייתה שליטה מסוימת לפני ההתנתקות, הסיכולים הממוקדים חצו את גבולה של מדינת ישראל ולכן נמצאים בסכסוך בינ"ל. ביהמ"ש לא מפרש, והסוגיה זכתה בביקורת. על בסיס זאת, העימות מול ארגוני טרור פלסטינים נחשב לעימות מזוין בינ"ל.

לעניין עצם ניהול הלחימה, הקווים הטשטשו בין סכסוך בינ"ל קלאסי בין מדינות לבין סכסוך לא בינ"ל, מכיוון שהמדינות הכירו בעובדה שאלה הם עיקר הסכסוכים ולא ייתכן שמדינות יסתייעו בכ"כ מעט הגנות. בשורה התחתונה, ישנו חלחול של נורמות יסודיות מהדינים של הסכסוכים הבינ"ל גם למצבים של סכסוכים לא בינ"ל.

עקרונות היסוד של דיני הלחימה

4 עקרונות יסוד שחלים בשני סוגי הסכסוכים נכון להיום והיישום שלהם יהיה רק שונה:

1. עקרון הצורך הצבאי - לצד לסכסוך מזוין מותר לפגוע באינטרסים מוגנים (כמו חיי אדם, סביבה ורכוש אזרחי) רק במידה שהפגיעה בהם משרתת צורך צבאי. עקרון אינטואיטיבי זה מתבטא בנוסחה הכללית של דיני הלחימה - איזון עדין בין שיקולים הומניטריים לבין שיקולים צבאיים. לעקרון זה מספר ביטויים בכללים ספציפיים של דיני הלחימה:
 - ס' 23 לתקנות האג - בעת מלחמה אין לפגוע ברכוש אזרחי אלא אם כן הפגיעה משרתת או נובעת מצורך צבאי הכרחי. לדוגמה - הכיסופים של צה"ל (הורדה של שורות פרדסים/מבנים בעזה).
2. עקרון ההבחנה - מתבטא במספר סעיפים בפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה (סעיפים מנהגיים). לפי עקרון זה, לפי סעיף 48 לפרוטוקול ה-1 וה-2: basic rule: במהלך עימות מזוין, צד לסכסוך נדרש להבחין כל העת בין אזרחים לבין חיילים ובין יעדים צבאיים לאזרחיים.
 - לפי, בזמן מלחמה על צד לעימות המזוין (לסכסוך) להבחין כל העת בין יעדים אזרחיים ליעדים צבאיים ובין אזרחים ללוחמים ולכוון את ההתקפות שלו רק נגד יעדים צבאיים ולוחמים.
 - א. הבחנה בין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות - כל הסעיפים שנמצאים תחת זה הם מנהגים ולכן מחייבים את כל המדינות כולל ישראל.
 - יעד צבאי - אובייקט שמטבעו, מיקומו, מטרותיו או השימוש בו תורם תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם באופן מוחלט או חלקי בנסיבות המתקיימות באותו זמן מקנים יתרון צבאי מובהק.
 - יעד אזרחי - הגדרה שיווית. כל יעד שאינו יעד צבאי. יעד אזרחי יכול לאבד את חסינותו מפני תקיפה במקרה שלמשל דירה הפכה למחסן אמל"ח (כלומר יעד שהפך ליעד צבאי שמטרתו לתקוף), או ב"ח שמאחסנים בו את ראשי ארגוני הטרור, מסגד וכו'.
 - יעד מעורב - מטרות דו שימושיות. מטרות תשתית, כבישים, תחנות כוח, גשרים שבאופן רגיל הם יעדים אזרחיים לחלוטין אך בזמן סכסוך מזוין הם עשויים לשמש את הצבא של האויב לצורכי המלחמה ולכן בזמן מלחמה במידה והנסיבות מצדיקות זאת - גם תשתיות כמו מסלול תעופה אזרחי שהפך למסלול תעופה של מטוסי האויב, יכולות להפוך ליעד צבאי לגיטימי לתקיפה.
 - מעקרון זה נגזר גם איסור על תקיפה בלתי מבחינה מטבעה -
 - i. לא מכוונת לעבר מטרות ספציפיות
 - ii. שימוש בנשק/שיטות לחימה שאי אפשר לכוון באופן מספיק מדויק או שאי אפשר להגביל את תוצאותיהם באופן מספיק (כמו ארטילריה - נשק סטטיסטי שיש סיכוי מסוים שלא יפגע בנקודה הרצויה כי הטווח לא צפוי, לכן יש דרישה לקבוע טווחי בטיחות - טווחים רחוקים מספיק מאזורי מגורים כך שאם הארטילריה סוטה, לא יפגעו אזרחים או תשתיות אזרחיות. פצצת מצרר - פצצה שנפתחת ממטוס ומפזרת פצצות (אי אפשר להגביל והדבר הופך למוקשים כשהפצצות הקטנות שלא התפוצצו מגיעות לקרקע, הפצצות מגובה רב ונשק גרעיני - לפי ביהמ"ש הבינ"ל בהאג נקבע שזהו נשק שלא ניתן להגביל את השפעותיו אך השאיר בצריך עיון שהוא לא חווה את דעתו האם נשק זה יהיה לא חוקי בכל הנסיבות כאשר מדובר בקיומה של מדינה המוטל על הכף).
 - צד מתגונן - חובה להבחין בין יעדים אזרחיים לצבאיים - מתבטא במיקום מחנות צבאיים, הימנעות מהצבת מטרות צבאיות בקרבת אוכלוסייה אזרחית,
 - איסור שימוש במגנים אנושיים - ס' 51 (7), לפיו לצד לסכסוך מזוין אסור לעשות שימוש במגן אנושי או באוכלוסייה האזרחית כמגן אנושי, דבר זה יהיה הפרה בוטה של דיני הלחימה ובמיוחד בסעיף הנ"ל.

ב. הבחנה בין לוחמים ואזרחים - שתי קטגוריות:

• לוחמים-

בעלי מספר זכויות שביתר:

- i. מחד, רשאים להשתתף בלחימה ("רישיון להרוג")
- ii. מעמד שבויי מלחמה (לא מהווה איום ולכן כבר אסור לפגוע בו) +
- iii. לא ניתן להעמידם לדין (למעט פשעי מלחמה).
- iv. מאידך, הם מהווים מטרות לגיטימיות לתקיפה

• אזרחים-

- i. מחד, חסינים מהתקפה- אסור לכוון מתקפות לעבר אזרחי האויב
- ii. מאידך, אסור להם להשתתף בלחימה (ליטול נשק לידיהם) +
- iii. במידה והם השתתפו בלחימה, מותר להעמידם לדין על כך
- iv. אובדן ההגנה מתקיפה אם נוטלים חלק ישיר בלחימה, ולמשך אותו זמן בו נוטלים חלק (במידה והם נטלו נשק לידיהם הם מאבדים את חסינותם מפני תקיפה כל זמן שהם נוטלים חלק ישיר¹ בלחימה ולמשך אותו זמן שבהם עשו זאת).

כיצד מבחינים בין לוחם לאזרח?

הפרוטוקול ה-1 בסעיף 50(1) מגדיר מיהו אזרח באופן שיורי (מי שאינו לוחם). לכן נשאל- מיהו לוחם? לוחם הוא מי שזכאי למעמד שבוי מלחמה עם נפילתו בידי האויב. שבוי מלחמה מוגדר בסעיף 4 לאמנת ג'נבה ה-3:

- שבויי מלחמה הם אנשים המשתייכים לאחת מהקטגוריות הבאות:

(1) חיילים בצבא סדיר של צד לסכסוך (זכאים אוטומטי למעמד של שבוי מלחמה)

(2) אנשי מיליציות, לרבות תנועות התנגדות מאורגנות השייכות לאחד הצדדים

לסכסוך (לאו דווקא ארגונים מטעם המדינה), בהתקיים 4 תנאים:

- השתייכות לארגון מסודר הכולל שרשרת פיקוד;
- נשיאת סימן הבחנה קבוע, שניתן להכיר אותו מרחוק (כמו מדדים);
- נשיאת נשקם בגלוי;
- ניהול פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה- לרוב ארגונים אלה לא עומדים בתנאי זה מכיוון שהם לא עומדים בעקרון ההבחנה (ע"י תקיפת אזרחים).

בג"ץ הסיכולים הממוקדים- ביהמ"ש קבע כי פעילים בארגוני טרור לא עומדים ב-4

התנאים המעניקים לאנשים מעמד של שבויי מלחמה ולכן הם אינם זכאים למעמד "לוחמים".

לאור ההגדרה השיורית של אזרח, נקבע כי "לוחם בלתי חוקי" נופל לקטגוריה של "אזרחים".

האם משמעות הדבר שפעילי טרור נחשבים אזרחים, היא שלא ניתן לתקוף אותם? לא, מכיוון שאזרח מוגן מתקיפה כל עוד הוא לא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה. פס"ד זה הוא תקדימי, כי עד אז נטען בעולם כי סיכול ממוקד היא הוצאה להורג ללא משפט והכירו רק בשתי קטגוריות (לוחמים ואזרחים), ולכן טענו שיש להכיר בקטגוריה שלישית- לוחמים בלתי חוקיים (ביהמ"ש לא פעל לפי קטגוריה זו בסופו של דבר ונשאר בגבולות המוגדר).

ביהמ"ש אומר שאמנם פעילי טרור הם אזרחים, אך הם מאבדים את חסינותם מפני תקיפה כל זמן שהם נוטלים חלק ישיר בפעולות הלחימה.

ביהמ"ש טוען כי ס'51(3) הוא מנהגי ומגדיר כי אזרחים מוגנים מתקיפה חוץ מהזמן שהם נוטלים חלק בלחימה.

¹ בג"ץ הסיכולים הממוקדים

סיכול אחמד ג'עברי ע"י צה"ל – סוכל למרות שלא לקח חלק פעיל בעת הסיכול עצמו,

אלא בעבר.

זמנים שבהם מותר לתקוף אזרח לפי הצלב האדום –

- אך ורק בפרקי זמן בהם אזרח תוקף, או נערך לתקיפה
- בכל עיתוי אחר – ניתן לנקוט רק בסנקציות המותרות כנגד אזרחים (הליך פלילי ובמידה ואין ראיות מעצר מנהלי).

ביהמ"ש בבג"ץ הסיכולים אימץ פרשנות רחבה לסעיף 51(3) ואומר:

- יש לבחון ביחס לכל חשוד את מידת מעורבותו
- אין לפגוע באדם שפעל באופן חד פעמי, אך אין לקבל מדיניות של "דלת מסתובבת" – אדם שיהיה אזרח ביום ולוחם בלילה, שבהם ישנם פרקי זמן שלמים שבהם הוא מוגן מתקיפה.

➤ לגבי ההבחנה בין אזרח ללוחם בבג"ץ הסיכולים ושני הרכיבים –

(1) "נוטלים חלק ישיר" – לביהמ"ש יש סף מעורבות נמוך יחסית, וביהמ"ש מתייחס למציאות עצמה ואומר שמי שפועל מבצע פונקציה של לוחם ייחשב כאזרח שנוטל חלק ישיר ויאבד את החסינות שלו מתקיפה. נכללים גם נהגים שמובילים תחמושת או פעילי טרור, אוספי מודיעין, מתכננים, שולחים, ולא רק המחבל האחרון בשרשרת. נכללים גם מגנים אנושיים "וולונטריים".

לא נכללים מוכרי מזון/תרופות לארגוני טרור, מעניקי תמיכה כספית או תעמולנים. (2) "למשך אותו זמן" – אזרח שנוטל חלק ישיר באופן חד פעמי/ספורדי זכאי להגנה מתקיפה מרגע סיום פעילותו. אזרח שבמסגרת תפקידו מבצע שרשרת של מעשי איבה כאשר ביניהם הוא נהנה מהפסקות, מאבד את חסינותו במשך אותו הזמן שבו הוא מבצע את הפעילות. יש להימנע מתופעת הדלת המסתובבת. חלופת מעצר – בג"ץ מדגיש שכאשר למדינה קיימת חלופת מעצר, עדיף לעצור את הפעיל ולא לבצע סיכולים ממוקדים.

3. עקרון המידתיות – ס' 51 ו-57 לפרוטוקול הראשון. צד לסכסוך צריך לעמוד בדרישה הבאה: אסור לו לגרום לנזק אגבי/משני לאזרחים וליעדים אזרחיים שאינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מן ההתקפה, גם במידה ומדובר על מקום שיש לתקוף – תמיד נשקול האם היתרון מהתקיפה עולה על הנזק שנגרום. לדוגמה – הסיכול הממוקד של השייח' סלאח שחאדה מראשי הזרוע הצבאית של החמאס בעזה; יחד איתו נהרגו 14 אזרחים תמימים. מקרה זה עורר הדים רחבים בעולם ואף גרם לעתירה נוספת. ישראל טענה בפני בג"ץ כי היא עשתה כמיטב יכולתה כדי להשיג את המודיעין הטוב ביותר כדי למנוע נזק אגבי רחב, וטוענים שלא ידעו ש-14 האנשים היו שם באותו זמן. ישראל טוענת שפעולה זו חוקית ומידתית לפי דיני הלחימה ויש לבחון זאת בעיניי המפקד הסביר בהינתן המידע הסביר עובר לכיצוע ההתקפה באותו זמן כלומר, מבחן המידתיות הוא ex ante, בדיעבד, ושופטים רק לפי מה שידעו בעת ביצוע הפעולה. הדגש ביישום עקרון המידתיות הוא בחינת אקס אנטה לפי המפקד הסביר ולא אקס פוסט. עקרון זה יכול להפוך יעד צבאי לגיטימי ללא לגיטימי.

