משפט בינלאומי פומבי – ד"ר זיו בורר:

**29/02/16**

הדיון בשיעור זה יהיה על השאלה איך נראה המשפט הבינלאומי ומהו הצורך שלנו בו.

הערה- שיעור הבא נתחיל בעשר.

נוכחות- המרצה לא בודק נוכחות אלא אם הנוכחות צונחת פלאים. עלולה להיות סנקציה אם לא תהיה נוכחות סבירה.

לפיתוח טיעון משפטי שני שלבים:

1. פיתוח הטיעון.
2. הערכה של מהו הסיכוי להצליח עם הטיעון הנ"ל.

המרצה ינסה בנוגע לכל טיעון משפטי לתת את טיעוני הנגד. בנוסף, בתחומי הלחימה עמדת המדינה היא בד"כ שמאלה לעומת עמדת עולם.

העולם מחולק לשלושה סוגים של מדינות:

1. מדינות מבודדות שאין להם מה להפסיד ואין דרך לאיים עליהם. לדוג' צפון קוריאה.
2. מעצמות- רוסיה, ארה"ב.
3. מדינות שבאמצע- לדוג' ישראל.

**מבוא:**

אנו נעסוק בשלוש שאלות שלכאורה היו צריכות להיות נורא פשוטות:

1. מהו משפט בינלאומי?
2. מי מחוקק אותו?
3. האם ולמה מצייתים לו?

כפי שנראה, כל שלוש שאלות הללו הן די מורכבות. משפט בינלאומי משמעותו משפט בינלאומי פומבי, בשונה ממשפט בינלאומי פרטי העוסק בכללי ברירת דין בין שתי מערכות משפט מדינתיות.

אחת הסיבות שקשה לנו לענות על השאלות כמו מהו המשפט הבינלאומי הפומבי או מי מחוקק אותו ולמה צריך לציית לו, זה מאחר והמערכת הזו משתנה כל הזמן. קשה מאוד לתאר תופעה כאשר היא זזה ומשתנה בזמן שמנסים לתאר אותה. הסיבה שהיא משתנה זה בגלל שהעולם נהיה יותר גלובלי. ככל שדברים נהיים יותר גלובליים זה מאיץ על התהליכים של הגלובליזציה.

דוגמא של "נובל אנרג'י"- מה הפחד הכי גדול שלנו במקרה זה? שיגישו תביעה בינלאומית. "נובל אנרג'י" זו חברה אמריקאית שהקימה חברה בישראל (נובל אנרג'י ישראל), שאם היא צריכה לשנות את המקום שלה היא צריכה לדווח למשרד האנרגיה הישראלית, אך היא לא עושה כן, אלא היא נוקטת בדרך עקיפה על מנת להימנע מתביעה בינלאומית. זו לא סכנה שמישהו היה חושב עליה לפני 15 שנה.

המרצה נתן דוגמא בסילבוס לשאלה כמה המשפט הבינלאומי משפיע עלינו- חלק קטן מהנאום של שבתאי רוזן שמקבל פרס למומחיות במשפט הבינלאומי, הוא נפטר לפני כמה שנים. הוא היה ענק במשפט הבינלאומי שכאשר מקימים פרס חדש למומחים במשפט הבינלאומי, הוא האדם הראשון שמקבל אותו. כאשר הוא נואם ומנסה לתאר איך המשפט הבינלאומי משפיע על אנשים, הוא בסופו של יום מתאר את היומיום שלו. לדוג': הקפה הגיע לכוס שלו באמצעות אמנת סחר בינלאומי, כרטיסי טיסה באמצעות אמנת וורשה. כל שלב בדרך מושפע היום על ידי משפט בינלאומי, וזה יילך ויגבר. עוד עשר שנים מעכשיו, אם עו"ד לא יכיר את הזירה הבינלאומית, הוא לא ייתן שירות טוב ללקוח שלו. המשפט של היום הוא לא המשפט של לפני 50 שנה, במיוחד המשפט המדינתי.

ישנה מערכת שמשתנה, עולם שנהיה יותר גלובלי וזה אומר שמשפט בינלאומי יהפוך להיות חלק הרבה יותר משמעותי מהקריירה של כמעט כל אחד מאתנו. העובדה שהוא חלק מחיינו יותר ממה שאנו שמים לב, זו בדיוק ההוכחה.

כדי להבין איך הגענו למצב הזה, צריך לעשות סקירה היסטורית.

**סקירה היסטורית**:

אמנות בין ממלכות שונות יש לנו כבר לפני אלפים רבים של שנים. התחומים שבאופן קלאסי הוסדרו זה יחסים דיפלומטיים ודיני מלחמה. בד"כ אנו אוהבים שיש כללים להרוג אחד את השני באופן ממושמע. אנו רוצים לדעת איך להתנהג עם אויבינו ועם חברנו מהסיבה שהאויבים שלנו יכולים להיות אף החברים שלנו ולהפך. משפט בינלאומי כפי שאנו מכירים אותו היום מתחיל להתפתח מהרגע שישנה מדינה ואז אנו מתחילים לראות הבחנה בין משפט בינלאומי למשפט מדינתי.

מדינה כפי שאנו מכירים אותה היום התפתחה באופן הדרגתי מהמבנה של נסיכות אירופיות שונות. ובכל זאת, בשנת 1648 נגמרת מלחמת 30 השנה, והנסיכויות מסכימות שהן לא תתערבנה אחת לשנייה בתהליכים הפנימיים. לכאורה זה לא מדויק, כי בפועל הן כן מסכימות באמנות שהן יתערבו ובכל זאת זו האגדה. מאותו שלב, דיני המלחמה ודיני היחסים הדיפלומטיים מאמצים אופי דומה למה שאנו מכירים כיום. יתר על כן, נוסף עוד תחום שמתחיל להיות מוסדר במשפט הבינלאומי וזה דיני הים. האירופאים מתחילים לכבוש את כל העולם ולכן הם צריכים להסדיר איך הם לא יריבו בנתיבי השיט בזמן שהם שותים את אוצרות העולם. ניתן לראות תחילה של סחר בינלאומי יותר רחב בעבר וזה דורש הסדרה של משפט בינלאומי.

מי שנחשב אבי המשפט הבינלאומי המודרני, חי באותה התקופה, בחור הולנדי בשם **הוגו גוטריוס** (הוא חי במאה ה-17 וכותב את ספרו בזמן מלחמת 30). הוא נחשב אבי המשפט הבינלאומי מכל מיני סיבות. אחת הסיבות היא שבערך בשלב הזה המשפט הבינלאומי מתחיל להיות חילוני ולא מבוסס על דת. האגדה מתארת כי גוטריוס הוא זה שהתחיל את החילון, מאחר ואם נפתח את עמוד 24 לספרו, אנו נראה את המשפט "כל מה שאמרתי עכשיו היה נכון גם אם נגיד את הדבר מבלי להיות רשע מוחלט- אין אלוהים".

**השלב הבא: סוף המאה ה-18**- החילון של המשפט הבינלאומי כמעט והושלם. רוב האנשים מתייחסים למערכת המשפט כמבוססת על עקרונות חילוניים ולכן בסיס המשפט משתנה לחלוטין- זה מפסיק להיות משפט שמבוסס על משפט טבע (אני מציית כי אלוקים אמר) וזה הופך להיות באופן טבעי טיעונים שמבוססים על הסכמה. במילים אחרות, גישות פוזיטיביסטיות- מפרידות את המשפט הטבעי מהדין הפוזיטיבי ובהקשר של המשפט הבינלאומי, **מרבית הגישות הפוזיטיביסטיות באו ואמרו שזו מערכת משפט שמבוססת על הסכמה בין מדינות.** בשלב זה קורה דבר נוסף- המהפכה התעשייתית שמובילה לכך שתחומים חדשים מתחילים להיות מוסדרים על ידי המשפט הבינלאומי. קונגרס וינה מכנס כדי לחגוג את הניצחון על נפוליאון (1815). בפועל הם מתעסקים במשפטים- מוקם הארגון הבינלאומי המודרני הראשון- הארגון על הפיקוח על השייט. הארגון שמפקח על הסחר לאורך כל אירופה. כמו כן, נחתמת אמנת הדואר הבינלאומית הראשונה, אמנת הטלגרף. ואילו זה כינוס שהיה אמור לעסוק בדיני מלחמה, אולם עיקר הפיתוח היה בסחר.

יתר על כן, המלחמה נהיית מתועשת. **במהלך המאה ה-19** ועד מלחמת עולם הראשונה הומצאו כל כלי ההשמדה הנוראים שאנו מכירים היום, למעט פצצת האטום - ארטילריה רצינית, לדוג' הרובה האוטומטי. במלחמת העולם הראשונה הם אפילו זורקים פצצות מכדורים פורחים ולכן זה מחייב להסדיר את דיני המלחמה מחדש. זו המאה שמתחילות להיות כל האמנות המודרניות של דיני הלחימה.

**השלב הבא- המאה ה-20-** האירוע הראשון המכונן- מלחמת העולם הראשונה. מלחמה זו מובילה בעצם לכמה השלכות משמעותיות שאנו חווים אותן עד היום:

1. איבוד אימון- אם הפוזיטיביזם בא ואמר שזו הסכמה, וצריך להסכים. מתחילות להתפתח גישות שבאות ואומרות הכל פוליטיקה, הכל מושחת. הכול זה כוח. זה לא שלא היו אנשים דומים שהחזיקו בטענות הללו קודם (לדוג' מקיבאלי) אולם העוצמה של העמדות הללו מתחזקות ויוצרות גרסות מודרניות שאנו מכירים עוד היום. יחב"ל (יחסים בינלאומיים) זה משהו שהוקם על ידי משפטנים מודרניים בערך בתקופת מלחמת העולם הראשונה. אלו אנשים שהיו משפטנים של משפט בינלאומי שהבינו כי אם לא המשפט מסדיר את ההתנהלות הבינלאומית, יש לעבור לנישה של יחסים בינלאומיים.
2. יש אנשים שמסיקים את המסקנה ההפוכה בעקבות מלחמת העולם הראשונה, כדי למנוע מלחמות אנו צריכים להגדיל את שיתוף הפעולה. לגישה זו השפעה מהותית עד היום, מיד לאחר מלחמת העולם הראשונה מוקם חבר הלאומים. מוסד קבוע, עולמי, המוסד הזה בגלל פגמים חמורים בו מפורק במלחמת העולם השנייה ומוקם במקומו האו"ם. כמו כן, לאחר מלחמת העולם הראשונה מוקם האיגוד האירופי, הבנק הלאומי, ארגון הסחר הבינלאומיים- עידן שמוקמים יותר ויותר איגודים בינלאומיים מתוך מטרה של שיתוף פעולה. ניתן לראות כי שתי מלחמות העולם גרמו לחיזוק הקשרים בין המדינות.

עד כה הצגנו שתי קפיצות- מלחמת העולם הראשונה והשנייה.

הקפיצה השלישית- **נפילת מסך הברזל-** בשנות ה-90 ישנה קפיצת מדרגה נוספת, תחומים שלא הוסדרו קודם מוסדרים על ידי המשפט הבינלאומי. האיחוד האירופי של היום זה לא האיחוד האירופי שלפני 89. זה העידן שאנו חיים בו היום, שנקרא העידן הגלובלי. זה עידן שיותר ויותר תחומים יהיו מוסדרים על ידי המשפט הבינלאומי. יתרה מכך, המשפט הבינלאומי משנה את אופיו. משפט בינלאומי קלאסי בעיקר יתעסק בלהסדיר את היחסים בין המדינות. לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל (שיש לו יסודות של אמת) מה ששלט זה מודל כדורי הביליארד- לפי מודל זה, המשפט הבינלאומי עוסק רק במפגשים בין הכדורים. במילים אחרות, הוא עוסק בתיאום בין המדינות. זו לא מערכת משפט שיוצרת הכפפה, כי אם מערכת של תיאום. לפי גישות שונות, זה נותן מרחב גדול יותר של תמרון- לדוג' מדינה שמודיעה שהיא פורשת מאמנה. זה המודל הקלאסי- המדינות יוצרות את הדין כדי לתאם ביניהן (תיאום ולא הכפפה).

לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל, בני אדם לא היו הסובייקטים/ הניתנים של המשפט הבינלאומי מאחר והם חיים בתוך כדורי הביליארד והמשפט הבינלאומי לא עוסק במה שקורה בתוך הכדורים. מלבד חריגים מסוימים, הדינים שעסקו בדיני ים כן עסק במשפט פרטי. זה משתנה לפי הנרטיב המקובל במלחמת העולם השניה. או יותר נכון, אחרי מלחמת העולם השניה. אחרי מלחמה זו, רוצים להעמיד לדין את ההנהגה הנאצית בנירנברג. וההנהגה הנאצית באים ואומרים שהם לא מדינה כי אם בני אדם, והמשפט הבינלאומי לא פונה אליהם- תפנו לגרמניה. משפטי נירנברג עונים ובמידה רבה משנים את אופי המשפט הבינלאומי זה שמאחורי מדינות נמצאים בני אדם. לכן, לפחות בתחומים מסוימים המשפט הבינלאומי פונה לבני אדם.

הוא פונה לבני אדם באחד משני דרכים:

1. הטלת הסנקציה על אדם ולא על המדינה- לדוג' המשפט הפלילי הבינלאומי- הסנקציה על הפרה היא לא על המדינה. במשפט בינלאומי קלאסי, הסנקציות היו על המדינות (לדוג' פעולת תגמול). אולם במקרים מסוימים, לגבי נורמות מסוימות של המשפט הבינלאומי, הסנקציות הן כלפי בני אדם. סוג אחד של שינוי או דרך אחת שהמשפט הבינלאומי מתחיל לפנות לבני אדם.
2. דאגה לאינטרסים וזכויות של בני אדם ולא אינטרסים וזכויות של מדינות. לדוג' דיני זכויות האדם הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הוא אף דוגמא להטלת זכויות בבני אדם, רוב דיני המלחמה מנסים למנוע מוות של בני אדם/ התעללות.

תחומים שבהם המשפט הבינלאומי נוגע באנשים באופן ישיר באחד משתי החלופות, רק הולכים וגדלים. יש כל מיני תחומים במשפט הכלכלי באים מגנים על זכויות של בני אדם, הדוגמא של נובל אנרג'י. יש מקומות בעולם, והם הרבה מקומות, שאם פוגעים בזכויות אדם, ניתן לפנות למשפט הבינלאומי.

אם אנו חוזרים לתחילת השיעור, לשאלה מזה המשפט הבינלאומי- המשפט הבינלאומי קשה לתיאור, מאחר וחלקים שונים שלו נראים באופן שונה. ישנם חלקים שמשתנים כל הזמן. כלומר, יש עדיין הרבה מאוד תחומים של משפט בינלאומי שנראים כמו המודל הקלאסי- של מודל הביליארד. נמצאים בין מדינות וסוג הסנקציות- אם אתה מפר, אני אאיים עליך שגם אני אפר. ואילו יש תחומים שמתחילים להיראות אחרת, לפחות באחד **משלושה רכיבים שדיברנו עליהם**. להלן:

1. הם פונים לבני אדם במובן שהם דואגים לזכויות או אינטרסים של בני אדם.
2. דינים שמטילים סנקציות, לא רק על מדינות כי אם גם על בני אדם.
3. כניסה של שחקנים בינלאומיים- ישנם תחומים שבהם המדינה היא לא השחקן היחיד בזירה הבינלאומית אלא יש לנו לפחות אחד משני שחקנים נוספים- ארגונים בינלאומיים, לדוג' האו"ם, הבנק הלאומי ועוד. יש יותר ויותר תחומים שמתנהלים על פי מוסדות ממשלתיים ולא מדינות. מוסד שמייצר נורמות משלהם. כמו כן, ישנם ארגונים שיש להם השפעה אדירה על חיינו (NGO). תמיד אנו קופצים לתחומים של זכויות אדם או איכות סביבה אך יש גם הרבה מאוד תחומים אחרים שבהם יש ארגוני בינלאומיים, בין אם ממשלתיים ובין אם לא. כל ארגון בינלאומי מתנהל אחרת מארגון אחר. לדוג' ILO עוסק בדיני העבודה ברמה הבינלאומית.

מאחר והבלגן הוא כה גדול, קשה להגדיר את המשפט הבינלאומי מעבר להגדרה שמדובר בדין שמסדיר יחסים בין מדינות. מדובר במערכת מבולגנת, שעם הזמן היא יותר ויותר תשפיע על החיים שלנו. בין אם בשל הסדרי טיסה, סחר ועוד.

הסיבות מדוע הוא מבולגן:

1. מאחר והוא השתנה.
2. קצב השינוי שונה בין תחומים שונים.

דוגמא- מערכת האיגוד האירופי מגנה על אינטרסים כלכליים של בני האדם, ובן אדם יכול להגיש תביעה כאשר משמעותה היא סנקציה המוטלת על המדינה. אולם ישנם תחומים שבהם כן תוטל סנקציה על בני אדם, לדוג' משפט פלילי.

יש לציין כי ישנם הרבה מאוד תחומים של המשפט הבינלאומי שנותרו בסגנון של המשפט הבינלאומי הקלאסי.

השאלה היא- אם התחום משתנה כל הזמן, זה אומר שזה מצליח. לכן, מדוע זה מצליח? **מדוע מצייתים לזה?**

ראשית, ננסה לחשוב- מהי מערכת משפט? **אוסטין** הגדיר מערכת משפט (פוזיטיביזם של המאה ה-19)- פקודת הריבון שיש לצידה סנקציה. כלומר, אנו מצייתים לחוק בשל הסנקציות, פחד. **אוסטין** בוחן את המשפט הבינלאומי הקלאסי של מודל כדורי הביליארד, ורואה כי אין ריבון אלא מדובר בתיאום ולא הכפפה בין מדינות. כמו כן, הסנקציות הן שוות בין המדינות (סנקציות של הטלת כוח), אולם מה שמפריד זה כוח ולא נורמות. לכן, **אוסטין** אומר כי המשפט הבינלאומי אינו משפט, במקסימום כללי נימוס. זה לא רק שאין סנקציות, אין היררכיה ברורה. בכללי, האו"ם טיפה יותר עליון על כולם, אולם ICJ הוא הכי נחשב מתוך בתי הדין אך בשביל להגיע אליו, שתי המדינות צריכות להסכים להתדיין בפניו.

אחרי אוסטין מגיעות גישות ראליסטיות, הלוקחות את מה שאוסטין תיאר באופן דסקריפטיבי ואמרו כי אולי המדינות לא כה מנומסות. כאשר הדין לא מתאים, הוא יופר. טענות שהכל כוח ופוליטיקה ישנן אף לגבי המשפט המדינתי. אולם ישנה הנחה שבכל זאת המבנה הממוסד של המדינה, מגביל אפילו את החזקים.

**מדוע אם כן צריך משפט בינלאומי**? גם במשפט המדינתי התיאור של **אוסטין** הוא פשטני ולא ממצא. למדינה אין משאבים להטיל סנקציות על כולם, סנקציות עובדות בהינתן זה שלא כולם מצייתים בגלל הסנקציות. סנקציות לא יכולות להיות כל הסיפור, ואפילו לא רוב הסיפור.

**סיבות לציות לחוק מלבד סנקציה- בהקשר המדינתי** (הסבר מדוע **אוסטין** פשטני ולא ממצא):

1. אנו רגילים לעשות כן- ישנם הרבה מאוד חוקים שאנו מצייתים אליהם מתוך הרגל. בשתי רמות:
2. אנו לא מפקפקים בחוק, אנו לא שואלים מה האינטרסים, אלא אנו רגילים שההסדר הוא כך ולא אחרת, ולכן אנו מצייתים לו.
3. הפנמת הנורמה שקבועה בחוק- הדין מעצב את ההעדפות שלנו. אם אדם ישרוף דגל בצבע ירוק, לאף אחד לא יהיה אכפת. ואילו אם מישהו ישרוף דגל בצבע לבן עם כחול, בוודאי שיהיה אכפת. הדין מעצב גם את העדפות שלנו הרבה פעמים והקו ביניהם הוא קו שלעיתים קשה לזהות ואף משתנה בין אדם לאדם.
4. חברה לא יכולה לתפקד בלי כללים (אינטרס-תועלתי)- אם לא יהיה כלל שיגיד או צד שמאל או צד ימין, תהיה תאונת דרכים. יש המון תחומים שפשוט צריך איזה שהם כללים כדי שנדע להתנהל, אחרת נתנגש האחד בשני.
5. מוסר- למרות שבכללי נטשנו טיעונים של משפט טבעי, ישנן הרבה נורמות שאנו מצייתים להן בשל המשפט הטבעי. רובנו לא רוצחים בגלל שאנו מוסריים.
6. הוגנות ואמון- ברגע שהוזכרו כללי משחק בחברה דמוקרטית, הוגן שנשחק לפי כללי משחק. חברה לא יכולה להתקיים בלי מידה מסוימת של יחסי אמון.

**מה מהסיבות הללו רלוונטיות למשפט הבינלאומי- מדוע מצייתים למשפט הבינלאומי (הסיבות חופפות לסיבות לעיל)**?

אם במשפט הבינלאומי הכל היה תלוי באינטרסים, המערכת הייתה מאוד קטנה. רק כאשר מאיימים על המדינה, פחד מסנקציה, מעטות הפעמים שהמדינות היו מצייתות מאחר ובד"כ אנו לא מתעסקים עם המעצמות. זה לא היה עובד אם זה רק היה סנקציות. או שהכל פוליטיקה וכוח, זה לא יכול לתאר מערכת שכל הזמן מתפקדת. **אנקין**- אמר כי רוב המדינות, רוב הזמן, מצייתות למשפט הבינלאומי. לא היה ניתן להגיע לרמת ציות כזו לפי האמירה של אוסטין.

**סיבה ראשונה - הפנמה -** תחומים רבים לא יכולים להיות מוסדרים רק ברמה המדינתית, שר התחבורה לא יכול להגדיר לבדו את הסדרי הטיסה. כך גם לגבי הסדרת נהלי אימוץ ממדינות אחרות, כלכלה, לחימה וכו'. אי אפשר להסדיר את זה לבד. השת"פ עם העולם הוא מובנה! כל אדם חייב להכיר את המשפט הבינ"ל וזה משפיע על צורת המחשבה שלו.

**סיבה שניה - יחסי גומלין ותיאום**- אנו צריכים לדעת איך, מתי ואסור להרוג. גם בהקשר של המשפט הבינלאומי, ישנם שיקולים של תיאום ויחסי גומלין שיוצרים תמריץ להפנים את הנורמות. צריך להבין שזה גם לטווח ארוך, לכן גם אם מדינה תרגיש שהיא תפסיד בפעם הנוכחית, זה לא ימנע ממנה לציית. תיאום ויחסי גומלין הם לא פיר מקרה, אלא לפעמים המדינה עושה משהו שהיא מפסידה ממנו במקרה היחידני כי היא מרוויחה לטווח הרחוק שהמדינות מצייתות. שיקול נוסף, תאגידי הענק- חברות כלכליות גדולות מעדיפות לעשות עסקים במדינות שמצייתות למשפט הבינלאומי כי יש להן צפיות. המדינות מרוויחות מזה, לכן הן רוצות לצייר לעצמן תדמית של מדינות שמצייתות למשפט הבינלאומי כדי שהעסקים הללו יבואו אליהם. ככל שנשחק יותר לפי כללי המשחק, יהיו יותר מדינות ותאגידים בינלאומיים שירצו לשחק עם המדינה.

**סיבה שלישית- הסיבה של אוסטין**- נכון שמשטר הסנקציות אינו אחיד, ועוצמת הכוח תשתנה ממדינה למדינה, כך שסוג הסנקציה תלויה בתחום ובמדינה, ובכל זאת הסנקציה זה בהחלט היבט משמעותי. מדינת ישראל הרבה פעמים עושה דברים כי היא לא רוצה לעצבן את האירופאיים.

**סיבה רביעית**- דעת קהל בין עולמית- למדינות אכפת מה חושבים עליהן בעולם, ישנן תנועות שעשויות להשפיע וליצור לחץ מה גורמים כלכליים יעשו ועוד. חשוב להשפיע על דעת הקהל בשביל להפחית עמדות שאינן בעד המדינה, וזאת ניתן לעשות על ידי ציות למשב"ל.

**סיבה חמישית**- רובנו לא רוצים שהמדינה שלנו וגורמיה יבצעו רצח עם, פשעים נגד האנושות- קרי שיקולי מוסר.

**כלומר, גם במשפט הבינלאומי ישנו קוקטייל גדול של סיבות- מדוע לציית.**

בהמשך לאמור, מדוע מדינות לא תצייתנה למשפט הבינלאומי:

1. לעיתים רמת הציות למשפט הבינלאומי תהיה נמוכה יותר מאשר ברמה המדינתית מאחר והאיום/ סנקציה הוא הרבה פחות וודאי. לכן, לעיתים יהיו תמריצים למדינות לא לציית.
2. לפעמים יש שיקולים של ביטחון או זהות לאומית שמשפיעים על המדינות וגורמים להם לא לציית למשפט הבינלאומי.
3. דעת קהל פנימית- האם הציבור רוצה שההנהגה שלו תבצע פעולה מסוימת שאינה מתאימה למשפט הבינלאומי. לכן, כמו שדעת קהל חיצונית יכולה להשפיע כך גם דעת קהל פנימית.
4. המיקום של המדינה בהיררכיה העולמית.

הלגיטימיות לא לציית נובעת מהטענה שמדובר בכללים שהם פוליטיים ואילו כאשר רוצים לומר שכן לגיטימי לציית זה שהכלל הוא משפט בינלאומי.

ככל שהמשפט הבינלאומי יהיה בעל זיקה ליותר ויותר תחומים, יהיו יותר ויותר תחומים בהם המדינה תתקל בדילמה של האם לציית או לא לציית, לדוג' בחיים לא היינו חושבים שזיכיון גז יהיה בעל זיקה של משפט בינלאומי. כך גם רמת האכיפה, הסיכוי שאם צה"ל ייתפס בדיני הלחימה ותוטל עליו סנקציה, הרבה יותר גבוה לעומת שלושים שנה. לכן, עוצמת החשש אם לציית או לא וכן היקף התחומים של משפט בינלאומי הולך וגדל בהתאמה.

המשמעות של האמור לעיל, היא שביותר ויותר תחומים יוצר מתח בין הפוליטי לנורמטיבי. כלומר, יהיה מתח בין השפעות פוליטיות שנרגיש הפעלת לחץ בתחומים שנרגיש שזה לא הוגן, אינטרסים ומכריחים אותנו. כמו כן, יהיו יותר תחומים בהם נרגיש שישנה השפעה במשפט הבינלאומי דווקא. הרבה פעמים במציאות השיקולים הפוליטיים והנורמטיביים מעורבבים יחד והשאלה כמה זה פוליטי או נורמטיבי, תלויה בנקודת המבט של המסתכל.

**כל דעה שנאמץ לגבי המשפט הבינלאומי היא לגיטימית, יחד עם זאת ראוי לא לאמץ עמדות קיצוניות. משמע, לא כדאי לאמץ את הגישה שהכל מושחת ופוליטי מאחר ובלי משפט בינלאומי לא היה בסיס לדוגמא להעמיד לדין את הנאצים. זה לא יעזור, בסוף ישנם ערכים יסודיים אוניברסאליים, שיקולים נורמטיביים חיוביים. מן הצד השני, המרצה ממליץ לא לאמץ את הגישה שמסתכלת על המשפט הבינלאומי כדבר הכי נפלא.** כל עמדה אחרת לאורך הספקטרום הינה לגיטימית לדעת המרצה, העמדות הקיצוניות הינן פשטניות.

בהקשר הזה, המרצה הביא בסילבוס מקורות שמבטאים את שתי עמדות הקיצון שהמרצה אומר לנו לא להחזיק בהם.

**עמדת הקיצון לפיה המשפט הבינלאומי הם מקור אינטרסים ופוליטיקה- מאמר של אבי בקר**. אם נסתכל, לא כל העולם רק רודף את מדינת ישראל. ישנן הרבה מדינות שמחויבות למשפט הבינלאומי, דיני הלחימה והמשפט הפלילי הבינלאומי. כך גם מדינת ישראל, מעוניינת לעמוד בכללים הללו. אולם אנו מודעים לזה שישנו שימוש פוליטי, אינטרסנטי בתחומים של המשפט הבינלאומי. גם ישראל לפעמים מאמצת פרשנויות שלא מתיישבות עם דיני הלחימה, כך לדוגמא הריסת בתים. זו המורכבות. צריך להיות מודעים לכל האלמנטים של המורכבות ולא לרוץ מהר לאחד מן הקצוות.

**ספר הגות של עמוס** **קינן- המשקף את העמדה השניה**- מעיד על כך שישנן שתי רמות שבהם מתנהלים הדברים. אנו מניחים שדברים מתנהלים ככללים פוליטיים אולם ישנם רגעים שבהם נחשף הפרגוד, ואנו רואים שבבסיס יש שיקולים מוסריים. ואם אנו מתייחסים לשיקולים המוסריים כפוליטיקה אנו לא נציב לעצמנו את הגבולות ואנו נאבד את האבן בוחן שישנם דברים מוסריים. המרצה לרגע לא אומר שאין לחצים פוליטיים ואינטרסים, הקו ביניהם עובר באופן סובייקטיבי, כל אחד לעצמו. אולם ברגע שמגיעים לנקודת עימות נוצר מצב של דיסוננס קונגטיבי- ערכים נוגדים- הוא מוותר על אחד הכללים ודבק באופן מקצין בכלל אותו הוא רוצה למנוע. אנו צריכים להישאר במצב שאנו חיים עם מורכבות ועושים החלטות פיר מקרה. אחרת אנו לא רואים את האלמנט הנכון והראוי.

בגלל שאנו מבינים את המורכבות אנו צריכים לתת את הכבוד גם למי שהחליט אחרת.

לסיכום- העולם נהיה יותר מורכב ויותר מקושר, ולכן המשפט הבינלאומי יותר ישפיע על חיינו. כך שיותר ויותר תחומים יוסדרו ברמה הבינלאומית, כך שאנו כעו"ד נצטרך ללמוד יותר ויותר משפט בינלאומי. הדברים משתנים וזה לא סתם מאחר וזה קורס שנוגע יותר ויותר למקצוע. גם העובדה שדיני הלחימה ומשפט פלילי בינלאומי זה דבר שיש לו יתרון, מאחר ואנו כולם רוצים למנוע רצח עם. יחד עם זאת, ככל שזה יקרה זה ייצר גם יותר דילמות. ויהיו יותר תחומים בהם אנו נרגיש מתח בין הערכים המקומיים לבין השיקולים הגלובליים. לסיכום, החיים הם מורכבים.

**14/03/16**

**מקורות המשב"ל**

נעשה דיון קצר במקורות המשפט הבינ"ל ונדון בדיני אמנות. נדון במאפייני אמנות ולאחר מכן בכללים של דיני אמנות. מה הם המקורות של משפט בינ"ל? אפשר לחלק אותם ל-3:

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

2 הסוגים הראשונים הם מקורות פורמליים, והסוג השלישי הוא לא פורמלי. כאמור, המקורות הפורמליים מצוינים בס'38 לחוקת הדין הבינ"ל, זה לא המקור שהופך אותם למחייבים. הם היו מחייבים הרבה מאוד שנים לפני אותו סעיף, אבל הסעיף שעוסק במקורות שיכול להסתמך עליהם בית הדין, בעצם נאלץ לפרט את מקורות הנורמות של המשפט הבינ"ל.

בשיעור הזה ובשיעורים הבאים נדבר על המקורות השונים והיום על אמנות.

**סוג ראשון – מקורות ראשיים:**

אמנות ומנהגים [שני המקורות הראשיים].

נציין כי מלבד חריגים שנדבר עליהם, אין היררכיה בין אמנה למנהג – נורמה אחת לא גוברת על השנייה.

**אמנות** –

יש אמנה מ1969 שנקראת **אמנת וינה** שמפרטת את הכללים בנוגע לאמנות – לכן היא נקראת אמנת האמנות. מרבית הסעיפים באמנה זו הן מנהגים. כלומר, מרבית ההסדרים שמפורטים באמנה הם הסדרים המחייבים את המדינה, כי הם מנהגיים. זה לא מחייב את ישראל מעצם האמנה, אלא מעצם היותה נורמה מנהגית [נזכיר: נורמה מנהגית מחייבת את כל המדינות בעולם מלבד מדינה מסוג מסוים שנקראת "מתנגדת עקבית" – ומעבר לזה נדון בנורמות מנהגיות בשיעור הרלוונטי].

**מה זה אמנה**?

1. מדובר בהסכם. הצדדים מתכנסים ומסכימים על תנאים מסוימים.
2. מדובר בהסכם בינלאומי. לא מדובר בהסכמה בינלאומית בין ראשי ממשלות כאנשים פרטיים.
3. זה נשלט ע"י המשפט הבינלאומי. כלומר אם באמנה בין 2 מדינות קבוע שיחול עליה הדין המדינתי של מדינת X, הוא מבחינתנו לא אמנה בינלאומית.
4. לעניין אמנת וינה, ההסכם צריך להיות הסכם בין מדינות ו/או בין מדינות לארגונים בינלאומיים. הסכם בין ישראל לארה"ב זה אמנה. הסכם בין ישראל לאו"ם זה אמנה, וכו'. מה לגבי הסכם בין האו"ם לבין האיחוד האירופי שהם ארגונים בינלאומיים? זה כן אמנה בינלאומית, אבל זה לא אמנה שחלה עליה אמנת וינה. חל עליה המשפט המנהגי שנוגע לדיני אמנות, שהוא ככלל די דומה למה שקבוע באמנת וינה.
5. תנאי נוסף מבחינת אמנת וינה זה שההסכם יהיה בכתב. אמנה יכולה להיות בע"פ אבל לא יחולו עליה הכללים של אמנת וינה, אבל יחולו עליה הכללים המנהגיים שעוסקים באמנות שככלל דומים לכללים הקבועים באמנת וינה. לדוג': מדינות ששלחו את מטוסיהם באסון הכרמל שהיו השוויצרים, אך לא היו מוכנים לשלוח בלי שישראל תתחייב שאם יגרמו נזק ישראל תישא את הנזק. איפה זה סוכם? בשיחת טלפון בין רוה"מ של ישראל ושוויץ. זו אמנה לכל דבר, לא חלים עליה ההסדרים של אמנת וינה אבל חל עליה דין מנהגי שעוסק בדיני אמנות.
6. אמנה לא חייבת להיות מסמך אחד, היא יכולה להיות סדרה של מסמכים, תחול עליה אמנת וינה. אמנות שנקבעות בחלופת מכתבים היא מעט מאתגרת. לפעמים כל אחת אמנה נפרדת, ולפעמים סדרת המסמכים מסתמכת על מסמך ראשון שכולן יחד נחשבות אמנה אחת.
7. השם לא משנה. יש אמנות שנקראות אמנה או פרוטוקול או מסמך הבנות או חוקה או הצהרה. מה שמשנה זה המהות והאם נוצר הסדר מחייב! ברור שיש מקרים שזה לא יהיה ברור ויהיו חילוקי דעות, במקרה הזה מפסיקים להסתכל רק על טקסט ועוברים לבחון מההיסטוריה של המשא ומתן ומה היתה כוונת הצדדים. למשל יש פס"ד שנקרא קאטר נ' בחריין – המסמך שחתמו עליו היה פרוטוקול מוסכם – פרוטוקול לא בטוח שנותן תחושה של מחויבות, מוסכם כן נותן תחושה כזו. בא ביה"ד וקובע מסקנה שזה אמנה לפי כוונת הצדדים.

נבחין בין 3 סוגי מסמכים שעשויים לשאת את הכותרת "הכרזה" - Declaration:

1. מסמך אחד שיכול לשאת כותרת זו הוא אמנה לכל דבר. איך נגלה שזה סוג המסמך? לפי מבחן המהות, הטקסט של המסמך נבדוק את כוונת הצדדים, ונגיע למסקנה שהצדדים התכוונו לייצר אמנה.
2. סוג שני של מסמך שנושא את הכותרת הכרזה, זה מסמך שמדינות חותמות עליו ומכריזות שזו אינה אמנה, זה לא מחייב.

הסיבה לעשות מסמך כזה כדי לא להתחייב. מקרה שני זה שברור למדינות שלא ניתן להסכים על הפרטים הקטנים בשלב הזה. בסיטואציה כזו מה שעושה הכרזה זה לתת מעין מפת דרכים – מה הכיוון הכללי שאליו המדינות מכוונות? לפעמים המטרה היא להכין את דעת הקהל, המנהיגים יודעים שדעת הקהל לא יקבלו את זה, אז הם נותנים הצהרה שיוצרת את הקבלה והכנה של דעת הקהל. אם אלו הצהרות, למה זה מעניין אותנו? כיוון כללי לאן המשפט הבינ"ל הולך – זה יכול להשתנות עוד הרבה פעמים. לפעמים מסמך יהיה בראשיתו הצהרה, ומדינות העולם עם הזמן ירגישו מחויבות לנורמות בו, במובן שלפחות חלק מהנורמות תהפכנה לדין מנהגי. מה שמחייב זה לא הצהרה לשמה אלא הדין המנהגי, אך מה שקיבע את הדין המנהגי זה ההצהרה. כל הדברים האלו אפשר לראות אם מסתכלים על ההכרזה בפני באי עולם מלבד זכויות האדם האוניברסליות – "הכרזה אוניברסלית בדבר זכויות אדם" מ1948. אחרי מלחמת העולם השנייה קם האו"ם ומשתרשת התובנה שצריך לעגן את זכויות האדם כדין בינלאומי מחייב. הם הבינו שמסמך שמסמך מחייב לא יתפוס ולכן יוצרות מסמך הכרזה וכל המדינות חותמות ללא התנגדות. מדינות שחתמו חלקן באמת מאמינות בזה ורוצות לחזק את האמנה, וחלקן בשביל להיות פופולריות. בפועל ההכרזה יוצרת את הבסיס ל-2 אמנות של זכויות אדם שנחתמות בסוף שנוץ ה-60, אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ושנייה בזכויות חברתיות כלכליות, והקונצנזוס שקיים בדבר המסמך מוביל לכך שלפחות חלק מהנורמות נחשבות מנהגיות. עוד הצהרה מאוד מפורסמת היא הכרזת ריו והכרזת שטוקהולם – שעסקו באיכות הסביבה. בתחום איכות הסביבה לוקח זמן עד שמסכימים על עקרונות כלליים [לאחרונה חתמו על אמנה בפריז].

1. מסמך שלישי וגם נקרא הכרזה [לא לבלבל עם המסמך שדיברנו אליו עד עכשיו!], זו הכרזה חד צדדית. בשונה מ-2 המסמכים הקודמים שנושאים את השם הצהרה, על המסמך הזה חתומות מדינה אחת. [לזכור: יכול להיות גם בע"פ]. המסמך הזה, הכרזה חד צדדית זו, היא הכרזה שבה מדינה אומרת שהיא לוקחת על עצמה מחויבות מסוימת בזירה הבינלאומית, וזה סוג של אמנה בינה לבין כל העולם.

שתי דוגמאות מפורסמות:

1. צרפת מכריזה שלא תעשה יותר ניסויים גרעיניים באוקיינוס. עוברות וחולפות מס' שנים, וצרפת לא עומדת במילתה. מי שמאוד לא מרוצה מעניין זה זו ניו זילנד. הסיפור מגיע ל-ICJ, המרצה מפשיט ואומר שניו זילנד תבעה את צרפת. ביה"ד קובע שההכרזה של צרפת מחייבת והיא הפרה אותה כלפי כל העולם. צריך לבדוק אם המדינה התכוונה לחייב את עצמה?
2. ב-67 אחרי כיבוש שטחי הפלסטינים ישראל אמרה שאמנת האג חלה עליה ולא ז'נבה. מדינת ישראל יודעת שאם זה כל מה שתגיד העולם יהיה לו קשה לבלוע זאת ולכן מוסיפה לפרשנות המשפטית שלה גם הכרזה חד צדדית שבה אומרת שלוקחת על עצמה לקיים את ההסדרים ההומניטריים שקיימים באמנת ז'נבה, זו הכרזה מחייבת.

**את מי מחייבות האמנות?** את הצדדים. למה אומרים את המובן מאליו? כדי לאבחן מדין מנהגי. ההבדל הבסיסי הוא שאמנה מחייבת את הצדדים החתומים עליה, בעוד שדין מנהגי מחייב את כלל המדינות בעולם מלבד מדינה מתנגדת. כשמדינה מפרה אמנה, אופי ההפרה שלה הוא מ-3 סוגים שונים:

1. הפרה כזו היא הפרה של נורמה הסכמית, דומה במהותה להפרה חוזית.
2. אמנות הן לא סתם נורמה פרטית, אלא משהו חזק יותר מחוזה פרטי. אמנות מייצרות דין. לכן, יש פה גם הפרה של דין. יהיו אמנות שיבלוט בהן המאפיין החוזי, ומאפיין דיני. בפועל 2 המאפיינים קיימים בכל אמנה.
3. כאשר מדינה מפרה חוזה היא מפרה כלל של הדין המנהגי. הכלל המנהגי שהיא מפרה נקרא בלטינית – "אמנות צריך לקיים".

**יש כל מיני סוגי אמנות** –

הסכם שלום של ישראל ומצריים, אמנות ג'נבה, חוקת האו"ם וכו'. הסכם שלום עם מצריים לא מרגיש לנו דומה לחוקת האו"ם. באמת נהוג לסווג בכל מיני דרכים אמנות, נדבר על 5 דרכים שונות לסווג אמנות:

1. הבחנה בין אמנות בילטראליות ומולטילטרליות – בילטרליות: בין 2 מדינות. מולטילטרליות: יותר מ-2 מדינות. זה חשוב בשביל ההבחנה הבאה.
2. הבחנה בין אמנות שהן חוזיות באופיין לאמנות שהן יותר דומות באופיין לדבר חקיקה – הקווים הם לא חדים בין 2 אמנות אלה. אמנות בילטרליות ככלל יש יותר סיכוי כמעט תמיד תהיינה אמנות שהן יותר חוזיות באופיין, וככל שכמות המדינות בחברות גדלה יש יותר סיכוי שהכוונה היתה לייצר אמנה מייצרת דין.

יש אמנות בילטרליות שצדדים מנסים להסכים איך לאכוף את הדין הכללי – סדרה של אמנות בילטרליות שאנגליה חותמת במהלך המאה ה-19 לקבוע הענשה של סוחרי עבדים. כל המטרה של האמנות הבילטרליות האלה היא לאכוף הסכמה במשפט הבילאומי.

1. הבחנה בין אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיביות – אמנות קונסטיטוטיביות מטרתן לייצר נורמות חדשות. אמנות דקלרטיביות מטרתן להצהיר על דין מנהגי קיים. נורמה שמופיעה באמנה קונסטיטוטיבית – האמנה מחייבת רק את המדינות החתומות, אמנה דקלרטיבית – מחייבת רק את המדינות החתומות [2 צדדים] אבל הנורמה המנהגית מחייבת את כולם. למה? דין מנהגי הוא הרבה פעמים עמום ואז בעצם ההתכנסות לאמנה המטרה שלי היא להבהיר את הדין המנהגי, סיבה נוספת – לפעמים יש חילוקי דעות בין מדינות על מה הוא הדין המנהגי ואז באות המדינות שמעוניינות שהדין המנהגי יהיה X ולא Y, והן לא מצהירות באמנה שזה דין חדש אלא שזה דין מנהגי, ומדינה תצטרך להוכיח שזה לא דין מנהגי ושהיא מדינה מתנגדת. העניין נהיה יותר מורכב, זה כאשר נורמות שמתחילות כנורמות קונסטיטוטיביות הופכות עם הזמן למנהגיות. אמנה מולטיליטרלית יכולה להשפיע על מנהג. כאשר בודקים מנהגים ואמנה טוענת שהיא דקלרטיבית/קונסטיטוטיבית – צריך לעשות את זה פר נורמה, סעיף-סעיף בנפרד, לא משנה מה האמנה מצהירה. כשאומרים שאמנה היא מנהגית – כלומר הרוב המוחלט באמנה נחשבים כמייצגים דין מנהגי.
2. אמנות שלא מייצרות מוסדות בינלאומיים לכאלה שכן מייצרות מוסדות בינלאומיים – חוקת האו"ם מייצרת מוסד בינלאומי. חוקת האו"ם – שיצרה האו"ם, האמנה נותנת למוסד לייצר נורמות באופן עצמאי בלי לחזור למדינות. במעמד של נורמות האלה יהיה תלוי בקביעה של האמנה המכוננת. לדוג' אמנת האו"ם מייצרת סדרה של מוסדות ויש אפילו אופצייה למוסדות ליצור מוסדות. המוסדות האלה מייצרים נורמות שונות. המעמד של נורמות אלו שונות, לדוג' החלטה של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 לחוקת האו"ם מחייבת את כל המדינות בעולם, החלטה של אותה מועצת ביטחון מכוח פרק 6 היא הצהרתית בלבד ואין מעמד מחייב.

**איך נוצרות אמנות?** אמנות בילטרליות – דומות באופיין לחוזה. אם רוצים לייצר אמנה מולטילטרלית והשאיפה שכל המדינות בעולם יהיו חברות, הדרך לעשות זאת היא דרך מוסדות בינלאומיים שייעודם הוא לייצר אמנות בינלאומיות. הגוף מייצר טיוטה ראשונה, שולח אותה לכלל המדינות, ואז אם הוא הצליח לשכנע אותן להיות מעוניינות אז הוא מכנס ועידה, בועידה בד"כ מפרקים את הנושא לתתי נושאים, ובכל תת נושא יושבים מומחים של המדינות לכינוס של תת נושא זה, ואז מגבשים מסמך מלא ומגיעים להסכמה של מרבית המדינות, ובשלב זה מבחינת פרקטית יש חתימה בראשי פרקים, ואז חותמים ממש. לפעמים מה שקורה בתום ההתכנסות – זו חתימה שתהיה לה משמעות משפטית. ולפעמים המדינות חוזרות הביתה וחותמות. לפעמים מומחים חותמים ואז מתכנסים ראשי המדינות. כל הפואנטה – לפעמים יהיה משהו טקסי לחלוטין, ולפעמים משהו שהוא מחייב.

דוגמאות לגופים שאחד התפקידים שלהם לייצר אמנות – מנגנון של האיחוד האירופי. גוף נוסף זה גוך של האו"ם שנקרא ה-ILC – וועדה מקצועית של משפטנים מכל העולם שייעודה לקדם ולפתח את המשפט הבינלאומי. לפעמים הם מפרסמים מסמכים של מה הדין המנהגי לדעתם, מה שמחייב זה הדין המנהגי ולא המסמכים. לפעמם יוזמים יצירה של אמנה מולטילטרלית. למשל אמנת וינה היא יוזמה שלהם. גוף נוסף: הצלב האדום הוא יחסית גוף לא מדינתי שהמדינות נתנו לו סמכויות שונות שנוגעות לפיתוח אמנות ז'נבה, ובין השאר הוא אמון על שמירה ופיתוח דיני הלחימה. ולכן כל כמה שנים מכנסים את המדינות כדי לעדכן את דיני הלחימה [פעם אחת היתה בשנות ה-70].

