1. **מבוא**

**סקירה היסטורית:**

* משב"ל התפתח מהרגע שנוצרה מדינה ויש הבחנה בין דין משב"ל לדין מדינתי.
* שלב 1: אמנות בין מדינות קיימות מזה אלפי שנים, בד"כ בנוגע לדיני לחימה ויחסים דיפלומטיים. לאחר מלחמת 30 השנה ב-1648, נסיכויות אירופאיות קובעות שלא יתערבו בתהליכים פנימיים אחת של השנייה. דיני הים גם נחקקו לאור כך – יחסים בין מדינות בנתיבי השיט במדינות אירופאיות.

אבי המשב"ל – הוגו גוטריוס (חי במאה ה-17, כתב את ספרו במלחמת ה-30) - האגדה אומרת שהוא התחיל את החילון של משב"ל כשכתב בספרו שאין אלוהים.

* שלב 2: **סוף המאה ה-18:** החילון כמעט הושלם, יש יחס חילוני למערכת המשפט שמפסיקה להיות 'משפט הטבע' [ציות לאלוהים] והופכת לעקרונות חילוניים- הסכמה בין מדינות (פוזיטיביזם). המהפכה התעשייתית מובילה להסדרת תחומים חדשים במשב"ל – **בקונגרס וינה** הוקם ארגון בינ"ל ראשון המפקח על שייט, ארגון שמפקח על סחר באירופה, נחתמת אמנת הדואר ראשונה. במאה ה-19 עד מלחמת העולם הראשונה – הומצאו כלי השמדה נוראיים למעט פצצת אטום, ולכן עשו אמנות בדיני לחימה.
* שלב 3: **המאה ה-20:** מלחמת העולם הראשונה – אירוע מכונן מבחינת ההשלכות:

1. **איבוד אמון** – נטען שהכל פוליטיקה ומושחת. לכן משפטנים התחילו בנישה של יחסים בינ"ל כדי להסדיר את ההתנהלות הבינ"ל, המשפט לבדו לא הספיק.
2. **הגדלת שת"פ** [מסקנה הפוכה] – נוצר שת"פ כדי למנוע מלחמות. מוקם חבר הלאומים, שלימים הפך לאו"ם עקב קריסת חבר הלאומים במלחמת העולם השנייה. כמו כן, מוקמים האיגוד האירופי, בנק לאומי, ארגון סחר בינ"ל – מדינות חיזקו קשרים בעקבות שתי המלחמות.

* שלב 4: **נפילת מסך הברזל** – שנות ה-90 של המאה ה-20, העידן הגלובלי מביא להסדרת תחומים נוספים במשב"ל.

כמו כן, המשב"ל משנה אופיו – התפיסה הקלאסית אמרה שזו מערכת של תיאום בין מדינות, ולא הכפפה, דהיינו מדינה יכולה לפרוש מאמנה (מודל כדורי ביליארד נפגשים שצריכים תיאום). אחרי מלחמת העולם השנייה, רוצים להעמיד לדין נאצים, וכטענת נגד אומרים שהמשב"ל פועל על המדינה ולא על היחידים שבתוכה, אך זה נדחה ומעמידים אותם לדין בנירנברג. המשב"ל חל על בני אדם שעומדים מאחורי המדינות (לפחות בתחומים מסוימים). המשב"ל פונה לבני אדם כך:

1. **הטלת סנקציה על אדם ולא רק על מדינה בתחומים מסוימים-** לדוגמא משב"ל פלילי שמטיל סנקציות על בני אדם.
2. **דאגה לזכויות של בני אדם ולא של מדינות** – לדוגמא דיני זכויות בינ"ל, דיני לחימה שמונעים מוות של אנשים, אמנות כלכליות.

* אם כן, המשב"ל קשה לתיאור כי יש חלקים שעדיין פועלים במודל הביליארד- "אתה תפר אז אני אפר", ויש תחומים שנראים אחרת, למשל- הטלות סנקציות על בני אדם ודאגה לזכויותיהם, ובנוסף: **כניסה של שחקנים בין לאומיים** - האו"ם, הבנק הבינ"ל, תחומים שמתנהלים ע"י מוסדות ממשלתיים (ולא מדינות) אשר מייצרים נורמות משלהם.
* **לכן לא מדויק להגיד שמשב"ל רק מסדיר יחסים בין מדינות. מדוע הוא מבולגן?**

1. מאחר והוא השתנה.
2. קצב השינוי שונה בתחומים שונים.

לדוג' – באיגוד האירופי אדם יכול להגיש תביעה על נזק כלכלי שמשמעותה סנקציה נגד מדינה. במשב"ל פלילי מוטלות סנקציות על בני אדם. וכאמור יש תחומים שנשארו בשיטה הקלאסית של תיאום בין מדינות.

* **ציות למשפט:** אוסטין (פוזיטיביזם מאה 19) מגדיר מערכת משפט כפקודת ריבון שלצידה סנקציה, משמע מצייתים מתוך פחד. אך במודל הביליארד הקלאסי של המשב"ל אמרנו שזה פועל בצורה של תיאום ולא הכפפה בין מדינות. לכן לדידו במקסימום זה כללי נימוס ולא משפט. למשל, ב-ICJ צריך שהמדינות יסכימו בכלל להתדיין מולו.
* **מדוע מצייתים לחוק המדינתי מעבר לסנקציות?** (הטיעון של אוסטין לא ממצה)

1. הרגל – בשני היבטים: א. לא מפקפקים בחוק. ב. הפנמת הנורמה שבחוק – הדין מעצב העדפות שלנו.
2. ניהול החברה – כדי שהחברה תוכל לתפקד ולהתנהל, לכן צריך כללים כדי שלא 'נתנגש' אחד בשני.
3. מוסר – רובנו מצייתים למשפט הטבע ולא רוצחים בגלל מוסריות.
4. הוגנות ואמון – הוגן שנשחק לפי כללי המשחק וכך נפתח יחסי אמון.

* **אז מדוע מצייתים למשב"ל?** אנקיןאומר שרוב המדינות מצייתות למשב"ל. הטיעון של אוסטין (פחד) אינו ממצה.

1. הפנמה - נורמות בינלאומיות נוצרות ולאחר מכן מטמיעים אותן בתוך נורמות המדינה.
2. יחסי גומלין ותיאום – שיקולים של תיאום ויחסי גומלין שיוצרים תמריץ להפנים נורמות.
3. מניע כלכלי – תאגידי ענק מעדיפים מדינות שמצייתות למשב"ל ולכללי המשחק, ומדינות מרוויחות מזה.
4. סנקציות – הסיבה של אוסטין, הסנקציות זה בהחלט היבט משמעותי למרות שזה תלוי בעוצמת הכוח של המדינה.
5. שיקולי מוסר – נורמות של משב"ל שהם כללי מוסר בסיסיים – המדינה לא רוצה לבצע פשעי מלחמה.
6. דעת הקהל – למדינות אכפת מה חושבים עליהן בעולם ויש לזה השלכות פוליטיות וכלכליות.

* **מדוע לא לציית למשב"ל?** (הלגיטימיות לכך נובעת מהטענה שאלו כללים פוליטיים, ומנגד טוענים שזה משפט לכל דבר)

1. הסנקציה לא וודאית או מרתיעה ולכן מדינה יכולה לפעול כרצונה.
2. שיקולי ביטחון וזהות לאומית.
3. דעת קהל פנימית שיכולה להשפיע על מהלך כנגד משב"ל.
4. המיקום של המדינה בהיררכיה הבינ"ל – ארה"ב למשל יכולה שלא לדפוק חשבון לאף אחד.

* ככל שהמשב"ל בעל זיקה ליותר ויותר תחומים – נוצרת דילמה האם לציית או לא. יש ערבוב של שיקולים פוליטיים – לפעמים נרגיש שזה לחץ לא הוגן, ולפעמים שזו נורמה של משפט.
* המרצה מציין שכל דעה לגבי משב"ל לגיטימית אבל אין לקבל דעות קיצונית – מצד אחד לא הכל מושחת ופוליטי, ובלי ערכים אוניברסליים לא היתה העמדה לדין של נאצים. מאידך ברור שהמשב"ל לא נקי מפוליטיקה.
* **עמדות קיצון לגבי המשב"ל:**

1. עמדה לפיה המשב"ל הוא אינטרסים ופוליטיקה – מאמר של אבי בקר: המרצה מציין שלא כל העולם רודף רק את ישראל והרבה מדינות כפופות למשב"ל הפומבי והפלילי. אבל ברור שיש משחקי אינטרסים ופוליטיקה.
2. עמדה לפיה במשב"ל יש בסיס מוסרי – ספר הגות של עמוס קינן: יש הנחה שדברים מתנהלים מתוך פוליטיקה אך בבסיס יש שיקולים מוסריים.

**2. מקורות המשב"ל**

* **מה הם המקורות למשב"ל? ניתן לחלק ל-3:**

1. מקורות ראשיים.
2. מקורות משניים [שמצוינים בס' 38 בחוקת ביה"ד הבינלאומי].
3. מקורות שעם השנים [בעשורים האחרונים] באופן פרקטי מהווים מקורות לנורמות של משפט בינלאומי.

**מקורות משניים:**

(בס' 38 בחוקת ביה"ד הבינלאומי)

* **עקרונות משפטיים כלליים:** עקרונות שקיימים במערכות משפט מדינתיות, ואם יש לאקונה במשב"ל, בהנחה שהעיקרון משותף לכל המדינות אפשר למלא את הלאקונה עפ"י עיקרון זה. ההבדל עם מנהג – במנהג המדינה פועלת בהתאם לנורמה במשפט הבינ"ל, ובעקרונות משפטיים כלליים כל מדינה פועלת בהתאם לדין המדינתי.
* **פסיקות של בתי דין בינלאומיים:** אין עיקרון של תקדים מחייב, ופס"ד בינ"ל מחייב את הצדדים לדיון בלבד, אך זה מהווה מקור משני כאשר יש לאקונה או שאלה פרשנית. ההשפעה של הפס"ד תלויה גם במוסד ממנו יוצא - ה-ICJ בהאג הינו ביה"ד לצדק הכי מוערך והפסיקה שלו נלקחת ברצינות. גם ביה"ד האירופי לזכויות אדם.
* **כתבי מלומדים** – בעבר היו דמויות ענק של המשב"ל כמו ברוטיוס ו-ואטל שהסתמכו על עמדותיהם. **מעמד חלש.**

**מקורות ראשיים (אמנות ומנהגים):**

אין היררכיה בין אמנה ומנהג – נורמה אחת לא גוברת על השנייה (מלבד עקרונות בסיסיים- ספציפי-כללי, מוקדם-מאוחר).

**אמנות:**

* **אמנת וינה ("אמנת האמנות")** מ-1969 מפרטת כללים לגבי אמנות. מרבית הסעיפים כאן הם מנהגיים ועל כן מחייבים את המדינה.
* **מה זו אמנה?**

1. הסכם בין הצדדים.
2. הסכם בינלאומי (ולא בין ראשי ממשלות כאנשים פרטיים).
3. נשלט ע"י המשב"ל. אם נקבע שיחול על אמנה דין מדינתי- זו לא אמנה בינ"ל.
4. הסכם בין מדינות (ארה"ב-ישראל) או מדינות וארגונים (ישראל או"ם). הסכם בין האו"ם לאיחוד האירופי- זו אמנה בינ"ל אבל לא חלה עליה אמנת וינה, אלא נורמות מהמשפט המנהגי בדיני אמנות (דומה לוינה).
5. ההסכם יהיה בכתב. אמנה יכולה להיות בע"פ אבל לא תחול על זה אמנת וינה אלא כללים מנהגיים שדומים לה (דוג': אסון הכרמל וההסכם בין רוה"מ לשוויץ בטלפון על ויתור במידה ויהיה נזק)
6. לא חייבת להיות מסמך אחד, אלא סדרה של מסמכים. אך זה מעט מאתגר כי לפעמים כל מסמך הוא אמנה נפרדת, ולפעמים יש בסיס של מסמך ראשון שכולם מסתמכים עליו- וזו אמנה אחת.
7. הכותרת שלה לא משנה – גם אם יקראו לה פרוטוקול או הצהרה או מסמך הבנות, **המבחן מהותי**. כאשר יש חילוקי דעות בוחנים את כוונת הצדדים והנסיבות. קאטר נ' בחריין – קראו לזה פרוטוקול וביה"ד קבע שזו אמנה לפי כוונת הצדדים.

* **3 סוגי מסמכים שיכולים לשאת את הכותרת 'הכרזה' – Declaration:**

1. אמנה: ייתכן שזו אמנה – נגלה שזה סוג המסמך לפי מבחן מהותי- כוונת הצדדים, הטקסט, נסיבות וכו'.
2. מסמך לא מחייב: מסמך שמדינות מצהירות שאינו אמנה ולא מחייב. מדוע לעשות מסמך כזה?
   1. כדי לא להתחייב.
   2. לא מסכימים על הפרטים הקטנים – להצהיר על כיוון כללי.
   3. לפעמים המטרה להכין את דעת הקהל שלא תמיד יקבל את זה תחילה.

* לפעמים מסמך יהיה בראשיתו הצהרה ועם הזמן יהפוך לנורמה מנהגית בין מדינות. ההצהרה עצמה לא מחייבת, אך היא קיבעה את המנהג. לדוג': "הכרזה אוניברסלית בדבר זכויות אדם" מ-1948 שיצר האו"ם אחרי מלחמת העולם השנייה, כל המדינות חתמו עליו וההכרזה הזו יוצרת 2 אמנות לזכויות אדם בשנות ה-60 – [1] אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות [2] אמנה בדבר זכויות חברתיות כלכליות. הצהרה מפורסמת נוספת היא "הכרזת ריו" בשטוקהולם על איכות הסביבה.

1. הכרזה חד צדדית: הכרזה שהמדינה לוקחת על עצמה מחויבות מסוימת במישור הבינ"ל, אמנה בינה לבין העולם. המרצה הזכיר כאן שזה יכול להיות גם בע"פ. דוג':
   1. צרפת התחייבה שלא לעשות ניסויים גרעיניים באוקיינוס, ולא עמדה במילתה וניו זילנד תבעה אותה ב-ICJ. צריך לבדוק האם המדינה התכוונה לחייב את עצמה?
   2. ישראל התחייבה להסדרים הומניטריים באמנת ג'נבה לאחר המלחמה בשנת 67.

* **את מי מחייבות האמנות?** את הצדדים, בשונה מדין מנהגי שמחייב את כל המדינות מלבד 'מדינה מתנגדת עקבית'.
* **הפרה של אמנה מתבטאת ב-3 סוגים:**

1. הפרת נורמה הסכמית הינה כמו הפרת חוזה.
2. אמנות מייצרות דין ולא רק חוזה פרטי, ולכן זו הפרה של דין.
3. הפרת אמנה היא הפרת כלל מנהגי שאומר – "אמנות צריך לקיים".

* **4 סיווגי אמנות:**

1. אמנות בילטרליות (בין 2 מדינות) ואמנות מולטילטרליות (יותר מ-2 מדינות).
2. אמנות חוזיות באופיין ואמנות שדומות לדבר חקיקה. בין 2 מדינות בד"כ זה חוזי, ויותר מ-2 מדינות זו אמנה מייצרת דין.
3. אמנות דקלרטיביות – מצהירות על דין מנהגי קיים, ואמנות קונסטיטוטיביות – מייצרות נורמות חדשות. האמנות מחייבות רק את המדינות החתומות, אבל נורמה מנהגית מחייבת את כולם. לפעמים מטרה של מדינות באמנה דקלרטיבית היא להבהיר את הדין המנהגי בעיניהן בעקבות חילוקי דעות. כשאומרים שאמנה מנהגית הכוונה שרוב סעיפי האמנה מנהגיים.
4. אמנות שמייצרות מוסדות בינ"ל וכאלה שלא מייצרות מוסדות בינ"ל – חוקת האו"ם מייצרת מוסד בינ"ל. האמנה נותנת למוסד לייצר נורמות באופן עצמאי ולייצר עוד מוסדות. המוסדות מייצרים נורמות שונות – למשל החלטה של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 מחייבת את כל המדינות בעולם, ומכוח פרק 6 זה הצהרתי בלבד.

* **איך נוצרות אמנות?** אמנות בילטרליות דומות לחוזה. מולטילטרליות נוצרות דרך מוסדות בינ"ל- השאיפה שכל המדינות יהיו חברות. הגוף שאחראי על כך מייצר טיוטה ראשונה, שולח למדינות, אם משתכנעות מכנסים ועידה, ויושבים מומחים שמגבשים מסמך מלא, מגיעים להסכמה בין המדינות ועושים החתמה. לפעמים החתימה היא בהתכנסות או חוזרים למדינה ושם חותמים. גופים שמייצרים אמנות: האיחוד האירופי, גוף של האו"ם- ILC, הצלב האדום.
* **איך מצטרפים לאמנה?** נקבע באמנה עצמה:
  1. הליך הצטרפות חד שלבי של חתימה, בד"כ באמנה חדשה.
  2. הליך הצטרפות דו-שלבי, שנקרא 'אשרור'. הגורם המוסמך של המדינה חותם עליה, חוזר למדינה ועושה מה שעליו לעשות עפ"י כללי המדינה, ואז חוזר וחותם פעם שנייה.
* **מה המשמעות של חתימה ללא אשרור?** דוג': מדינת ישראל שחתמה על אמנה פעם ראשונה ב-66 ולא חתמה עד 91 בפעם שנייה. בתקופת הביניים – **היא לא חברה באמנה אבל אסור לה לנקוט בצעדים שחותרים תחתה** (שזה בד"כ משהו קיצוני כמו רצח עם).
* **ביטול חתימה – דוג':** ישראל סודן וארה"ב חתמו על אמנת רומא, ולאחר מאורעות טרור בארה"ב היא לא רצתה שיתערבו בענייניה הפנימיים וביטלה את חתימתה. ישראל מתוך הזדהות גם עשתה זאת. צריך לבדוק אם אמנה מאפשרת ביטול חתימה ואם לא מתייחסת – לבדוק את אומד דעת הצדדים.
* **מי מוסמך לחתום על אמנה?** מי שניתנה לו סמכות, או שמהפרקטיקה של המדינה / מהנסיבות עלתה כוונה לנתינת סמכות ע"י המדינה. כמו כן, כל מי שקיבל כתב הסמכה מרוה"מ / שר החוץ / שר הביטחון. גם אם בדיעבד לא היתה סמכות- זה יחייב את המדינה.
* **הסיבות להליך אשרור:**

1. לחזק את אלמנט ההסכמה והחתימה באמצעות הליך פנימי.
2. שהות כדי להתאים את הדין הפנימי של המדינה לאמנה. אי אפשר לטעון שדין מדינתי מונע את יישום האמנה!

* **איך מתרחש הליך האשרור?**

1. אישור הרשות המחוקקת [ארה"ב והמדינות הקונטיננטליות]. אם הפרלמנט מעורב בהליך האשרור, האמנה הופכת לדין פנימי אוטומטית.
2. יש מדינות שהליך האשרור נעשה ע"י הרשות המבצעת ולא המחוקקת [ישראל]. כאן לכאורה אין מעמד לאמנה בדין הפנימי. נוצרת סתירה: במשפט הפנימי זה לא מחייב את המדינה לכאורה, ובמישור הבינ"ל כן.

בפס"ד קימר בחור שביצע פשע בשוויץ, ברח לישראל, ושוויץ דרשה את הסגרתו. אמנת ההסגרה- ביהמ"ש אומר שאמנה צריכה להיות מאושררת ע"י הכנסת ועד אז היא לא מחייבת, הסיבות להחלטתה:

* 1. מהירות ויעילות – אם הפרלמנט מעורב זה מקטין את הסיכוי שאמנה תאושרר בדין הפנימי.
  2. חשאיות – אמנות חשאיות שמעורבות הפרלמנט יכולה לחשוף אותן לציבור, כמו ישראל-טורקיה.
* **עדיין יש השפעה על אמנה שלא נחקקה במדינה** – צריך לפרש את הדין באופן ההולם את מחויבות ישראל באמנות האלו.
* **יש ביקורת על השיטה בישראל** – [1] יוצר סתירה בין דין מדינתי לאמנה. [2] הממשלה משתמשת בזה כדי לסנדל את הרשות המחוקקת. לדוג': שר התחבורה כץ שהתחייב במישור הבינ"ל לשמיים פתוחים וטען שאין מה לעשות מול ועד עובדים של רשות התעופה. אם היה מתנהל הליך חקיקה זה לא היה עובר.
* **תקנון הכנסת** – אמנות שהממשלה צריכה לאשרר ח"כ יכול לדרוש דיון עליה. יש נושאים שהם חובה לדיון ויש נושאים שאי אפשר להציג ואז עושים זאת בוועדה של חוץ וביטחון.
* **הסתייגויות:** מסמך או הצהרה שהמדינה מצרפת בהליך האשרור או החתימה, ובו אומרת שמתחייבת לכל הסעיפים באמנה מלבד סעיפים ספציפיים. ואז גם ההסדרים האלה לא חלים על שאר המדינות שחתומות ביחס אליה והיא לא יכולה לטעון להפרה. כך נחתמות יותר אמנות. **נדגיש: לא חשוב מה הכותרת של המסמך, מה שמשנה זה המהות.** דוג': באמנה בדבר זכות לשוויון, ישראל הוסיפה הסתייגות בדבר דיני נישואין וגירושין בישראל.
* **מתי אסורה הסתייגות?**

1. כשאמנה עצמה אוסרת הסתייגות, כמו באמנת דיני הים.
2. כאשר ההסתייגות כ"כ גורפת שהיא חותרת תחת האמנה. לדוג': ערב הסעודית ואמנת זכויות האישה- הסתייגות בגלל הדין המוסלמי חותרת תחת האמנה.

