**משב"ל פומבי:**

**שיעור 1 - 9.11.16:**

הבחינה בחומר סגור

נוכחות – לא רושם, אלא אם כן לא תהיה נוכחות בכיתה. הבחינה היא על החומר שנלמד בכיתה.

מומלץ לקרוא חומרים בסילבוס

---------------------------------------------------------------

בקורס זה כאשר נגיד משב"ל = משב"ל פומבי.

בשיעור זה ננסה להגדיר מה זה משב"ל פומבי, מי מחוקק אותו ולמה בכלל צריך לציית לו (אם מצייתים לו...).

אחת הבעיות בהגדרת משב"ל זה שזו חיה זזה. המשב"ל של היום הוא לא המשב"ל של לפני 10 שנים, או 50 שנה, וזאת מהסיבה שהעולם משתנה. כשקונים היום משהו באינטרנט, החברה נמצאת בגיאורגיה, השרת ברומניה, והמחסן בקפריסין. איפה אנו צריכים לשלם מע"מ? איזו חברה צריכה לגזור את המע"מ. בלי שזזנו מהכסא, נענו ב-4 מדינות. מערכת המשפט צריכה להסדיר את זה. בסילבוס יש קטע קצר של שבתאי רוזן, היועץ המשפטי הראשון של משרד החוץ, שם הוא מתאר איך כל פעולה פשוטה שעשה במהלך היום, איך כל שלב יש בו מגע של המשב"ל. זה שאנו לא מרגישים את זה, זה אומר שבד"כ זה עובד טוב. זה יהיה הקושי בהגדרת המשב"ל.

**הקדמה** – יש לנו הישראלים נטייה להסתכל על כל דבר אם הוא טוב או רע ליהודים. הרבה מהדברים שקורים במשב"ל משפיעים עלינו. הדברים שקורים הם לא נעשים כי מישהו חשב על היהודים. הפונקציה של אם זה טוב או ר852.ע ליהודים, לא היוותה סיבה ללמה הדין נוצר. נקודה נוספת – יש תחומים בהם נעסוק שיש להם נגיעה פוליטית. עלינו להחזיק יותר מדעה משפטית אחת. (דעות פוליטיות לא רלוונטיות).

כעת נכנס לשאלה של למה מצייתים למשב"ל, ובאופן כללי יותר – למה מצייתים למשפט בכלל?

ג'ון אוסטין הגדיר משפט: ***פקודה של הריבון מלווה בסנקציה***. מי זה הריבון? מי שמצייתים לו. אם אני רוצח מישהו, באה משטרה ומכוח הריבון במדינת ישראל שהוא הכנסת, שחוקקה את חוק העונשין, מכניסים אותי לכלא. אוסטין הלך צעד נוסף, הוא מסתכל ויש את החיה המוזרה הזו שנקראת המשפט הבינלאומי ואומר: היררכיה ברורה בין ריבון לנתינים – אין. מערכת פנימית של ריבון שיכולה לתת סנקציה יש? לא. היחס הוא אופקי. סנקציה זו לא מערכת משפט. ולכן בא אוסטין ואומר **שהמשפט הבינלאומי זה כללי נימוס**. האם מדינות הן מנומסות? לא, ולכן באים אחרי אוסטין שהוא פוזיטיביסט, באים הריאליסטים ומגחכים על אמירתו של אוסטין, הם אומרים שהזירה הבינלאומית מתנהלת ע"י כוח ופוליטיקה.