**איך מצטרפים לאמנה?** יש אמנות שההצטרפות אליהן היא בחתימה, תהליך חד שלבי. בד"כ מדובר באמנה חדשה קוראים לזה חתימה, ואם מדובר במדינה שרוצה להצטרף לאמנה קיימת אז הצעד הזה נקרא הצטרפות. יש אמנות שההליך של ההצטרפות אליהן הוא דו שלבי. הגורם שמוסמך ע"י המדינה חותם על האמנה, כל אחד מהגורמים חוזר למדינה ועושה מה שעושה לפי כללים במדינה שלו שנדרשים, ואז אחרי שנעשו כללים אלה, הוא חוזר שוב וחותם פעם שנייה. ההליך הדו שלבי הזה נקרא אשרור. איזה דין קובע אם צריך חתימה, הצטרפות או אשרור? יש אמנות שחתמת וזה לא מספיק וצריך אשרור, ויש אמנה שכבר קיימות וצריך רק הצטרפות. מה שקובע איזה הליך יידרש זה האמנה הרלוונטית, זה לא נקבע ע"י הדין המדינתי.

מה המשמעות של חתימה ללא אשרור? למשל, מדינת ישראל חתמה על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות בשנת 1966, היא אשררה את האמנה, סיימה את העניינים הפנימיים בבית ולחתום פעם שנייה, וסיימה רק ב-1991. מה קורה בשלב ביניים הזה? רלוונטי לאמנה שדורשת 2 שלבים כדי להצטרף אליה. התשובה היא שהמדינה אינה חברה באמנה, יחד עם זאת אסור לה לנקוט בצעדים שחותרים תחת עקרונות יסוד של האמנה.

מקרה יותר מסובך – ישראל, ארה"ב וסודן חתמו על אמנת רומא של ביה"ד הפלילי בהאג, ולא אשררו. הכל קרה בשנת 1998. הסיבות לכך הן בהמשך הקורס. בשלב הבא עולה שלטון רפובליקני בארה"ב, ואחרי זה היתה מלחמת עיראק ו11 בספטמבר. בעקבות זה ארה"ב לא רוצה שגורמים יתערבו בענייניה הפנימיים, והם מבטלים את החתימה שלהם. מה ישראל עושה רק מתוך הזדהות עם ארה"ב? מבטלת גם את החתימה. מה משמעות של ביטול חתימה? אמנה צריכה לקבוע אם היא מאפשרת ביטול חתימה, ואם לא מתייחסת לזה – אז צריך באופן פרשני לבדוק מה היתה כוונת הצדדים.

לחתור תחת עקרונות האמנה זה משהו מאוד קיצוני כמו רצח עם אז לא סביר שמשהו כזה יתבצע ע"י ישראל.

מי מוסמך לחתום על אמנה מטעם המדינה? מי שניתנה לו סמכות או שמהפרקטיקה של המדינות המעורבות או מנסיבות אחרות ספציפיות למקרה, עולה כוונה של המדינה להעניק לו סמכות. כל מי שקיבל כתב הסמכה, או רוה"מ או שר חוץ או ביטחון. גם אם בפועל יתברר שבדיעבד לא היתה לאותו אדם סמכות, במרבית המקרים החתימה תחייב את המדינה כי היתה סמכות נחזית.

למה יש אמנות שדורשות אשרור? חתימה, הליך פנימי, ואז חתימה שנייה. אמנות דורשות היום תהליך כזה. הסיבות לכך:

1. לחזק את אלמנט ההסכמה. לנהל הליך פנימי וכך לקבל בסיס יותר חזק לחתימה.
2. לתת שהות למדינה ולהתאים את הדין הפנימי שלה להתחייבות שלה באמנה. כלל יסוד במשפט הבינלאומי שקיומו של הסדר מדינתי המונע את יישום האמנה ככלל אינו עילה מוצדקת לאי יישום התחייבות באמנה. מדינה לא יכולה לבוא הלגיד מבחינת משפט בינלאומי הסיבה שלא יישמה את האמנה, זה כי הדין המדינתי קובע הסדר אחר. ההליך הדו שלבי נותן לך לשנות את זה [את הדין המדינתי הסותר].

יש אמנות שדורשות הליך חד שלבי ויש אמנות שדורשות הליך דו שלבי. למשל אמנת רומא קבעה, תיכנס לתוקף ביום ש-60 מדינות תאשררנה אותן. כלומר, עד שהגיעו ל-60 מדינות יש הליך דו שלבי. מהיום שהיא נכנסת לתוקף, זה יהיה הליך הצטרפות. יש כאלה שדורשות הליך חד שלבי / דו שלבי / ודרכי ביניים כמו הדוגמא הנ"ל.

**איך מתרחש הליך האשרור במדינות שונות?**

יש מדינות בחלוקה גסה מאוד שבהן הליך אשרור דורש את אישור הפרלמנט. בחלוקה גסה מאוד אלה המדינות הקונטיננטליות + ארה"ב. יש מדינות שבהן הליך האשרור נעשה לא ע"י הרשות המחוקקת אלא ע"י הרשות המבצעת. אלה מרבית המדינות שהושפעו מהגישה האנגלית, ואחת המדינות האלה היא ישראל. בהפשטה גמורה: [לא במבחן! יורחב בהמשך] מדינות שבהן הרשות המחוקקת מעורבת בהליך האשרור אוטומטית כחלק מהליך האשרור האמנה הופכת לדין פנימי. למשל בארה"ב אישור אמנה דורש אישור של הסנאט ב-2/3, ומרגע שהצביע בתמיכה האמנה הופכת למעמד של חוק.

במדינות שהרשות המחוקקת לא מעורבת \*לכאורה\* [המרצה יסביר בשיעורים הרלוונטיים] אין מעמד לאמנה בדין הפנימי. לכאורה יש סתירה בין 2 נקודות מבט, כשהמדינה מסתכלת פנימה האמנה לא מחייבת אותה. כשהיא מסתכלת לזירה הבינלאומית זה מחייב אותה, אם דין מדינתי סותר את זה – זה לא משנה. אם ככה למה שמדינה תעשה את המנגנון הזה ללא רשות מחוקקת? כי המדינה מפרה כך את המשפט הבינלאומי. יתרה מכך, מדינת ישראל השופטים ניצבים בשאלה הזו בדיוק פס"ד קימר – בחור ביצע עבירה בשוויץ ושוויץ ביקשה שיוסגר אליה והוא בא ואומר שאין לעילה שום מעמד כי מי שצריך לאשרר את האמנה מבחינת הדין הישראלי זה הכנסת. ביהמ"ש היה צריך להחליט החלטה פרשנית שהיו טיעונים לכאן או לכאן. למה ביהמ"ש מחליט מה שהוא מחליט? יש 2 סיבות מרכזיות:

* 1. מהירות – ברגע שדרושים מעורבות של הפרלמנט, אתה מקטין את הסיכוי שהאמנה תאושרר מבחינת הדין הפנימי. אי מעורבות הפרלמנט – היתרון הגדול זה יעילות.
  2. חשאיות – יש אמנות מ-2 סוגים, כל עוד לא חתמת ולא אשררת וזה מחייב, הכל עשוי להתפוצץ אם זה ייחשף לציבור באמצעות הפרלמנט. ויש אמנות חשאיות. לישראל יש אמנות חשאיות עם כל מדינות שפורמלית אין לנו יחסים בינלאומיים איתם. לדוג': כאשר התפוצץ הסיפור עם המרמרה, טורקיה הודיעה שהיא מבטלת את כל האמנות החשאיות עם ישראל.

יחד עם זאת יש ביקורת על המנגנון שקיים בישראל. יש באונ' העברית יש את הפורום למשפט בינלאומי והפרופסורים כתבו על מעמדם של דיני האמנות ומעבירים ביקורת חזרה על ההסדר הישראלי. ואומרים שהוא לא טוב מכמה סיבות, בין היתר בגלל סתירה שעשויה להיווצר במחויבות של המדינה בזירה הבינלאומית לעומת הדין המדינתי. יש סיבות נוספות הקשורות לשיקולים דמוקרטיים.

בשונה ממה שנאמר כרגע, אמנות שאושררו בישראל אבל לא אומצו לתוך הדין הפנימי, יש להן השפעה על הדין הישראלי בכל מיני דרכים שנדבר עליהם בשיעור הרלוונטי. יש חזקה פרשנית – צריך לפרש את הדין באופן ההולם את מחויבות ישראל באמנות האלו. מה שזה יוצר – יש השפעה לאמנות שאושרר בדין הישראלי גם אם לא אומצו לנורמה מקומית, הרי שאמנות משמשות כלי בידי הרשות המבצעת לסנדל את הרשות המחוקקת. דוג': מי וועד העובדים הכי חזק במדינת ישראל? נתב"ג, ארגון הוועדים הזה הבין שהולכים לפתוח את השמיים, ויש לזה השלכות על תנאי עבודתם. מה עשה שר התחבורה כץ? חתם עם האיחוד האירופי על אמנת שמיים פתוחים. ברגע שעשה את זה, הוא חוזר לוועדי עובדים ואומר להם שהתחייבו בזירה הבינלאומית ולא ניתן לחזור מזה. אם זה היה מתנהל בהליך חקיקה, זה לא היה עובר. הוא ברח לכלים בינלאומיים שאין לו בזירה המדינתית. הפורום מציע שיהיה הליך הצבעה אחד, אבל החשש שזה יסרבל את התהליך. המצב כיום בדין הישראלי – תקנון הכנסת קובע אמנות מונחות על שולחן הכנסת לפני האשרור של הממשלה ואז אם ח"כ רוצה שיהיה דיון במליאה על האמנה הוא יכול להעלות את זה. יש נושאים שהם חובה לדיון, יש תחומים מסוימים שבהם תקנון הכנסת יוצר חריג שמאפשר שזה לא יוצג בפני המליאה ואז יש חובה להציג בוועדה של חוץ וביטחון [נושאים ביטחוניים].

אז במדינת ישראל ככלל יש חריגים ל-2 הכיוונים, ויש מנגנונים למעורבות הכנסת.

**הסתייגויות:**

בהינתן מגבלות מסוימות שנדבר עליהן עוד רגע, מדינה שחותמת על אמנה מולטילטרלית יכולה להוסיף הסתייגות – שהיא מסמך או הצהרה שהמדינה מצרפת בסמך האשרור/חתימה ובו אומרת שמתחייבת לכל הסעיפים באמנה מלבד סעיפים או הסדרים ספציפיים. מרגע שעשתה את זה, האמנה מחייבת אותה בכפוף להסתייגויות, וכל שאר החברות באמנה ביחסים הספציפיים איתה לא חלות עליהן. היא לא יכולה להגיד שמדינה אחרת הפרה את זה כלפיה.

היתרון של הסתייגויות זה מגדיל את הסיכויים שאמנות תיחתמנה. החיסרון של זה בלגן – כדי לברר מה מחייב מדינה צריכים לא רק לקרוא את האמנה אלא לנבור בהסתייגויות.

חשוב להדגיש שלא משנה הכותרת של המסמך, גם אם המדינה קוראת למשהו הסתייגות וזה לא באמת, מה שמשנה זה המהות. הדוג': אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת זכות לשוויון, דיני האישות לא שוויוניים בישראל. לכן כשמדינת ישראל מאשררת את האמנה היא מוסיפה הסתייגות לאמנה וקובעת שהחובה לשוויון לא חלה ככל שהדבר נוגע לדיני נישואין וגירושין.

מתי אסורה הסתייגות?

2 אופציות:

1. שהאמנה עצמה אוסרת הסתייגות, למשל: אמנת דיני הים קובעת שלא ניתן להסתייג ממנה. אמנה זו נועדה להיות דקלרטיבית, מצהירה על דין מנהגי קיים. יחד עם זאת ישראל לא מסכימה עם כמה סעיפים באמנה, ולכן לא חתמה על האמנה.
2. כאשר ההסתייגות היא כ"כ גורפת עד שהיא חותרת אחרי מטרות האמנה. למשל: ערב הסעודית חתמה על אמנה לזכויות נשים בשנות ה-90, והוסיפה הסתייגות שהיא לא יכולה לסתור את הדין המוסלמי הדתי. ברור שזו הסתייגות גורפת.

מה קורה כאשר מדינה עושה הסתייגות כזו שחותרת תחת מטרות האמנה? יש חילוקי דעות כאשר מדינה מביעה הסתייגות בטלה. מועצת זכויות האדם של האו"ם קובעת ב-94 שכאשר ההסתייגות היא כזאת הרי שהיא בטלה ואז מה שמחייב את המדינה זה האמנה ללא ההסתייגות. ה-ILC הוא גוף שמוסמך על פרשנות לקידום המשפט הבינלאומי, הוא מוציא החלטה שבה קובע 2 דברים: א. המועצה לא היתה מוסמכת לדון בזה. ב. למי שיש סמכות זה למדינות החברות והן צריכות להחליט אם הן מכירות בהסתייגות הגורפת. אם הן שותקות ולא עושות כלום – שתיקה כהסכמה. לדעת ה-ILC, הגורם המכריע הוא החברות באמנה והן יכולות לקבל הסתייגות.

**סוג שני – מקורות משניים:**

1. **עקרונות משפטיים כלליים**. מה זה? עקרונות שקיימים בהרבה מערכות משפט מדינתיות, ואז אם יש לאקונה במשפט הבינלאומי בהנחה שיש עיקרון שמשותף למערכות משפט מדינתיות אפשר למלא את הלאקונה בעזרת עקרון זה. מה ההבדל בין זה לבין מנהג? ההבדל – כדי שיהיה מנהג צריך 2 רכיבים: פרקטיקה נוהגת של מדינות, ושהמדינות תפעלנה מתוך תחושת מחויבות לנורמה הבינלאומית. במקרה של משפט מנהגי כל מדינה פועלת בהתאם לכלל בהתאם למשפט הבינלאומי, בעקרונות משותפים כל מדינה פועלת בהתאם לדין המדינתי. למשל: במשפט כללי בינ"ל לא היה הסדר של הגנות. במשפט פלילי מדינתי יש הגנות. במקום בו יש סייגים משותפים למערכות המשפט הרי שאימצו אותן על סמך היותן...
2. **פסיקות של בתי דין בינלאומיים.** במשפט הבינלאומי אין עקרון של תקדים מחייב ולכן פסיקה של בי"ד בינלאומי מחייבת באופן פורמלי רק את הצדדים לסכסוך הספציפי. יחד עם זאת, אפשר להיעזר בזה כמקור משני, מקום שיש בו לאקונה או יש שאלה פרשנית, אפשר להיעזר בפסיקות קודמות של בתי דין בינלאומיים. מבחינה פרקטית – ברור שפסיקות יכולה להיות להן השפעה משמעותית, וזה תלוי בזהות של בית הדין הבינלאומי. ברמה הפרקטית לפסיקות יש השפעה גדולה יותר, וזה תלוי בזהות ביה"ד שנתן את הפסיקה. ביה"ד הכי מוערך זה ה-ICJ – ביה"ד הדין לצדק שנמצא בהאג, בי"ד ותיק. מוקם תחת שם אחר כאשר מוקמת ליגת האומות, ואז השם שלו היה שונה PCIJ. בי"ד אחר מוערך זה בין דין אירופי לזכויות אדם, הפסיקה שלו נלקחת ברצינות.
3. מקור משני נוסף הוא מקור שבעבר יש לו כוח והיום כוחו קטן יותר – **כתבי מלומדים**. בעבר היו דמויות ענק של המשפט הבינ"ל שנטו להסתמך על העמדות שלהם – ברוטיוס, ואטל...

**21/03/16**

המשך מקורות ראשיים.

דיברנו על הסתייגויות, ונעבור כעת להצהרות פרשניות. חשוב להבהיר שלא לבלבל הצהרות פרשניות עם שתי הצהרות שדיברנו עליהן בשיעור הקודם – הצהרה משותפת של מדינות שהיא מעין מסמך לא מחייב / נורמה לא מחייבת, והצהרה חד צדדית של מדינה שהיא התחייבות של אותה מדינה כלפי כלל העולם.

מה זו הצהרה פרשנית?מסמך [שלא משנה מה הכותרת שלו] שמדינה מצרפת כאשר היא חותמת או מאשררת או מצטרפת לאמנה, בו היא אומרת שהמדינה מבינה סעיף כלשהו באופן מסוים ואומרת מה הפרשנות שלה לסעיף. בשונה מהסתייגות, אם במהלך הזמן תתקבל פרשנות אחרת לאותו סעיף, הפרשנות האחרת תחייב את המדינה. בהסתייגות – ההסדר שקבוע בהסתייגות הוא שחל על המדינה, ומדינות אחרות יכולות להחיל את ההסדר הזה ביחסים עם המדינה. המרצה אומר שהצהרה פרשנית זה כלי יותר חלש.

למה בכ"ז לעשות הצהרה פרשנית?

1. כי לא כל אמנה מאפשרת להסתייג ממנה.
2. הסתייגות זה משהו חד שעשוי לגרום לשבירת כלים, והצהרה פרשנית זה משהו יותר עדין. אם מדינות לא רוצות לשבור את הכלים, יכול להיות שיעדיפו להציג הצהרה פרשנית ולא הסתייגות.

לזכור! מה שמשנה זה לא הכותרת – מדינה יכולה להגיש מסמך שכותרתו הצהרה פרשנית ונבין שזה בכלל הסתייגות כי רצתה להחליק את זה מתחת לראדר, וזה היה הצהרה פרשנית ב'כאילו'.

חוזרים לכללי הסתייגויות – אם אמנה מאפשרת הסתייגות אז זה אפשרי. אם האמנה לא מאפשרת הסתייגות, או מדובר בהסתייגות שיורדת לשורש האמנה, יש חילוקי דעות משפטיים ועמדות סותרות בהקשר הזה. אחת של מועצת זכויות האדם, והשנייה של ה-ILC.

**כללים בסיסיים בדיני אמנות:**

1. מדינות צריכות לקיים אמנות בתו"ל [הערה: כללים אלו קבועים באמנת וינה, לא צריך לזכור סעיפים למבחן].
2. אמנות יש לפרש לפי הפירוש המקובל של לשון הטקסט, וכן לאור המטרות ותכלית האמנה וההקשר שבו היא נחתמה. נעזרים במסמכי עזר – בפרוטוקולים של האמנה, מסמכי וועדות וכו' כדי לראות מה היתה הכוונה.

בעיה שקיימת באמנות היא שלפעמים האמנה נכתבת במס' שפות וקבוע שכל השפות הן מחייבות באותה מידה [לא בכל האמנות זה כך], ואז מה עושים כשיש סתירה מפורשת בניסוח בין האמנות השונות, או שהמשמעות של מילה בשפה אחת רחבה יותר משפה אחרת?

1. מתי אפשר לפרוש מאמנה?
2. כשאמנה קובעת כללים מתי מותר לפרוש, ואז למדינה יהיה מותר לפרוש בהתאם לכללים הקבועים באמנה.
3. אם אין כללים באמנה ואם אין ס' קבוע – מפרשים את האמנה ומנסים לראות מה היתה כוונת הצדדים.
4. הסכמת שאר המדינות [בהנחה שאין כללים].
5. עצם זה שפרשו המון מדינות באמנה מסוימת, אינה מתירה למדינה נוספת לפרוש. יחד עם זאת, זה יהיה שיקול שיכול להשפיע על ההחלטה הפרשנית שלנו שכן מותר למדינה לפרוש.

**כללים בנוגע לפגמים באמנה:**

1. הכלל הראשון הוא חריג לכלל שדיברנו עליו בשיעור הקודם – אמרנו שסתירה בין סעיפי האמנה לבין הדין הפנימי של המדינה אינה סיבה מוצדקת להפר את האמנה.

חריג לכלל הזה: אם מדינה חתמה על האמנה למרות שהאמנה סותרת באופן יסודי דין מרכזי של המדינה, אז זה ייחשב כאילו לא כרתה את האמנה. למשל אם האמנה סותרת נורמה בחוקה של אותה מדינה ולא ניתן לשנות את החוקה באותה מדינה [למשל חוקה נוקשה כמו בארה"ב להבדיל מישראל], אז כנראה שהמשמעות תהיה שאין תוקף לחתימה.

הרציונל של הכלל הגדול הראשון הוא שאנחנו לא מצפים מכל מדינה להכיר לעומק את כל הדינים של אמנות ומדינות אחרות, לכן אומרים שהמדינה תעשה סדר בבית והליך פנימי. אבל כשיש סתירה עם נורמה מרכזית, אז זה בטל וזה כאילו המדינה לא חתמה על אמנה.

1. מי יכול לחייב מדינה על אמנה? מי שהוסמך על ידה או מי שעפ"י הנוהג המקובל מוסמך לכרות אמנות [בד"כ רוה"מ, שר החוץ או הביטחון או האוצר]. לכלל הזה יש גם חריגים: אם המדינה מצהירה מראש שאדם שככלל מוסמך בעצם לא מוסמך – המדינה צריכה להצהיר על כך ולהביא אותו על כתב אמנה לפי שנכנסים למשא ומתן.

דרכים נוספות לביטול חתימת הנציג: אם קיבל שוחד ממדינה או הפעילו עליו איומים [כאן זה ביטול בדיעבד]. וגם אם מדינה אחת מרמה מדינה אחרת וההסכם נחתם על סמך התרמית. אך מה שלא יביא לביטול אמנה זה לחץ פוליטי-כלכלי על המדינה [ארה"ב תאיים על כך שלא תביא לישראל מימון כלשהו למשל – זה בסדר].

1. טעות מהותית בעובדה תביא לביטול אמנה. יכול להיות ששני הצדדים חתמו את האמנה על סמך טעות אך יחד עם זאת, זה חריג מאוד צר. אם ניתן להוכיח שהמדינה שרוצה להתנער מהאמנה על בסיס הטעות יכלה להימנע מהטעות, אז היא לא תוכל להתבסס על הטעות כדי לבטל את האמנה.

דוג': בין קמבודיה לויאטנם יש עיר נטושה של מקדשים שמהווה מקור הכנסה גדול. היה בין קמבודיה לתאילנד סכסוך גבולות ארוך שנים לגבי האם המקדש הזה צריך להיות בצד הגבול התאילנדי או הקמבודי? הם ניהלו משא ומתן על סמך מפות ישנות שבהן הסתמכו וזה הופיע בצד הקמבודי. לימים, לאחר שחתמו על סמך המפות, תאילנד מגלה שהן היו טעות, ורצו בחזרה את עיר המקדשים לגבול שלהן. זה הגיע ל-ICJ, והוא אומר שיכלו לברר על זה לפני. זה שהתרשלו בבירור שלהם, בעיה שלהם. המרצה אומר שצריכה להיות סופיות בזירה הבינלאומית ולא לפתוח כל פעם מחדש דברים כאלה.

1. סעיף באמנה - בכל אמנה כלשהי - יהיה בטל אם הוא סותר נורמה שנקראת "**יוס קוגנס – Jus Cogens – דין קוגנטי**". מה זה אומר? יש נורמות מסוימות במשפט הבינלאומי שהן נורמות מנהגיות אבל לא רגילות, אלא מזן מיוחד. הן העקרונות היסודיים ביותר של המשפט הבינלאומי. ולכן, שום מנהג אחר ושום אמנה אחרת לא יכולים לסתור אותם. הם יכולים להיות מוחלפים בנורמת "יוס קוגנס" חדשה.

למשל: האיסור כנגד עבדות נחשב לדין קוגנטי, או האיסור שחל על מדינות לעשות שימוש בכוח מלבד הצורך להגנה עצמית, או איסור לביצוע רצח עם, או פשעים נגד האנושות. יש גם כללים שיש חילוקי דעות האם הם "יוס קוגנס" או לא? למשל הזכות להגדרה עצמית של עם למדינה, יש אומרים שכן או לא. לסיכום, אמנה לא יכולה לסתור סעיף "יוס קוגנס".

1. אם משתנות הנסיבות הסעיף בטל [הערה: יכול להיות שסעיף יביא לביטול כל האמנה - זה תלוי במהותיות שלו]. למשל: יש הסכם על הזרמה של מים. ישראל וטורקיה חותמות על אמנה שטורקיה תעביר קרחונים לישראל אבל פתאום יש בצורת בטורקיה – זה שינוי נסיבות. כדי שמשהו ייחשב שינוי נסיבות צריך שיהיה קיצוני. צריך להבין כמה הכלל מחמיר כדי שמדינה לא תתנער מאמנה. גם אם יש הפיכה במדינה והשלטון מתחלף – השלטון החדש מחויב לאמנה!
2. הפרה של אמנה ככלל לא מביאה לביטול האמנה. מה יוביל לביטול האמנה? רק הפרה מאוד מהותית של סעיף חיוני שבעצם מסכל את תכלית האמנה. כאשר באמנות בילטרליות פרישה של הצד השני תהיה הפרה כזו. באמנות מולטילטרליות הרבה פעמים פרישה לא תיחשב הפרה כזו – אך פרישה של מדינה ספציפית מאוד חשובה או כמות גדולה של מדינות כן תיחשב. יש חריג: כאשר מדובר בנורמות שמגנות על זכויות אדם והן מוגנות באמנות הומניטריות [אמנות זכויות אדם או דיני לחימה] הפרת האמנה מצד מדינה כלשהי לא מביאה לביטול האמנה וגם לא מאפשרת למדינה אחרת להפר, הרציונל הוא הגנה ושמירה על זכויות אדם.
3. נניח שיש איזה שהיא הפרה, יסודית או לא. יש הרבה אמנות שמסדירות מה קורה במצב של הפרה. ההסדרים הספציפיים יחולו לגבי האמנות. בנוסף, יש גוף של דיני משפט בינ"ל שנקראת דיני אחריות מדינה, זו קבוצת נורמות מנהגיות שנדון בהם בשיעור בהמשך. דיני אחריות המדינה הן דינים ייחודיים של המשפט הבינ"ל ודינים מנהגיים שנכנסים לתוקף או מסדירים את השאלה: מה הם הצעדים שמדינה יכולה לנקוט בהם כאשר מדינה אחרת הפרה נורמה של המשפט הבינ"ל [מנהגי או אמנה] באופן הפוגע בה? מה המדינה הנפגעת יכולה לעשות?

**מנהג:**

מנהג בינלאומי מוגדר בס' 8 לחוקת ה-ICJ, כפרקטיקה כללית המקובלת על המדינות כדין. מההגדרה הזו רואים שלמנהג צריך להתקיים שני רכיבים:

1. סוג של יסוד עובדתי [לא לקרוא לזה כך במבחן] – פרקטיקה נוהגת של מדינות, עקבית וממושכת.
2. מעין יסוד נפשי – "אופיניו יוריס – Opino Juris" תחושת מחויבות משפטית. זה אומר שהמדינות עושות מה שעושות כי סבורות שמבחינה משפטית צריכות לעשות את זה.

אז אמרנו שהרוב המוחלט של המדינות נוהג כך [נדון בהרחבה בהמשך]. "אופיניו יוריס" זה שהמדינות נוהגות מתוך תחושת מחויבות משפטית, הן סבורות שהוא לא הדין.

יש המון תחומים שהתפתחו מדין מנהגי. דיני הים – מדינות בהתחלה עשו מה שבא להן, אחרי זה נקבע שמרחק יריית התותח זה הטריטוריה הימית שלהם [או משהו כזה], ולאט לאט מדינות החלו לחקות אחת את השנייה. גם היום יש תחומים רבים שמוסדרים בדין מנהגי, לפעמים במקביל לאמנה דקלרטיבית, ולפעמים ללא אמנה כזו. למשל: אין אמנה שעוסקת בדיני לחימה בים, דיני לחימה בים הם מנהגיים.

מנהג זה מקור בעייתי:

1. במציאות אנחנו לא בנקודה אפס, אלא יש כבר נורמות ולכן מנהג חדש יכול להיווצר רק בדרך של הפרה מסיבית של הנורמה הקודמת. אם הכלל אומר שהים הטריטוריאלי הוא עד 12 קילומטר, כדי שזה יהפוך ל-3 קילומטר, מדינות צריכות להפר את הטווח שבין ה-3 ל-12. לכן המנהג הוא מקור בעייתי. מנהג הוא סוג של נורמה שמעודדת את ההפרה שלה, מי שלא מרוצה מהמנהג – מפר אותה ומשנה את המנהג.

2. דין מנהגי הוא גם עמום.

למה בכ"ז יש הסתמכות על מנהג?

לפעמים קשה מאוד לכנס את המדינות להסכים. מנהג מחייב את כלל המדינות [מלבד מדינה מתנגדת עקבית]. בסיטואציה שבה אין מחוקק ממוסד של המשפט הבינ"ל אין דרך אחרת למלא את החללים שקיימים מלבד מנהג.

ברמה הפורמלית כדי שייקבע שיהיה מנהג, הפרקטיקה צריכה להיות כללית ונרחבת מאוד, ועקבית משמע כמעט אחידה. לכאורה ובתיאוריה במידה מאוד גדולה, בעולם היום הסיכוי שייווצר מנהג הוא מאוד קטן. שרוב מוחלט של מדינות יתנהגו באופן מסוים זה נשמע כמעט בלתי אפשרי שזה יקרה.

דרך אחת פורמלית שמנסים לפתור לבעיה זו, היא לקבוע שקיים מנהג אם זו הפרקטיקה העקבית והנרחבת **של המדינות המעורבות במיוחד**. למשל: לא נספור מדינת שאין להם יציאה לים כאשר נחפש לקבוע מנהגים שנוגעים לים. הבעיה – הדוגמא של הים היא הכי מובהקת ואי אפשר למצוא דוגמאות אחרות. מה קורה עם מדינות שלא מעורבות במלחמות? האם זה אומר שלא נספור אותם כאשר נבדוק מה מנהג של דיני לחימה? יש שיטענו שכן ולא. יש מדינות כמו ארה"ב וישראל שטוענות שההתנהגות שלהן צריכות להיקבע כמגדירות כיצד להילחם כי הן נלחמות בפועל.

דרך שנייה פורמלית היא לא לחפש מנהגים כלליים, אלא מנהגים איזוריים. למשל: אדם שניסה לעשות הפיכה בפרו והוא נכשל וברח לקולומביה, ופרו ביקשה שיוסגר אליה קולומביה טוענת שבפרקטיקה המפכנית של דרום אמריקה התפתח מנהג איזורי של אי הסגרה של עבריינים פוליטיים. זה מגיע ל-ICJ ואומר שבתיאוריה צודקים אבל בפרקטיקה טועים כי לא היתה פרקטיקה עקבית ונמשכת שיצרה את המנהג הזה. אז זה פתרון אבל לא פותר הכל.

פס"ד הכי חשוב לכללים לזיהוי מנהג [של ICJ] הוא פס"ד שעסק ב[משהו יבשתית].. שם נקבע שמנהג יכול להתפתח גם בתקופה מאוד קצרה. כלומר שהדין השתנה מא' לב' בימינו. יחד עם זאת אומר ה-ICJ, ככל שנרצה לטעון שמנהג התפתח בזמן יותר קצר, נטל ההוכחה שלנו להתנהגות עקבית ול"אופיו יוריס" יהיה יותר חזק. צריך להראות שינוי חד וברור.

הבדל בין תיאוריה לפרקטיקה:

בתיאוריה העובדה שאנו חיים בעולם של 200 מדינות היתה אמורה לגרום לכך שלא יהיו מנהגים ושמנהגים יתמסמסו כי מדינות מפרות אותם. בפועל זה לא קורה מ-3 סיבות:

* 1. בעולם שבו יש 200 מדינות אולי מסובך שיתפתח מנהג באופן אבסולוטי אבל יותר קל לטעון שקיים מנהג. [משהו עם קל לשכנע מדינות וזה משפיע]
  2. אנחנו חיים בעולם שמדינות הם לא השחקן היחיד בזירה הבינאלומית, יש מוסדות או ארגונים או בתי דין – כולם לא יכולים לייצר מנהג אבל כדי לקדם את הרעיון שלהם, הם מחפשים מדינות שבפרקטיקה מתאימות להן ואומרות שזה מנהג, והן משכנעות עוד יותר. מה שגרם לזה להתגבש למנהג זה פס"ד של ביה"ד. יש יותר תחומים שצריך להסדיר במשפט הבינ"ל ולא כל דבר משכנעים לשכנע מדינות להתכנס לאמנה. ולכן, בשונה ממה שהיינו מצפים ברמה הפרקטית דווקא תפקידו של המנהג גדל.
  3. יש תחומים מסוימים שברמה הפרקטית מתמקדים יותר ב-"אופיניו יוריס" [מחויבות משפטית] – ואלה תחומים של זכויות אדם. אנחנו רוצים להגדיל הגנה על בני אדם. לייצר מחויבות חזקה כדי להגביר את ההגנה.

ברגע שמנהג נוצר, פרקטיקה שעושות מרבית המדינות ברוב המוחלט של הזמן, זה ככלל יחייב את כל המדינות – גם כאלו שלא נהגו כך, בכפוף לחריג אחד מאוד צר שנקרא **חריג המתנגד העקבי** [יש אפילו משפטנים רציניים שאומרים שהכלל לא קיים]. מה אומר עיקרון זה? ברגע שקובעים שמדינה מתנגד עקבי, הדין המנהגי לא יחייב אותה. התנאים לכך:

1. ההתנהגות צריכה להיות מפורשת.
2. ההתנגדות צריכה להיות מזמן היווצרות המנהג. משמע, מדינה שנוצרה לאחר היווצרות המנהג מחויבת לא יכולה להיות מתנגדת. רק מדינה שהתנגדה מהרגע הראשון של המנהג היא מתנגד עקבי.
3. המדינה צריכה להמשיך להתנגד בצורה עקבית.

קשה לקבוע שמדינה התנגדה מהיום שנולד כי לא ברור מתי מנהג נולד. מאוד קשה להוכיח שאתה מתנגד עקבי.

חריג לחריג: לא ניתן להיות מתנגד עקבי לכלל שהוא "יוס קוגנס".

"אופיניו יוריס – Opino Juris" [מחויבות משפטית]:

תחושה של מחויבות משפטית שבד"כ אותו נבדוק בהצהרות של המדינות. בד"כ המדינות תנהגנה באופן מסוים ועצם זה שנוהגות כך יובילו אותנו למסקנה שהתנהגות זו היא מנהג. **הפס"ד הקלאסי הוא לוטוס.** פס"ד זה קבע עיקרון יסודי שאומר שמדינות רשאיות וחופשיות לעשות כל מה שברצונן מלבד אם קיים דין של המשפט הבינ"ל שאומר שהם לא יכולים לעשות את זה. השאלה הספציפית בפס"ד זה עסקה היא האם מדינות רשאיות להעמיד לדין אנשים כאשר הפשע-המעשה מבוצע מחוץ לשטח הטריטוריאלי מחוץ למדינה? המנהג והפרקטיקה שיש כאן היא מתן כבוד לסמכות שיפוט של מדינות אחרות. ביה"ד שהיה ECIJ – אמר שמדינות יכולות להימנע מזה מכל מיני סיבות אבל לא הראו בפניהם סיבות שיש מחויבות לכלל משפטי שמונע מהמדינות לעשות את זה.

מה קורה כשמדינות אומרות א' ועושות ב'? מדינות מצהירות שלדעתן משפט מנהגי הוא X, האופיניו יוריס הוא ש-X הוא מנהג, ובהתנהגות שלהן הן מפרות את X. האם יש מנהג בסיטואציה כזו?

דוג': קיים כלל במשפט הבינ"ל שקובע שאסור למדינות להתנהג בכוח מלבד הגנה עצמית – קבוע בחוקת האו"ם. יש קונצזוס שהוא כלל של המשפט המנהגי. מדינה ששמה ניקרגואה שנבחר בה שלטון דמוקרטי סוציאליסטי, העידן הוא המלחמה הקרה. ארה"ב לא מרוצה מזה ולכן מממנת ארגון מורדים שנקרא "קונטרה". ניקרגואה מגישה תביעה כנגד ארה"ב ל-ICJ, ארה"ב היתה חתומה בזמנו על חוקת ה-ICJ שכל מי שרוצה לתבוע אותה יכול לעשות את זה. ניקרגואה תובעת וארה"ב מצליחה לצמצם את סמכות הדיון רק לדין מנהגי. התיק הזה בגלל בלגן פרוצדורלי גרם לכך שה-ICJ מוסמך לדון רק על סמך דין מנהגי, על דין אמנה לא יכול לדון. לכן, ה-ICJ צריך לקבוע האם מימון ארגון טרוריסטי כדי לעורר מרד במדינה אחרת זה הפרה בשימוש בכוח והאם האיסור הוא חלק מהמשפט המנהגי? ארה"ב טענה שלא כיוון שיש מלחמות בעולם. ביה"ד דוחה טענה זו תוך שהוא קובע שגם אם מדינות הפרו איסור בשימוש בכוח, הן טענו שהן פעלו בהגנה עצמית – שזה חריג למתי אפשר להפר שימוש בכוח. גם מדינות שהפרו את הכלל לא טענו שאין חוק שמחייב את זה. לכן קבע ה-ICJ שגם במשפט המנהגי יש כלל של איסור שימוש בכוח.

בפס"ד אחר של משפט אמריקאי קבעו כלל דומה לגבי האיסור על עינויים. הטענה היתה שעינויים שבפועל הרבה מדינות מענות. אומר ביהמ"ש שגם מדינות שמענות מכחישות שהן מענות, או מנסות לתרץ את בתירוצים כמו לחת פיזי מתון, אבל לא מתכחשות לקיומו של האיסור!

באופן כללי, פסקי דין אלה נוגעים לזכויות אדם ולמניעה של סבל בעולם. בתחומים של זכויות אדם קיימת נטייה לשים דגש על אופיניו יוניס כדי להגדיל את ההגנה על בני אדם. אבל זה לא תמיד כך. בסוף שנות ה-90, מפנה העצרת הכללית של האו"ם שאלה לחוו"ד משפטית של ה-ICJ את השאלה האם נשק גרעיני הוא חוקי לפי משפט בינ"ל? אחת הטענות שלהם שכל המדינות לרבות כאלו שמחזיקות בנשק גרעיני, מצהירות השכם וערב שזה נשק נורא שאסור להשתמש בו. ולכן יש איסור במשפט המנהגי לעשות שימוש בנשק גרעיני. מאז ירושימה לא עשו שימוש. יש פרקטיקה ויש מחויבות משפטית שלא להשתמש.

בא ביה"ד ואומר שזה נכון שמדינות לא השתמשו בנשק גרעיני, ונכון שהוצהר שזה נשק שאסור להשתמש בו אבל בד"כ הוסיפו הצהרה שאם יותקפו בנשק גרעיני, הן שומרות את הזכות לעשות בו שימוש.

**איך משנים מנהג?**

עד ה-11 בספטמבר מדינה היתה יכולה להפעיל הגנה עצמית רק כאשר הותקפה ע"י מדינה או ע"י ארגון שניתן לשייך את מעשיו למדינה. אם מתקיפים ארגוני טרור ממדינה X ולא ניתן לשייך מעשים של ארוגני טרור לאותה מדינה, לכאורה לפני 11 בספטמבר לא יכולה המדינה המותקפת לצאת למלחמה כנגד המדינה ממנה יצאו הטרוריסטים. ואז קורה ה-11 בספטמבר, ומהר מאוד כל המדינות בעולם מכירות שלארה"ב קמה הזכות להגנה עצמית, בתגובה לארגון שלא ניתן לשייך את מעשיו לאפגניסטן, וארה"ב יצאה למלחמה אם אפגניסטן. הרבה מאוד מכירות בזכות של ארה"ב לעשות את זה. ולכן אומרים בעקבות אירועים אלו שהשתנה הכלל המנהגי בנושא.

למה הסיפור יותר מורכב ולא כזה פשוט? כשישראל נכנסת ללבנון במבצע ליטאני, היא לא הותקפה ע"י לבנון אלא ע"י הפתאח. ב-81 היא נכנסת ללבנון גם בגלל ארגון טרוריסטי [מלחמת לבנון הראשונה]. היא חטפה נזיפה מגורמים מסוימים באו"ם, אבל ארה"ב במקרה אחר לא ממש. הפואנטה של המרצה היא שגם לפני ה-11 בספטמבר שהדין המנהגי מאפשר לעשות את זה. גם היום יש מדינות וגורמים בעולם שהדין המנהגי לא השתנה ואסור לעשות את זה, כמו ה-ICJ.

אם מבקשים חוו"ד משפטית ב-89, היא שיש דין מנהגי שאסור. וכיום הדין מנהגי אומר שמותר. לזהות מה הוא דין מנהגי זה שאלה מורכבת שיהיו חילוקי דעות. יחד עם זאת, לא ניתן לטעון כל מה שבראש שלנו ושאי אפשר להעריך בכל זמן נתון מה הדין המנהגי ומה אזור החיוג שלו. ארה"ב תמיד חשבה כך ודחפה לזה ב-11 לספטמבר.

יחס בין אמנה למנהג:

יש כל מיני סוגי יחסים. ברמה הפורמלית, שניהם באותו מעמד נורמטיבי מלבד חריגים מסוימים. הולכים לפי כללי ברירת הדין הרגילים המקובלים [דין ספציפי גורם לכללי, דין מאוחר גובר על מוקדם]. מה 2 החריגים?

1. יש סוג של נורמה שהיא קודמת לכל הנורמות המנהגיות שהיא "יוס קוגנס".
2. יש עוד נורמה שקודמת לשאר הנורמות במשב"ל וזה החלטה של מועצת הביטחון פרק 7 לחוקת האו"ם. היא קובעת שמדינות מתחייבות שאמנת האו"ם עליונה על כל אמנה אחרת שהמדינה חתומה עליהן. חוקת האו"ם מחייבת את המדינות שהחלטות מכוח פרק 7 של מועצת הביטחון תחייב אותן. כל המדינות מלבד הותיקן חתומות על אמנה זו. לאור זאת אמנת האו"ם בחלטות פרק 7, עליונות על כל דין אחר. מה היחס של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 למשפט המנהגי? העמדות חלוקות בנושא, יחד עם זאת העמדה המקובלת היא שהחלטות של מועצת הביטחון עליונות לדין מנהגי. יש גם הרבה מאוד משפטנים שמחזיקים בדעה שהחלטות של מועצת הביטחון יכולות לסתור דין של "יוס קוגנס".

כאשר יש אמנה דקלרטיבית – היא מצהירה שהיא אומרת מה הוא המנהג. למה צריך אמנה כזו?

1. כדי להבהיר את הדין.

2. לחזק את תחושת המחויבות.

3. האמנות האלה מייצרות מנגנוני אכיפה.

4. זה יכול להקל על זיהוי מתנגד עקבי.

5. בפועל זה כלי בידי המדינות שסבורות שזה המנהג לקדם את העמדה שלהם.

מה קורה כשרוב האמנות הן קונסטיטוטיביות? יש 2 עמדות בנושא :

1. עמדה אחת אומרת שאמנה קונסטיטוטיבית לא יכולה ליצור מנהג. גם אם יש אמנה ש-99% מהמדינות בעולם חתומות עליה, זה לא אומר שזה מנהג וששאר המדינות מחויבות. הבסיס לטענה הזו הוא שברגע שהן חותמות על האמנה, אנחנו בפועל לא יכולים יותר למצוא אצלם "אופניו יוריס", כי הן לא מצייתות לכלל הזה בגלל שהן חושבות שכלל זה הוא הדין, אלא מצייתות בגלל כלל מנהגי כללי שאומר שאמנות צריך לקיים. ולכן כדי לגלות אם קיים מנהג צריך ללכת למדינות שלא חתומות על האמנה ולראות איך הן מתנהגות. עמדה זו היא עמדה שככלל שאבד עליה הכלח. האמריקאים העלו את הטענה הזו בהקשר לנורמות בפרוטוקולים מאמנת ז'נבה, שעליהם חתומות רוב המדינות בעולם, וארה"ב אומרת שזה שעצם זה שמדינות חתומות על זה זה לא אומר שזה לא מנהגי.
2. עמדה נגדית באה ואומרת, זה התחכמות. ולכן מנהג כן יכול להיווצר כתוצאה מאנה מולטילטרלית וזאת בהתקיים 2 תנאים:
   1. חלק נכבד מהמדינות חתומות על האמנה.
   2. הן באמת פועלות על פיה.

אותה עמדה אומרת שגם אמנות בילטרליות יכולות להיות בסיס למנהג. איך? אם נראה שככלל בתחום מסוים כאשר 2 מדינות רוצות להסדיר נושא זה, וזה התנאים שהן קובעות וזה מופיע באמנות, נגיע למסקנות שהמסה המצטברת של האמנות הבילטרליות האלה הן מנהג. למשל אמנות הסגרה הן בילטרליות, אבל יש נורמות שמופיעות בכל האמנות הללו. אז באה העמדה ואומרת שנורמות אלה הן מנהגיות.

"ERGA OMNES" – זו נורמה שיכולה להיות גם מנהגית או באמנה שהפרתה ע"י מדינה נחשבת כהפרה כולי עלמא. כל המדינות בעול נחשבות לכאלו שנפגעו מאמנה זו. למה חשוב להגיד מונח זה עכשיו? כדי לא לבלבל עם "Jus Cogens". כל נורמה שהיא יוס קוגנס היא ארגה אומנוס, אבל לא כל ארגה אומונוס היא יוס קוגנס.

**28.03.2016:**

**מקורות נוספים של המשפט הבינלאומי:**

אמרנו שבסע' 38 עצמו יש הפניה למספר מקורות:

א. עקרונות כלליים- אם יש לאקונה במשפט הבינלאומי, ניתן למלא אותה באמצעות עקרונות שמשותפים למערכות משפט מדינתיות (לא לבלבל את המקור הזה עם משפט מנהלי).

ב. פסיקות של בתי דין בינלאומיים- ברמה העקרונית אין עקרון תקדים מחייב במשפט הבינלאומי כמו במדינות הקונטיננטליות, יחד עם זאת, כמקור משני, יש לפסיקות הללו מעמד. כאשר ברמה הפרקטית היקף המעמד תלוי בשאלה עד כמה בית הדין הוא בית דין נחשב.

ג. בהסכמת הצדדים מוסמך הICJ לפסוק בהתאם לעקרונות הצדק והיושר- מצוים בסע' 38 אך לא באמת מקור.

ד. מקורות מלומדים- פורמאלית זה כמו פסיקות של בתי דין אך בפועל המעמד של זה נחלש.