* **מה קורה שיש כזו הסתייגות שחותרת תחת האמנה?**

1. מועצת זכויות האדם של האו"ם אמרה שההסתייגות בטלה ואז האמנה מחייבת את המדינה.
2. ה-ILC שמוסמך על פרשנות קובע שני דברים: 1. המועצה לא מוסמכת לדון בזה. 2. המדינות החברות צריכות להחליט באם מכירות בהסתייגות הגורפת. אם שותקות – שתיקה כהסכמה.

* **הצהרה פרשנית:** כאשר מדינה מצטרפת / מאשררת אמנה יכולה לצרף מסמך כזה, שאומר שהיא מפרשת סעיף כלשהו בצורה מסוימת. אם במהלך הזמן תתקבל פרשנות אחרת לסעיף זה יחייב את המדינה (בהסתייגות זה לא מחייב את המדינה ושאר המדינות מולה). כלי יותר חלש מהסתייגות.
* **למה להשתמש בהצהרה פרשנית?** 1. לא כל אמנה מאפשרת הסתייגות. 2. הסתייגות עשוי להביא לשבירת כלים והצהרה פרשנית זה יותר עדין. (**לזכור:** מדינה יכולה להגיש הצהרה פרשנית וזה בכלל הסתייגות, המבחן הוא מהותי).
* **כללים בסיסיים בדיני אמנות (קבועים באמנת וינה):**

1. מדינות צריכות לקיים את האמנה בתו"ל.
2. יש לפרש אמנות לפי הפירוש המקובל של לשון הטקסט, ולאור מטרות ותכליות האמנה. ניתן להיעזר בפרוטוקולים לשם כך. לפעמים יש סתירות בין אמנות שנכתבות במספר שפות וזה יוצר קושי [שטחים/מהשטחים].

* **מתי אפשר לפרוש מאמנה?**

1. כשהאמנה קובעת איך לפרוש וזה יבוצע עפ"י הכללים.
2. אם אין כללים – מנסים להתחקות אחרי כוונת הצדדים ופרשנות.
3. אם אין כללים – בהסכמת שאר המדינות.
4. אם פרשו המון מדינות זה לא מתיר למדינה נוספת לפרוש, אך זה יהיה שיקול שישפיע על הפרשנות שלנו שכן מותר לפרוש.

* **כללים בנוגע לפגמים באמנה:**

1. סתירה מהותית: אם מדינה חתמה על אמנה שסותרת באופן חריג את הדין הפנימי שלה, אז זה כאילו לא כרתה את האמנה. למשל סתירה של חוקה נוקשה כמו בארה"ב (נזכיר: שהמרצה הדגיש שסתירה בין סעיפי אמנה לדין מדינתי אינה סיבה מוצדקת להפרת האמנה).
2. המוסמך לחתום על אמנה זה בד"כ רוה"מ/שר החוץ/ביטחון/אוצר. חריגים:
   1. המדינה מצהירה מראש שאדם שככלל מוסמך אינו מוסמך, צריכה להצהיר על כך בכתב האמנה לפני המו"מ.
   2. ביטול חתימת הנציג – אם קיבל שוחד או הפעילו עליו איומים, או אם רימו את המדינה שחתמה על בסיס תרמית.
   3. לחץ פוליטי כלכלי אינו איום ולא מבטל חתימה על אמנה.
3. טעות מהותית בעובדה תביא לביטול אמנה. אבל אם מדינה יכלה להימנע מהטעות לא תוכל להתבסס עליה כדי להשתחרר מהאמנה. דוג': הסכם בין קמבודיה ותאילנד על מקדשים שהסתמך על מפות. לימים התברר כטעות ותאילנד רצתה את המקדשים חזרה- ה-ICJ קבע שהתרשלו ושזה לא ייפתח מחדש. רציונל: יציבות בינלאומית.
4. הפרה מהותית של סעיף מהותי שמסכלת את תכלית האמנה – תביא לביטולה (אך הפרת אמנה בד"כ לא תביא לביטולה). באמנה בילטרלית- פרישה של אחד הצדדים תהיה הפרה מהותית. במולטילטרלית- פרישה לא תיחשב הפרה, אבל פרישה של מדינה חשובה או מס' רב של מדינות תיחשב הפרה. **חריג:** באמנות של זכויות אדם הפרת אמנה לא מביאה לביטול אמנה לכל המדינות הנוגעות לה.

* **ביטול סעיפים:**

1. סעיף באמנה יהיה בטל אם סותר נורמה שהיא **'יוס קוגנס'.** אלו נורמות מנהגיות מזן מיוחד, העקרונות הכי בסיסיים במשב"ל, שלא ניתנים לסתירה. רק נורמת **"יוס קוגנס"** חדשה תחליף אותן. למשל: רצח עם, פשעים נגד האנושות, עבדות. זכות הגדרה עצמית למדינה- שנוי במחלוקת.
2. שינוי נסיבות מבטל סעיף (יכול להיות שביטול סעיף יבטל את כל האמנה- תלוי במהותיות שלו). צריך שינוי נסיבות קיצוני. אם השלטון של המדינה מתחלף האמנה עדיין מחייבת.

* יש אמנות שמסדירות מה קורה במצב של הפרה וההסדרים יחולו. הזכיר כאן דיני אחריות מדינה- נורמות מנהגיות שקובעות מהם הצעדים שמדינה יכולה לנקוט בהם כאשר מדינה מפרה נורמה [אמנה/מנהג] שפוגעת בה.

**מנהג**

* **הגדרה:** מנהג בינ"ל מוגדר בס'8 לחוקת ה-ICJ **כפרקטיקה כללית המקובלת על המדינות כדין.** שני מרכיבים:

1. מעין יסוד עובדתי (לא לקרוא לזה כך במבחן)- פרקטיקה נוהגת של מדינות- עקבית וממושכת.
2. מעין יסוד נפשי "אופיניו יוריס" – **תחושת מחויבות משפטית**. תמיד נבחן מה המדינות חושבות ביחס למנהג.
   * + תחומים שהתפתחו מדין מנהגי: דיני הים, דיני לחימה בים.

* **מנהג זה מקור בעייתי:**

1. דין מנהגי הוא עמום.
2. מנהג חדש יכול להיווצר רק בעקבות הפרה מסיבית של מנהג קודם. זו נורמה שמעודדת הפרה שלה.

* **למה בכ"ז יש הסתמכות על מנהג?** לפעמים קשה לכנס מדינות כדי להסכים ואין מחוקק בינ"ל, והדרך היחידה למלא חללים שקיימים היא מנהג.
* **הסיכוי שיש פרקטיקה כללית ועקבית בין מדינות הוא קטן. הדרך לפתור זאת:**

1. לקבוע מנהג עפ"י **המדינות המעורבות במיוחד.** למשל ארה"ב וישראל שנלחמות חדשות לבקרים – על פיהם נקבע את כללי המלחמה, ולא עפ"י שוויץ.
2. **לחפש מנהגים אזוריים ולא כלליים ונרחבים.**  למשל- בדרום אמריקה ביקשו הסגרה של אדם מקולומביה לפרו, קולומביה טענה שהפרקטיקה האזורית היא לא להסגיר עבריינים פוליטיים. ה-ICJ אמר שלא היתה פרקטיקה עקבית נמשכת שיצרה את המנהג הזה. זה פתרון אבל לא תופס תמיד.

* **יש פס"ד של ה-**ICJ שקבע שמנהג יכול להתפתח בתקופה קצרה. אבל נטל ההוכחה להתנהגות ופרקטיקה עקבית ו-"אופניו יוריס" יותר חזק.
* **הבדל בין תיאוריה לפרקטיקה:** יש 200 מדינות ולכן יש קושי בפיתוח מנהג שכולם מקיימים ולכן מנהגים לכאורה מתמסמסים, אבל זה לא קורה מ-3 סיבות:

1. יותר קל היום להוכיח ולטעון שקיים מנהג – כפר גלובלי, יש יותר מידע בין מדינות.
2. שחקנים נוספים במשב"ל מעבר למדינות – מוסדות, ארגונים ובתי דין – שמחפשים מדינות שמתאימות לרעיון שלהן בפרקטיקה ומכנסות אותם לאמנה, וכך יוצרות מנהג ומשכנעות יותר מדינות אחרות.
3. יש תחומים כמו זכויות אדם שמתמקדים ב"אופניו יוריס"- מחויבות משפטית, ולכן אנחנו מייצרים מחויבות חזקה, כדי להגביר את ההגנה על זכויות אדם.

* **חריג: מדינה שהיא המתנגד העקבי -**  הדין המנהגי לא יחייב אותה. התנאים לכך:

1. ההתנגדות צריכה להיות מפורשת.
2. ההתנגדות צריכה להיות מזמן היווצרות המנהג. כלומר מדינה שקמה לאחר היווצרות המנהג לא יכולה להתנגד.
3. המדינה צריכה להמשיך להתנגד בצורה עקבית.
   * + קשה להוכיח התנגדות עקבית כי לא ברור מתי מנהג נולד.

* **"אופניו יוריס -Opinio Juris":** תחושת מחויבות משפטית שמתבטאת בהצהרות של המדינות. **פס"ד לוטוס:** קבע עיקרון לפיו מדינות רשאיות לפעול כרצונן אא"כ יש כלל בינ"ל שאוסר עליהן. באותו פס"ד השאלה היתה האם מדינה רשאית להעמיד לדין אזרח ממדינה אחרת או כאשר פשע מבוצע מחוץ לטריטוריה שלה? המנהג כאן- המחויבות המשפטית של המדינות למתן כבוד לערכאות שיפוט במדינות המקור. ביה"ד שדן בשאלה לא הציג את הנימוק הזה.
* **סיטואציה –** מדינה מצהירה ש-X הוא מנהג אבל מפרה את ה-X. **למשל:** ארה"ב שמימנה ארגון מרד בתוך מדינת ניקרגואה והיא נתבעה על שימוש בכוח. נשאלה השאלה האם הפרה את איסור השימוש בכוח והאם זה חלק מהדין המנהגי? ארה"ב טענה לאי קיומו של האיסור, ושזה לא דין מנהגי כי עובדה שיש מלחמות בעולם [להבנתי]**.** ביה"ד קבע שבעבר, כשמדינות הפרו את הכלל הזה, הן טענו להגנה עצמית ולא שאין חוק שמחייב את זה. ה-ICJ קבע שאיסור שימוש בכוח הוא חלק מהמשפט המנהגי. בפס"ד אמריקאי אחר נטען לגבי עינויים שזה לא מנהג כי בפועל הרבה מדינות מענות, אך ביהמ"ש הבהיר שגם מדינות שמענות מכחישות זאת או טוענות לסייגים, ולא מכחישות את עצם האיסור!
* **יש דגש בזכויות אדם ומניעת סבל ב"אופניו יוריס".** עצרת האו"ם שלחה בקשה לחוו"ד משפטית ל-ICJ לגבי נשק גרעיני: הטענה היתה שאיסור שימוש בנשק גרעיני הוא מנהגי, כי כל המדינות מצהירות שאסור להשתמש בו (לרבות כאלו שמחזיקות בו). מצד שני, ציין ביה"ד, הן מציינות כי כאשר יותקפו הן שומרות את זכות השימוש בו.
* **איך משנים מנהג?** בעבר מדינה היתה יכולה להפעיל הגנה עצמית כנגד מדינה תוקפת או ארגון שניתן לשייך את מעשיו למדינה. ארגוני טרור שלא שייכים למדינה לכאורה לא ניתן להתקיף. אחרי 11 בספטמבר כל המדינות מכירות בזכותה של ארה"ב להגנה עצמית ולצאת למלחמה כנגד אפגניסטן בגלל ארגון טרור שלא ניתן לשייך למעשי המדינה. ולכן הסברה היא שהשתנה הכלל המנהגי בהקשר זה.

**המרצה טען** שזה תמיד היה הדין המנהגי וארה"ב הפרה זאת בעבר ולא ננזפה בניגוד לישראל במלחמת לבנון הראשונה שיצאה למלחמה עקב מתקפה של הפת"ח (ארגון טרור לא מהמדינה).

* **יחס בין אמנה למנהג:** פורמלית שניהם באותו מעמד נורמטיבי [מלבד עקרונות בסיסיים כגון ספציפי גובר על כללי, מאוחר גובר על מוקדם]. למעט 2 חריגים:

1. "יוס קוגנס" קודם לכל הנורמות.
2. החלטה של מועצת הביטחון בפרק 7 לחוקת האו"ם. כל המדינות מחויבות להחלטות האלה. ואמנת האו"ם עליונה על כל האמנות. כל המדינות בעולם חתומות בה מלבד הוותיקן. לא ברור מה המעמד של החלטות אלו מול מנהגים ו-"יוס קוגנס", יש הטוענים שמעמדן גבוה יותר מהם.

* **אמנה דקלרטיבית המצהירה על מנהג** – למה צריך אותה?

1. כדי להבהיר את הדין.
2. לחזק תחושת מחויבות.
3. לייצר מנגנון אכיפה.
4. מקל על זיהוי מתנגד עקבי.
5. כלי של המדינות לקדם את עמדתן.

* **אמנה קונסטיטוטיבית, 2 עמדות:**

1. אמנה קונסטיטוטיבית לא יוצרת מנהג, גם אם כל המדינות חתומות עליה. הנימוק הוא שהן מצייתות לאמנה כי יש כלל מנהגי שצריך לקיים אמנות, ולא מצייתות בגלל שמדובר בדין מנהגי /"יוס קוגנס". לכן צריך לראות איך מדינות שלא חתומות באמנה נוהגות. עמדה לא מקובלת בעיני המרצה.
2. מנהג יכול להיווצר מאמנה קונסטיטוטיבית-מולטילטרלית, בהתקיים 2 תנאים:
   1. חלק נכבד מהמדינות חתומות על האמנה.
   2. הן פעולות על פיה.

* גם הצטברות של אמנות בילטרליות בנושא מסוים יכולות להוות בסיס למנהג.
* **"ארגה אומנוס" –** לא להתבלבל בינה לבין נורמה קוגנטית. זו נורמה שיכולה להיות מנהגית או באמנה שהפרתה ע"י מדינה היא כולי עלמא- כל המדינות נפגעות מכך. כל נורמה שהיא **"יוס קוגנס" היא "ארגה אומנוס", אבל לא כל "ארגה אומנוס" היא "יוס קוגנס".**

**מקורות נוספים של המשב"ל – לא רשמיים אך משפיעים**

* **ה-ICJ:** בהסכמת שני הצדדיםמוסמך לפסוק בהתאם לצדק ויושר – מצוי בס'38 אך לא באמת מקור.
* **הכרזות חד צדדיות:** מעין אמנה בין אותה מדינה לשאר העולם.
* **החלטות של ארגונים בינ"ל:** תלוי במעמד ההחלטות- החלטות של העצרת הכללית של האו"ם, או החלטות של מועצת הביטחון מכוח פרק 6- לא מחייבות. החלטות מכוח פרק 7 של מועצת הביטחון של האו"ם מחייבות את כל המדינות באו"ם וכנראה מעבר. דוג' נוספת: ארגון ה-ILO קובע סטנדרטים בסיסיים בנוגע לדיני עבודה.
* **SOFT LAW- חקיקה רכה:** מסמכים בינלאומיים לא מחייבים, דוגמאות:

1. 'מסמך הבנות' בין שרים במדינות שונות שקובע שאינו אמנה מחייבת.
2. ארגונים פרטיים (לכאורה ללא מעמד) שמוציאים מסמכים שמסדירים תחומים בזירה הבינ"ל. דוג': ISO קובע תקנים בינ"ל לסחורות כדי למנוע בעיות מתאמים. או גוף שאחראי לכללים של כתובות לאתרי האינטרנט בעולם.
3. מסמך הליך קימברלי- יהלומים ששייכים לקרטל דבירס. קובעים איך יתנהל סחר באזור של היהלומים באזור הסכסוך באפריקה, ושיהלום לא ייסחר אם הוא באזור סכסוך או שאין לו ת"ז.

* **משפט רך יוצר מנהג:** לנורמות האלו אין מעמד פורמלי, אך הרבה פעמים יש להם מעמד מבחינה פרקטית. סוג ההשפעה משתנה בהתאם למסמך או למוסד ממנו יוצא. למשל ISO או הליך קימברלי – לאנשים יש אינטרסים כלכליים איתם ולכן הם משפיעים. גם לפעמים תוכן ערכי של מסמך מייצר תחושת מחויבות. ולכן ייתכן שהנורמות האלו יהפכו למנהגים.
* **דוגמא נוספת:** החלטות של מוסדות בינלאומיים בעצרת האו"ם הכללית, נטען כי החלטות כאלה הן "אופיניו יוריס" [=מחויבות משפטית], היות והמדינות מצביעות ומחליטות שזה הדין. יש להסתכל על החלטה ספציפית של ארגונים בינ"ל ולבדוק האם ברור מההקשר מדובר בביטוי של "אופיניו יוריס" או שזה סתם דיבור שנובע מיחסי ציבור.
* **חזרה לדוגמת שני השרים שקבעו הסכם שפועלים לפיו אך לא כאמנה. מדוע?**
  1. הרבה דברים דורשים גמישות שאמנה לא מאפשרת [לגיטימי].
  2. השר לא מעוניין לערב גורמים פוליטיים שמוסמכים לכתיבה אמנות [לא לגיטימי].
* לסיכום – לחקיקה רכה אין מעמד פורמלי אבל ברמה המעשית יכולה להיות לה השפעה.
* דוגמא למסמך לא מחייב שהופך לבעל שיניים – (הקדמה: אמנה שלא אומצה בדין הישראלי עדיין יש לה השפעה בשני מישורים: 1. חזקה פרשנית - צריך לפרש את הדין הישראלי באופן כזה שלא יסתור את האמנה שאושררה. 2. חזקת סבירות – אם בעל סמכות הפעיל שיקול דעת בהתאם לדין אמנה, חזקה שמעשהו סביר ומידתי).

**פס"ד יהלומים:** אדם מגיע לארץ עם יהלום שאין לו ת"ז, והערך שלו 1.5 מיליון דולר. מפקח הבורסה החרים אותו בחשד להפרת החוק שלא עומד בהליך קימברלי לעיל. בעתירה לבג"צ כנגד המהלך ביהמ"ש קבע שפעל בסבירות בהתאם ל'הליך קימברלי'. למפקח אכפת מ'הליך קימברלי' כי אם היה מזלזל בכך לא היו סוחרים איתו.

1. **מוסדות בינלאומיים:**

* **שני סוגי מוסדות:**

1. ארגונים לא בינלאומיים – אינגו-NGO.
2. ארגונים ממשלתיים בינלאומיים – איגו-IGO.

* **במציאות ההבדל ביניהם לא תמיד ברור:** ILO (ארגון עבודה בינ"ל) – יש נציגי ממשלה ונציגי עובדים/מעסיקים. זה ללא ספק ארגון ממשלתי אבל מעורבים בו ארגונים לא בינ"ל. הצלב האדום – ארגון שקם בשוויץ לקידום שלום והפחתת סבל בלחימה. אמנת ג'נבה מכירה בו כגוף שמחויב לשמירה וקידום של דיני לחימה במשפט הומניטרי. האם הוא גוף פרטי (ממומן עי" שוויץ) או ארגון בינ"ל?
* **IGO- ארגונים ממשלתיים בינלאומיים – מאפיינים:**

1. הגופים מוקמים באמנה בינלאומית, והמדינות החברות ב-"IGO" יהיו חתומות על האמנה הרלוונטית.
2. לארגון זה תהיה אמנה אחת או מס' אמנות, מעין חוקה, שיקבעו את ההסדרים הבסיסיים והיקף הסמכויות.
3. לארגונים בינ"ל יכולים להיות תתי ארגונים שלכל אחד אופי משלו.
4. האמנה המכוננת תעניק לארגון ישות משפטית בדין הבינ"ל. הישות הקלאסית במשב"ל היא מדינה, אך בשונה ממדינה היקף האישיות של ארגון בינ"ל מתוחם ע"י 3 פרמטרים:
   1. באמנות: האמנות המכוננות של הארגון יכולות לקבוע את היקף האישיות המשפטית שלו במפורש.
   2. מטרת הארגון: ניתן להסיק זאת ממטרת הארגון ללא אמירה מפורשת, למשל האו"ם- הוקם להשכין שלום, מטרה מאוד אקטיבית.
   3. הפרקטיקה של הארגון: לארגונים יש נטייה להגדיל את סמכויותיהם.