 המשפט הבינלאומי היא הלכה היפה שהחזק צובע על המעשים שהוא רוצה, כי הוא רוצה. למה האמירה הזו לא נכונה? האם ההגדרה של אוסטין נכונה למשפט מדינתי? גם במשפט המדינתי, הפחד מהסנקציה הוא לא הסיבה היחידה שבגללה אנו מצייתים לחוק. מה יקרה אם מחר כולנו נחליט שאנו לא רוצים לציית לאיזשהו חוק. האם המשטרה תצליח לאכוף אותו? לא. משטרה עובדת רק בגלל שרובנו מצייתים לחוק. אם כולנו נציית לחוק כי אנו מפחדים מסנקציה, לא תהיה סנקציה. אחוז הגניבות במדינת ישראל שנתפסות הוא 7%. ועדיין רובנו לא גונבים. אז מה הסיבות הנוספות? 1. סיבה אחת – **מוסר**. יש הרבה נורמות חוקיות שהסיבה המרכזית שרובנו מצייתים להם היא מוסר. 2. סיבה שנייה שאנו מצייתים להרבה מאוד נורמות – **הרגל, תרבות, הבנייה חברתית**. יש הרבה חוקים שאנו מצייתים להם כי אנו חלק מתרבות מסוימת. אם כן, זה לא רק שהחוק קובע את התרבות או התרבות מעצבת את החוק. זה הדדי. נוצר הרגל שגורם לרובנו רוב הזמן לציית לחוקים. 3. סיבה נוספת היא **תיאום** – במובן של זה שאנו צריכים לחיות אחד עם השני. אם לא יהיו חוקים החיים יהיו מסובכים. למשל: אדם אוהב לזוז ימינה ושמאלה בכביש, הרעיון לנסוע בצד ימין מטופש לדעתו, הוא רוצה לנסוע איפה שהוא רוצה. מה יקרה לו? יתנגש. לכן יש חוק שמטרתו הסדרת חוקי תנועה.יש צד שצריך לקבוע.

אם כן, יש לנו סיבה של תיאום, מוסר, סנקציה והרגל חברתי. 4. יש סיבה נוספת; למה אנו מכבדים את זה שנבחר מישהו שלא הצבענו לו? כי אלו **כללי המשחק**. יש הרבה מאוד כללים משפטיים שאנו מצייתים להם משיקולי הוגנות. גם לגבי משפט מדינתי, התיאור של אוסטין לא בדיוק מדויק.

כעת נעבור למשפט הבינלאומי. קודם כל יש לנו הפתעה – מתברר שרוב המדינות מצייתות למשב"ל רוב הזמן. למה אנחנו בד"כ מרגישים את ההפרות? אין כותרת "גם היום צייתה מדינת ישראל" – זו תופעה בה לא נותנים שימת לב מספקת לדברים חיוביים שקורים. יש לנו נטייה להעריך הערכת יתר את ההפרות ופחות לשים לב להמון מקרים בהם יש ציות.

אם רוב המדינות ברוב המקרים מצייתות למשב"ל וזו לא סיטואציה של פקודה של הריבון אשר מלווה בסנקציה, אז למה הן מצייתות?

1. **סנקציות** – נכון שבהרבה מהמקרים הסנקציות לא אחידות והסיכוי שתיענש יותר קטן מאשר במשפט המדינתי, עדיין יש סנקציות, ויש תחומים מסוימים בהם הסיכוי גדול יותר וזה ישפיע על ציות המדינות.
2. סיבה שראינו אותה בדוגמת רכישת מוצר מהאינטרנט – ברגע יש **אינטראקציה עם מדינות שונות בעולם**, צריך לקבוע כללים של תיאום. דבר דואר יעבור כמה מדינות עד שיגיע למחוז חפצו, ולכן יש את אמנת הדואר – צריך היה לקבוע אמנות שיסדירו את הדברים האלה.
3. **תמריצים חיוביים** - המשב"ל מספק תמריצים חיוביים לציית לו. בין השאר זה פונקציה של אמינות. חברות כלכליות יודעות שאם מדינה נחשבת כמצייתת למשב"ל, כנראה היא תתנהל בצורה הגונה – ואז זה מזמין עסקים.
4. **דעת קהל** – דעת הקהל היא משני סוגים: פנימית וחיצונית. יש לנו חברים בעולם ובד"כ אכפת לנו מה הם חושבים, וזה לפעמים משפיע על איך שאנו מתנהגים. יש גם דעת קהל פנימית . דוגמא לכוח של דעת קהל פנימית – בית משפט פלילי בינלאומי – חברות בו צרפת ובריטניה, אם לא הן אין סיכוי שהיו מקימים את בימ"ש זה, כי הן חברות במועצת הביטחון. אם היו מציעים להקים טריבונל כזה נגדם, הן היו מטילות וטו. אז למה הן הצטרפו? כי דעת הקהל הפנימית שלהן לא הייתה מרשה להן לא להצטרף. יש מדינות בהן דעת הקהל הפנימית מפעילה לחץ על המדינה לציית למשב"ל.
5. **הפנמת הנורמה** - קיימת קהילה של משפטנים בינלאומיים שנפגשים בוועדות, כנסים, מנסחים חוקים בינלאומיים. זה חלק מהתרבות שלהם, ויש להם בנוסף תרבות מדינתית שלהם. הם באים למדינה שלהם ומספרים שהם ישבו בוועדה והגיעו לרעיונות שונים. יש גם במשב"ל אלמנט של הרגל תרבותי. הקהילה הבינלאומית מהווה נקודת מגע בין התרבויות המדינתיות לקהילה הבינלאומית. היא מייצרת נורמות ברמה הבינלאומית ו"מביאה אותם הביתה". במשפט המדינתי יש הפנמת הנורמה. גם במשב"ל זה קורה ע"י קהילת המשפטנים.