מקור נוסף שדיברנו עליו ולא מופיע בסע' 38- **הכרזות חד צדדיות**- המשמעות של הכרזה חד צדדית זה מעין אמנה בין אותה מדינה לבין כלל העולם.

מקור נוסף שדיברנו עליו כאשר דיברנו על דיני אמנות- **החלטות של ארגונים בינלאומיים**- מעמד ההחלטות הללו תלוי במה האמנה קובעת. לדוג' החלטות של העצרת הכללית של האו"ם- אינן מחייבות. החלטות של מועצת הביטחון מכוח פרק 6 לחוקת האו"ם- לא מחייבות. לעומת זאת, החלטות של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 מחייבות את כל המדינות החברות באו"ם, כנראה גם מדינות מעבר לזה למרות שזה לא כ"כ משנה כי אין הרבה מדינות מוכרות שלא חייבות באו"ם. כאשר הרבה פעמים מדובר בגופים שקובעים סטנדרטים בינלאומיים, לדוג' ה-ILO קובע סטנדרטים בסיסיים בנוגע לדיני עבודה. כל מדינה שולחת לגוף זה שלושה נציגים- נציג הממשלה, נציג של ארגון העובדים הגדול ביותר ונציג של ארגון המעסיקים הגדול ביותר.

**סוגים שונים של -soft law חקיקה רכה:**

אנו רואים כי ישנו מסמך בינלאומי אך הוא אינו מחייב בהכרח. לדוגמא- החלטות מסוימות של ארגונים בינלאומיים. יש במשפט הבינלאומי, בזירה המשפטית הבינלאומית, המון סוגים של מסמכים לא מחייבים. דוגמאות:

* הרבה פעמים נפגש שר עם מדינה אחת, עם שר ממדינה אחרת, והם מגיעים למסמך הבנות שקובע במפורש שהוא לא אמנה.
* דוגמא נוספת- יש מספר ארגונים פרטיים שמוציאים מסמכים שמנסים להסדיר תחומים בזירה הבינלאומית. לכאורה אלו גופים פרטיים ללא מעמד, לדוג' ISO- ארגון בינלאומי שקובע תקנים בינלאומיים מתוך מטרה שסחורות ממדינה אחת יתפקדו גם במדינות אחרות. ארגון זה מנסה לצמצם בעיות של מתאמים (לדוג' שקע חשמלי) באמצעות פרסום של תקנים בינלאומיים. דוגמא נוספת- הגוף שאחראי לתת את הכתובות לכל אתרי האינטרנט בעולם. מדובר בחברה פרטית שרשומה בקליפורניה. חצי בבעלות פרטית וחצי בבעלות קליפורניה והיא קובעת את כל הכללים לגבי כל הכתובות באינטרנט. מידי כמה שנים מנסים לעקוף זאת, אך לא מצליחים.
* מסמך שנקרא **הליך קימברלי**- יהלומי דמים- יהלומים שנמצאים באזור סכסוך, בעיקר באפריקה. אין הרבה מאוד כורי יהלומים בעולם והם רובם שייכים לקרטל שנקרא קרטל דבירס. הקרטל הזה קובעים תעודת זהות לכל יהלום. לכאורה זו קבוצה של אנשים פרטיים ופתאום הם קובעים איך יתנהל הסחר בתחום מסוים- הם מכריזים מהם אזורי סכסוך, כך שיהלום מאזור זה לא יכול להיסחר. כמו כן, יהלום לא יכול להיסחר באופן כללי אם אין לו תעודת זהות.

**לנורמות הללו מבחינה פורמאלית אין מעמד- מדוע המרצה מלמד זאת בכל זאת**? בפועל- בדרכים שונות, הרבה פעמים יש למסמכים הללו מעמד. ברמה הפרקטית לכל הפחות. סוג הכוח/ ההשפעה שיש להם משתנה ממסמך למסמך או ממוסד למוסד. למשל ISO או הליך קימברלי שבו יש אינטרסים כלכליים שגורמים לכך שכלל אנשים ומדינו ת פועלים בהתאם לנורמה זו. לפעמים התוכן של הנורמה, לדוג' תוכן ערכי, מייצר תחושת מחויבות אל הכתוב במסמך. ולכן, עם הזמן אם מדינות נוהגות לפי הנורמה, הנורמות הללו יהפכו למשפט מנהגי. לדוג' חלק מהנורמות באמנה האוניברסלית בדבר זכויות האדם.

עוד מקרה שלפחות לפי עמדות מסוימות, חקיקה רכה יכול להשפיע באמצעות מנהג, זה כאשר מדובר **בהחלטות של מוסדות בינלאומיים**. יש הטוענים, טענה זו בד"כ נאמרת בנוגע להחלטות של העצרת הכללית של האו"ם, שהחלטות כאלה הן בעצם אינדיקציה ל -OPINO-JURIS מאחר ויושבות כל המדינות יחד ומצביעות, ומרבית המדינות אומרות שזה לדעתן הדין. טיעון הנגד הוא, שאם הן היו רוצות לעשות את זה מחייב, הן היו מחוקקות אמנה, או באופן יותר כללי, הרבה פעמים המטרה של חקיקה רכה היא יחסי ציבור- נראה טוב אך לא מחייב. איך מפשרים בין שתי הדעות הנוגדות? בודקים החלטות ספציפיות של ארגונים בינלאומיים ובודקים פיר החלטה. כך שיהיו החלטות שיהיה ברור מההקשר ומהנוסח שזה ביטוי של OPINO-JURIS, יהיו מקרים שברור שזה יחסי ציבור והרבה מאוד מקרים שנתווכח עליהם.

דוגמא נוספת שיכול להיות כוח לחקיקה רכה- אותו מקרה שבו מספר שרים נפגשים עם מספר שרים של מדינה אחרת ומגיעים להבנות איך להתנהג. בפועל- יום למחרת, אותו שר הולך הביתה, ופועל בהתאם למה שהוא סיכם. לכן, מדוע הוא לא עושה זאת בדרך של אמנה?

* סיבה לגיטימית- הרבה דברים דורשים את הגמישות שאמנה לא מאפשרת.
* סיבה פחות לגיטימית- השר לא מעוניין לערב את הגורמים הפוליטיים שמוסמכים לכתיבת אמנות.

עד כה- ברמה הפורמאלית חקיקה רכה אינה מחייבת, אולם ברמה המעשית לחקיקה רכה מסוגיו השונים יכולה להיות השפעה רבה, לכן עו"ד העוסק במשפט הבינלאומי חייב לחפש גם את החקיקה הרכה ולנסות להבין מה מעמדה, זאת מלבד האמנות, המנהגים והמסמכים המחייבים.

**דוגמא למקרה בו לפעמים המסמך הלא מחייב הופך להיות בעל שיניים אמתיות באמצעות הסמכויות של אותם שרים**:

כדי להסביר זאת, נקדים מעט- בשיעורים הבאים אנו נדבר על מעמד המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי. כאשר נלמד את השיעור הזה המרצה יאמר כי בנוגע לאמנות, אמנה שלא אושררה ואומצה לדין הישראלי, אינה מחייבת. הכלל הוא שאמנה שלא אומצה לדין ישראלי- לא מחייבת. נראה שאמנה שאושררה אך לא אומצה לדין הישראלי, נותנים מעמד מסוים באמצעות שתי חזקות: א. חזקת סבירות- חזקה האומרת שמקום שיש לבעל התפקיד סמכות שבשיקול דעת, והוא מפעיל אותה על מנת לקיים אמנה שאושררה, תהיה יותר נטיה לראות במעשה כסביר. רק בגלל שהוא עושה זאת כדי לקיים אמנה, יקבעו שזה סביר או מידתי. ב. חזקה פרשנית- חזקה שצריך כמה שיותר לנסות לפרש את הדין ככה שאינו יסתור את האמנה שאושררה.

**פס"ד בסילבוס- מפקח על בורסת היהלומים**- דיברנו על הליך קימברלי- חקיקה רכה, אפילו לא נעשה בין מדינות. לכן, מבחינה פורמאלית אינו מחייב. יום אחד מגיע לארץ יהלום שהבעלים שלו לא מצליח לספק תעודת זהות ליהלום, ערכו של היהלום היה מיליון וחצי דולר. למפקח על הבורסה ישנה סמכות כאשר ישנו חשד להפרה של החוק, להחרים יהלומים. המפקח על היהלומים מפקיע את היהלום מאחר והוא אינו עומד בכללי הליך קימברלי. בעל היהלום הגיש בג"ץ. בג"ץ קובע לאור קיומו של הליך קימברלי, כי החלטת של מפקח על בורסת היהלומים סבירה. מדוע אכפת למפקח על היהלומים מהליך קימברלי? מאחר ויבוא אליו קרטל דבירס ויאמר לו שהוא לא יעשה איתו סחר ביהלומים ולכן המפקח לא יכול לזלזל בך.

העובדה שמבחינה פורמאלית לחקיקה רכה אין כוח לא אומר שבזה נגמר הסיפור, עוה"ד צריך לברר האם ישנה חקיקה רכה ולנסות להבין מהי ההשפעה האמיתית.

**מוסדות בינלאומיים:**

המרצה ניסה להמחיש בשיעורים עד היום שככל שהמשפט הבינלאומי מתפתח, מוקמים יותר מוסדות ומפתחות יותר נורמות. עד היום ראינו את זה בך שנוצרות נורמות מסוגים שונים. בשיעור זה, אנו נראה כי ככל שהעולם נהיה יותר גלובלי נוצרים אף יותר ויותר מוסדות שפעילים בזירה הבינלאומית.

יש להבחין בין שני סוגים של מוסדות:

1. מוסדות שהם ארגונים לא בינלאומיים- אינגו או בשם יותר מוכר NGO.
2. ארגונים ממשלתיים בינלאומיים- IGO (איגו).

במציאות הקו בין שני סוגי הארגונים אינו חד ערכי. דוגמאות:

1. ILO- הנציגים הם ממשלה, נציג המעסיקים והמעבידים הגדול ביותר. גוף ם זה הוא לא כל ספק איגו, אולם הוא ארגון שמעורבים בו גם ארגונים שאינם בינלאומיים.
2. הצלב האדום- הצלב האדום התחיל כארגון לא ממשלתי לקידום השלום והפחתת הסבל בלחימה שהוקם באירופה והבסיס שלו היה בשוויץ. כשהארגון הזה מצליח לשכנע את הממשלות לחתום על אמנת ג'נבה הראשונה אי פעם, האמנה מכירה במעמד שלו כגוף שמחויב לשמירה וקידום של דיני הלחימה במשפט הבינלאומי ההומניטרי. האם הוא גוף פרטי (ממומן על ידי שוויץ) או שמא הוא גוף בינלאומי?

**IGO - ארגונים ממשלתיים:**

מאפיינים:

1. הגופים הללו יוקמו לרוב באמנה בינלאומית ולרוב המדינות החברות באיגו יהיו המדינות שחתומות על האמנה הרלוונטית.
2. לרוב לארגון זה תהיה אמנה אחת או מספר מצומצם של אמנות שהיא מעין חוקה. כדי שנוכל להבחין בין שלל האמנות לבין האמנות החשובות ביותר, המרצה מציין את הנקודה. בחוקה יקבע ההסדרים הבסיסיים- היקף הסמכויות. לדוג' לגבי האיחוד האירופי- יש מספר מאוד מצומצם של אמנות שהן תכלס החוקה של אותו ארגון.
3. לארגונים בינלאומיים יכול להיות שיהיו תתי ארגונים. לפעמים לכל אחד מהארגונים יש אופי משלו והם אף רבים ביניהם. אנו נדבר לדוגמא על תתי הארגונים של האו"ם.
4. ככלל פעמים רבות האמנה או האמנה המכוננות של הארגון, תעניק לארגון באופן מפורש או משתמע, מעמד של ישות משפטית בדין הבינלאומי. הישות המשפטית הקלאסית במשפט הבינלאומי היא מדינה. בשונה ממדינה, הישות המשפטית של ארגונים בינלאומיים במשפט הבינלאומי עשויה להיות יותר מתוחמת. היקף האישיות המשפטית של הארגון הבינלאומי נקבע על ידי **שלושה פרמטרים**:
5. מספר האמנות המכוננות של הארגון יכולות לקבוע את היקף האישיות המשפטית של הארגון הבינלאומי במפורש.
6. ניתן להסיק זאת מהמטרה שלשמה הוקם הארגון. לדוג' האו"ם הוקם למטרה מאוד אקטיבית- להשכין שלום בעולם. זה שיש הפרה של החוק, זה לא אומר שהחוק לא שווה כלום.
7. הפרקטיקה של הארגון- פרמטר שהוא חשוב. בד"כ ארגונים מרגע שהם קיימים, יש להם נטייה לפעול ולהרחיב את סמכויותיהם. נוצרת פרקטיקה שמרחיבה את הישות המשפטית של הארגון.

**מה ההשלכה ברמה המעשית שארגון יוכר כישות משפטית**?

* לפעמים ההשלכה תהיה שלארגון תהיה סמכות לכרות אמנות עם מדינות שונות ו/או עם ארגונים בינלאומיים אחרים. אנו מבינים שיכולות להיות אמנות שבהם גם ארגון בינלאומי חתום על האמנה או שלחלופין רק ארגונים בינלאומיים חתומים על האמנה. אם לארגון זה יש את הסמכות הזו, היא לא תהיה סמכות בלתי מוגבלת. איך נכריע מהו היקף הסמכות? לפי האמנה שהיא החוקה המקימה, את המטרות שלשמה הוקם הארגון ואת הפרקטיקה הנוהגת שקדמה לאותה חתימה על האמנה.
* תהיה לו הסמכות לנהל דין ודברים, להיות בקשר עם מדינות וארגונים אחרים. ברי כי לא כל קשר, היא מיד אמנה.
* לעיתים תהיה לארגון אחריות בינלאומית (נדבר בהמשך מהי אחריות בינלאומית).
* לפעמים הוא יוכל לתבוע, להיתבע ושניהם במישור הבינלאומי. לדוג' המועצה של האיחוד האירופי יכולה לתבוע ובמקרים מסוימים להיתבע.
* לארגון יכולות להיות זכויות, חובות וחסיונות בדין הבינלאומי. כשבהקשר הזה, נקודה מעניינת שקצת מרחיבה מעבר- הזכויות, החובות והחסינויות של הארגון הבינלאומי, יכול שהן תקבענה בדרכים שדיברנו עד עכשיו- באמנה באופן מפורש או באופן משתמע ממטרות הארגון או בפרקטיקה לאחר שהוקם, אבל כיוון שארגונים בינלאומיים הופכים להיות תופעה יותר מבוססת, עשויות להתפתח זכויות, חובות וחסינויות גם מכוח המשפט המנהגי. לדוגמא- לגורמים מסוימים במדינה יש חסינות במשפט הבינלאומי ולעיתים אפילו למדינה עצמה, כאשר מוקם האו"ם, אין דין מנהגי שמייצר חסיניות דומות לאנשי האו"ם ולאו"ם עצמו, לכן האו"ם הולך לחתת את רגליו ומתחילים לחתום על אמנות שמעניקות חסיניות לאו"ם ולגורמים מסוימים באו"ם. כיום יש קונצנזוס גדול שבנסיבות מסוימות לאו"ם כמוסד ולעובדיו יש חסינות במשפט הבינלאומי המנהגי. אנו יודעים כי יש הבדל במשפט הבינלאומי במעמד של דין מנהגי ודין הסכמי, וגם במדינות שונות, בדין המדינתי יש מידה שונה של הכרה בכוח של דין בינלאומי אמנתי ודין בינלאומי מנהגי. מעמדה של אמנה בדין הישראלי הוא מעמדה של הנורמה בו היא נקלטה- חוק, תקנה ועוד. מעמד של דין מנהגי לעומת זאת, הוא מעמד כמו של הכללים הלא כתובים של המשפט המנהלי המקובל. דוג' לכלל של המשפט המנהלי המקובל- כללי הצדק הטבעי.

**האו"ם:**

מוקם ב-1945, אחרי מלחמת העולם השנייה כממשיכו של חבר הלאומים או ליגת האומות שהוקם אחרי מלחמת העולם הראשונה ב-1917. מגילת האו"ם- מעין חוקת האו"ם- היא אמנה שמשקפת את עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי- עקרון הריבונות, עיקרון השוויון בין המדינות, עיקרון ההגדרה עצמית ועקרון השאיפה לפתרון סכסוכים בדרכי שלום.

לאו"ם יש הרבה מוסדות, שישה מהם הוקמו בחוקת האו"ם. השאר, הוקמו על ידי אחד מהמוסדות שהוקמו בחוקת האו"ם.

מה הם המוסדות המנויים בחוקת האו"ם?

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.

ככלל הרעיון בחוקת האו"ם היה לייצר ארגונים שבצורה מסוימת שמהווים תמונת ראי/שיקוף של מוסדות מדינה. ברור שהאנלוגיה היא לא מושלמת, רחוקה מלהיות מושלמת למען האמת. לדוגמא בדין מדינתי החלטה של הפרלמנט גוברת על החלטה של הממשלה. כמו שנראה בהמשך, בהקשר של האו"ם המצב הרבה יותר מורכב ובמידה רבה הוא הפוך (הסבר מפורט יינתן בהמשך.

העצרת הכללית:

בעצרת הכללית של האו"ם יושבים נציגים של כל המדינות החברות, ישנן שתי מדינות מוכרות שאינן חברות באו"ם. העצרת מתכנסת לדיונים שנתיים. בנוסף, ניתן לכנס דיונים מיוחדים לבקשת מועצת הביטחון או לבקשת רוב המדינות החברות. **הסמכויות של העצרת הכללית**:

* להמליץ למועצת הביטחון לצרף מדינה כחברה לאו"ם. מועצת הביטחון לא חייבת לקבל את ההמלצה הזו. לדוג' פלשתינה לא התקבלה כמדינה חברה למרות שהמליצו שכן. לעצרת הכללית יש סמכות לקבל מדינה כמדינה משקיפה. למדינה משקיפה אין כמעט סמכויות.
* להמליץ למועצת הביטחון על השהייה או הרחקה של מדינה חברה באו"ם.

ככלל החלטות של העצרת הכללית מתקבלות ברוב רגיל מקרב הנציגים של המדינות שנוכחים. בנושאים מסוימים של הרחקת מדינה, עניינים תקציביים, בחירת המדינות הלא קבועות במועצת הביטחון, האסיפה צריכה לעשות ברוב של 2/3 מבין המדינות הנוכחות והמצביעות. לא רוב רגיל, אלא 2/3. כמו כן, החלטות העצרת אינן מחייבות- אלו המלצות בלבד. לכאורה נשמע שמדובר בגוף ללא שיניים, אולם זה לא כך:

* ראינו כי החלטות העצרת יכולות להוות חקיקה רכה שנכנסת למשפט המנהגי.
* לעצרת הכללית יש סמכות תחת תנאים מסוימים לעסוק בתחומים של שמירה על השלום- התנאי המרכזי הוא שהיא רשאית לעסוק בזה כל עוד מועצת הביטחון לא עוסקת באותו הנושא. בשנות ה-50 מועצת הביטחון הייתה משותקת בשל המלחמה הקרה ולכן לעצרת הכללית הסמכות הזו. בין השאר, בפעילות של העצרת הכללית של שמירה על השלום יש שני סוגי פעילויות משמעויות:

1. הקמה של גופים- ברגע שגוף קיים הוא עובד ונוטה להגדיל את סמכויותיו. לדוגמא- מועצת זכויות האדם של האו"ם, הוועדה לפירוק נשק וביטחון בינלאומי ועוד.
2. שליחת כוחות שמירת שלום- מי שיש לו בפועל את הסמכות לשלוח כוחות שמירת שלום זה מועצת הביטחון אבל בעקבות זה שמועצת הביטחון לא תפקדה, החלה העצרת הכללית לשלוח כוחות שמירת שלום- ההבדל הוא שכוחות אלו יכולים להכנס למדינה ולפעול רק בהסכמת המדינות הרלוונטיות. ואילו אם מועצת הביטחון שולחת מכוח פרק 7, היא אינה צריכה אישור.

מועצת הביטחון:

מועצת הביטחון היא הגוף הביצועי של האו"ם, מעין הרשות המבצעת. יחד עם זאת, בשונה מהאנלוגיה לגוף מדינתי, בהקשר של האו"ם זה הגוף המרכזי בעל הכוח לקבוע החלטות מחייבות. אמרנו כי לעצרת יש בתחומים מאוד שוליים סמכות לקבוע החלטות, ככלל הן המלצות. אולם החלטות של מועצת הביטחון בוודאות מחייבות את כל המדינות החברות באו"ם. מדוע גוף זה מקבל כל כך הרבה כוח, בעוד שהאסיפה הכללית (איפה שנמצאות כל המדינות) אין לו כל כך הרבה כוח? ניסיון ההיסטורי הרע של חבר הלאומים- בליגת האומות היה קול לכל מדינה. לגוף זה היו מטרות דומות לזה של האו"ם. אולם אם נותנים קול לכל מדינה, המדינות החזקות פורשות. המדינות בעולם היו מוכנות לשלם את המחיר של פגיעה בעקרון השוויון בין המדינות לצורך השיקול הפרקטי של מערכת אפקטיבית. זה לא אידיאלי, אבל ברמה הפרקטית זה עובד יותר טוב מליגת האומות.

במועצת הביטחון יש 15 מדינות חברות. 5 חברות נקראות "החברות הקבועות", שהן המדינות שהיו המעצמות נכון ליום סיום מלחמת העולם השנייה- ארה"ב, בריטניה, צרפת, סין ורוסיה (שנכנסה בנעלי ברית המועצות). המשמעות שזה נקבע בנקודה הזאתי אומרת כמה דברים- מדינות שהפכו להיות מעצמות בשלב מאוחר יותר, לא מופיעות ברשימה- לדוג' הודו, ברזיל ועוד. בנוסף, מדינות שהן מעצמות שהיו בצד המפסיד במלחמת העולם השנייה לא נמצאות (יפן, גרמניה). כמו כן, אף מדינות שנחלשו עם הזמן מופיעות למרות שכוחן פחת (צרפת, בריטניה). זה קורה בדיוק בשלב שזו יש חילופי גברי לגבי מיהן המעצמות. יש תמונת מצב למעצמות שהחלו לשקוע למול מעצמות שהחלו לעלות. למדינות החברות יש שתי סמכויות יתר:

1. הן קבועות ולא ניתנות להחלפה.
2. יש להן זכות וטו. כלומר, החלטה מחייבת (מכוח סע' 7 של מועצת הביטחון) לא יכולה לעבור בלי הסכמה של כל 5 המדינות הקבועות.
3. כל החלטה של מועצת הביטחון כדי לעבור צריכה רוב של 9/15 אם אין אף מדינה שנמנעת.

המדינות הלא חברות, מתחלפות פעם בשנתיים ונבחרות על ידי העצרת הכללית.

תחום העיסוק העיקרי של מועצת הביטחון- שמירה על שלום וביטחון לאומי. הסמכויות שלה בנושאים אלו הן משני סוגים:

1. סמכות שאינה כופה- סמכויות שאין בהם אלמנט של כפייה ליישוב סכסוכים בדרכי שלום- סמכויות מכוח פרק 6 לחוקת האו"ם. קרי, החלטה זו אינה מחייבת אלא המלצה. **סמכויות מכוח פרק 6:**
2. להחליט על חקירת מצב או סכסוך על מנת לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון הבינלאומי.
3. המועצה רשאית לקרוא לצדדים להסדיר את הסכסוך בדרכי שלום.
4. למועצת הביטחון סמכות להתערב בכל סכסוך שקיים בעולם שיש בו כדי לסכן את השלום והביטחון הבינלאומי. למשל החלטה 242 של מועצת הביטחון- לפי הנוסח האנגלי שלה היא אומרת שעל מדינת ישראל לסגת משטחים שנכבשו ב67 תמורת הסדרים שיבטיחו את בטחונה והכרה בה מצד מדינות ערב. לפי הנוסח הצרפתי, זה אותו דבר רק שעל המדינה לסגת מהשטחים (כולם). מדינת ישראל בשנות ה-90 הצהירה כי החלטה זו מחייבת. כל המשאים ומתנים בהמשך יהיה לפי החלטה 242. שכן, מדינת ישראל טוענת שהפרשנות הנכונה היא הנוסח האנגלי, היא תמיד הייתה מוכנה לוותר על חלק מהשטחים ובלבד שביטחון המדינה מובטח.
5. היה ומדינות שהן צד לסכסוך לא מצליחות לפתור את הסכסוך בדרכי שלום, הן חייבות לפנות אל מועצת הביטחון. בפועל, אלו סכסוכים שאף אחד לא פונה לאף אחד.
6. כל מדינה יכולה להפנות סכסוך או מצב שלדעתה מסכן את השלום למועצת הביטחון על מנת שתבחן אותו. מועצת הביטחון יכולה לבחון ולהגיע למסקנה מכוח פרק 6 או פרק 7 או שהיא יכולה שלא לבחון זאת כלל.
7. מכוח פרק 6 מועצת הביטחון שלחה כוחות שמירת שלום לאזורים מסוימים. אם זה פרק 6, יש צורך בהסכמה של מדינות. הכוח הראשון זה אונצו- שיושב בארמון הנציב בירושלים.
8. בארץ יש שלל גופים של האו"ם- חלקם מכוח פרק 6, חלקם מכוח פרק 7 וחלקם מכוח הסכמים.
9. החלטות לעשות שימוש באמצעים כופים (אלמנט של כפייה), החלטות אלו נקראות החלטות מכוח פרק 7 והן מבחינת המשפט הבינלאומי מחייבות את כל המדינות- בין אם אין רוצות ובין אם לאו. החלטות מכוח פרק 7, שהן כאמור החלטות מחייבות עוסקות בשלושה דברים:
10. איומים על השלום והביטחון הבינלאומי.
11. הפרות של השלום והביטחון הבינלאומי.
12. מעשי תוקפנות- הפרה בוטה של האיסור על השימוש בכוח.

משעה שמועצת הביטחון קובעת שאירוע מסוים, מקרה מסוים, מהווה אחד משלושת הדברים לעיל. הרי שהיא רשאית לקבוע החלטות מחייבות. חשוב להדגיש כי היא רשאית לקבוע רק המלצות. יכול להיות שסע' מסוים מהחלטה או החלטה ספציפית ממגוון החלטות תהיה המלצה, נדע זאת לפי הניסוח- ולכן לעיתים נדע במפורש כי מדובר בהחלטה מחייבת ולעיתים לא, כך שיהיו מחלוקות.

**איך יודעים אם החלטה היא מכוח פרק 6 או 7?**

1. יהיה כתוב במפורש שזו החלטה מכוח פרק 7.
2. יהיה כתוב במפורש שמדובר בהחלטה שמטרתה להתמודד עם מקרה שמוגדר בה כאיום על השלום והביטחון הלאומי, הפרה של השלום והביטחון הלאומי או תוקפנות.
3. מדובר בהחלטה שכתוב בה שהיא ניתנת על יסוד החלטה קודמת שהיא אחת משני הסוגים לעיל.

המשמעות היא שיהיו לנו החלטות שיהיה לנו ברור שהם מכוח פרק 6 או 7 ויהיו החלטות שיהיו לגביהן חילוקי דעות.

לא כל דבר ניתן להגדירו כאיום או הפרה של השלום אבל עדיין אלו מילים מספיק רחבות בשביל שהן תאפשרנה שיקול דעת רחב למועצת הביטחון.

**מה נקבע כאיום על השלום?**

**החלטה 43** של מועצת הביטחון קבעה שהסכסוך בין הקבוצות היהודיות והערביות בשטח המנדט הבריטי, מהווים איום על השלום. **החלטה 1973** קבעה שמלחמת האזרחים בלוב היא איום על השלום. לרוב, מלחמה תהווה איום. הפרות של דיני הלחימה, המשפט הפלילי הבינלאומי, בסדרה של מקרים נחשב לאיום על השלום. כמו כן, תמיכה בטרור, בעיקר לאחר ה-11.09 נקבע כאיום על השלום. ברמת התיוג של המעשה- לאיום פחות משמעות לעומת הפרות ותוקפנות. לתוקפנות יכולה להיות השלכה מעשית-אופרטיבית כי לפי דעות מסוימות תוקפנות זה פשע בינלאומי. בנוסף, עצם ההפצה של נשק לא קונבנציונלי נחשב לאיום על השלום (שימוש זו כבר הפרה).

למרות האמור, מעט מאוד דברים נקבע שהם הפרה של השלום ו/או תוקפנות. ביניהם, פרישת צפון קוריאה לדרום קוריאה, תקיפות של דרום אפריקה ברודזיה ושתי תקיפות של מדינת ישראל כנגד בסיסי אשח בטוניס.

ברגע שקבעה מועצת הביטחון שמדובר באיום, הפרה או תוקפנות- יש לה סדרה של כלים שהיא יכולה לעשות בהם שימוש, כאשר חלקם מהווים שימוש בכוח וחלקם לא. דוגמאות ללא שימוש בכוח- סנקציות כלכליות, טיבורנלים כלליים בינלאומיים, הטלת אמברגו וסגר אווירי. צעדים של שימוש בכוח, כשמם כן- לשלוח כוח צבאי. במקור היה שיוקם צבא של האו"ם כאשר המטה שלו הוא הרמטכ"לים של חברת המדינות החברות. בפועל, בגלל המלחמה הקרה זה לא עולם לא קרה. **במקום עושים אחד משני דברים**:

1. ממנים כוח שמירת שלום.
2. מסמיכים קואליציה קיימת של מדינות לעשות שימוש בכוח עם ברכתה ועוצמתה של מועצת הביטחון.

ישנן כל מיני וועדות קבועות תחת מועצת הביטחון. למועצת הביטחון סמכויות נוספות מעבר לקבועות בסע' 6-7. יש לה סמכויות לגבי קבלה, השהייה והרחקה של מדינה חברה. בנוסף, סמכויות אישור תיקונים של מגילת האו"ם. יתר על כן, סמכויות של מינוי שופטים במשפט הבינלאומי.

**שלושה סוגים שונים של כוחות שמירת שלום**:

1. כוח שמירת שלום שמוקם על ידי מועצת הביטחון מכוח פרק 7 (בתיאוריה זה היה יכול להיות כוח צבאי משותף אולם בפועל זה כוח שמירה אד-הוקי או הסמכה של קואליציה קיימת).
2. הקמת כוח זה לפי פרק 6, קיומו ופעילותו של כוח זה תלויה בהסכמת הצדדים.
3. העצרת הכללית רשאית לעסוק בתחומים של שמירה על השלום והביטחון העולמי, אם היא סבורה שהעצרת אינה פועלת בנושא. לדוג' אם היא משותקת משום שמדינה עם זכות ווטו השתיקה את הנושא.

איך הגענו למצב זה? מועצת הביטחון משותקת בשנות ה-50 ולכן בעקבות השיתוק מעבירה העצרת הכללית של האו"ם החלטה (שהיא פורמאלית ואינה מחייבת) שנקראת "החלטה 377/5"- מאוחדים למען השלום. החלטה לפיה, העצרת מצהירה שהיא רואה עצמה בעלת סמכות לדון בנושאים של איום, הפרה או תוקפנות אם היא רואה שהעצרת הכללית משותקת- אחת המדינות החברות הקבועות מטילה ווטו. אם האו"ם לא נמצא באותו זמן בכינוס רגיל, רוב המדינות יכולות לבקש כינוס חירום בשביל שהעצרת תתכנס לדיון מיוחד תוך 24 שעות, העצרת תדון ואף תחליט החלטות בנוגע לאיום או הפרה של השלום העולמי. מכוח החלטה כזו של העצרת הכללית הוקם כוח שמירת שלום בסיני אחרי מבצע קדש. מדוע לא דרך מועצת הביטחון? שכן חלק מן המדינות החברות במועצת הביטחון נלחמו לצידנו. הרבה מאוד החלטות שנוגעות לסכסוך הישראלי הפלשתינאי ניתנו על ידי העצרת הכללית על סמך ההחלטה של מאוחדים למען השלום.

**מעמדה של החלטה של מועצת הביטחון מכוח פרק 7:**

סע' 103 לחוקת האו"ם קובע שכל מדינה שמצטרפת לאו"ם צריכה לבדוק ולהסכים שההסדרים הקבועים בחוקת האו"ם יהיו עליונים לכל הסדר הקבוע באמנה אחרת עליה חתומה האמנה. מבחינת נקודת מבט של הדין הבינלאומי, הוא תמיד חושב שהוא עליון לדין המדינתי. אולם פה זה בתוך היחסים של הדין הבינלאומי, נקבע בסע' 3 כי חוקת האו"ם עליונה לכל דין אמנתי אחר. כלומר, במקרה של סתירה בין חוקת האו"ם וההסדרים הקבועים בו לבין כל אמנה אחרת- לכאורה חוקת האו"ם גוברת. לאחר מכן, פרק 7 לחוקה קובע כי החלטות של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 מחייבות את כל המדינות.

קומבינציה של שני הדברים גורמת לכך שהחלטות של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 עליונות לכל נורמה אמנתית אחרת. בפועל, לפי פרשניות מסוימות, גם דברים שאסורים על מדינות לאסור על פי חוקת האו"ם, לא מצויים שאסור למועצת הביטחון לעשות כן. כך שהחלטות של מועצת הביטחון יכולות לסתור אפילו הגבלות שקיימות בחוקת האו"ם באשר למדינות. כמו כן, פרק 7 גם קובע כי החלטות אלו לא רק מחייבות את המדינות אלא את כל מוסדות האו"ם. אז לכאורה האם מועצת הביטחון יכולה להחליט על לפגוע פגיעות חמורות בזכויות אדם? ישנו וויכוח פרשני המתחלק לשני תתי וויכוחים:

1. נוגע לשאלה האם מועצת הביטחון יכולה לתת החלטה שהיא בניגוד למטרות האו"ם. בסעיפים הראשונים של חוקת האו"ם יש פירוט של מטרות האו"ם. יש פרשנות אחת שבאה ואומרת שלמועצת הביטחון אסור לתת החלטה שסותרת את מטרות האו"ם. מנגד, יש האומרים כי יש לקרוא את הסעיפים, לפיהן אסור **למדינות** לפגוע במטרות האו"ם, ולא לגופים השייכים לאו"ם.
2. וויכוח באשר לשאלה מהו היחס בין החלטות של מועצת הביטחון לבין המשפט המנהגי- מהן ניתן להשיג את הלאו- מזה שקבעו שהחלטות מועצת הביטחון גוברות על האמנות, אך לא התייחסו למשפט המנהגי, מלמד כי הדין המנהגי גובר על האמנה. העמדה הזו לא משכנעת מאחר ואין קביעה מפורשת שביחס בין דיני אמנות לדין המנהגים, אין מישהו שגובר על שני. בנוסף, ההחלטה הכללית הייתה לתת כמה שיותר חופש פעולה. עמדה נגדית באה ואומרת, החלטת מועצת הביטחון מכוח פרק 7 עשויה לסתור כל דין מנהגי שהוא. ביניהם, יש עמדת ביניים שבאה ואומרת כי החלטות מועצת הביטחון קודמות לכל דין מנהגי מלבד דין מנהגי שהוא יוס קוגנס (נורמות גרעיניות של המשפט הבינלאומי).

השאלה הזו מגיע לדיון מעשי ולא תיאורטי, בנוגע להחלטה 1373 שיוצאת אחרי אירועי ה-11.09. ההחלטה הזו מפרטת רשימה של אנשים שלדעת מועצת הביטחון תומכים בטרור ומקפיאה להם את כל הנכסים. בלי משפט, פגעו בזכויות הכי בסיסיות. מה עושים?

**04.04.2016:**

**בשיעור הקודם אמרנו שיש שלוש עמדות בשאלה מה היחס בין החלטת מועצת הביטחון לדין מנהגי**:

1. החלטות מועצת הביטחון מכוח פרק 7 עליונות לכל דין מנהגי. מדובר במוסד שצריך לשמור על השלום העולמי, ולשם המשימה הזו, כדאי שיהיה לו את השיקול הכי רחב שאפשר.
2. החלטות מועצת הביטחון לא יכולות לסתור את מטרות האום- כמו עקרון ההגדרה עצמית, זכויות אדם, שאיפה לשלום, אי שימוש בכוח אלא להגנה עצמית או קולקטיבית ועוד. הבעייתיות בגישה זו:
3. טיעון פרקטי- היא עשויה להגביל יותר מידי את מועצת הביטחון.
4. מבחינה פורמאליסטית, אם מסתכלים על הצ'רטר של האום, נאמר שם שלמדינות אסור לפגוע בעקרונות הללו, אך הוא לא אומר למועצת הביטחון אסור לפגוע.
5. גישת אמצע לפיה החלטות מועצת הביטחון לא יכולות לסתור רק נורמות מסוג יוס קוגנס. מדוע? מהמהות של היוס קונגס- הנורמות הכי בסיסיות- רצח עם, פשע נגד האנושות ועוד.

**אין הכרעה בין הגישות הללו.** הסוגיה באשר ליחס בין החלטות של מועצת הביטחון לבין נורמות מנהגיות מגיע לכדי ביטוי בולט לאחר ה-11.09 מאחר ומועצת הביטחון מעבירה החלטה על פיה רשימה של אנשים וגופים שהיא סגורה שהם מעורבים בטרור, כל המדינות העולם חייבות להקפיא להם את חשבונות הבנק. אולם אנשים מוכנסים לרשימה בלי זכות שימוע, ויש ברשימה גם טעויות- אנשים שנכנסו רק בשל טעות בשם. מתעורר בחור בשם קאדי ומגלה שהקפיאו לו את חשבונות הבנק, אולם הוא לא חושב שהוא קשור לטרור בשביל שהוא יעשה דבר כזה. איך זה נעשה? האיחוד האירופי אימץ החלטה שמממשת את החלטת מועצת הביטחון מכוח פרק 7. קאדי פנה לבית הדין של האיחוד האירופי ואמר כי ההחלטה של האיחוד האירופי פוגעת בזכויות יסוד שלו שמוגנות באמנות של האיחוד האירופי, לדוג' קניין, הזכות להליך חוקי ועוד. משיב האיחוד האירופי- "חיים קשים". הוא אומר כי אמנת האום קובעת שהחלטות מועצת הביטחון עליונות לכל נורמה אחרת של המשפט הבינלאומי, לכן הן עליונות גם לאמנות של האיחוד האירופי ומכאן הכפיפות להחלטות מועצת הביטחון מכוח פרק 7.

* בשלב הראשון- **ערכאת הביניים של בית הדין של האיחוד האירופי נותן החלטה שאומרת שהחלטות מועצת הביטחון עליונות לכל נורמה של המשפט הבינלאומי, מלבד יוס קוגנס.** נכון שנפגעו לאדון קאדי זכויות, אך הן לא זכויות יוס קוגנס ולכן החיים קשים (ניתן לראות אימוץ של הגישה השלישית).
* בשלב השני- **בית הדין של האיחוד האירופי** נותן החלטה שמצד אחד מפילה את כולם מהכיסא ומצד שני לא מפתיעה. ההחלטה הינה כי מערכת האיחוד האירופי היא לא חלק מהמשפט הבינלאומי. היא מערכת אזורית אירופאית (**מעין** מערכת מדינתית) וככזו הנורמות שלה עליונות לנורמות של המשפט הבינלאומי. אנו מבינים את הצורה לכבד נורמות של המשפט הבינלאומי ובמיוחד נורמות חשובות של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 , וככלל נעשה כל שביכולתנו לפרש את הדין של האיחוד האירופי כך שלא תהיה סתירה בין השניים. אפילו נתיר פרשנויות מסוימות של הדין, שלא היינו מתירים אותם לולא הדבר נעשה כדי למנוע סתירה בין הדין של האיחוד האירופי למשפט הבינלאומי. יחד עם זאת, ישנן גבולות וקביעה בנורמות יסודיות של האיחוד האירופי, במיוחד זכויות אדם יסודיות, היא דבר שאנו לא יכולים לאפשר. נתבקש את מועצת הביטחון לשוב הביתה ולתקן את החלטתה במידה והיא רוצה שהאיחוד האירופי תשתף איתה פעולה.

**מדוע החלטה זו הפילה את כולם מהכיסא**? בגלל שלאורך השנים, ובעיקר בתחילת הדרך של האיחוד האירופי, בית הדין של האיחוד האירופי ביסס את המעמד של דיני האיחוד האירופי באמצעות סדרה של פסיקות שבו הוא קבע שהנורמות של האיחוד האירופי הן נורמות של המשפט הבינלאומי, וככאלה הן עליונות לכל נורמה של כל דין מדינתי של איזה שהיא מדינה מבין המדינות שחברות באיחוד, לרבות נורמות של החוקות של המדינות הללו. בתוצאה אין סתירה, אולם הטיעון הוא סותר לחלוטין. הבסיס של האיחוד האירופי לטעון עליונות על הנורמה המדינתית היא שהפסיקות הן סוג של המשפט הבינלאומי. כך שהתוצאה היא עליונות, אך הטיעון בבסיס שונה. **מדוע החלטה זו לא מפתיעה?** מערכות נורמטיביות, לא רק מערכות משפט, חייבות לטעון שהן עליונות לכל מערכת נורמטיבית אחרת. כי ביום שהן תפסקנה לטעון שהן עליונות למערכת נורמטיבית אחרת, הן נבלעות בתוך המערכת הנורמטיבית ההיא.

**איך זה קורה שביום אחד מתעורר מוסד שטען לכך שהוא משפט בינלאומי ופתאום אומר שלא- אלא מוסד ייחודי אירופי?** המקרה הזה הוא סימפטום לתופעה יותר רחבה שנקראת פרגמנטציה. מה שקורה זה שככל שהמשפט הבינלאומי גדל ומפתח, הוא מתחיל לדרוך לעצמו על הרגליים. באיזה מובן? מתחילות להיות סתירות בין נורמות שונות שלו או תחום הסכמות של מוסדות שונים שלו. שני סוגים של פרגמנטציה:

* המקרה הראשון נקרא- **פרגמנטציה נורמטיבית-** יש שתי נורמות, נניח שתי אמנות או אמנה ומנהג, שסותרות ואין דרך פשוטה להכריע מה גובר על מה.
* המקרה השני של פרגמנטציה- **פרגמנטציה מוסדית-** יש שני בתי דין או מוסדות אחרים, שיש להם סמכות לעסוק באותו הנושא, ועולה השאלה החלטה של מי גוברת- מועצת הביטחון שאינה מוסד שיפוטי או החלטה של בית הדין של האיחוד האירופי.

המקרה של קאדי ממחיש את שתי הפרגמנטציות- איזה נורמה גוברת- של האיחוד האירופי או החלטה של מועצת הביטחון מכוח פרק 7. וגם פרגמנטציה מוסדית- החלטה של האיחוד האירופי או מועצת הביטחון.

* ישנו סוג שלישי של פרגמנטציה- **פרגמנטציה של המדינה-** מידי פעם המדינה לא מדבר בקול אחד. מה עושים במקרה כזה? כל קול מחפש מוסד או נורמה במשפט הבינלאומי שהתחברות אליו תחזק את דעתו, ואז אנו רואים שהמדינה מדברת בזירה הבינלאומית בכמה קולות ומתחייבת התחייבויות סותרות במשפט הבינלאומי.

**מדוע אנו לומדים על פרגמנטציה?** סיבה פרקטית- כעו"ד אם גילנו נורמה מהמשפט הבינלאומי שאינה מסייעת, זה לא נגמר. ניתן לפנות למספר מוסדות שונים- הרבה פעמים אותו נושא יכול להיות מוכרע באופן שונה בהתאם לנורמות של המשפט הבינלאומי שנדגיש או בהתאם למוסד הבינלאומי שאליו נצליח "לדחוף" את הסוגיה. הסיפור של מניעה של דגי הטונה- מאחר ומסתובבים איתם דלפונים וכרשים, הגיע לידי דיון בשלושה מוסדות שונות. כל אחד ניסה לדחוף לבית הדין שההחלטה שם יותר נוחה לו. התופעה של הפרגמנטציה רק תגבר ואנו כעו"ד צריכים לנצל אותה לטובתנו. סיבה נוספת- כדי להרגיע אותנו- הרבה פעמים אנשים מפנים את הזרקור לעניין הפרגמנטציה כמעיד על כך שהמשפט הבינלאומי עתיד להתפרק לכל מיני מערכות שכל אחת תדבר בקול שונה. הערכתו האישית של המרצה הינה שהחיים מבולגנים ויש להם נטייה להישאר כך. כלומר, כנראה שלאורך השנים תמיד תהיה פרגמנטציה. יחד עם זאת, כל עוד המשפט הבינלאומי ישרת פונקציה חשובה בעולם- הוא ימשיך להתקיים, אף אם הוא יהיה יותר מסובך ופחות קוהרנטי.

**היחסים בין מערכות משפט מדינתיות למשפט הבינלאומי**:

לשם הבהרה- ראשית הדיון בנושא זה אינו משפט בינלאומי כי אם משפט מנהלי. מבחינת המשפט הבינלאומי, כל הדיון מסתכם בשורה אחת- המשפט הבינלאומי עליון למדינתי. מדוע אנו משקיעים במשהו שהוא לא משפט בינלאומי אלא מנהלי שני שיעורים?

1. סיבה פרקטית- רובנו עו"ד ישראליים שנעסוק בדין הישראלי, לכן אם נקדם נורמה של משפט בינלאומי אנו נצטרך להסביר מדוע הנורמה של המשפט הבינלאומי מחייבת במשפט הישראלי.
2. סיבה נוספת- בלי להבין איך המערכות הללו מתפקדות האחת עם השניה, התמונה שנקבל על המשפט הבינלאומי הינה חסרה.

הדיון שלנו יתחלק לארבעה חלקים. תחילה, נדון באופן כללי ביחסים הפורמאליים בין שתי מערכות המשפט. לאחר מכן, נדון באופן כללי יותר ביחסים ברמה הלא פורמאלית בין שתי מערכות המשפט. ואז נדון בשתי הרמות הללו בהקשר הישראלי.

**השאלה הפורמאלית מתייחסת לשתי תתי שאלות:**

1. כיצד יכול להיקלט דין של מערכת אחת במערכת השניה.
2. מה קורה כאשר יש סתירה בין נורמות של כל אחת מהמערכות.

**התשובה לשתי השאלות הללו תלויה באת מי שואלים:**

1. נציגי מערכת המשפט הבינלאומי. נניח שופט בICJ.
2. נציגי מערכת המשפט המדינתי.
3. מתבונן מהצד.