* **השלכות כאשר ארגון מוכר כישות משפטית:**

1. תהיה לו סמכות לכרות אמנות עם מדינות או ארגונים שונים. הסמכות אינה בלתי מוגבלת [3 פרמטרים לעיל].
2. תהיה סמכות לנהל קשר עם מדינות וארגונים אחרים. לא כל קשר הוא אמנה.
3. תהיה לו אחריות בינלאומית [נדבר בהמשך מה זה].
4. יוכל לתבוע ולהיתבע במישור הבינ"ל.
5. יכולות להיות לו זכויות, חובות וחסינויות בדין הבינ"ל – עפ"י הפרמטרים לעיל, או לפי המשפט המנהגי כיוון שארגונים כאלו הופכים לתופעה יותר מבוססת. **לדוג'-** חסינות לאנשי האו"ם, בעבר לא היה דין מנהגי לגבי זה ולכן החתימו באמנות בנושא, והיום מקובל שהחסינות מנהגית בנסיבות מסוימות.

**האו"ם**

* מוקם ב-1945 לאחר מלחמת העולם השנייה כממשיכו של חבר הלאומים/ליגת האומות שקם לאחר 1917.
* **מגילת האו"ם** – מעין חוקת האו"ם – משקפת את עקרונות היסוד של המשב"ל: עיקרון הריבונות; עיקרון השוויון בין מדינות; עיקרון ההגדרה העצמית; עיקרון השאיפה לפתרון סכסוכים בדרכי שלום.
* **מוסדות האו"ם:** (ארגונים שבמידה מסוימת מהווים שיקוף של מוסדות מדינה- האנלוגיה לא מושלמת ויש הבדלים)
  1. העצרת הכללית.
  2. מועצת הביטחון.
  3. המועצה הכלכלית חברתית.
  4. מועצת המנדטים.
  5. מזכירות האו"ם שבראשה עומד מזכ"ל האו"ם.
  6. בית הדין הלאומי לצדק.

**העצרת הכללית**

* בעצרת יושבים נציגים של כל המדינות, והעצרת מתכנסת לדיונים שנתיים. ניתן לכנס דיונים מיוחדים לבקשת מועצת הביטחון או לבקשת רוב המדינות.
* **סמכויות:**
  1. להמליץ למועצת הביטחון לצרף מדינה לאו"ם (לא חייבת לקבל המלצה זו) למשל- פלסטין.
  2. להמליץ למועצת הביטחון על השהייה/הרחקה של מדינה חברה באו"ם.
* החלטות מתקבלות ברוב רגיל של נציגי המדינות, ויש עניינים שמחייבים רוב של 2/3 – כגון: הרחקת מדינה, ענייני תקציב, בחירת מדינות לא קבועות במועצת הביטחון.
* החלטות העצרת אינן מחייבות אלא בגדר המלצות, אך לא מדובר בגוף ללא שיניים:
  1. יכולה להיות "חקיקה רכה" (מסמכים לא מחייבים אך משפיעים) שמתפתחת למנהג.
  2. תחת תנאים מסוימים יכולה לעסוק בתחומי שמירה על שלום- כאשר מועצת הביטחון לא עוסקת באותו נושא. במלחמה הקרה בשנות ה-50 היא היתה משותקת ולכן העצרת היתה אחראית לכך. בשמירה על שלום יש לה 2 פעילויות משמעותיות:
     + הקמה של גופים שנוטים להגדיל סמכויותיהם, כמו מועצת זכויות האדם של האו"ם.
     + שליחת כוחות שמירת שלום – בד"כ באחריות מועצת הביטחון אבל מאחר שלא תפקדה העצרת שלחה אותם. ההבדל: העצרת צריכה את הסכמת המדינות לכך, בעוד המועצה לא [אם זו החלטה פרק 7].

**מועצת הביטחון**

* **הגוף הביצועי של האו"ם- מעין רשות מבצעת.** החלטותיה מחייבות את כל המדינות באו"ם. לא נותנים כוח לעצרת הכללית בעקבות הפקת לקחים של חבר הלאומים שנפל- מדינות חזקות היו פורשות כיוון שהיה קול שווה לכל מדינה. כדי לשמור על מערכת אפקטיבית, המדינות היותר חלשות מוותרות על השוויון.
* **המדינות החברות:** יש 15 מדינות חברות במועצה. 5 הן קבועות שהיו המעצמות לאחר מלחמת העולם השנייה – ארה"ב, סין, בריטניה, צרפת ורוסיה (בריה"מ דאז). מדינות שהפכו למעצמות לאחר מכן לא מופיעות כגון הודו וברזיל. וגם מעצמות שהפסידו במלחמת העולם ה-2: יפן וגרמניה. צרפת ובריטניה עדיין שם למרות שכוחן פחת. למדינות 2 סמכויות יתר:
  1. קבועות ולא ניתנות להחלפה.
  2. יש להן זכות וטו – החלטה מחייבת מכוח פרק 7 לא יכולה לעבור ללא הסכמת 5 המדינות.
* כל החלטה של מועצת הביטחון צריכה לעבור רוב של 9/15 אם אין מדינה נמנעת.
* המדינות החברות מתחלפות פעם בשנתיים ונבחרות ע"י העצרת הכללית.
* **העיסוק העיקרי:**

1. **סמכות שאינה כופה** – מכוח פרק 6, החלטה שהיא בגדר המלצה. והן הסמכויות:
   1. החלטה על חקירת מצב/סכסוך כדי לקבוע אם יש בו הפרה של סדר ושלום בינ"ל.
   2. לקרוא לצדדים להסדיר סכסוך בדרכי שלום.
   3. להתערב בכל סכסוך שיש בו לסכן את השלום והביטחון הבינ"ל. **למשל:** החלטה 242- נוסח אנגלי: על מדינת ישראל לסגת משטחים שנכבשו ב-67 תמורת הסדרי ביטחון עם מדינות ערב. בנוסח הצרפתי כתוב "מהשטחים" (כולם). בשנות ה-90 ישראל הצהירה שהיא מתחייבת ושהפרשנות הנכונה היא האנגלית.
   4. מדינות שלא פותרות סכסוך צריכות לגשת למועצת הביטחון, אך בפועל איש לא פונה.
   5. כל מדינה יכולה להפנות סכסוך שמסכן שלום/ביטחון כדי לבחון אותו. המועצה רשאית להגיע להחלטה מכוח פרק 6/7 או לא לבחון כלל.
   6. רשאית לשלוח כוחות שמירת שלום לאזורים מסוימים – צריך הסכמת מדינות מפרק 6.
   7. הקמת גופים של האו"ם מכוח פרק 6 (או 7 או הסכמים).
2. **סמכות כופה** – החלטות מכוח פרק 7 שמחייבות, עוסקות ב-3 סמכויות:
   1. איומים על השלום וביטחון הבינ"ל.
   2. הפרות של השלום והביטחון הבינ"ל.
   3. מעשי תוקפנות- הפרה בוטה של האיסור על השימוש בכוח.

* אם המועצה החליטה שאירוע מסוים עונה על אלה היא רשאית לקבל החלטה מחייבת, שבתוכה יכולות להיות גם המלצות – צריך להבין זאת מהניסוח.
* **איך יודעים שהחלטה היא מכוח פרק 6 או 7?**
  1. כתוב במפורש שזו החלטה מפרק 7.
  2. יהיה כתוב במפורש שההחלטה מטרתה להתמודד עם אחת מ-3 האופציות בסמכות כופה.
  3. שמדובר על החלטה שכתוב בה שהיא ניתנת על יסוד החלטה קודמת שהיא אחת משני סוגי החלטות (כופה/לא כופה) לעיל.
* המשמעות- יהיו החלטות שברור שהן מכוח פרק 6/7 ויהיו החלטות שנהיה חלוקים בהן.
* **מה נקבע כאיום על שלום?** לרוב: מלחמה, הפרות של דיני לחימה, תמיכה בטרור כגון 11.9, הפצת נשק לא קונבנציונלי. דוג': המלחמה ביוגוסלביה, הסכסוך המזויין של יהודים וערבים במנדט הבריטי, מלחמת אזרחים בלוב.
* **הפרה ותוקפנות:** מעט מאוד מקרים נקבעו שהם כאלו. ביניהם – פרישת צפון קוריאה לדרום קוריאה, תקיפות ישראל על בסיסים בטוניס.
* **הכלים של המועצה כנגד איום/הפרה/תוקפנות:** 
  1. כלים שהם שימוש שלא בכוח: סנקציות כלכליות, סגר אווירי, משפטים בינ"ל, חרם כלכלי-אמברגו.
  2. שימוש בכוח: שליחת כוח צבאי. היה אמור להיות צבא של האו"ם- לא קרה. במקום זה:
     1. ממנים כוח שמירת שלום.
     2. מסמיכים קואליציה של מדינות לעשות שימוש בכוח באישור המועצה.
* **3 סוגים של כוחות שמירת שלום:**

1. כוח שמירת שלום שמוקם ע"י המועצה מכוח פרק 7 (כוח שמירה אד-הוקי או קואליציה קיימת).
2. הקמת כוח לפי פרק 6, קיומו של כוח זה תלוי בהסכמת הצדדים.
3. העצרת יכולה לעסוק בתחומי שמירת שלום עולמי, אם סבורה שהמועצה אינה פועלת (כפי שהיתה במלחמה הקרה בגלל וטו). איך זה קרה? בעקבות השיתוק בשנות ה-50 העצרת הכללית העבירה את החלטה 377/5- "מאוחדים למען השלום"- תהיה אחראית במצב של איום/הפרה/תוקפנות אם המועצה משותקת. אפשר לקיים דיון חירום תוך 24 שעות לבקשת המדינות, אם אין יום כינוס רגיל. מכוח החלטה זו הוקם כוח שמירת שלום במבצע קדש בסיני- מועצת הביטחון הושתקה כי צרפת ובריטניה היו לצד ישראל.

* **סמכויות נוספות:** קבלה, השהייה, הרחקה של מדינה חברה; תיקונים של מגילת האו"ם; מינוי שופטים במשפט הבינ"ל.
* **מעמדה של החלטה מכוח פרק 7:** ס'103 לחוקת האו"ם קובע שכל ההסדרים בחוקה יהיו עליונים מכל דין אמנתי אחר. במקרה של סתירה חוקת האו"ם גוברת. לאחר מכן פרק 7 קובע שהחלטות של מועצת הביטחון מחייבות את כל המדינות.
* **יש ויכוח פרשני שמתחלק לשני תתי ויכוחים:**

**ישנה שאלה - האם מועצת הביטחון יכולה לתת החלטה שהיא בניגוד למטרות האו"ם – פוגעת בזכויות אדם, סותרת הגבלות בחוקת האו"ם וכדו'?**

1. מטרות האו"ם גוברות – למועצת הביטחון אסור לתת החלטה שסותרת את מטרות האו"ם.
2. מועצת הביטחון גוברת - כתוב שלמדינות אסור לפגוע במטרות האו"ם. ומכאן שלאו"ם מותר, אחרת זה היה כתוב גם ביחס אליו. נימוק פרקטי- לא להגביל מדי את מועצת הביטחון. (אבל לא יוס קוגנס)

**מה היחס בין המשפט המנהגי להחלטות מועצת הביטחון מכוח פרק 7?**

1. מנהגי גובר–מזה שאמרו שזה גובר על כל האמנות ולא דיברו על מנהגים הרי שנורמה מנהגית גוברת על החלטות פרק 7, כי לא דיברו עליה. לדעת המרצה זה לא משכנע - כי לא אמרו שיש קדימות של דין מנהגי על אמנה, אז לא הגיוני להביא את זה לפה.
2. פרק 7 גובר–החלטת מועצת הביטחון מכוח פרק 7 יכולה לסתור כל דבר, גם דין מנהגי.

* **אין הכרעה בין הגישות הללו.**
* **הסוגיה באשר להחלטות מועצת הביטחון מול מנהג**: פס"ד קאדי: אחרי 11.9 מועצת הביטחון הקפיאה חשבונות בנק של אנשים ללא משפט בגלל מעורבות בטרור, והחילו את זה דרך האיחוד האירופי. קאדי האירופאי תבע אותם באיחוד האירופי וטען לפגיעה בזכויות יסוד, ונענה ע"י האיחוד כי החלטות המועצה עליונות על כל אמנה או נורמה במשב"ל.
  1. **בשלב הראשון** ערכאת ביה"ד של האיחוד האירופי נותן החלטה שאומרת שהחלטות המועצה עליונות לכל נורמה של המשב"ל לבד מ-"יוס קוגנס".
  2. **בשלב השני** ביה"ד קובע שמערכת האיחוד האירופי היא לא חלק מהמשב"ל אלא מערכת אזורית מעין מדינתית וככזו הנורמות שלה עליונות על המשב"ל. נכבד ונפרש את הדין בהתאם להחלטות המועצה מפרק 7, אך יש גבולות של זכויות יסוד באיחוד האירופי שלא נאפשר לפגוע בהן.
* **הפסיקה הזו הפתיעה את כולם**  כיוון שלאורך שנים ביה"ד של האיחוד האירופי קבע שהנורמות שלו הן של המשב"ל, וככאלה הן עליונות על כל דין מדינתי/חוקות של המדינות החברות באיחוד. לדעת המרצה החלטה זו לא מפתיעה כי האיחוד לא רצה להיבלע בתוך מערכת משפט אחרת.
* **פרגמנטציה** – המקרה הנ"ל הוא סימפטום לתופעה הנ"ל – סתירה בין נורמות / מוסדות.
  1. **פרגמנטציה נורמטיבית** – שתי נורמות, לדוג' אמנה ומנהג או 2 אמנות, ואין דרך להכריע מה גובר על מה.
  2. **פרגמנטציה מוסדית** – שתי מוסדות/ביה"ד, שיש להם סמכות באותו נושא, ומי מהם גובר על מי? לדוג'- החלטה של מועצת הביטחון מול החלטה של ביה"ד של האיחוד האירופי.
  3. **פרגמנטציה של המדינה** – המדינה לא מדברת בקול אחד – כל קול במדינה מתחבר לנורמה או מוסד אחר ואז יש לה התחייבויות סותרות במשב"ל.
* **מדוע למדנו נושא זה?** כעו"ד צריך לדעת שיש מס' נורמות במשב"ל ונוכל תמיד למצוא משהו שיתאים לנו; בנוסף, יש כאלו שטוענים שהמשב"ל יתפרק לכל מיני מערכות שונות בעקבות כך.

1. **היחסים בין מערכות משפט מדינתיות למשב"ל**

* **שתי תתי שאלות:**
  1. כיצד יכול להיקלט דין של מערכת אחת במערכת השנייה?
  2. מה קורה כאשר יש סתירה בין נורמות בכל מערכת?

**התשובה היא תלוי את מי שואלים:**

1. נציגי המשב"ל- לדוג'-שופט ב-ICJ.
2. נציגי מערכת המשפט המדינתי.
3. מתבונן מהצד.

* **נקודת המבט של המשב"ל:**

1. כיצד יכול להיקלט דין מדינתי במשב"ל? ברירת המחדל שהמשב"ל עליון על כל דין מדינתי, ולכן הוא לא מעניין אותו. גם אין חשיבות לקליטת משב"ל בדין מדינתי כי הוא בכל מקרה עליון. אבל אם אנו רואים שאותו דין חוזר על עצמו בהרבה מדינות, הוא עיקרון כללי (נורמה נמוכה ממנהג). אם יתקיימו עוד תנאים של "אופיניו יוריס" – זה יהפוך למנהג. יש תחומים שהמשב"ל נותן חופש למדינות- כמו נתינת אזרחות.
2. מה קורה כשיש סתירה בין דין מדינתי למשב"ל? המשב"ל המחייב.

* **נקודת מבט של מתבונן מהצד:**

1. **מוניזם –** המשב"ל והמשפט המדינתי הם חלק ממערכת אחת. המשב"ל מקיף את כל העולם והדין המדינתי מקיף רק חלק ממנו, ולכן המשב"ל עליון יותר. 2 גרסאות:
   1. גרסה של המשפט טבעי – נורמות המשב"ל הן מוסריות ואוניברסליות וככאלה עליונות על כל נורמה פרטיקולרית שקיימת במקום אחר.
   2. גרסה פוזיטיביסטית– קלזן- המשב"ל קובע מהי מדינה והאם מדינה קיימת, ולכן הוא שקובע את גבולות הסמכות.
   * אנשי אקדמיה כבר לא מאמינים במוניזם אבל רואים אותה בפסיקה של ביה"ד בינ"ל וכדו'.
2. **דואליזם** – עמדה שאומרת שמדובר בשתי מערכות נורמטיביות שונות – המשפט המדינתי הוא יחסי הכפפה, אם האזרחים לא יקיימו אותו תוטל עליהם סנקציה. לעומת זאת, משב"ל הוא כלי להסדיר אינטראקציה בין מדינות- כלי של תיאום וכללי נימוס ללא סנקציות (מנגד- איך הענישו את הנאצים?). לכן לנורמה של המשב"ל אין כוח על בני אדם. לנורמה זו יהיה כוח כאשר המדינה תאמץ את ההסדר שקיים במשב"ל בנורמה מדינתית. אי אפשר להעניש את הנאצים על מה שעשו בשואה, כי כל מה שעשו היה בהתאם לחוק הגרמני וזה לא המצב שאנו מצפים אותו לראות היום.

* **נקודת מבט של נציגי הדין המדינתי**: 3 דוקטרינות-

1. הקליטה הישירה – נורמות המשב"ל נקלטות באופן אוטומטי במשפט המדינתי (ביטוי למוניזם).
2. הקליטה המפורשת – צריך להיות מעשה פורמלי שבאמצעותו לנורמה הבינ"ל יהיה מעמד במדינה (ביטוי לדואליזם).
3. יישום – גם אם הנורמה הבינ"ל לא נקלטה באקט פורמלי במשפט המדינתי, תהיה השפעה לגבי יישום/פרשנות הדין המדינתי.

* **שלוש דוגמאות:**

1. אנגליה – **משפט מנהגי** נקלט באופן אוטומטי והוא עליון לחקיקת משנה אבל לא לראשית. **אמנות-** קליטה מפורשת: צריך אקט פורמלי כדי שאמנה שאושררה תהיה בעלת מעמד בדין המדינתי. מעמדה יהיה בנורמה שאימצה אותה- חוק/תקנה. אם יש סתירה עם אמנה המקורית- החוק/תקנה יחייבו. **יישום**- "חזקת ההתאמה הפרשנית" - הנורמות של הדין הבריטי יפורשו ככל הניתן בהתאם למשב"ל, אבל אם יש סתירה הדין המדינתי גובר. מוגדרת באופן לא מדויק כמדינה דואליסטית (בגלל קליטה ישירה במנהג המבטאת מוניזם).
2. מרבית המדינות בקונטיננט- **אמנות-** קליטה ישירה. יש מעורבות של הפרלמנט באשרור האמנה. מרגע שאמנות נקלטו, מעמדן כחוק או אפילו חוקה בחלק מהמדינות. **מנהג-** בצרפת מנהג עליון על חוק, ויש מדינות שאפילו על חוקה. יש אלמנטים מוניסטיים, אך גם דואליסטיים כי המדינות מאמצות פסיקה שסוברת כי פרשנות של ביהמ"ש העליון למשב"ל באותה מדינה מחייבת ולא המשב"ל עצמו- אלמנט דואליסטי.
3. ארה"ב – **מנהג-** חילוקי דעות: [1] המשפט המנהגי לא מחייב היות ולא מופיע בחוקה. [2] משפט מנהגי מעמדו כנורמה פדראלית – גבוהה מחוק של state וחקיקת משנה פדראלית, אבל נמוכה מחוק פדראלי וחוקה. **אמנות-** מודל של קליטה ישירה לאמנה, שמערבת את הרשות המחוקקת, בדרך חריגה מחוק רגיל- צריך אישור של הסנאט ברוב של 2/3. פסיקה של ביהמ"ש העליון מחלישה את מעמד האמנות- קוראת להם הסכמים של הרשות המבצעת/הסכם נשיאותי שלא נחשבים לאמנה לפי החוקה. הנשיא יכול לאשרר אמנות לבד אבל לא יהיה להן מעמד בדין המדינתי. אמנות שמאושרות בסנאט מפוצלות ל-2 סוגים: [1] מיושמות באופן עצמאי – מייצרות חובות וזכויות לאזרח האמריקאי. [2] לא מיושמות באופן עצמאי – מעמדן נמוך.

* מהדוגמאות עולה שקשה לסווג מדינות כמוניסטיות או דואליסטיות וכולן נמצאות במרכז.
* **ביחסים בין דין מדינתי לבינ"ל, 'הקלפים המנצחים' של המשב"ל הם:**

1. טיעון ערכי: תחומים מסוימים בהם הנורמות של המשב"ל מייצגים ערכים בסיסיים- זכויות אדם, דיני לחימה, איסור על רצח עם ועבדות.
2. טיעון פרקטי: בעולם הזה מדינה לא יכולה להתנהל בוואקום וצריכה להיות באינטראקציה עם מדינות אחרות- ולמשב"ל יש תפקיד בכך.