4. עקרון ההומאניות – בעוד ההבחנה בעקרונות הקודמים היתה לגבי אזרחים והגנה עליהם, עקרון זה מתייחס לחיילים ולאווייב הצבאי. לפיו, גם במהלך מלחמה אין לגרום סבל מיותר מעבר לנחוץ להכנעת האוייב – נמצא בסעיף 35 לפרוטוקול הראשון וסעיף 23 לאמנת האג. כנגזרת לכך ישנן גם אמנות האוסרות שימוש בנשקים ספציפיים (כדורי דום דום, רעל, נשק ביולוגי/כימי).

עקרונות אלה חלים גם בסכסוך מזויין בינ"ל וגם לא בינ"ל.

דיני תפיסה לוחמתית (דיני כיבוש) - The law of belligerent occupation

תת ענף בדיני הלחימה. עוסקים במצב שבו במהלך מלחמה שכתוצאה ממנה נוצר מצב של תפיסה של שטח זר בידי מדינה.

דיני הכיבוש חלים כשמדינה אחת משתלטת על שטח מדינה אחרת/שטח זר בעקבות שימוש בכוח (מלחמה). לפי המשב"ל, בניגוד לעבר- מדינה לא יכולה לרכוש ריבונות בשטח מכוח השתלטות כוחנית אליו. (בעבר ממלכות היו כובשות ומשתלטות אך השינויים שחלו במשב"ל ומתוך איסור השימוש בכוח ורצון להניא מדינות מלצאת למלחמה כדי להרחיב את הטריטוריות שלהן, מדינות לא יכולות לכבוש שטח בדרך זו). גם אם מדינה יוצאת למלחמת הגנה עצמית (תחת חריג ההגנה העצמית למגילת האו"ם בס' 51), היא עדיין לא יכולה לרכוש ריבונות בשטח זר כתוצאה משימוש בכוח. המעמד של שטח כזה הוא מוחזק/כבוש.

דיני התפיסה הלוחמתית:

מערכת דינים מיוחדת המסדירה ניהול שטח. יוצרים משטר זמני לניהול השטח עד שמעמדו יוסדר. (זמני- מכיוון שחיכו שהצדדים הרלוונטיים יגיעו להסדר בנוגע לשטח המדובר).

דינים אלה סובבים סביב שני צירים מרכזיים:

1. הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח
 2. הבטחת צרכי האנשים המוגנים - protected persons, תושבי השטח הכבוש הם אנשים מוגנים.
- אחת המטרות החשובות של דיני הכיבוש הוא שימור הסטטוס קוו הקיים- דיני התפיסה הלוחמתית רואים בצד הכובש במי שמחזיק בשטח כמחזיק בנאמנות עבור הצד הנכבש עד שיוסדר מעמד השטח.

ההנחה בעת ניסוח אמנת האג ה-4 ואמנת ג'נבה (האמנות המכוננות בתחום דיני הכיבוש) ראו סיטואציה של כיבוש כסיטואציה זמנית שבה צד אחד מחזיק בשטח זר באופן זמני עד להסדרת מעמד השטח המדובר. בעת כתיבת האמנות בתום מלחמה"ע ה-2, גרמניה הייתה כבושה בידי מספר מדינות ולכן אמנת ג'נבה ה-4 באה כדי להסדיר זאת. דוגמאות: רוסיה וחצי האי קרים, טורקיה וקפריסין, ארה"ב ועירק.

דיני התפיסה הלוחמתית- ההקשר הישראלי:

רמת הגולן- ישראל תפסה שטח זה במלחמת שטח הימים מריבונות סורית. ישראל אימצה את חוק רמת הגולן שסיפח את השטח כאשר מבחינתה היא החילה את חוקיה ואת ריבונותה לכל דבר ועניין כמו כל שטח אחר במדינה, אך מבחינת המשב"ל נתפס כלא חוקי.

מזרח ירושלים- שטח שישראל סיפחה ורואה בו כשטח ריבוני לכל דבר לעניין למרות שהאנשים היושבים בו לא קיבלו דרכונים ישראליים אלא נחשבים תושבים וקיבלו ת"ז כחולות. מבחינת המשב"ל, הסיפוח נתפס כלא חוקי.

איו"ש- ישראל מעולם לא סיפחה שטח זה או טענה לריבונות בו. מרגע שתפסה את השטח, ישראל הקימה ממשל צבאי לניהול השטח כאשר בראשו עומד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש שמחזיק בשני כובעים:

- אלוף פיקוד מרכז
- מפקד כוחות צה"ל באיו"ש.

רצועת עזה- עד 2005 מעמדה היה כמו של איו"ש (ישראל הקימה ממשל צבאי ולא טענה לריבונות או לסיפוח שלה, כאשר מינתה את מפקד פיקוד דרום גם למפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה).

ישראל מאז ומתמיד הכירה בתחולה של תקנות האג ביחס לאיו"ש ורצועת עזה. העומד בראש משטרים אלה מהווה גם הרשות המבצעת וגם המחוקקת והוא בעל שני תפקידים, כאשר הוא מהווה את הממשל של השטח. בפועל מבחינה פרקטית, ישראל טענה בנוגע לתחולת אמנת ג'נבה ה-4 ביחס לאיו"ש ובעבר ביחס לרצועת עזה:

- סעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה - קובע כי אמנה זו תחול על כל המקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר, וקובע שהיא תחול גם על מקרים של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה אפילו במידה שלא נתקלו בהתנגדות מזוינת.
- ישראל טענה כי אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה באיזורים הנ"ל מכיוון שהיא הסתמכה על הפסקה השניה של הסעיף לפיו נדרש שיהיה כיבוש שלם או חלקי של ארצו של אחד מבעלי האמנה - וטענה כי בעת תפיסת הרצועה היא לא הייתה שטח ריבוני של מצרים, ובעת התפיסה של אי"ש היא לא הייתה בריבונות של ירדן, ולכן לא היו להן בעלים - משמע האמנה לא חלה דה יורה מכיוון שהשטח לא היה של מדינה שהיא צד לאמנה.
- העולם טען כי לפי הגישה הרווחת הפסקה הראשונה חלה על כל מצב של סכסוך מזוין - כולל סכסוך שבו נכבש שטח (לא משנה של מי). תפיסה זו עולה בקנה אחד עם הרציונל של הגנה על האוכלוסיה האזרחית ולכן הרחיבו את התקנה. בהתאם לגישה הרווחת, פסקה 2 נועדה רק למצבים מסוימים שקשורים לכיבוש שצמח כשלא הייתה שום התנגדות מזוינת (כדוגמה מביאים מדינה שאפילו יריה אחת לא נורתה כדי לכבוש אותה - ומראים שגם כשלא הייתה ממש מלחמה האמנה עדיין תחול). לכן, נקבע כי האמנה חלה גם במצבים כמו של אי"ש ורצועת עזה שצמחו ממלחמה.
- בכל מקרה, ישראל התחייבה להחיל את "הוראותיה ההומניטריות של האמנה" - והרי שבכל מקרה היא נוטלת על עצמה את המחויבות לקיים את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית ביחס לשטחים הנ"ל. על בסיס הצהרה זו, גם העליון נמנע מלדון האם אמנת ג'נבה חלה דה יורה או לא.
- ברצועת עזה, לאחר ההתנתקות, הממשל הצבאי בוטל (2005).
- בג"ץ אלבסינו** - אספקת הדלק והחשמל. לפי בג"ץ זה, למדינת ישראל אין את היכולת האפקטיבית לשלוט ברצועת עזה מכיוון שכוחות צה"ל לא נמצאים שם יותר. זוהי עמדת ישראל.
- העותרים טוענים שישראל עדיין בבחינת כובש ברצועה ולכן היא שולטת באספקת הדלק והחשמל לרצועה.
- ישראל טוענת כי משנת 2005 היא הוציאה את כוחותיה מהשטח ולכן כבר לא בבחינת כובש.
- נקבע** כי מאז 2005 אין לישראל שליטה אפקטיבית ברצועה, הממשל הצבאי חדל מלהתקיים שם וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואינם מנהלים את המתרחש בו (מבחן מציאותי). נקבע כי אמנם ישנן חובות, אך הן נובעות מכוח דיני הלחימה ולא מכוח דיני הכיבוש (נובעות מהשליטה במעברי הגבול ומהמצב שנוצר בין ישראל לרצועה לאחר שנות השלטון הצבאי באזור, שגרמו לתלות כמעט מוחלטת של הרצועה בישראל באספקה. כלומר, ביהמ"ש אומר כי למרות שלא מתקיים מבחן השליטה האפקטיבית, נותרו שרידים מסויימים ומכיר בקושי.
- בג"ץ רופאים לזכויות אדם** - בג"ץ רומז כי המצב ברצועה דינמי ויכול להשתנות במידה וישראל תנהל את השטח צבאית. בעולם, עדיין טוענים כי ישראל עדיין בבחינת כובש ברצועה (בגלל השליטה במעברי הגבול ובמרחב הימי והאווירי של הרצועה).

המקורות המשפטיים לשטחים הנ"ל:

שני מקורות מכוננים לתפיסה הלוחמתית:

1. התקנות הנספחות לאמנת האג 1907 - תקנות 42-56, עוסקות אך ורק בסיטואציה של כיבוש.
2. אמנת ג'נבה הרביעית 1949 - חלקים גדולים ממנה מוקדשים לכיבוש. מסדיר מהן האוכלוסיות שעליהן האמנה חלה, כאשר אחת מהן הם "תושבי השטח הכבוש" - מבחינת אמנה זו מדובר על האוכלוסיה שהייתה בשטח ערב הכיבוש ולא אזרחים של המדינה הכובשת.

שני המקורות הנ"ל קובעים שורה של הגנות, לצד האפשרות של הצבא הכובש לנקוט באמצעים בטחוניים כלפי האוכלוסיה במידה ומתקיימים צרכים בטחוניים.

שטח כבוש - ההגדרה מתקנה 42 הנספחת לאמנת האג: שטח הנמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה.

בתקנה 42 להאג- מבחן השליטה האפקטיבית דורש שתי דרישות מצטברות להגדרה של שטח ככבוש:

1. על השטח להיות נתון לסמכות האויב- נדרשת נוכחות של האויב בשטח המדובר
2. סמכות זו צריכה להיות מבוססת וניתנת להפעלה

מעמדו של שטח ככבוש ייקבע לפי מבחן זה.

מבחן השליטה האפקטיבית הוא מבחן עובדתי (המשב"ל לא מתייחס לפרשנות המדינה אלא מסתכל על הסיטואציה עצמה- האם השליטה של אותו צבא של המדינה בשטח ניתנת להפעלה).
 כיבוש יכול להיות גם של חלק ממדינה.

הגישה הפרשנית הרווחת ביחס למבחן השליטה האפקטיבית- אין צורך בהפעלת הסמכות בפועל (למשל בדמות ממשל צבאי בשטח המדובר, אלא בפוטנציאל להפעלת הסמכות בלבד. כלומר, אם השטח נתון לסמכות הכובש והסמכות יכולה להכתיב את המרות בשטח- can be exercised, אזי שיתקיימו התנאים והשטח יוגדר ככבוש).
 השאלה אם שטח מסוים הוא כבוש או לא, לא ייקבע לפי הקמה של ממשל צבאי או לא;

בג"ץ צמל- בתחילת שנות ה-80 צה"ל השתלט על שטחים בדרום לבנון, אך ישראל מעולם לא הקימה שם ממשל צבאי כמו שעשתה בעזה ובאיו"ש. לשטח זה צה"ל הביא עצורים טרוריסטים, וכנגזרת מאמנת ג'נבה הם טענו שהם אזרחים מוגנים תחת האמנה ולכן הם זוכים לעו"ד כאשר באותו זמן ישראל מנעה מהם את הזכות.
השאלה המשפטית- שמגר שואל האם השטח הוא כבוש והאם דיני הכיבוש חלים עליו לפי סעיף 42 לחוק?
שמגר מנתח את מבחן השליטה האפקטיבית, ואומר שכדי ששטח ייחשב ככבוש ויביא לתחולת דיני הכיבוש, לא נדרש שהמדינה הכובשת תקים ממשל צבאי כהלכה. הוא שואל האם הכוח הצבאי שנמצא בשטח יכול להיכנס בנעלי רשויות השלטון הקודם ולא אם עשה כך בפועל? (האם לכוחות צה"ל יש את העמדה בהינתן סמכותם להיכנס לשלטון הלבנוני הקודם ללא מה שקרה בפועל?)
נקבע כי תחולת דיני הכיבוש אינה תלויה בהקמת מערכת ארגונית סדורה וברורה הלוכשת צורת ממשל צבאי, אלא ביכולת של הצבא בשטח להפעיל את השליטה שלו במידה והוא יכול.
הרציונל בדיני הכיבוש הוא הגנה על אוכלוסיה אזרחית שנמצאת פתאומית תחת שלטון האויב הזר. מתוך רציונל זה, הגישה המקובלת היא שאי אפשר לעקוף את ההגנות וסל החובות ביחס לאותה אוכלוסיה במידה וכיכול לא מוקם ממשל צבאי.