**נבחן כל שאלה ביחס לנקודות המבט השונות:**

* נקודת המבט של מערכת המשפט הבינלאומי:

**בנוגע לשאלה הראשונה**- כיצד יכול להיקלט דין של מערכת אחת במשפט הבינלאומי. התשובה העקרונית היא שדין של מדינה ספציפית לא מעניין את המשפט הבינלאומי. אולם אם אנו רואים שבהרבה מאוד דינים, בהרבה מאוד מדינות, יש ביטוי של אותו כלל/עיקרון, החזריות הזו תוביל אותנו למסקנה שישנו עיקרון כללי (נורמה נמוכה ממנהג). במידה ויתקיימו עוד תנאים של האופיניון יוריס, נוכל להגיע למסקנה שמדובר במנהג. בנוסף, ישנם תחומים מסוימים שהמשפט הבינלאומי נותן למשפט המדינתי להחליט. למשפט הבינלאומי ככלל לא אכפת מסוגיות ספציפיות. לדוג' ככלל בנוגע לכללים של הענקת אזרחות (ולא שלילת אזרחות). בכללי, המשפט המדינתי לא מעניין את המשפט הבינלאומי. כיצד ייקלט משפט בינלאומי במשפט המדינתי? מבחינת המשפט הבינלאומי אין חשיבות לאופן שבו ייקלט המשפט הבינלאומי מאחר והוא בכל מקרה עליון.

**בנוגע לשאלה השנייה**- מבחינת המשפט הבינלאומי, כאשר ישנה סתירה- ככלל המשפט הבינלאומי הוא המחייב להשקפתו. דוגמא- כאשר דנו בדיני אמנות אמרנו שאחד הכללים הוא שקיומו של דין מדינתי סותר אינו מהווה עילה מבחינת המשפט הבינלאומי לאי קיום ההתחייבות באמנה. ישנו כלל דומה גם באשר למשפט מנהגי.

* נקודת המבט של מתבונן מהצד:

בעבר היו שתי עמדות תיאורטיות בנושא. הסתכלות זו תעסוק בשתי השאלות יחד. בשיח האקדמי המשפטי היו באופן קלאסי שתי עמדות:

1. מוניזם- עמדה מוניסטית הינה שהמשפט הבינלאומי והמשפט המדינתי הם בעצם חלק ממערכת משפט אחת. מכיוון שאחד מקיף את כל העולם ושני מקיף רק חלק, אז מה שעליון זה המשפט שמקיף את כולם. יש שתי גרסאות לעמדה זו:
   1. **גרסה של משפט טבעי-** לפיה, הנורמות של המשפט הבינלאומי הן נורמות מוסריות, בסיסיות, אוניברסליות, וככאלה הן עליונות לכל נורמה פרטיקולרית שקיימת במקום זה או אחר. לעמדה זו יש כוח משכנע לגבי נורמות מסוימות- רצח עם, זכויות אדם, פשעי מלחמה ועוד. אולם קשה לראות את העמדה הזו מבססת עמדה כללית לציית אפריורית לנורמות של המשפט הבינלאומי.
   2. **גרסה פוזיטיביסטית**- קלזן- בא ואמר כי מה שקובע אם מדינה קיימת או לא קיימת זה המשפט הבינלאומי. מכיוון שהמשפט הבינלאומי הוא שקובע שמדינות קיימות הוא שקובע את גבולות הסמכות.

כיום לא נמצא הרבה אנשי אקדמיה שבלב שלם ובאמונה שלמה מאמינים במוניזם. יחד עם זאת, כל פסיקה של בית דין לאומי או כל קביעה של מוסד בינלאומי אחר, ככלל תבטא עמדה מוניסטית. בין אם בוורסיה של משפט טבעי, בין אם בוורסיה הפוזיטיביסטית ובין אם בוורסיה של קומבינציה של שניהם.

1. דואליזם- עמדה זו באה ואומרת שמשפט בינלאומי ומשפט מדינתי, הן שתי מערכות נורמטיביות מסוג שונה. האחת, נועדה לכוון את ההתנהגות של בני האדם והיא מבוססת על יחסים של הכפפה. דין של המדינה נועד להסדיר את ההתנהגות של אזרחי המדינה והנמצאים בטריטוריה שלה ואם לא תקיים את הנורמה, תוטל סנקציה. לעומת זאת, מערכת המשפט הבינלאומי היא מערכת של נורמות שנוצרה על ידי המדינות, כדי להסדיר את האינטראקציות ביניהם. ככזו, היא לא מבוססת על הכפפה אלא על רציונל של תיאום. הבעיה בטיעון זה הוא שאם אנו נהיים דואליסטים במאה אחוז, אין לנו שום דרך להצדיק את הענישה של הנאצים. הטיעון הבסיסי שטענו הנאשמים הנאצים היה שהאמנות דיברו למדינות, לגרמניה. העמדה הדואליסטית באה ומתייחסת למשפט הבינלאומי כסוג של כללי נימוס בין מדינות, זה לא מחייב בני אדם, אין סנקציות פורמאליות. בפועל, אף איש אקדמיה כמעט, שעוסק במשפט בינלאומי, לא מחזיק בעמדה דואליסטית טהורה. יחד עם זאת, נורמות של המשפט המדינתי ככלל מבטאות עמדה דואליסטית ברמה הפרקטית. הן מצהירות כי המשפט המדינתי עליון למשפט הבינלאומי.

**מדוע ציינו את המתבונן מהצד לפני נציגי מערכת המשפט המדינתי?** מאחר ורוב המדינות בעולם נוצרו לאחר שהוויכוח מתנהל. המשפטנים שישבו וכתבו את החוקות השונות, הושפעו מהעמדות התיאורטיות של השאלה הזו. יחד עם זאת, גם מדינה שהחוקה שלה נוסחה בהשפעה חזקה של גישה מוניסטית, בפועל המערכת מתנהלת על יסודות שהם במידה רבה דואליסטים.

* נקודת המבט של נציגי מערכות המשפט המדינתי:

ישנן שלוש דוקטרינות אפשריות לגבי קליטה של משפט בינלאומי למשפט המדינתי:

1. דוקטרינת הקליטה הישירה- כלומר, נורמות של המשפט הבינלאומי נקלטות באופן ישיר במשפט המדינתי. במידה מסוימת, הדוקטרינה הזו מבטא עמדה מוניסטית ולכן מדינות שמאמצות באופן יחסית חזק את הדוקטרינה הזו, נקראות מדינות מוניסטיות אולם זה לא מדויק.
2. דוקטרינת הקליטה המפורשת- צריך להיות מעשה פורמאלי, שרק אם הוא נעשה, לנורמה של המשפט הבינלאומי יהיה מעמד במשפט המדינתי. במידה מסוימת, דוקטרינה זו מבטא נקודת מבט דואליסטית. מאחר ומה שמעניין את מערכת המשפט מרגע שהיא אמצה דוקטרינה זו, זה לא הנורמה הבינלאומית כשלעצמה, אלא הנורמה המדינתית שאימצה אותה. אם הנורמה הבינלאומית אומצה בתקנה, מה שמחייב את מערכת המשפט זו התקנה. כמו כן, אם מדובר בחוק.
3. דוקטרינה של יישום- גם אם הנורמה הבינלאומית לא אומצה באקט פורמאלי של מערכת המשפט המדינתי, עדיין עשויה להיות לנורמה של המשפט הבינלאומי השפעה בנוגע לדרך שבה ניישם ו/או נפרש את הנורמה המדינתיות.

בפועל- המציאות הרבה יותר מורכבת. מאחר ובד"כ מדינות מאמצות קומבינציה של שלוש הדוקטרינות הללו. למשל הן יכולות לאמץ דוקטרינה אחת לגבי משפט אמנתי ודוקטרינה אחרת לגבי מנהג. בנוסף, עוד דבר שישתנה בין מדינה למדינה- גם אם מגיעים למסקנה שהנורמה הבינלאומית גוברת על נורמות מדינתיות, השאלה היא על איזה נורמה- חקיקת משנה, חקיקה ראשית וחוקה. יש מדינות כאלה ומדינות כאלה. **שלוש דוגמאות:**

* קבוצה ראשונה- אנגליה- מה שקורה באנגליה קורה במרבית המדינות ששייכות למערכת המשפט האנגלוסקסית בחריג אחד- ארה"ב. ראשית, באנגליה ישנה הבחנה בין משפט מנהגי להסכמי. **משפט מנהגי** נקלט אוטומטית ומעמדו כמעמד של נורמות המשפט המקובל- הוא עליון לחקיקת משנה אך לא עליון לחקיקה ראשית. בנוסף, **לגבי אמנות**- מאומץ המודל של הקליטה המפורשת. אמנה שאנגליה חתמה ואשררה לא יהיה מעמד מחייב בדין המדינתי הבריטי אלא אם היא אומצה בנורמה מדינתית ואז מעמדה יהיה מעמד הנורמה שאימצה אותה- אם היא מאומצת לחוק, מעמדה המחייב הוא חוק, ומה שמחייב זה נוסח החוק ולא נוסח האמנה אם ישנה סתירה ביניהם. יתר על כן, הן לגבי דין מנהגי והן לגבי דין אמנתי, אפילו דין אמנתי שלא אומץ בנורמה מדינתית, מאומצת הדוקטרינה של **יישום**- במובן זה שקיימת דוקטרינה משפטית שנקראת "חזקת ההתאמה הפרשנית". לפיה, אנו צריכים לפרש את הנורמות של הדין הבריטי עד כמה שניתן בהתאם לנורמות של המשפט הבינלאומי שבריטניה מחויבת אליהם. יחד עם זאת, אם אנו בכל זאת מגיעים למצב של סתירה, מה שיגבר זה הדין המדינתי- הבריטי. מדינות כמו אנגליה מוגדרות באופן לא מדויק כמדינות דואליסטיות- לדוגמא מאחר והמשפט המנהגי נקלט אוטומטי ובשל חזקת ההתאמה הפרשנית.
* קבוצה שניה- כוללת את מרבית המדינות בקונטיננט- במדינות הללו **לגבי דין שמקורו באמנות-** ישנה קליטה ישירה. אולם במדינות הללו, יש מעורבות של הפרלמנט באשרור האמנה. מה לגבי מנהג? למדינות הללו מגוון גדול של אמנות. כנראה בצרפת, מנהג עליון לחוקים. ובחלק מהמדינות של מזרח אירופה, מנהג עליון אפילו לחוקה. גם לגבי מעמד האמנות מרגע שהן נקלטו- יש מנעד- יש מדינות שמרגע שהן נקלטו, מעמדן כשל חוק (חוק מאוחר יותר יכול לסתור אותן) ויש מדינות שמעמדן הוא כשל חוקה. אנו רואים במידה מסוימת אלמנטים מוניסטיים, אולם יחד עם זאת, מדינות אלו נוהגות עם הזמן לאמץ פסיקה שאומרת שמה שמחייב זה לא המשפט הבינלאומי באופן אבסטרקטי אלא הפרשנות של ביהמ"ש העליון של אותה מדינה למשפט הבינלאומי- רואים בכך אלמנטים דואליסטיים.
* קבוצה שלישית וייחודית- ארה"ב- מדינה שהושפעה על ידי המשפט האנגלוסקסי אך כאשר ניסחו את החוקה שלה, היו השפעות מוניסטיות חזקות. **לגבי משפט מנהגי**- קיימים חילוקי דעות כיום בין שתי עמדות: אחת, המשפט המנהגי אינו מחייב בארה"ב מאחר והוא לא מופיע בחוקה האמריקאית. שניה, המשפט המנהגי מעמדו הוא של נורמה פדראלית. כלומר, נורמה של המשפט המנהגי עליונה לכל חקיקה של הSTATE השונים בארה"ב, עליונה לחקיקת משנה פדראלית אולם נמוכה מחקיקה פדראלית ומהחוקה. רק משנות ה-80 מישהו העז לטעון אחרת שזה לא מחייב. **לגבי אמנות-** יש לכאורה מודל של קליטה ישירה שמערב את הרשות המחוקקת אבל בדרך מיוחדת. כלומר, בשונה מחוק פדראלי רגיל שצריך לעבור בהצבעה בשני בתי הקונגרס, אמנה כדי להיות מאושררת, החוקה האמריקאית קובעת שהיא צריכה להיות מאושרת רק על ידי הסנאט (הבית העליון של ארה"ב) אולם ברוב של 2/3. פסיקה של ביהמ"ש העליון האמריקאי עם השנים מחלישה את המעמד של אמנות במשפט האמריקאי. היא באה ואומרת שרוב הדברים שמבחינת המשפט הבינלאומי נחשבים אמנות, הם לא מה שהחוקה האמריקאית קוראת לו אמנה. אלא הם מבחינת המשפט הבינלאומי האמריקאי קוראים לזה הסכמים של הרשות המבצעת/ הסכם נשיאותי. הרשות המבצעת (הנשיא) יכולה לחתום על האמנות הללו ולאשרר אותם לבד, בלי מעורבות הסנאט. יחד עם זאת, לאחר שהן אושררו, לא יהיה להן שום מעמד בדין המדינתי (בדומה לכלל האנגלי). כאשר החוקה האמריקאית מדברת על אמנה, היא לא כוללת את ההסכמים הללו. לגבי האמנות שכן מאושרות על ידי הסנאט, הפסיקה האמריקאית פיצלה וחילקה אותם לשני סוגים- א. מיושמות באופן עצמאי. ב. לא מיושמות באופן עצמאי, וקבעה כי רק אמנות שמיושמות באופן עצמאי, הן אמנות שמייצרות חובות וזכויות לאזרח האמריקאי. כלומר, גם אמנה שאושרה על ידי הסנאט אך היא לא מיושמת באופן עצמאי, מעמדה נמוך מאוד.

אנו רואים מהדוגמאות הללו שקשה לסווג את המדינות ביחס למוניזם ודואליזם. מי שמחפש בכל זאת מידה מסוימת של סדר, יש לשים לב שמדינות שהחלו מעמדה ראשונית מוניסטית, החל אימוץ של מאפיינים דואליטיסיים. לעומת זאת, מדינות שהחלו מנקודת מבט דואלירטסית, זזות גם הן למרכז ומתחילות לאמץ מאפיינים מוניסטיים. ברמת ההפשטה, רוב המדינות נמצאות במרכז- קרי, רוב המדינות רוכשות מידה מסוימת של כבוד לנורמות של המשפט. בנוסף, ראינו כי מדינות שהתחילו מנקודת מבט מוניסטית מאמצות הצהרה שאומרת "אנחנו עליונות". מה שמחייב זה לא המשפט הבינלאומי באופן אבסטרקטי אלא הפרשנות של ביהמ"ש העליון למשפט הבינלאומי שזו הצהרה דואליסטית.

דוגמא- אם הולכים לדיין בבית דין רבני ושואלים אותו מי עליון למה- תורת ישראל או חוקי מדינת ישראל? הוא יענה כי תורת ישראל ובכל זאת הוא מכבד את המשפט המדינתי מסיבה של "דינא דמלכותא דינא". אם נשאל שופט ביהמ"ש מה קודם למה, הוא יאמר שחוקי מדינת ישראל. ובכל זאת, הוא מכיר בסמכות של בית הדין הרבני מכוח הדין המדינתי, המהווה בסיס לסמכות השיפוט המוסדית והנורמטיבית של בית הדין הרבני.

**כל מערכת נורמטיבית חייבת להצהיר עליונות על מערכות משפט נורמטיביות אחרות**- שאם היא לא תעשה כן, היא תיבלע לתוך המערכת השניה. הכל טוב ויפה עד ששתי מערכות נורמטיביות רוצה לכוון את ההתנהגות של שני בני אדם. מה קורה כאשר ישנו מצב של התנגשות? היא נפתרת באחת משתי דרכים:

1. סכסוך
2. פשרה

חשוב להדגיש, כי אין אבן בוחן אובייקטיבית להכריע מי צודק. בחזרה לדוגמא של הדת מול החוק- מי שאדם מאמין יבוא ויאמר כי במידה מסוימת הדת היא ציווי של האל ובמקרה של התנגשות, הדין הדתי מחייב. אדם חילוני, וחלק מהאנשים הדתיים, יאמרו כי הקלף הדמוקרטי הוא המכריע. אין דרך להכריע אובייקטיבית בין הקלף של אמונה לקלף הדמוקרטי. כנ"ל ביחסים בין מערכת המשפט המדינתי למערכת המשפט הבינלאומי. הקלף המנצח של מערכת המשפט המדינתי הוא העיקרון הדמוקרטי. הקלפים המנצחים של המשפט הבינלאומי, שניים מרכזיים:

1. רלוונטי לתחומים מסוימים- יש תחומים מסוימים בהם הנורמות של המשפט הבינלאומי מייצגות ערכים בסיסיים מאוד, לדוגמא- חלק מזכויות האדם, דיני לחימה, איסור על רצח עם, איסור על עבדות ועוד. מדובר בטיעון החזק ביותר של המשפט הבינלאומי, אך אין זה אומר שכולם משתכנעים שכן עובדה שמתקיימים רצח עם בעולם.
2. טיעון פרקטי- "אף אדם הוא לא אי וכל אדם הוא חצי אי"- בעולם הזה מדינה לא יכולה להתנהל בוואקום, היא תמיד באינטראקציה עם מדינות אחרות. כך שעם היתרונות של המערכת, ישנם גם חסרונות. כמו בעניין של היחס בין הדין הדתי למדינתי, גם כאן, בסופו של יום, זה שאלה של אמונה.

**השאלה היא מה קורה בפועל בסיטואציה של סתירה**?

1. עימות- כל מערכת מצהירה שהיא עליונה ומענישה את מי שמפר את הדין שלה כדי לציית לדין של המערכת המתחרה.
2. פשרה (נפרט בהמשך).

עולה השאלה, מה רע בעימות? עימות מציב את האנשים הרלוונטיים בסיטואציה בלתי אפשרית- אם הוא יציית למערכת אחת, הוא ייענש על ידי השניה ולהפך. ישנן עוד בעיות- שתי המערכות מפסידות מסיטואציה של עימות. אמרנו כי במקרה של עמדות סותרות, לדעת המרצה הפתרון הראוי הוא לא להכריע. אולם כאשר ישנו עימות בין שתי המערכות, האנשים הרלוונטיים מושמים בפינה. לכן, במידה רבה הם מרגישים שהם צריכים להכריע באשר לשאלה איזה מערכת באופן כללי הם מחויבים אליה. כך שעימות בין שתי המערכות עשוי להוביל לכך שאנשים שבעבר צייתו לנורמות יפסיקו לראות עצמם מחויבים לנורמות הללו. ישנו שלב שבו העימות מפסיק להיות על נורמה ספציפית והופך להיות כללי (המשפט הבינלאומי אינו מוסרי ואני מפסיק לציית לו. לחלופין, המשפט המדינתי אינו מוסרי ואני מפסיק לציית לו). בנוסף, המערכת המדינתית עשויה להפסיד את השיקול הפרקטי- מדינה שמחליטה באופן בוטה להפר את כללי המשפט הבינלאומי, יהיה לה קשה להתנהל בזירה הבינלאומית- זה יפגע בכלכלה שלה ועוד. זאת מאחר ואנו מצויים בעידן גלובלי.

לאור האמור, האופציה השנייה הינה פשרה- פשרה לרוב כוללת ארבעה שלבים:

1. הצהרה- כל מערכת משפט מצהירה באופן מפורש שהיא עליונה למערכת המשפט השניה.
2. הכרה בתחולה- יחד עם זאת, היא 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 השניה זה לא עצם הנורמה השניה אלא נורמה או החלטה מוסדית של המערכת. המשפט הבינלאומי מחייב מאחר וישנה החלטה שלנו לכבד את המשפט הבינלאומי במידה מסוימת.

**יישום השלבים של מגנון פשרה על הדוגמא לעיל של בית הדין הרבני למול חוקי המדינה**:

שופט ביהמ"ש עליון יאמר כי הדין המדינתי עליון על דיני התורה. בשלב השני, הדין המדינתי מכיר ברמה מסוימת בדין התורה- אולם היא מוגבלת לתחומים מסוימים (נישואין וגירושין) ובכפוף להגנה על זכויות האדם. כמו כן, המעמד לבתי הדין הרבניים נובע מחוק מדינתי.

עמדתו של דיין בית דין רבני- ההלכה עליונה על הדין המדינתי. יחד עם זאת, הוא מוכן להכיר במעמד מסוים של הדין המדינתי אך באופן מוגבל (יש דברים שהם ייהרג ובל יעבור). כמו כן, התוקף הוא מכוח הלכות מסוימות כמו "דינא דמלכותא דינא".

**במשפט הבינלאומי ישנן דוקטרינות שמייצרות פשרה**- אמרנו כי דוקטרינה אחת היא החריג שקיים לכלל שאומר שדין מדינתי הוא לא עילה להפרה של אמנה, לפיו ההתחייבות של מדינה לאמנה אינה מחייבת אם היא נעשתה בסתירה בוטה לנורמה מדינתית יסודית. כמו כן, **ישנן דוקטרינות שמטרתן להוביל לפשרה גם במערכות המשפט המדינתי**- לדוגמא דוקטרינת ההתאמה הפרשנית. מטרתה- זו דוקטרינה לפיה השופט המדינתי עושה את כל המאמץ שהוא יכול על מנת להגיע לתוצאה מסוימת רק בשביל להימנע מהתנגשות בין הדין המדינתי לבינלאומי. דוגמא נוספת למנגנונים של פשרה- סדרה של הלכות ביחסים בין בית הדין של האיחוד האירופי לבין בתי משפט שונים שנוגעות ליחסים שלו עם בתי משפט שונים. בעיקר בנוגע ליחסים שלו עם ביהמ"ש לחוקה במדינות שונות ועם היחסים שלו עם בית הדין לזכויות אדם. ביהמ"ש החוקתי הגרמניה קבע כי הוא יהיה מוכן לכבד את הנורמות ופסיקות של האיחוד האירופי, גם אם הן מובילות לתוצאה שהוא לא היה מוכן לקבל אחרת ובתנאי שהנורמות של האיחוד האירופי לא תפגענה בנורמות חוקתיות יסודיות של מערכת המשפט הגרמנית. מהר מאוד, בית הדין של האיחוד האירופי נתן פסיקה משלו מהכיוון ההפוך (מכונת דוקטרינת "כל עוד"). כנ"ל בעצם הפסיקה שלו בפס"ד קאדי- היא פסיקת כל עוד. מאחר והוא ככלל מוכן לכבד את הנורמות של מועצת הביטחון ובלבד שהן לא תפרנה נורמות יסוד, במקרה זה זכויות אדם בסיסיות. לכן, מרגע שאנו תופסים את מערכת המשפט של האיחוד האירופי שכמערכת משפט נפרדת, מה שהיה נראה לנו כמרד של הדין האירופי במוסדות משפט בינלאומי, מתבהר לנו שמדובר במנגנון של פשרה. אנו נראה בשיעור הבא שמנגנוני פשרה לא באים לידי ביטוי רק בדוקטרינות פורמאליות, אלא זה גם בא לידי ביטוי ביחס של גורמים של מערכת אחת לגורמים של המערכת השנייה, אנו נראה את זה בשיעור הבא באופן שבו ברק מתייחס לפס"ד שניתן ע"י הICJ.

**ההבדל בין עימות לפשרה בהקשר האמריקאי:**

ביהמ"ש העליון האמריקאי מחולק לארבעה שופטים דמוקרטיים, ארבעה רפובליקניים (אחד מהם מת- סקאליה) ושופט אחד נטרלי, עם נטייה שמרנית לייט. השאלה של היחס בין הדין האמריקאי למשפט הבינלאומי, בעיקר המנהגי, הפכה להיות שנויה במחלוקת מאז אירועי ה-11.09.

פס"ד ראשון שמופיע בקריאת רשות- **פס"ד רופר-** עוסק באפשרות להוציא להורג קטינים. נכון ל-לפני אותה פסיקה, בחצי מהמדינות בארה"ב החוקים מאפשרים הוצאה להורג של קטינים שביצעו עבירות חמורות. העמדה כיום של המשפט הבינלאומי היא שאסור להוציא להורג קטינים. דעת הרוב של 5 שופטים קובעת כי הוצאה להורג הינה אסורה. בין השאר בשל הטענה שההשקפה הערכית בעולם, כפי שבאה לידי ביטוי במשפט המנהגי היא שזה לא מעשה ראוי. דעת המיעוט- שנכתבת על ידי סקאליה- אומרת כי זה אנטי דמוקרטי בעליל. מדוע שההשקפה של העולם תשפיע על פרשנות החוקה של ארה"ב. ישנו מיקוח בין הטיעון שבא ואומר ערכים בסיסיים לבין הטיעון של דמוקרטיה. העמדה של דעת המיעוט בפס"ד זה שהעולם אומנם יכול ללמוד מאתנו, אך אנו לא צריכים ללמוד מהעולם. אנו מעצמה ולכן אנו לא צריכים להתחשב במשפט הבינלאומי. **דעת הרוב מייצגת עמדה של כבוד למשפט הבינלאומי ואילו דעת המיעוט מבטאת עימות.**

דעת הרוב והמיעוט לעיל מתהפכות **בפס"ד מדלן**- אחת הנורמות הוותיקות ביותר של הדין המנהגי זה זכויות קונסולריות- בגדול, אם אזרח שהוא לא של המדינה נעצר במדינה זרה, צריך לעדכן את המדינה של האזרח ולאפשר להיפגש עם נציג של השגרירות. מערכות משפט של הSTATE "מצפצפות" על הכלל הנ"ל כבר שנים רבות, ובד"כ ביהמ"ש הפדראלי היה נוזף במדינות הללו. פתאום המוזיקה השתנתה- מקסיקו תובעת את ארה"ב על בסיס אמנה (שבוטלה) בICJ. מדובר היה באזרח מקסיקני שהועמד לדין בארה"ב מבלי שנתנו לו לפגוש נציג של השגרירות המקסיקנית. ה-ICJ קובע כי ארה"ב הפרה את המשפט הבינלאומי ומצפה ממנה לבטל את ההליך המשפטי. מגיעה דרישה לביהמ"ש העליון האמריקאי לקיים את הפסיקה של ה-ICJ (ביה"ד החשוב יותר של מערכת המשפט הבינלאומית). דעת הרוב קובעת כי פרשנותו של הICJ בנוגע לדין הבינלאומי אינה מחייבת את ביהמ"ש העליון האמריקאי, מה שמחייב זה הפרשנות של ביהמ"ש העליון האמריקאי של הדין הבינלאומי, לרבות ההחלטה מתי הוא מחייב (לעיתים הוא לא יחשיב כי הדין המדינתי גובר). בהקשר זה, היחסים שנקבעו בחוקה האמריקאית הינה שהנשיא לא רשאי להתערב באוטונומיה של מדינה אחרת, הוא לא יכול לחייב אותה לסגת מהחלטתה. ולכן, הנשיא אינו רשאי להתערב ולנסות לחייב את הSATAE הרלוונטי לקיים את הדרישה. אנו רואים את ההבדל בין פשרה לעימות. ברי כי מדינות שהן לא מעצמות, יצטרכו הרבה יותר להתגמש מתוך האילוצים של ההקשר שבו הן חיות.

**דוגמא להשקפה של עימות שממחישה כי גם לארה"ב יש השלכות למרות היותה מעצמה-** ממשל בוש אחרי ה-11.09 מאמץ גישה שבאה ואומרת שהמלחמה בטרור היא סוג חדש של מלחמה שבה דיני הלחימה שקיימים עד היום אינם חלים. חוות הדעת אומרות כי באופן כללי משפט בינלאומי לא מחייב אותנו מלבד משיקולים של מדיניות אלא החוקה האמריקאית היא המחייבת ונותנת שיקול דעת לנשיא לנהל מלחמה כפי שהוא רוצה. בעיקר מה שהם רוצים זה לענות. ממשל בוש מקדם עמדה משפטית מאוד בעייתית, טענתם הינה:

1. המלחמה הגלובאלית בטרור היא סוג חדש של מלחמה ולגן דיני הלחימה הקיימים אינם חלים עליה, כך שאנו יכולים לעשות מה שבא לנו.
2. בזמן חירום לנשיא שיקול דעת מוחלט איך לקיים את המלחמה והוא יכול להתחשב במשפט הבינלאומי אך זה שאלה של מדיניות בלבד.

במקביל, הם מנסים להעביר החלטה במועצת הביטחון שתאפשר להם לתקוף בעירק על סמך ראיות מזויפות. כאשר היא לא מאפשרת להם לתקוף הם מקנים פרשנות קלושה של מועצת הביטחון במלחמה בערק הראשונה, כאילו הם מאפשרים להם לתקף. אנו רואים כמכלול זלזול מוחלט במשפט הבינלאומי. בסיטואציה של אחרי ה-11.09 בעלות הברית של ארה"ב יוצאות איתה למלחמה, אולם כאשר מתחיל להתבהר הבסיס של השיטה האמריקאית (חוות הדעת בדבר עינויים, ראיות באשר להשמדה המונית בעירק היו מזויפות ועוד), מי שחוטף על הראש זה בעלות הברית של ארה"ב- במדינות מסוימות ראשי ממשלה נאלצים להתפטר ועוד. התוצאה של הסיפור הזה היא שכאשר ארה"ב רוצה לצאת ללחימה הרבה יותר מוצדקת בסוריה, אף אחד לא מתגייס לצידה. גם מעצמה כמו ארה"ב, אם היא מזלזלת יותר מידי במשפט הבינלאומי, היא עדיין משלמת מחירים מאחר והבעלות הברית שלה פחות סומכות עליה.

**הערה- באשר לעינויים-** יש כאלה שחושבים שזה תמיד לא מוסרי ויהיו כאלה שיטענו שזה תמיד מוסרי. ישנו וויכוח שני האם עינויים אפקטיביים, וגם באשר לסוגיה זו יש שתי עמדות קוטביות. לדעת המרצה- ההכרעה היא במישור אחר לחלוטין. במישור המשפטי- המשפט הבינלאומי היה מודע לכל ההיבטים הללו, ובסופו של דבר הוא הכריע באופן ברור- איסור גורף ומוחלט. המרצה מתנגד בכל מקרה- הניסיון ההיסטורי מראה שמדינות אף פעם לא מצליחות לשמור את זה רק למקרים הנדירים. הפיתוי תמיד ברגע האמת גדול. מה שמוביל לכך שמענים באופן שיטתי הרבה חפים מפשע.

**11/04/16**

בשיעור הקודם - דברנו על שני פסקי דין אמריקאים ששקפו את היחס בין המשפט הבינ"ל למדינה, באחד ראינו שהגישה שמנסה להגיע לפשרה היא הרוב והדעה ה"מלחמתית" הייתה המיעוט, בפס"ד השני זה היה הפוך.

ארה"ב מוצאת קושי במציאת קואליציות בעקבות המשב"ל. דוג': היחס למשפט החוקתי האמריקאי כמשפט משווה: אם נראה משפט משווה נראה שיש היעזרות במשב"ל כדי להבין את הפרשנות של הזכויות השונות, באותה היעזרות במשפט משווה. כשביהמ"ש ישראלי רוצה להבין זכות מסוימת, הוא פונה בעיקר לדיני משב"ל או משפט משווה חוקתי ממס' מדינות שמעריכים את הפסיקה שלהם.

המשולש הזה קיים בהרבה מדינות, זה תמיד שומר על איזה שהיא השוואה מסוימת. נניח שמדינה מחליטה שהיא לא פונה יותר למקורות האלה. אז אפשר להבין שההשקפה שלה עשויה להיות שונה ומבודדת בעניין הזה. דבר נוסף, פחות בתי משפט במדינות אחרות יפנו לאותה מערכת משפט כדי לקבל השראה. זה מה שקורה עם היחס בעולם בפסיקות חוקתיות למשפט החוקתי האמריקאי. לאמריקאים היה אתוס שהם השראה ערכית בתחומי זכויות האדם בכלל העולם. זה האתוס האמריקאי.

החוקה שלהם זה לא הדבר הכי עדכני בעולם, יש סעיפים שעוסקים עדיין בשחורים ואינדיאנים. כל חוקה מטבעה אמורה להיות מנוסחת באופן עמום כדי שיהיה אפשר לנתח את ההסדרים שלה בתקופות שונות. ב-20 שנה האחרונות בגלל שבמשפט החוקתי האמריקאי קבלת השראה או פנייה מ-משב"ל במשפט משווה הפך להיות משהו פוליטי, משהו שחלקים בשיח האמריקאי רואים כלא ראוי. התוצאה היא שקורה התהליך ההפוך ויש מחקרים שמראים שבעולם באופן הדרגתי קטנה הפנייה של בתי משפט אמריקאים כי ההשקפות שלהם מתרחקות משאר העולם. למשל: עונש מוות, יחס לאסירים קטינים, המעמד שנותנים לדיני לחימה.. בהרבה מאוד תחומים המשפט האמריקאי הולך ומתרחק.

**משפט ישראלי**

נעבור למשפט הישראלי – נתחיל מהחלק הלא פורמלי, נדגים אותו בפס"ד בית סוריק [גדר ההפרדה], ולאחר מכן נעבור לדיון היותר פורמלי מה הם הכללים במשפט הישראלי הפורמלי, מה הוא המעמד של המשב"ל לפי הדין הישראלי. לאחר מכן נשאל האם ההסדר הפורמלי שקיים הוא ראוי.

גדר ההפרדה: למה היא נוצרה מבחינת הישראליים? מסיבות ביטחוניות כנראה. משב"ל פלילי יש תמונה ברורה של נירנברג, אבל אחרי זה המשפט קופא, כמעט ואין הליכים במישור הזה בגלל המלחמה הקרה. זה משתנה ומפשיר בתחילת אמצע שנות ה-90. מאז יש בריחה אדירה ונמשכת והמשך של ההתרחבות בהיקף האכיפה של המשב"ל הפלילי. ב-3 מישורים ישנה התרחבות:

1. התגברות השימוש בסמכות אוניברסלית. בתחום הזה יש יותר האטה בשנים האחרונות אבל זה לא מצב של חזרה לאחור, יש הרבה מדינות שמאפשרות העמדה לדין עפ"י סמכות אוניברסלית גם אם המדינה לא קשורה בשום דרך למקרה.
2. מ-2002 מוקם בי"ד פלילי בינ"ל בהאג – נקרא ICC [לא ה-ICJ- עוסק בהליכים משפטיים בין מדינות]. נכון להיום כ-123/4 מדינות מתוך 200 מדינות בעולם חברות בגוף הזה. חברות בגוף הזה משמעותה שלביה"ד יש סמכות להעמיד לדין אנשים שביצעו פשעים בינלאומיים גרעיניים = פשעי מלחמה (הפרות של דיני לחימה – של האדם הספציפי והמדינה), פשעים נגד האנושות ורצח העם. ל-ICC יש סמכות להעמיד מפרים של פשעים בינלאומיים אם בוצעו בשטחה של מדינה חברה או אזרחים של מדינה חברה. לדוג': נכון לפני כמה שנים הפלסטינים הצליחו שיראו בהם כמדינה, ולהצטרף ל-ICC. המשמעות היא שנכון להיום כיוון שמנקודת המבט של הICC [משפט ולא פוליטיקה] הפלסטינים היא מדינה ושטחה היא איו"ש וחבל עזה, מעשים של חיילי צה"ל ביו"ש ועזה נמצאים תחת סמכות השיפוט של ה-ICC.
3. נתיב פחות פורמלי – היום דעת הקהל במדינות המערביות הרבה יותר אכפת לה מבעבר מהפרות של משב"ל פלילי. המשמעות היא שאם פוליטיקאי במדינה כזו רוצה לנהל יחסים עם מדינה אחרת, רוצה שהמדינה שלו תתנהל עם מדינה אחרת, הוא עשוי למצוא לחץ ציבורי הרבה יותר חזק מבעבר אם המדינה האחרת הזו נתפסת כמפרה של המשב"ל. זה לא הנתון היחיד, האירופאים תלויים ברוסים בשביל הגז. [?]

לגבי **בית סוריק** הוא לא רלוונטי ל-ICC, כי הפלסטינים עדיין לא היו חברים ב-ICC באותו שלב.

מה קורה בהקשר של גדר ההפרדה? ישראל בונה אותה, ובמקביל הפלסטינים באמצעות חבריהם באו"ם מעבירים החלטה בעצרת הכללית של האו"ם, שההחלטה הזו היא החלטה שהעצרת הכללית פונה ל-ICJ לחוו"ד משפטית בדבר חוקיות גדר ההפרדה. פורמלית לחוו"ד משפטית כזו אין מעמד. היא לא מחייבת בשום דרך שהיא. אפילו פס"ד של ה-ICJ כאשר 2 המדינות שחלוקות בנושא פונות ל-ICJ, הפס"ד מחייב רק את 2 המדינות, אין עקרון תקדים מחייב במשב"ל. מעמד של חוו"ד כזו בכל זאת הוא מאוד גבוה ומוערך, כי ה-ICJ הוא ביה"ד המוערך בעולם [נזכיר: זה לא ביה"ד הפלילי].

ישראל מודיעה שהיא מחרימה את ההליך שהוא לא לגיטימי בעיניה. אם ישראל היתה מצטרפת בגלל שאין לה שופט ב-ICJ, היא היתה יכולה למנות שופט אד-הוק ולא הפליסטינים שלא ראו בהם מדינה בשלב ההוא. היה דיבור על להביא את שמגר אבל זה לא קרה. יש מקרה אחד שבו ישראל היתה צד להליך ב-ICJ, בהליך מול בולגריה. כאשר אל על פגעה במטוס של בולגריה [משהו כזה], ומינו שופט. ב-ICJ יש הרכב שופטים קבוע והמדינה יכולה להביא שופט נוסף כדי להביא את הפרספקטיבה של המדינה.

ישראל בכל אופן הודיעה שהיא מחרימה את ההליך, החלטה חכמה לדעת המרצה. יש 2 סוגיות שבהן העמדה של ישראל נכון להיום היא עמדה שמאוד לא מקובלת בעולם.

1. השטחים הם כבושים לעניין אמנת האג, ולא אמנת ז'נבה הרביעית.
2. ישראל מתעקשת על כך שההתנחלויות חוקיות, והעולם אומר שלא. העברה של אוכלוסייה שלך לשטח כבוש היא אסורה בז'נבה.

אין שום סיכוי שחוו"ד של ה-ICJ היתה מקבלת את זה. אם ישראל היתה מצטרפת להליך ברמה הפרקטית היתה נותנת גושפנקא יותר חזקה לקביעות של חוו"ד בנושאים האלה. כמובן שחוו"ד לא מקבלת את עמדת ישראל. המרצה מציין שגם הוא היה ממליץ לישראל לא להצטרף להליך.

ישראל חטפה חוו"ד נוראית. נפריד בין קביעות משפטיות לעובדתיות ושורה תחתונה.

קביעות משפטיות ועובדתיות: ראינו כבר שישראל ידעה שתחטוף. יש עמדות שבהן עמדת ישראל יותר משכנעת, יש נק' מסוימות שבהן חוו"ד של ה-ICJ יותר משכנעת. מבחינת קביעות עובדתיות, אין ישראלי שמסוגל לקרוא את חוו"ד ולא להתעצבן. כי אין התייחסות לפיגועי הטרור, וזה תקופה של ראשית שנות ה-2000 ומאות אזרחים נהרגים בפיגועי טרור. למה יש התעלמות? מקורבים ל-ICJ יאמרו שישראל לא היתה שותפה להליך ולא ראו בביה"ד. ישראלים יגידו שהם עוכרי ישראל. המרצה אומר שהאמת היא איפה שהוא באמצע. המרצה אומר שיש שיח של חירשים עד היום.

שורה תחתונה: חוו"ד היתה מאוד לא טובה לישראל. גדר ההפרדה מפרה את עיקרון המידתיות של דיני הלחימה. כלומר, הסבל והפגיעה באוכלוסייה האזרחית שנגרמת מהגדר היא באופן מובהק יותר גדולה מהערך הצבאי או מהיתרון הצבאי שמושג בבניית הגדר. ההשלכה: שזה פשע מלחמה. קביעה כזו מעוררת חשד של פשע מלחמה. זו הסיטואציה שישראל ניצבת בה כאשר יוצאת חוו"ד, יש חשש שאנשים שמעורבים בגדר ההפרדה ייעצרו בעולם, ויש חשש שזה יגרום נזק אדיר לבנות הברית במערב, כי הן מעריכות את ה-ICJ.

במקביל, מתנהלות עתירות כנגד גדר ההפרדה שמגישים תושבים פלסטינים בבג"צ. למרצה יש השערה מה הש' ברק תכנן, הוא תכנן עוד לפני שהוא יספיק להוציא את פסה"ד הראשון המרכזי בנוגע לגדר ההפרדה, לפני שתצא חוו"ד של ה-ICJ. למה זה יעזור?

2 סיבות: יש במשב"ל הפלילי עיקרון השיוריות/משלימות, שאם מדינה אוכפת את הדינים בעצמה באופן טוב הזירה הבינ"ל לא מתערבת. כלומר, ברק קיווה לייצר מסר של שיוריות ["אל תדאגו אנחנו עם היד על הדופק"]. למה ברק הרגיש שיכול לעשות את זה? סיבה שנייה – ברק ספציפית הוא אחד המשפטנים המוערכים כיום בעולם. דוורקין במאמרו האחרון לפני מותו ב-2014, הוא נותן רשימה של משפטנים גדולים, אנשים שהוא מעריץ. האדם היחיד שהוא לא מהמאה ה-17/18 ואירופאי- הוא ברק. בזכות ברק, ביהמ"ש העליון הישראלי בתחום דיני הלחימה הפסיקות שלו זוכים להערכה. הוא יודע שפסיקה שהוא ייתן יקחו אותה ברצינות.

חוו"ד יוצאת שבוע לפני שמוציא את פסה"ד שלו. לכן פסה"ד השני הגדול של בג"צ בעניין גדר ההפרדה הוא פס"ד שהעליון בדיעבד מגיב לחוו"ד. שזה פס"ד בית סוריק.

השאלה היא איך ביהמ"ש מגיב לחוו"ד של ה-ICJ? יש הבדלי גישה מוחלטים בין חשין ז"ל , לברק. למרות שבתוצאה הסכימו ואמרו שיש צורך בתיקונים בגדר ההפרדה. חשין בדעת היחיד כותב שבה הוא נכנס בשופטי ה-ICJ, הוא מפנה לעובדה שהם לא התייחסו להתקפות הטרור, בעצם אומר שנתנו פס"ד בלי שהעובדות היו בפניהם. ולתת פס"ד בלי שהעובדות לפיהם זה שרלטנות, זה לא מקצועיות, זה לא משפט זה משפח. נדמיין שזו דעת הרוב, המסר שהיה יוצא מביהמ"ש העליון זה ששמים קצוץ על ביהמ"ש החשוב בעולם. המרצה אומר שהיה נזק אדיר ליחסים של ישראל והעולם, ובפועל חיזוק הרבה יותר של חוו"ד בזירה הבינלאומית.

מה לעומת זאת עושה ברק? המרצה אומר שעשה מהלך גאוני מבחינת טקטיקה של עורכי דין. הוא אומר שיש המון סוגיות משפטיות, אבל בדרכים שונות הוא משליך את כולם החוצה. לא דן בהרבה סוגיות, אלא השאלה האמיתית היא האם גדר ההפרדה פוגעת בעיקרון המידתיות או לא? בנוסף מציין שיש לו כבוד אדיר ל-ICJ. המרצה מציין שמלבד העבודה שיש צורך לרכך זה נכון שה-ICJ מוערך. המרצה אומר שיש לעורכי דין יש נטייה להגיב לכל הטיעונים שהצד השני טוען. להרחיב את חזית חילוקי הדעות באופן הכי רחב. לפעמים זו טקטיקה רעה וככל שפורסים חזית רחבה יש סיכוי שבחלק מהדברים יוצג הטיעון החלש. אם היה כותב את העמדה של מדינת ישראל והיה מתחיל שיח שעשוי לחזק את העמדה שבניגוד למדינת ישראל. הוא מצמצם את החזית שהיא כרגע הפצצה המתקתקת, הניסיון לפרק את האישום שישראל מבצעת פשע מלחמה.

מה הוא עושה בנוגע לסוגיה של מידתיות? הוא אומר שה-ICJ שופטים מעולים וטובים אבל לא היה להם את העובדות אבל לו יש אותן, ולכן נאלצו להסתכל על הגדר מנק' מבט של ציפור. ולכן מכיוון שיש לו את העובדות הוא יכול לבדוק את הגדר מקרוב. בכל מקרה שבו שברק יגיע למסקנה שהגדר לא מידתית, הוא יקבע שהיא לא חוקית ויורה לצבא לפרקה ולהציבה במקום אחר. הוא יעשה עבודה כ"כ טובה שהם לא ידאגו שהגדר מהווה פשע מלחמה.

באמת בנק' הספציפית הזו הוא פוסל את התוואי. מדינת ישראל שנה לאחר מכן מוציאה מסמך מאוד ארוך ומפורט שבו אחד לאחד היא מבקרת את הקביעות של חוו"ד של ה-ICJ, כדי שלרגע לא יטענו שהיא מסכימה עם הדברים. אבל השורה הכי חשובה באותו מסמך של 300 עמ', שאומרת: לאור פסיקות בג"צ בקשר לגדר ההפרדה, התוואי היום שונה מאוד מאז חוו"ד שנכתבה כך שהיא לא רלוונטית.

נסכם: כמו שאנו רואים יש שוני משמעותי בין טקטיקה של עימות לבין טקטיקת פשרה וכבוד. המחיר של עימות למדינה שהיא לא מעצמה ולא רוצה להיות מדינה מבודדת, עשויים להיות מאוד משמעותיים.

מה קרה הלאה? בבית סוריק היתה מדיניות של העליון תחת ברק, השנים הכי מדממות של האינתיפאדה השנייה והוא מבקר באופן אינטנסיבי את פעילות צה"ל והוא בוחן האם פעילותו עומדת בדיני הלחימה של המשב"ל. פורמלית במרבית פסקי הדין המדינה ניצחה, ובחלקם העליון אמר שיש צורך בשינוי מדיניות. היתה ביקורת מעמיקה אבל עדיין המדינה יכולה להגיד ש-80% מדברים שעשו היו בסדר. הביקורת האינטנסיבית מייצרת הגנה מסוימת בזירה הבינלאומית, הביטוי החזק ביותר להגנה זו היא העובדה שעד היום לא היה ישראלי שנעצר ועמד לדין בהליך של פשעי מלחמה, בין השאר שמערכות המשפט האירופאיות יש להן כבוד למערכת המשפט הישראלית. הביטוי הגדול ביותר הוא המשפט החוקתי הספרדי, הם אמרו שלא יפתחו הליך משפטי בנוגע לשחאדה בספרד, וביהמ"ש החוקתי מורה לסגור את התהליך בגלל שמערכת המשפט הישראלית בדקה את המקרה באופן יסודי.