**עימות ופשרה**

* כל מערכת תצהיר על עליונותה מאחרות כדי שלא תיבלע למערכת השנייה. אין אבן בוחן להכריע מי צודק. **מה קורה כש-2 מערכות רוצות לכוון התנהגות של בני אדם ויש התנגשות?**

1. עימות – כל מערכת מצהירה על עליונותה ומענישה את מי שמפר את הדין שלה. יוצר בעיות – אנשים לא יראו עצמם מחויבים לנורמות, ומדינות שיפרו דין בינ"ל ייפגעו בפוליטיקה וכלכלה.
2. פשרה – 4 שלבים:
   1. **הצהרה**- כל מערכת משפט מצהירה באופן מפורש שהיא עליונה למערכת המשפט השנייה.
   2. **הכרה בתחולה**- יחד עם זאת, מוכנה להכיר בתחולתו או לאפשר לדין של המערכת השנייה השפעה מסוימת.
   3. **מוכנות מוגבלת**- כאשר ההשפעה הזו תמיד תהיה מוגבלת.
   4. מבחינת המערכת מה שנותן את המעמד לנורמה של המערכת השנייה זה לא עצם הנורמה השנייה אלא נורמה או **החלטה מוסדית של המערכת**. המשב"ל מחייב מאחר וישנה החלטה שלנו לכבדו.

* דוגמא**:** שופט בישראל מצהיר שחוק המדינה עליון על הלכה, אבל מכיר בתחולה של ההלכה במוגבלות מסוימת בדיני נישואין. המעמד של ביה"ד נובע מהחוק המדינתי.
* **דוק' שמייצרות פשרה:** 
  1. הכלל שאומר שדין מדינתי לא מצדיק הפרת אמנה, אא"כ יש סתירה בוטה.
  2. דוק' ההתאמה הפרשנית למשב"ל- השופט ככל הניתן מפרש את דין המדינה בהתאם לדין הבינ"ל.
  3. הסכמי פשרה בין ביה"ד גרמני לביה"ד אירופי- כיבוד פסיקה של ביה"ד האירופי כל עוד אין פגיעה בנורמה חוקתית גרמנית.
  4. פסיקת "כל עוד" – כמו בפס"ד קאדי- ביה"ד של האיחוד האירופי יכבד את החלטת מועצת הביטחון כל עוד אין פגיעה בזכויות יסוד. זה בעצם היה פשרה ולא התנערות מהמשב"ל.

**עימות ופשרה בהקשר האמריקאי:** **(דין אמריקאי VS משב"ל)**

1. **פס"ד רופר**- דעת רוב: מבטאת פשרה- אסור לבצע הוצאה להורג של קטינים כיוון שההשקפה הערכית והמנהגית בעולם היא שזה לא מעשה ראוי. דעת מיעוט: מבטאת עימות- ההשקפה של העולם לא צריכה להשפיע על ארה"ב.
2. **פס"ד מדלן**- אזרח מקסיקני שנעצר בארה"ב צריך קודם לעבור מול נציג שגרירות של מדינת המקור שלו, ארה"ב הפרה את זה וה-ICJ הורה לה לקיים את ההליך. דעת הרוב: מבטאת עימות- קבעה שפרשנותו של ה-ICJ בנוגע לדין הבינ"ל אינה מחייבת את ביהמ"ש העליון האמריקאי. מה שמחייב הוא הפרשנות שביהמ"ש מעניק לדין הבינ"ל. דעת מיעוט: מבטאת פשרה- יש לכבד את ה-ICJ, לדין המנהגי יש מעמד.

* **דוגמא לעימות**:אחרי 11.09 ממשל בוש מקדם את הטענות הבאות: המלחמה בטרור היא סוג חדש של לחימה ולכן דיני לחימה לא חלים עליה, ומשכך ארה"ב רשאית לפעול איך שנראה לה; בזמן חירום לנשיא שק"ד איך להילחם, אפשר להתחשב במשב"ל אבל זו לא חובה. גם ארה"ב תקפה בעיראק בעקבות מסמכים שלימים התגלו כמזויפים, ואחרי שמועצת הביטחון אסרה על כך – מבטא זלזול מוחלט במשב"ל. בסופו של דבר שילמה מחיר על כך כי כיום בעלות הברית לא משתפות איתה פעולה למשל במלחמה בסוריה.
* **ארה"ב מתקשה במציאת קואליציות בעקבות המשב"ל, דוג':** בתי משפט בעולם פונים למשפט משווה למערכות משפט שמעריכים אותן. הפנייה לבתי משפט אמריקאים הצטמצמה כי השקפותיהם מתרחקות משאר העולם, למשל לגבי- עונשי מוות, יחס לאסירים קטינים, דיני לחימה.

**המשב"ל במשפט הישראלי**

* התרחבות של המשב"ל הפלילי ב-3 מישורים:
  1. התרחבות המדינות שמאפשרות העמדה לדין עפ"י סמכות אוניברסלית.
  2. הקמת ביה"ד הפלילי בהאג – נקרא ה-ICC. כ-125 מדינות חברות בו כיום. המשמעות היא שיש לו סמכות להעמיד לדין אנשים שביצעו פשעי מלחמה בתוך שטח המדינה החברה. למשל: פלסטין הוכרה כמדינה ע"י ה-ICC, ומעשי חיילי צה"ל בשטחים ניתנים לשיפוט.
  3. פחות פורמלי – דעת הקהל מושפעת מהפרות דין בינ"ל. אם פוליטיקאי רוצה ליצור קשר עם פוליטיקאי ממדינה אחרת, הוא יכול לצפות ללחץ ציבורי גדול אם מדובר במדינה שמפרה הדין בינ"ל.
* פס"ד בית סוריק- הפלסטינים באמצעות חבריהם באו"ם מבקשים חוו"ד משפטית מה-ICJ בנוגע לגדר ההפרדה. ישראל החרימה את ההליך והודיעה שאינו לגיטימי בעיניה- צעד חכם בעיני המרצה (היו יכולים לשלוח שופט אד-הוק מטעם ישראל). העמדה הישראלית (שלא מקובלת בעולם):
  1. השטחים הם כבושים לעניין אמנת האג, ולא ג'נבה הרביעית.
  2. ההתנחלויות חוקיות. העולם חושב שהעברה של אזרחים לשטח כבוש הוא הפרה של אמנת ג'נבה.

ישראל חטפה חוו"ד נוראית. אין התייחסות לפיגועי טרור ולמאות אזרחים שנרצחים. נקבע שגדר ההפרדה מפרה את עיקרון המידתיות של דיני הלחימה, כלומר הפגיעה באוכלוסייה קשה יותר מהיתרון הצבאי- חשד לפשע מלחמה.

פס"ד בית סוריק יוצא שבוע לאחר מכן ע"י הש' ברק. ברק חיכה מ-2 סיבות: [1] עיקרון השיוריות – אם ביהמ"ש המדינתי אוכף בצורה טובה את הדין, הזירה הבינ"ל לא מתערבת. [2] ברק משפטן מהמוערכים בעולם.

איך ביהמ"ש העליון מגיב לחוו"ד? הש' חשין דוגמא לעימות- נכנס בשופטי ה-ICJ ולדעת המרצה זה לא ראוי- אם זה היה דעת רוב זה היה מעביר מסר של זלזול בעולם ופוגע בישראל. הש' ברק – דוגמא לפשרה- מתחיל בהערכה ל-ICJ ומתחמק מהרבה סוגיות כדי לא להגדיל את הפערים (טקטיקה נכונה בעיני המרצה), אומר שלא היה להם את העובדות ולו יש, ויעשה עבודה כ"כ טובה שאין להם מה לדאוג (עיקרון השיוריות) ויפסול במידה ואין מידתיות- ואכן פוסל את התוואי. לימים ישראל הוציאה מסמך שמגיב לחוו"ד ומבקרת אותו אבל גם מציינת שהוא שונה כיום וזה כבר לא רלוונטי.

**נסכם:** טקטיקה של פשרה וכבוד היא טובה יותר כי עימות ישאיר את ישראל שאיננה מעצמה למבודדת.

* **ההגנה שהביקורת מייצרת:** בהמשך לפס"ד סוריק, ברק מבקר את פעילות צה"ל לפי המשב"ל בשורה של פסד"ים בשנים הכי מדממות של האינתיפאדה השנייה. במרבית הפסד"ים המדינה ניצחה ובחלקם היה צורך בשינוי מדיניות. הביקורת מייצרת הגנה במישור הבינ"ל, כי למשל עד היום לא הועמד ישראלי לדין בהליך של פשעי מלחמה, למערכות משפט אירופאיות יש כבוד למערכת המשפט הישראלית. כיום הביקורת פחתה וזה עלול ליצור ביקורת גדולה יותר מצד העולם.
* **מעמד המשב"ל המנהגי בישראל:** אנחנו שייכים למדינות עם מורשת אנגלית.
  1. קיימת חזקה פרשנית לפיה ראוי לפרש את הדין המדינתי בהתאם לנורמה בינ"ל שמחייבת את ישראל.
  2. בשאלת הקליטה – דין מנהגי נקלט באופן ישיר בדין הישראלי (בעל מעמד של דיני המשפט המנהלי המקובל- מעל חקיקת משנה ומתחת לראשית). כשיש סתירה עם חוק – החוק גובר.
  3. אמנה שלא אומצה בדין הישראלי – אין לה מעמד בדין הישראלי, לבד מחזקה פרשנית לעיל. אפילו תקנה גוברת.
  4. אמנה שאומצה לחוק/ תקנה – יחייבו בהתאם למעמדן הנורמטיבי (אם אומצה לתקנה ויש חוק סותר- החוק גובר. בהתאם למדרג הנורמטיבי של חוקים שלמדנו בחוקתי).
* **הרציונל של הבחנה בין משפט הסכמי למנהגי:** שיקול דמוקרטי - שהרשות המבצעת לא תכבול את הרשות המחוקקת. במנהג אין את זה כי אין שליטה של הממשלה עליו. אבל בהסכמי – רוה"מ יכול לחתום על אמנה עם מדינה וכך לגבור על חוקי הכנסת.
* בפועל בגלל חזקת ההתאמה הפרשנית יש כוח לאמנה שלא נקלטה בישראל. זה מעין מנגנון פשרה.
* **מנהג עליון לחקיקת משנה ונקלט אוטומטית** – כלומר מבטל תקנה ויוצר זכויות מסוימות, לדוג' חסינות דיפלומטית- דיפלומט שמפר חוק בשגרירות במדינה יהיה חסין מהליך משפטי בארץ אא"כ המדינה ויתרה על החסינות. אין מקור לזה בחוק אלא במשפט בינ"ל מנהגי. עבירת רצח – חייל ישראלי שיורה בחייל סורי בישראל – לא עומד לדין על רצח בגלל כללי המשפט המנהגי. נוהל שכן – נוהל שעירב שכן בתפיסת מחבל. בוטל עקב הפרה של "עיקרון ההבחנה" המנהגי- שלוחמים נלחמים ואזרחים לא. חקיקת משנה בוטלה.
* **שורת פסקי דין משנות ה-80** – הבדל בין דין מנהגי לדין הסכמי בישראל:
  1. פס"ד עפו – שמגר: איסור הגירוש הקבוע בסעיף 49 לאמנת ג'נבה – עוסק בגירוש המוני ולא אישי כמו במקרה דנן. בנוסף מדובר באמנה הסכמית ולא מנהגית שלא נקלטה בדין הישראלי, ולכן הדין הישראלי שמאפשר גירוש גובר עליה. בך: אומר שגם גירוש אישי אסור, אבל הדין המדינתי גובר כאמור.
  2. פס"ד וופאעלי – העברה של פלסטיני משטח כבוש לכלא ישראל. פסיקה דומה לפס"ד עפו לעיל.
* **בתקופה של שנות ה-80 עד 2009:** מבחינת פרשנות- גם גירוש של יחידים נאסר; ההשקפה הרווחת היא שזה פשע מלחמה; המדובר בדין מנהגי ולא הסכמי; מעמדו של המשב"ל הפלילי הלך וגבר.

לכן, לאור השינוי, ישראל הפסיקה לגרש. אבל אסירים כן מזיזים לתוך הארץ כי התנאים בכלא טובים יותר.

בפס"ד של בייניש 'המוזיקה' שונה יותר מפסקי הדין לעיל – ישראל מחויבת למשפט המנהגי ולאמנות שחתומה עליהן, ומבחינה תכליתית אסור לפגוע באנשים האלו ובגלל שהגיעה למסקנה שאין פגיעה קבעה שניתן להעבירם לבתי כלא בארץ.

* **מעמד של דין הסכמי:** מקום המדינה, העמדה הפורמלית היא שאין לאמנה שלא נקלטה מעמד, רק חזקה פרשנית.
  1. אין מעמד: פס"ד סמארה: **הפסקת האש של ישראל וירדן** קבעה שחקלאים יוכלו לעבור מצד אחד לשני (של הקו הירוק) כדי לעבד אדמותיהם. ישראל הפרה את ההסכמים הללו והחקלאים עתרו לבג"צ, שקבע כי אין להם זכות עמידה, כי ההסכם הוא בין ישראל לירדן, וירדן צריכה לפנות לגבי זה ולא הם. פסיקה פורמליסטית.
  2. מעמד באמצעות חזקה פרשנית: מאז זה השתנה, ההלכה היא כמו סמארה אבל באמצעות 'התאמה פרשנית', לדין הבינ"ל השפעה חזקה על פרשנות של ביהמ"ש במיוחד בדיני לחימה וזכויות אדם: בג"צ פלונים – **קלפי המיקוח**- ישראל פירשה בהרחבה את היכולת להחזיק במעצר מנהלי אזרח מעבר לתכלית של מסוכנות אישית כפי שקבוע במשב"ל (כדי להחזיר חיילים שנלכדו בצד האויב). בדיון בבג"צ בדעת רוב נקבע שהדין הישראלי גובר, ובדיון נוסף הדעה התהפכה באמצעות חזקה פרשנית – חייבים לפרש את חוק מעצר המנהלי ככזה שמאפשר מעצר מכורח מסוכנות אישית כפי שמקובל בזירה הבינ"ל. המרצה אומר שזו הפנמה של שינוי בזירה הבינ"ל בעניינים האלו.
* **דוג' נוספת לחיזוק מעמד נורמות הסכמיות בגלל חזקת התאמה פרשנית:** פקיד X יעשה Y:
  1. ביהמ"ש יקבע שהפעולה סבירה כי בנסיבות היה כדי לעמוד בדין בינ"ל הסכמי.
  2. פעולה הופכת ללא סבירה אם סותרת נורמה באמנה שישראל חברה בה. לדוג': מאסר עולם לקטינים- חוק העונשין נותן שק"ד לביהמ"ש האם להטיל עונש מאסר עולם על קטין, בבג"צ הש' דורנר קובעת שזה לא סביר כי זה סותר נורמות באמנה לזכויות הילד בה ישראל חברה.
* **האם ההסדר לפיו לאמנה הסכמית יש מעמד באמצעות חזקת הפרשנות הוא ראוי?** למה כן?
  1. תיאום אינסטרומנטלי – הקטנת סיכויי התנגשות בין דין ישראלי לבינ"ל.
  2. שלטון חוק בינ"ל – ישראל צריכה לעמוד במחויבותה.
  3. ערכים – זכויות אדם, דיני לחימה: אלו ערכים אוניברסליים מוסריים שראוי שישראל תעמוד בהם.

למה לא?

1. נתנו חיזוק לרשות המבצעת אל מול המחוקקת. כשנותנים מעמד לאמנה שלא נקלטה זה מחליש את הכנסת.
2. אם נחזק את חזקת ההתאמה הפרשנית, נחייב את המדינה לנורמות שלא מתאימות למציאות הקיימת. תשובה לכך: חקיקת חוק שסותר לחלוטין את האמנה ואז לא ניתן להשתמש בחזקת הפרשנות. תשובת נגד: גורמים לכנסת לבצע הפרה גלויה ובוטה.

* **פורום למשפט בינ"ל** [מופיע בסילבוס] מפנה זרקור לתופעה- ביהמ"ש חיזק מעמד של אמנות שלא נקלטו בישראל, ולכן מציע לערב את הכנסת בהליך האשרור/הצטרפות לאמנה, וזאת כדי לשמור על עיקרון הפרדת הרשויות- שהמבצעת לא תחליש את הכנסת.

1. **חסינות ואחריות מדינה**

* **חסינות מדינה** – הגנה שמעניק המשב"ל למדינה מפני הליכים שיפוטיים במדינה אחרת.
* **אחריות מדינה** *–* מדינה שהפרה נורמה של משפט בינ"ל- מטילים עליה אחריות (לא מדובר בהגנה).