מערכת הדינים החלה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית:

בשטח כבוש כמו איו"ש, יחולו דיני המשב"ל (דיני התפיסה הלוחמתית, תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית). כיום, העמדה המקובלת היא שגם דיני זכויות האדם של המשב"ל חלים בשטח כבוש ולא רק דיני התפיסה הלוחמתית. לצד דינים אלה, חלים גם דיני הריבון הקודם (למשל באיו"ש חלים גם דינים ירדניים והדין המנדטורי (למשל הריסות בתים מבוצעות שם מכוח תקנות מנדטוריות ולא דינים מודרניים של הצבא).
 בנוסף, חלים צווים של המפקד הצבאי (באיו"ש- "תחיקת הבטחון").
 חל גם המשפט המנהלי (סמכות, סבירות וכו').

מערכת הדינים החלה בשטח כבוש לפי חשיבות:

- כללי המשפט הבינ"ל- דיני התפיסה הלוחמתית (תקנות האג+אמנת ג'נבה הרביעית). מסתמן שהעמדה הנפוצה היא שגם דיני המשפט הבינ"ל חל בשטח כבוש, מכיוון שדיני זכויות האדם של המשב"ל מחייבים את המדינה במקום שבו למדינה יש jurisdiction (סמכות שיפוט), והטענה הרווחת היא שמצב של כיבוש הוא מצב שבו למדינה התופסת בשטח יש סמכות שיפוט ביחס לשטח, ולכן היא חייבת כלפי האנשים בשטח לא רק בזכויות וחובות מכוח דיני הכיבוש, אלא גם אלה שמכוח זכויות האדם.
- דין הריבון הקודם- כיבוש נועד להיות משטר זמני ולכן יש שמירה על הדינים שלו. באיו"ש (ובעזה לשעבר) היה דין מנדטורי. חלק מהתקנות החשובות שהמפקד באיו"ש משתמש בהן, הוא תקנות ההגנה לשעת חירום 1945 המנדטוריות (בריטיות). תקנות אלה מאפשרות למפקד להרוס ציוד צבאי של המפקד בשטח.
- צווים של המפקד הצבאי- "תחיקת הבטחון".

- המשפט המנהלי- הצבא כפוף לרשות המבצעת ולכן בג"ץ קבע שפעולות המפקד הצבאי ובאי כוחו בשטח כפופים לסטנדרטים של משפט מנהלי (סבירות, שיקולים ענייניים- אי משוא פנים, ושאר העקרונות שצומחים מכוח המשפט המנהלי הישראלי).
- לפי אמנת ג'נבה, היה צורך בהקמת וועדת ערר צבאי מכוח המשפט הצבאי לרשות התושבים בשטח. ישראל לא הקימה, וכאשר תושבי איו"ש רצו לעלות לביהמ"ש- נקבע לפי הפרקטיקה שאין להתנגד לרצונם של התושבים להישפט בבג"ץ ולכן קיימות עתירות של תושבי השטחים לבג"ץ (ורבות מהן).

שני סוגי טענות המובאות בפני בג"ץ:

- (1) חוסר סמכות- נסמך על המשב"ל או דין הריבון הקודם, שהם הדינים שחלים לראשונה בשטח. העותרים טוענים שאין למפקד הצבאי את הסמכות לעשות פעולה מסוימת מכוח הדין הבינ"ל.
 - **פס"ד ג'מיעת אסכאן 1983**- עוסק בהפקעה של קרקע פרטית לצורך סלילת כביש 443. העותרים טוענים שהמפקד הצבאי נעדר את הסמכות להפקיע את השטח מכיוון שלפי תקנה 52 להאג, למפקד הצבאי מותר להפקיע שטח פרטי אך ורק אם הדבר נעשה לצורך צבאי. במקרה זה, ההפקעה היא לצורך כביש שירות ולא לצורך בטחוני.
 - ברק קובע שלמרות סעיף 52 להאג, הוא חוזר לסעיף 43 להאג- ואומר שבשטח כבוש יש למפקד את החובה לדאוג לסדר הציבורי כאשר בין היתר הוא קורא לתוך הסעיף את החובה של המפקד הצבאי להבטיח דרכי גישה נוחות בשטח הכבוש; כך הוא מצדיק את סלילת הכביש מתוך חובה פוזיטיבית של המפקד מסעיף 43 ולא 52.
 - **בג"ץ אבו צפיה**- הגבלות תנועה לפלסטינים בכביש 443 על רקע האינתיפאדה השנייה וידידי אבנים על הכביש. המפקד הצבאי מוציא צו שאוסר באופן מוחלט על נסיעה של פלסטינים בכביש 443.
 - ביהמ"ש קובע שאם הקרקע מופקעת ולא משמשת בכלל את תושבי השטח הכבוש והופכת להיות דרך שירות שרק תושבי המדינה התופסת יכולים להשתמש בה, הרי שזה מצב שהמפקד הצבאי לא יכול להתיר.
 - ביהמ"ש מקבל את טענת העותרים ואומר שאין למפקד הצבאי לקיים דרך גישה רק לתושבי המדינה התופסת ולהדיר ממנה לחלוטין את תושבי השטח הכבוש.
 - למפקד הצבאי אין סמכות להורות מכיוון שמסתמכים על תקנות האג שאוסרות על הרס רכוש בשטח כבוש (אלא אם כן הדבר נעשה לצורך צבאי).
 - הריסת בתי מחבלים- מכוח תקנה 119. ענישה קולקטיבית, ההרס כולל גם את משפחת המחבל. העולם רואה הריסת בתי מחבלים כענישה קולקטיבית.

- (2) פגמים בהפעלת סמכות קיימת- בדר"כ גם אם יש סמכות קיימת, הרי שהיא מופעלת באופן לא סביר או לא עומד בסטנדרטים.
 - **בג"ץ עג'ורי**- האינתיפאדה השנייה. המפקד הצבאי באיו"ש הוציא צו על תיחום המגורים של 3 אנשים שהיו מחוברים לרשתות טרור, וטענו שהם היוו איום על הביטחון בשטחים ולכן רצו להעביר אותם לרצועת עזה.
 - לפי סעיף 78 לג'נבה הרביעית, תיחום מגוריהם של תושבי השטח הכבוש אמנם מתאפשר, ובג"ץ מאשר אותו ביחס ל-2 מהעותרים, אך לגבי השלישי- נטען שהצו היה לא מידתי מכיוון שהוא לא איים בצורה ממשית על הבטחון באיו"ש והצו נפל עקב חוסר סבירות ומידתיות.
 - **בג"ץ בית סוריק**- בעניין גדר הבטחון.
 - **בג"ץ מראעבה**- בעניין הנ"ל.
 - בשני פסקי דין הנ"ל, בג"ץ אישר באופן עקרוני את היכולת של המפקד הצבאי להקים את גדר הבטחון ולהפקיע לצורך כך אדמות פלסטיניות פרטיות. ביהמ"ש הגיע למסקנה שלמפקד יש את הסמכות המשפטית להפקיע, וגם לאחר שביהמ"ש אישר את הקמת הגדר (בשונה מקביעת ICJ כי הגדר לא חוקית), הגדר הוזה במקומות רבים על בסיס סבירות ומידתיות (בחלק מהמקומות נקבע שהתוואי היה לא מידתי, למשל- עבר באמצע שדה של פועל פלסטיני שעובד אותה). התוואי שונה כדי שיהיה איזון הולם

בין צרכי האוכלוסיה המקומית באיו"ש לבין צרכי המדינה, ולכן נקבע כי התוואי המקורי של המפקד היה לא מידתי והוא שונה.

סעיף 43 לתקנות האג- עקרון היסוד של שטח כבוש: מכונה חוקת השטח הכבוש. מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה.

בג"ץ ג'מיעת אסכאן 1983- עסק בהפקעה של קרקע פרטית לצורך סלילת כביש 443. בפס"ד זה, בג"ץ מראה את 3 הצירים שהמפקד הצבאי השולט בשטח צריך לקחת בחשבון ולאזן ביניהם במסגרת ניהולו את השטח הכבוש. ישנה פרשנות של תקנה 43 הנ"ל:

- כיבוד זכויות האוכלוסיה המקומית - למדינה המחזיקה או למפקד הצבאי מטעמה בשטח כבוש, אין רק חובה פסיבית להימנע מלהרע לתושבי השטח הכבוש; המפקד הצבאי בא בנעליו של הריבון הקודם בשטח זה פקטו, ולכן יש לו:
 - חובות - חובה אקטיבית לכיבוד צרכיהם, לרבות בהיבטים של בטחון וסדר ציבורי, והן בהיבטים אזרחיים וכלכליים - עליו לשמור על הסדר והביטחון בשטח הכבוש, חובה לספק שירותי חינוך, תברואה, מזון וכו'.
 - בעניין ישראל, לאחר הסכמי אוסלו וחלוקת הסמכויות השטח חולק לשטחים:
 - שטחי A - הפלסטינים שולטים בכל העניינים האזרחיים
 - שטחי B - שטחים בשליטה מעורבת
 - שטחי C - שטחים בשליטה ישראלית בלעדית.
 - עד הסכמי אוסלו, חובות השמירה הנ"ל היו של המפקד הצבאי בשטח לפני ההסדרה.
 - הגבלות:
 - אסור לו ליטול את הרכוש של תושבי השטח הכבוש אלא אם כן יש צורך צבאי בטחוני שמצדיק זאת (כמו הפקעה), אסור לו להטיל מיסים חדשים, וגם באמנת האג וגם בג'נבה יש איסור על ענישה קולקטיבית.
 - כיבוד ושמירת האינטרסים של הריבון הקודם - לאחר מלחה"ע השניה, נקבע כי יש לכבד את האינטרסים של הריבון הקודם, כי המחשבה היא שהוא ישוב לשלטון (לדוגמה גרמניה).
 - בעניין ישראל, אין ריבון קודם, ולכן גם לא חולקים על ישראל (מכיוון שירדן או מצרים לא היו ריבוניות בעזה). כיום, התפיסה היא שבהקשר באיו"ש אין ריבון קודם אך הריבון שנחשב כאחד הוא העם הפלסטיני שהוא בעל זכות להגדרה עצמית.
 - האינטרסים הבטחוניים של הממשל הצבאי בשטח - במסגרת ההתחשבות באינטרסים אלה, מותר למפקד הצבאי:
 - לחוקק חקיקת בטחון (חוקי עזר לניהול השטח), בארץ נקראים תחיקת הבטחון. אחד הצווים הראשונים שהמפקד הצבאי הוציא היה צו בעניין סמכויות בטחון שקבע העמדה לדין וצווי מעצר של תושבי השטח הכבוש. ישנם בתי משפט צבאיים באיו"ש. גם לגבי הצו בעניין מעצרים מנהליים. מעצר מנהלי מתבצע מכוח שני מקורות משפטיים נבדלים:
 - חוק המעצרים המנהליים 1979
 - הצו הנ"ל, באיו"ש.
 - פסיקת בג"ץ מאפשרת למפקד בשטח לקחת בחשבון לא רק את השיקולים הצרים של הממשל אלא גם הכרה ביכולת המפקד הצבאי לבצע דברים שנועדו להגן על מדינת ישראל ולא רק על הממשל - לדוגמה בפסיקת ביהמ"ש העליון בנוגע לגדר הבטחון (מעל ל-100 פסיקות שעסקו בתוואי הגדר), כאשר הגדר נועדה להגן על בטחון המדינה ולהקשות על מחבלים לחדור למדינה. הגדר עוברת בשטחים פלסטיניים מופקעים, ולכן היה צריך לבצע סמכויות הפקעה מכוח דיני הכיבוש לשם כך. בנוסף, בג"ץ הכיר ביכולת המפקד לקחת בחשבון שיקולים של התושבים הישראליים באיו"ש. דיני התפיסה הלוחמתית במקור ראו את המפקד כלוקח את שיקולי האוכלוסיה המקומית המקורית בשטח, אך בג"ץ שינה כך שמאפשרים למפקד לקחת גם את שיקולי תושבי השטח הישראלי.

משפט בינלאומי פלילי

אחד מענפי המשב"ל הוותיקים ביותר.

הוא במוקד העניין הציבורי, ככלי אכיפה מרכזי של ענפי משב"ל (דיני לחימה וזכויות אדם).
אבן דרך בהתפתחות שלטון החוק הבינ"ל- המדינה וראשיה כפופים לדין, כל האנשים הכפופים למדינה ומייצגים אותה כפופים לסמכות השיפוט של המשב"ל הפלילי- מתבטא בכך שלמדינה וראשיה אין חסינות מפני בי"ד בערכאות בינ"ל, בשונה מדין פנימי שבו יש חסינות לראשי מדינה.

מטרת הענף היא לכוון נורמות התנהגות בינ"ל ביחס לפרטים שפועלים בשמן של מדינות (עד עכשיו עסקנו במדינות עצמן), וקובע עבירות מסוימות שהפרטים שעוברים עליהן יהיו כפופים בגינן לשיפוט בינ"ל, שבמסגרתו הם כפופים לסנקציות פליליות.

עבירות: שוד ים, סחר בעבדים, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, עינויים, טרור, עבירות סמים.