העמדה בציבור היא שבג"צ מפריע בד"כ לפעולות הצבא. המרצה מציין שהוא פגש במפקדים שמרגישים שידיהם כבולות בגלל פסיקות בג"צ. הביקורת של בג"צ באמת מגנה על ישראל לדעת המרצה, זו לא הגנה מוחלטת אבל חזקה ומספקת לישראל וחיילי צה"ל בזירה הבינלאומית בגלל הביקורת האינטנסיבית. אבל בגלל שהדברים לא מושמעים באופן חזק, ובשנים האחרונות היקף הביקורת של בג"צ קטן. לא היתה ביקורת שיפוטית בצוק איתן לעומת עמוד ענן. היום נהנים מאדים של רפיוטיישן של העבר. ככל שמתרחקים מעידן ברק וביקורת אינטנסיבית האדים האלה ייעלמו ואנו נרגיש גל ביקורת הרבה יותר חזק מהעולם, ושוב המידה שבה המערכת הישראלית שנותנת כבוד למערכת המשפט הבינ"ל.

מעמדו של המשב"ל המנהגי במשפט הישראלי:

אנחנו שייכים למשפחת המדינות עם המורשת האנגלית. זה אומר בגדול שהן לגבי אמנה שאושררה [אפילו אם לא נקלטה לתוך דין ישראלי] והן לגבי משפט מנהגי, קיימת חזקת התאמה פרשנית. כאשר מפרשים דין ישראלי ויש נורמה של המשב"ל שמחייבת את מדינת ישראל, הרי שצריך לעשות כל מאמץ פרשני שאפשר כדי לפרש את הנורמה הישראלית כך שלא תהיה סתירה עם הדין הבינ"ל.

בשאלת הקליטה המעמד של משפט מנהגי ושל אמנה שונה. משפט מנהגי נקלט באופן ישיר בדין הישראלי, ומעמדו הוא כשל דיני המשפט המנהלי המקובל – מעמד של מעל חקיקת משנה ומתחת לחקיקה ראשית. כשיש סתירה בין חוק למשפט מנהגי, החוק גובר. בשונה מחקיקת משנה.

לעומת זאת, לאמנה שישראל חברה בה שלא אומצה לתוך נורמה ישראלית, אין מעמד בדין הישראלי מלבד לעניין חזקה פרשנית. תקנה שסותרת אמנה כזו – התקנה גוברת.

מה לגבי אמנה שכם נקלטה לתוך נורמה ישראלית? מה שמחייב זה הנורמה הישראלית – אם האמנה אומצה לחוק אז החוק מחייב. אם האמנה אומצה לתקנה – התקנה מחייבת [אם חוק יסתור את התקנה- החוק גובר בהתאם לדירוג הנורמטיבי בין חקיקות].

מה הרציונל של הבחנה בין משפט הסכמי לבין משפט מנהגי? שיקול דמוקרטי, החשש מרשות מבצעת שתעשה שימוש באמנות כדי לכבול את הרשות המחוקקת. החשש הזה לא קיים לגבי משפט מנהגי כי לרשות המבצעת אין שליטה על הנורמות של משפט מנהגי. אבל במשפט הסכמי – רוה"מ יכול ללכת למדינה בזירה הבינ"ל, לחתום על אמנה, ואם זה היה גובר על חוק זה היה כובל את הכנסת. יחד עם זאת, בעקבות האופן שבו מיושמת חזקת ההתאמה הפרשנית במשפט הישראלי, מצטמצם הפער במעמד או בהשפעה בין מנהג לבין אמנה שישראל חברה בה אבל לא נקלטה בדין הישראלי. בפועל יש יותר כוח לאמנה שלא נקלטה בדין הישראלי ונראה בהמשך איך. זה הגיוני כיוון שזה מתן כבוד מוגבל לנורמות של המשפט הבינ"ל כמעין מנגנון פשרה.

מה זה אומר שמשפט מנהגי עליון לחקיקת משנה ונקלט בדין הישראלי? זה אומר שלא רק תקנה מתבטלת, אלא שיש סמכויות או זכויות לאנשים או גורמים בישראל שמקור הסמכות/זכות הוא המשפט המנהגי הבינ"ל. אם נפתח את קובץ התקנות לא נמצא קביעה שהנורמה היא חלק מהדין הישראלי, אבל מקורה בדין מנהגי. וזה למשל חסינות דיפלומטית: בגדול ובהפשטה יש עבירות והפרות חוק שדיפלומט יכול לעשות השגרירות של מדינה יכולה לעשות בישראל, ויהיו חסינים מפני הליכים משפטיים בארץ. אסור להם לעשות דברים מסוימים אבל לא יהיה ניתן לפתוח בהליכים נגדם, אלא אם המדינה הרלוונטית ויתרה על חסינות. בד"כ זה לא קורה אלא קוראים לשגריר הביתה. לא נמצא בשום מקום חסינות דיפלומטית. מה מקור הענקת חסינות כזו? המשב"ל המנהגי.

דוג' שבהן סמכויות וזכויות מוענקות לגורמים בישראל מתוקף מעמדו של משפט מנהגי בינ"ל בדין הישראלי:

עבירת הרצח. נניח שמישהו בפעילות מבצעית, ויורה בשטח ישראל בחייל סורי בשטח ישראל. האדם גרם למוות בכוונה תחילה. בחוק העונשין יש הגנה שנקראת הגנת צידוק של ביצוע סמכות שבדין, אם אדם מפר את החוק מתוקף ביצוע סמכות שבדין הרי שלא ביצע עבירה. מה הדין שמעניק סמכות לחייל לירות בחייל סורי וההפך? דיני מלחמה של המשפט הבינ"ל המנהגי. ולכן לא מעמידים לדין את החייל הישראלי ולא הסורי.

ברמה פרקטית כאשר מדובר בדיני הלחימה, בתי המשפט נותנים מעמד ומשקל יותר חזק לדיני הלחימה בשונה למשפט מנהגי אחר.

דוג' נוספת: נוהל שכן. נוהל שאימץ צה"ל שבו מחבל מתבצר בבית, דופקים על דלת השכן שלו ואומרים לו לשכנע אותו להיכנע כאשר הרציונל שזה יקטין את הסיכוי שזה ייגמר במות המחבל. אבל יש עם הנוהל הזה שתי בעיות: הרבה פעמים פער הכוחות בין האזרח לבין הצבא שהשכן לא יכול להגיד לא בא לי. בעיה פרקטית – בד"כ בפועל הנוהל הרבה יותר מתירני מאשר האיסורים התיאורטיים. קיומה של הפרקטיקה בשטח התפוצץ לצה"ל בפרצוף כי היו מקרים שהשכנים נפצעו או נהרגו, והיה קשה לטעון שהנוהל שלו תקין. ולכן בג"צ אמר שיש חשש של הפרת דיני הלחימה, ואומר שיש הפרה של כלל בסיסי וזה עיקרון ההבחנה, לוחמים נלחמים ואזרחים לא. והחייל מערב בלחימה אזרח. ולכן נוהל שכן שנקבע בפקודות צה"ל בוטל, נורמה שמעמדה חקיקת משנה בוטלה עקב סתירה עם הדין המנהגי [ = עיקרון ההבחנה].

שורת פסקי דין – הבדל בדין מנהגי לדין הסכמי לפי דין ישראלי:

**פסקי דין משנת ה-80, פס"ד עפו ופס"ד וואפאעלי:**

פס"ד עפו - ס'49 לאמנת ז''נבה קובע שאסור לגרש אוכלוסייה מקומית מהשטח הכבוש. תקנות ההגנה שזה גם דין ישראלי כי המנדט הבריטי קבע שהוא גם דין מקומי בשטחים. זה דין שהמנדט הבריטי קבע והיום מעמדם הוא של חוק גם בישראל וגם בשטחים. ונקבע שניתן לגרש בנסיבות מסוימות. מדינת ישראל מגרשת קבוצה של מחבלים ללבנון. בא שמגר ואומר: לפי פירוש סעיף 49, לא מתייחס לגירוש של פרטים בודדים אלא לגירוש המוני לאור מלחמת העולם השנייה. בנוסף, גם אם הסעיף אוסר, הרי שהאיסור הוא לא מנהגי, כאשר המשפט המנהגי אוסר גירוש המוני. ולכן הוא אומר כל הדיון הזה לא משנה, כי תקנות ההגנה הן חוק והן גוברות על מנהג וגם על אמנה. הש' בך אומר שלדעתו שמגר טועה בפרשנות של האמנה, משמע האמנה כן אוסרת על גירוש יחידני, אבל זה לא משנה כי הדין המדינתי גובר.

בפס"ד וופאעלי – פס"ד דומה. עוסק בסיטואציה שלוקחים אדם מהשטח הכבוש לכלא ישראלי. האיסור הוא הוצאה של אדם מהשטח הכבוש. וופאעלי קובע אותו דבר על השמה בבתי כלא ישראלים של פלסטינים שביצעו עבירות בשטחים. הפסיקה דומה מאוד למה שקובע שמגר בנוגע לגירוש.

ב-2009 יש עתירה של ארגון "יש דין" כנגד העברה של פלסטינים שביצעו עבירות בשטחים לבתי כלא בישראל. האחריות על אסירים פלסטינים עוברת מצה"ל לשב"ס, וחלק מהעצירים עוברים לתוך הארץ. מה קרה בין שנות ה-80 ל-2009?

* 1. מבחינת ההשקפה הרווחת של המשפט המנהגי, התקבעה הפרשנות הרווחת האיסור הוא גם על גירוש יחידים.
  2. ההשקפה הרווחת שזה פשע מלחמה.
  3. שזה הדין ההסכמי אלא הדין המנהגי.
  4. וגם מעמדו של המשב"ל הפלילי הלך וגבר.

ולכן, לאור השינוי מדינת ישראל הפסיקה לגרש. אבל אסירים כן מזיזים לארץ. מהסיבה שהתנאים יותר טובים. מדינת ישראל פרקטית הפסיקה לעשות את זה, כי הגורמים הרלוונטיים מבינים שהשתנתה הסיטואציה. אבל כן הזיזו אסירים לבתי כלא בישראל, בגלל שהתנאים בבתי כלא בארץ יותר טובים. אם נקרא את פסה"ד של הש' בייניש שהוא זהה ברציו שלו לפס"ד וופאעלי אך בטון שלו שונה לחלוטין. מה הכוונה? בייניש אומרת שהיא לא צריכה להכריע אם איסור העברה של יחידים, וכבר אמרנו בפסיקה קודמת שבין אם זה מנהגי ובין אם זה הסכמי, ואם יש חוק ישראלי הוא גובר. אבל המוזיקה בכללית של פסה"ד – שישראל מחוייבת למשפט המנהגי ומדינת ישראל מחוייבת לאמנות שהיא חתומה עליהן, ואת הנורמות בין הסכמיות למנהגיות של המשב"ל יש לפרש פרשנות תכליתית, והתכלית של איסור העברה היא למנוע פגיעה באנשים המועברים. ופה מכיוון שהתנאים בבתי הכלא הישראלים טובים יותר ומכיוון שאנו נדאג שלא תיפגענה זכויות הביקור של האסירים, אם מפרשים את הנורמה של הפרשנות התכליתית לא נפגע בהם. בגלל שהמשפט המנהגי השתנה חייבים לשדר באותו גל ואי אפשר לומר מה ששמגר אמר בזמנו.

מעמד של דין הסכמי:

אם מסתכלים על פסיקה מקום המדינה, באמת רואים עמדה פורמליסטית מאוד פשוטה: שאומרת אמנה שישראל חברה בה אם לא נקלטה לדין הישראלי בפועל אין לה מעמד. יש חזקה פרשנית כלשהי אבל מעבר לזה אין לה מעמד.

דוג': **פס"ד סמארה** – עוסק בהפסקת האש בין ישראל וירדן, שהעבירו את הקו הירוק חתכו אדמות כפריות של אזרחים משני הצדדים. והסכמי הפסקת אש קובעים הסדרים שכפריים יכולים לעבור מצד אחד לשני לעבד את אדמותיהם.

מדינת ישראל מפרה את ההסכמים האלה ולא מאפשרת לחקלאים לעבד את אדמותיהם. עותרים החקלאים לבג"צ שאומר שאין להם זכות עמידה. ההסכם הזה הוא בין ישראל לירדן, תרצה ירדן והיא תפעל בזירה הבינלאומית כדי לשכנע את ישראל לעמוד במחויבות שלה. המרצה אומר שהיה ברור שהתכלית של ההסכמים היא כן לתת מעמד לחקלאים. אבל בג"צ מאוד פורמליסטי באותה פסיקה.

מאז דברים השתנו, ההלכה היא פורמלית כמו סמארה אבל באמצעות חזקת התאמה פרשנית בתי המשפט נותנים בפועל לדין הבינ"ל השפעה מאוד חזקה גם כאשר מדובר בדין שמקורו באמנה שישראל חברה בה אבל לא נקלטה באופן פורמלי. זה נכון בדיני לחימה ודיני זכויות אדם, בגלל שהזירה הבינלאומית מקפידה על הדברים האלה.

**בג"צ פלונים** – בג"צ קלפי המיקוח עסק בעניין הבא – ס'2 לחוק שעת חירום מעצרים, חוק מעצרים מנהליים קובע, היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון מדינה או הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי להורות על מעצר מנהלי של אדם לתקופה שתצוין בצו ולא תעלה על 6 חודשים. דיני זכויות האדם ודיני לחימה קובעים שניתן להחזיק אזרח במעצר מנהלי רק אם נובעת ממנו מסוכנות אישית, רק אם שחרור שלו יהווה סכנה לביטחון. מדינת ישראל פירשה שנים את טעמי ביטחון המדינה באופן יותר רחב מדרישה של מסוכנות אישית כדי לאפשר להחזיק קלפי מיקוח, לוחמים של הצד השני בשאיפה להחליפם עם חיילי צה"ל שמוחזקים בארגון של הצד השני. מה עושים בסיטואציה הזו? יש לכאורה סתירה בין הפרשנות שנותנת הרשות המבצעת לדין הישראלי לבין הנורמות של המשפט הבינ"ל. בא ביהמ"ש העליון בבג"צ הרגיל ודעת הרוב אומרת שהדין הישראלי גובר. מה אומרת דעת רוב בדיון נוסף? לאור הנורמות של המשפט הבינ"ל חייבים לפרש את חוק מעצרים מנהליים ככזה המאפשר מעצר רק על בסיס מסוכנות אישית. למה פס"ד זה קשור? אין פה שום שינוי, חזקת התאמה פרשנית הובילה להכרעה. ההבדל בין פס"ד ראשון לדיון הנוסף – לכאורה חזקת ההתאמה הפרשנית, יש סיטואציות שברור שהדין הוא איקס וסותר את המשב"ל ובמקרה של חוק הוא יגבר, אבל יש מקרה שהפרשנות של הדין מחייבת להיות תואמת של הדין הבינ"ל.... ההכרעה היא החלטה שלביהמ"ש יש שק"ד. ההבדל בין פס"ד ראשון לשני זה ההבנה של השופטים בבג"צ של השינוי בזירה הבינ"ל, פסיקה אחרת לא תתקבל ותיחשב כמעשה שמפר נורמות של המשפט הבינ"ל. לכאורה אין שינוי אבל בפועל מתן כוח והשפעה חזקה לדין בינ"ל גם אם הוא הסכמי באמצעות החזקה הפרשנית.

דוג' נוספת שממחישה איך באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית כפי שהיא מיושמת היום, חוזק המעמד של נורמות הסכמיות: [נזכיר: חזקת התאמה פרשנית – נורמה ישראלית ונורמה בינ"ל צריך לעשות מאמץ לפרש את הדין הישראלי כך שלא יוביל לסתירה עם הדין הבינ"ל בין שהוא מנהגי או הסכמי].

חזקת ההתאמה הפרשנית לא משפיעה רק על פרשנות – איך נפרש מילה כזו או אחרת בדין?, אלא תשפיע על האופן שבו ביהמ"ש יבחן את סבירות הפעולה המנהלית מקום בו מדובר בסמכות של שיקול דעת. לאמור: החוק בא ואומר רשאי לעשות פקיד X לעשות Y. כאשר סעיף מנוסח כך ברור שהפקיד לא יכול לעשות תמיד Y, רק במקרה ש-Y מעשה סביר.

איך משפיע חזקת ההתאמה הפרשנית על סעיפים כאלה? [המרצה מציין: שהנורמה ההסכמית מוגברת] ב-2 דרכים:

* 1. כיום יהיו מקרים בהם פעולה היתה נחשבת ללא סבירה אבל ביהמ"ש קובע שהיא סבירה, כי בנסיבות היה כדי לעמוד בדרישת הבינ"ל ההסכמי. זה פותח לפקיד מרחב פעולה שלא היה לו קודם.
  2. מקרים הפוכים – לולא קיומה של נורמה בינ"ל ביהמ"ש היה מגיעה למסקנה שהפעולה היא סבירה, אבל פעולה הופכה להיות ללא סבירה כיוון שסותרת נורמה שנמצאת באמנה שישראל חברה בה.

מקרה קיצוני שמתאים סיטואציה מהסוג השני – משהו שמפסיק להיות סביר מהרגע שישראל חתמה על אמנה:

עונש על רצח הוא מאסר עולם חובה. על קטין – בחוק העונשין לביהמ"ש יש שק"ד להחליט האם לתת לקטין מאסר עולם. האמנה לזכויות הילד שישראל חתומה עליה, אבל לא אימצה לדין ישראלי, קובעת שאסור להטיל מאסר עולם על קטינים. הסיפור הזה מגיע לביהמ"ש העליון, ודורנר אומרת שלאור הנורמה של המשפט הבינ"ל כמעט תמיד לא יהיה סביר להטיל מאסר עולם על קטין. סמכות שיועדה להיות בשק"ד והאוריינטציה היתה להחמיר, ושיש אפשרות לתת מאסר עולם, הופכה להיות כזו שאין לביהמ"ש שיקול דעת לקבוע מאסר עולם בגלל המחויבות של ישראל לנורמה הבינלאומית.

נדון בשאלה העקרונית – האם ההסדר שקבוע בדין הישראלי בנוגע למעמדם של אמנות שישראל הצטרפה אליהם אבל לא קלטה אותם בדין ישראלי, האם הוא ראוי?

טיעונים ללמה הוא ראוי שבפועל באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית התחזק מעמד האמנות:

1. טיעון של תיאום אינסטרומנטלי – מדינת ישראל היא חלק מהעולם ורוצים להקטין את סיכויי ההתנגשות בין דין ישראלי לבין דין בינ"ל.
2. טיעון שלטון חוק בינ"ל – ישראל התחייבה, אז נמצא דרך שהיא תעמוד בהתחייבויותיה.
3. טיעון ערכי – שרלוונטי לדיני לחימה וזכויות אדם. מדובר בערכים אוניברסליים ערכיים וראוי שמדינת ישראל תעמוד בהם.

נגד:

1. נתנו חיזוק לרשות המבצעת מול הרשות המחוקקת. כי הכנסת לא מעורבת בהצטרפות לאמנות ולכן ככל שנותנים מעמד לאמנה שלא נקלטה בנורמה ישראלית מחזקים את הרשות המבצעת ומחלישים את הכנסת
2. מאוד קשה לשנות אמנות והרבה פעמים קורה שאם נחזק את חזקת ההתאמה הפרשנית, נחייב את המדינה לנורמות שלא מתאימות למציאות הקיימת. התשובה לכך: אם נחוקק חוק שמפר מפורש את האמנה ואז ביהמ"ש לא יוכל להשתמש בחזקת ההתאמה הפרשנית. תשובת נגד: מאלצים את הכנסת לעשות הפרה באופן גלוי ובוטה, ועדיף לעשות הפרה שלא בצורה כזו. ברגע שנותנים מעמד חזק לאמנות הדרך היחידה היא ע"י חיקוק חוק שסותר את האמנה, וביהמ"ש מכריח את המדינה לעלות על המקפצה.

יש גוף לא פורמלי שנקרא פורום למשפט בינ"ל, הם הוציאו מסמך בנושא שמופיע בסילבוס והוא אומר כך: קודם כל הוא הפנה זרקור לתופעה, בתי המשפט חיזקו את המעמד של האמנות שישראל חתמה עליהם אבל לא קלטה אותם בדין המדינתי. בלי שהיה דיון ציבורי בנושא. הם מעלים את הדיון ומגיעים למסקנה שצריך לערב את הכנסת בהליך אשרור והצטרפות לאמנות. הטיעון החזק ביותר הוא דמוקרטי של הפרדת רשויות- נותנים כוח לרשות המבצעת ומחלישים את הכנסת ובאמצעות ההצעה מחזקים את הכנסת. הבעיה שהרבה פעמים מו"מ על אמנות עדיף שיהיו דיסקרטיות. והמשפט הוא דינמי וככל שמערבים את הכנסת תהיה האטה של תהליכים. נסכם: אין פתרון טוב. כל פתרון יש לו חסרונות ויתרונות מסוימים ושום פתרון לא מושלם. ולא יכולים לבחור בדיעבד פיתרון פר נורמה כי גם על זה לא נסכים.

**2/5/16**

חסינות מדינה ואחריות מדינה - שני דברים שונים לגמרי, ממוקמים בזירות משפטיות שונות לגמרי.

* *חסינות* היא הגנה שמעניק המשפט הבינ"ל למדינה אחת מפני הליכים במוסדות שיפוטיים של מדינה שנייה. כלומר חסינות מסדירה דברים במישורים המדינתי.
* *אחריות* מדינה עוסקת במקרה של מדינה שהפרה נורמה של משפט בינ"ל, מדובר בהטלת אחריות ולא במתן הגנה.
  + - הדמיון בא לידי ביטוי בכך שבשני המקרים מדובר בדברים שמבוצעים ע"י המדינה. השאלה היא מתי פעולה של בן אדם תחשב לפעולה של מדינה ואנו נעסוק גם בזה.

מתי פעולה של בנאדם היא אחריות של מדינה?

**אחריות מדינה**

עוסקת במצב שבו אנחנו צריכים לבדוק האם להגיע למסקנה שמדינה הפרה כלל של המשב"ל? כלומר יש 2 תתי דברים –

* 1. צריך לגלות שהיתה הפרה של דין בינ"ל [באמנה או מנהג] ושניתן לשייכו למדינה.
  2. השלב הבא יהיה לפעול להטיל אחריות על המדינה בזירה הבינ"ל. זה לא להגיש נגדה תביעה בביהמ"ש בתל אביב, יש דין בינלאומי.

כללי אחריות מדינה קבועים במשפט המנהגי ואין אמנה שמעגנת את כללי אחריות המדינה. יכול להיות שבאמנה מסוימת יקבעו אם מפרים נורמות של אמנה זו, ניתן לעשות את הצעדים הבאים.

כללים שייקבעו באמנה יהיו בנוסף לדינים כלליים של אחריות מדינה. מלבד דיני אחריות המדינה יכול להיות שאמנה כזו או אחרת לגבי נורמות הקבועות בה, תקבע עוד סוג נוסף של פרוצדורה [כמו פנייה לבי"ד או עונש]. יש 3 מישורים: הדין המהותי יכול להיות באמנה או מנהג, נורמות של אחריות מדינה – חלות בכל סיטואציה של הפרה ממשפט מנהגי או אמנות, יכול להיות גם שבאמנה ספציפית ייקבע הסדר ספציפי.

למרות שזה דין מנהגי ואין אמנה, יש מסמך שהוצא ע"י הILC [אינטרנשיונל לואו קומישן] מומחים שישבו בתחום ואיגדו במסמך את הכללים. ככלל, יש הסכמה שמה שכתוב במסמך הזה משקף את הדין המנהגי.

אסור לבלבל בין הדברים שהם דיני אחריות מדינה לבין מה שעוסק הדין המהותי [שזה נפרד מאחריות המדינה]. יש נורמות שניתן להפר אותם גם במחדל, איך נדע אם הפרה יכולה להיות במחדל או לא במחדל? צריך לקבוע את הנורמה המהותית. למשל יש נורמה שאומרת שחייבת המדינה למנוע זיהום. ברור שאם לא מנעה, היא ביצעה מחדל והפרה אמנה זו. כדי להחליט מתי הפרה יכולה להיות במחדל – זו שאלה שלא מכריעה בדיני אחריות מדינה אלא הדין המהותי.

היסוד הנפשי של הפרה – למדינה אין יסוד נפשי, אבל יש אחריות קפידה ויש פזיזות ויש סוכנים שפעלו עם כוונה – והדרך לבדוק היא בדין המהותי [כללי המדינה מתלבשים על הדין המהותי]. כנ"ל לגבי האם יש דרישת נזק או אין. למשל כל מיני דיני זיהום- קובעים שהנורמה תופר רק אם יהיה נזק. דיני חסינות דיפלומטית לא צריך שייגרם נזק לשגריר כדי שתהיה הפרת נורמה, למשל.

הדין המהותי שבודקים הוא לא הדין המהותי הנכון להיום, אלא נכון למועד ההפרה. העובדה שמדינה פעלה בהתאם לדין המדינתי שלה משנה לנו? זה שעשית כי הדין המדינתי התיר – זה לא תירוץ, בכפוף לחריגים קטנים שהזכרנו בשיעורים הרלוונטיים. אותו דבר חל גם לא רק לגבי הנורמה המהותית, זה נכון גם לכללים של דיני אחריות בנוגע לחובות של המדינה עקב הפרה. למשל אם הכללים קובעים שהיא צריכה לפצות, והיא לא יכולה כי הדין המדינתי לא מאפשר לטענתה – טיעון זה לא יקבל. יש מקרים של השבה ופיצוי וקשה לטעון טיעון שאסור לה להתנצל.

איך מייחסים משהו למדינה?

* 1. **אזרח של מדינה, אורגן דה-יורה – על פי דין.** [זה המקרה הפשוט]. הדין המדינתי שקבע שאיקס הוא חלק מהמדינה: שר, ראש עיר, פקיד, חייל, שוטר וכו'. [אח"כ נראה סיטואציות שהיא אומרת שגורם מסוים זה לא היא- מה קורה במצב כזה?] חשוב להבין שלא משנה הדרגה, הפקיד או החייל הכי זוטרים יכולים להיות כאלו. כשפועלים בלי סמכות זו סיטואציה אחרת אך כאן זה פעולה בסמכות. למשל: היה סכסוך בין צרפת וניו זילנד – השב"כ תקף את ה-"ריינבואו ווריור" – גרין פיס ניסו למנוע ניסויים גרעיניים של צרפת באוקיינוס, השב"כ הצרפתי השתלט על האונייה הזו, הדגם שלה היה ניו זילנד, והדגל הופך את זה לטריטוריה של המדינה. מה עשו כשתקפו את האונייה? הפרו את הריבונות של ניו זילנד. ראש השב"כ ולא רוה"מ עשו את זה אלא לוחמים פשוטים של הצבא הצרפתי, ועדיין נקבע שלצרפת יש אחריות על פעולותיהם.
  2. **אורגן דה פקטו –** יש מקרים שבהם המדינה מנסה להסתיר שהיא פועלת - מקימה ארגון ק"ש שאותו מממנת, ואנשי ארגון אלה לכאורה לא אנשי המדינה לא באופן רשמי עובדי המדינה. יש כאן שליטה מוחלטת של המדינה באורגן או באדם [לא המבחן! המבחן הוא תלות מוחלטת]. המבחן הוא תלות מוחלטת של האורגן במדינה. המבחן הוא צר ומחמיר והסיבה לכך שהיא השכבות הבאות – גם אם אתה לא אורגן דה פקטו, זה לא אומר שאי אפשר לשייך את מעשיך למדינה. לדוג': ביוגוסלביה מתנהלת מלחמה, בתוך מדינה זו שהתפרקה לכמה מדינות, יש מלחמת אזרחים בין המוסלמים והקרואטים בבוסניה נגד הסרבים של בוסניה. סרביה תומכת בהם [בסרבים מבוסניה – רפאבליק סרביסקה- מדינה משלהם בתוך בוסניה]. הצבא של הרפאבליק מבצע רצח עם, המדינה שנקראת בוסניה שנשלטת ע"י הרוב שזה הקרואטים והמוסלמים, מגישה תביעה ל-ICJ – ביה"ד הבינלאומי, לסרביה. על כך שתמכו במלחמה בסרבים – ברפאבליק סרביסקה. ביה"ד דוחה טענה זו ואומר שנכון שיש קשר קרוב אבל כל המימון והסיוע לא מספיקים כדי להוכיח תלות מוחלטת.
  3. **אורגן שפעל ללא סמכות** – אורגן של המדינה בין אם דה יורה או דה פקטו, אבל הגורם בארגון הזה עכשיו פעל בניגוד לסמכות או בניגוד להוראות מפורשות. למה מבחינים ביניהם? בניגוד לסמכות זה שק"ד, ובניגוד להוראות זה ללא שיקול דעת. מתי בסיטואציה כזו אנחנו נייחס את המעשה למדינה? המבחן הוא מבחן האם פעולה נעשתה במסגרת הכשרות [CAPASITY] של אותו גורם. יש 2 מבחנים לזיהוי כשרות:
     1. מבחן של זיקה מהותית בין הפעולה לבין תפקידו של הגורם. שוטר ישראלי מכניס מכות לשגריר. פעל בחריגה מסמכותו. שימוש בכוח לשם מעצר זה חלק מתפקידו של שוטר ולכן יש קשר בין הפעולה לבין התפקיד של אותו אורגן. אם פקידת סעד מרביצה לשגריר זה לא יתפרש אותו דבר.
     2. מבחן של סמכות נחזית. האם מנקודת המבט של המתבונן מהצד זה נראה כאילו מבוצעת פעולה שלטונית?

צריך לבדוק את שניהם למרות שהם לא בהכרח מצטברים. המגמה בשנים האחרונות הוא דגש על המבחן השני. גם אם הזיקה לתפקיד היא מאוד קטנה כנראה יטילו אחריות על המדינה. למה? מתוך העניין שלא ניתן לצפות מגורמים שלישיים לזהות מתי זה המדינה, עדיף שלמדינה שלה יש שליטה באורגניה תפעל לשלוט בהם.

דוג': אנשי צבא מקסיקנים שהוציאו להורג אזרח צרפתי כי לא היה מוכן לשלם כספים שדרשו ממנו. עשו זאת ברכבים שמדינה נתנה להם, בנשק שנתנה להם, בהסתכלות מהצד זה נראה כמו פעולות המדינה. כל הפרה של הדין ע"י לוחם משויכת למדינה, מהסיבה שהצבא הוא גוף עם משמעת חזקה והנזק במלחמה הוא גדול יותר ורוצים שהמדינה תקפיד על פעולות חייליה. זה סוג של אחריות מוחלטת.

אחריות של מדינה על מעשים של אנשים שהם לא אורגנים לא דה פקטו ולא דה יורה. ברור שזה חריג כי מדינה לא אחראית על פעולות של אנשים כאלו.

1. מקרה ראשון – הדין המהותי קובע חובת מדינה. במקרה של בוסניה חובה על מדינה למנוע רצח עם.
2. מקרה שני – אימוץ במפורש או במשתמע של המעשים. במפורש זה קל – באה המדינה, גורם מוסמך, שאומר שהמעשים הם של המדינה. במשתמע – כמובן יותר מסובך וקשה לזהות. וזה תלוי ממקרה למקרה. מדינה מעודדת את האזרחים שלה לבצע פעולה מסוימת, ובמקרים מסוימים יכול להיחשב אימות במשתמע. הדוגמא שבה זה נפסק זה במקרה של השתלטות הסטודנטים האיראנים על שגרירות ארצות הברית. גם הכללים הבינ"ל לגבי הגנה על שגרירות וגם סעיפים באמנה על ידידות קובעות הגנות. אמנה קובעת שסכסוכים בין אארה"ב ואיראן מתנהלות ב-ICJ ולכן ארה"ב תובעת את איראן. איראן מתנערת מהמעשים ואומרת שזה פעילות של סטודנטים. מראים שבאופן אינטנסיבי ההנהגה עודדה את פעילותיהם לאחר מעשה, ולא עשו דבר כדי לסיים את הפרשה, ולכן זה הביא את ה-ICJ למסקנה שהיה אימוץ במשתמע של איראן של המעשים.
3. מקרה שלישי – מתן הוראה של המדינה. כמו עם פולארד שהוא אדם עצמאי אך פעל בהוראת המדינה והפר דין בינ"ל.
4. מקרה רביעי – המקרה המסובך. יש קרב בין 2 בתי דין וכל אחד ממציא מבחנים עמומים ולא ברורים. זה לא מקרה ברור. פעולה שנעשתה תחת שליטה של המדינה. פעולה של גורם שהוא לא המדינה – אזרח של המדינה, תאגיד, תאגיד זר או אנשים זרים – ופעולה זו בהתאם למבחן כלשהו נקבע שהיא בשליטת המדינה ומפרה את הדין הבינ"ל יש אחריות של המדינה. הסוגיה הזו עלתה הרבה בהקשר צבאי, יש מדינות שמממנות ותומכות ומסייעות מודיעינית ולוגיסטית יחד עם ארגון לא מדינתי. איראן וחיזבאללה למשל. יש מדינה שתומכת ומממנת ומסייעת ולוחמת כתף אל עתף יחד עם אנשי הארגון הזה. זה גם המקרה של סרביה עם הצבא של רפאבליקה סרביסקה.

**איך מזהים שליטה?** במדינה שקוראים אותה ניקרגואה, עלתה מפלגה סוציאליסטית רדיקלית. התקופה היא המלחמה הקרה וארה"ב לא שמחה על ממשלה כזו. היא מממנת ארגון מורדים שנקרא "קונטרה". באותה תקופה ארה"ב הוציאה הצהרה של מדינה בעולם שרוצה לתבוע ב-ICJ מוזמנת ובעקבות המקרה הזה היא ביטלה הצהרה זו. וכל הפנייה ל-ICJ באמנות היא ביטלה. ובעקבות זאת גם ישראל ביטלה מתוך הזדהות. ניקרגואה תובעת את ארה"ב ב-ICJ ואומרת שיש לה אחריות על מעשי ה"קונטרה". ארה"ב טוענת – לא! היא חברה שלהם אבל הם פועלים באופן עצמאי לחלוטין ולכן אין לה אחריות. ביה"ד מאמץ מבחן שדורש שליטה אפקטיבית – מימון, אימון, סיוע, לוגיסטי, מידע מודיעיני, זה לא מספיק. מה שנדרש זה שבפעולות עצמן למדינה יש שליטה אפקטיבית והיא כיוונה אליהן. הפעולות לא יכולות להתקיים ללא המדינה. כי בעצם היא יכלה למנוע פעולות אלה **ובמידה רבה מכוונת אותן**. ולכן ה-ICJ קובע שלא ניתן לשייך את הפעולות של הקונטרה לארה"ב [היו אבל פעולות מסוימות שבוצעו ממש ע"י האמריקאים והיה ניתן לראות שליטה אפקטיבית שבגינם הטילו ה-ICJ אחריות על ארה"ב. מה שצריך להבין את המבחן המצר].

המקרה השני שסיטואציה זו נבחנת הוא המקרה של המלחמה בבוסניה. היחסים בין המדינה סרביה וכוחות הצבא של רפאבליקה סרביסקה. מה היא רמת השליטה הנדרשת? ICTY ביה"ד הפלילי לעניין המלחמה ביוגוסלביה לשעבר... כי זו מדינות שונות. למה הוא נדרש לזה? הכללים שחלים בסכסוך מזוין בין מדינות הם שונים ומחמירים יותר מהכללים שחלים בין סכסוך מזוין שאינו מדינתי. ולכן אם יכולים לשייך פעולות של הצבא של רפאבליקה סרביסקה לסרביה זה סכסוך בין מדינתי, אבל אם לא ניתן לשייך אז זו מלחמת אזרחים. ה-ICTY קובע שהמבחן שקבע ה-ICJ במקרה של ניקרגואה הוא גם שגוי משפטית וגם לא ראוי מבחינה מדינית. מדינות משייכות אחריות למדינות אחרות בגין מעשים של ארגונים מזויינים לא מדינתיים גם כשהקשר יותר רופף ממה שקבע ה-ICJ, והמבחן לא ראוי כי הוא נותן דרך מאוד קלה למדינות להתחמק מאחריות, ויש לו רצון מאוד חזק להגיד שזה סכסוך בין מדינתי כדי שהחיילים לא יתחמקו מאחריות ממעשי הזוועה שעשו. ולכן הוא טוען או פוסק שהמבחן הנכון לזיהוי שליטה מספקת – לא שליטה אפקטיבית, אלא די בשליטה כוללת. נניח שיש סיטואציה שבה המדינה מספקת סיוע וכסף לארגון מזוין שאינו מדינתי, מקרה של מימון ואימון על בטוח לא מספיק.

[במישור הראשון יש את השליטה הכוללת. אחרי זה שליטה אפקטיבית – שם נדרש הכוונה ברמה האופרטיבית של הדברים, על המבצע הספציפי שכיוונו עליו יטילו אחריות. מעל זה יש ארגונים שכל פעולות שלהם נשייך למדינה – ארגונים של תלות מוחלטת. המישור הרביעי – זה אורגן דה פקטו.].

אז מה זה אותה שליטה כוללת? סיוע ומימון לא מספיק כאמור – צריך להיות מעורב בפעילות האופרטיבית של הארגון, בנוסף לסיוע ולמימון וכו', צריכה להיות **מעורבות בפעילות האופרטיבית.** ההבדל בין ה-ICJ היא האם היא מכוונת את המבצע לבין מעורבות שהיא יותר נמוכה – היא מעורבת אבל לא הגורם המכוון, הדברים נעשים בדיאלוג ומי שמכוון הוא הגורם השני. יש פחות היררכיה ברורה ביחסים.

כולם חיכו לראות מה יעשה ה-ICJ בעקבות סיטואציה שתגיע אל שולחנו. היו שאמרו שיעמיד את ביה"ד הפלילי במקום ויש שאמרו שיישר קו איתו. המקרה שהגיע ל-ICJ הוא אותו מקרה – יחסי סרביה לצבא רפאבליקה סרביסקה. וה-ICJ מתייחס לכך כמו לטינאייג'ר מתפרע – יכול להיות שהמבחן שקובע ה-ICTY אומר שזה נוגע לסכסוך מזוין, כלומר מבחן אחר למקרה שונה, בתחום של שיוך אחריות למדינה מבחן ה-ICJ קובע בניקרגואה.

השלכות ותוצאות ההפרה:

* 1. ההפרה לא משפיעה על המשך קיומה של החובה. זה לא שהנורמה מפסיקה להתקיים בגלל הפרתה.
  2. ברגע שמדינה מפרה – דבר ראשון היא צריכה להפסיק להפר ולהבטיח שלא תעשה זאת שוב.
  3. יש עליה חובה לבצע פעולות שיתקנו את המצב. המונח באנגלית הוא "רפריישן". יש 3 סוגים של פעולות שנחשבים ל – "רפריישן" – לא ברור שהיא תצליח לעשות את שלושתן, אולי רק אחד או שניים. זה תלוי בסוג הנורמה שהופרה ובמה נקבע במקרה הספציפי. רוב הדברים נגמרים במו"מ בין המדינות.
     1. השבה, שזה מתאפשר. השבה פיזית לא תמיד אפשרית. בנוסף, השבה לא תהיה מחייבת ממקום שהנזק שייגרם מההשבה הוא מחוץ לכל פרופורציה לתועלת שתופק מההשבה. למשל מדינה זיהמה בים ועכשיו צריכה לסנן את כל המים בים – ברור שהעלות לא פרופורציונלית לתועלת.
     2. פיצויים. הפיצויים הם על נזק שנגרם, במקרים המתאימים אלו פיצויים על אובדן רווחים אבל אין פיצויים עונשיים במשפט הבינ"ל.
     3. סטיספקשיין. המדינה מודה שהפרה ומתנצלת. למשל המרמרה – ישראל הודתה שהפרה את הדין הבינ"ל כדי לשמור על היחסים עם הטורקים. מדינת ישראל השיבה את האונייה לטורקים. היתה התנצלות. נסגר שגם יהיו 20 מיליון של פיצויים.

מה הן תוצאות ההפרה במישור המעשי? איך מביאים לכך שמדינה תפסיק להפר?

* בעולם אידיאלי פונים לאו"ם ומוציאים החלטה מכוח פרק 7 ומודיעים שאם המדינה לא מפסיקה יוטלו סנקציות עליה ע"י כל העולם. גם בהחלטות מכוח פרק 7 משפטית ראוי שלא יצאו בכלל מקרה אלא במקרים המאיימים על השלום והיציבות העולמית. פרקטית, גם לא ניתן להעביר החלטות כאלה כי ניתן להטיל וטו, וגם החברות הטובות שלהן לא יצליחו להעביר נגדן החלטות כאלה. זה יקרה רק במקרים מועטים.
* אופציה שנייה שתקרה, זה אם בסוגיה הספציפית נקבע מנגנון מיוחד. למשל באירופה אם מדינה מפרה את זכויות האדם, בכל אחד מהמקרים האלה ביה"ד שנקבע דן בכך. הכלל הוא שמי שיכולה לפעול במקרה של הפרה זה המדינה הנפגעת. במקרים של "אל נורמוס" – כל המדינות נפגעות.
* מקרה כללי – המדינה הפרטנית היא שפועלת והצעדים שעושה זה "קאונטר מז'רס" – פעולות שמטרתן להפסיק את ההפרה. הפרה נגדית – המדינה אומרת כל עוד לא מפסיקים את ההפרה היא מפרה התחייבות בינאלומית כלפיה. זה לא צריך להיות באותו תחום כי אם זה היה כך ה היה מגדיל את פערי הכוחות ומקשה על ההפרה. טורקיה שהחליטה שישראל הפרה את הדין בינ"ל ביטלה את כל ההסכמים הביטחוניים עם ישראל, כל עוד ישראל לא מפסיקה את ההפרה. מה הם התנאים ל"קאונטר מז'רס"?
  1. הצדדים יכולים להינקט נגד המדינה עצמה.
  2. המטרה היא לא עונשית אלא לדרבן את המדינה המפרה לחזור לקיים התחייבויותיה.
  3. אלו צריכים להיות צעדים זמניים, כלומר: צעדים שהם לא בלתי הפיכים, וצריכים להפסיק ברגע שהמדינה חוזרת בה מהפרתה.
  4. לא יכולים להיות בדרך של שימוש בכוח. זאת בלבד מקרים בהם הפרת המדינה היתה כזו שמצדיקה הגנה עצמית.
  5. לא יכולים לפגוע בזכויות אדם.
  6. לא יכולים להפר את האיסורים שקבועים בדיני הלחימה בנוגע לפעולות תגמול. נסביר: דיני "קאונטר מז'רס" בהקשר לפעולות לחימתיות, שם ההסדר לא נקרא כך אלא נקרא פעולות תגמול. דיני הלחימה מגבילים את האפשרות שמדינה תפעיל פעולות תגמול. למשל אסור להפעיל פעולות תגבול כנגד שבויי מלחמה או אוכלוסייה בשטח כבוש. מה זה פעולת תגמול? למשל הצד השני השתמש בנשק שהוא לא חוקי. המדינה הנגדית יכולה להשתמש בנשק כימי, אבל אסור שההפרה תהיה הפרה שפוגעת באוכלוסייה שאסור לפגוע בה שהם: שבויים, אזרחים בשטח כבוש ואזרחים באופן כללי.
  7. קאונטר מז'רס לא יכולים כאלה שפוגעים בנורמת שהם "יוס קוגנס" – דין קוגנטי. כמו עבדות, רצח עם אפרטהייד וכו'.
  8. לא יכולים להיות כאלה שעלולים לקטוע הליך של מנגנון שנועד לאפשר את יישוב הסכסוך בדרכי שלום. למשל יש אמנה והיא קובעת ואם יש הפרה היא תשלח וועדת מומחים שתקבע אם היתה הפרה, ועכשיו המדינה עושה פעולות שימנעו מהוועדה להגיע.
  9. הקאונטר מז'רס – הנזק שייגרם ממנו צריך להיות פרופורציונלי לנזק מההפרה המקורית.

**חסינות מדינה:**

חסינות מדינה היא כללים של המשב"ל המגנים על מדינה בתוך מערכת משפטית של מדינה אחרת. למה רוצים להגן על מדינה וגורמיה מפני הליכים כאלה?

1. סיבה עקרונית – שוויון בין מדינות. כל המדינות שוות במעמדן. לכן לא רוצים שמדינה אחת תכריז עליונות על מדינה אחרת.
2. סיבה פרקטית – אם לא נקבע חסינויות כאלו, זה עשוי לערער את היציבות של המערכת הבינלאומית.

מנגד, השיקול הנגדי הוא שיש אזרחים של מדינה שעשויים להיפגע, ולא יהיה אפשרות לסעד שהיא מאוד קשה [יש פרוצדורה במשב"ל שזו הגנה דיפלומטית ונדבר עליה בהמשך אם יהיה זמן].

חסינויות מדינה נחלקות ל-2 קטגוריות"

1. חסינות ריבון – חסינות שלה זוכה המדינה עצמה. זו חסינות בהליכים אזרחיים ולא פליליים – כי מדינה לא יכולה להיות אשמה בפלילי.
2. חסינות שזכאים להם גורמים מסוימים של המדינה – הדוגמא המפורסמת ביותר היא חסינות דיפלומטית, חסינות קונסולרית, חסינות ראשי מדינה, חסינות משלחות דיפלומטיות, חסינות צבא מבקרים. לגבי סוג זה חשוב להבהיר שהכללים שלהם שונים מסוג חסינות אחת לאחרת. חסינות כוחות מבקרים הם לא הכללים של חסינות דיפלומטית. כל אחת מהן מסיבות לפעמים היסטוריות [אפילו ללא הגיון] יש להם כללים משלהם.

העיקרון שמנחה את החסינות של המדינה, חסינות הריבון, צריך לתבוע מדינה בביהמ"ש שלה. מתוך רעיון של כיבוד הריבונות שלה. לכן בעבר החסינות היתה מוחלטת ולא היה ניתן לתבוע בדין מדינתי של מדינה מסוימת מדינות אחרות. ולכן בעשורים האחרונים, מתחילה להצטמצם החסינות מתוך רעיון להגביל את החסינות רק לפעולות שהן שלטוניות באופיין. מה זה שלטוניות באופיין? הדין המנהגי בנושא הוא עמום. מדינות קבעו דין בנושא כדי להסביר מה הדין המדינתי בתחום.

במדינת ישראל זה נעשה בשנת 2008, זה נעשה אחרי נזיפה מאוד רצינית שקיבלו מביהמ"ש העליון בשנת 2007. לא ברור מה זה ההגבלה לפעילות שלטונית ויש ויכוח בין 2 מבחנים:

1. טיב הפעולה – מבחן צורני אובייקטיבי האם זה נראה כמו פעולות שרק שלטון יכול לבצע? או זה פעולות שאדם פרטי יכול לעשות?
2. מטרת הפעולה – האם מטרת הפעולה היא לממש מטרה שלטונית או לא?