**אחריות מדינה**

* **איך יודעים שמדינה הפרה נורמה של משב"ל?**
  1. צריך לגלות שהיתה הפרה של אמנה או מנהג
  2. ניתן לשייכו למדינה.
  3. השלב הבא- הטלת אחריות על המדינה בזירה הבינ"ל.
* כללי אחריות מדינה הם במנהג ולא קבועים באמנה. אבל יכול שבאמנה כלשהי ייקבעו שאם יש הפרה, יינקטו בצעדים מסוימים (פנייה לביה"ד או עונש), שיהיו בנוסף לדינים המנהגיים של אחריות מדינה.
* יש **מסמך של ה-ILC (international law commission)** שמומחים ניסחו וקבעו כללים בנושא, ויש הסכמה שזה משקף את הדין המנהגי.
* **לא לבלבל בין דיני אחריות מדינה לבין דין מהותי.** דוג': הפרת זיהום, אם מדינה לא מנעה זאת, זו הפרה- אבל מבחינת הדין המהותי. דיני אחריות מדינה זה משהו אחר.
* יסוד נפשי של הפרה – אין למדינה יס"נ, אבל יש אחריות קפידה וסוכנים עם כוונה, או דרישת נזק בתוצאה- שנקבעים בדין המהותי ודיני המדינה מתלבשים עליו.
* בודקים את דין ההפרה לא נכון להיום, אלא נכון למועד ההפרה.
* העובדה שמדינה פעלה בהתאם לדינה הפנימי היא לא תירוץ (בכפוף לחריגים בשיעורים קודמים). גם בדיני אחריות וחובות מדינה זה נכון – המדינה תהיה מחויבת לפצות ולא תתקבל טענה שהדין הפנימי התיר לה.
* **איך מייחסים אחריות למדינה?**
  1. אורגן דה יורה (עפ"י דין) – המקרה הפשוט. דין מדינתי קובע ששר, ראש עיר, פקיד, שוטר חייל וכו' חלק ממדינה. הדרגה לא משנה, אפשר להיות זוטר. נציין כי מדובר בפעולה שבסמכות ולא בחריגה ממנה. למשל: לוחמי שב"כ פשוטים של צרפת שתקפו אונייה מניו זילנד– הוטלה אחריות על המדינה.
  2. אורגן דה פקטו(בפועל) **–** לפעמים המדינה פועלת בחשאיות וממנה ארגונים ואנשים שאינם עובדי מדינה. המבחן הוא **תלות מוחלטת** של האורגן במדינה- שליטה מוחלטת של המדינה עליו- בלעדיה לא היה מתרחש. לדוג': במלחמת יוגוסלביה, סרביה תמכה בסרבים שניהלו מלחמת אזרחים בתוך בוסניה. הקרואטים (הצד השני) תבעו את סרביה ב-ICJ, והטענה נדחתה כיוון שלא הוכיחו תלות מוחלטת בין הסרבים בבוסנייה למדינת סרביה למרות שהיה מימון וסיוע. **מבחן צר ומחמיר.**
  3. אורגן שפעל ללא סמכות **–** אורגן של המדינה (בפועל או עפ"י דין) ופעל בניגוד לסמכות או הוראות מפורשות. פעל בניגוד לסמכות- זו הפעלה של שק"ד, ובניגוד להוראות מפורשות זה ללא שק"ד. מתי נייחס אחריות למדינה? מבחן **מסגרת הכשרות:**
     1. זיקה מהותית בין הפעולה לבין תפקידו של הגורם – שוטר שמרביץ לשגריר- סמכותו היא להשתמש בכוח לשם מעצר ולכן יש זיקה בין הפעולה לבין התפקיד של האורגן. פקידת סעד שתרביץ לא תתפרש באותה צורה.
     2. מבחן של סמכות נחזית – האם מנק' מבט של מתבונן מהצד זה נראה פעולה שלטונית?
        + צריך לבדוק את שניהם, אינם מצטברים, הדגש כיום הוא על המבחן השני.
        + גם אם הזיקה מאוד קטנה יטילו אחריות על המדינה, כי ראוי שתהיה לה שליטה על אורגניה.
* **חריג: אחריות של המדינה בגין פעולות של אזרחים שאינם אורגנים** –
  1. הדין המהותי קובע שיש חובת מניעה - כלומר, המדינה חייבת למנוע זיהום ואם היא לא מנעה אז יש לה אחריות (או במקרה של בוסניה יש חובה על מדינה למנוע רצח עם ולכן הוטלה אחריות).
  2. אימוץ במשתמע או במפורש של מעשים – **במפורש**- המדינה/גורם מוסמך שאומר שהמעשים הם של המדינה; **במשתמע**- קשה לזהות. עידוד של אזרחים לבצע פעולה מסוימת יכולה להיחשב אימוץ במשתמע. לדוג': סטודנטים איראנים שפרצו לשגרירות ארה"ב והפרו דין בינ"ל. ההנהגה האיראנית התנערה מזה אך ה-ICJ קבע שעודדה את פעולותיהם ולכן אימצה במשתמע את מעשיהם.
  3. מתן הוראה של מדינה – פולארד, אדם עצמאי, פעל בהוראת מדינה והפר דין בינ"ל.
  4. פעולה שנעשתה תחת שליטה של המדינה – המקרה המסובך. פעולה של אזרח / תאגיד לא ממשלתי (שמפרים דין בינ"ל) בשליטת המדינה ולכן נטיל עליה אחריות. עולה בהקשר צבאי – למשל איראן שמממנת ומסייעת מודיעינית לארגון טרור חיזבאללה שאינו מדיני. **איך מזהים שליטה?**
* מבחן השליטה האפקטיבית – המבחן הצר ICJ:בניקרגואה עלתה מפלגה סוציאליסטית רדיקלית, שארה"ב מימנה כנגדה ארגון מורדים בתוך המדינה בשם "קונטרה". המדינה תבעה את ארה"ב ב-ICJ, וארה"ב טוענת שהארגון פועל עצמאית והיא רק חברה שלהם. ביה"ד קובע את **מבחן השליטה האפקטיבית** – מימון, אימון, סיוע, מידע מודיעיני, לוגיסטיקה- לא מספיקים. **נדרש שלמדינה תהא שליטה אפקטיבית בפעולות, שכוונו על ידיה, כאשר הפעולות בעצם לא יכלו להתקיים ללא המדינה.** לכן באופן כללי לא הוטלה אחריות על ארה"ב חוץ מפעולות מסוימות שבוצעו ממש על ידיהם.
* מבחן השליטה הכוללת – המבחן המרחיב ICTY: המקרה של המלחמה בבוסניה. ה-ICTY (ביה"ד הפלילי) אומר שהמבחן של ה-ICJ לא ראוי כי בפרקטיקה מטילים אחריות על מדינה גם בגין מעשים של ארגונים לא מדינתיים, וגם כי לא ראוי לתת למדינה להתחמק מאחריות. לכן קבעו את **מבחן השליטה הכוללת** – מהו? סיוע ומימון לא מספיק, צריך בנוסף לכך **מעורבות בפעילות האופרטיבית.** לא צריך להיות הגורם המכוון בניגוד למבחן של ה-ICJ.
  + זהו המדרג מהחמור לקל: [1] תלות מוחלטת [2] שליטה אפקטיבית [3] שליטה כוללת.
  + ה-ICJ הביע דעה על מבחן השליטה הכוללת ואמר שזה לא חל באחריות מדינה אלא בסכסוך מזויין.
* **השלכות ותוצאות הפרה:**
  1. הפרה לא משפיעה על המשך קיומה של החובה – צריך להמשיך לקיים אותה.
  2. כשמדינה מפרה צריכה להפסיק להפר ולהבטיח שלא תעשה זאת שוב.
  3. עליה לתקן את המצב –"סטיספקשיין", 3 פעולות (לא תמיד ניתן לבצע את כולן ובד"כ זה נגמר במו"מ בין המדינות):
     1. השבה כשזה מתאפשר (מתי לא? השבה פיזית לא תמיד אפשרית, ובמקרים בהם הנזק מהשבה גבוה מהתועלת- סינון פסולת מהים).
     2. פיצויים על נזק שנגרם – על אובדן רווחים ולא פיצויים עונשיים.
     3. המדינה מודה שהפרה ומתנצלת.
        + בפרשת המרמרה – ישראל השיבה את האונייה, נתנה פיצויים והתנצלה.
* **איך מביאים לכך שמדינה תפסיק להפר?**
  1. סנקציות של האו"ם - פונים למועצת הביטחון של האו"ם שתוציא החלטה מכוח פרק 7, שאם המדינה לא תפסיק יוטלו סנקציות ע"י העולם. לא ראוי להשתמש בזה בכל מקרה אלא במקרים המאיימים על שלום עולמי. גם מדינות קבועות במועצה יכולות להטיל וטו. אופציה לא פרקטית.
  2. מנגנון מיוחד – אם יש בסוגיה הספציפית מנגנון מיוחד אז פונים אליו - אם מדובר למשל באמנה שמפנה לטריבונל מסוים, לדוג' באירופה אם מדינה הפרה זכויות אדם ביה"ד ידון בכך.
  3. Counter measures – המדינה הנפגעת מבצעת פעולות שמטרתן להפסיק את ההפרה. לדוג'- טורקיה ביטלה את כל ההסכמים הביטחוניים עם ישראל בגלל שהפרה דין בינ"ל. **מה הם התנאים ל"קאונטר מז'רס"?**
     1. הצעדים יכולים להינקט רק נגד המדינה עצמה.
     2. המטרה אינה עונשית אלא לדרבן את המדינה לחזור לקיים התחייבויותיה.
     3. צעדים זמניים ולא בלתי הפיכים שיפסיקו כשהמדינה חוזרת בה מהפרתה.
     4. ללא שימוש בכוח אא"כ לצורך הגנה עצמית.
     5. לא לפגוע בזכויות אדם.
     6. המעשים לא יכולים להפר את האיסורים שקבועים בדיני הלחימה בנוגע לפעולות תגמול. נסביר: מדינה השתמשה בנשק לא חוקי, המדינה הנגדית יכולה להחזיר באותו מטבע- אבל לא לפגוע באזרחים או שבויים. הגבלה על פעולות תגמול.
     7. לא לפגוע בנורמת "יוס קוגנס" (כגון עבדות, רצח עם וכו').
     8. לא לקטוע הליך או מנגנון שניתן ליישב סכסוך בדרכי שלום. (למשל- אמנה שקובעת שיש לשלוח מומחים ליישוב סכסוך והמדינה מתחילה בפעולות שיימנעו מהוועדה להגיע).
     9. הנזק שייגרם מה-"קאונטר מז'רס"- יהיה פרופורציונלי ביחס לנזק שנגרם למדינה הנפגעת.

**חסינות מדינה**

* הגנה על מדינה בתוך מערכת משפטית של מדינה אחרת. הרציונל:
  1. סיבה עקרונית – שוויון בין מדינות, שמדינה לא תכריז עליונות על אחרת.
  2. סיבה פרקטית – לולא חסינות כזו תתערער היציבות העולמית.
* **חסינות מתחלקת ל-2 קטגוריות:** 
  1. חסינות הריבון – חסינות של המדינה עצמה בהליכים אזרחיים (ולא פליליים- לא יכולה להיות אשמה בפלילי).
  2. חסינות של גורמים במדינה – כמו חסינות דיפלומטית, קונסולרית, ראשי מדינה, משלחות דיפלומטיות, צבא מבקרים. הכללים לגבי כל אחת מהן שונים.
* **חסינות מוחלטת-** מדינה ניתן לתבוע רק במדינה שלה. בעשורים האחרונים זה מצטמצם לפעולות שהן שלטוניות באופיין. בישראל יש 2 מבחנים לכך:
  1. טיב הפעולה – מבחן צורני אובייקטיבי, האם זה נראה כמו פעולה שרק שלטון יכול לבצע ולא אדם פרטי?
  2. מטרת הפעולה – האם מטרת הפעולה הוא מימוש מטרה שלטונית או לא?
* **פס"ד קנדה נ' אדלסון:** ויכוח של מדינת קנדה לגבי חוזה שכירות עבור השגריר שלה. מבחינת מטרת הפעולה – היא שלטונית כיוון שעוזרת לשגריר לבצע תפקידו. מבחינת טיב הפעולה – חוזה שכירות לנכס לא ייחודי לשלטון. ברק הולך לפי **טיב הפעולה** כדי למנוע פגיעה בזכות של האנשים ולא מעניק חסינות לקנדה.
* **חוק חסינות מדינות זרות התשס"ט:** סעיף 2 קובע שיש חסינות למדינה זרה, ובהמשך יש סייגים:
  1. סעיף 3 קובע שתביעה שעילתה מסחרית תהיה למדינה חסינות רק אם טיב פעולתה שלטוני-מאמץ את המבחן של ברק.
  2. סעיף 5 **חריג נזיקי** - קובע שלא תהיה חסינות כאשר מדובר בתביעה נזיקית בגין עוולה שמקיימת שני תנאים:
     1. עוולה שבוצעה בישראל.
     2. גרמה לנזק לגוף או לרכוש מוחשי בלבד (לא זכויות יוצרים למשל).

ולא משנה אם מדובר בפעולה מסחרית או בפעולה שלטונית.

* סייג לחריג - ככל הנראה תהיה חסינות במקרה כזה, רק אם מדובר בפעולה מלחמתית (כלומר, אם ישראל תלחם בלבנון אז אזרח ישראלי לא יוכל לתבוע את לבנון על נזקים שנגרמו לו).
  1. סעיף 4 – חוזה עבודה עם עובד שהוא אזרח או תושב ישראלי ונכרת בשטח ישראל או אמור להתבצע בה.
  2. סעיף 6 – תביעות הקשורות לנכסי מקרקעין הנמצאים בישראל.
  3. סעיף 7 – תביעות הנוגעות לקניין רוחני.
  4. סעיף 8 – תביעות חפציות נגד אונייה או מטענה.
  5. הוצאה לפועל: בנוגע להוצאה לפועל יש למדינות חסינות רבה יותר; אך גם זו חסינות מוגבלת. בחריגים מסוימים שקבועים בחוק - סעיף 15 – קובע חסינות מפני הליכי הוצאה לפועל בישראל וכן שלא יוטל קנס או מאסר על מדינה זרה או על אדם הפועל בשמה.
  6. ויתור על חסינות: סעיף 9+10: מדינה יכולה לוותר על חסינותה ולהסכים לשיפוט על ידי המדינה האחרת מפורשות או בהתנהגות-למשל, התייצבות בבית המשפט והתחלה של ניהול הליך.

1. **מדינה**

* **המדינה היא השחקן המרכזי בזירה הבינלאומית:** 
  1. יש שוויון בכל המדינות.
  2. "כלל לוטוס" – המדינה רשאית לפעולה כרצונה כל עוד זה לא נאסר במשב"ל. דומה לעיקרון החוקיות. בדיני לחימה זה לא חל.
  3. עיקרון של אי התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה – לא מוחלט עם דיני זכויות אדם.
  4. למדינה ונציגיה חסינויות. המשב"ל מעניק חסינויות שונות: חסינות ריבון/דיפלומטית כך שזה מצמצם את החשיפה לתביעה במערכת משפט מדינתית.
* **התנאים לכך שמדובר במדינה, לפי אמנת Montevideo**:
  1. קיומה של אוכלוסייה קבועה. (תנאי לא דקדקני- הכמרים בוותיקן הוגדרו כאוכלוסייה)
  2. טריטוריה – אין דרישה לרציפות הטריטוריה – ע"ע ישראל בתחילת דרכה.
  3. שלטון – ריבון ממשלתי על האוכלוסייה בשטח. גם לא דקדקני- מכירים בכך שמדינה יכולה לקום מתוך מלחמה ושליטתה מעורערת (לטביה שהכריזה עצמאות ורוסים שלטו ב-50% מהשטח). כמו כן, מדינה ממשיכה להתקיים למרות שהשלטון מתפרק (לבנון ומלחמת האזרחים).
  4. עצמאות – היכולת לנהל יחסים דיפלומטיים. גם תנאי לא מחמיר- דוג': ניו זילנד מייצגת את מדינת ייקוק באו"ם.
* **האם נדרש שהמדינות בעולם יכירו בקיומה של המדינה?** 2 גישות:
  1. **גישה קונסטיטוטיבית** – בלי הכרה עולמית אין מדינה. בעייתיות: מצבי ביניים שהרבה מדינות מכירות במדינה והרבה לא. מה הקריטריונים להכרה? לפי גישה זו הכרה היא כמו תנאי חמישי של ארבעת תנאי "מונטווידאו".
  2. **גישה דקלרטיבית** – (גישת הרוב) מדינות יכולות להתקיים ללא הכרה בהם. זה יוצר מצב בעייתי ולא מסודר. זה לא אומר שאין להכרה הזו משמעויות והשלכות, להלן 4 מהם:
     1. מידת הדקדקנות בה נבחן את תנאי "מונטווידאו" – ככל שההכרה יותר רחבה נהיה יותר סלחנים לעניין התנאים למדינה באותה אמנה.
     2. הכרה במדינה מביאה להבעת עמדה בנוגע לגבולות המדינה – בישראל הכירו אבל לא הביעו עמדה לגבי הגבולות. דוג' אחרת: העולם הכיר בקוסובו כמדינה, ומאחר שבצפון קוסובו שלטו הסרבים, העמדה המקובלת היא שזה שטח כבוש.
     3. הכרה היא פתח ליצירת יחסים דיפלומטיים עם אותה מדינה.
     4. האפשרות להצטרף לארגונים בינ"ל – להם נדרשת הסכמה בכדי להצטרף, אם לא תהיה הכרה לא תוכל להצטרף.
     5. לא תינתן חסינות ריבון או חסינות דיפלומטית.
* **מקרים בהם לא יכירו במדינת למרות קיומם של תנאי "מונטווידאו":**
  1. כאשר הקמת המדינה נעשתה תוך ביצוע רצח עם, טיהור אתני, או פשעים נגד האנושות (כולם זה מעשי טבח באוכלוסייה).
  2. אם המדינה הוקמה במעשה כיבוש לא חוקי. (טורקיה שכבשה את צפון קפריסין)
  3. "בנטוסטאנים"- מדינות אפרטהייד- לדוג': דרום אמריקה שהקימה מדינה רק לשחורים כדי שיגורו בה ורק ויבואו לעבוד אצלם. מדינה שקמה כדי לשרת שלטון אפרטהייד לא יכירו בה.
* **מתי אנו עשויים (= מילים רכות ☺) להיות יותר סלחניים לגבי תנאי מונטוידיאו –** 
  1. עיקרון ההגדרה העצמית – במלחמת העולם הראשונה מתפרקות 3 האימפריות כך שכל העמים תחתיהן יכולים להקים מדינות על בסיס הגדרה עצמית. אחרי מלחמת העולם השנייה, זה מוגדר ע"י האו"ם עיקרון יסוד מסוג "ארגה אומנוס" (הפרה שלו היא כלפי כל המדינות בעולם), ובעקבות כך הקולוניות מתפרקות.

**הקבוצה שזכאית להגדרה עצמית**- בודקים אותה לפי סממנים אובייקטיבים וסובייקטיביים- אובייקטיבי: קבוצה בעלת היסטוריה, שפה ומאפיינים תרבותיים משותפים. סובייקטיבי: בודקים איך החברה תופסת את עצמה.

* 1. עיקרון יציבות (שיקול נגד הגדרה עצמית) – מתבטא ב-2 עקרונות משפטיים במשב"ל:
     1. **עיקרון השלמות הטריטוריאלית** – נכיר במדינה בתוך גבולותיה.
     2. **"אוטופוסידטיס"** – יש לעקוב אחרי הגבולות הקיימים. כל קו גבול חדש שישרטטו הקבוצות השונות הן לא יסכימו ויצור מידה מסוימת של ערבוב. ולכן, הולכים לפי כלל יציבות הגבולות**.**
* הרציונאל בשניהם הוא יציבות המונעת מצב בו כל קבוצה שיש לה זכות להגדרה עצמית תקבל מדינה - זה אומר שאם יש מדינה הכוללת מיעוט גדול, ככלל לא יתנו לו להכריז עצמאות. עקרון היציבות גובר על הזכות להגדרה עצמית - מיעוט לא יוכל לפרוש באופן חד צדדי ולהקים מדינה באופן חד צדדי.
* **יש מקרים בהם הסתירה בין העקרונות הנ"ל קטנה**- ואז נטה להכיר במדינה ולהיות סלחניים, בד"כ בסיטואציות שיש טריטוריה ללא דורש וריבון קודם:
  1. כאשר שלטון קולוניאליסטי פורש משלטון בו היה כובש- הרוב האתני יכול להכריז על מדינה.
  2. פדרציה מתפרקת- שורה של מדינות מכריזות על עצמאות.
  + בשני המקרים ניצמד לגבולות הקיימים – "אוטופוסידטיס"- ולא נפרק את כל האזורים כי זה יגרום למלחמת אזרחים. (זה יטען- ההר שלי, והשני יטען שההר שלו וכו')
* **דוגמאות:**
  1. מזרח טימור – פורטוגל הקולוניאליסטית יצאה מהשטח ואינדונזיה כבשה אותו. בעקבות לחץ בינ"ל יצאה מהשטח עקב הטענה של האוכלוסייה המקומית להגדרה עצמית.
  2. ברית המועצות – כשהתפרקה, המדינות של הפדרציה מקבלות עצמאות, ולא האזורים בתוכן מתוך עיקרון ה-"אוטופוסידטיס".
* **מה קורה אם מיעוט רוצה להיפרד? 2 גישות:**
  1. ביהמ"ש העליון הקנדי (פס"ד קויבק): עקב עיקרון השלמות הטריטוריאלית ויציבות, יש צורך ב-2 הסכמות: הסכמת המיעוט שרוצה להיפרד (משאל עם), והסכמת השלטון הכללי (באמצעות משאל עם או החלטת פרלמנט).

**חריג:** מיעוט שבאופן עקבי לא מקבל זכויותיו במדינת הרוב, יכול לפרוש מבלי לשאול את השלטון הכללי.

* 1. ה-ICJ (פס"ד קוסובו): בהפשטה: קוסובו הכריזה באופן חד צדדי על עצמאות בתוך סרביה עקב הכרה של האיחוד האירופי (אבל הודגש שיש להתחשב בעיקרון השלמות הטריטוריאלית, והחלטת מועצת הביטחון חייבה לנהל מו"מ).**נקבע:**
     1. בנוגע לעיקרון השלמות הטריטוריאלי - החובה לקיים אותו חלה על מדינות, וקוסובו, עד שהפכה להיות מדינה, הייתה רק קבוצת מיעוט, ולכן לא הייתה לה מחויבות לעיקרון הזה.
     2. לגבי החלטת מועצת הביטחון - זו החלטה שאומרת שצריך לנהל מו"מ, אך אם המו"מ לא מנוהל בתו"ל או נגרר עד אין קץ, הרי שבשלב מסוים זו כבר לא תחשב הפרה של ההחלטה.

ICJ מוסיף ואומר שהשאלה אם המדינה קיימת או לא, זו שאלה עובדתית ולא משפטית. יש חריגים מאוד צרים, שבהם גם כאשר מדינה תהיה קיימת מבחינה עובדתית לא נכיר בה מבחינה משפטית (חריגים של רצח עם, אפרטהייד וכיבוש לא חוקי). קוסובו נוצרה כמדינה בלי שהופרו אחד משלושת הכללים האלה, ולכן היא מדינה מבחינה משפטית.

לסיכום: ICJ אומר **שקבוצות לאומיות יכולות להשתחרר ממדינות האם שלהן גם כשאין שלילה קיצונית של זכויותיהן ובלי הסכמה של מדינת האם,** והמדינה החדשה לא תוכר מבחינה משפטית רק אם היא תיווצר תוך כדי הפרה של אחד מ-3 התנאים (רצח עם וכו'). בכך החלטת ICJ למעשה מתעלמת מעקרון היציבות.