הטלת אחריות על פרט לא שוללת את העובדה שהמדינה עצמה תישא באותה אחריות מקבילה; מדינה שתבצע פשעי מלחמה- יהיה ניתן לתבוע אותה בגין הפרות של מחויבויותיה מכוח דיני הלחימה.
החידוש למשב"ל הפלילי, הוא שלא רק שתובעים את המדינה- אלא מעמידים לדין גם את הפרט (שלמשל הורה על רצח עם), וכך משלימים את אחריות המדינה.

התפיסה בבסיס המשב"ל הפלילי

נורמות בעלות חשיבות בינ"ל- יצירת מנגנוני אכיפה במקרים בהם אכיפה מדינתית אינה יעילה.
לדוגמה- מעין "כשלי שוק", כמו:

שוד ים- שבו השקעת משאבים בתפיסת הפיראטים היא לא משתלמת. לכן, המשב"ל קבע פיראטיות כעבירה בינ"ל ויצר מספר מנגנונים לאכיפתה.
עינויים- במשב"ל יש איסור קוגנטי על עינויים- לא ניתן לבצע עינויים בשום מצב, גם לא במצב חירום או מלחמה והוא מהווה פשע בינ"ל מרכזי. הדבר נחשב לכשל שוק מכיוון שהעינויים מבוצעים מטעם אנשים רשמיים של מדינות, ולמדינות שאנשיהן מענים כדי להגן על אינטרסים בטחוניים אין אינטרס להעמיד לדין את אותם אנשים מכיוון שהם הגנו עליהן. לכן, המשב"ל מתקן את כשל השוק הזה.

הפרת הנורמות מנוגדת לערכי כלל הקהילה הבינ"ל- לכל המדינות ולקהילה יש זכות תביעה נגד העבריינים, ותמיד יש פשעים חמורים שיש לאסור עליהם. בגלל שפשעים אלה מנוגדים לערכים ונורמות של כלל הקהילה הבינ"ל, לכלל הקהילה יש את הזכות לתבוע ולהעמיד לדין בגין אותם פשעים בינלאומיים חמורים.

פשעים בינ"ל חמורים זכו לכינוי: אויבי המין האנושי בכללותו, HOSTIS HUMANI GENERIS.

שאלת האחריות האישית של פרטים:

עלתה במשפטי נירנברג- 22 נציגים של המשטר הנאצי נשפטו.

טענת הנאשמים: המשב"ל חל על יחסים בין מדינות ולא מצמיח אחריות לפרטים, ולכן חוקת לונדון שמכוחה ביה"ד הצבאי בנירנברג פעל היא מעשה חקיקה רטרואקטיבי שמטיל אחריות על פרטים במקום שהיא לא הייתה לפני.

ההצדקות של ביה"ד בנירנברג: דחה את הטענה, ואמר:

- קיים מנהג במשב"ל לפיו ניתן להעמיד פרטים על הפרת דיני מלחמה (ומפנה לבתי משפט מדינתיים שהעמידו לדין בגין הפרות של דיני הלחימה).

- העבירות המדוברות אסורות בדין הפנימי של כל שיטות המשפט- הן רצח, התעללות, אונס. עבירות אלה הן לא רק עבירות שנאסרות ע"י המשב"ל, אלא נאסרות ע"י המוסר העקרוני והכללי בכל שיטות המשפט השונות בעולם, גם בגרמניה ערב מלחה"ע השנייה.
- פשעים חמורים אלה לא נעשים ע"י ישויות ערטילאיות, אלא ע"י פרטים- ולכן הדרך היחידה לאכוף את נורמות המשב"ל היא ע"י הטלת אחריות פלילית אישית על האנשים עצמם שביצעו פשעים בינ"ל.

זכויות אדם במשפט הבינלאומי

עו"ד דפנה דרור- שפוליאנסקי

כיום, הנושא של זכויות אדם מחלחל לתחומים רבים ואף לעולם העסקי. הסנקציות על הפרה של זכויות אדם זולגות גם לתחומים מעבר. מכיוון שזכויות אדם עוסקות בחירויות יסודיות שנוגעות לכל אדם, נושא זה הופך להיות נושא שמעניין את כולם (ולכן זכויות עובדים בהודו לדוגמה, יהיו רלוונטיים גם לעובדים בחנות אופנה בשוודיה).

הייחוד של תחום זכויות אדם במשפט הבינ"ל:

- הפרט הופך לשחקן מרכזי- מערכת הגנות חדשה, שחקן ישיר.
- שינוי מהתפיסה הקלאסית- כניסה לתחומים שנתפסו כ"ריבוניים"
- ממודל של תיאום למודל של הכפפה (חוקתיזציה)

דיני המשב"ל הקלאסיים עסקו בסכסוכים בין מדינות, בעוד דיני זכויות אדם מאפשרים מעין "חציה" של הריבונות- למעשה, דיני זכויות האדם יוצרים מערכת הגנות חדשה לאדם (חוקתיזציה)= כמו שיש נורמות מעל החוקים הרגילים, נוצרות עוד מערכת הגנות (שכבה של סטנדרטים) שלפיהם המדינות ייבחנו, מעין סטנדרט כולל של המשפט הבינ"ל ולא רק של המדינה עצמה.

חלוקת הזכויות לדורות:

דור א': זכויות אזרחיות ומדיניות- זכויות מסוג "אל תעשה". כמו שוויון, ביטוי, חופש דת- "אל תעשה"- השלטון צריך שלא להתערב ולתת חופש לפרט כדי לממש את דתו, להיות אזרח שווה ככל האזרחים, להביע את עמדותיו ודעותיו מבלי שיגבילו אותן וכו'.

דור ב': זכויות כלכליות חברתיות- זכויות מסוג "עשה", הזכות לדור, בריאות, חינוך- זכויות שמחייבות את המדינה לתת.

דור ג': זכויות קיבוציות- בעיקר הזכות להגדרה עצמית של קבוצה, של עם.

מקורות משפט זכויות האדם הבינ"ל:

מסמכי ליבה:

- מגילת האו"ם- השנים שלאחר מלחה"ע השנייה. התפיסה של זכויות אדם מגיעה כאנטייזה לתפיסה הפאשיסטית הנאצית שמעמידה את הלאום במרכז, וטוענת שזכויות אדם משמיעים עקרון אחר: הפרט הוא המרכז, והזרקור עובר אליו. באותה תקופה הסתיימה תקופת הקולוניות ועמים רבים קיבלו את עצמאותם, ובמגילת האו"ם לראשונה

הופיע המונח של human rights כאשר בסעיף 1 נקבע כי לאו"ם יש מנדט לעסוק גם בזכויות אדם, כאשר המגילה לא מפרטת מעבר למושג זה אלא רק מצינת אותו. בנוסף, מעוגן עקרון אי ההתערבות בעניינים פנימיים של המדינה.

פירוט הסעיפים נמצא במודל

- ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם - קובעת מהם זכויות אדם, ובהכרזה זוהי פעם ראשונה שבה מפורטות זכויות (כמו הזכות לשוויון, הליך הוגן, חינוך וכו'). מסמך זה הוא מנהגי (מחייב מדינות בעל כרחן).
- ההכרזה מעבירה את המסר שזכויות אדם הן זכויות טבעיות (שניתנות לבני האדם מעצם היותם - לא שמישהו מקנה להם, אלא שקיימות להם מעצם היותו של האדם אדם.
- ס'28 להכרזה - המדינה מממשת או מפרה את זכויות האדם של התושב/אזרח, ולא האו"ם.
- ס'29 - הכרה בכך שהזכויות יחסיות, לא ניתנות לגריעה מוחלטת אלא להגבלה - למשל, חירותו של אדם יכולה להישלל ממנו כאשר הוא אסיר.
- אמנות 1966 - ICESCR, ICCPR, the international bill of right . מכיוון שנטען שההכרזה לא מספיק מפורטת או יעילה, הוחלט שיש צורך באמנות שיעגנו את הזכויות. לקח זמן לקבל את אמנות אלה, מכיוון שהיה קשה למדינות להגיע להסכמה (ארה"ב רואה חופש כערך עליון, בעוד פרטיות יותר חשובה באירופה, כאשר ברוסיה זכויות כלכליות חשובות יותר). לכן, חתמו על שתי אמנות:
 - אמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות - ICCPR - הציפיה היא לכבד ולהבטיח.
 - 22 זכויות מהדור הראשון המצריכות מימוש מידי ובעלות מאפיינים נגטיביים - "אל תעשה". עם השנים נוספו פרוטוקולים נוספים לאמנה:
 - איסור עונש מוות
 - מנגנון התלונות הפרטני - אזרח יכול להגיש תלונה באופן ישיר בפני הוועדה לזכויות אדם של האו"ם). המדינה יכולה להשעות חלק מזכויות אלה בשעת חירום.
 - להוסיף את רשימת 22 הזכויות
 - אמנה לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות - ICESCR . הציפיה היא מימוש הדרגתי.
- זכויות יחסיות מהדור השני - ניתן ליישמן בהדרגה, בעלות מאפיינים פוזיטיביים - "חובות עשה". אין ציפייה למלא את כולן, אך מצפים להליך הדרגתי שיראה שהמדינה אכן פועל עפ"י המשאבים העומדים לרשותה (השונים ממדינה למדינה).
- בין הזכויות באמנה: הזכות לעבוד, לתנאי עבודה נאותים, רמת בריאות גבוהה, חינוך, תרבות וכו'.

ישראל הצטרפה לשתי האמנות בשנת 1991.

בנקודות שונות מאפשרים למדינה לממש את החופש הריבוני שלה:

190(3) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות מאפשר למדינה להגביל באופן מידתי את הזכות למען בטחון המדינה, והסדר החברתי.

לדוגמה, מדינת ישראל קיבלה ביקורת על החוק שמחייב עמותות לדווח על תרומות מישות מדינית זרה בטענה שיש בכך הגבלה של משאבים של ארגוני חברה אזרחיים שהם מדד חשוב לקיומה של חברה דמו' שמאפשרת חופש ביטוי.

אמנות זכויות אדם מרכזיות נוספות:

כיום יש 7 אמנות מרכזיות לזכויות אדם:

1. אמנת CERD נגד אפליה גזעית
2. אמנת CEDAW נגד אפליית נשים
3. אמנת CAT נגד עינויים
4. האמנה להגנה על זכויות הילד CRC
5. האמנה להגנת על זכויות אנשים עם מוגבלויות CRPD

1. הנציבות העליונה לזכויות אדם UNHCHR - הגוף המרכזי של נושאי זכויות האדם שמתרחשים באו"ם, גוף מדווח למזכ"ל האו"ם.
2. המועצה לזכויות אדם human rights council – גוף פוליטי המורכב מ-47 חברות ויושבים בו דיפלומטים המייצגים מדינות. מפעילה 3 מנגנונים חשובים:
 - דווחים - לכל דווח יש מנדט (או של נושא מסוים כמו הזכות לפרטיות שמונה לאחר פרשת סנואודן שבו הובן כי יש להבין את המגמות העולמיות בתחום הפרטיות כדי לייצר סטנדרטים בינ"ל, או של אזורי סכסוך מסוימים, כמו דווח לנושאי השטחים הכבושים).
 - UPR מנגנון הביקורת התקופתית - אחת ל-5 שנים מדינה מופיעה בפני הוועדה לזכויות אדם.
 - וועדות חקירה - למועבי"ט יש סמכות להקים וועדת חקירה מצומצמת בנושאים של סכסוכים שונים (כמו וועדת גולדסטון או וועדת שאבאס-דייויס). ישנו פער בין הזכות שניתנת לגופים ובין המציאות: אף אחד מהמשתתפים בוועדה לא ישראלי ולא מבין מה מתרחש במציאות במדינה. הלחץ והביקורת הבינ"ל מביא למאמצים של מדינות לאכוף זכויות אדם, כאשר בהשוואה לתקופות עבר, קשה להפר זכויות אדם בסוד.
- גם אנשים תושבים יכולים להעיד בפני וועדות אלה ולא רק דיפלומטים, והמשב"ל נותן להם זכות להשמיע את קולם בוועדות החקירה. בעצם כך, המשב"ל ייצר שכבת הגנה נוספת לפרטים: ישנו גוף מעל המדינה שבדק את זכויות האדם.
3. וועדות המומחים שהוקמו מכוח אמנות treaty monitoring bodies (המכילה את הוועדה לזכויות אדם).
וועדות לזכויות אדם:
 וועדות מומחים שהוקמו מכוח אמנות ז"א הפרטניות.
 ארבע סמכויות עיקריות:
 1. מנגנון הדיווח - concluding observations. כל 4 שנים, יש פרסום מסקנות בעקבות דוחות תקופתיים. לאחר הוועדה המדינה תוציא דו"ח מסקנות מסכמות. הוועדה מקבלת מידע מדו"ח של NGO's, מכיון שהתפיסה היא שארגונים אלה מכירים את השטח מקרוב ויאמרו את האמת המקיפה. מגישים דו"ח צללים לאותן מדינות לפני ההופעה.
 2. חיבור הערות כלליות פרשניות - general comments. משפט לא מחייב, soft law. אחת למספר שנים, הוועדות מפרסמות הערה פרשנית על סעיף מסוים באמנה מכיון שסעיפים אלה הם מאוד כלליים (כמו הזכות לחיים). הערה יכולה להגיע לעשרות עמודים לאחר ישיבה של מספר שנים, והמסמך מפרט את הזכות הלא מובנת.
 3. מנגנון התלונות הפרטני - ישראל אינה חברה בפרוטוקול.
 4. מנגנון תלונות בין מדינות - CERD באמנת CERD נגד אפליה גזעית, מעולם לא הוגשה תלונה בין מדינות לגבי אמנה זו, עד שהפלסטינים הגישו לאחרונה תלונה על ישראל שצפויה להופיע בפני וועדת CERD.