**פס"ד קנדה נ' אדלסון** – שגרירות קנדה שוכרת מבנה למגורי שגריר בהרצליה, ויש ויכוח בין קנדה לבין הבעלים של המבנה לבין אופציית הארכת חוזה. השגריר רצה להמשיך להתגורר בבית. קנדה לא נכנסת לדיון על החוזה, ואומרת שאין לביהמ"ש הישראלי סמכות בכלל לדון. אם זה מבחן של מטרת הפעולה – ברור שזו פעולה שלטונית, שכרו מבנה כדי שהשגריר יבצע תפקידו והוא פונקציונר שלטוני. לעומת זאת, אם המבחן הוא מבחן טיב הפעולה ולא מטרת הפעולה, טיב הפעולה זה חוזה שכירות של נכס. בא ברק שאומר שיש דעות לכאן או לכאן במשב"ל אבל ראוי ללכת עם מבחן טיב הפעולה כדי למנוע פגיעה בזכויות של אנשים, ולכן קנדה לא זוכה לחסינות במקרה הזה.

**חוק חסינות מדינות התשס"ט** - קובע בס'3 – תביעה שעילתה עסקה מסחרית תהיה חסינות רק אם טיב הפעולה הוא שלטוני. החוק בנוי בכך שבס'2 למדינה יש חסינות ומרבית החוק זה פירוט של סייגים.

החוק קובע **בסעיף 2** שלמדינה זרה יש חסינות מפני סמכות השיפוט – אך קובע לכך סייגים

.**סעיף 3 לחוק:** אין חסינות ב**תביעה שעילתה עסקה מסחרית-מאמץ את המבחן של ברק בנוגע לטיב הפעולה.** **חריג הנזיקין:**סעיף 5 לחוק (שמשקף לפי השופט את המשפט המנהגי) חל על: עוולה –(1) שנעשתה בישראל+ (2) שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי. לגבי חריג זה אין (כנראה) הבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה מסחרית. לא תהיה אחריות רק אם מדובר בפעולה מלחמתית.

כן נקבע שאין חסינות בתביעות מהסוגים הבאים (סעיפים דומים יש באמנה):

סעיף 4 –חוזה עבודה עם עובד שהוא אזרח או תושב ישראלי ונכרת בשטח ישראל או אמור להתבצע בה.

סעיף 6 – תביעות הקשורות לנכסי מקרקעין הנמצאים בישראל.

סעיף 7 – תביעות הנוגעות לקניין רוחני.

סעיף 8 – תביעות חפציות נגד אניה או מטענה.

הוצאה לפועל: בנוגע להוצאה לפועל יש למדינות חסינות רבה יותר; אך גם זו חסינות מוגבלת. בחריגים מסויימים 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.

ויתור על חסינות: מדינה יכולה, כמובן, לוותר על חסינותה ולהסכים לשיפוט על ידי המדינה האחרת מפרושות או בהנהגות-למשל, התיצבות בבית המשפט והתחלה של ניהול הליך. בישראל זה בא לידי ביטוי בס' 9 ו-10 לחוק.

09/05/16

**מהי מדינה?**

היום נעסוק במדינה. נדבר, בשלב הראשון, למה טוב להיות מדינה במשפט הבינ"ל ומה ההשלכות להיות בסטטוס של מדינה. נדבר על תנאים לזיהוי מדינה, מה האלמנטים שצריכים להתקיים? נדון בנסיבות מסוימות שבהן יש הקלה או החמרה עם התנאים. ואז נדבר על הרשות הפלסטינית.

דברים השתנו לרעתנו במישור המשפטי, חוו"ד לא יותר אופטימי לדעת המרצה. הוא יציג גם את הטענות החזקות והחלשות של 2 הצדדים.

המדינה היא השחקן המרכזי בזירה הבינלאומית. היתרון בלהיות מדינה – יש עיקרון של שוויון בין מדינה. דין סן מוריץ כדין סין. יש גם עיקרון של חופש פעולה למדינות שנקרא "כלל לוטוס" על שם פס"ד משנות ה-20 שביטא אותו, והוא קובע באופן מאוד דומה לעיקרון החוקיות במשפט המדינתי, שמדינה רשאית לעשות כל שעולה על רוחה כל עוד הדבר לא נאסר במפורש ע"י המשפט הבינלאומי. חשוב להדגיש שהמשב"ל אוסר הרבה דברים ויש תחומים מסוימים שעיקרון זה לא חל, מדינה לא רשאית לעשות כל שרוצה בדיני לחימה, למשל.

יש עיקרון של אי התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה, אך עם דיני זכויות האדם הוא לא מוחלט אבל יש לו משמעו ומשקל. בנוסף, למדינות המשב"ל מעניק חסינויות שונות [ולנציגיהם]. חסינות ריבון, חסינויות דיפלומטיות, והן מצמצמות את ההיחשפות לתביעה במערכות משפט מדינתיות.

לפי **אמנת "מונטוידאו"** - תנאים לכך שמדובר במדינה:

* + - 1. תנאי ראשון זה קיומה של אוכלוסייה קבועה. לגבי התנאי הזה היא לא דקדקנית, כמו למשל הותיקן, שהאוכלוסייה שלו מורכבת מכמרים שמגיעים מגיל צעיר.
      2. תנאי שני זה טריטוריה. יש דרישה שטריטוריה תהיה רציפה? לא. גם בדרישה זו במועד ההקמה לא מחמירים עם מדינה. גם מדינת ישראל כשהקימה מדינה ב-48 לא שלטה בנגב וב-60% מהשטח של המדינה.
      3. תנאי שלישי זה שלטון. גורם ממשלתי שיכול להיות ריבון על האוכלוסייה בשטח. גם כאן במועד ההקמה לא מחמירים כי מודעים לכך שמדינות קמות מתוך מלחמה ומידת השליטה מעורערת. למשל לטביה שהכריזה על עצמאות והרוסים ששלטו ב-50% מהשטח שלה. מרגע שמדינה מתקיימת היא ממשיכה להתקיים גם את השלטון מתפרק – כמו לבנון בשנות ה-80 שהתפרקה והיתה בה מלחמת אזרחים. כמו סוריה כיום.
      4. התנאי הרביעי הוא עצמאות שזה היכולת לנהל יחסים דיפלומטיים. גם כאן במועד ההקמה ולפעמים לאחר מכן יש גבול למידת ההחמרה. למשל יש מדינה שנקראת ייקוק שקיבלה עצמאות מניו זילנד, ובהסכם נקבע שלא תהיה מיוצגת באו"ם וניו זילנד תייצג אותה (או משהו כזה).

האם בנוסף לתנאים נדרש שרוב המדינות בעולם יכירו בקיומה של המדינה הזו?

התשובה היא כן ולא. בעבר היו 2 גישות –

**גישה קונסטיטוטיבית** שאומרת שהכרה היא עניין קונסטיטוטיבי כלומר בלי הכרה אין מדינה. הבעייתיות בעמדה זו היא שהרבה פעמים אנחנו במצב ביניים ולא ברור מה לעשות. מה קורה כש-100 מדינות מכירות באותה מדינה? האם הרוב מספיק? מה הקריטריונים לכך?

בנוסף, זה יוצר מצב שאנחנו לפעמים מתעלמים ממציאות. יש מדינה שיש לה שלטון ומנהלת את תושביה ואנחנו נתעלם ממנה משיקולים פוליטיים? יותר מכך וזו סיבה היסטורית – במאה ה-19 יש מהפכות דמוקרטיות באירופה, המלכים עדיין שולטים במוסדות הבינ"ל והם מודיעים שלא יכירו בשלטון שנוצר במהפכה. כתגובה לכך אומרים שמדינה היא ביטוי של רצונות של עם מסוים.

ג**ישה דקלרטיבית** - כל מה שעושה הכרה זה להכיר במציאות קיימת וב-4 התנאים, אבל זה לא אומר שלהכרה אין משמעות. משמעויות של הכרה:

* 1. משמעות אחת של הכרה היא מידת הדקדקנות שבה נבחן את תנאי מונטוידאו. כמו שראינו במועד הכרזת העצמאות הרבה מאוד מדינות לא עונות ב-100 אחוז על תנאים אלו. ככל שהכרה היא יותר רחבה ככה נהיה יותר סלחנים עם העמידה בתנאי מונטוידאו.
  2. הכרה במדינה בד"כ תביא לידי הבעת עמדה מצד מדינות אלה בנודע לגבולות המדינה. במקרה של ישראל הכירו בקיומה אבל אמרו שלא מביעות עמדה לגבי הגבולות שלה. אבל אם זה לא המצב וחלק נכבד מהמדינות מכיר בגבולות מסוימים יש לכך השפעה, כמו במקרה הבא: קוסובו היתה חבל בתוך סרביה ומרבית העולם הכירה בקוסובו כמדינה. השלטון הקוסוברי לא שלט בצפון קוסובו ומי ששלט שם זה הסרבים. מרגע שמרבית העולם מכיר בקוסובו בגבולות מסוימים הרי שהעמדה המקובלת הפכה להיות שצפון קוסובו נמצא תחת כיבוש.
  3. הכרה היא פתח ליצירת פוטנציאל ליצירת יחסים דיפלומטיים.
  4. השלכה נוספת זו האפשרות להצטרף לארגונים בינ"ל שאליהם נדרשת הסכמה למדינות שחברות בארגון. ברור שאם מדינות לא מכירות במדינה מסוימת כמדינה לא יאפשרו לה להצטרף לארגון.
  5. מבחינת המדינות המכירות, להכרה יש השלכות משמעותיות נוספות. אם לא מכירים במדינה ברור שלא ניתן לגורמיו חסינות ריבון. או לשגריר חסינות דיפלומטית.

נדבר על תנאים שבקיומם מחמירים או מקלים עם תנאי "מונטוידאו". נתחיל ב-3 מקרים שגם אם תנאי מונטוידאו מתקיימים לא תקום מדינה.

1. כאשר הקמת המדינה נעשתה תוך ביצוע רצח עם, טיהור אתני, או פשעים נגד האנושות (המשותף לכולם - מעשי טבח נגד אוכלוסייה).
2. כאשר המדינה הוקמה בדרך של מעשה כיבוש לא חוקי. טורקיה נכנסת לשם תוך הפרת משפט בינ"ל וכובשת את צפון קפריסין, ומעניקה אותו לטורקים הקפריסאים המקומיים.
3. קביעת טריטוריה. מדינות אפרטהייד. מקרה: מדינות (בנטוסטאנים) שקבעה דרום אפריקה כדי שהפועלים השחורים יגורו בה אבל יגיעו לעבוד בדרום אפריקה כדי להקטין את אחוז האוכלוסייה השחורה בדרום אפריקה. העולם לא הכיר בזה. כשמדינה קמה כדי לשרת שלטון אפרטהייד לא יכירו בה כמדינה.

נדבר על תנאים שיגרמו לנו להיות יותר סלחניים לגבי כללי "מונטוידאו":

1. **עיקרון ההגדרה העצמית.** עיקרון זה מתפתח במובנו המודרני במאה ה-19, התקופה בה הציונות מתפתחת. והוא הופך להיות עיקרון שמשפיע על הקמת מדינות. במלמת העולם הראשונה מתפרקות 3 אימפריות גדולות – העותמאנית, ההונגרית ומאפשרים לעמים שקמו תחתיהם להקים מדינות על בסיס הגדרה עצמית. הקפיצה הבאה היא אחרי מלחמת העולם השנייה – עיקרון ההגדרה העצמית מוכר כעיקרון יסוד באו"ם, והעיקרון הזה הוא "ארגה אורנוס". הפרה שלו היא הפרה כלפי כל מדינות העולם. בעקבות זאת יש תהליך שבו המדינות נסוגות מהקולוניות שהחזיקו בעולם. גם היו יש כ-6 מיליון איש שחיים תחת קולוניות אך מרבית המדינות זכו לעצמאות בשנות ה-50-70.

מה היא הקבוצה שזכאית להגדרה עצמית? מדובר בקבוצה בעלת מאפיינים תרבותיים משותפים, ובד"כ מה שעושים בודקים איך הקבוצה תופסת את עצמה. האם עיקרון ההגדרה העצמית אומר שכל עם זכאי למדינה? השיקול הנגדי לתת שלטון למדינה זה שיקול היציבות. התשובה היא מורכבת. השאיפה ליציבות מתבטאת ב-2 עקרונות משפטיים שקיימים במשב"ל:

* 1. עיקרון השלמות הטריטוריאלית – ככלל נכיר במדינה בתוך גבולותיה.
  2. עיקרון UTI POSSIDETIS "אוטפוסידס"– עיקרון שאומר שיש לעקוב אחרי הגבולות הקיימים.

בין שלושת העקרונות האלה מאזנים. יש מקרים שבהם הסתירה בין עקרונות אלה קטנה ובהנחה שמדינה מוקמת מסיבות של הגדרה עצמית נטה להכיר בה ולראות בה כמדינה ולהיות סלחנים עם תנאי מונטוידאו. מה הסיטואציה בה זה יקרה? המכלול של סיטואציות שבהם יש טריטוריה ללא דורש וריבון קודם. בעולם יש 2 סיטואציות מרכזיות בהן יש טריטוריה ללא ריבון קודם:

* + 1. כאשר שלטון קולוניאליסטי פורש משלטון בו היה כובש.
    2. מדינה בו פדרציה מתפרקת.

בשני המקרים האלה המדינה שתוכר גבולותיה יהיה בהתאם לעיקרון האוטפוסיטדיס ולא נפרק פי הקבוצות האתניות שלה – כי זה יגיד ההר הזה שלי וזה יגיד ההר הזה שלי ואז תהיה מלחמת אזרחים.

דוגמא אחת: מזרח טימור. היתה קולוניה פורטוגזית שישבה על חצי מאי שהחצי השני שלו נשלט ע"י אינדונזיה. כאשר פורטוגל נסוגה ממזרח טימור ב-1995 נכנס הצבא האינדונזי וכובש את מזרח טימור. מאותו רגע מופעל לחץ בינ"ל על אינדונזיה לפנות את השטח וב-2002 היא מפנה את השטח, ומוכרת מדינת מזרח טימור העצמאית שקיימת היום, כאשר הסיבה שהיו מוכנים לראות במדינה זו מדינה עצמאית זה עיקרון ההגדרה העצמית. הקבוצה במזרח תימור שונה אתנית.

דוגמא שנייה: ברית המועצות. כשברית המועצות מתפרקת מי מקבלות עצמאות? הסטייטים של הפדרציה. שזה אומר שכל מיני איזורים סמי אוטונומיים בתוך הסטייטים האלה, לא זכו לעצמאות, בגלל שהלכו לפי עיקרון האוטפוסידיס. מכירים בפדרציות בתוך הגבולות של הקבוצות שהיו בתוך הפדרציה המתפרקת.

מה קורה אם מיעוט רוצה להיפרד? יש 2 עמדות לגבי מתי מיעוט יכול לעשות את זה:

**1.** עמדה אחת הובעה ע"י ביהמ"ש העליון הקנדי. למה נאלץ להתעסק עם זה? כי 30% מקנדה היא קויבק. בקויבק יש את הפרנקופונים והם בשנת 98 עושים משאל עם מתוך מטרה להשיג עצמאות. ברמה שהכינו שטרות משלהם ושלחו מכתבים לכל החיילים בצפון קנדה, ואמרו שאם משאל העם יצליח הם חיילים בצבא קויבק. משאל העם לא הצליח ב50.6 מול 49.4.

ביהמ"ש העליון הקנדי קובע שמה שהקיבקים עשו לא היה חוקי. ככלל, בגלל העיקרון של השלמות הטריטוריאלית, כדי להיפרד, צריך לעשות לא רק משאל עם בחלק של להיפרד אלא לדרוש את הסכמת כולם. כי יכול להיות שהשלטון המרכזי, הפרלמנט, יסכים. זה מה שקרה בסקוטלנד, הודיעה ממלכת בריטניה שהם נורא רוצים שהסקוטים יישארו אבל אם יחליטו ללכת לדרכם הם יאפשרו להם לעשות את זה, וזה מועבר בפרלמנט בבריטניה. באיזור שרוצה להיפרד לעשות משאל עם ובנוסף צריך את הסכמת השלטון הכללי – במשאל עם או בפרלמנט. יש צורך ב-2 הסכמות: באוכלוסייה שרוצה להיפרד וגם של כולם.

ביהמ"ש העליון הקנדי קובע חריג והוא: שכאשר מדובר במיעוט שבאופן עקבי לא זוכה לממש את זכויותיו במסגרת מדינת הרוב, הרי שמיעוט שכזה יהיה זכאי לפרוש גם בלי לשאול את הרוב.

**2.** גישה שנייה – מעשה במדינה שנקראה יוגוסלביה [איחוד העמים הסלביים הדרומיים] – בפדרציה היו כמה סטייטים [מדינות] כגון סלובניה, קרואטיה, בוסניה, מקדוניה וכו'. עכשיו בסרביה היה חבל ארץ סמי אוטונומיים שיושבת בו קבוצה אתנית אחרת שקשורה במידה רבה לעם האלבני. סרביה שהיתה בקטליזטור להרבה מלחמות שם. כאשר יוגוסלביה מתפרקת הסטייטים שלה הופכות למדינות, סרביה הופכת למדינה כמו שאר הסטייטים וקוסובו לא הופכת למדינה עצמאית שהיא סמי אוטונומיה בתוך סרביה. השלטון של סרביה מתעלל בקוסוברים – מעיף אותם מעבודתם ומגוריהם מה שהוביל למרד של קוסוברים. השלטון של סרביה היה אחראי לרצח עם. נשלח כוח צבאי ע"י האו"ם שבעצם כובש את קוסובו או את מרביתה מידי הסרבים בשנת 98, ומועברת החלטת מועצת ביטחון שקובעת שמעמדה של קוסובו ייקבע במשא ומתן בין הסרבים לקוסוברים. ועוד מזכירה החלטה – את הצורך לכבד את השלמות הטריטוריאלית של סרביה.

המו"מ לא מגיע להחלטה, ב-2007 האיחוד האירופי מודיע שראוי להעניק עצמאות לקוסובו ושנה אחר כך הקוסוברים מבינים את הרמז שניתן להם, ומכריזים עצמאות. בעקבות זה 72 מדינות בעולם מכירות בקוסובו כמדינה. כבר אמרנו שיש הרבה מדינות בעולם שאומרות שכל סכסוך נגדי יכול להגיע ל-ICJ. מה שעושה סרביה בשלב הזה זה תובעת את מדינות אירופה על כך שהכירו בקוסובו כמדינה ובכך קבעו בעיקרון השלמות הטריטוריאלית של סרביה והפרו את החלטת מועצת הביטחון. מה עושה ה-ICJ? בשונה מביהמ"ש העליון בקנדה הוא אומר שלמיעוט אין חובה לשמור על עיקרון השלמות הטריטוריאלית, בניגוד לביהמ"ש העליון הקנדי שאמר שצריך לשמור על כך ולקבל הסכמה של השלטון הכללי כשמיעוט רוצה להיפרד. ה-ICJ לא מסכים עם זה ואומר שמדינות קמו בכל מיני דרכים מה שמשנה זה לראות אח"כ אם קמה מדינה או לא קמה מדינה, בוחנים את תנאי מונטוידאו בדיעבד. [להבנתי!!] המיעוט לא מדינה ולכן לא מתקיים עליו התנאי של עיקרון השלמות הטריטוריאלית [לכבד אותו כאילו]. ההחלטה קבעה שהצדדים ינהלו מו"מ ויגיעו לתוצאה ובפועל המו"מ הגיע למבוי סתום, ולא יכול להיות שהמבוי הסתום גורם לצד לנצח. ההחלטה של ה-ICJ מפתיעה כי היה אופצייה יותר ברורה וללכת על החריג של ביהמ"ש הקנדי – מיעוט מקופח שלא זוכה לזכויותיו זכאי לעצמאות, למה לא הלך על זה? לא יודע. לבחינה – יש 2 דעות לכתוב את שניהם.

האם הפלסטינים הם מדינה? הקייס של מדינת ישראל נחלש לדעת המרצה בשנים האחרונות.

נציג למה הפלסטינים הם מדינה, מה החולשה שלהם, ולמה מצב מדינת ישראל רע.

1. הפלסטינים מכריזים מדינה ב-1988, וכמה מדינות מכירות בהן. אין להם שליטה בטריטוריה, אין קשרי חוץ, אוכלוסייה שלהם ואן דבר.

2. הכרזת עצמאות ב-2011 – הרש"פ מכריזה שמעתה והלאה היא לא עוד רשות אלא מדינה פלסטינית. אוכלוסייה יש, טריטוריה – אנחנו שולטים בחלק, רש"פ בחלק, חמאס בחלק. צריך שתהיה להם שליטה מלאה בטריטוריה אך מאידך הם יטענו שזה מספיק כי התנאים גמישים. מה משחק לטובתם? הם טוענים לעצמאות על בסיס עיקרון ההגדרה העצמית, וגם במקרים אחרים מדינות במועד ההכרזה לא שלטו בכל הטריטוריה. יחסי חוץ? יש, ויש שגרירויות, משהו כמו 142 מדינות בעולם בפלסטין כמדינה. לפי הסכמי אוסלו התחייבו לא לקיים יחסי חוץ. שלטון אפקטיבי – בחלק במידה מסוימת אבל יש במידה משמעותית.

ברור שיועץ משפטי של מדינת ישראל למה כל אחד מהתנאים לא מתקיים באופן מספק, מה שהמרצה אומר שהטיעון הזה של ישראל הוא חלק כי בשום מקום בעולם לרבות המקרה הישראלי זה לא מתקיים באופן מלא במועד הכרזת העצמאות.

מה שעוד משחק לטובתם זה אותם מאפיינים שדיברנו עליהם, שבהתקיימם הפרקטיקה היא להיות סלחניים, עניין אחד זה עיקרון ההגדרה העצמית. יתרה מכך, חוו"ד של ה-ICJ לגבי גדר ההפרה [להשלים]. צריך לזכור שהפלסטינים לא מצביעים בבחירות בישראל, הם לא ממשים את זכויותיהם במדינה שטוענת לשליטתם בשטח. אותו חריג קנדי ניתן לטעון שמתקיים. מה לגבי הטענה שאין כזה דבר עם פלסטיני? מסתכלים במידה רבה איך הם מגדירים את עצמם.

דבר נוסף שמשחק לטובתם – העובדה שאין ריבון קודם בשטח. יש 2 טענות שמועלות בצד הימני של המפה הישראלית – שאומרות שיש ריבון אחר בשטח והיא מדינת ישראל. על מה נסמכים טיעונים אלה? ועדת אדמונד לוי אומרת שכתב המנדט ייעד את השטחים האלה למדינת ישראל. טענה שנייה של אבי בל ויוג'ין – טיעון אוטפוסידטיס – הישות הקודמת שהיתה היא ארץ ישראל המערבית בתקופת המנדט וזו ישות אחת. ולא מפרקים ישות אחת. ולכן על סמך העמדה הזו הריבון החוקי הוא מדינת ישראל.

מה הבעיה בטיעון הזה? שהריבון מעולם לא טען שזו העמדה שלו. הריבון, עשה את הדברים הבאים: בהכרזת העצמאות הכריז שישתף פעולה עם המאמצים לממש את החלטת החלוקה, כתוב במגילת העצמאות, בהסכמי הפסקת האש הסכימו הצדדים לא להסכים על עניין הגבולות, וב-67 ישראל לא סיפחה את השטחים אלא שמה אותם במשטר צבאי, ובהסכמי השלום עם ירדן ומצריים ובמו"מ עם הפלסטינים היא הכירה שהמו"מ יהיה על סמך החלטה 242 ו-338 של מועצות הביטחון מפרק 6 – שהן לא מחייבות, אך מרגע שישראל התחייבה שהמו"מ יהיה על פיהם הן הופכות למחייבות. יש נוסח של החלטה 242 – הנוסחה באנגלית אומר שישראל צריכה לסגת משטחים שנכבשו ב-67, והנוסח בצרפתית אומר שישראל צריכה לסגת מהשטחים שנכבשו ב-67. במילים אחרות, אם הולכים לפי הנוסח הצרפתי, גם אם הולכים לפי הנוסח באנגלית מגיעים למצב שישראל יכול לטעון טענה משכנעת על חלק מהשטח אבל כל השטח הופכת להיות לטענה לא משכנעת.

ההחלטות האלה יצרו משוואה – שטחים תמורת שלום, תמורת הכרה ותנאי ביטחון ישראל צריכה לסגת ממשהו – משטחים או מהשטחים.

מה ששיחק לטובת ישראל זה המשא ומתן, כל עוד התנהל מו"מ ישראל יכלה להעלות טיעון כמו שה-ICJ היה מוכן להכיר בו, אם מתנהל מו"מ הוא מכיר בו אבל כאשר מגיע למבוי סתום זו בעיה. בסבב האחרון של המו"מ נאמר שהפלסטינים לא יקדמו מהלכים בזירה הבינלאומית, והחשש היה שיצטרפו לביה"ד הפלילי בהאג, ולא יגדילו את התנאים שלו לפי תנאי מונטוידאו ולכן ינהלו משא ומתן. ולכן בעבר כל עוד מתנהל מו"מ רציני לישראל יש קייס כנגד הטיעון הפלסטיני, אבל אז המו"מ התפוצץ. העמדה המקובלת שהתקבלה בעולם היא שישראל אשמה בפיצוץ המו"מ, בגלל אי שחרור אסירים ועוד כל מיני סיבות.

(טענות ישראל – מו"מ ושלטון לא מוחלט).

עניין ההכרה – עמדה מקובלת היא דקלרטיבית – הכרה לכשעצמה לכאורה לא צריכה להשפיע לכאן או לכאן. יחד עם זאת, אמרנו שהכרה רחבה כן תגרום לנו בפרקטיקה, להיות סלחניים אם יתקיימו תנאי מונטוידאו, כנראה שנהיה פחות מחמירים עם תנאי מונטוידאו. הפלסטינים ניגשים לאו"ם ולמועצת הביטחון ומבקשים להיות מדינה חברה באו"ם – ממנים וועדת מומחים כדי לבחון את בקשת הפלסטינים, אחרי שנה הם לא מצליחים להגיע לעמדה מוסכמת, כי האמריקאים נתנו הנחייה לנציגים שלהם בוועדת מומחים לא להגיע להסכמה. צריך לדעת – שאפשר להיות מדינה שלא חברה באו"ם כמו הותיקן או איי קוק. הפלסטינים הולכים לאסיפה הכללית שיש לה סמכות להכיר במדינות משקיפות, והעצרת הכללית ברוב של 138 מדינות 48 נמנעות ו-9 נגד. מאז עוד כמה מדינות הכירו בפלסטינים.

מה חשיבות של החלטה זו? האם יש השלכה מעבר לזה? ברמה העקרונית להחלטות של עצרת האו"ם אין מעמד משפטי. יחד עם זאת, במקרה הספציפי הזה זו אינדיקציה ש-138 מדינות בעולם מכירות בהן כמדינה. זו דרך לעשות רשימת מלאי. נכון שלהכרה אין מעמד משפטי, אל ברמה הפרקטית יש השלכות, קיבלנו הכרה ואת מרביתה באירוע אחד. יתרה מכך, יש עוד מדינה בעולם שטענה שהבסיס המשפטי לקיומה נובע מהחלטה של האו"ם – מדינת ישראל. זה נראה רע.

ישראל חששה שהרוסים יתקעו אותה במועצת הביטחון והיא באמת נתקעה לשנה, ולאחר התייעצות עם משפטן הרש הוא מייעץ לישראל לטעון 2 טיעונים: זכות הגדרה עצמית, והכרה כקונסטיטוטיבית. ישראל חששה שלא יאפשרו לה להיות מדינה חבר באו"ם בגלל הרוסים ואכן נתקעה שנה. ולכן רצתה לבסס את העמדה שהיא חברה באו"ם, ולכן היא טענה להגדרה עצמית ובנוסף שההכרה היא דקלרטיבית וגם קונסטיטוטיבית [אז לא היתה עמדה מקובלת לפיה הכרה היא דקלרטיבית].

הטענות של מדינת ישראל ובמצב הקיים הסיכוי שיתקבלו לא גדול, הטענה הראשונה היא עניין השלטון – במצב שבו החמאס שולט בעזה ולפי עמדות מסוימות לנו יש שליטה היקפית בעזה, אנחנו שולטים בשטחי CB ונכנסים מתי שרוצים לשטחי A. הבעיה היא מכל הסיבות שנאמרו מקודם הוא טיעון חלש. המציאות היא שהם לא באמת מדינה ולא יכולים לעשות דבר בלי רשות ממדינת ישראל. זה טיעון שלא ינצח.

מה שיכול לנצח – זה אם יתנהל מו"מ. החלטת ה-ICJ היא שנוצר מצב של מבוי סתום ובמקרה הסוקוברי זה היה כ-10 שנים, במקרה הישראלי הצדדים הסכימו שהמו"מ ייגמר ב-1999. ככל שמתרחקים מ-99 ואין מו"מ והתודעה היא שישראל אחראית במידה רבה להיעדר המו"מ הדבר היחיד שיקרה זה שיותר ויותר מדינות בעולם יכירו בפלסטינים.

הטיעון שיש ריבון לשטח וכתב המנדט קבע ששטחי ארץ ישראל מיועדים לבית יהודי לעם היהודי. הירדנים סיפחו את השטח באיזה שהוא שלב אבל מוותרים עליו, ואם אין ריבון בשטח זה מאפשר הכרה במדינה ולהקל בדרישות של מונטוידאו אם ישות בשטח מכריזה על עצמאות. ועדת אדמונד לוי אומרת שכתב המנדט קובע שהשטח נועד לבית יהודי לאומי, ולכן הוא מחייב, ולכן השטח הזה הוא של מדינת ישראל. טיעון שני, על זה מוסיפים אבי בל ויוג'ין, שאומרים שהישות הטריטוריטיאלית היא ישראל המערבית ולא ניתן לפצלה ל-2 חלקים [עיקרון האוטפסוידטיס- לא סגור על המילה]. אותו ריבון, הטענה הכי חזק שטען אי פעם, שזה שהשטחים שנויים במחלוקת. במקסימום של יאפשר לטעון לחלקים על השטח, כי התקבלה תובנה בקהילה הבינ"ל שהגבולות הן הקו הירוק.

30/05/16

**יישוב סכסוכים**

אמנת האום אוסרת שימוש בכח בדרך לפתרון סכסוכים. אלא במקרים מאוד מיוחדים- אם מועצת הביטחון מאשרת או בנסיבות של הגנה עצמית. קיום ההשקפה המקובל של המשבל היא שלא ניתן ליישב סכסוכים בשימוש בכח. אמנת האום מצהירה במפורש שלמדינות אסור לעשות שימוש בכח כאמצעי לפתרון סכסוכים.

גם מדינת ישראל מיישבת את רב הסכסוכים שלה בדרכי שלום.

מה זה סכסוך? כל מחלוקת בין צדדים- פוליטית, עובדתית וכו'. כמובן שהמגמה היא להרחיב את ההגדרה של שימוש כדי לאסור שימוש בכח על כמה שיותר מצבים.

קיימים המון מנגנונים ליישוב סכסוכים. סעיף 33 לאמנת האו"ם קובע רשימה של מנגנונים, הרשימה הזו לא סגורה והיא כוללת תיווך, גישור, בוררות, חקירה, הליך שיפוטי והסדר באמצעות גופים אזוריים. בגדול אפשר לחלק את המנגנונים לשני סוגים:

1.מנגנונים שיפוטיים 2. מנגנונים דיפלומטיים. ההבדל ביניהם הוא ש2 שהם פחות מחייבים. כלומר בהעדר חתימה על אמנה המוצר הסופי של המנגנון הדיפלומטי לא יהיה מחייב. ההבחנה בין המנגנונים איננה מאוד חדה. כי גם אם יש פס"ד של ביהמ"ש הבינ"ל אין כלי לאכוף אותו.??

מנגנונים דיפלומטיים:

1. מחאה דיפלומטית- זימון השגריר לנזיפה, קריאה של השגריר בחזרה הביתה. מנגנון זה הוא דרך לאותת לצד השני על קיומו של סכסוך, על חוסר שביעות רצון.
2. שימוש בצעדי נגד- מדינה הפרה כלפי מדינה אחרת והיא מחזירה לה הפרה.
3. משא ומתן- יושבים ומדברים.
4. תיווך- סוג של מו"מ לניהול סכסוך באופן דיפלומטי.
5. פישור- בשונה מסתם תיווך, בפישור המפשר בסוף מציע **פתרון** לסכסוך.בשונה מבוררות ההצעה של המפשר לא מחייבת.
6. חקירה- לפעמים הסכסוך הוא סכסוך עובדתי, או לפחות הצדדים רוצים להציג אותו כסכסוך עובדתי, ואז הם ממנים ועדה שאמורה לבדוק את אותה אי הסכמה עובדתית.

המנגנונים האלו הם לא מדע מדויק. לדוג' **ועדת פלמר**- מוקמת על ידי הישראלים והתורכים אחרי המשט, יש בה נציג ישראלי ונציג טורקי ויו"ר הועדה פלמר, הוא רה"מ ניו זילנד ומומחה למשפט בינלאומי. לכאורה זו ועדת חקירה, בודקת עובדות, אבל בפועל היא עושה הרבה יותר מזה- מפרשת את הדין הרלוונטי (קביעות משפטיות) ומציעה בסוף הדו"ח שלה המלצות איך לסיים את הסכסוך. הועדה כמו ועדה טובה הגיעה למסקנה שכולם טועים וכולם צודקים חלקית. המצור הוא חוקי אבל חיילי צהל השתמשו בכח לא מידתי. באופן מפתיע הדו"ח הודלף והתורכים הודיעו בעקבות ההדלפה טוהר ההליך הזדהם והם מסרבים להכיר בדו"ח.

1. יש גם הרבה מנגנונים אזורים שבין שאר תפקידיהם הם פותרים סכסוכים באזור הרלוונטי בדרכי שלום: איחוד אירופי, ליגה הערבית, ארגון מדינות אפריקה, נאט"ו. היתרון בארגונים כאלה זה ההכרות שלהם עם הנסיבות הייחודיות של האזור שמאפשרות להם לסייע בפתרון סכסוך. בד"כ המסמכים שלהם זה המלצות.
2. מועצת הביטחון- מועצת הביטחון כאשר היא נותנת החלטה מכח פרק 7 זה כבר החלטה מחייבת מבחינה משפטית. אבל כשהיא נותנת החלטה מכח פרק 6 זו המלצה בלבד- נסיון דיפלומטי לפתור את הסכסוך. מועצת הביטחון זה לא הגוף היחיד של האו"ם שמוציא מסמכים כאלה, יש את העצרת, ועדות וכו'.

מנגנונים שיפוטיים

קיימים שלושה מנגנונים שיפוטיים מרכזיים במשבל:

1. בוררות- במשפט המדינתי לא היינו קוראים לבוררות הליך שיפוטי אבל המשבל הרבה פחות פורמליי. בגלל שהחלטת בורר מחייבת במשבל, מנגנון בוררות נחשב מנגנון מחייב. לדוג' במשך הרבה שנים ישבה ועדת בוררות בין אתיופיה לאריתראה לאחר שאריתראה הודיעה על עצמאות. כל כמה זמן הוא היה מוציא החלטה לגבי הסכסוך.
2. טריבונלים שמוקמים מכח אמנה ספציפית- לפעמים טריבונל יכול להיות מוקם מכח אמנה בילטראלית, כיום זה מכח אמנה מולטילטראלית בד"כ והוא עוסק בנושאים שנוגעים לאמנה. למשל: בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין לדיני הים שהוקם מכח אמנת דיני הים. WTO- ארגון הסחר העולמי.
3. ICJ- טריבונל בקטגוריה נפרדת שלא מוגבל לנושא.

אל הICJ מגיעים באחת משלוש דרכים: **דרך** **ראשונה**, אמנות שונות שקובעות שסכסוכים שנוגעים לאמנה הרלוונטית יוכרעו על ידי הICJ דוג':

1. אמנת רצח העם- כל סכסוך בין מדינות שנוגע לאמנה זו , האמנה קובעת שהוא ידון בICJ(בין מדינות, לא הליך פלילי)
2. אמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין ארה"ב של אמריקה והאומה האיראנית- היא נכתבה לפני המהפכה אבל היא עדיין תקפה ואכן הם לפעמים גוררות אחת את השניה לICJ.

**דרך** **שנייה**, הסכמה אד הוק- האופציה הזו קבועה בהסדרים שמסדירים את הICJ עצמו, חוקת האום ועוד כמה מסמכים מסדירים את קיומו של הICJ. כל מדינה שמסכימה שהסכסוך יידון בICJ הוא יידון שם. **דרך** **שלישית**, קיימת אופציה למדינות להפקיד הצהרה בידי הICJ שאומרת שהיא אפריורית מסכימה שכל מדינה שמסוכסכת איתה תוכל להגיש נגדה תביעה בICJ, ארה"ב וישראל היו כאלה עד שנות ה80. (לICJ יש עוד סמכות, לא לתת פס"ד אלא חוו"ד משפטית שהיא ברמה הפורמלית לא מחייבת, וזה לפי בקשה של העצרת הכללית של האו"ם.)

למה מדינות מחליטות ללכת להליך שיפוטי? הרי בסוף זה מוציא את השליטה מהידיים של המדינות?

1. לפעמים מדינות בטוחות שהן צודקות מבחינה משפטית. אם שתי המדינות בטוחות שהן צודקות זה עשוי לגרום להם להגיע לICJ.
2. המחיר של לא לפתור את הסכסוך לפעמים יותר גדול מהמחיר של להפסיד בהליך שיפוטי.
3. יש מדינות שהאתוס שלהם הוא אתוס של מחויבות למשפט הבינלאומי.
4. מדינות הן שחקניות חוזרות-נפגשות אחת עם השנייה הרבה מאוד פעמים. סכסוך אחד קטן יכול להרוס מערכת יחסים בין שתי מדינות. הדוגמא הכי מובהקת זה כאשר מדובר במנגנון קבוע . אם אנחנו נכנסים לאיחוד האירופי אנחנו מעדיפים שיהיה מנגנון קבוע שיפתור סכסוכים.
5. לפעמים מדינות לא חושבות עד הסוף, הן חותמות על אמנה אבל לא חושבים שתהיה לה השלכות.

**איסור השימוש בכוח**

הקדמה:

* מבחינת המשפט הבינ"ל אסור להשתמש בכוח. כאשר יש מספר מועט מאוד של חריגים שעליהם נדבר עכשיו.
* סדר במונחים- אפשר לשמוע הרבה מאוד מונחים "דיני לחימה" "דיני מלחמה" "דיני עימות מזוין" "משפט בינ"ל הומניטרי" "JUSBLLO" "JUSINBELLO". הבעיה היא שבכל המונחים האלה לא עושים שימוש קוהרנטי. בגדול יש הבחנה במשפט הבינלאומי בין הדינים שעוסקים במצב של שלום לבין הדינים שעוסקים במצב של לחימה. הדינים שעוסקים במצב של לחימה מתחלקים לשני סוגים- jusadbelom- "דיני השימוש בכוח" שמסדירים מתי רשאית מדינה לעשות שימוש בכוח ואת עוצמת הכוח הכוללת שמותר לה להשתמש בה. לעומת זאת יש את הjusinbello- שעוסק בהסדרים שחלים מרגע שקיים מצב של מלחמה. יש הבחנה מוחלטת בין שני הדינים האלו. ההבחנה הזו באה לידי ביטוי באופן הכי מובהק ביחס של הדינים לצדדים. "בדיני השימוש בכוח" ההשקפה היא שצד אחד הוא קורבן וצד שני הוא התוקפן. עשויות להיות סיטואציות שבהן שני הצדדים תוקפניים, אבל בגדול יש הנחה של העדר שוויון בין הצדדים. לעומת זאת בדינים שחלים בזמן הלחימה, יש הנחה של תחולה שווה על שני הצדדים, גם התוקפן וגם הקורבן חייבים באותה מידה לציית לכללים. למה זיו לא אוהב את כל המונחים הרגילים? המונח הקלאסי שהתייחס במקור לשני הדברים ביחד זה המונח "law of war". הבעיה במונח הזה היא שלפעמים עושים בו שימוש כמתייחס לשני הדברים ביחד, ולפעמים עושים בו שימוש כמתייחס רק ל jusinbello. בעברית יש אותה בעיה- דיני לחימה ודיני מלחמה. דיני לחימה לפעמים עושים בו שימוש לשני הדברים יחד או שעושים בו שימוש רק ל jusinbello, דיני מלחמה או שעושים בו שימוש לשני הדברים יחד או שעושים בו שימוש ל jusadbelom. "דיני עימות מזויין"- זה כמו להגיד דיני לחימה, זה רק סמנטי. "משפט בינ"ל הומניטרי"- מונח שאו עושים בו שימוש כדי להתייחס לשני הדברים יחד או עושים בו שימוש כהתייחסות רק ל jusinbello. בבחינה אפשר לקרוא לאחד JIB-דינים במלחמה ולאחד JAB- דיני על מלחמה, דיני שימוש בכוח. בדיני שימוש בכח פוליטיקה מאוד מתערבת במשפט. תמיד מדינות יבנו קונסטרוקציה שתגיד למה השימוש בכוח היה חוקי. זה לא אומר שלדינים האלה אין משמעות. בפועל היום, הדינים האלו משמשים רסן מסוים שמקטין את הסיכוי לפרוץ מלחמות.

היסטוריה: אחרי מלחמת העולם הראשונה יש תחרות בין שתי עמדות. עמדה אחת באה ואומרת שלמדינות יש שיקול דעת מוחלט לפתוח במלחמה. עמדה שניה אומרת שמלחמה היא לא אמצעי לגיטימי לפתרון סכסוכים במשפט הבינלאומי. העמדה השנייה מוצאת ביטוי בשתי אמנות: אמנה של ליגת האומות, חבר הלאומים. המנגנון שנקבע שם אומר שאם יש סכסוך צריך לפנות לחבר הלאומים והוא צריך לפתור את הסכסוך. אם הוא לא מצליח אז יכולה המדינה לצאת למלחמה. מנגנון יותר רדיקלי נקבע באמנה שנקראת "קלוג- בריאן"- ההסכם הזה הוא מ1928 קובע שהיציאה למלחמה היא פשע בין לאומי. הפשע הזה נקרא פשע 'נגד השלום' או 'תוקפנות'. לא כל המדינות מצטרפות להסדרים האלה וגם המדינות שמצטרפות מפרות באופן בוטה את האמנה הזו. כל זה מוביל לכך שאחרי מלחמת העולם השניה מחליטים לשפר את המנגנון שמגביל את השימוש בכח. דרך אחת שמשפרים היא שנותנים שיניים לקביעה שפריצה במלחמה בניגוד לדין הבינלאומי היא פשע "אכיפת פשע התוקפנות" ואכן מעמידים לדין אנשי הגנה גרמנים ויפנים על פשעים נגד השלום. אח"כ מה שקורה עם הפשע נגד התוקפנות הזה לאחר מכן הוא שהוא שנים מוקפא ואף אחד לא מועמד לדין על ביצוע הפשע הזה וגם התוכן שלו משתנה- תקופנות זה הפרה חמורה של הדינים שמגבילים את השימוש בכח. הדינים שמגבילים את השימוש בכח משתנים בעקבות אמנת האו"ם. **אבל** בשנת 2010 ניסו החברות המדינות בICC פרוטוקול נוסף לאמנת רומא שנותן הגדרה עכשווית לפשע התוקפנות והפשע הזה יאכף על ידי הICC כלפי מדינות שיחתמו על הפרוטוקול הנוסף הזה, רק לגביהם, בהתקיים שני תנאים: שעד 2017 יחתמו 30 מדינות על הפרוטוקול הזה. ואכן לגבי אותם מדינות לאחר 2017 לICC תהיה סמכות לאכוף את פשע התוקפנות.

**אמנת האו"ם לגבי הסדרת השימוש בכוח:**

המנגנון מורכב מאיסור וחריגים לאיסור. בסעיף 2.4 לאמנת האום נקבע האיסור שאין לעשות שימוש בכח ביחסים בין מדינות. קיימים שני חריגים לאיסור: מנגנון קולקטיבי ומנגנון של הגנה עצמית.

**האיסור הגורף- סעיף 2(4)**

הנוסח שלו אומר שכל המדינות החברות באום צריכות להימנע מאיום או השימוש בכח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, הריבונות של מדינה, או בכל אופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האום, שאחת מהן היא שמירה על השלום.

"כח"- מהו כח? סנקציות כלכליות זה כח? לעניין הסעיף הזה כח הוא כח פיזי. יש כמובן סיטואציות שעליהן ניתן להתווכח אם זה שימוש בכח. ויכוח מאוד חם היום הוא האם התקפת סייבר היא שימוש בכח, בומים על קוליים. הזזת כוחות לטריטוריה אחרת כן מוגדרת כשימוש בכח. האיסור הוא לא רק על שימוש אלא גם על איום. הודעה על הגנה עצמית לא נחשבת איום בשימוש בכח. לפי העמדה המקובלת האיסור על שימוש בכח (גם הזכות לעשות שימוש בכח בנסיבות של הגנה עצמית) הם לא רק משפט מנהגי אלא יוס קוגנס. משמע, זה לא שמחר איי קוק או הותיקן יכולים לעשות שימוש בכח שלא בתנאים של הגנה עצמית, אלו מדינות שאין חילוקי דעות שהן מדינות אך הן לא חברות באו"ם.