הטיעון שאומר: אבל אמריקה יכולה לעשות מה שהיא רוצה, או רוסיה יכולה לעשות מה שהיא רוצה, או סין, או למשל: צפון קוריאה שתוקעת אצבע לעולם בעין – זו גרסה מתחכמת לאמירה: הכל מושחת. הכל פוליטי. המדינות בעולם מחולקות ל3 סוגים: 1. מעצמות שיכולות לעשות הרבה ממה שהן רוצות (לא הכל). רוב המדינות לא תהיינה מעצמות. 2. סוג שני של מדינות שיכולות לעשות מה שהן רוצות אלו מדינות מבודדות – אין אמצעי לחץ, בעל הבית השתגע, לא אכפת לו מכלום – דוגמא: צפון קוריאה. רוב המדינות לא רוצות להיות מבודדות, אפילו צפון קוריאה לא מבודדת לחלוטין, היא דואגת לא לעצבן את סין, ביום שהיא תעצבן את סין – נגמר. 3. רוב המדינות לא רוצות להיות מבודדות והן נמצאות אי שם באמצע – לא מעצמות ולא מבודדות והן מצייתות רוב הזמן למשב"ל.

לסיכום; רוב המדינות מצייתות למשב"ל בגלל יחסי גומלין, תמריצים חיוביים, סנקציות, דעת קהל פנימית וחיצונית.

למה רוב המדינות לא מקיימות רצח עם? בגלל מוסר, יש נורמות במשב"ל שהן שאלה של מוסר.

המשב"ל הוא לא משפט מדינתי. ז"א – הסיכוי לחטוף סנקציה הוא יותר קטן במשב"ל מאשר במשפט המדינתי. מכיוון שאנו בין השאר נמצאים במיקס שקשה לדעת מה משפיע עלינו, מפחדים מסנקציה, אם הרכיב הזה קטן יותר, אז ביחס למשפט מדינתי אפשר לומר שפחות מצייתים למשב"ל. זה לא אומר שהוא בדיחה/פוליטי/חסר ערך/לא אפקטיבי/נימוס, אלא שרמת הציות שלו היא פחותה מרמת ציות של משפט מדינתי רגיל.

מה השיקולים שמשפיעים על לא לציית? גם במשפט מדינתי יש הפרות של החוק מידי פעם (יש פושעים בכלא, רבים מאיתנו חוצים את הכביש באדום). כנ"ל במשפט הבינלאומי, ולכן הפרות לא צריכות להביא אותנו למסקנה שהמשב"ל לא אפקטיבי.

נעבור על הסיבות שיכולות להוביל מדינה לא לציית למשב"ל. אם זה כ"כ נפלא לציית, למה מדינה עשויה להחליט לא לציית?

1. **דעת קהל פנימית** – לפעמים הציבור שלך לא רוצה.
2. **אינטרסים לאומיים מסויימים שגורמים למדינה להחליט לא לציית**.
3. **היעדר חשש מסנקציה** – החשש כ"כ קטן שהמדינה מתפתית לא לציית.
4. **כמה הכלל לגיטימי** – (זה הפוך של המוסר) – יש כללים שהתחושה הציבורית היא שהם לא לגיטימיים.
5. **מידת הכח הפוליטי/מיקום המדינה בעולם** – יש מעצמות שתוכלנה לעשות הרבה ממה שהן רוצות, יש את המדינות המבודדות שכנראה גם יכולות לעשות הרבה ממה שהן רוצות, ורוב המדינות באמצע כנראה רוב הזמן תצייתנה כי הן לא תהיינה מעצמות ולא רוצות להיות מבודדות.