* **האם פלסטין היא מדינה?** הפלסטינים מכריזים שהם מדינה ב-88, וכמה מדינות מכירות בהן. ב-2011 היתה הכרזת עצמאות של הרש"פ שהיא מדינה פלסטינית.
  1. אוכלוסייה- יש.
  2. טריטוריה - הרשות בחלק, אנחנו בחלק וחמאס בחלק. אין מספיק שליטה בטריטוריה לטענת ישראל ולטענת הפלסטינאים- לא חייב שליטה מלאה. (זה ספקטרום). אבל ישראל לא שלטה ב-60% מהשטח כשהכריזה עצמאות.
  3. יחסי חוץ - יש להם יחסי חוץ ושגרירויות. פלסטין היא מדינה משקיפה באו"ם. לפי הסכמי אוסלו הם התחייבו לא לקיים יחסי חוץ.
  4. שלטון אפקטיבי - כמו בטריטוריה, חלק כן וחלק לא.
     + - טיעונים של ישראל שהתנאים לא מתקיימים הם חלשים – הלא גם ישראל לא ענתה עליהם בתקומתה.
* **התנאים שמשחקים לטובת הפלסטינים:** 
  1. מסמך ה-ICJ בנוגע לגדר ההפרדה- הוכר שם כי מדובר בשטח כבוש. חוו"ד לא מחייבת.
  2. הזכות להגדרה עצמית מתקיימת. הטענה שאין כזה דבר עם פלסטינאי - העמדה היא שאמרנו שמסתכלים במידה רבה על איך הם מגדירים את עצמם.
  3. החריג של ביהמ"ש העליון הקנדי: אי מימוש זכויות, הפלסטינים לא שותפים לבחירות וכדו'.
  4. אין ריבון קודם בשטח.
* טענת נגד של ישראל, 2 דעות: אדמונד לוי *–* כתב המנדט ייעד השטחים לישראל. אבי בל ויוג'ין – "אוטופוסידטיס"- הישות הקודמת שהיתה היא א"י המערבית- ישות אחת שלא ניתנת לפריקה.
* המרצה אומר שאלו טענות בעייתיות כי ישראל מעולם לא טענה שזו העמדה שלה, להפך: הכירה בחלוקה עם הערבים במגילת העצמאות, ב-67 לא סיפחה את השטחים והשאירה אותם בשלטון צבאי, ובהסכמים עם הפלסטינים, מצריים וירדן הצהירה שמחויבת להחלטה 242 לפיה תוותר על שטחים שנכבשו תמורת שלום (צרפת: "מהשטחים", אנגלית: "משטחים").
  1. הכרה דקלרטיבית – לכאורה לא משפיע, אך כפי שאמרנו תגרום לנו להיות סלחניים לגבי 4 התנאים של "מונטווידאו". לאחר שמועצת הביטחון דחתה את הפלסטינים להיות חברים באו"ם, בגלל וטו של אמריקה, העצרת הכללית נתנה להם מעמד של חברה משקיפה ברוב של כ-140 מדינות. ומאז הכירו עוד מדינות בפלסטין. המרצה מציין שישראל הוכרה כמדינה גם על בסיס החלטה של האו"ם וזה נראה רע. עוד ציין כי בקום המדינה ישראל טענה להגדרה עצמית והכרה קונסטיטוטיבית כדי להתקבל כחברה באו"ם.
  2. כל עוד התנהל מו"מ עם ישראל והפלסטינים, ה-ICJ יכיר בו, אבל כל עוד לא הגיע למבוי סתום. אבל המו"מ התפוצץ והעמדה המקובלת היא שזה בגלל ישראל.
* **התנאים שמשחקים לטובת ישראל:**
  1. עניין השלטון – הפלסטינים לא שולטים בעזה עקב שליטה של החמאס ושליטה עקיפה של ישראל, ולכן רכיב השלטון במונטווידאו לא מתקיים. אך זה טיעון חלש.
  2. מו"מ – מה שיכול לעזור זה משא ומתן. המו"מ בין ישראל לפלסטינים היה אמור להסתיים ב-99, וככל שאנחנו מתרחקים משם, זה נראה כאילו הגענו למבוי סתום שבגינו ה-ICJ פסק לטובת קוסובו.
  3. ריבונות על השטח – עמדת אדמונד לוי- ייעוד השטחים היה למדינת ישראל. אבי בל- מדובר בשטח שהוא ישות אחת, א"י המערבית – והיא לא ניתנת לחלוקה עפ"י עיקרון האוטופוסידטיס. (נזכיר: הבעיה שישראל מעולם לא טענה לאלו ואפילו פעלה בכיוון ההפוך – לעיל).

1. **יישוב סכסוכים – מלחמה ושלום**

* אמנת האו"ם אוסרת על שימוש בכוח לפתרון סכסוכים אא"כ זה להגנה עצמית או שמועצת הביטחון מאשרת.
* סעיף 33 לאמנת האו"ם – מנגנונים ליישוב סכסוך – תיווך, גישור, בוררות, חקירה, הליך שיפוטי והסדר באמצעות גופים אזוריים. ניתנים לחלוקה ל-2 סוגים (הבחנה לא תמיד מובהקת):
  1. מגנונים שיפוטיים.
  2. מנגנונים דיפלומטיים (בהעדר חיוב כלשהו מאמנה על כך, לא מחייבים)
* **מנגנונים דיפלומטיים:**
  1. מחאה דיפלומטית - זימון השגריר לנזיפה, קריאה לשגריר לשוב הביתה - מדובר בדרכים לאותת לצד השני שיש חוסר נחת מפעולה מסוימת וחוסר שביעות רצון.
  2. שימוש בצעדי נגד - אמצעי יותר משמעותי, counter measures. מדינה שהפרה מוחזרת לה הפרה.
  3. מו"מ - בילטראלי/מולטילטראלי. יושבים ומדברים.
  4. תיווך – סוג של מו"מ באופן דיפלומטי.
  5. פישור - קונסליישן. בשונה מתיווך רגיל, בפישור, המפשר מציע פתרון לסכסוך. תיווך רק מתווך בין הצדדים. בשונה מבוררות, הצעת המפשר היא לא מחייבת.
  6. חקירה - הצדדים ממנים ועדה של נציגים מהמדינות המסוכסכות שאמורים לבדוק את אי ההסכמה העובדתית.
  7. מנגנונים אזוריים – פותרים סכסוך באזור הרלוונטי בדרכי שלום- כמו האיחוד האירופי, ליגה ערבית, ארגון מדינות אפריקה וכו'. יש להם הכרות מיוחדת עם הנסיבות של האזור וזה יתרון.
  8. מועצת הביטחון – יכולה לתת המלצה מכוח פרק 6 על ניסיון דיפלומטי לפתור את הסכסוך. כשזה מפרק 7 זה מחייב. גם העצרת ו-וועדות שונות יכולות להוציא מסמכים כאלה.
* **המנגנונים הם לא מדע מדויק: ועדת פלמר**- לכאורה וועדת חקירה בין ישראל לטורקיה, אך בפועל מפרשת את הדין הרלוונטי ומציעה פתרונות לסיום הסכסוך.
* **מנגונים שיפוטיים**: 3 מרכזיים:
  1. בוררות – החלטת בורר מחייבת במשב"ל (בניגוד למשפט מדינתי). למשל: ועדת בוררות בין אתיופיה לאריתראה.
  2. טריבונלים שמוקמים מכוח אמנה ספציפית- גם אמנה בילטרלית, אבל בד"כ אמנה מולטילטרלית, והטריבונל עוסק בנושאים הנוגעים לאמנה. למשל - בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין לענייני הים שהוקם לאור האמנה המתאימה.
  3. ICJ – טריבונל בקטגוריה נפרדת שלא מוגבל לנושא מסוים.
* **אל ה-ICJ מגיעים במס' דרכים:**
  1. אמנות שונות שקובעות שסכסוכים יוכרעו ב-ICJ, לדוג':
     1. אמנת רצח עם – כל סכסוך בנוגע לאמנה ידון ב-ICJ בין המדינות.
     2. אמנה בדבר יחסי שלום בין ארה"ב לאיראן- כנ"ל.
  2. הסכמה אד-הוק- כל מדינה שמסכימה שסכסוך ידון ב-ICJ. אופציה שקבועה באמנת האו"ם ומסמכים מכוננים של ה-ICJ.
  3. הצהרה – מדינות מפקידות הצהרה ב-ICJ לכך שמסכימות שכל מדינה יכולה לתבוע אותה. ארה"ב וישראל היו כאלה עד שנות ה-80. אבל ל-ICJ יש סמכות עדיין לתת חוו"ד משפטית לא מחייבת.
* **למה מדינות מחליטות ללכת להליך שיפוטי, הלא זה מגביל את שליטתן?**
  + 1. בטוחות בצדקת דרכן מבחינה משפטית.
    2. יש מקרים שבהם המחיר שלא לפתור את הסכסוך יותר גדול מהמחיר של להפסיד בהליך שיפוטי.
    3. כמו כן, יש מדינות שהאתוס שלהן הוא אתוס של מחויבות למשב"ל.
    4. מדינות נפגשות אחת עם השנייה במקרים רבים- סכסוך קטן יכול להרוס מערכת יחסים שלמה. לא מחיר של סכסוך ספציפי אלא מערכת יחסים שלמה ומורכבת. אם כולם מצטרפים לאיחוד האירופי אז הרבה סכסוכים כלכליים יכולים להיווצר ולכן מלכתחילה כדאי למצוא דרך להסדיר סכסוכים.
    5. לפעמים מדינות לא חושבות עד הסוף, חותמות על אמנות שנראות טוב ולא מבינים שיש השלכות רציניות לעניין.

**איסור שימוש בכוח-** **פתרון סכסוכים באמצעות מלחמה:**

* יש הבחנה בין דינים שעוסקים בשלום, לבין דינים שעוסקים במלחמה ש**מתחלקים ל-2 סוגים:**
  1. Jusadbellom - JAB "דיני שימוש בכוח" – מתי מדינה רשאית להפעיל כוח ובאיזה עוצמה היא צריכה להיות.
  2. Jusinbello- JIB "דיני לחימה" - עוסק בהסדרים שחלים כשקיימת מלחמה.
* יש הבחנה מוחלטת בין 2 הדינים הללו. בדיני שימוש בכוח ההשקפה היא שצד אחד תוקפן וצד שני קורבן- ההנחה היא היעדר שוויון. לעומת זאת, בהסדרי הלחימה, יש הנחה של תחולה שווה על שני הצדדים- גם התוקפן והקורבן מחויבים להם.
* **נוצר ערבוב מושגים:** בעברית דיני לחימה זה JUSINBELLO אבל משתמשים בזה הרבה פעמים ל- 2 המונחים יחד. דיני מלחמה זה JUSADBELLOM אבל משתמשים בזה הרבה פעמים ל-2 המונחים יחד. דיני העימות המזויין- זה כמו להגיד 'דיני לחימה' רק זה התחכמות. משב"ל הומניטרי- או JUSINBELLO או שמשתמשים בזה ל- 2 המונחים יחד).
* **היסטוריה:** אחרי מלחמת העולם הראשונה יש 2 עמדות:
  1. למדינות שק"ד לפתוח במלחמה.
  2. מלחמה היא לא אמצעי לגיטימי לפתרון סכסוך. מתבטאת ב-2 אמנות:
     1. אמנת ליגת האומות- המנגנון הוא פנייה לחבר הלאומים כדי לפתור את הסכסוך, אם לא מצליח אפשר לצאת למלחמה.
     2. אמנת "קלוג ברייאן" – הסכם מ-1928, קובע שיציאה למלחמה זה פשע בינ"ל- 'נגד השלום' או 'תוקפנות'. לאחר מלחמת העולם השנייה שופר המנגנון ל- "אכיפת פשע התוקפנות"- קביעה שיציאה למלחמה היא פשע ואכן מעמידים לדין נאצים ויפנים על פשעיהם. לאחר מכן זה מוקפא והתוכן שלו משתנה- 'תוקפנות' זו הפרת דיני שימוש בכוח. ב-2010 חברות ב-ICC ניסחו פרוטוקול לאכיפת פשע התוקפנות ומדינה שחתמה עליו, זה ייאכף נגדה במקרה של הפרה, בהתקיים תנאי שעד 2017 יחתמו בו 30 מדינות, ואכן אחרי 2017 תהיה סמכות ל-ICC לאכוף סנקציה נגד המדינות.
* **אמנת האו"ם לגבי הסדרת השימוש בכוח:** מורכב מאיסור וחריגים לאיסור.
  1. האיסור הגורף – סעיף 2(4): כל המדינות החברות באו"ם צריכה להימנע מאיום או שימוש בכוח כנגד עצמאות טריטוריאלית, ריבונות של מדינה, או באופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האו"ם ושמירה על שלום.
* המדובר בכוח פיזי.
* יש ויכוח אם התקפת סייבר או "בום על-קולי" זה שימוש בכוח.
* איום גם נחשב לשימוש בכוח.
* הזזת כוחות לטריטוריה אחרת- שימוש בכוח. הודעה על הגנה עצמית- לא שימוש בכוח.
* איסור על שימוש בכוח הוא לא רק מנהגי אלא **"יוס קוגנס"**- נורמה קוגנטית.
  1. **החריגים לאיסור:**
     1. החריג הקולקטיבי – אישור של מועצת הביטחון. המנגנון הקבוע בפרק 7- הרעיון שמועצת הביטחון תהיה שוטר עולמי, ולכן בא ס' 39 והעניק סמכות לקבוע שסיטואציה מסוימת מהווה אחת משלושה דברים:
        + - איום על השלום העולמי, ללא הפרה של דיני השימוש בכוח.
          - הפרה של השלום העולמי.
          - תוקפנות, כלומר - הפרה פלילית של השלום העולמי. המקרים החמורים.
* כאשר נקבעה אחת החלופות הללו, מועצת הביטחון יכולה להחליט מהם האמצעים שיש לנקוט ע"מ להחזיר את השלום על כנו. **לא צריך להיות הפרה בפועל, אלא מספיק שזה קרוב.**
* ס' 42, נותן סמכות לעשות שימוש באמצעים כוחניים על מנת להחזיר את השלום והביטחון. הפנטזיה הייתה שיוקם כוח צבאי רב לאומי שינוהל במשותף על ידי הרמטכ"לים של המדינות החברות הקבועות באו"ם. בפועל, האו"ם והמועצה מסמיכים מדינה או קואליציה של מדינות להפעיל כוח.
  + 1. חריג ההגנה העצמית – סעיף 51- החריג העיקרי. צריך לדווח על כך למועצת הביטחון וההנחה היא שהמועצה יכולה להורות להפסיק. **מה התנאים שעל פיהם מותר להפעיל שימוש בכוח כהגנה עצמית?**
       - הגנה עצמית היא **נגד התקפה חמושה.** למשל כאשר פוגעים בשלמות הטריטוריאלית של המדינה- כלומר שימוש בכוח בצורה רצינית ולא סתם תקרית. לא די ב"שימוש בכוח" או ב"איום בשימוש בכוח", התקפה חמושה זה דבר יותר קיצוני ומצומצם. כניסה של כוחות לשטח מדינה זו התקפה חמושה, אבל כניסה לשטח אווירי? לא בטוח שזה אפילו שימוש בכוח.
       - **התקפה חמושה צריכה להיות כנגד המדינה**- ברור שפגיעה בטריטוריה של המדינה היא נגד המדינה, אבל מה עם נציגים של המדינה? יש עמדות שונות אבל הסברה היא שזה נחשב נגד המדינה. יש גם חילוקי דעות לגבי תקיפת/חטיפת אזרחים- העמדה המקובלת היא שזה לא נחשב. יש מאזן אימה בין חטיפת אזרחים מצד מדינה בלי פחד, לבין פתיחת מלחמה על כל דבר.
       - **מי צריך להיות התוקף**? מדינה תוקפת- המקרה הפשוט. מה קורה אם זה ארגון לא מדינתי כמו חיזבאללה? מחד- אם נאפשר כאן הגנה עצמית, התנהגות פלילית תיתן פתח ליצירת מלחמה. מאידך- כאשר מדינה לא מסוגלת להשתלט על מה שקורה בתוכה אין ברירה למדינה המותקפת. עד ה-11.9 העמדה המקובלת היא שהתקפה מארגון לא מדינתי לא מהווה התקפה חמושה ולכן לא ניתן להפעיל הגנה עצמית. שני עניינים בנושא:
         * כשארה"ב הותקפה ע"י אל קעידה, מועצת הביטחון מכוח פרק 7 הכירה בזכותה להגן על עצמה.
         * ה-ICJ בחוו"ד על גדר ההפרדה- אמר לישראל שטענה להגנה עצמית זה לא רלוונטי, חטף ביקורות בכל העולם על כך. לכן במקרה אחר- פס"ד אוגנדה נגד קונגו הושאר בצ"ע.
       - **מגבלות נוספות על השימוש בכוח (מהמשפט המנהגי)-** תנאים אלו נקראים "תנאי קרולינה" (תקרית בין קנדה שרצתה לתקוף ארגון לא מדינתי בארה"ב ואונייה שטבעה). התנאים:
       1. נחיצות- אין חלופה אחרת.
       2. מידתיות- לא לבלבל עם נורמה אחרת של מידתיות- "Jusinbello". התקפת נגד צריכה להיות מידתית, עמום. 2 פרשנויות:
          1. איכותנית- אם ירו על המדינה טילים, המטרה של המדינה היא **לא** להגיב על עצם כמות הטילים שירו, אלא למגר את איום הטילים. הבעיה שזה פותח פתח לניצול לרעה - מאפשר על מתקפה קטנה לפתוח במלחמה טוטלית, משום שגודל האיום זה משהו מאוד סובייקטיבי.
          2. כמותית- קיבלת טיל? תחזיר טיל חזרה.
       3. מיידיות- צריך להגיב מיד, בזמן הקרוב ביותר שבו הייתה הזדמנות להגיב. מיידיות הפעולה זה גם אינדיקאטור לנחיצות כי אם מחכים שנה עד שמגיבים, כנראה שהתגובה לא נחוצה.
* **האם מותר לבצע מתקפת מנע**? נבחין בין שני סוגים –
  1. תגובה להתקפה צפויה- במלחמת ששת הימים ישראל התחילה, וטענה שהיו כוחות ירדנים וסוריים על הגדרות ולא רצתה לחכות שיתקפו אותה כשברור לה לחלוטין שזה עתיד לקרות.

**למה כן?** ניתן לפרש את המונח התקפה באופן גמיש; המשפט המנהגי בנוגע להגנה עצמית הוא מעט יותר רחב מהתנאים שקבועים בס' 51. **למה לא?** זה יהיה פתח לניצול לרעה של הגנה עצמית.

* 1. תגובה להתקפה מונעת- אויב של מדינה מפתח נשק גרעיני, ברור שאחרי שהוא יפתח אותו הוא יוכל להשמיד את המדינה ולא תעזור שום הגנה עצמית ביום שאחרי. האם ניתן לתקוף גם כאשר לא צפויה בעתיד הנראה לעין התקפה מצד אותה המדינה?
* ישראל וארה"ב בעד מתקפות אלו, האירופאים נגד. ניתן לומר שהעמדה המקובלת בעולם היא נגד.
* הקונצנזוס הוא שאם יש מלחמת בין שתי מדינות ומדינה אחת היא בעלת ברית היא יכולה להתערב ולסייע, בתנאי שהמדינה עצמה עומדת בתנאי ההגנה העצמית.
* **האם ומתי מותר להתערב במלחמת אזרחים?** **קיימות 3 גישות:**
  1. הגישה הא-סימטרית- למדינה תמיד מותר לבקש עזרה מבעלות ברית. לעומת זאת סיוע לכוח מורד זה התערבות ביחסים פנימיים של המדינה. הבעיה בגישה זו היא שהרבה פעמים מי שצודק הוא מורד, וגם בעצם ההיתר להתערב אנחנו עשויים להרחיב את הסכסוך.
  2. הגישה של השוויון הנגטיבי- אסור להתערב באף צד, אא"כ מועצת הביטחון אישרה.
  3. הגישה של שוויון פוזיטיבי- ניתן להתערב לטובת שני הצדדים, לא משנה אם למורד או מדינה (למדינה זה פחות שנוי במחלוקת).
* **התערבות הומניטרית:** שלטון של מדינה טובח במיעוט אצלו. האם מדינה יכולה להתערב?

למה לא?

* 1. התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה [חלש].
  2. מאפשר למדינות "תירוץ" לכבוש מדינות אחרות במסווה של סיוע. יכול להיות ניצול לרעה.
* 2 אפשרויות: או שמותר להתערב בעילה של התערבות הומניטרית, או שאסור – אבל אם מועצת הביטחון תתיר אז מותר.

**דיני לחימה – " "Jus in bello**

* Jusadbellom- עוסק בכללי שימוש בכוח, ו-jusinbello מסדיר את ההתנהלות בלחימה.
* שני סוגי אינטרקציות: [1] בין צד לוחם לצד לוחם השני [2] צד לוחם לבין אוכלוסייה מוגנת/ בלתי מעורבת.
* בשונה מ- jusadbello (שימוש בכוח) שם יש צד תוקפן וצד מתגונן, **דיני הלחימה חלים במידה שווה על שני הצדדים.** למה?
  1. אחרת זה לא היה עובד. לכן נקבע העיקרון לפיו הכללים חלים באופן שווה על הצדדים. לעקרון הזה בד"כ קוראים **"כלל ההפרדה הברורה" בין jusadbello ל Jusinbello.**
  2. כי מי שנפגע כשלא שומרים על ההפרדה הזו, זה אזרחים.
* דיני הלחימה בעיקרם מנהגיים, ועדיין קיימות נורמות שיש ויכוח לגבי מעמדן באמנה של דיני לחימה. הרוב הגדול עוגן באמנות.
* **אמנות מרכזיות:**
  1. **תקנות האג** - האמנה המרכזית שיש לה תוקף היא אמנת האג הרביעית (1907) והתקנות הנספחות לה.
     + **ישראל** - לא חתמה מעולם על התקנות כי כבר נקבע בנירנברג שהן מנהגיות, אין חילוקי דעות על כך שהן מנהגיות.
  2. **ארבעת אמנות ז'נבה** - (1949):
     1. הראשונה עוסקת בטיפול בפצועים בשדה הקרב ביבשה.
     2. השנייה עוסקת בטיפול בפצועים בים ובאנשים שספינתם נטרפה בים בעקבות מלחמה.
     3. השלישית עוסקת בטיפול בשבויי מלחמה.
     4. האמנה הרביעית עוסקת בהגנות לאוכלוסייה האזרחית.