**החריגים לאיסור**

1. החריג הקולקטיבי-החריג הראשון הוא המנגנון הקולקטיבי שקבוע בפרק 7. הרעיון היה שמוצעת הביטחון תהיה השוטר העולמי. סעיף 39 נותן סמכות למועצת הביטחון לקבוע שסיטואציה מסויימת מהווה אחת משלושה דברים: א.איום על השלום העולמי ב. הפרה של השלום העולמי ו\או ג. תוקפנות- הפרה פלילית של השלום העולמי. זה שנתנו למועצת הביטחון סמכות להורות על הפרה ע"י איום על השלום העולמי מראה כמה הכוח שלה חזק. למשל, צפון קוריאה מועצת הביטחון החליטה שההחזקה שלה מהווה איום על השלום העולמי. לכן היא הורתה לצפון קוריאה, ולכן היא הורתה לה להתפרק מהנשק הגרעיני שלה. היא לא עשתה זאת ומועצת הביטחון יכולה לקבוע מה יכול להעשות במקרה כזה. בין השאר, סעיף 42 נותן למועצת הביטחון סמכות לעשות שימוש באמצעים כוחניים ע"מ להחזיר את השלום והביטחון. מי יעשה את השימוש באמצעים הכוחניים? ההנחה ב1945 היתה שיוקם כח צבאי רב לאומי שינוהל במשותף על ידי הרמטכלים של המדינות החברות הקבועות באו"ם. מה שבפועל קורה הוא שהיא מסמיכה קואליציה של מדינות להפעיל כח.
2. חריג ההגנה העצמית- ההנחה היתה שזה יהיה מנגנון משני, רואים את זה מהניסוח של אמנת האום, היא מחייבת מדינה שמשתמשת בחריג הזה שקבוע בסעיף 51 לעדכן את מועצת הביטחון וההנחה היא שמועצת הביטחון יכולה להורות אם להפסיק. מה התנאים של סעיף 51?
3. הגנה עצמית היא רק כנגד **התקפה** **חמושה**. זה אומר שאי אפשר להפעיל הגנה עצמית כנגד איום, וגם לא כנגד כל תקרית קטנה. יש הטוענים שאי אפשר לעשות הפרדה בין שימוש בכח לבין התקפה חמושה ומדינה יכולה להגיב כל פעם שמשתמשים בכח מולה. כניסה של כוחות של מדינה אחת למדינה אחרת זה התקפה חמושה, לע"ז הפרה של השטח האווירי לרב זה לא יהיה התקפה חמושה והרבה מאוד פעמים זה אפילו לא יהיה שימוש בכוח.
4. **התקפה** **חמושה** **כנגד** **מדינה**, השאלה היא מהי מדינה. ברור שפגיעה בטריטוריה של המדינה האי נגד המדינה, אבל מה קורה שמחסלים שגריר? יש עמדות שונות בנושא אבל העמדה המקובלת היא שבגלל שזה נציגים של המדינה זו התקפה חמושה. האם חטיפת המטוס לאוגנדה מהווה התקפה חמושה? קורה שאזרחים של ישראל נעצרים במדינות אחרות ואם נרחיב את זה אנחנו בפועל מגדילים את ההיתר ללחימה לכל מעצר שיש חילוקי דעות בין המדינות האם הוא לגיטימי. טיעון נגד הוא שמדינות יחזיקו בין ערובה כי לא ינקטו מולם באמצעים אלימים. העלו את הנושא של חטיפת המטוס למועצת הביטחון והיא לא החליטה מה נכון. התפיסה המקובלת היא שתקיפה של אזרחים לא תחשב התקפה חמושה.
5. **מי צריך להיות התוקף?** כולם מסכימים שאם מדינה היא התוקף, המדינה המותקפת יכולה להפעיל הגנה עצמית. מה קורה כאשר את מעשי האלימות מבצע ארגון לא מדינתי כמו מעזה- חמאס, ומלבנון –חיזבאללה. האם זה מקים זכות להגנה עצמית? אם נאפשר למעשי אלימות מצד ארגונים לא מדינתיים להיחשב כהתקפה חמושה אנחנו עשויים להתיר להתנהגות פלילית לשמש תירוץ לפתיחה במלחמה. זה לא חשש תיאורטי שלא קרה אף פעם (מלחמת העולם הראשונה). העילה הזו היתה שימוש לתקיפה פעם אחר פעם. עמדת הנגד אומרת שכאשר מדינה אינה מסוגלת או אינה רוצה להשתלט על ארגון מזויין שמבצע פעולות אלימות בשטחה, אין למדינה המותקפת ברירה אלא להגיב בכח כדי למנוע התקפות. צריך להבין שהעמדה המקובלת בין 1945 לבין 11 בספטמבר היתה שהתקפה מארגון לא מדינתי אינה מהווים התקפה חמושה, לא ניתן להפעיל בעעטיין הגנה עצמית. בעקבות 11.9 מועברות סדרה של החלטות במועצת הביטחון מכח פרק 7 שמכירות בזכות ההגנה העצמית של ארה"ב להגיב להתקפות אל קעידה. בעקבות זו העמדה המקובלת השתנתה. גורם שלא אימץ את הדעה הזו זה הICJ. באיזה פס"ד הם אומרים את זה? הם אומרים את זה בחוו"ד בעניין גדר ההפרדה. ישראל טוענת שבניית הגדר היא מעשה של הגנה עצמית כנגד פעילות טרור שיוצאות מטריטוריה שהיא מחוץ למדינת ישראל. עמדת הרב בחוות הדעת קובעת שזכות ההגנה העצמית אינה רלוונטית כאן. על הקביעה הספציפית הזו של הICJ יש התרעמות על ידי הרבה גורמים בעולם ולכן במקרה הבא שלICJ היתה הזדמנות לדון בנושא – אוגנדה נ קונגו, שם נקבע שהם משאירים את הסוגיה בצ"ע.
6. **מגבלות נוספות על השימוש בכח (מהמשפט המנהגי)-** תנאים אלו נקראים תנאי קרולינה. ארגון מזויין לא מדינתי נמצא בארה"ב ורוצה לתקוף בקנדה וצבא בריטניה חוצה את הגבול לארה"ב כדי לתקוף את הארגון הזה, אז נקבעו תנאי קרולינה- התנאים הם : **נחיצות**, **מידתיות**, **מיידיות**. **נחיצות**- העדר חלופה אחרת. ברור שאוסטרו-הונגריה במלחמת העולם הראשונה לא היה לה סיבה מוצדקת, היא מפרסמת אולטימאטום לסרביה מה היא צריכה לעשות נגד ארגונים שנמצאים אצלה וסרביה בתגובה מקבלת את הדרישות, ועדיין יצאו למלחמה. **מדתיות**- לא לבלבל עם המדתיות של הjusinbello. בגדול הכלל אומר שהתקפת נגד של המדינה צריכה להיות מדתית למתקפה שהיא סבלה. שתי פרשנויות: איכותנית וכמותית. כמותית- שיגרו טיל מותר לשגר טיל בחזרה, איכותנית- המדתיות ביחס לאיום שהמדינה סבלה על ידי ההתקפה. היתרון של כל מבחן הוא שהכמותי הוא מוגדר יותר, לעומתו האיום האיכותני זה שאלה של פרשנות ולכן מבחן איכותני פותח פתח אדיר לניצול רעה. לעומת זאת הטיעון האיכותני ריאלי יותר. **מיידיות**-התקפה במועד המוקדם האפשרי, כדי להוכיח שזו הגנה עצמית. לאחר 3 שבועות של רצח הדוכס האוסטרי פורסם המסמך שאוסטריה הוציאה- אינדיקציה שזו לא הגנה עצמית. האם מותר לעשות מתקפת מנע? **יש** **שתי התקפות מנע- תגובה להתקפה צפויה ותגובה להתקפה מונעת**. צפויה-מלחמת ששת הימים הצבא הראשון שחצה את הקווים היה ישראל. ישראל טענה שזה אבסורד שהיא צריכה לחכות עד שיתקפו אותה אם ברור לה לחלוטין שעוד רגע הולכים להתקיף אותה (סגירת מיצרי טירן). לכאורה סעיף 51 לא מאפשר הגנה עצמית מונעת. אך לכך יש שתי תשובות מבחינה פרשנית- פירוש באופן גמיש למונח התקפה\ המשפט המנהגי בנוגע להגנה עצמית הוא מעט יותר רחב מהתנאים שקבועים בסעיף 51. השיקול נגד הוא שזה פתח לניצול לרעה. מונעת- איוב שמפתח נשק גרעיני ואני יודע שיום אחרי שהוא יפתח את הנשק הוא יוכל להשמיד אותי, האם ניתן לתקוף גם כאשר לא צפויה בעתיד הנראה לעין התקפה מצד אותה מדינה האם מותר לתקוף רגע לפני נקודת האל חזור בפיתוח הנשק הגרעיני?. באופן מסורתי הגנה עצמית צפויה ומונעת היו דעות מיעוט, ישראל דוגלת בהן באופן עקבי. מאז 11.9 האמריקאים דוחפים את שתי הדוקטרינות האלו. האירופאים הם נגד עמדות אלו. אפשר להגיד שהעמדה המקובלת בעולם היא נגד עמדות מרחיבות אלו.

**23/05/16**

דברנו על המנגנון הקולקטיבי ועל המנגנון המדינתי של הגנה עצמית, השאלה היא האם יש מקרים נוספים (הגנה עצמית או היתר של מועצת הביטחון) שבהם ניתן לעשות שימוש בכוח?

1. ***האם ומתי מותר להתערב במלחמת אזרחים?*** רוסיה לוחמת בסוריה, לא קבלה היתר ממועצת הביטחון וזו לא הייתה הגנה עצמית. בצד השני - סעודיה מסייעת לחלק מהמורדים. האם הן בסדר? הרי זה לא נדיר שיש מדינה בעלת ברית שעוזרת למדינה שנמצאת בסיטואציות של הגנה עצמית.

אין שחור ולבן, אבל בגדול אם יש מלחמה בין שתי מדינות ומדינה אחת היא בעלת ברית, אז מותר להתערב בתנאי שהמדינה שאני באה לעזרתה אכן עומדת בתנאים הנדרשים במסגרת הגנה עצמית.

*ביחס למלחמת אזרחים קיימות שלוש גישות -*

* + 1. **הגישה הא-סימטרית**: למדינה מותר תמיד לבקש עזרה ממדינות. לעומת זאת אם אתה מתערב ומסייע לצד מורד אז אתה מתערב בענייניה הפנימיים של המדינה.
       1. הבעיה היא שיש תחושה שלפעמים הצד הצודק הוא דווקא הצד המורד ואז זה לא הוגן, וביחס להיתר התערבות - אנו עלולים להרחיב את הסכסוך.
    2. **הגישה של השוויון הנגטיבי**: יש שוויון נגטיבי לפיו אסור להתערב, אלא אם כן מועבי"ט אשרה.
    3. **הגישה של השוויון הפוזיטיבי**: ניתן להתערב לטובת שני הצדדים. לא משנה אם זה צד מורד או מדינתי. התערבות לטובת צד מדינתי כנראה טיפה פחות שנויה במחלוקת.
       1. כדי לתמוך בצד מורד, תגיד המדינה המתערבת לא פעם כי השלטון הלגיטימי הוא בעצם דווקא הצד המורד. כמו שאמרו על אסד - הוא איבד שליטה והמורדים הם השלטון הנכון, אבל היום כבר אי אפשר להגיד את זה כי המורדים פשוט לא גוף אחד אלא מפורדים.

1. **התערבות הומניטרית** - אם יש מדינה שבה השלטון טובח במיעוט אצלו, האם מדינה זרה יכולה לבוא ולהגיד שמשקולים של טובת האנושות היא רוצה לסייע ולהתערב כדי להפסיק את מעשי הטבח. למה לא?
   1. התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה. טיעון חלש.
   2. מאפשר למדינות לכבוש מדינות ב"תירוץ" של סיוע כשבעצם זה מקדם אותה לשליטה באותה מדינה (האירופאים כשכבשו את אפריקה, הם טענו שהסיבה היא ניסיון לתפוס סוחרי עבדים, אבל מכאן ועד הקולוניאליזם...). בהסתכלות רחבה זה עלול ליצור מצב אפילו יותר גרוע מהמצב הראשוני שגרם למדינה המסייעת להיחלץ לטובת מדינה אחרת.

הוויכוח הזה מתנהל כבר מאתיים שנה, אין באמת הכרעה בין מי שתומך בהיתר להשתמש בכוח במצב כזה לבין האמירה שזה עלול להיות מסוכן ולהיות מנוצל לרעה. דוגמה של קוסובו וסרביה מלמדת שחלופת אמצע של יציאה לסיוע המוניטארי רק אם יש אישור של מועבי"ט לא תסייע בכל מקרה - דוגמא: סרביה בצעה פשעים נגד האנושות, אבל חברתה סוריה הטילה זכות וטו כנגד הניסיון של האירופאים והאמריקאים להעביר החלטת סיוע במועבי"ט, הם נאלצים לצאת לסייע ללא אישור מועבי"ט.

לסיכום - *שתיים וחצי אפשרויות*: או **שמותר להתערב בעילה של התערבות הומניטארית, או שאסור, ביחס לאלה שאומרים אסור - ברור שאם מועבי"ט תתיר - אז יהיה מותר**.

**דיני לחימה - יוס אין בלו:**

בשונה מיוס עד בלום, שעוסק בכללים של השימוש בכוח ברמת המאקרו, היוס אין בלו - מסדיר את הכללים של ההתנהלות בזמן הלחימה. שני סוגים של אינטראקציות - בין צד לוחם אחד לשני ואינטראקציה בין צד לוחם לאוכלוסייה מוגנת/בלתי מעורבת. בדיני הלחימה ככלל, הכללים חלים על שני הצדדים.

* + - סיבה מרכזית אחת לכך שמדובר בעקרון בסיסי של יוס אין בלו היא שאחרת זה פשוט לא היה עובד, כי כל צד היה חושב שהוא הצודק והוא הקורבן והיה מצהיר שהוא לא מחויב לכללים. לעקרון הזה קוראים בד"כ כלל ההפרדה הברורה בין יוס עד בלו ליוס אין בלו.
    - יש סיבה נוספת לשמור על ההפרדה הזו - בד"כ מי שנפגש כשלא שומרים על ההפרדה הם כמעט תמיד האזרחים.

ה- JUSINBELLO מסדיר את הכללים של ההתנהלות בזמן לחימה. שני סוגים של אינטראקציות: בין צד לוחם לצד שני ואינטראקציה בין צד לוחם לאוכלוסייה מוגנת/ בלתי מעורבת. דיני הלחימה האלה חלים במידה שווה ל-2 הצדדים בניגוד לכללי ה- JUSADBELLOM. סיבה מרכזית לעקרון בסיסי זה : אחרת זה לא היה עובד כי כל צד היה חושב שהוא הצודק והוא הקורבן ואז בעיניו, רק הצד השני מחויב לכללים וזה עלול ליצור 'מרוץ לתחתית' שבו אף אחד לא מקיים את הכללים. בד"כ לעקרון זה קוראים כלל ההפרדה הברורה בין JUSADBELLOM לבין JUSINBELLO - כאשר מפרים את הכלל הזה בד"כ מי שייפגע מזה זה אזרחים של הצד השני. גם היום הסטטיסטיקה היא שיותר אזרחים נהרגים ממלחמות מאשר חיילים על אף המאמץ של דיני המלחמה לבודד אותם. (גם בלי הפרה, יש מצב שזה כי העולם צפוף יותר).

מרגע זה ואילך אומרים דיני לחימה וזה JUSINBELLO.

* + - דיני הלחימה הם בעיקרם דינים מנהגיים. עדיין באמנה של דיני לחימה ניתן למצוא נורמה שהיא לא מנהגית/נורמות שנמצאות באמנות ויש חילוקי דעות האם זה מבטא נורמה מנהגית או לא. (זה משמעותי כי נורמה מנהגית מחייב גם מדינות שלא חתומות על האמנה).
    - הרוב הגדול של דיני הלחימה במאה שנים האחרונות עוגנו באמנות קודיפיקטיביות – עדיין יש דיני לחימה שהמקום היחיד שהם נמצאים בו זה המשפט המנהגי. בנוסף, יש כל מיני נורמות שלא נמצאות באמנות ויש חילוקי דעות אם הן מנהגיות או לא.

המקרה הקלאסי, שכולל את כל הדינים - הוא גם יופיע באמנה וגם יהיה קונצנזוס ביחס לעובדה שהוא מנהגי. מה הם האמנות המרכזיות?

* **תקנות האג** - האמנה המרכזית שיש לה תוקף היא אמנת האג הרביעית (1907) והתקנות הנספחות לה.
  + - **ישראל** - לא חתמנו מעולם על התקנות כי כבר נקבע בנירנברג שהן מנהגיות, אין חילוקי דעות על כך שהן מנהגיות והכל בסדר.
* **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 לאוכלוסיה 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).**
* **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 שבאות ואומרות שהיא איננה מחוייבת למה שכתוב בפרוטוקולים זה נהיה יותר בעייתי, כי יש קונצנזוס ביחס למה שכתוב שם. ישראל לא באה וטוענת שכל הסעיפים הם לא מנהגיים, העניין הוא שישראל טוענת ביחס לסעיפים מאוד מאוד ספיציפיים שהם אינם מנהגיים (ישראל לא חתומה משום שהפרוטוקול מאפשר בנסיבות די מקלות לחברים בארגונים של תנועות חופש - תנאים מקלים משל צבאות).
* **אמנת רומא** - סעיף 8 לאמנה שמפרט 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. שני שליש ממדינות העולם חתומות.

**מטרות דיני הלחימה:**

* + - **עקרון ההבחנה** - הכלל הבסיסי הוא עקרון ההבחנה, **הרציונאל שלו הוא שחיילים אמורים להילחם.** יש לשאוף שמי שאינו חייל יסבול כמה שפחות מהלחימה. המטרה הבסיסית של דיני הלחימה היא להזכיר לנו לא להיסחף עם הרגשות של מי הוא חייל ומי אזרח, המטרה היא לעבוד מהראש ולא מהבטן, וברור שבמלחמה זה לא פשוט.
    - כמו שיש כלל שקובע את היחסים בין אזרחים ללוחמים, כך - יש מטרה ורציונאל דומים ביחסים שבין לוחמים ללוחמי יריב - הרציונאל הוא שיש לצמצם את רמת האכזריות כלפי הצד היריב. ברור שהאינסטינקט הבסיסי הוא לשנוא את האויב, החוק אמור למתן את התגובה כך שלא צריך להתנקם ולהתעלל סתם בגלל שמדובר במלחמה.
    - מטרה נוספת היא פשוט קביעת כללי משחק - עצם קיומו של דגל שמסמל אפשרות להפסיק את הלחימה, הרצון לאפשר לצדדים לדבר, הרצון לאפשר לתאם את פינוי הפצועים וכו'.
    - "לכל יום חול יש שבת", לכל מלחמה יש סוף - המטרה היא להקטין את רף השנאה כדי שיום אחרי הלחימה המדינות יוכלו לנהל יחסים נורמאליים.
    - יש גם חוקים שנמצאים בדיני הלחימה בלי סיבה הגיונית. פשע מלחמה שאומר שאוסר לבצע לחימה במדי אויב.

*ההיסטוריה המקובלת של דיני הלחימה* - דיני הלחימה המודרנים מתחילים להתפתח באמצע המאה ה-19. האמנות הראשונות של דיני הלחימה מתחילות להתפתח ויש קודיפיקציה בנושא. שני אירועים מרכזיים נחשבים כאלו שהתחילו את התהליך הזה:

* + - 1. ***מלחמת האזרחים האמריקאית*** - (מתחרה עם ***מלחמת הקרים*** על התואר - ) המלחמה המודרנית הראשונה!! ברקע, צבאות חובה וטכנולוגיה שמשתפרת בצעדי ענק (ממציאים את הרובה האוטומוטי, מכונות יריה). מתחיל תהליך שיימשך עד אחרי מלחמת העולם השנייה של התפתחות טכנולוגית של נשקים שקל להרוג איתם. לכן שתי המלחמות מתחרות כי בשתיהן היה שילוב כזה של **נשק הרסני ביחד עם צבאות גדולים מבעבר.** 
         1. 1863 - רמטכ"ל צבא הצפון (שהיה המומחה הכי טוב באותה תקופה למשפט בינ"ל) מזמין פרופ' מקולומביה שיכתוב ספרון לחיילים שילמד אותם מה הם דיני הלחימה. ספרון זה הוא הקודיפיקציה המודרנית הראשונה של דיני הלחימה, הוא הפך לפקודה של הצבא האמריקאי ("קוד ליבר"). קוד זה היווה השראה לתקנות האג.
      2. **מלחמת הקרים** - 1859, בנקאי שוויצרי נתקל בקרב, רואה את הזוועות, כועס על החיילים והמפקדים, כותב ספר שנקרא "זכרונות מסולפינו" שמוביל להקמה של ארגון הצלב האדום ולניסוח אמנת ז'נבה הראשונה (1864) שעוסקת כמו זו של 1949 - בטיפול בפצועים בשדה הקרב.

**לאורך המאה ה-19**  ממשיכות להיכתב אמנות, בסוך המאה נכתבת האמנה שמנסה ליצור קוד, 1898 - אמנות האג מאותה שנה, שיוחלפו על ידי אמנת האג מ-1907. ניתן לראות שמאז 1864 בכל פעם שיש מלחמה גדולה באירופה המסקנות של המלחמה יוצרים אמנה או עדכון של אמנה.

***מה ההבדל בין סכסוך מזוין בין מדינתי לסכסוך שאינו בית מדינתי -***

לפי העמדה המקובלת, לדעת זיו היא שקר מוחלט, דיני לחימה עסקו רק בסכסוכים בין מדינות. מדינות לא רצו שיתערבו בעניינים הפנימיים שלהן ולכן לא אפשרו התפתחות דיני לחימה בין גופים לא מדינתיים. לאחר כמה שנים הבינו שדבר כזה לא יכול להמשך שכן מעשי זוועה נעשים גם במלחמות אזרחים או ע"י מדינות כלפי ארגונים מורדים אצלם או אזרחים שלהן. לכן הוחלט שכדאי להסדיר גם את הסכסוכים האלה, למרות שהיו מדינות שאמרו שאסור להתערב בעניינים שאינם בין מדינות, בכל מקרה נוסח ס' 3 המשותף לאמנות ז'נבה (מופיע בכל אמנות ז'נבה) - הכפילות לא מאפשרת למדינות להתחמק. הסעיף קובע עקרונות מאוד מינימליים (אסור לענות, אסור להוציא להורג ללא משפט) שאסור לבצע אותם בסכסוך שאינו בינ"ל באופיו.

מסוף מלחמת העולם השניה, הסכסוכים אינם בינ-מדינתיים. ולכן כשהמדינות יושבות כדי לעדכן את הדינים זו הסוגיה של הסדרת הסכסוכים האלה שאינם בין שתי מדינות. הצעת השלב האדום הוא פרוטוקול שיעדכן את אמנת האג וז'נבה ויחול בכל הסכסוכים. אולם - מדינות רבות מתנגדות לזה. זו אחת הסיבות שדיוני הפרוטוקולים מתמשכים שנים רבות. בדרך - מוצעת פשרה: כתיבת פרוטוקול נפרד לכל סוג של סכסוך.

* + - הפרוטוקול הראשון מאוד מפורט וכולל יותר ממאה סעיפים - AP1. עוסק בסכסוכים בין מדינות.
    - לעומת זאת, הפרוטוקול השני, AP2 - אינו חל אפילו בכל הסכסוכים המזויינים שאינן בינ-מדינתיים אלא רק בתת מקרה - *כאשר הסכסוך הוא בין צד מדינתי לצד שאינו מדינתי והצד שאינו מדינתי שולט בכל מהטריטוריה של המדינה.* הפרוטוקול הזה לא מפורט, כולל רק 28 סעיפים ולא כולל סעיף הפרות חמורות (הפרה שלהם מהווה פשע מלחמה).

באמצע שנות ה-90, מי שצריך להתמודד עם המצב הזה הוא ביה"ד הפלילי לעניין המלחמה ביוגוסלביה ה- ICTY. הוא צריך להתמודד עם זה בפס"ד טאדיץ' - באים נאשמים ואומרים שהמלחמה בבוסניה, הייתה מלחמת אזרחים (משמע- סכסוך מזויין שאינו בין מדינתי) ולכן גם אם נעשו דברים רעים, הדברים האלה הם לא פשעי מלחמה כי הם לא אסורים בסכסוך מסוג זה.

טאדיץ' אומר שמעבר לאמנות התפתח עם השנים גם דין מנהגי שעוסק בסכסוכים מזויינים שאינם בין מדינתיים, יותר מזה - גם בסכסוך בין מדינתי, הדין המנהגי התפתח מאז 1949, 1979 בכל מיני דרכים שאחת מהן היא שדברים שלא היו נחשבים כפשעי מלחמה הפכו היום לפשעי מלחמה.

* + 1. נבדוק האם מדובר בנורמה יסודית של דיני הלחימה, שיש פרקטיקה רווחת של החלה שלה בסוג הסכסוך שבו אנו עוסקים (כך נזהה אם זה דין לחימה).
    2. כדי להוכיח שזה פשע מלחמה נצטרך להוכיח שזו הפרה חמורה של אותה נורמה יסודית ושיש פרקטיקה רווחת של הפללה, בגין המעשה באותו סוג של סכסוך.
    3. שלב הבא הוא ***אמנת רומא*** שעוסקת רק בפשעי מלחמה. באמנה זו אנו רואים צמצום מאוד משמעותי בין רשימת האיסורים בסכסוך מזויין בין מדינתי לסכסוך מזויין שאינו בין מדינתי.

עדיין יש הבדלים, חלקם לא במכוון כי אכן יש הבדלים וחלקם בשוגג. לדוג' - על אך שיש קונצנזוס שתקיפה לא פרופ' היא פשע מלחמה בכל סוגי הסכסוכים היא לא חלה עפ"י אמנת רומא על סכסוך שאינו בין מדינתי, לכן לא יהיה ניתן להעמיד לדין ב-ICC אך זה כן פשע מלחמה מנהגי.

הצלב האדום מוציא מסמך משלו הכולל את כל הנורמות המנהגיות. במסמך זה יש בערך 14 הבדלים בין סכסוך מזויין בין מדינתי לסכסוך מזויין שאינו בין מדינתי.

מה עם סכסוך שאינו בין מדינתי שהוא סכסוך חוצה גבולות: יש חוסר וודאות כי הסכסוך לא יושב טוב באף אחת מההגדרות שקיימות בהגדרות.

1. העמדה המסורתית של ***ביהמ"ש העליון הישראלי*** היא שחלים בסכסוך זה כללים של סכסוך מזויין בין מדינתי. הנורמות שחלות הן של סכסוך מזויין בין מדינתי (בסכסוך מזויין שאינו בין מדינתי יש יותר חופש פעולה למדינות - פחות מגבלות). סיבות לכך:
   1. טריטוריה. אם תוקפים את חיזבאללה אז נוצרת אינטראקציה בין ישראל ללבנון, אין מה לעשות.
   2. סיבה נוספת היא פרקטית, צבא מעדיף כללים ברורים וגם ככה במלחמה יש אי וודאות.
2. העמדה הנגדית היא **שמדובר בסכסוך מזויין שאינו בין מדינתי** מאחר שרוצים פחות דינים שיגבילו. האמריקאים כיום (לא ישר אחרי פיגועי ה-11/9) אחרי שביהמ"ש העליון האמריקאי אמר שיש דינים שחלים ביחס לזה.
3. עמדה שלישית - זה סכסוך שנופל בין הכסאות, הוא לא מוסדר לגבי אף אמנה. ולכן ניתן לעשות מה שרוצים. עמדה אמריקאית שאחרי פיגועי ה-11/9.
4. סכסוך מזויין שאינו בין מדינתי - אבל הגישה הזו משום מה מובילה משם דווקא לעמדה מגבילה משום שכל לאקונה שקיימת בסכסוך יש למלא באמצעות דיני זכויות האדם. יש סיקה בריטית שמאמצת אותה.
5. ביהמ"ש העליון הגרמני בפס"ד מסוים אמר שמדובר באירוע שיטור. ואז חלים דיני המשפט הבינ"ל של תקופות שלום. וזה הכי מחמיר שיש.

**עקרונות היסוד של דיני הלחימה - הם חלים בכל סוגי הסכסוכים:** יש ארבעה 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, לא ליישב אוכלוסיה ליד בסיס צבאי.
3. **עקרון המידתיות** - יש היתר לפגוע באזרחים, אבל 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 הינו מופרז ביחס לצורך הצבאי שרצית להשיג. יהיו מקרים שבהם כולם יסכימו שהם לא פרופורציונאליים.
4. **עקרון ההומניות** - מטרתן 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.

**כיצד מבחינים בין אזרח ללוחם?**

בעולם פשוט יש הבחנה בין חיילים לאזרחים. באזרח אסור לפגוע והוא לא מעורב בלחימה. חייל מותר להרוג במכוון ואם תופסים אותו אז הו זכאי (בסכסוך מזויין בין מדינתי) למעמד של שבוי מלחמה. אך החיים מורכבים יותר מזה:

מה עושים אם אזרח לוקח נשק ומחליט שהוא יורה בזמן לחימה. בארגונים מזויינים לא בין מדינתים אין כללים בשאלה מיהו חבר בארגון כי זה בד"כ לא חוקי והם לא ילבשו מדים, יהיה קשה מאוד לזהות מי הופך למטרה לגיטימית. הכלל המשפטי הברור הוא שכאשר אזרח נוטל חלק פעיל במעגל הלחימה הוא הופך למטרה לגיטימית כל עוד הוא נוטל חלק פעיל. האמריקאים ומרבית הצבאות, כמו ישראל, אומרים שחברים בארגון **הם לא אזרחים** שנוטלים חלק פעיל לחימה אלא הם לוחמים שלא זכאים למעמד של שבוי מלחמה (לב"ח - לוחם בלתי חוקי). אזרח הנוטל חלק בלחימה נקרא- DPH. בין אם מדברים על DPH ובין אם מדברים על חברות בארגון - יש שאלה באשר למגנון הרווחה, הדעווה של חמאס?

* + - עמדה אחת אומרת שבצבא רגיל מותר לירות גם בטבח של האויב, כל מי שחבר ולא משנה מה תפקידו. מי שעוסק בדעווה מקבילים לטבח או למש"קית הת"ש. אם נפסוק אחרת אנחנו מפלים את הצבאות הלוחמים המדינתיים לרעה.
    - מנגד, בארגון מזויין שאינו מדינתי ממלא יותר מהפונקציות שממלא צבא במדינה. ארגוני הדעווה לא מקבילים לטבחים ולמש"קי הת"ש, הם אנלוגיים למשרד הרווחה.

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 ל-DPH רק ברגע שהוא מבצע את הפעולה. אנטוניו קססה החזיק בגישה זו ואמר שכל כלל אחר ינוצל לרעה ע"י הכוחות המדינתיים. העמדות שבאמצע שדברנו 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. חשוב לציין שצריך להסתכל על הדברים מנקודת מבט אובייקטיבית ולהתלבט כל הזמן. זיו מציין שגם המחתרות בישראל פעלו כארגונים מזויינים בלתי מדינתיים.

**30/05/16**

**משפט פלילי:**

נסיים את דיני הלחימה, וניכנס לדיני תפיסה לוחמתית ודיני כיבוש, בשאיפה שהיום נסיים את החלק הכללי של דיני כיבוש מה שיאפשר בשיעור הבא לדבר על המצב בישראל.

דיברנו בשיעור הקודם על עקרונות דיני הלחימה, כאשר אמרנו שיש 4 עקרונות:

1. עיקרון ההבחנה
2. עיקרון המידתיות
3. עיקרון הצורך הצבאי
4. עיקרון ההומניות

כל העקרונות האלה נחשבים כמבוטאים בדינים של דיני הלחימה. הניסוח של נורמה זו או אחרת הוא בעצם ביטוי של איזון בין ארבעת העקרונות הללו. בעבר, כל ארבעת העקרונות היו לכשעצמם כלל משפטי ממש באופן ישיר. היום זה לא נכון לגבי כל העקרונות. חלקם בנוסף להיותם מבוטאים מאוזנים בנורמה עדיין מהווים כלל משפטי ממש וחלקם לא. נסביר: דוג' אחת של עיקרון שהוא כלל נפרד משפטי בפני עצמו זה עיקרון הפרופורציונליות. דוג' נוספת לעיקרון בפני עצמו זה עיקרון ההבחנה. צריך לשאוף כמה שיותר לאבחן בין אזרחים ללוחמים זה יהיה הפרה של החוק/נורמה. עיקרון שהוא כבר לא עיקרון מנחה או פרשני ולא עיקרון בפני עצמו, זה עיקרון הצורך הצבאי. למה? צבאות מסוימים באירופה השתמשו בזה כדי לעשות כל מה שעולה על רוחם, הפכו לתירוץ להפר את כל דיני הלחימה, אבל לא – זה צריך להוות איזון בין עיקרון הצורך הצבאי לבין העקרונות האחרים [פרופורציונליות וכו'..].

עיקרון שאיפשהו באמצע זה עיקרון ההומניות – עוסק ביחסים בין לוחמים צריך לשאוף שלא לגרום סבל שלא לצורך ללוחמים של הצד השני. העיקרון הזה נורא עמום. איפה שיש לו בעיקר זה בתחום הנשקים שמראה שבגלל העמימות שלו הצטמצם לתחום מסוים. ושם יש עמדה מקובלת שאומרת שגם אם נשק הוא לא ברשימה אם הוא נשק שמייצר אותו במכוון כדי לגרום סבל מיותר, ולפי עובדות מסוימות גם אם הנזק הוא מטבעו הוא גורם נזק מיותר, אזי הוא אסור. הרשימה מבוססת על איזון בין העיקרון הזה לבין העקרונות האחרים. למשל נשק שהוא אסור והוא ביטוי חזק לכלל הזה זה שימוש בנשקים שפועלים בהם במכוון בחלקים שלא ניתן לזהות ברנטגן. המטרה היא להשבית את החייל, העובדה שמשתמשים ברנטגן זה כי לא ניתן לטפל בו.

נדבר על עיקרון ההבחנה וסוגיה ספציפית והיא- איך מאבחנים בין לוחמים לבין אזרחים? תחילה נבהיר: לוחם זה אדם שניתן לירות בו בכוונה ואם פוגע בנו הפגיעה הזו היא בסדר, לא ניתן להעמידו לדין. כאשר הוא נתפס הוא זכאי לחופשה אקסלוסיבית עד תום המלחמה – מעמד של שבוי מלחמה. יש תנאים מסוימים שהוא זכאי להם שהן פריבילגיות מיוחדות של שבוי מלחמה. לעומת זאת אזרח, לצדדים הלוחמים אסור לפגוע בו במכוון ואסור לו ליטול חלק ישיר במעגל הלחימה. אם הוא נוטל חלק ישיר במעגל הלחימה וגם עוד נוטה לחלק ישיר, מותר לפגוע בו ובנוסף אם תפסתי אותו ניתן להעמידו לדין על מעשה ההרג וההרס שביצע על הפרה של הדין המדינתי. דעת מיעוט אומרת שזה גם פשע מלחמה שאזרח יורה בחייל. הוא עומד לדין על רצח לפי דעת כולם ולפי מיעוט גם פשע מלחמה.

האבחנה הזו במציאות יוצרת 2 שאלות: שאלה אחת היא מה זה נוטל חלק ישיר במעגל הלחימה? [ומה זה בזמן שנוטל חלק ישיר? כלומר מותר לירות בו רק בזמן שנוטל חלק ישיר]. שאלה שנייה, עוסקת בסיטואציה העובדתית הבאה: יש ארגון של לוחמים שלא כפוף למדינה, האם חבריו של הארגון הזה הם בהגדרה לוחמים או אזרחים ואז ניתן לפגוע בהם במכוון לפי מבחן כאשר לוקחים חלק ישיר?

הויכוח התנהל באופן מאוד אינטנסיבי בשאלות האלה מיד אחרי 11 בספטמבר. למה? כי ארה"ב דחפה לעמדה מאוד קיצונית ב-2 השאלות האלה בעניין מלחמה באל קעידה. עמדה אחת אמרה שחברי הארגון הם לוחמים. ופירשו בצורה מאוד רחבה מיהו חבר בארגון. לגבי השאלה הראשונה הם אימצו עמדה מאוד רחבה לגבי מיהו נוטל חלק ישיר בלחימה.

מולה עמדת קצה שנייה, שבאה ואומרת שהם לא לוחמים. הם אזרחים. אין כזה דבר לוחמים בלתי חוקיים אלא רק לוחמים חוקיים של צבאות ואזרחים שלוקחים חלק פעיל בלחימה. העמדה הזו נסמכת על עובדה בסיסית שזו עמדה של פרוטוקול הראשונות באמנת ג'נבה שחתומות עליו מדינות בכל העולם. כל מי שלא לוחם ולא זכאי למעמד של שבוי מלחמה, הוא אזרח. זה הניסוח של AP1. העמדה הזו פירשה את המבחן לנטילת חלק ישיר בלחימה באופן מאוד צר, כלומר רק ממש כשהוא מרים נשק.

שתי העמדות בעייתיות. העמדה השנייה בעייתית כי היא לא הוגנת ויוצרת חוסר איזון בין הצד החוקי שפועל לפי דיני הלחימה, לבין הצד הלא מדינתי שלא פועל לפי דיני לחימה. זו הבעייתיות בגישה המצמצמת [פוגעת באלה שלוחמים באופן חוקי]. בעייתיות בגישה המרחיבה היא: שארגונים א-לגליים אין להם כללים מי חבר אצלהם ומי לא. קו החברות הוא מאוד עמום מה שגורם לזה שקבלה של עיקרון כזה יכולה למסמס את עיקרון ההבחנה. בופן קונקרטי יותר- צריך לזכור שהארגונים האלה לא מקיימים רק את הפונקציה שמקיים צבא במדינה אלא מקיימים גם פונקציות שלטון אחרות, ארגון הדווא של החמאס קצת קשה לראות בו אנלוגיה למשקי"ת ת"ש ויותר דומה לפקידות רווחה וסעד והן לא מטרה לגיטימית בצד המדינתי.

מה התשובה? אין תשובה טובה, זו סיטואציה פלואידית שכל ניסיון למתוח קו גבול יביא למצב שיפגע באנשים שלא ראוי לפגוע בהם או לחוסר פגיעה באנשים שמגיע להם. אין פתרון טוב. מה כן אפשר להגיד? במהלך 20 שנה שמתנהל הויכוח, יש התכנסות למרכז העמדות. מה היא? בגדול כולם מסכימים שחברים בזרוע הצבאית של הארגון הם מטרה לגיטימית בין אם טבח [או לב"ח?] או אזרח הנוטל חלק פעיל בלחימה – כל עוד לא התנערו באופן ברור מפעילותם בזרוע הצבאית. יש תמיכה רחבה שזה לא רק הלוחמים, לא רק חברי זרוע צבאית לוחמים, אלא גם המפקדים המשלחים, מספקי הנשק [מי שאחראי לייצור והשגת נשק], וההנהגה הצבאית. 2 מסמכים שניתן לראות ביטוי לאותה התכנסות למרכז: מצד אחד פסיקת העליון בבג"צ הסיכול הממוקד, ומסמך שני זה שמוציא הצלב האדום שמציג פרשנות של אזרח הנוטל חלק פעיל ברשימה [יש הבדלים ביניהם לא נכנסים לזה].

נוח לבחינה לקצר דברים: שתי ראי תיבות = אזרח נוטל חלק פעיל בלחימה – **DPH.** מי שמאמין שיש כזה סטטוס של לוחם בלתי חוקי קוראים = **לב"ח.** מי שחבר בארגון צבאי כמו ארגון טרור.

שאלה אחרת היא איך אוכפים את דיני הלחימה?

לפי הדין המקובל, עד המאה ה-19 אמצעי האכיפה המרכזי של דיני הלחימה היה פעולות תגמול. מה אומרים דיני פעולות תגמול הקלאסיים? אמרו שאם מפרים דין לחימה אז הצד השני יכול להפר איזה שהוא דין לחימה כלפיו כל עוד לא מפסיק עם הפרת הדין הבינ"ל. בד"כ, מבחינה פרקטית, הדינים שהפרו כפעולת תגמול זה דינים של הגנת שבויים ואזרחים. כלומר אתה הפרת דין לחימה ואני לא לוקח שבויים כלומר כל לוחם ייהרג ולא נשמור אותו בחיים. או להתחיל להרוג אזרחים של הצד השני. זה מה שהיה מקובל כי זה הכי נגיש. מה רע באכיפה על סמך מנגנון כזה? בעיה אחת, צדדים חלוקים בדעתם על אם היתה הפרה של דיני לחימה, ואז אם הדרך היחידה לאכוף היא פעולת תגמול נוצר "מירוץ לתחתית" ובסוף אף דין מדיני הלחימה לא מצייתים לו. בעיה שנייה, ברמה הפרקטית האוכלוסיות שנפגעות הן הכי חלשות, מי שאמור להיות מחוץ למעגל הלחימה. בעיה נוספת, האדם שמפר והאדם שכלפיו מופעלת פעולת התגמול הוא לא אותו אדם. הרבה פעמים לדיקטטורים לא כ"כ אכפת. בעיה אחרונה היא שפעולת תגמול מנסה ליצור הרתעה, הוא לא יפר מראש את דיני הלחימה כי ידע שתהיה פעולת תגמול. מאזן האימה הזה יכול לפעול רק אם הצדדים שווי כוח.

אז מה עושים מבחינת פעולות תגמול? לאורך המאה ה-19 וה-20 זה צמצום של האפשרות לעשות שימוש בפעולות תגמול. כבר ב-1929 נקבע שלא ניתן לעשות פעולות תגמול כנגד שבויי מלחמה. בהאג נקבע שאי אפשר להכריז שלא תיקח שבויים כלומר להרוג אותם. ב-49 באמנת ז'נבה הרביעית נקבע שאין לעשות פעולת תגמול כנגד אזרחים של שטח כבוש. ב-AP1 - בפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נבה נקבע באופן כללי שאסור לעשות פעולות תגמול כנגד אוכלוסייה אזרחית. יש גם עמדה די רווחת בפסיקה של ה-ICTY [בי"ד פלילי בינ"ל], שהכלל הזה שקבוע ב-AP1 הוא מנהגי. יחד עם זאת יש מדינות שאומרות שזה לא נכון. שלושת האיסורים הראשונים כולם אומרים שזה מנהגי, רק לגבי פגיעה אוכלוסייה אזרחית יש ויכוח. הויכוח נובע מהשימוש בנשק אטומי- מדינות רוצות לשמור את האופציה הזו לעצמן.

ברגע שרואים שפעולות תגמול אינן יעילות, אז לפי הנרטיב המקובל מתחיל להתפתח כמנגנון נוסף המשפט הפלילי הבינ"ל. עפ"י משפט זה שהפרה מסוימת של דינים מדיני הלחימה מטילה אחריות לא רק על המדינה, אלא גם על הפרט, האדם עצמו שהפר. מה שהוא פשע מלחמה – גם על האדם הספציפי מוטלת אחריות וגם על המדינה.

מתחיל להיכנס המשפט הפלילי הבינ"ל בדרך שאנו מצפים מהמדינה להעמיד את החייל לדין ואם החייל נופל למדינת האויב היא רשאית להעמידו לדין. לחילופין אם מנצחת במלחמה. כל זה לפי הנרטיב המקובל. כדי לייצר הרתעה יותר גדולה מטילים אחריות אישית, איך מטילים אותה? במשפט פלילי בינ"ל אומרים שהמדינה חייבת להעמידו לדין, אם לא עושה את זה מדינת האויב רשאית להעמידו לדין, בתום המלחמה גם מדינת האויב יכולה להעמיד אותו לדין.. להשלים. למדינות אין תמריץ להעמיד לדין את החיילים שלהם, וגם פה בזמן המלחמה אין תמריץ לעשות משפטים של חיילים מהצד שני מתוך חשש שהצד השני יעשה את אותו הדבר, ובתום המלחמה שאינן נגמרות בכניעה מוחלטת מה שגורם לכך שלצדדים אין אינטרס להעמיד לדין למלחמה שאלו חיילים שלהם. והם רוצים להגיע לפשרה עם הצד השני ולכן אין רצון שהצד השני יעמיד לדין את החיילים שלו. כאשר יש צד מנצח באופן ברור, אחרי מלחמה יש רצון לייצר יחסים דיפלומטיים, ומה שקורה זה שמעמידים למשפט בצד המנצח, ואז המדינה עצמה מעמידה את חייליה לדין כי מעדיפה כך כמו גרמניה ששם זוכו כל החיילים, וגם אלו שהורשעו לא באמת נענשו. יצאו מהכלא חופשי.

בתגובה לכישלון של מלחמת העולם הראשונה, בתום מלחמת השנייה מתפתחים 2 מנגנונים שמטרתם להתמודד עם הכשלים האלה: הדוק' של סמכות אוניברסלית שעד אז לפי הנרטיב המקובל שחלה רק על פירטים וסוחרי עבדים. משמעותה שכל מדינה בעולם אם העבריין נופל לידיה רשאית להעמידו לדין אצלה.

מנגנון שני זה בין דין לאומי פלילי – במלחמת העולם השנייה זה היה נירנברג. המטרה היא מנגנון משותף שייעודו להדביר את האכיפה. רגע אחרי מלחמת העולם השנייה פורצת המלחמה הקרה ומכניסה את תחום המשב"ל הפלילי לקיפאון מוחלט, כי לא תעמיד לדין את האנשים של הצד השני כדי לעצבן את האנשים בראשם. לכן המשב"ל הפלילי נמצא בקיפאון עד אמצע שנות ה-90. ואז מתחיל לפרוח המשב"ל הפלילי והפריחה שלו שנמשכת עד היום מתבטאת ב-3 דרכים:

פתאום יש התגברות של שימוש של ממש בסמכות אוניברסלית, עד מלחמת העולם השנייה השתמשו בזה רק עד פושעים נאצים. פתאום משתמשים בזה כנגד מבצעי פשעי מלחמה. עניין שני- מתקדמים בתי דין בינלאומים אד-הוק לאכוף את המשב"ל הפלילי – ה-ICTY וה-ICTR. התפתחות שלישית – הקמת ביה"ד הפלילי הקבוע בהאג, שזו לא היתה היוזמה הראשונה להקים ביה"ד פלילי. זה היה ב-1972. כולם היו בטוחים שגם הפעם זה ייכשל, לא רק שזה לא נכשל – תוך 4 שנים הם מקיימים את האמנה שמוציאה לפועל את ביה"ד הפלילי בהאג, הם שמים רף של 60 מדינות שיחתמו על האמנה ותאשר את זה. תוך 4 שנים הם מגיעות ל-60 מדינות, כיום יש 124 מדינות חברות. זה קורה כי יש מדינות שיש להן אתוס של משב"ל בינלאומי כמו אירופה, אוסטרליה וכו'. ויש מדינות שחותמות כי זה אחלה יחסי ציבור ואין סיכוי שהם באמת יחוו מלחמה. ויש מדינות שבשנות ה-90 יוצאות ממלחמות אזרחים נוראיות והן לא סומכות על מנגנונים פנימיים ולכן חותמות על אמנת רומא כדי ליצור מנגנון חזק. ישראל לאורך השנים תמכה בכך, כי בלי משב"ל פלילי אין אפשרות להעמיד את הנאצים לכן מעורבת באופן פעיל במשא ומתן לאמנת רומא. יחד עם זאת היא מהר מאוד מגלה שהיא עשויה להסתבך אם תחתום ובנוסף מרגישה שהיא מדינה קולטת ברק- היא חוטפת יותר ביקורת מאחרות ולכן לא חותמת.