נסכם את הסיבות ללמה מדינות לא מצייתות: דעת קהל פנימית, אינטרסים לאומיים, חשש מסקציות, מידת הכוח הפוליטי/מיקום המדינה בעולם.

מה עושים במשב"ל עם בעיה של שונות תרבותית? זה מורכב – יש הרבה דרכים באמצעותן מנסים להתמודד, לעיתים קובעים הסדרים שונים לאזורים שונים. יש מוסד בשם **ISO** ( International Organization for Standardization)– שאחראי לקבוע סטנדרטים כדי שהעולם יהיה מתואם אחד עם השני.הם קובעים סטנדרטים להמון דברים – כמו: גודל מכולה בספינה, סטנדרטיים בינלאומיים לניהול. בין השאר יש ISO שעוסק בלחץ הגז במצית. הבעיה היא שמי שישבו ועשו את הISO הראשון בנושא היו אירופאיים ולא הבינו שהלחץ האטמוספרי באזור קו המשווה שונה, ולכן קבעו לגבי לחץ המצית סטנדרטיים שונים לפי קווי רוחב. בהרבה מקרים יש עניין של שיקול דעת למדינה איך ליישם את הכלל. ולפעמים זה לא עובד וכופים על המדינות נורמות שהן לא רוצות. גם בארץ יש חוקים שלא מתאימים לתרבות/להעדפות של אנשים שונים במדינה.

בשלב זה נחזור לנקודה בה התחלנו; ניסינו לצייר תמונה מורכבת, יש סיבות שגורמות למדינות לציית, או לא לציית, רוב המדינות מצייתות רוב הזמן אך עדיין יש הפרות, יש אלמנטים נורמטיביים ויש אלמנטים של כוח. במילה פשוטה – המצב מורכב. זו בדיוק הסיבה בגללה אל לנו לרוץ מהר להסברים הפשוטים של:זה הדבר הכי נפלא/הדבר הכי נורא. וזה מאוד חשוב. בד"כ אנו מגבשים את הדעה שלנו ממשהו שעצבן אותנו/השפיע עלינו מאוד, ובמקום להסתכל על התמונה המורכבת אנו מגבשים דעה על בסיס מקרה נקודתי, וזה רע.

**סקירה היסטורית של המשפט הבינלאומי:**

משב"ל תמיד היה במובן הכי פשטני שהיו תרבויות שונות שהיו צריכות להסדיר יחסים ביניהן. יש אמנות חקוקות בסלע בנות 3,000 שנה על גבול סוריה-עיראק. המשב"ל כפי שאנו מכירים אותו היום מתפתח באופן הדרגתי באירופה מימי הביניים המאוחרים ואילך יחד עם תהליך הדרגתי של המדינה. מדינה זה יצור שמתפתח באופן הדרגתי מהמאה ה-13 עד סוף המאה ה-19. נהוג להגיד שהמדינה נולדה ב1648 עם חתימת הסכמי השלום בוספליה שסיימו את מלחמת 30 השנה. הנסיכויות השונות הסכימו לא להתערב בעניינים הפנימיים האחת של השנייה. לידת המדינה בוספליה זה מיתוס שהומצא במאה ה19. יחד עם זאת כדאי לדעת את המיתוס. במציאות מדינה זה דבר שמתפתח באופן הדרגתי, וכך גם המשב"ל. ככל שהמדינה מתפתחת גם התחומים שהמשב"ל עוסק בהם מתפתחים. במאה ה17 מלבד מלחמה ושלום מתחילים לעסוק גם בים. במאה ה19 קורית המהפכה התעשייתית ואיתה יש פתאום הרבה יותר נושאים שצריך להסדיר, אמנת הדואר הראשונה נחתמת, אמנה שמסדירה שייט בנהרות באירופה, אמנת הטלגרף. בנוסף עוד דבר נהיה מתועש – ההרג האנושי; קרב גטיסבורג מפורסם עד כדי כך מהסיבה שהוא הקרב העקוב ביותר מדם בהיסטוריה המודרנית – 75,000 איש ב-3 ימים. ככל שהמלחמה יותר מתעושת מתחילים ניסיונות להסדיר את המלחמה באמנות שמנסות לעשות את זה יותר מסודר. מה שאנו רואים מאמצע המאה ה19 עד מלחמת העולם הראשונה זה מרוץ דו כיווני: מחנה השלום מנסה לפתח את המשב"ל כדי למנוע מלחמה, ומחנה שני מנסה לפתח נשקים כדי להצליח במלחמה. בעקבות מלחמת העולם הראשונה מנסים למנוע מלחמה כזו ומתחילים להקים ארגונים בינלאומיים מודרניים ראשונים. חבר הלאומים הוא המפורסם ביניהם, יש גם את ה**ILO** (International Labour Organization) שקיים עד היום וקם אז. יש לנו מרוץ בין מי שמנסה להסדיר כדי שלא תהיה מלחמה לבין מי שמנסה לפתח נשקים, וזה מתפוצץ שוב במלחמת העולם השנייה. בעקבותיה מתפתחת התובנה שהמשב"ל צריך הרבה יותר לפנות לבני האדם, בעוד שעד אז לתקופה של 150 שנה הוא פנה בעיקר למדינה. מתפתחת תובנה שכדי להסדיר יחסים בינ"ל המשב"ל חייב בהרבה תחומים לחדור את מסך הריבונות (מקביל למסך התאגיד). עושים זאת ב-2 דרכים: 1. **משפט בינלאומי** - בנירנברג טענו הנאצים שאין הם התחייבו לקיים את האמנות שגרמניה התחייבה אליהן, אלא גרמניה עצמה, תבואו בטענות לגרמניה, ואז עונים להם – גרמניה זה תאגיד, מאחוריה יש אנשים שמחוייבים לקיים את הנורמות שגרמניה התחייבה אליהם וזו המפלגה הנאצית במקרה זה. 2. **הגנה על אנשים – דיני זכויות אדם בינ"ל**. המשב"ל מעניק הגנות לפרטים (דיני זכויות אדם, הגנות כלכליות – אדם יכול באיחוד האירופי לתבוע מדינה על שהפרה את כללי האיחוד האירופי).