אתגרים במנגנוני זכויות אדם:

- אין סמכות מחייבת
- מציאת ממצאים אובייקטיביים בדוקים - בהופעה לפני וועדת CEDAW, התקבל דו"ח של ארגון האבות הגרושים ובו צוין שמאות גברים בשנה מתאבדים עקב גירושים. מידע זה היה מזויף, ודבר זה מראה על כך שלוועדה אין כלים טובים מספיק כדי לראות מה אובייקטיבי ומה לא.
- חוסר במנגנוני אכיפה
- לגבי חלק מהגופים לעיתים קיימת בעיה של תדמית פוליטית ובלתי אמינה - לארגונים רבים יש תדמית זו.

- אפקטיביות - הוועדה המורכבת דנה בדו"חות גם על בסיס מידע שמקבלת מגורמים חיצוניים. אף מדינה לא רוצה להיות בעלת מוניטין רע, ולכן היא תנהג בהתאם. למשל, באירלנד אסור להפיל, וכאשר אישה מתאשפזת לאחר שעשתה הפלה בלונדון לא הסכימו לטפל בה באירלנד - ישנה הפרה של הזכות לשוויון.
- תמריצים - הדיאלוג בין המדינה לוועדה, כמו גם ההדד התקשורתי, יוצר לח. פוליטי על המדינה להראות שיפור מגמתי בנקודות עליהן קיבלה ביקורת בכדי לשמור על תדמיתה בקרב הקהילה הבינ"ל.
- גוף מקצועי קבוע - מאפשר לבחון התקדמות תקופתית, העלאת הנושא לתודעה.

דוגמאות ליישום ההמלצות במישור הלאומי:

- הקמת צוות יישום מסקנות (2011)
- חקיקה - העלאת גיל הנישואים מ-17 ל-18 בשנת 2013, החמרת העונש בעבירת זנות קטינים (דין לקוחו של קטין מ-3 ל-5 שנים).
- יישום בבג"צ - בג"צ קו לעובד - ביטול נוהל עובדת זרה בהיריון, שבו עובדת זרה שנכנסת להיריון הייתה מגורשת מהארץ. מאשכרים את המסקנות של ועדת CEDAW הקוראות לישראל לבטל נוהל מסוג זה, וכן נסמכים על הערות פרשניות 21 ו-26 של הוועדה.
- הסדרת עבירת עינויים בחוק הישראלי לאור ועדת CAT

מאפייני זכויות האדם:

- אוניברסליות - לא חל רק על אזרחי המדינה.
- טבעיות - ניתנות לאדם מעצם היותו אדם.
- Erga Omnes - חלק מזכויות האדם נתפסות כזכויות כלפי כל העולם, towards all - כלומר גם אם גורם מסוים לא מעורב בהפרה של זכות אדם, הוא יכול להקים זכות תביעה כלפי אותה מדינה שהפרה זכות אדם. לדוגמה, בעקבות המצב בקרים - נטען כנגד רוסיה שכבשה באופן לא חוקי והפרה זכויות אדם ולכן מועבי"ט הטילה סנקציות על רוסיה.
- חוק הסנקציות בארה"ב אוסר על כל גורם אמריקאי להיכנס להסכם עסקי עם גורמים רוסים.
- סודן 2006 - החלטה של מועבי"ט על הטלת סנקציות על סודן.
- פרשת מפעלי הגרירה בברצלונה - ICJ מצוין מספר זכויות שנחשבות erga omne: תוקפנות, ג'נוסייד, איסור על עבדות, הפליה גזעית, וכיום גם עינויים.
- קוגנטיות
- יחסיות - לעתים לא ניתן לתת את הזכויות במלואן.

זכויות אדם בשעת חירום:

לעומת דינים אחרים, דיני זכויות אדם נועדו לחול בכל מצב (גם בשלום וגם במלחמה), ולכן הכרה והבנה על כך שבזמנים מסוימים כמו מלחמה לא ניתן לקיים את זכויות האדם במלואן
סעיף 4 לאמנת ICCPR לזכויות אזרחיות ומדיניות - רק כאשר המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה (כמו מהומות וכו').

מדינה הנמצאת בשעת חירום יכולה לגרוע מהזכויות שבאמנה בשעת חירום וזאת ב-3 תנאים:

1. המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה
2. המדינה הכריזה על שעת חירום
3. המדינה הודיעה על מצב זה למזכ"ל האו"ם.

שעת חירום כללית המאיימת על האומה - **נמצא במודל**.

ההכרזה על מצב חירום צריכה להיעשות ע"י מזכ"ל האו"ם.

היקף הסטייה המותרת בגריעה מזכויות אדם כפופה למגבלות הבאות:

1. האמצעים צריכים להיות נחוצים ומידתיים
2. המדינה אינה מפרה התחייבויות בין לאומיות אחרות
3. האמצעים בהם המדינה נוקטת לא יעברו אפליה על בסיס גזע, צבע, מין לשון או מוצא חברתי.

ס'9 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות - עלתתה טענה שמעצר מנהלי סותר אותו. ישראל הגיבה שמיום היווסדה היא נמצאת במצב חירום, ולכן היא הגישה הצהרה בעת ההצטרפות שלה לאמנת ICCPR, שבה כתבה כי היא נמצאת במצב חירום ואם יהיו טענות תחת סעיף זה- הדבר חוסה תחת הגריעה הלגיטימית שלה מתוקף מצב חירום.

ס'4ב לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות - זכויות שלא ניתן לגרוע מהן גם במצב חירום:

1. הזכות לחיים
2. האיסור על עינויים, יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים
3. האיסור על עבדות
4. איסור מאסר בשל הפרת התחייבות חוזית
5. איסור ענישה פלילית רטרואקטיבית
6. הזכות להיחשב כבעל אישיות משפטית
7. חופש המחשבה המצפון והדת

זכויות אלה הן erga omne ויטודיות מאוד, ולכן אין לחרוג מהם בשום מצב. לדוגמה, לא ניקח עבדים בשעת חירום.

תחולת אמנות זכויות האדם:

המסגרת הנורמטיבית

ס'2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע כי כל מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוט את הזכויות שהוכרו באמנה זו.

שאלה: האם 2 תנאים אלה הם יחידים או מצטברים?

תשובה: התנאים הם חלופיים.

הקשר לשטחי איו"ש- העמדה המסורתית של ישראל היא שתנאים אלה הם מצטברים (כלומר שדיני זכויות האדם לדעתה של מדינת ישראל חלים אך ורק בתחומה).

- הוועדה לזכויות אדם - קבעה כי התנאים חלופיים, וכאשר מדובר בשטחים בדר"כ נציג של הצבא יענה.
- ה-ICJ - קבע כי התחולה היא במקביל וההיקף נקבע לפי lex specialis.
- ועדת טירקל - שהוקמה בעקבות אירועי המשט. קבעה כמו ה-ICJ כי מערכות הדינים משלימות, מכיוון שעקרונות רבים אלה הם גם כך משותפים לשאר המדינות.

מנגנוני אכיפה:

סנקציות מועצת הבטחון

- מנגנוני האכיפה ברמה האזורית - עם הזמן הוקמו בתי דין איזוריים לזכויות אדם (האינטר אמריקאי, האפריקאי, והמוביל הוא האירופי לזכויות אדם). קל יותר למדינות מאותו איזור/תרבות קרובה להישפט בבית משפט בעל סוגיות דומות, מכיוון שיש להם אינטרסים משותפים לאכוף ולהגיע להסכמה משותפת מכיוון שהדבר מתבצע בשטחים סמוכים.

- פס"ד הרעלה בצרפת:** איסור להסתובב עם רעלה בשטחים ציבוריים. בביה"ד האירופי לזכויות אדם, התגלעה מחלוקת בין השקפתו של ביה"ד לזכויות אדם לבין הוועדה לזכויות אדם (שהתנגדה לכך). דבר זה מראה עימות בין מנגנון אזרחי לגלובלי.
- מנגנונים ברמה הגלובלית - למשל תביעה בעקבות אירועי סברא ושתילה בבולגיה ולא בישראל. ישראל קידמה זאת באמצעות משפט אייכמן.
 - ICJ
 - התחזקות המשב"ל הפלילי - העמדה לדין של פרטים ולא רק של אנשים. לכן, אמנות רבות שנכנסו לאמנת רומא נכנסו למשב"ל הפלילי.
 - הרחבת תפקידם של פרטים
 - רצון של מדינות לשמור על המוניטין שלהן - התחזקות מעמדה של דעת הקהל העולמית
 - מנגנונים נוספים

הקשר בין ענף המשב"ל הפלילי לדיני זכויות האדם/משב"ל הומניטרי

- הערכים המוגנים הם אותם ערכים: במשב"ל הפלילי ובדיני הזכויות האדם מנסים להגן על אותם ערכים: המשב"ל הפלילי מנסה לאכוף על פרטים את הערכים בעוד דיני זכויות האדם אוכף על מדינות. זוהי מערכת נורמטיבית משלימה המספקת מנגנוני אכיפה כנגד מבצעי ההפרות עצמם (ולא נגד המדינות). המשב"ל הפלילי הוא מנגנון משלים המטפל באנשים עצמם שבשם המדינות מפרים זכויות אדם.
- המשב"ל הפלילי מהווה מנגנון נוסף של הגנה על המשפט המדינתי: סיפוק הגנה נוספת לזכויות אדם מעבר לזו הקיימת במישור הפנים מדינתי.
- לדוגמה, כאשר לא אכפו ביוגוסלביה את פשעיו של מילוסוביץ' - ICTY דאג לאכוף.
- חובות כלפי כולי עלמא - erga omnes: ישנם כללים המנציחים חובות כלפי כולם. כשמדינה או פרטים מסוימים מבצעים פשעי מלחמה, קמה זכות לכל שאר המדינות בעולם לאכוף את הדין על הפושעים גם במידה ואין להם קשר לפשעי המלחמה.

המשב"ל הפלילי הוא ענף ותיק שהתפתח מהמאה ה-17 וה-18, התרחב במאה ה-19 לסוחרי עבדים, אך ההתפתחות הדרמטית קורית בעיקר לאחר מלחמה"ע השניה" ממחצית המאה ה-20: דבר זה הואץ בעיקר בשנות ה-90 שבה הייתה צמיחה עצומה במספר מנגנוני ההגנה, התפרקות ברית המועצות וסיום המלחמה הקרה.

בין המוסדות שהוקמו היום גם ביה"ד בנירנברג ועד ל-ICC.

Impunity - מצב שבו אנשים מבצעים פשעים נגד האנושות כאשר הם לא עומדים לדין. מונח זה דורש שגם אותם אנשים ישאו באחריות פלילית.

נחלק את הדיון לשני חלקים:

העבירות הכלולות במשב"ל הפלילי:

- עד 1945 העבירות שנחשבו היו שוד ים וסחר בעבדים.
- חוקת לונדון 1945 - נקבעו שלוש מעבירות היסוד במשב"ל הפלילי שעליהם מעמידים לדין בנירנברג:
 - פשעי מלחמה
 - פשעים נגד השלום (פשע התוקפנות)
 - פשעים נגד האנושות

על 3 פשעים אלה ישנה סמכות שיפוט בינ"ל. חלק מהאנשים בנירנברג הועמדו לדין על פשעי מלחמה. הם הועמדו לדין גם על הפרת העבירות הנ"ל, וגם על ההפרה של אמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה 1929 ותקנות האג 1907.

- ההתפתחות המשמעותית הייתה באמנות ג'נבה 1949 לאחר נירנברג, שבהן נטבע המושג grave breaches- עבירות חמורות. בסוף האמנה ישנו סעיף שמראה הפרות חמורות של אמנת ג'נבה וביחס אליהן תצמח סמכות שיפוט אוניברסלית לכל מדינות העולם. מעשים אלה הם: רצח, עינויים, גירוש, מעצר לא חוקי, גיוס בכפייה של אזרח אויב, מניעת הליך משפטי הוגן, לקיחת בני ערובה, ופגיעה נרחבת ברכוש ללא הצדקה צבאית.
 - בפרוטוקול הראשון 1977 לג'נבה הורחבה הרשימה: תקיפת יעדים באופן העשוי לגרום לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת לאוכלוסיה אזרחית, העברת אוכלוסיה לשטח כבוש (זוהי הסיבה שישראל אינה צד לפרוטוקול מכיוון שיש הרואים בהתנחלויות התיישבות זו כפשע מלחמה), אפרטהייד, ופגיעה מכוונת במבני תרבות או דת.
 - הקודיפיקציה העדכנית ביותר נמצאת בסעיף 8 לחוקת רומא: מכוח אמנה זו הוקם ביה"ד הבינ"ל הפלילי (ICC). מחשיבים לפשע מלחמה:
 - העברת אוכלוסיה לשטח כבוש (במישרין או בעקיפין);
 - פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום
 - שימוש כוזב בסמלי או"ם או בדגל לבן
 - ביזה
 - שימוש בכלי נשק אסורים (גזים רעילים, קליעים מתרחבים או נשק בלתי הומני אחר).
 - אונס ועבירות מין
 - שימוש במגנים אנושיים
 - הרעבת אזרחים
 - גיוס קטינים (מתחת לגיל 15)
 - אחד מהפשעים העיקריים שנקבעו בחוקת לונדון ונשפטו במשפטי נירנברג היו הפשעים נגד השלום: תכנון והשתתפות תוקפנית. כלומר, לגרמניה הנאצית לא הייתה זכות לצאת נגד המלחמה. עבירה זו הייתה שנויה במחלוקת- היא הייתה בעלת אופי פוליטי וסובייקטיבי. הוחלט כי עבירה זו תהיה אחת מ-4 העבירות שלביה"ד הפלילי יש סמכות לגביהם בנוסף ל-3 עבירות היסוד.
- הייתה בעיה בהגדרה של המונח "פשע תוקפנות", ולכן סעיף 5 קבע כי לביה"ד לא תהיה סמכות שיפוט לגבי פשע תוקפנות עד שלא יגיעו להסכמה לגבי המונח.
- ב-2010 גובשה החלטה בחוקת רומא: נקבע שההגדרה לא תחול עד 2017, וגם אז רק אחרי ש-30 מדינות לפחות יכפיפו את עצמן להגדרה ויאשרו אותה. דבר זה קורה והחל מה-17.7.18 ל-ICC יש סמכות ביחס לעבירת התוקפנות, אך רק ביחס למדינות שאישרו את ההגדרה והצטרפו אליה. התחולה היא לא ביחס לכל המדינות החברות ב-ICC אלא רק לחברות שאישרו את ההגדרה עצמה.