מתפתח כלל במשב"ל הפלילי – כלל שנקרא בהקשרים מסוימים שיוריות או השלמתיות, שאומר שראוי ככלל שהמשפט הפלילי הבינ"ל שרק מקום של המדינה של המפרים עצמם אינה מסוגלת או רוצה לאכוף את הדין כלפיהם. התפתחות העיקרון הזה היתה אחת מהסיבות המרכזיות שמאז שנות ה-90 בג"צ שלנו, מגביר את ההתערבות שלו, הביקורת השיפוטית, בתחומים של לחימה. תחומים שבאופן מסורתי גם לאחר עידן האקטיבזם השיפוטי, בג"צ נטה להתערב בהם פחות. והביקורת המוגברת הזו מצליחה – בג"צ של העליון הספרדי "שחאדה" – שכיוון שמערכת המשפט הישראלית בדקה את העניין באופן ראוי אין צורך שתתערב באמצעות סמכות אוניברסלית. זה לא מנגנון מושלם ולכולם ברור שעם כל הביקורת של בג"צ, לכולם ברור שזה לא מנגנון בטוח וישראלי יועמד לדין בחוץ אבל זה מצמצם את הסיכוי לכך. יחד עם זאת בעקבות ביקורת פוליטית בשנים האחרונות על התערבות יתר של בג"צ, שהובילה למינוי של שופטים, בג"צ הוריד הילוך באופן משמעותי בביקורת שלו. ניתן לראות זאת בצוק איתן לעומת עופרת יצוקה. בעבר במקרים מאוד חריגים ביהמ"ש ממש התערב וצה"ל זימן קצינים משדה הקרב, וצה"ל למד להסתדר עם הביקורת הזו, אבל בשנים האחרונים הוריד הילוך. ולכאורה מרגישים עם זה סבבה, אבל מה שמחכה זה ביקורת מבחוץ שזה לא טוב.

**דיני כיבוש:**

בשיעור הבא נציג שלוש עמדות:

1. עמדת העולם, שמאלה מישראל.
2. עמדת ישראל, גובשה לפני כחמישים שנה.
3. ימינה מישראל, עמדת אדמונד לוי.

נדון במה זה כיבוש. כיבוש הוא לא הפרה של דיני הלחימה, הוא מצב משפטי. בהתקיימות מספר תנאים - שטח הופך להיות מוגדר ככבוש. אם הוא כבוש חלים עליו דיני הכיבוש. דינים אלה - ככלל, הם שכבה נוספת של דינים שחלה בנוסף לדיני הלחימה. כלומר - בכל מקום שהם חלים, ככלל, חלים גם דיני הלחימה. גם אם שקט לחלוטין ואין שום טנק - עדיין! אלה שתי שכבות של דינים - דיני הלחימה ודיני הכיבוש.

השכבה הנוספת הזו תמיד מוסיפה עוד דרישות מהצד הלוחם. דרישות אלה מחמירות יותר מקום בו רק דיני הלחימה חלים. לעיתים, השכבה הזו משנה הסדרים בשכבה הראשונה. אבל לרוב זה רק מוסיף עוד הסדרים והגבלות שיש לשים לב עליהן. וזה הגיוני, כי בסיטואציה של לחימה הצבא בא והולך. במצב של כיבוש יש סיטואציה יותר קבועה שכוללת אינטראקציה עם השטח והאוכלוסייה שבו.

הבסיס לדיני הכיבוש הוא התיק. מדובר בדינים שחלו בסיטואציות שבהן שליטים באירופה כבשו שטח לא מתוך מטרה לנכס אותו לעצמם, למשל - ככופר, עד שיקרה משהו מסויים או שישלמו סכום מסויים. במאה ה-19, בהתחלה באירופה, אחר כך גם בדרום אמריקה ובהמשך גם באופן גלובאלי בעולם - מאומץ כלל שקובע שלא ניתן להשיג טריטוריה בדרך של מלחמה. ברגע שנוצר בכלל הזה, 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 השטחים.

דבר נוסף שקורה במאה ה-19 שמסייע להיווצרות דיני הכיבוש המודרניים - מצטרפים לדיני הכיבוש הדברים שמטרתם להגן על האוכלוסיה האזרחית שבטח הכבוש. בעיקר ההתפתחות - כטראומה על המלחמה הפרנקו גרמנית (שגם עצבה את תקנות האג). 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 לאוכלוסיה האזרחית במקום קבועים באמנת ז'נבה הרביעית מ1949. מה שנכון זה שבעקבות החוויות הלא נעימות של מלחמת העולם השנייה הוסיפו באמנת ז'נבה פרק שעוסק בכיבוש עם הסדרים נוספים ביחס לתקנות האג. בכל מקרה בשתי האמנות יש קביעה של היחסים בין המדינה הכובשת לזו שקדמה לה, ויש הסדרים שמסדירים את היחסים בין המדינה הכובשת לאוכלוסיה שיושבת שם.

הכלל הבסיסי שמסדיר את היחסים, קבוע בהאג. האג היא האמנה הראשונה בין השתיים. עקרון בסיסי קבוע בס' בתקנות האג והוא מגדיר - **שהמעצמה הכובשת מחזיקה את השטח כנאמן** ולכן רשאית רק לנהל אותו ולפעול מתוך מספר שיקולים מצומצמים שיש לתעדף ביניהם; או לטובת השלטון הקודם, או לטובת התושבים של השטח הכבוש, או לצורך צבאי או לצורך שמירת הסדר הציבורי. השולט בשטח בכל מקרה לא יכול לעשות בשטח דברי לטובתו.

האיזון יתבצע בעזרת סעיפים של תקנות האג שמנחים את המעצמה הכובשת כיצד לבצע את האיזון בין השיקולים שהצגנו - 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. יש פסיקה של בגצ שאומרת שככל שהזמן עובר אז ניתן להיות פחות כבולים לסעיף הזה. תקנה נוספת קובעת שאסור לפגוע ברכוש פרטי אלא אם התקיימו כמה תנאים:

1. צורך צבאי של הכוח הכובש. הפרשנות המקובלת בעולם הוא צורך צבאי צר, קונקרטי או דברים שנדרשים לצורך ניהול השטח לטובת האוכלוסייה המקומית. בגצ אמר שההתנחלויות נדרשות לצורך צבאי של ישראל. יש לזכור שגם בהאג עצמו יש סדרה של הסדרים שמטרתם היא להגן על האוכלוסייה המקומית.
2. ההגבלה נועדה להגן על האוכלוסיה המקומית. תקנה 44 - קובעת שאסור להכריח את אנשי האוכלוסיה המקומית לספק ידיעות מודיעין לצבא הכובש, או לספק אינפורמציה על הסדרי ההגנה של הצד השני. אסור לכוח הכובש להכריח את האוכלוסייה להשבע אמונים/להכריח את האזרחים להפוך לאזרחים של המדינה הכובשת. תקנה 46 - יש לכבד למשפחה ולזכויותיה, 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 האוכלוסיה עונש קיבוצי או אחר בגין מעשיהם של בודדים.
   1. לא נראה לי למבחן - הריסת בתים - מבחינה פרקטית אי אפשר לדעת אם זה עוזר או לא עוזר. המדגם הוא קטן מידי. הנסיבות משתנות מהר מידי ויהיו מקרים לכאן ולכאן. ישראל באופן שגוי מפרשת ס' כאילו מדובר בפעולות תגמול- אבל אז אומרת שלא מדובר בענישה אלא ברצון להרתיע את האוכלוסייה. מטרת הסעיף באמנת ז'נבה לפרש באופן רחב את המונח פעולת תגמול. זה בעצם מה שאוסר את הריסת הבתים. טיעון אחר של ישראל הוא שהיא נסמכת על הדין הקיים.

06/06/16

נקדיש את השיעור לעמדות השונות לגבי מעמד של יהודה ושומרון. ננסה לייצג באופו הכי משכנע 3 עמדות –

1. עמדת ה-ICJ של חוות הדעת בעניין הגדר, העמדה המקובלת בעולם כנראה.
2. עמדת אדמונד לוי – מסמך אדמונד לוי הוא מסמך משפטי לא טוב, זה יוצר תגובת נגד חזקה. המסמך מאוד קצר ולא טוב משפטית כיוון שמורכב ממעט מאוד אסמכתאות משפטיות. העמדה שנציג היא איך הדו"ח היה אמור להיות אם היה משקיע יותר מאמץ.
3. עמדת מדינת ישראל הרשמית – איפשהו באמצע עם נטייה לאדמונד לוי. עמדה שבוטאה ע"י מאיר שמגר. עמדה שנכון לשעתה בשנות 67-71, היתה מלאכת מחשבת משפטית. חשבה איך ללכת בדיוק בין הטיפות.

נסקור דינים שנוגעים לדיני הכיבוש שרלוונטיים לדיון ואז נעבור לדעות השונות.

הדין הראשון דיברנו עליו בשיעור הקודם – **נתייחס לשאלה מתי מתחילה כיבוש?** כיבוש מתחיל במקום בו יש תפיסה לוחמתית. אמרנו שיש 2 פרשנויות לתפיסה הלוחמתית: המבחן המקובל הוא כאשר הכוח הצבאי מחזיק בשטח ויש לו אפשרות להקים שלטון צבאי, ועמדה לא מקובלת שאומרת שתנאי הכיבוש מתחילים לפעול רק כאשר הכוח הצבאי בפועל הקים שלטון צבאי.

נק' נוספת – האם זה דיכוטומי?: העמדה הקלאסית היתה שקיומו של כיבוש זה דיכוטומיה, או שכל הדינים חלים או שאף אחד מהם לא חל. יותר ויותר בשנים האחרונות מתפתחת עמדה שאומרת שגם לגבי תחילת הכיבוש למועד סיומו זה לא דיכוטומיה על הספקטרום, ככל ששולטים בשטח החובות יותר חזקות ואם עוזבים את השטח זה לא נעלם ביום אחד. זו לא דעת רוב אבל הולכת ותופסת תאוצה.

**תקנות האג** קובעות ששטח נחשב כבוש כאשר נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב (מפה קם מבחן השליטה האפקטיבית). **אמנות ז'נבה** לא קובעות כניסה לפועל לדיני הכיבוש אבל מציינות שהאמנה וההסדרים באמנות יחולו על כיבוש של כל הטריטוריה או חלק מהטריטוריה של מדינה חתומה, בין אם הכיבוש נעשה בכוח או לא בכוח.

**מתי נגמר כיבוש?** אין תשובה טובה. המקרה הפשוט זה שהכוח נסוג לחלוטין מהשטח ואין שליטה אפקטיבית. יחד עם זאת, קיימת עמדה ותופסת יותר תאוצה ואומרת שזה לא דיכוטומי. עמדה זו אומרת שגם היום ישראל היא הכוח הכובש בעזה. כי מחזיקים מצור על כל הגבולות על עזה, שולטים בחשמל במים ובאוכל. שילוב הדברים האלה אומר שלא הסתיים הכיבוש למרות שהצבא נטש.

תקנות האג לא נוגעות בשאלה סיום כיבוש. אמרנו אבל שיש כלל מנהגי שאומר שלא ניתן להשיג ריבונות על שטח בדרך צבאית/כיבוש, והוויכוח בין ישראל לעולם הוא מתי הכלל הזה הפך למנהגי, האם אחרי או לפני 67?

אם נפתח את אמנת ז'נבה הרביעית ונגיע לסעיף 6, נראה שסעיף זה קובע שהאמנה תפסיק לחול בשטח כבוש בחלוף שנה מהקרבות. לכאורה דיני הכיבוש מפסיקים לחול בשטח שנה אחרי "שוך" הקרבות. למה זה לא נכון?

1. הסעיף הזה מעוות. הוא אומר לא יחולו ההסדרים באמנה ומלבד סדרה של סעיפים שימשיכו לחול. בין הסעיפים האלה הם סעיפים 47+49 לאמנת ז'נבה.
2. הסעיף הזה רלוונטי רק באמנת ז'נבה ואמנות האג חלות.
3. המגבלה הזו של השנה היא אות מתה. מהרגע שהנורמות הפכו למנהגיות, הרי שהאיסור של השנה הפך להיות אות מתה.
4. הפרשנות המקובלת היא ככל שהכיבוש יותר ארוך גדלות החובות של הכוח הכובש לאוכלוסייה המקומית.

אמנת ז'נבה מוסיפה ב-ס'47 (הוא בין הסעיפים שחלים אחרי שנה משוך הקרבות) קובע בדרך מפותלת מאוד שהאזרחים לא יאבדו מזכויותיהם עפ"י אמנה זו במקרה והכוח הכובש מספח את השטח. זה ניסוח מאוד פתלתל שמעגן את הנורמה שלא ניתן לרכוש ריבונות על שטח בדרך של כיבוש ושדיני הכיבוש לא מפסיקים לחול לאחר סיפוח השטח. מהם שני הדרכים שבהם להיגמר כיבוש? דרך אחת היא הסכם בין המדינות הטוענות לשטח, או החלטה של מועצת הביטחון מפרק 7.

**מגבלות על שימוש ברכוש בשטח כבוש** - דיברנו על חלק מהאלמנטים בשימוש ברכוש של כוח צבאי בשטח כבוש בשיעור קודם, נוסיף כאן ונחדד נקודות שרלוונטיות למקרה הישראלי.

דיני הכיבוש מבחינים בין רכוש ציבורי ששייך לשלטונות הקודמים, לבין רכוש פרטי. רכוש ציבורי – הכוח הכובש רשאי לעשות בו שימוש כאשר 2 העילות המרכזיות הן: צרכי האוכלוסייה המקומית, וצורכי ביטחון צרים של הכוח הכובש. מדינת ישראל באישור בג"צ נתנה פרשנות שהיא יותר מרחיבה מהפרשנות המקובלת בעולם, צורכי ביטחון צרים ובג"צ איפשר למדינה לפעול תחת ההנחה שהקמת יישוב אזרחי מסיבות ביטחוניות מקיימת את העילה של שימוש בשטח לצורכי ביטחון. למה הרחיב זאת? כי הפרשנות המקובלת מדברת על שימוש זמני מאוד מסיבות מדיניות, אבל בג"צ אמר שאם יהיו שם יישובים כי יהיו לנו "מותניים" יותר רחבים זהה עונה על צרכים ביטחוניים. גם לגבי צרכי האוכלוסייה – ברור שזה היה מכוון לאוכולוסייה המקומית ובג"צ פירש את זה גם לגבי המתיישבים.

מה לגבי רכוש פרטי? 1. יש איסור מוחלט על החרמת רכוש פרטי. 2. מותר להפקיע מיטלטלין הפקעת קבע אם אין ברירה אחרת בכפוף לפיצוי. 3. מקרקעין פרטיים לעומת זאת, פיצוי לא עוזר ואסור להפקיע הפקעת קבע אלא זמנית + פיצוי.

חשוב להבין את הסעיפים האלה כי הפרשנות הישראלית להסדר הרכוש זה הבסיס תחת איזה תנאים מותר להקים התנחלויות (אמרנו 3 עמדות – בעמדה הישראלית זה רלוונטי). העניין הזה מגיע ל-2 פסקי דין ששמותיהם בג"צ דוויקאט ובג"צ איוב, בית אל ואלון מורה. בפסדי הדין הללו רואים כמה כבר באותה תקופה יש הבנה אצל המשפטנים שהבסיס המשפטי שישראל הולכת עליו הוא מאוד עדין. מה שקורה זה שבשני העתירות מלבד העותר מופיעים שני גורמים: המדינה, ובאופן לא פורמלי הנהגת המתנחלים [נגד העותר כמובן]. המדינה אומרת שמקימה התנחלויות לצורכי ביטחון, שזו פרשנות רחבה לצורך צורכי צה"ל. כמו לפני 48 זו אסטרטגיה ביטחונית של התנועה הציונית. נהוג לומר שבג"צ קיבל את עמדת המדינה אך זה לא מדויק. בג"צ נכון לפרשנות של אז לדוקטרינת השפיטות בא ואומר אני ככלל לא מתערב. מקבל את העובדה שזה נושא ביטחוני ולכן לא שפיט מבחינתו. מתי טענה של שפיטות לא תעמוד למדינה? כאשר תהיה פגיעה חמורה בזכויות אדם. כאשר המדינה תפר את האיסור המוחלט להפקיע אדמה פרטית. לכן, התנחלויות שנמצאות על אדמה פרטית מפרות גם לפי העמדה הישראלית מפרות את דיני הלחימה. יש התנחלויות ותיקות שנמצאות על אדמות פרטיות, והמאחזים [לא יוזם ע"י המדינה, בניגוד למשפט הישראלי. וגם הוקמו על אדמות פרטיות שהיא הפרה של הדין הבינ"ל אפילו לפי פרשנות ישראלית לדיני הכיבוש].

נסכם את ההתנחלויות: לגבי אדמה פרטית גם לגבי פרשנות ישראלית – זה אסור, לגבי אדמה ציבורית עמדת המדינה שזה אפשרי לצורכי ביטחון. בג"צ אמר שהוא לא מתערב.

המרצה מציין שהנהגת ההתנחלות באה בשני הפסד"ים לעיל ואמרה שהמטרה היא להקים יישובים למטרות קבע להבדיל ממטרות ביטחון והסיבות הן אידיאולוגיות. בג"צ אמר שאם זה נכון זו הפרת דיני הכיבוש, הם סומכים על מדינת ישראל שאומרת את האמת.

נורמה אחרונה: סעיף 49 לאמנת ז'נבה. **התפתחות האיסור על העברת האוכלוסייה שלך לשטח הכבוש**. סעיף זה קובע אסור לגרש או להעביר פרטים או אוכלוסייה מקרב תושבי השטח הכבוש. פרט או קבוצות מקרב אנשי השטח הכבוש, וכן אסור לגרש או להעביר אוכלוסייה שלו אל השטח הכבוש. באמנת ז'נבה האיסור לגרש או להעביר תושבים של השטח הכבוש מוגדר כפשע מלחמה. האיסור להעביר אוכלוסייה פנימה לא מוגדר כך. ישראל מכירה בכך שהאיסור לגרש אוכלוסייה משטח כבוש הוא מנהגי. אך ישראל פירשה שהאיסור על העברת אוכלוסייה לשטח הכבוש חל רק על העברה בכוח של האוכלוסייה, לפי הטענה שזה הרקע ההיסטורי שלאורו נקבעה הנורמה. מדינת ישראל טוענת שמעבר של אזרח פרטי מרצונו, זו לא הפרה של הסעיף הזה.

התגובה לעמדת ישראל היא שזה לא פרשנות נכונה לרקע שלו ניתן הסעיף. בפסקי דין לאחר מלחמת העולם השנייה, נקבע שפעולות הנאציים של איזורים בפולין הפרו את דיני הלחימה המנהגיים / דיני הכיבוש של לפני אמנת ז'נבה. השאלה היא איך מפרשים את פעולות הגרמניפיקציה? העמדה הישראלית אומרת שהרבה אנשים הלכו תחת איומים וזה היה שלטון דיקטטורי ולכן לא ניתן להניח שהיה להם רצון חופשי. עמדת הנגד אומרת שהיו הרבה אנשים שעשו זאת באופן וולנטרי ומסתכלים על פסקי הדין [שניתנו לאחר מלחמת העולם השנייה] שבהם לא נראה שנעשתה הבחנה במפורש בין מקרים של כפייה/התנדבות. כלומר גם העברה שהיא לא בכוח היא לא חוקית.

נסכם, מדינת ישראל טוענת 2 טענות חלופיות:

* + - 1. הסעיף לא חל מעבר וולנטרי של אוכלוסייה.
      2. גם אם חל על מעבר וולנטרי, הרי שהאיסור על מעבר וולנטרי של אוכלוסייה הוא הסכמי ולא מנהגי.

שלב הבא – כתגובה לטענות הישראליות, כאשר מנוסח הפרוטוקול הראשון – AP1, כוללים בו את האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש עם שני הבדלים:

1. מורידים את המילה גירוש ומשאירים רק את המילה העברה. כי ישראל טענה שגירוש והעברה יחד זו אינדיקציה רק על העברה בכפייה ובאלימות.
2. בז'נבה העברה וגירוש מהשטח הכבוש הוגדר כפשע מלחמה, אבל העברה של אוכלוסייה שלך לשטח הכבוש לא הוגדר כך. פה שינו את זה והגדירו העברה של האוכלוסייה שלך לשטח הכבוש כפשע מלחמה.

תגובת ישראל: זה אחד הסעיפים שבגללם ישראל לא חותמת על הפרוטוקול הראשון, כי טוענת שזה לא משקף את המשפט המנהגי. אם האיסור כן משקף את המשפט המנהגי, הרי שישראל מתנגדת אליו, בנוסף טוענת שלא מעבירה אוכלוסייה לשטח כבוש אלא הם עוברים לבד.

בתגובה, באמנת רומא מחדדים לכיוון מאוד מסוים את הניסוח של האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, וקובעים שהאיסור על העברה הוא בין במישרין ובין בעקיפין. הניסוח הרחב פלוס דיני השותפות באמנת רומא משמעותם המשולבת היא שגם המתנחל הבודד נחשב כמבצע פשע מלחמה. בעוד לפי הניסוחים הקודמים מי שמבצע את הפשע הוא שר הביטחון המדינה וכו'. המתנחל מסייע למדינה להעביר בעקיפין את האוכלוסייה לשטח הכבוש.

יש להיות מודעים לעוד סעיפים באמנת רומא – סעיף אחד קובע שזה מתעסק רק עם מקרים חמורים. זה אומר שמבחינה פרקטית בשונה מבחינה תיאורטית, אין סיכון לכל מתנחל בודד. יחד עם זאת נוסח הסעיף יוצר סיכון לראשי ארגוני המתנחלים. דבר שני, באמנת רומא יש סמכות שיפוט רק על מעשים שבוצעו מאז 2002. יש ויכוח פרשני שמתנהל בימים אלה, הוא מתי מבוצע המעשה של העברת האוכלוסייה? האם זה פעולה חד פעמית או פעולה נמשכת? לדוג'- גניבה זה חד"פ לעומת, אחזקת רכוש גנוב – זו העברה מתמשכת. עולה השאלה האם העבירה נעשתה לפני 2002 ואז אין סמכות לביה"ד בהאג לגבי רוב ההתנחלויות או שזה פעולה מתמשכת עד לרגע הפינוי ויש לביה"ד סמכות. ויכוח זה בין משפטנים כרגע נוטה לכך שישראל הולכת להפסיד ומדובר בפעילות מתמשכת.

ישראל לא חתמה על אמנת רומא, וטוענת שאין סמכות. כמו כן זה לא משקף את המשפט המנהגי, וההרחבה שמפלילה את המנתחל הבודד לא משקף את המשפט המנהגי ויש כאלו שמסכימים איתה לגבי נק' זו.

דיון בעמדות השונות:

**עמדת אדמונד לוי** שופט עליון ומומחה לדין פלילי בינ"ל, לאחר פרישתו מבקשת ממנו מדינת ישראל לבחון את חוקיות המאחזים, ומוציא דו"ח שקובע עמדה ימנית שאפילו ממשלת ישראל לא מאמצת את הדו"ח מתוך חשש לתגובות בעולם. עמדתו טוענת את כל טענות מדינת ישראל כטענות חלופיות. יש לעמדת אדמונד לוי 2 טיעונים שהם ייחודיים לעמדתו, אחת לא מעניינת אותנו כי זו טענה מהמשפט המנהלי. הטיעון השני הוא מתחום המשב"ל: הוא אומר שיהודה ושומרון אינם שטחים כבושים. למה? מכיוון שמצריים וירדן לא היו הריבון החוקי של השטח. מי שהיה הריבון האחרון שאין חולקים שהיה ריבון חוקי של השטח זה המנדט הבריטי, שהוקם מכוח כתב המנדט שתפקידו היה סיוע להקמת בית לאומי יהודי. בהתאם לזאת, הריבון החוקי של השטח הוא מדינת ישראל. מדינת ישראל היתה מעוניינת להחיל את דיני הכיבוש באופן וולנטרי, אבל היד שאסרה היא היד שתתיר.

לכך, יוג'ין קנטרוביץ' מוסיף עיקרון נוסף "אוטיפוסידטיס" (שמירה על גבולות קיימים) מוביל לאותה עמדה – כי המנדט היה יחידה טריטוריאלית אחת. קווי 67 נוצרו בהפסקת האש של 49. וזה מחזק את העמדה שמי ששייך לו השטח זו מדינת ישראל. מה הבעיה בטיעון הזה בדו"ח? הם לא טיעונים חדשים והוצפו בעבר, ועם הקשיים שקיימים בטיעונים האלה ישראל היתה מודעת כבר ב-67. מה הם הקשיים?

1. העמדה הזו מתעלמת משוני האג לז'נבה. בהיבט של אמנת האג קשה מאוד לטעון שלא חלים דיני הכיבוש בשטח שכבשת באופן צבאי. כל עוד השטח לא סופח קשה מאוד לטעון שדינים של האג לא חלים על השטח. למה? סיבה אחת – לגבי האג כבר בפסקי הדין שלאחר מלחמת העולם השנייה נקבע שהם מנהגיים, ברגע שהם כאלו הם חלים על כל המדינות בעולם, לכן זה הופך את הטיעון של מי שהיה ריבון על השטח להרבה פחות רלוונטי. מה שרלוונטי זה האחזקה בשטח בכוח צבאי. בנוסף, האג מדבר על תחולה בשטח כבוש כשנמצא תחת שלטון צבא האויב. לעומת זאת, ז'נבה, חל על כיבוש או חלק מטריטוריה של מדינה חתומה. הניסוח של ז'נבה מאפשר לטעון את הטענה של אדמונד לוי כי זה לא טריטוריה של ירדן או מצריים. אבל אם מסתכלים על האג, הניסוח שם פחות מתיישב עם אדמונד לוי. ישראל ב-67 עמדת שמגר אומרת שהאג חל (כי הוא מנהגי וגם בגלל הניסוח שלה) וז'נבה לא חל (למרות שמיטיבה עם המדינה אבל בגלל סעיפים אחרים וסעיף התחולה בג'נבה שקובע כי דיני כיבוש לא חלים בסיטואציה של ישראל). אדמונד לוי אומר בטיעון שלו ששתי האמנות לא חלות בלי הבחנה בין האמנות.
2. איך ניתן לחזק את טיעון אדמונד לוי? אם אדמונד לוי היה עושה עבודה יותר טובה היה יכול לחזק את הטיעון שלו לגבי האג. המרצה מבהיר שהטיעון הזה לא קלף מנצח. 2 טיעונים שלכאורה אדמונד לוי היה צריך לטעון כדי לשכנע שטיעונו תקף גם לגבי האג:
   1. טיעון תכליתי: אין הבדל אמיתי בתכליות של דיני הכיבוש שקיימים ב-2 האמנות, ואם הטיעון רלוונטי לגבי ז'נבה אז הוא רלוונטי לגבי האג. התכלית היא אותה תכלית ולכן נחיל את אותם תנאים. הוא לא טען טענה זו, כי ניתן לטעון את זה מהכיוון ההפוך – האג חל אז גם ז'נבה.
   2. אם נסתכל על האג והכותרת שעוסקת בדיני כיבוש, הכותרת מנוסחת כ"כיבוש שטחה של מדינת אויב". למה טיעון זה חלש? כי כלל פרשני היא שאין מעמד פרשני לכותרות של סעיף או שמעמדם הפרשני מאוד נמוך.
3. מדינת ישראל מבינה את הקושי בשוני בין האג לז'נבה, ולכן אומרת שהאג חל וג'נבה לא (כי סעיף התחולה של ג'נבה קובע שג'נבה לא חלה על סיטואציה זו).

נעשה סדר: אדמונד לוי טוען שזה לא שטח כבוש כי זה לא שטח חוקי של מדינה אחרת, יתרה מכך אם נבדוק מי יכול לטעון לבעלות חוקית על השטח זו מדינת ישראל, כי הריבון החוקי האחרון היה המנדט הבריטי שסמכויותיו נקבעו בכתב המנדט שחבר הלאומים קבע שתפקיד המנדט הוא הקמת בית יהודי במדינת ישראל, ושטחים פתוחים שנמצאים בתחום המנדט צריכים להיות מועברים לבית היהודי בדרך. מבחינת המשב"ל מי שטוען לריבונות על השטח זה מדינת ישראל.

נסדוק את סעיפי האמנות מתי חלים דיני הכיבוש – סעיף בהאג וסעיף בג'נבה. בג'נבה נאמר שדיני הכיבוש הקבועים האמנה יחולו כאשר כבשת טריטוריה של מדינה חתומה. אוקיי, נתמקד במילה "של" – האם הטריטוריה היתה של מצריים או ירדן? לכן זה מתיישב עם עמדת אדמונד לוי בשלב הזה. בהאג – נתקלים בשני קשיים: הסעיף קובע תחולת דיני הכיבוש – שאומר שכיבוש יהיה קיים כאשר טריטוריה מוחזקת למעשה ע"י כוח צבאי אויב. לא היתה התייחסות לטריטוריה של מדינה אחרת? לא! ההתמקדות היא באחזקת הכוח הצבאי בשטח, ולכן דיני הכיבוש חלים. מה עוד מקשה? הקביעה שהאג מנהגי והדקויות של טריטוריה או לא זה לא רלוונטי כי ברגע שהדין מנהגי הוא חל.

עמדת מדינת ישראל כאמור מתגבשת בסוף שנות ה-60 תחילת ה-70, ושני הרכיבים הראשונים שלה בעמדתה כבר אמרנו: היא לא מצליחה להתחמק מתחולת האג, ולכן אומרת שהאג חל אבל ז'נבה לא חל. כדי לטעון שג'נבה לא חל, היא צריכה לטעון שג'נבה הוא הסכמי ולא מנהגי. ולכן באה מדינת ישראל וטוענת שאמנת ג'נבה לא מייצגת את הדין המנהגי, היא הסכמית. ועל בסיס זה יכולה לטעון את סעיף 6 "של מדינה חתומה" שאומר שההסדרים של אמנת ג'נבה יחולו כשנכבשה טריטוריה של חתומה, אם זה מנהגי כל העניין של מדינה חתומה הופך להיות לא רלוונטי כי זה חל בכל מקום, ולכן טוענת שזה הסכמי. מדינת ישראל שאפילו אמירה כזו תפעיל עליה יותר מדי לחץ בינ"ל. ולכן היא מוסיפה עוד אמירה, היא באה ואומרת שלוקחת על עצמה (באופן וולנטרי) לקיים גם את הסעיפים ההומניטריים של דיני הכיבוש הקבועים באמנת ג'נבה. למה מדינה עושה אמירה צרה? על סמך ניסיונה הקודם - במלחמת השחרור כשהשתלטה על סיני כדי לכבוש את עזה ואומרים לה מיד לסגת לאחור, וב-56 מדינת ישראל כובשת את סיני, בעקבות מקרים אלה מדינת ישראל מבינה שצריכה לא לטעון טיעונים מעבר ומרחיבות מדי ולהשתחרר מנורמות כי עמדה רחבה מדי תגרום לתגובת נגד חזקה מהעולם.

מה האינטרס של מדינת ישראל? היו שני סעיפים מרכזי ואחד פחות מרכזי שלא יחולו – ושתיהן מופיעות בג'נבה. הסעיף שעניין בזמנו זה סעיף 47. מדינת ישראל רצתה בהזדמנות הראשונה לספח חלק מהשטחים. ורצתה לא להיות מוגבלת בזה. בהמשך נהיה עוד סעיף שמאוד מעוניינת שלא יכול – סעיף 49 העברת אוכלוסייה לשטח כבוש.

נבין פער גדול שקיים בין מדינת ישראל לבין אדמונד לוי: האחרון אומר שדיני הכיבוש לא חלים, אם הם חלים זה הסדרים שנראים כמו דיני כיבוש אבל זה וולנטרי וניתן לשנותם. מדינת ישראל מכירה שלכל הפחות עד שמספחת את השטח, חלים דיני הכיבוש בהאג. נניח שישראל לקחה את האג באופן וולנטרי, אי אפשר לטעון זאת כי בפרקטיקה הקודמת של מדינת ישראל היא תמיד החילה את דיני הכיבוש המנהגיים על כל שטח שכבשה ולא סיפחה אותו. מתי זה היה? בממצע קדש מוחלים דיני הכיבוש בסיני [בג"צ וויס דן בזה]. יתרה מכך, במלחמת השחרור מדינת ישראל מחילה את דיני הכיבוש על כל שטח שכובשת שמעבר לקווי החלוקה. וחלים שם עד היום שמספחת את השטח. עמדתה של מדינת ישראל שכל עוד לא מספחת שטח דיני הכיבוש המנהגיים חלים בו, מה שמקשה על הטיעון שהכל וולנטרי.

אלמנט נוסף – האם ההצהרה לגבי סעיפים הומניטריים בג'נבה האם ניתן להתנער ממנו? העמדה המקובלת בעולם היא שההצהרה הזו היא לא אמירה וולנטרית אלא הכרזה חד צדדית מחייבת, כאילו בין האמנה המכריזה לבין העולם. אנחנו קיבלנו בתמורה מכך שלא יפעילו לחץ לצאת מהשטח הכבוש שזה מה שקרה.

כל הדבר הזה מאפשר לספח את השטח ולהפסיק להחיל את דיני הכיבוש – זו תהיה עמדה ימנית חזקה.

מה החולשות בטיעון של מדינת ישראל?

1. העמדה המקובלת בעולם היא שהאיסור על השגת טריטוריה בדרך של כיבוש נהיה מנהגי לפני 67. טיעון נגד של מדינת ישראל, שגם אם היה אסור להשיג ריבונות בדרך צבאית על שטח זה היה על שטחים עם ריבון אחר חוקי, וביו"ש לא היה ריבון חוקי.
2. לטעון בשנת 67 שאמנת ז'נבה הרביעית היא הסכמית זה אולי עובר. לטעון את זה היום כאשר כל המדינות המוכרת בעולם חתומות על האמנה הזו, ושמדינת ישראל מכירה בכך ששלושת אמנות ז'נבה הראשונות מנהגיות, זה עושה את הטיעון להרבה יותר חלש. [אם זה מנהגי אין רלוונטיות לטריטוריה ומדינה חתומה וכו'..]
3. מדינת ישראל לא סיפחה את השטחים עד היום. העובדה הזו פלוס מס' עובדות שנציין אותן, מעלים אינדיקציה שמדינת ישראל שידרה עמדה שתואמת שהיא לא בעלת ריבונות לשטח. מה מקשה שיכולה לעשות את סיפוח כי היא לא חשבה שיכולה לעשות את זה באופן חד צדדי. אבל יש את רמת הגולן וירושלים – בירושלים זה היה מיד בנסיבות מיוחדות, וברמת הגולן יצא בגין לאחר הסיפוח שחוק רמת הגולן לא מונע מו"מ עתידי. ההכרעה לגבי בעלות על הטירטוריה צריכה להיות עפ"י דין בינ"ל, אינדיקציות לכך שהיא לא בעלת השטח ויכולה לספח את השטח -
   1. ההתנהגות של ישראל – לאורך כל השנים לא סיפחה.
   2. הסכמי הפסקת האש מ-49. הצדדים בהם מסכימים שהגבולות הנוכחים אינם הגבולות הסופיים. הצדדים הסכימו שהגבול יהיה מוכרע במ"ומ ולא בכוח צבאי.
   3. המרכזי – החלטה 242, החלטה שניתנת ע"י מועצת הביטחון מכוח פרק 6, מיד אחרי מלחמת ששת הימים. והיא קובעת משוואה שבהפשטה זכתה לכינוי שטחים תמורת שלום. היא קובעת שכאשר המדינות יגיעו להכרה אחת בשנייה ויחיו בגבולות מוכרים ובטוחים, ישראל תיסוג משטחים / השטחים שנכבשו בששת הימים. "שטחים" או "השטחים" – להחלטה יש נוסח אנגלי וצרפתי. הצרפתי אומר מהשטחים, האנגלי אומר שטחים, כלומר לא מכל הטריטוריה. יש ויכוח מה מחייב מביניהם. לכאורה זה החלטה מכוח פרק 6 ולכן לכאורה לא מחייבת, אבל מדינת ישראל מסכימה שהמו"מ יתנהל על בסיס החלטה 242. ההסכמה שלה לכך הופכת אותה למחייבת.
   4. נניח שהניסוח באנגלית מחייב, הניסוח הזה לא מאפשר לה לספח את השטחים כי היא יכולה לטעון רק לחלק מהטריטוריה, אבל זה רק בהנחה שמקבלים את הטענות של מדינת ישראל.

העמדה הישראלית בשנות ה-90: נחתמים הסכמי ביניים עם הפלסטינים, בהסכמים הללו נקבע שמעמד השטחים והגבולות בירושליים יוכרע בהסכם הקבע. למה הסכם זה חתום? עד שנות ה-90 העמדה המקובלת בעולם שהופכת להיות כזו שלא מסכימה עם פרשנות ישראל שלא 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. כי ההסכם אומר 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. אם זה לא רלוונטי אז מה מסדיר את השטח? מתגבשת עמדה שאומרת שזה שטח שאין יורש לריבון האחרון שזה המנדט, והרי אפילו מדינת ישראל לא ראתה את עצמה מסוגלת באופן חד צדדי להחיל ריבונות בשטח הזה. זה שטח שהריבון החוקי האחרון שלו לא היה לו יורש, שטח כזה יכול לטעון לבעלות עליו האוכלוסייה המקומית כחלק מזכותה להגדרה עצמית. מי שיכול לטעון לריבונות עליו זה הפלסטינים. השלב הזה שהפלסטינים מכריזים עצמאות ולמרות שטוענים שהאג וג'נבה מנהגיים, הם חותמים עליהם. מה שיותר מחליש את הטיעון ישראלי, וגם אם נקבל את זה שהם מדינה, הרי שכיום בהנחה שהם מדינה [שמקובלת בעולם] זה שטח שכתוב ממדינה שחתומה על אמנה, מה שמחליש את הטיעון של מדינת ישראל.

שלב אחרון – 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 הרי שיש סמכות לביה"ד בהאג להעמיד לדין אנשים על ההתנחלויות. זה המצב בו מדינת ישראל נמצאת היום.

נסביר את החולשות של עמדה זו: אם נסתכל על המצב נכון ל-67, זה מצב בו יש טיעונים לכאן או לכאן לטובת עמדת ישראל או נגד. מה שקורה לאורך השנים זה א': מתפתחת תמיכה יותר בעולם לפרשנויות הנגדיות לעמדת ישראל, אבל יתרה מכך מה שקורה מאז שנות ה-2000 זה הפלסטינים 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 היתה קביעת ביה"ד בהאג שכל השטחים שאחרי הקו הירוק הם כבושים. היכולת של ישראל לספח חלק מהשטחים, ביה"ד בהאג קובע שזה לא נכון.

עניין נוסף – 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 – ג'נבה והאג חלים בשטחים כי אין ריבון חוקי בשטחים, אם מישהו יכול לטעון לריבונות זה הפלסטינים מתוקף עיקרון ההגדרה העצמית, גם ז'נבה והאג מנהגיים וחלים בכל שטח כבוש, לא ניתן להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש גם באופן וולנטרי של התושב הבודד, ומרבית העולם כ-140 מכירות במדינה הפלסטינית בגבולות 67 ונכון להיום רואות כישראל כמחזיקה שטח כבוש של שטח פלסטיני.

**20/06/2016**

נקודות שיש להדגיש בנוגע לחומר המהותי:

* **זיהוי מדינה** – כללי מנוטיבידאוב. נדגיש כמה נקודות שהוא מרגיש שהתפספסו ולא מספיק התחדדו:
  1. נקודה אחת שנשמטה וחשוב שנבין – השאלה מה היא קבוצה זכאית להגדרה עצמית היא חלקית אובייקטיבית חלקית סובייקטיבית. כלומר, יש אינדיקטורים אובייקטיביים – היסטוריה, שפה משותפות. אבל הרבה פעמים אבן הבוחן המרכזית היא האם הקבוצה עצמה תופסת עצמה כך.
  2. דיברנו על מתי יהיה קל לקבוצה לאומית לפרוש ומתי קשה לפרוש ממדינה קיימת. הוא מציג את זה בצורה אנליטית מסודרת בניגוד לפעם קודמת:
     + יש ישות והיא מכריזה שהיא מדינה. כמו מרבית הישויות ביום שמכריזות על מדינה היא לא מקיימת באופן מושלם את אף אחד מהרכיבים מונטיבידאו. בהקשר הזה אמר שאחד הנתונים שיגרמו לנו להיות סלחניים עם הישות, יש יותר סיכוי שנראה בה מדינה למרות שלא מקיימת את מבחני מונטיבידאו, אם הישות הזו היא מהווה ביטוי לזכות להגדרה עצמית של קבוצה אתנית. כל האמירות האלה הן רכות – "יש סיכוי", "זה יגביל" – המציאות מורכבת ויש הרבה נתונים, ויש הרבה השפעות פוליטיות. הוא ניסה להראות סיטואציות בהן יש סיכוי מאוד גבוה שיכירו בישות הזו כמדינה אם מהווה ביטוי להגדרה עצמית, גם כאשר לא מקיימת באופן מושלם את תנאי מונטיבידאו: סיטואציה מרכזית היא כשאין ריבון קודם לטריטוריה. יש 2 נסיבות מרכזיות שבהן זה יכול לקרות:
       1. דקולונואליזם – הקולוניה לא נחשבה באופן פורמלי כמדינה שמחזיקה בשטח. כששלטון קולונואליסטי נסוג יש פה טריטוריה ויש קבוצת רוב שמבטאת ביטוי להגדרה עצמית.
       2. מסיבה כזו או אחרת, פדרציה מתפרקת. למשל ברית המועצות. וכל הצדדים מסכימים שהפדרציה לא תקפה. במקרה הזה אם כל מדינה מכריזה על עצמה כמדינה, ויש קבוצה אתנית לאומית שהיא הרוב, ואין ריבון קודם כי פדרציה זו ישות שלא קיימת יותר, וההכרזה מהווה הגדרה עצמית ולכן נכיר במדינה.

מעלים מונח נוסף – **אוטופוסידטיס** – עיקרון יציבות הגבולות. ב-2 הסיטואציות לעיל מה הגבולות של המדינה החדשה? הגבולות של הסטייטים, ובקולוניה גבולות הקולוניה. נשמרים הגבולות הקודמים. למה? יש פה סיטואציה שאפשר להתחיל מחדש, למה לא משרטטים את הגבולות בהתאם לחלוקה הלאומית, ומחלקים גבולות בהתאם למיעוטים וכו' – והתשובה היא שהניסיון מראה בד"כ שהערבוב כזה שכל קו גבול שישרטטו הקבוצות השונות לא יסכימו שצודק ויצור מידה מסוימת של ערבוב. ולכן, הולכים לפי כלל יציבות הגבולות, למרות שייתכן מיעוט שיתקע בתוך מדינה. וברגע שהכרנו במדינה כעצמאית כופים על הקבוצה להיות מיעוט. [יש עוד סיטואציה שיכולה לקרות- להשלים]. – הדוגמא שנתן: נשארו רוסים בגיאורגיה ונשארו גאורגים ברוסיה. ביום שצ'כיה וסלובקיה יתפרקו – נותרו סלובקים בצ'כיה וצ'כים בסלובקיה.

**חשוב להדגיש** יציבות הגבולות משפיע גם יחד עם שיקול נוסף – השלמות הטריטוריאלית של מדינות – שהרציונל שלו הוא יציבות – מוביל לכך שאם יום אחד מתעורר מיעוט במדינה, אפילו שהיא פדרציה מתפרקת, והמיעוט קובע שהוא מדינה, בסיטואציה כזו גם הסטייס בתוך פדרציה, הנטייה תהיה לא להכיר בו כמדינה. ההשלכות של חוסר יציבות הן מאוד גדולות. והן נובעות מאותן רציונליים של עיקרון יציבות הגבולות והשלמות הטריטוריאלית. מה מידת הנטייה הזו? יש 2 גישות –

* הגישה של ביהמ"ש העליון הקנדי – שאומר יש 2 נסיבות בהן אנחנו נכיר במיעוט שרוצה לפרוש. נסיבה אחת היא כאשר נערך משאל עם בקרב המיעוט פלוס הסכמה של מדינת האם – החלטה של הפרלמנט הרלוונטי או משאל עם בשאר רחבי המדינה. 2 הסכמות: המיעוט ומדינת האם. הסכמת מיעוט באמצעות משאל עם, הסכמה של מדינת אם באמצעות הסכמה של שלטון קיים או משאל עם בקרב אוכלוסייה במדינה.

נסיבה שנייה – כאשר המיעוט לא זוכה לממש זכויותיו בקרב מדינת האם. ואז לא צריך משאל עם כי המיעוט יתמרד.

* הגישה של ה-ICJ – פחות גישה, יותר ריאלית. ברמה הלא משפטית – מיעוט יכול לנסות ולפעמים יצליח או לא. ברמה המשפטית ניסחו זאת כך – אומרים שבשונה ממדינות מיעוטים הם לא ישות מוכרת ע"י המשפט הבינ"ל ככלל, ולא לא מחויבים לדין הבינ"ל. ולכן לא מחויבים לעיקרון השלמות הטריטוריאלית ועיקרון יציבות הגבולות. בנוסף, אומרים שאם מסתכלים על המשפט המנהגי- הפרקטיקה, המדינות צצו בכל מיני דרכים. אין כלל שמאפשר לקבוע איך נוצרת מדינה. הפסיקה הקנדית היא דין רצוי אך לא משקפת את המציאות.

לשים לב להסתייגויות – הכל זה שיקולים וזה רך ומשתנה.

**הנחיות למבחן**

המבחן לדוג' שנשלח דומה, אבל הפתרון שונה לחלוטין. כל שנה יש דגשים וניואנסים קטנים חדשים.

מבנה הבחינה – האורך השנה קוצר.

חומר סגור שנועד למנוע ירייה לכל הכיוונים.

המבחן מחולק ל-3 חלקים – החלק הראשון הגדרות. יש בחירה – 3 הגדרות מתוכן נכתוב 2. מושגים בסיסיים בחלק של ההגדרות.

מריחה מעידה על אי הבנה ולכן יש הורדה של ניקוד אם מישהו מכניס כמה נושאים בשאלה [הוא אמר את זה בהקשר להגדרות נראה לי].

לא מחפש אותנו, אבל ירייה לכל הכיוונים עשויה להוריד ניקוד.

גודל המקום לתשובות צומצם השנה.

חלק שני של המבחן – דורש יותר הבנה אבל מצומצם לנושא אחד שניים או אפילו שלוש. שאלה 2 היא מצומצמת יותר – אירועון קצר או בד"כ ציטוט – מישהו אמר כך, מה להגיד על זה. אירועון קטן יחסית מתוחם. 26 שורות לפתרון התשובה. לא פשוט לתת תשובה טובה בחלק הזה במגבלת המקום הזו, צריך לחשוב לפני על התשובה.

המרצה בודק את הבחינות. אם הוא רואה שיש טיעון שכולם כתבו או שכולם לא חשבו על משהו – הוא מתחשב בזה.

מושגים בסיסיים בחלק של ההגדרות.

בשאלה השלישית – ניבחן על היכולת להצליב דברים שונים שנלמדו בקורס.

יממה לפני הבחינה הוא לא עונה על שאלות.