תהליך היסטורי אותו סקרנו, הוא הסיבה שקשה לנו לתאר מהו המשב"ל, משום שזו מטרה זזה, יש תחומים עדיין שמתנהלים כמשב"ל קלאסי שפונה למדינות, יש תחומים שזה לחלוטין כבר פונה לאדם מבחינת הגנות או מבחינת הסנקציות או מ2 הכיוונים. זה שזה מטרה זזה ומתפתחת ותחומים שונים שמתפתחים בקצב שונה, בעלי אופי שונה, ולכן קשה מאוד לתת תיאור אחד שמתאר את כל התופעה שמכונה משב"ל. זו חיה מוזרה שמאפייניה שונים מתחום אחד לתחום אחר.

המשב"ל קיים, מתפתח ותופח.

**שיעור 2- 10.11.16:**

היום אנחנו נעסוק במקורות המשב"ל, ובעיקר במקור שנקרא "מנהג".

**מקורות המשב"ל**

אם אנו רוצים לדעת איפה נמצא המשפט הישראלי, דין מדינתי של מדינת ישראל, איפה אנו מוצאים את הדין הזה? איך מגלים מה זה הדבר הזה שאנו קוראים לו "החוק הישראלי"? - סח"י (ספר החוקים הישראלי), קובץ התקנות, ילקוט הפרסומים, העיתון הרשמי. קיימת סדרה של מקורות שהם מהווים את הדין הישראלי.

כעת אנו צריכים לאתר את מקורות המשפט הבינלאומי, מה זה המשפט הבינלאומי? היינו חושבים שבמשפט מדינתי זה יהיה מסודר ובמשפט בינ"ל יותר מבולגן, אבל ראינו שגם במשפט המדינתי השאלה "מהם המקורות שנחשבים "המשפט" של אותה מערכת משפט" זו שאלה מורכבת. בהקשר של המשב"ל, המקורות המרכזיים, המסורתיים, מפורטים בס' 38 לחוקת ביה"ד הבינלאומי בהאג הICJ (international court of justice) – עוסק בסכסוכים בין מדינות. (לא הICC – שעוסק בפשעים- international criminal court ). מדינות צריכות להסכים להידון בפניו. למרות שאין היררכיה ברורה במשב"ל, הוא ביה"ד הנחשב ביותר.

חוקת הICJ בס' 38 מציינת את המקורות המשפטיים המרכזיים שעליהם בית הדין צריך להסתמך בפסיקותיו. כפועל יוצא של זה, יוצא שזה לא שחוקת הICJ היא זו שקבעה שאלה המקורות של הדין הבינלאומי, אלא היא רק מציינת זאת.