**ישראל** - חתומה על כל הארבע. הגישה בעולם היא שהנורמות הן מנהגיות, העמדה שלנו היא ששלושת הראשונות הן מנהגיות והרביעית איננה מנהגית (גם ישראל מסכימה שמרבית הסעיפים הן מנהגיים אבל **שלא כולם מנהגיים**).

* 1. **פרוטוקול ראשון ושני לאמנות ז'נבה** (1979). **AP1 ו-AP2.** נדון בהבדלים.

**ישראל -** לא חתמה, אך על הפרוטוקול הראשון חתומות 174 מדינות, על השני 168. טענות ישראל שאומרות כי איננה מחויבת לפרוטוקולים זה נהיה יותר בעייתי, כי יש קונצנזוס ביחס למה שכתוב שם. ישראל טוענת ביחס לסעיפים מאוד ספציפיים שהם אינם מנהגיים, לא כולם.

* 1. **אמנת רומא** - סעיף 8 לאמנה מפרט רשימה של פשעי מלחמה.

**ישראל -** לא חתומה על אמנת רומא, יחד עם זאת - גם כאן מרבית האיסורים שמפורטים בסעיף הם איסורים שישראל לא חולקת על העובדה שהם משקפים את הדין המנהגי. הבעיה שלנו הוא הסעיף שקובע שהעברת אוכלוסייה לשטח כבוש, במישרין או בעקיפין, מהווה פשע מלחמה. 2/3 ממדינות העולם חתומות.

* **מטרות דיני הלחימה:**
  1. צמצום הסבל בלחימה - מטרה זו מתחלקת לשתי מטרות משנה:
     1. "עקרון ההבחנה"- צמצום ככל הניתן של הפגיעה באזרחים בזמן לחימה.
     2. צמצום הסבל של חיילים שנפצעים.

בגדול מדובר במטרה לשמור בזמן הלחימה על הכללים המוסרים שמרביתנו מסכימים עליהם.

* 1. קביעת כללי משחק - חלק מדיני הלחימה מטרתם ליצור כללים שמאפשרים הסדרה של ההתנהלות בקרב כי גם במלחמה יש צורך לתקשר עם הצד השני. דוגמה - סימן שבאמצעותו אפשר להעביר לצד השני את המסר שאני נכנע- דגל לבן.
  2. הימנעות ממלחמה טוטלית - הניסיון הוכיח שלכל מלחמה יש יום אחרי המלחמה וכאשר לוחמים מלחמות באופן טוטלי זה יוצר יחסי איבה בין שני הצדדים, שמקשים על הגעה לשלום ועל ניהול יחסים אחרי המלחמה.
* **ההיסטוריה המקובלת של דיני לחימה:** מתחילים להתפתח במאה ה-19. שני אירועים מרכזיים בתהליך התפתחותם:
  1. מלחמת האזרחים האמריקאית: המלחמה המודרנית הראשונה. מתחיל כאן תהליך של פיתוח נשקים שקל להרוג איתם. מלחמת הקרים וזו ביטאו שילוב של נשק הרסני יחד עם צבאות גדולים מבעבר. ב-1863- רמטכ"ל צבא הצפון מזמין פרופ' שיכתוב ספרון לחיילים על דיני לחימה, שלימים מהווה קודיפיקציה מודרנית ראשונה של דיני לחימה וגם הפך לפקודה של הצבא האמריקאי- **"קוד ליבר".**
  2. מלחמת הקרים: ב-1859, בנקאי שוויצרי רואות את זוועות הקרב, וכותב ספר שנקרא **"זכרונות מסולפינו"** שמוביל להקמת הצלב האדום ואמנת ג'נבה הראשונה- טיפול בפצועים בקרב.
* לאורך המאה ה-19 ממשיכות להיווצר אמנות, ונוצרות אמנות האג ב-1989 שהוחלפו ב-1907. מאז מלחמת הקרים כל פעם שהיתה מלחמה נוצרה אמנה או עדכון באמנה.
* **מה ההבדל בין סכסוך מזויין בין-מדינתי לסכסוך שאינו בין-מדינתי?**

העמדה המקובלת (שקר מוחלט לפי המרצה)- דיני לחימה עסקו רק ביחסים בין מדינות. אבל עם השנים נעשים מעשי זוועה במסגרת מלחמות אזרחים או ארגוני מרד במדינה וכדו'. בעקבות כך נוסח סעיף 3 המשותף באמנת ג'נבה שקובע עקרונות מינימליים- כגון איסור לענות, איסור הוצאה להורג ללא משפט וכו'.

מסוף מלחמת העולם השנייה, הסכסוכים אינם בין-מדינתיים. יש רצון לעדכן את דיני הלחימה אבל מדינות מתנגדות לכך וההליך נהיה מסורבל, לכן נכתבו פרוטוקולים נפרדים לכל סכסוך:

* + - 1. AP1- מפורט מעל 100 סעיפים- עוסק בסכסוכים בין מדינות.
      2. AP2- לא מפורט, 28 סעיפים- עוסק בתת מקרה ספציפי (לא בכל הסכסוכים שאינם בין-מדינתיים) כאשר הסכסוך הוא בין צד מדינתי לבין לא מדינתי, כאשר הצד שאינו מדינתי שולט בחלק מהטריטוריה במדינה. אם צד של אזרחים לא שולט בטריטוריה מסוימת הוא לא חל, ונשאר רק סעיף 3 המצומצם.
* פס"ד טאדיץ'- (שנות ה-90) ה-ICTY (ביה"ד הפלילי) צריך להתמודד עם מצב כזה במלחמת יוגוסלביה. במלחמה בבוסניה הנאשמים טענו שזו מלחמת אזרחים, סכסוך שאינו בין מדינתי, ולכן גם אם נעשו מעשי זוועה הם אינם פשעי מלחמה. במענה טאדיץ' אומר שמעבר לאמנות התפתח דין מנהגי שלפיו זה כן פשעי מלחמה.
* **איך נזהה אם משהו הוא פשע מלחמה?**
  + - 1. נבדוק האם מדובר בנורמה יסודית של דיני לחימה, שיש פרקטיקה רווחת של החלה שלה בסוג הסכסוך שבו עוסקים.
      2. נוכיח שזו הפרה חמורה של אותה נורמה יסודית ושיש פרקטיקה רווחת של הפללה, בגין מעשה מסוג הסכסוך.
* **אמנת רומא**- שעוסקת רק בפשעי מלחמה, יש בה צמצום משמעותי בין רשימת האיסורים בסכסוך בין מדינתי ושאינו בין מדינתי. יש הבדלים וחלקם בשוגג, למשל תקיפה לא פרופורציונלית זה פשע מלחמה לכל הדעות, בכל סוג סכסוך, אך לפי אמנת רומא זה לא פשע בסכסוך שאינו בין-מדינתי, ולכן לא ניתן להעמיד לדין בגינו ב-ICC. אבל זה פשע מלחמה מנהגי. בהמשך הצלב האדום מוציא מסמך עם כל הנורמות המנהגיות ויש 14 הבדלים בין סכסוך בין מדינתי לכזה שאינו.
* **נזכיר: סכסוך מזוין בין מדינתי = בין מדינות, לא בין מדינתי = בין האזרחים, המדינה והאזרחים שלה.**
* **מה הדין של סכסוך מזויין בין מדינה לבין ארגון שנמצא מחוץ לגבולות שלה?** יש פה 5 גישות:
  + - 1. עמדת ביהמ"ש העליון: חלים כללים של סכסוך בין מדינתי, שהם עם יותר הגבלות. למה?
         * **טריטוריה**- אם תוקפים את חיזבאללה אז נוצרת אינטראקציה עם לבנון, אין מה לעשות.
         * **פרקטית**- הצבא מעדיף כללים ברורים במצב כמו מלחמה שהוא כולו אי וודאות.
      2. עמדת האמריקאים כיום: חלים כללים של סכסוך שאינו בין-מדינתי, מתוך מטרה להגיע לתנאים פחות מגבילים.
      3. עמדת האמריקאים לאחר 11.9: סכסוך שנופל בין הכיסאות ולא מוגדר באמנות, לכן אפשר לפעול כיצד שרוצים.
      4. עמדה מגבילה - סכסוך מסוים שאינו בין-מדינתי: כל חור שקיים בסכסוך הזה צריך למלא בעזרת **זכויות** **האדם**. זה הרבה יותר מחמיר.
      5. ביהמ"ש העליון הגרמני: במרומז בפס"ד מסוים אמר שזה לא סכסוך מזוין בכלל, זו לא מלחמה אלא זה אירוע שיטור. ואז חלים דיני המשפט הבינלאומי של תקופות שלום. כלומר דיני זכויות האדם הרבה יותר קיצוניות.
* **עקרונות היסוד של דיני הלחימה - הם חלים בכל סוגי הסכסוכים –** יש 4 עקרונות בסיס:
  + - 1. **עקרון הצורך הצבאי** - אין לעשות מעשים שאין להם צורך אמיתי שנובע מהלחימה. למשל - מעשים של נקמה, מעשים שמטרתם עונשית, הפחדה של אוכלוסייה אזרחית.
      2. **עקרון ההבחנה** - לוחמים הם אלה שצריכים לשאת בנזקי הלחימה ולא האזרחים. לכן למשל יש חובה ללבוש מדים, ולא ליישב אוכלוסייה ליד בסיס צבאי.
      3. **עקרון המידתיות** - יש היתר לפגוע באזרחים כל עוד זו לא הכוונה שלך - הכוונה שלך היא להשיג צורך צבאי והפגיעה היא ביודעין אבל לא בכוונה תחילה. התנאי הוא שהנזק האגבי לאוכלוסייה האזרחית אינו מופרז ביחס לצורך הצבאי שרצית להשיג. יהיו מקרים שבהם כולם יסכימו שהם לא פרופורציונאליים.
      4. **עקרון ההומניות** - מטרתו לצמצם את הסבל הנגרם. אסור להשתמש בנשק עם חלקיקים שלא ניתן לראות ברנטגן, כי זה מקשה על הטיפול והרי המטרה היא להשבית את החייל ולא צריך לגרום לכך שלא יוכל להתרפא. אסור להשתמש בכדורים שמתפוצצים בגוף.
* עקרונות **המידתיות** (הפרופורציונאליות) ו**ההבחנה** הם עדיין כללים בפני עצמם. עקרון שהוא מנחה ופרשני אבל לא עקרון בפני עצמו כנורמה משפטית הוא עקרון **הצורך הצבאי** - הסיבה היא שצבאות מסוימים באירופה בסוף המאה ה-19 והלאה (הצבא הגרמני) השתמשו בעקרון זה כדי להצדיק כל פעילות. עקרון **ההומניות** - עוסק ביחסים בין לוחמים, שאיפה לא לגרום סבל שלא לצורך ללוחמים של הצד השני. העקרון מאוד עמום.
* **כיצד מבחינים בין אזרח ללוחם?** 
  1. במקרה פשוט יש הבחנה ברורה בין לוחם לאזרח. **באזרח** אסור לפגוע, **ולוחם** מותר להרוג- מטרה צבאית לגיטימית. אם הלוחם נלכד זכאי למעמד **שבוי מלחמה-** כל מיני פריבילגיות.
  2. מקרים מורכבים יותר:
     + **אזרח שבשלב מסוים לוקח בידיים רובה ומתחיל לירות-** DPH – מדובר בפעילות יחידנית ע"י אדם שאחרת היינו בוודאות מגדירים כאזרח. הכלל הוא שאזרח כזה הופך למטרה לגיטימית כל עוד הוא פעיל.
     + **אדם שמצטרף לארגון מסוים שאינו מדינתי כדי להילחם כנגד מדינה כלשהי- לוחם בלתי חוקי- לב"ח** – ישראל וארה"ב טוענות שהם לא אזרחים שלוקחים חלק פעיל בלחימה, ולא זכאים למעמד שבוי מלחמה.
* מה קורה עם אנשים שהם חלק ממנגוני הרווחה של הארגון (לב"ח או DPH)?
* **עמדה אחת:** אומרת שאפשר לירות גם בטבח של האויב, לא משנה מה התפקיד. כל חבר. אם ייפסק אחרת מפלים בין צבא מדינתי לצבא לא מדינתי.
* **עמדה שנייה:** בארגון מזויין יש מקום לצמצם כי בשונה מצבאות של מדינות, המבנה של ארגונים לא מדינתיים הוא הרבה פחות פורמלי. זה אומר שלקבוע מתי הצטרפת לארגון ומתי פרשת מהארגון זה דבר מורכב ובנוסף, לארגונים לא מדינתיים הרבה פעמים יש פעילויות שלא קשורות למערך לוחם באופן ישיר, יש יותר אנלוגיה למשרד הרווחה מאשר משקית ת"ש או טבחים של הארגון.
* **העמדה המקובלת היום מצמצמת ואומרת שלב"ח הוא מי שחבר בזרוע הצבאית של הארגון וההנהגה הבכירה, ואם מדברים על DPH אז העמדה המקובלת היא שהוא צריך למלא פונקציה לחימתית מרכזית**. יש להבין שיש עמדות קצה - כאלה שאומרת שאין לב"ח אלא רק DPH, וגם אז הוא יחשב ככזה רק ברגע שהוא מבצע את הפעולה. אנטוניו קססה החזיק בגישה זו ואמר שכל כלל אחר ינוצל לרעה ע"י הכוחות המדינתיים. העמדות שבאמצע שדיברנו עליהן נראות נחמד אבל הן עמומות - כי קשה להגדיר מה זה חברות בזרוע הצבאית? האם ילד שזורק אבן לוקח חלק פעיל בלחימה? יש עמדות לכאן ולכאן.
* **פגיעה באזרח:** אמרנו שניתן לפגוע בו אם לוקח חלק פעיל בלחימה. דעת רוב- אם נתפס ניתן להעמידו לדין על רצח והפרת דין מדינתי. דעת מיעוט- אומרת שזה גם פשע מלחמה שאזרח יורה בחייל.
* **שאלות שעולות בהקשר הזה:**
  + - 1. מה זה נוטל חלק ישיר במעל הלחימה? בנוסף, מה זה **בזמן** שנוטל חלק ישיר בלחימה? כלומר, מותר לירות בו רק **בזמן** שנוטל חלק ישיר?
      2. האם חברים בארגון לוחמה שאינו של המדינה הם אזרחים או לוחמים, והאם ניתן לפגוע בהם במכוון למי מבחן נטילת החלק הישיר בלחימה?
* **גישות שונות לשאלות הללו:**
  + - 1. עמדה אמריקאית (רחבה)- חברי ארגון הם **לב"ח-** לוחמים בלתי חוקיים, לכן **הם מטרה לגיטימית גם כשהם לא ממש מחזיקים בנשק.** אימצו גם דעה מאוד רחבה לגבי מי נוטל חלק ישיר בלחימה.
      2. עמדה של הפרוטוקול AP1 (מצמצמת): הם לא לוחמים, אלא אזרחים. אין כזה דבר לוחמים בלתי חוקיים: רק לוחמים חוקיים של צבאות, או אזרחים שלוקחים חלק פעיל בלחימה, **והם מטרה לגיטימית רק כשהם ממש נוטלים חלק בלחימה (מחזיקים נשק).** העמדה הזו גם פירשה את המבחן לנטילת חלק בלחימה באופן מאוד צר.
* **בעייתיות בעמדות:** בעמדה המרחיבה הבעייתיות היא שאין כללים ברורים למי חבר בארגונים האלה ומי לא. עיקרון ההבחנה (בין לוחמים לאזרחים) יכול להתמסמס. צריך לזכור שארגונים כאלה ממלאים פונקציה לא רק של צבא אלא כמו מדינה, הדעווה בחמאס הוא כמו משרד הרווחה ולא משקי"ת ת"ש. העמדה המצמצמת לא הוגנת ויוצרת חוסר איזון בין הצד החוקי שפועל לפי דיני לחימה, לבין הצד הלא חוקי ולא מדינתי, שלא פועל לפי דיני הלחימה. לוחמים חוקיים נפגעים כך.
* אין תשובה וזה ויכוח תמידי אך **כולם מסכימים** שחברים בזרוע צבאית הם מטרה לגיטימית, בין אם לוחם בלתי חוקי (**לב"ח)** או אזרח פעיל בלחימה (**DPH)**- כל עוד לא התנערו מפעולתם הצבאית באופן ברור. יש תפיסה שזה לא רק הכוח הלוחם, אלא המפקדים המשלחים, ההנהגה הצבאית ומספקי הנשק. 2 מסמכים שניתן לראות ביטוי דעה זו: בג"צ סיכול ממוקד, ומסמך הצלב האדום (יש הבדלים- לא נכנסים לזה).
* **איך אוכפים דיני לחימה?**

בעבר, עד המאה ה-19, דרך האכיפה היחידה של דיני הלחימה הייתה פעולות תגמול- הפרת דין בינ"ל תיענה בהפרת דין בינ"ל. נניח שאחד הצדדים הפר את דיני הלחימה, אתה הורג אזרחים, אני הורג לך שבויים שנמצאים אצלי או הורג לוחמים בלי לקחת שבויים. הרציונל הוא ליצור מאזן אימה- 'אפחד מפעולות התגמול ולכן לא אפר בעצמי'.

הניסיון ההיסטורי הראה שזה לא עובד בגלל ש:

**מי שבעיקר נפגעים ממנה הם אלה שלא אמורים להיות מעורבים בלחימה** – קל יותר לפגוע בחזרה בפעולת התגמול באזרחים שלא יכולים להגן על עצמם ובשבויים שמוחזקים ע"י המדינה.

**לא תמיד ברור מי הראשון שהפר את דיני הלחימה** ואז אם יש רשות להפר את דיני הלחימה ברגע שאחד מפר – כולם מפרים, אף אחד לא מגן על הדין.

**מי שמפר ומי שנפגע מפעולת התגמול הרבה פעמים זה לא אותו אדם** – לא אכפת בדיקטטורה שכפעולת תגמול יהרגו אזרחים שלו, היא לא תמיד יוצרת הרתעה.

**מאזן אימה יכול לעבוד רק אם שני הצדדים באותו כוח. לכן במקומות שפערי הכוחות גדולים הסתמכות על פעולות תגמול תעודד הפרה של דיני הלחימה.**

* לאורך המאה ה-19 וה-10 יש צמצום של פעולות תגמול, וזה מתבטא כך:
  + - 1. ב-1929 נקבע שלא ניתן לעשות פעולות תגמול כנגד שבויי מלחמה.
      2. בתקנות האג נקבע שאי אפשר להכריז שלא לקחת שבויים ולהרוג מיד לוחמים.
      3. ב-1949 באמנת ג'נבה הרביעית נקבע שאין לעשות פעולת תגמול כנגד אזרחים בשטח כבוש.
      4. ב-AP1 נקבע באופן כללי שאין לנקוט בפעולת תגמול נגד אוכלוסייה אזרחית. בפסיקה של ICTY אומרים שהכלל הזה מנהגי. יש כאלו שאומרים שזה לא נכון בגלל האפשרות לשימוש בנשק אטומי, אבל ה-3 הראשונים הם כן מנהגיים.
* **מנגנון נוסף שמתפתח** – **המשפט הפלילי הבינ"ל** – הפרה של דיני לחימה לא רק מטילה אחריות על מדינה, אלא ניתן להעמיד לדין בגינה את הפרט- האדם שהפר.

**איך ניתן להטיל אחריות אישית?** אומרים שצריך להעמיד את החייל לדין בתוך המדינה, ואם לא- החייל יוכל לעמוד לדין אם נפל במדינת האויב או שהמדינה ניצחה במלחמה.

אבל בפועל- אין אינטרס להעמיד לדין חיילים בזמן מלחמה, ואחרי מלחמה שלא נגמרת בכניעה משני הצדדים- רוצים להגיע לפשרה ולכן לא דורשים העמדה לדין של חיילים מהמדינה שכנגד, וגם כשיש צד מנצח ורצון ליחסים דיפלומטיים- אז נותנים למדינה להעמיד לדין את חייליה ובכך להקל עליהם, כמו שקרה הנאצים.