פשע תוקפנות- הגדרה: תכנון, הכנה והוצל"פ של מעשה של תוקפנות.

שימוש בכוח ע"י מדינה כנגד הריבונות, השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת, או בכל צורה אחרת שאינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו"ם.

חידוש נוסף בחוקת לונדון- פשעים נגד האנושות: הענשת הנאצים בגין פשעים כנגד אזרחים גרמניים. פשעים נגד האנושות נתפסו כנגד אזרחי האויב, אך רצו לכונן גם פשעים כנגד אזרחי אותו צד.

פשע זה נמצא בס'7 לחוקת רומא:

1. פשעים חמורים (רצח, אונס, גירוש, עינויים, העלמת בני אדם, אפרטהייד וכו')
2. המתבצעים ביוזעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת (לא רצח אפיזודי)
3. המכוונת כלפי אוכלוסיה אזרחית

בניגוד לפשעי מלחמה שמתבצעים רק בזמן מלחמה, פשעים נגד האנושות יכולים להתבצע גם בזמן שלום ולא רק בזמן מלחמה.

נוצרה באמנת הג'נוסייד 1948 ומגדירה רצח עם.
פשע זה נמצא בס'6 לחוקת רומא (ה-ICC):

1. פשעים חמורים (רצח, פגיעה גופנית או נפשית, יצירת תנאי מחיה בלתי אנושיים, מניעת לידות, הוצאת ילדים מחזקת משפחותיהם)
2. מתוך כוונה להשמיד באופן כולל או חלקי
3. קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית
- 4 העבירות של ICC ישנה סמכות שיפוט עליהן:

1. ג'נוסייד
2. פשעי מלחמה
3. פשעים נגד האנושות
4. פשע התוקפנות (נגד השלום)

עבירות נוספות של ICC אין סמכות שיפוט עליהן אך הן מוגדרות כפשעים בינ"ל:

- עיניים
- עבירות מכוח אמנות נוספות;
 - האמנה למניעת חטיפת מטוסים 1970
 - האמנה נגד לקיחת בני ערובה 1979
 - האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים 1988
 - האמנה למניעת פיצוץ טרור 1997
 - האמנה למניעת מימון הטרור 1999
 - פרוטוקול הסחר בבני אדם 2001

לכן, אין אפשרות להעמיד לדין על טרור למשל; נצטרך למצוא עבירה אחרת של אותם מחבלים נגד האנושות שיכולה להישפט בפני ה-ICC.

שני מסלולי אכיפה אפשריים של המשב"ל הפלילי:

1. מדינות - אכיפה ע"י מדינה באמצעות הדין הפלילי המדינתי שלה.
סמכות ההעמדה לדין של מדינה היא באמצעות זיקה: ביחס לעבירות שיש להן זיקה פרסונאלית/טריטוריאלית למדינה.
לעתים, המשב"ל יכול לחייב מדינה לאמץ חקיקה האוסרת התנהגות מסוימת ולהעמיד לדין. למשל:
 - הפרוטוקול לאיסור על סחר בבני אדם 2001 - קבעה כי כל המדינות חייבות להכליל את פשע העיניים בספר החוקים שלהן.
 - האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים 1988
- סמכות שיפוט אוניברסלית - מעמידה לכל מדינה (גם אחת שאין לה זיקה כלל לפשע) את היכולת להעמיד לדין פושעים בינ"ל בבתי הדין שלה. דבר זה מוקנה למדינות ביחס לכל העבירות המנהגיות (כמו סחר בעבדים, עיניים וכו' - עבירות שעוברות על מוסר אוניברסלי שיש לאכוף בכל העולם).
לדוגמה, חיסול סלאח שחאדה נלקח לשיפוט מכוח סמכות השיפוט האוניברסלית.
סמכות ביחס לעבירות הסכמיות רק בידי המדינות שהתקשרו בהסכם. דבר זה הוא ביחס לעבירות שהן אינן מנהגיות, ומאפשר רק למדינות שהן צדדים לאמנה לשפוט בבתי הדין שלהם פושעים בינ"ל.

יתרונות לסמכות שיפוט אוניברסלית	חסרונות לסמכות שיפוט אוניברסלית
• <u>מניעת התחמקות עבריינים מהדין</u> (הרתעה, צדק, מניעה) • <u>חיזוק האופי האוניברסלי של זכויות האדם</u>	• <u>חוסר אחידות ביישום המשב"ל</u> - בפועל, העמדה לדין על פשעי מלחמה במדינות אחרות בקושי ממומש; אכיפה סלקטיבית של המשב"ל • <u>חשש לפוליטיזציה</u> • <u>ריבוי הליכים נגד חשודים</u> • <u>יכולת מוגבלת לבחון ההשלכות הפוליטיות של ההליך</u> (למשל פגיעה בתהליכים פיוס פנימיים) • <u>בפועל מדינות אינן ששות להעמיד לדון ע"ב סמכות אוניברסלית</u> (הוצאות הרעת יחסית וכו').

2. בתי דין בינ"ל - במידה והמדינות לא יאכפו פשעים בינ"ל, לשם כך קיימים בתי הדין הבינ"ל. מספר סוגים:

- בתי דין אד הוקיים - לצורך מדינה/סיטואציה מסוימת. לאחר מלחה"ע השניה הוקמו בתי הדין של נירנברג וטוקיו.
- בשנות ה-90 מועבי"ט הקימה תחת פרק 7 את בתי הדין הבאים בעקבות פשעי מלחמה ונגד האנושות: ICTY (מלחמת יוגוסלביה) ו-ICTR (המלחמות ברואנדה בין הטוצי וההוטו). בהקמת בתי דין אלה לא היה בי"ד קבוע.
- בתי דין מעורבים: בתי דין היברידיים. בעלי אלמנטים גם מדינתיים וגם בינ"ל. למשל, בכס השיפוט ישבו גם שופטים בינ"ל וגם שופטים מקומיים, והדין יהיה משולב.

יתרונות בבתי דין אד הוק/מעורבים	חסרונות בבתי דין אד הוק/מעורבים
• <u>פרוצדורה אפקטיבית</u> - עיסוק בסיטואציה מסוימת כשהשופטים מחוקצעים בנוגע לסיטואציה • <u>מסר של מאבק בפשעים בינ"ל</u> • <u>תרומה לפיתוח המשב"ל הפלילי בכלל ודיני הלחימה בפרט</u>	• <u>התמקדות במדינות מסוימות</u> - צדק סלקטיבי; לדוגמה התמקדות ביוגוסלביה ולא בסוריה • <u>טיפול רטרואקטיבי בהפרות</u> - אין הרתעה בזמן אמת. הדין ממוצה אך לא מרתיעים מלכתחילה את הפושעים הבינ"ל • <u>עלות אדירה</u> - 170-180 משפטים שהעלות שלהם מסתכמת במיליארדים ע"ג 24 שנים לדוגמה ביוגוסלביה.

בעיקר חסרונות בתי הדין הובילו להקמתו של בי"ד בינ"ל קבוע; הם היו הקטליזטור לכינון חוקת רומא (חוקת ביה"ד) והקמת ה-ICC. נוסחה ב-1998 ונכנסה לתוקף לאחר אשרור ב-1.7.2002.

מושבו הוא בהונגלד, וחברות בו 123 מדינות (שחתמו ואשררו את חוקת רומא וכפופות לה, signatories). ישראל אמנם חתמה על חוקת רומא אך לבסוף שלחה הודעה למזכ"ל האו"ם יחד עם ארה"ב ומשכו את חתימתן (הביעו את העמדה שאין להן כוונה להצטרף) בגלל הסעיף של העברת האוכלוסיה לשטח כבוש.

בעצם החתימה המדינה מתחייבת שלא לפעול בניגוד לרוח האמנה, ולכן הן ביטלו את חתימתן לחלוטין כדי שיוכלו לפעול בניגוד לאמנה.

המצבים שביחס אליהם תקום סמכות שיפוט:

- (1) המדינה שבשטחה בוצעה העבירה - הינה צד לחוקה (state party) או נתנה הסכמה אד-הוק
- (2) מדינת האזרחות של הנאשם - הינה צד לחוקה או נתנה הסכמה לסמכות השיפוט של ביה"ד אד-הוק
- (3) אם מועבי"ט בפועלה תחת פרק 7 למגילת האו"ם מקנה לביה"ד סמכות נגד אדם/סיטואציה מסוימת, למשל בנוגע לבאשיר (נשיא סודן) שהעניקה סמכות לשפוט אותו.
- מועבי"ט יכולה להביא לכך שלביה"ד תהיה סמכות שיפוט ביחס למדינה שהיא עצמה לא הכפיפה עצמה לביה"ד.

יוזמה לפתיחת הליך יכולה לנבוע מ-3 גורמים:

- (1) התובע של ביה"ד - ביה"ד מורכב מבית דין של ערכאה רגילה וערכאת ערעור, כאשר לצידו פועל התובע של ביה"ד - שקובע מהם התיקים שיתנהלו מול ביה"ד.
- (2) המדינות החברות - יכולות גם ליזום הליך. בעת ניסוחה של אמנת רומא, חשבו שמדינה אחת שתנסה ליזום הליך יביא להתפתחות של self reference - הפניה עצמית. מדינות כמו קונגו שהיו בעיצומה של מלחמת אזרחים לא יכלו להעמיד לדין מכיוון שלא הייתה להן סמכות מסודרת; להן הן דרשו שביה"ד יעמיד לדין במקומן. במקרים אלה, ביה"ד אכן נטל את הסמכות מכיוון שקונגו הייתה מדינה חברה והייתה לביה"ד סמכות שיפוט.
- (3) מועבי"ט - יכולה להורות לתובע לפתוח בחקירה שתוביל לכתב אישום ולמשפט.

עקרון המשלימות - עקרון יסוד ב-ICC.

- (1) ס' 17 לחוקת רומא מבטא העדפה חדמ"ש להעמדה לדין על העמדה לדין על הפשעים המצויים בה ע"י מדינה שהיא בעלת זיקה לפשעים (מדינת הטריטוריה או מדינת האזרחות)
- (2) ביה"ד יטול סמכות כאשר מדינת הזיקה אינה רוצה (unwilling או אינה יכולה unable) לנהל באופן אמיתי את החקירה או את ההעמדה לדין.

פרשת המשט - פרשת המרמרה.

א"י קומורו - הדגל שלה התנוסס על הספינה שבה היה העימות. לאחר מכן התגלה שאוניה לא הייתה קומורית, אלא טורקית, כאשר כמה ימים לפני הדגל הוחלף כדי שיוכלו להעניק סמכות שיפוט לביה"ד (מכיוון שא"י קומורו הם צד לחוקת ביה"ד וטורקיה לא).

קומורו הגישה בקשה לדיון, מכיוון שנהרגו מספר אזרחים בודדים, התובעת החליטה שזהו לא מן הפשעים שביה"ד נועד לעסוק בהם וישנם פשעים חמורים יותר.

קומורו ערערה למוטב ביה"ד, והתובעת הסבירה כי זהו לא תיק חמור מכיוון שבחוקת רומא ישנו תנאי החומרה-gravity, וביה"ד מונחה לפעול במקרים החמורים ביותר ומקרה זה לא עומד בתנאי זה.

קומורו ערערה שוב בפני מוטב נוסף של ביה"ד - ולאחרונה נקבע שיש להחזיר את הנושא לדיון.

הבדיקה המקדמית בעניין Palestine - לאחר מבצע עופרת יצוקה ב-2009 שר המשפטים הפלסטיני פונה לביה"ד. הרשות הפלסטינית אינה צד לביה"ד, אך טענה כי היא נותנת סמכות אד-הוק ביחס לפשעים שבוצעו נגדם. תובע ביה"ד החליט כי הדבר לא מסמכותו לקבוע אם הרשות הפלסטינית היא מדינה או לא והבקשה נדחת.

לאחר שהרשות הפלסטינית קיבלה מעמד של מדינה שאינה חברה, היא חזרה לבקש - והצטרפה כמדינה חברה בחוקת רומא החל מה-1.4.18.