* לכן מתפתחות דוקטרינות להלן:
  1. סמכות אוניברסלית – משמעותה שעבריין שנופל לידיה של מדינה בעולם רשאית להעמידו לדין אצלה.
  2. בי"ד בינ"ל – כמו משפטי נירנברג, נוצר כדי להגביר את האכיפה.
* במלחמה הקרה המשב"ל הפלילי נכנס לקיפאון מוחלט עד שנות ה-90 ואז הוא פורח ב-3 רבדים:
  + - 1. התגברות בשימוש בסמכות אוניברסלית. עד מלחמת העולם השנייה השתמשו בזה רק נגד נאצים ואז השתמשו בזה כנגד פושעי מלחמה.
      2. מתקדמים בתי דין לאומיים לאכוף את המשב"ל הפלילי – ה-ICJ וה-ICTY.
      3. הקמת ביה"ד הפלילי בהאג, תוך 4 שנים החתימו באמנה 124 חברות. הצליח לקרות בגלל מדינות עם אתוס של משב"ל כמו אירופה ואוסטרליה, או בגלל יחסי ציבור, או בגלל שאין סיכוי שיצאו למלחמה, או כאלה שחוו מלחמות אזרחים נוראיות ורצו מנגנון חיצוני. ישראל גם תמכה בכך תחילה כדי להעמיד נאצים, אבל מבינה שיכולה להסתבך ולא חותמת.
* בעשורים האחרונים מתפתח כלל שנקרא **"השלמתיות"\ "שיוריות"-** אומר שראוי שגורמים מבחוץ יתערבו דרך משב"ל פלילי, רק מקום שהמדינה בה הופרו הכללים אינה מסוגלת או אינה רוצה לאכוף את הדין כלפי המפרים. התפתחות העיקרון הזה היתה אחת הסיבות העיקריות שמאז שנות ה-90 בג"ץ מגביר את ההתערבות שלו בתחומי של לחימה. יש פס"ד של בית המשפט העליון הספרדי בעניין שאחדה שבו אומר שבגלל שמערכת המשפט הישראלית פעלה בנושא באופן ראוי, לא ראוי שמערכת המשפט הספרדית תתערב בהסתמך על סמכות אוניברסאלית. בעקבות ביקורת פוליטית על התערבות יתר של בג"ץ- בשנים האחרונות הוריד הילוך באופן משמעותי בנוגע לרמת הביקורת שלו על פעולות לחימה.

1. **דיני כיבוש:**

* כיבוש הוא מצב משפטי ולא הפרה של דיני לחימה. בהתקיים תנאים שטח הוא כבוש וחלים עליו דיני הכיבוש, בנוסף לדיני הלחימה, גם אם שקט לחלוטין בשטח. דיני הלחימה מוסיפים מגבלות והסדרים.
* הבסיס לדיני הכיבוש הוא עתיק. דינים אלו חלו בסיטואציות בהן שליטים באירופה כבשו שטח ככופר, עד שיקרה משהו מסוים או שישלמו סכום מסוים.
* במאה ה-19, בהתחלה באירופה, אח"כ בדרום אמריקה ובהמשך בכל העולם - מאומץ **כלל שקובע שלא ניתן להשיג טריטוריה בדרך של מלחמה**, ואז נוצרים גם דיני הכיבוש המודרניים שמתמודדים עם מצב שבו באמת מחזיקים בשטח תקופה ממושכת ועוד אין הסדר מדיני.
* הנקודה חשובה משום שהעמדה הרווחת אומרת שהכלל הזה הפך גלובאלי לפני 1967 ועמדת המדינה שלנו היא שהכלל הפך לגלובאלי אחרי 1967 ומכאן שהוא לא חל על שטחי יו"ש.
* דבר נוסף שקורה במאה ה-19 שמסייע להיווצרות דיני הכיבוש המודרניים - מצטרפים לדיני הכיבוש האמנות שמטרתן להגן על האוכלוסייה האזרחית שבטח הכבוש. נהוג לומר שההסדרים שקובעים את **היחסים בין המעצמה הכובשת לבין המדינה שהחזיקה בשטח קודם לכן**- קבועים בהאג, בעוד שההסדרים שקובעים את **היחסים בין המעצמה שמחזיקה בשטח לאוכלוסייה האזרחית במקום** קבועים באמנת ז'נבה הרביעית מ1949. בשתי האמנות יש קביעה של היחסים בין המדינה הכובשת לזו שקדמה לה, ויש הסדרים שמסדירים את היחסים בין המדינה הכובשת לאוכלוסייה שיושבת שם.
* עקרון בסיסי קבוע בתקנות האג והוא מגדיר - **שהמעצמה הכובשת מחזיקה את השטח כנאמן** ולכן רשאית רק לנהל אותו ולפעול מתוך מספר שיקולים מצומצמים:
  1. לטובת השלטון הקודם
  2. או לטובת התושבים של השטח הכבוש
  3. או לצורך צבאי
  4. או לצורך שמירת הסדר הציבורי
* השולט בשטח בכל מקרה לא יכול לעשות בשטח דברי לטובתו.
* סעיף שמדגים איזון שיקולים לעיל: תקנה 43: הכובש **ינקוט בכל האמצעים שיש לו כדי להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים** עד כמה שהדבר אפשרי מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה, חוץ מאם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.
* תקנה נוספת קובעת הינה **שאסור לפגוע ברכוש פרטי** אלא אם התקיימו כמה תנאים כמו צורך צבאי של הכוח הכובש. הפרשנות המקובלת בעולם הוא צורך צבאי צר או לצורך ניהול השטח לטובת האוכלוסייה המקומית. בג"צ אמר שההתנחלויות נדרשות לצורך צבאי של ישראל. יש לזכור שגם בהאג עצמו יש סדרה של הסדרים שמטרתם היא להגן על האוכלוסייה המקומית.
* תקנה 44 - אסור להכריח את אנשי האוכלוסייה המקומית לספק ידיעות מודיעין לצבא הכובש, או לספק אינפורמציה על הסדרי ההגנה של הצד השני. אסור לכוח הכובש להכריח להישבע אמונים/להפוך לאזרחים של המדינה הכובשת. תקנה 46 - יש לכבד משפחה וזכויותיה, לחיי האדם, לרכוש הפרטי, לאמונות הדת ומנהגי הפולחן של הנכבשים. בכפוף לתקנה 52- אין להחרים רכוש פרטי. תקנה 47 - הביזה אסורה לחלוטין, תקנה 50 - אין להטיל על האוכלוסייה עונש קיבוצי או אחר בגין מעשיהם של בודדים.
* **מתי מתחיל כיבוש?** מקום שיש בו תפיסה לוחמתית, 2 פרשנויות:
  1. כאשר הכוח הצבאי מחזיק בשטח ויש לו אפשרות להקים שלטון צבאי.
  2. עמדה לא מקובלת- תנאי כיבוש מתחילים לפעול רק כאשר הכוח הצבאי בפועל הקים שלטון צבאי.
* **האם דיני הכיבוש דיכוטומיים?** העמדה הקלאסית- או שכל הדינים חלים או שלא חלים- למשל אם נסוגים ואין שליטה אפקטיבית. בשנים האחרונות מתקבלת סברה שזה לא דיכוטומי- ככל ששולטים יותר בשטח החובות גדולים יותר, ואם עוזבים את השטח זה לא נעלם ברגע אחד. למשל- יש סברה שישראל עדיין שולטת בעזה, כי יש מצור ושולטים באוכל ובחשמל וכו'.
* תקנות האג קובעות ששטח נחשב כבוש כאשר נמצא בשלטון צבא האויב.

אמנת ג'נבה לא אומרת מתי זה חל, אבל אומרת שחלה על כיבוש של כל הטריטוריה או חלק מהטריטוריה של מדינה חתומה, בין אם הכיבוש נעשה בכוח או שלא בכוח.

* **סעיף 6 לאמנת ג'נבה**- אומר שדיני הכיבוש לא חלים לאחר שנה אחרי סוף הקרבות. למה זה לא נכון?
  1. **סעיף מעוות**-אומר שלא יחולו סעיפים מלבד סעיפים כך וכך, כגון 47 + 49.
  2. **אמנות האג בכ"ז חלות**.
  3. **הסעיף הוא אות מתה**- היות והנורמות מנהגיות.
  4. **הפרשנות המקובלת היא** שככל שהכיבוש ארוך יותר החובות של הכוח הכובש כלפי האוכלוסייה גדלות.
* סעיף 47- (אמנת ג'נבה) קובע בדרך מפותלת שהאזרחים לא יאבדו מזכויותיהם במקרה והכוח הכובש מספח את השטח. זה ניסוח שבעצם מעגן את זה שלא ניתן לרכוש ריבונות על שטח בדרך של כיבוש.
* סעיף 49 עוסק באיסור על העברה של אוכלוסייה אל שטח כבוש.
* **מה שתי הדרכים שכולם מסכימים שבהם אפשר שיסתיים הכיבוש?**
  1. הסכם בין המדינות הטוענות לשטח.
  2. החלטה של מועצת הביטחון מכוח פרק 7.
* **מגבלות על שימוש ברכוש בשטח כבוש:**
  1. רכוש ציבורי: הכוח הכובש יכול לעשות בו שימוש ב-2 מקרים: צורכי אוכלוסייה מקומית או צורכי ביטחון צרים של הכוח הכובש.
     + בישראל פורש בהרחבה ובג"צ איפשר להקים התנחלויות בשטחים בטענה שזה לצורכי ביטחון. למה פורש בהרחבה? כי מדובר על שימוש זמני ועל אוכלוסייה מקומית- ולא בסעד תמידי ולמתיישבים.
  2. רכוש פרטי:
     + יש איסור מוחלט על החרמת רכוש פרטי.
     + מותר להפקיע מיטלטלין הפקעת קבע אם אין ברירה אחרת בכפוף לפיצוי.
     + מקרקעין פרטיים לעומת זאת, פיצוי לא עוזר ואסור להפקיע הפקעת קבע אלא זמנית + פיצוי.
* 2 פסקי דין משמעותיים: בג"צ דוויקאט ובג"צ איוב, בית אל ואלון מורה. המדינה טוענת שמקימה התנחלויות לצורכי ביטחון (שזו פרשנות רחבה). הנהגת המתנחלים טענו שזה מסיבות אידיאולוגיות (שזו הפרה- אבל ביהמ"ש האמין למדינה שזה לצורכי ביטחון). נהוג לומר שבג"צ קיבל עמדה זו, אבל בעצם המרצה אומר שהוא בחר לא להתערב כי זה נושא ביטחוני ולא שפיט. הקמת התנחלויות באדמה פרטית- זה הפרה של הדין הבינ"ל גם לפי המדינה והמשפט הישראלי, באדמה ציבורית- עמדת המדינה שזה אפשרי לצורכי ביטחון.
* סעיף 49 לאמנת ג'נבה- אסור לגרש או להעביר אוכלוסייה מהשטח הכבוש או להעביר אזרחים מהמדינה לתוך השטח. גירוש מהשטח זה פשע מלחמה, אך העברה לתוך השטח לא הוגדרה כך. טענת ישראל:
  1. האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש חל רק על העברה בכוח של האוכלוסייה, כי זה הרקע לניסוח האמנה- הנאצים שהילכו אימים על אזרחים והעבירו אותם ממקום למקום. עמדת ישראל- **מעבר פרטי והתנדבותי של אזרח מרצונו, זו לא הפרה.** טענת נגד- פרשנות לא נכונה של הסעיף ולא היתה קיימת הבחנה בין כפייה להתנדבות בפסד"ים שניתנו לאחר מלחמת העולם השנייה.
  2. גם אם יש איסור על מעבר וולנטרי, האיסור הוא הסכמי ולא מנהגי.
* כתגובת נגד **בפרוטוקול AP1** כוללים איסור על העברת אזרחים לשטח כובש עם 2 הבדלים:
  1. מורידים את המילה גירוש ומשאירים העברה, כדי שלא יחילו את זה רק במקרים של כפייה ואלימות.
  2. כעת זה גם מוגדר כפשע מלחמה, בניגוד לאמנת ג'נבה.
  + בגלל זה ישראל לא חתמה על הפרוטוקול.
* **באמנת רומא:** איסור העברה לשטח כבוש מנוסח בצורה רחבה- הוא במישרין או בעקיפין. כך המתנחל הבודד נחשב לפושע מלחמה, ולא רק המדינה או שר הביטחון, כאשר מסייע בעקיפין למדינה על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש.

לשים לב לסעיפים נוספים באמנת רומא- שמטילים אחריות וסיכון רק על הנהגת מתנחלים ולא המתנחל הבודד. כמו כן האמנה חלה רק על מעשים שבוצעו מאז 2002. עולה השאלה האם העברה נעשתה לפני 2002 ואין סמכות, או שזו **פעולה מתמשכת** עד היום ואז יש סמכות? ויכוח של משפטנים אומר שזה פעולה מתמשכת- לרעת ישראל. ישראל טוענת שאין סמכות ושזה לא משקף את המשפט המנהגי.

**העמדות השונות:**

* **עמדת אדמונד לוי:** שופט עליון ומומחה במשב"ל פלילי. מוציא דו"ח ימני קיצוני שישראל אפילו מתנערת ממנו. הטיעון העיקרי שמעניין אותנו מתחום המשב"ל- **יהודה ושומרון אינם שטחים כבושים**. מצריים וירדן לא היו ריבון חוקי בשטח, אלא המנדט הבריטי, שהוקדם כדי להקים בית יהודי לאומי. לכן הריבון החוקי היא ישראל. לכן האמנות לא חלות על השטח.

יוג'ין קנטרוביץ' מוסיף עיקרון של "אוטופוסידטיס"- שמירה על גבולות קיימים- המנדט הוא יחידה טריטוריאלית אחת ולא ניתן לחלקה. קווי 67 נוצרו בהפסקת האש של 49. מחזק את העמדה שהשטחים הם ישראל.

* **מה הקשיים של הדו"ח?**
  1. כל עוד השטח לא סופח קשה לטעון שאמנת האג לא חלה על השטח. למה?
     + דיני האג מנהגיים וחלים על כל העולם.
     + לפי דיני האג לא משנה מי הריבון בשטח, אלא עצם אחזקה בשטח בכוח צבאי.
     + האג מדבר על תחולה בשטח כבוש שנמצא תחת שלטון האויב.
  2. ז'נבה לעומת זאת חלה על כיבוש או חלק מטריטוריה של מדינה חתומה. הניסוח מאפשר לטעון את טענת אדמונד לוי על כך שזו לא טריטוריה של ירדן/מצריים. דווקא ג'נבה מיטיבה עם עמדת ישראל/אדמונד לוי. עמדת ישראל והנשיא שמגר היא שג'נבה לא חלה בגלל סעיף התחולה ובגלל שאינה מנהגית.
* **עמדת אדמונד לוי היא ש-2 האמנות לא חלות. שמגר אמר בעבר שהאג חלה עקב היותה מנהגית, וג'נבה לא.**
* **איך ניתן לחזק את עמדת אדמונד לוי?**
  1. טיעון תכליתי- אין הבדל אמיתי בתכליות של דיני הכיבוש ב-2 האמנות, אם הטיעון רלוונטי לג'נבה אז גם להאג.
  2. כותרת בהאג שעוסקת בדיני כיבוש- "כיבוששטחה של מדינת אויב". כלומר התחולה היא כאשר נכבש שטח מדינת אויב, ואדמונד טוען שלא נכבש שטח. הטיעון חלש- כי אין מעמד פרשני לכותרת סעיף.
* **עמדת מדינת ישראל:**
  1. אמנת האג המנהגית חלה ולא ג'נבה, מאחר שג'נבה הסכמית ולא מנהגית.
  2. בגלל שהבינה שאמירה כזו תפעיל עליה לחץ ותגובת נגד חזקה מהעולם, התחייבה שלוקחת על עצמה לקיים באופן התנדבותי את הסעיפים ההומניטריים של האמנה.
* **האינטרס של מדינת ישראל:** רצתה לספח חלק מהשטחים בניגוד לס'47, ולא רצתה להיות כבולה לס'49 שאסר על גירוש והעברה משטח כבוש ומחוצה לו.
* **הפער בין אדמונד לוי למדינת ישראל:** אדמונד לוי אומר שדיני הכיבוש לא חלים, רק באופן וולנטרי. ישראל אומרת שאמנת האג חלה כל עוד לא מספחת את השטח, ורואים שהחילה את דיני הכיבוש כשכבשה שטחים בעבר. אי אפשר לטעון שזה וולנטרי. המרצה מציין שההתחייבות הוולנטרית של מדינת ישראל לג'נבה היא הכרזה חד צדדית מחייבת.
* **מה הקשיים בטיעון של ישראל?**
  1. העמדה המקובלת בעולם היא שהשגת טריטוריה בדרך כיבוש (שכאמור אינה לגיטימית) היא מנהגית עוד מלפני 67. טענת נגד של ישראל- זה נכון אם היה ריבון חוקי בשטח ופה לא היה.
  2. היום לטעון שאמנת ג'נבה הרביעית היא הסכמית זה כבר לא עובר, במיוחד שישראל מכירה ב-3 הראשונות כמנהגיות.
  3. ישראל לא סיפחה את השטחים עד היום, שידרה שאיננה ריבונית על השטח (בניגוד לירושלים והגולן אותם סיפחו מיד). אינדיקציות לכך שאינה בעלת השטח ולא יכולה לספח:
     + לא סיפחה לאורך השנים
     + הסכמי הפסקת האש מ-49. הצדדים בהם מסכימים שהגבולות הנוכחים אינם הגבולות הסופיים. הצדדים הסכימו שהגבול יהיה מוכרע במו"מ ולא בכוח צבאי.
     + החלטה 242, החלטה שניתנת ע"י מועצת הביטחון מכוח פרק 6, "שטחים תמורת שלום". קובעת שכאשר המדינות יגיעו להכרה אחת בשנייה ויחיו בגבולות מוכרים ובטוחים, ישראל תיסוג משטחים / השטחים שנכבשו בששת הימים. הנוסח הצרפתי אומר **מהשטחים**, האנגלי אומר **שטחים**, כלומר לא מכל הטריטוריה. לכאורה זה החלטה מכוח פרק 6 ולכן לא מחייבת, אבל ישראל מסכימה שהמו"מ יתנהל על בסיס החלטה 242. ההסכמה שלה הופכת אותה למחייבת.
     + נניח שהניסוח באנגלית מחייב, הניסוח הזה לא מאפשר לה לספח את השטחים כי היא יכולה לטעון רק לחלק מהטריטוריה, וזה גם רק בהנחה שמקבלים את הטענות של מדינת ישראל.
* **העמדה הישראלית בשנות ה-90:** נחתמים הסכמי ביניים עם הפלסטינים, בהסכמים הללו נקבע שמעמד השטחים והגבולות בירושלים יוכרע בהסכם הקבע. עד שנות ה-90 העמדה המקובלת בעולם שהופכת להיות כזו שלא מסכימה עם פרשנות ישראל- לא מאפשרת לספח באופן חד צדדי, כי אם ג'נבה מנהגי האיסור על סיפוח חל. מה שמאפשר לישראל להמשיך לטעון משפטית שיכולה לקיים התנחלויות בשטחים זה הסכם הביניים עם הפלסטינים שאומר שהנושאים שנויים במחלוקת בין הצדדים ויוכרעו בהסכם הקבע. יחד עם זאת ב-99 לא נחתם הסכם קבע. ככל שהזמן עובר, קשה יותר לטעון לרלוונטיות של הסכמי הביניים.
* מתגבשת עמדה שאומרת שזה שטח **שאין לו יורש** **לריבון האחרון**- הוא המנדט, והרי אפילו ישראל לא ראתה את עצמה מסוגלת באופן חד צדדי להחיל ריבונות בשטח. **שטח כזה יכולה לטעון לבעלות עליו האוכלוסייה המקומית כחלק מזכותה להגדרה עצמית-** הפלסטינים. בשלב הזה שהפלסטינים מכריזים עצמאות הם חותמים על האג וג'נבה.
* אם נקבל את זה שהם מדינה, הרי שכיום בהנחה שהם מדינה [שמקובלת בעולם] זה שטח כבוש ממדינה שחתומה על אמנת ג'נבה, מה שמחליש את הטיעון של מדינת ישראל.
* הפלסטינים חותמים על אמנת רומא. היה והם אכן מדינה, הם מדינה חברה באמנת רומא, ולביה"ד בהאג יש סמכות על מעשים שאסורים לפי האמנה אם בוצעו בטריטוריה של מדינה חברה. בהנחה שזה טריטוריה של המדינה הפלסטינית- יש סמכות לביה"ד בהאג להעמיד לדין אנשים על ההתנחלויות. זה המצב בו מדינת ישראל נמצאת היום.
* מתפתחת תמיכה יותר בעולם לפרשנויות הנגדיות לעמדת ישראל, אבל יתרה מכך מה שקורה מאז שנות ה-2000 זה שהפלסטינים עושים רשימה של כל החולשות שלהם בטיעון המשפטי ואחד אחד מוצאים הזדמנויות בזירה הבינלאומית להשיג הישג שיחזק את עמדתם, למשל, ההישג הגדול שלהם בחוו"ד הגדר היה קביעת ביה"ד בהאג שכל השטחים שאחרי הקו הירוק הם כבושים. היכולת של ישראל לספח חלק מהשטחים- ביה"ד בהאג קובע שזה לא נכון.
* מה הדרישה של הפלסטינים כדי לחזור למו"מ? הכרה של מדינת ישראל שהבסיס הוא החזרת השטחים וגבולות 67. וזה מחזק את הטענה שלהם שזה צריך להיות הגבול.
* **עמדת העולם / ICJ:**
  1. אין ריבון חוקי לשטחים ולכן האג וג'נבה חלים.
  2. אם מישהו יכול לטעון לריבונות זה הפלסטינאים מתוקף הגדרה עצמית.
  3. גם ג'נבה וגם האג מנהגיים ולכן חלים בכל שטח שנלקח כשטח כבוש.
  4. לא ניתן להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש גם באופן וולנטרי.
  5. מרבית העולם מכירות בפלסטינאים כמדינה בגבולות 67 ולכן נכון להיום רואות במדינת ישראל ככובשת שטח ששייך לפלסטינאים.