משמעות דבר זה הוא שמתקיימת בדיקה מקדמית של התובעת בביה"ד - היא מעניקה סמכות שיפוט רטרואקטיבית אך רק עד היום שבו החל לפעול ביה"ד (2002). סמכות השיפוט ניתנת מ-2014 (לאחר חטיפת 3 הנערים והתחלת מבצע צוק איתן), כאשר כיום התובעת עוסקת בפינוי כפרים, הריסת רכוש ללא צורך צבאי (הריסת בתי מחבלים), וההתיישבות הישראלית באיו"ש שנחשבת כפשע מלחמה (העברת אוכלוסיה של המעצמה הכובשת לשטח הכובש במישרין או בעקיפין).

פשעי מלחמה אלה מיוחסים לכאורה לישראל.

שאלה: אם ישראל אינה צד לביה"ד איך יכול להיות שבדיקה מקדמית זו שנוגעת בישראל נידונה בביה"ד?
תשובה: הטריטוריה שבה נידון העניין נמצא בטריטוריה של המדינה החברה (פלסטיין).

משפט בינלאומי מסחרי

לרוב משפט זה אינו בעל מלחמות. לאחרונה, המלחמה העיקרית שנידונה בנושא זה הייתה בין ארה"ב וסין. האיחוד האירופי מתנהל כלכלית כגוש אחד. ישנו מקום משמעותי לפוליטיקה בתחום זה (במיוחד פוליטיקות פנימיות ובינ"ל).

ענף זה הוא כחלק מענף גדול יותר- משב"ל כלכלי. חברות רב יבשתיות הן שחקן עיקרי (כמו חברות תרופות או טכנולוגיה).

ענף זה מכסה:

- התנהלות מדיניות ריבוניות ביחסים הכלכליים הבינ"ל
- התנהלות שחקנים פרטיים המעורבים בטרנזקציות כלכליות חוצות גבולות (לדוגמה חברה שהיא שחקן פרטי המשקיעה במדינה (ריבונית)).

נובעים ממקורות משפטיים שונים, ביניהם: אמנות בילטרליות, אזוריות ומולטילטרליות.

עוסק במגוון נושאים: סחר בינ"ל, השקעות, פיתוח, אינטגרציה כלכלית אזורית, קניין רוחני, רגולציה פיננסית, מוניטירית וכו'.

WIPO - ארגון העוסק בקניין רוחני. מוסדר במשב"ל בצורה משמעותית מכיוון שבכל מקום הוא מוסדר בצורה שונה, ואם ההסדרה לא תהיה ברמה בינ"ל שתדרוש שת"פ בין מדינות- לא יהיה ניתן להגן על קניין רוחני.

תחום זה עולה בחשיבותו נוכח תהליכי הגלובליזציה.

סחר בינ"ל וחשיבותו:

מאפשר למשקים של מדינות להיפתח כלפי מדינות אחרות.

משק אוטרקי- נסמך רק על המשאבים והייצור שלו עצמו (לא רוכש תשומות מאחרים ולא מייצא תפוקות לאחרים), הוא מתבסס רק על מה שהמשאבים שלו מאפשרים לו. חשיבותו של סחר בינ"ל הוא לא לתפקד כמשקים אוטרקיים (מערכות סגורות המספקות את כל צרכיהן). משק כזה מגביל את התפתחות המשק.

לדוגמה- עיבוד יהלומים; ישנן מדינות עשירות ביהלומים באפריקה. ישנן מדינות שיוזעות לכרות את היהלומים ולמכור אותם בשוק החופשי. משק אוטרקי מאפשר למדינה הענייה באפריקה לחצוב את היהלומים אך מכיוון שאין לה את הטכנולוגיה להמשיך בייצור המוצר- היא מייצאת את חומר הגלם למדינה שיכולה להמשיך לעבד את המוצר ולהפיק את ערכו, ולמכור אותם. כלומר, הדבר מאפשר לכל המדינות לקחת חלק בשרשרת הייצור (לדוגמה, ישראל משתמשת בהון האנושי שלה ובטכנולוגיה שלה כדי לעבד יהלומים, בעוד לישראל אין יהלומים, ולאחר העיבוד- המדינה סוחרת ומייצאת את התפוקות העודפות של היהלומים לשאר העולם).

כלומר, סחר חופשי מאפשר בהיבט עולמי הקצאה יעילה יותר של גורמי ייצור: כוח עבודה והון (ניצול טוב יותר של המשאבים שלהן, לרכוש האחת מהשנייה חוסרים, לסחור האחת עם השנייה בתפוקות עודפות, ויתרון יחסי- עולם שבו מדינות יכולות לסחור האחת עם השנייה מאפשר לכל מדינה להתמקצע באותם תחומים שבה יש לה יתרון יחסי ובה היא טובה יותר מאחרות, מכיוון שהיא תתמקצע בתחומים שהיא טובה בהם בעוד את השאר תקנה מאחרות. (לדוגמה, ישראל תתמקצע בהייטק ותרכוש את השאר ממדינות אחרות).

תנאי למימוש יתרונות הסחר הבינ"ל הוא הסרה של החסמים לסחר (לדוגמה מכס, שהופך את המוצר המיובא ליקר יותר. לדוגמה, אם נעלה את המכסים על מוצרי חלב- אנחנו מגנים על תנובה. המשפט הבינ"ל מסדיר באיזה חסמי סחר ניתן לאמץ ואיזה הם אסורים (חוץ מחריגים).

חשיבות הסחר הבינ"ל היא אדירה במיוחד בגלל הגלובליזציה. בעולם שבו הון וסחורות יכולים לעבור בצורה נגישה מול מדינות, יהיה יותר סחר- העמקת הסחר הבינ"ל בעידן הגלובליזציה מתאפשר בעקבות מעבר יותר פשוט של מדינות, אנשים וסחורות.

דוגמת האיפון- מורכב מחלקים רבים ממדינות שונות, הדבר מתאפשר הודות למעבר מהיר של חלקים ברחבי העולם.

רקע היסטורי ל-GATT ול-WTO:

WTO- ארגון הסחר העולמי. החל לפעול ב-1.1.1995, בעוד שורשיו נמצאים בהסכם GATT (יסודה של מערכת הסחר המולטילטרלית, WTO).

הסכם GATT- ההסכם הכללי בדבר מכסים וסחר. חלק מהמבנה הכלכלי החדש של חלק מהמדינות המנצחות במלחמת העולם השנייה. הכוח המניע הייתה ארה"ב, והנמנעת הייתה בריה"מ. הסכם זה ניסה לבצע מספר דברים:

- למנוע הישנות של מלחה"ע נוספת- אחד הגורמים המשמעותיים שהביאו למלחה"ע השניה היה המצב הכלכלי שבו גרמניה הגיעה אליו בעקבות סנקציות שהוטלו עליה לאחר מלחה"ע הראשונה. נוסף על כך, היה המשבר הכלכלי של שנות ה-30 שגרם לכל מדינה להתרכז בתוך עצמה באופן שרק האינטרסים הכלכליים שלה היו חשובים לה ולא שירת מדינות אחרות ואת האינטרס הכללי, ודחף אותן למלחמה. הסכם זה רצה ליצור שת"פ משמעותי כדי לגרום לתלות של המדינות אחת בשניה, שיביא להיסוס לפני היציאה למלחמה הבאה.
- הסכם זה דומה לפילוסופיית האיחוד של האיחוד האירופי, שנוצר ב-1952 כתוצאה מאמנת הפחם והפלדה- 6 מדינות שהיוו את הגרעין עשו אמנה לגבי סחר בשיתוף בפחם ופלדה שיצרו נשק, ולכן הרציונל של שתי האמנות דומה (שת"פ בתחומים כלכליים כדי ליצור תלות שתקשה על יציאה למלחמה).
- נוצר גם על רקע דומיננטיות מודל כלכלת השוק
- ביטא את הרצון להוות חלופה לגוש הקומוניסטי

הרעיון המנחה- יצירת תלות בין אינטגרציה כלכלית ופוליטית > מניעת מדיניות כלכלית בינ"ל הרסנית > תנאים טובים יותר ליציבות פוליטית (בניגוד למדיניות האגריסיבית לפני מלחה"ע ה-2).

הסכם זה הניח מסגרת כללים בנוגע לסחר בטובין:

הסדיר את הסחר בין המדינות ע"י:

ליברליזציה הדרגתית של הסחר- למשל הורדה הדרגתית של מכסים, ביטול מדיניות פרוטקציוניסטית (סובסידיות), ופתיחת שווקים והפחתת עלויות- שתביא לרווחה כלכלית (פתיחת השווקים בין המדינות). המכסים ירדו בצורה משמעותית והביאו להפחתת עלויות (תהליכים שקרו במערכת הסחר המולטילטרלית שגרמו להורדה מסיבית של מוצרי טכנולוגיה למשל).

מערכת Bretton Woods:

ביוני 1944 לפני סיום מלחה"ע השניה, ארה"ב קיימה פסגת ענק במקום הנ"ל והזמינה אליו עשרות מדינות (שהיו בעלות בריתה) כדי לנסות לגבש את הסדר הכלכלי העולמי בסיום מלחה"ע השניה. הן חוללו את הסדר Bretton woods, שבו 3 יסודות:

1. הבנק העולמי- ארגון בינ"ל שנועד לעזור למדינות מתפתחות לעבור פיתוח כלכלי בכך שהוא מאפשר הלוואות, אשראי, את הכסף ואת הידע לעבור התפתחות כלכלית.
2. קרן המטבע העולמית- המטה שלו יושב בווישינגטון, בעוד קרן זו עושה רגולציה מוניטרית, מפקחת על המטבע, ומעמידה הלוואות לרשות מדינות.

3. ארגון הסחר הבינ"ל ITO - המדינות רצו להקים ארגון סחר בינ"ל נוסף, כאשר ב-1948 התקיים מו"מ אינטנסיבי וגובשה חוקת ה-ITO, במקביל למו"מ על הסכם GATT. המדינות רצו ש-GATT ייטמע לתוך ה-ITO, אך בארה"ב יש צורך באישור:

- גם של הנשיא
- גם של הקונגרס

הנשיא אמנם אישר את חוקת ה-ITO, אך לא אושרר ע"י הקונגרס (מכיוון שהיה תקדימי מדי). דבר זה הביא לשאר המדינות גם לא לאשרר את האמנה, ולכן בעוד הבנק העולמי וקרן המטבע כן הוקמו, ה-ITO לא הוקם.

דבר זה השאיר אותנו רק עם הסכם GATT שנכנס לתוקף בינואר 1948; הוא מוזר מכיוון שהוא נמצא ללא גיבוי מוסדי פורמלי. למרות זאת, עד שנת 94 ההסכם תפקד כארגון דה-פקטו והיה נחשב למוצלח. מאמצע שנות ה-80 יחסי הסחר בין המדינות הועמקו ומספר החברות ב-GATT גדל, דבר שהקשה על ניהולו. כאשר הגיעו ל-123 מדינות - היה צורך בהקמת מעטפת מוסדית ומערכת יישוב סכסוכים סדורה. על רקע קשיים אלה, התנהל סבב אורוגוואי (1994), שבסופו הוקם ה-WTO, שהטמיע את ה-GATT לתוכו. ה-WTO - חברות בו 164 מדינות, והוא בעל שורה ארוכה של הסכמים תוך הרחבה מערכת הסחר לתחומים חדשים:

- The agreement establishing the WTO
- GATT - general agreement on tariffs and trade
- GATS - general agreement on trade in services
- TRIPS - trade related aspects of intellectual property, קניין רוחני חשוב במיוחד בתחום הרפואה. דבר זה מקשה על מדינות עולם שלישי שלא יכולות לרכוש את התרופות במחיר מלא ולכן ישנם ארגונים המזייפים את התרופות כדי שיוכלו לקנות אותן במחיר מוזל וכך להציל חיים. הסכם זה מנע זיופים בקניין רוחני של תרופות.
- WTO agreement on subsidies - מתן סובסידיות נעשה ע"מ לעודד תוצרת מקומית ועיוות התחרות; סובסידיה מאפשרת לנו להשתתף בעלות החקלאי, לאפשר לו למכור בזול יותר ולהיות יותר תחרותי.
- Dispute settlement understanding (DSU) - הסכם העוסק ביישוב סכסוכים.

וכו'.

תוצאות סבב אורוגוואי:

- מערכת יישוב הסכסוכים:
 - סמכות שיפוט מחייבת
 - פאנלים אד הוק - ערכאת ערעור קבועה, Appellate Body.
 - אפשרות להטלת סנקציות סחר כנגד מדינה מפרה - במידה והמדינה לא מצייתת, ניתן לה פרק זמן של 15 חודשים (לשינוי החקיקה הפנימית), כאשר במהלך המדינה יכולה לקבל באופן אוטומטי את הזכות לנקוט בסנקציות סחר כלפי המדינה המפסידה עד שתציית.
- Single Undertaking - בעת הקמת ה-WTO, הדבר מהווה מעין take it or leave it; כל מדינה שרצתה להיות חלק מארגון הסחר העולמי הייתה צריכה לאמץ את כל האמנות, ולכן למשל מדינות מתפתחות היו צריכות להסכים לאמנת הקניין הרוחני.

עקרונות וכללי היסוד של WTO/GATT:

- האידיאולוגיה בבסיס הארגון היא ליברלית - העלאת הרווחה בעולם.
- הפחתה של מכסים וחסמים אחרים לסחר - ע"י שני אפיקים:

(1) ביטול היחס המפלה בסחר הבינ"ל -

שני עקרונות יסוד של אי אפליה:

- MFL - עקרון המדינה המועדפת - Most Favored Nation - לפי עקרון זה, ברגע שמדינה נכנסה ל-WTO היא חלק ממועדון שבו היא לא יכולה להפלות בין 163 החברות שלה,

ומחויבת לתת לכל אחת מהן את היחס שהיא נותנת למדינה המועדפת האהובה עליה. לדוגמה, ישראל מחויבת לתת יחס מועדף לכל המדינות כמו שתיתן לארה"ב. עקרון זה מאפשר דה-פוליטיזציה של הסחר הבינ"ל ותחרות יעילה יותר. **תיק הבנות** - סכסוך בן 20 שנה, שבו האיחוד האירופי נתן הטבת 20% מכס לקולוניות לשעבר שלה בקאריביים. דבר זה נתן הטבה למדינות מסוימות ולכן האיחוד האירופי הפסיד.



WTO איסור הפליה נחשב גם כאיסור הפליה בין מוצרים דומים ממדינה א ומדינה ב- לא מוצרים זהים, אלא דומים. הפסיקה מרחיבה ומפרשת מוצרים דומים כמוצרים מתחרים או חלופיים זה לזה.

ההכרעה תהיה ע"י כך שלפי הפסיקה, אם ההפרש עלול לגרום לחלק משמעותי באוכלוסיה לרכוש את המוצר האחד ולא את האחר בגלל הפרש המחיר הדבר ייחשב כמוצרים דומים.

חריג לעקרון MFN הוא הסכם סחר חופשי עם ארה"ב והאיחוד האירופי.

• **עקרון היחס הלאומי (National Treatment)** - למדינה חברה ב-WTO אסור להעדיף את עצמה על פני שותפות הסחר שלה. עקרון זה - ברגע שנכנסים מוצרים ממדינות אחרות ב-WTO אליהן לאחר ששולם עליהם המכס, הם זכאים בדיוק לאותו יחס שלו זכאים המוצרים המקומיים הדומים. כלומר, במידה ובאשראי מייצרים גמבות אך יש לייבא גם גמבות מטורקיה כי הייצור לא מספיק, לאחר תשלום המכס על הגמבות - הן זכאיות בדיוק לאותו יחס שלו זכאיות הגמבות הישראליות (לא ניתן להטיל עליהם היטלים, מיסים או מע"מ שונה). דבר זה אוסר הפליה לרעה על מוצרים חיצוניים. שני סלים של חסמים שמדינות נוטות להטיל:

1. **מיסוי פנימי מפלה** - מס על מוצרי צריכה שהופך אותם ליקרים יותר (כמו סיגריות, דלק או אלכוהול).

לדוגמה, במקרה שבו שר הכלכלה קובע שכל מוצר אלכוהול מתחת לאחוז 40% שנמכר בשוק הישראלי הוא בעל 50% מס קניה. במידה ואיטליה נפגעת מכך מכיוון שהמיסים על האלכוהול שמיוצר בה גבוה, גם בעקרון האפליה השני מדובר על אפליה בין מוצרים מקומיים ומיובאים דומים. יש להוכיח שהמוצרים דומים או חלופיים זה לזה.

2. **רגולציה פנימית מפלה** - לדוגמה **תיק התה**: בישראל בעבר היה תקן שלפיו היה ניתן למכור רק שקיקי תה שסגורים בפס מוזהב כמו של ויסוצקי, בעוד כל העולם ייצר שקיקי תה שסגורים בשדכן, דבר שגרם לאי הכנסה של תיונים מחו"ל, והביא לכך שוויסוצקי הרוויחה. הדבר שונה וכיום נכנסו חברות נוספות מחו"ל לשוק. כלומר, התקן מנע תחרות והבטיח את מעמדה של ויסוצקי; ברגע שבוטל התקן - התחרות גדלה.

תיק הסיגריות: הגיעה ל-WTO תביעה מאינדונזיה (יצרנית גדולה של טבק ובפרט סיגריות בטעם ציפורן), ואסרה על סיגריות בטעמים (שהפכו את העישון לאטרקטיבי לצעירים כיוון שהוא מונע את הטעם המר). ארה"ב אסרה על סיגריות בטעמים לרבות ציפורן המיוצרות באינדונזיה, אך משאירה לצד סיגריות טבק רגילות סיגריות בטעם מנטול - 25% מהאוכלוסייה בארה"ב מעשנת אותן. ארה"ב היא היצרנית הגדולה ביותר של סיגריות מנטול, ודבר זה גרם לאינדונזיה לטעון לאפליה כלפי הסיגריות שלה (שהן כל שאר הסיגריות). ארה"ב הפסידה בתיק מכיוון שהדבר נקבע כרגולציה מפלה.

(2) הפחתה של מכסים וחסמים אחרים לסחר -

שני חסמים עיקריים:

- **מכס** - מעין חיוב, היטל שיש לשלם בגין מוצר כדי שיקבל גישה לשוק של המדינה. נקרא WTO Border charge מכיוון שבמידה והוא לא ישולם בגבול, המוצר לא ייכנס לשוק. מתן גישה השוק תינתן רק במידה ומשלמים את הכסף בגין המוצר. מדינות מטילות חיוב משני רציונלים:

- הגנה על התעשייה המקומית- נתינת יתרון למוצרים המקומיים
- מקור הכנסה לאוצר המדינה

ככל שהמכס גבוה יותר, המוצר המיובא יהיה יקר יותר וכך קטנה הצריכה של המוצר המיובא כאשר המרוויח מכך הוא התעשייה המקומית (המתחרה), דבר שמביא לקידום התעשייה המקומית.

למרות שמכס הוא חסם סחר חופשי, WTO לא אוסר על מדינות להטיל מכסים: מכס הוא מותר משפטית ומהווה חסם סחר חוקי.

הוא מהווה דרך להפחתה הדרגתית של מכסים דרך משא ומתן; לכל מדינה ב-WTO יש טבלת מכסים שלא תהיה מוסכמת על כל השאר. כיום מכסים נמצאים במגמת ירידה.

שיעור המכס הממוצע במדינות מתועשות הוא 3.8%.

לאחרונה טראמפ החל להטיל מכסים על פלדה ואלומיניום כדי להחזיר את הכלכלה לארה"ב.

המדינות מחויבות לשיעור המכס הכתובים בטבלאות שלהן, ולכן הן לא יכולות להעלות אותם באופן חד צדדי. רק הורדה של המכס יכולה להתבצע מבלי ליידע.

- מגבלות כמותיות- הגבלה על כמות המוצר אותה ניתן לייבא או לייצא.

בישראל- איסור ייבוא בשר חזיר לישראל מהווה מגבלה כמותית מכיוון שגם 0 ייבוא הוא מספר, ולכן האיסור גם נחשב כמגבלה.

- לפי ס' 11 להסכם GATT ישנו איסור קטגורי מוחלט על מגבלות כמותיות.

גם אם מכס על מוצר הוא מופרז, עדיין לא מונעים את גישת השוק מהמוצר מכיוון שעדיין אפשר לשלם בעבורו.

באיסור ייבוא, המוצרים לא יכולים לקבל גישת שוק כלל גם אם רוצים לרכוש אותם, ולכן WTO לא רואה מגבלות כמותיות בעין יפה. הוא דורש שהגנה על סחורה מקומית מתחרויות יהיה באמצעות מכסים, אך לא באמצעות סגירה הרמטית.

לצד המגבלות הנ"ל, ב-WTO יש את סעיף 20 להסכם GATT- סעיף החריגים הכלליים:

מדינה שרוצה לסתור את דיני WTO תסתמך על סעיף זה במקרה של סכסוך- וישנו צורך לאזן בין אינטרסים של סחר חופשי לבין האינטרסים של המדינה.

ההסכם מכיר בכך שמדינות ריבוניות יכולות להעדיף ערכים אחרים במצבים מסוימים על פני הסחר הבינ"ל ומאפשר להן לחרוג מכך ממספר טעמים:

- הרישא- Chapeu: לפיו, אין דבר בהסכם GATT שבא למנוע ממדינות לאמץ אמצעים שמגבילים את הסחר לצורך אחת מהמטרות המפורטות מטה, כל עוד הדבר נעשה באופן שאינו מהווה אפליה בלתי מוצדקת בין מדינות או באופן שמהווה מגבלה מוסווית על הסחר הבינ"ל. כלומר, כל עוד המדינות עומדות בתנאים הספציפיים אין הגבלה.
- רשימת החריגים- רשימה סגורה של חריגים מ-1947, וביניהם:
 - (1) אמצעים מגבילי סחר שנועדו להגן על המוסר הציבורי
 - (2) אמצעים מגבילי סחר שנועדו להגן על הבריאות הציבורית של האדם, החיה או הצומח
 - (3) החריג המאפשר למדינות לאמץ אמצעים מגבילי סחר שנועדו לשמר או להגן על משאבי טבע מתכלים.
- סדר ניתוח החריגים:

במידה ומתקיים חריג, המדינה תפנה לסעיף 20 כהגנה.

מבחן דו שלבי: האם האמצעי המפר מוצדק עפ"י אחד החריגים הספציפיים הנ"ל?

האם האמצעי המפר עומד בתנאי הרישא?

ניתוח תחת סעיף 20 יתמקד ראשית באמצעי עצמו ולאחר מכן באופן יישום האמצעי.



תיק השרימפס - ארה"ב קובעת איסור ייבוא על מוצרי שרימפס שנדוגו באופן בלתי חוקי תוך פגיעה בצבי ים בסכנת הכחדה (דייג ע"י רשת).

ארה"ב קובעת רגולציה זו ואומרת שלא ניתן לייבא ולייצא שרימפס אלא אם כן המדינה שמייבאת שרימפס תוכיח כי היא דגה אותם בטכנולוגיות שלא פוגעות אגבית בצבי ים, כמו השיטות של ארה"ב. תאילנד ומלזיה מתקוממות מכיוון שהן טוענות שארה"ב הטילה מגבלה כמותית לפי סעיף 11, וארה"ב טוענת לסעיף 20 בתגובה - שמתקיים החריג שעניינו הגנה על משאבי טבע מתכלים.

ניתוח התיק:

מבחן ראשון - האם האמצעי המפר מוצדק ע"י אחד החריגים הספציפיים?

ערכאת הערעור ב-WTO קבעה כי יש לפרש את המילים "משאבי טבע מתכלים" לאור הדאגות של הקהילה הבינ"ל בשנות ה-2000 ולא בשנות ה-40, ולכן ע"מ להגן על מינים בסכנת הכחדה נקבע כי האמצעי האמריקאי להגנה על הצבים אכן מקיים את התנאי הראשון (מדובר באמצעי שנועד להגן על משאבי טבע מתכלים). סעיף זה כולל הן משאבים לא חיים והן משאבים חיים.

התנאי השני - האם החוק מלווה במגבלות דומות ברמה המקומית? כן, ארה"ב עוברת את החריג הראשון.

התנאי השני - האם האמצעי המפר עומד בתנאי הרישא?

מטרת הניתוח לפי ה-WTO היא להראות שהאמצעי מגביל הסחר אכן כנה ולא מנוצל לרעה. האם הרגולציה מיושמת באופן שמהווה אפליה בלתי מוצדקת או האם היא מהווה מגבלה מוסווית לסחר? ארה"ב נפלה במבחן זה, מכיוון שהיא הפלתה בין מדינות ששוררים בהן תנאים דומים בכך שהיא ניהלה מו"מ עם מדינות מסוימות ולא אחרות, ובנוסף סיפקה רק למדינות מסוימות סיוע טכני וכספי. כמו כן, ברגולציה נדרש בפועל מכל המדינות לאמץ בדיוק את אותה טכנולוגיה (דבר שלא התאפשר לכל המדינות להצטייד בדיוק באותה טכנולוגיה שארה"ב הכפיפה אליה). יתר על כן, ההליך היה מאוד לא שקוף ונעדר הליך הוגן מבלי הליך ערעור למדינות שקיבלו איסור סחר עם ארה"ב.

דברים אלה גרמו לשופטים ב-WTO להכריע שארה"ב לא עמדה בתנאי Chapeau, הרישא, ונקבע כי הדבר מהווה הפליה שרירותית ולא מוצדקת בין המדינות ששוררים בהן תנאים דומים. ארה"ב הפסידה בתיק ובפועל תיקנה את כל הסעיפים כתוצאה מכך.

המבחן - בספרים סגורים:

חלק ראשון - 3 מושגים מתוך 4 או 4 מתוך 5 (חלק נקודות בטוחות). יכול להיות שם של הסכם, סעיף שהזכרנו שצריך לכתוב לגביו מספר שורות עם הדברים המשמעותיים שיודעים עליו. 28 נקודות.
חלק שני - קיים ארוך מבין השניים ואחריו שאלות ממוקדות (יש לענות בדיוק על מה שהשאלות הממוקדות שואלות). לא קיים ששופכים עליו מידע אלא ישר ולעניין.
חלק שלישי - קיים קצר יותר עם שאלות באותו מבנה (ממוקדות).

הסילבוס יצורף למבחן (אמנות וכו').

3 שעות שאין צורך בכולן, בעיקר כדי לשכתב את התשובות ולנסח אותן יפה יותר.

בהצלחה!