הסעיף (ס' 38) מחלק את המקורות ל-2 סוגים:

* **2 המקורות הראשונים זה**: 1. דיני אמנות 2. דין מנהגי.
* **3 מקורות משניים**: 1. עקרונות משפט *כלליים המשותפים* למערכות משפט רבות (זה מקור שמשמש למילוי לאקונות). 2. *פסיקה* של בתי דין בינלאומיים אחרים או שלו עצמו. אין עקרון תקדים מחייב במשב"ל, זה מקור משני. 3. *ספרות מקצועית ודברי מלומדים*.

יש עוד מקורות במשב"ל מלבד אלו שמופיעים בסעיף. אבל אלו המקורות המרכזיים הראשיים והמשניים.

**המנהג**

מהו מנהג? המשל הקלאסי שנמצא במשב"ל שמסביר מהו מנהג זה משל השביל בין 2 כפרים באלפים. היה היו 2 כפרים באלפים ולא היה שביל ביניהם. איפה הלכו כדי להגיע מכפר אחד לשני? איפה שרצו, לא היה שביל. מה קורה לאט לאט? הדשא מתחיל להירמס במקום מסוים, מפסיק לגדול במקום מסוים, ולאט לאט מתהווה שביל. זה האלמנט הראשון במנהג, לאט לאט נוצרת פרקטיקה שאומרת שאנשים מפנימים איפה הם צריכים ללכת. האלמנט השני (והוא מאוד אירופאי) זה שאנשים מתחילים ללכת בשביל כי מרגישים מחויבות חוקית ללכת בשביל (מקביל לכביש – גם אם לא הייתה פקודת תחבורה הייתה מחויבות לנסוע בכביש ולא לדרוס אנשים במדרכה).

**2 הרכיבים לקיומו של מנהג הם**:

1. פרקטיקה מקובלת בקרב המדינות (**state practice**)

2. תחושת מחויבות לציית לכלל (יסוד נפשי של מדינות) (**opinio juris = oj**). דוגמא: מים טריטוריאליים – עם השנים מדינות התחילו להתנהג בשטח הים שצמוד לחוף שלהם כאילו הוא חלק משטח אותה מדינה, עד שהתפתח מנהג שטווח מסויים מהחוף (שהשתנה עם השנים) הוא המים הטריטוריאליים של המדינה ודין המדינה חל בו כאילו זה קרקע שלה. ("מרחק ירי כדור התותח מחוף הים").

מה הבעיה בדרך זו של התגבשות כלל משפטי?

* נחזור למקרה השביל, ונדמיין 30 שנה לפני שנהיה קו ברור – יש לנו אזור בו הדשא טיפה יותר רמוס. כנ"ל לגבי מנהגים – בדרך כלל מנהג הוא עמום ב-2 דרכים לפחות: 1. עלול להיות ויכוח בין מדינות שונות האם קיים מנהג או לא קיים (נניח שהן מסכימות שקיים מנהג – מתי התחיל המנהג, כאשר הסכסוכים הם על אירועי העבר). 2. מה הפרטים המדויקים של המנהג – גם אם אנו מסכימים בכללי שאין וואקום משפטי אלא שיש הסדרה לנושא, אנו עשויים להתווכח על הפרטים (הבדלי תרבות, אינטרסים, חוסר עקביות).
* קיימת בעיה נוספת והיא שאף פעם לא מתחילים מאפס. מעט מאוד תחומים במשב"ל פתאום צצים מאפס. המשמעות היא שכדי לייצר מנהג חדש, הדרך היא בעצם להפר את החוק, רק אם מספיק מדינות תפרנה את החוק ייווצר מנהג חדש – זה מנגנון שמעודד במידה מסוימת הפרה.
* עניין נוסף בעייתי במנהג הוא שיש תחומים שונים שבהם רוב המנהגים קודמים לרוב המדינות- מדינות לא באמת מסכימות לכלל, הכלל נכפה עליהם כי הוא קיים לפניהן. בתחומים שלמים המנהגים נקבעו שהיו 68 מדינות בעולם, או 300 נסיכויות אירופאיות שרק אותן ספרו, והכללים הללו מחייבים את כולנו היום.

אז למה בכל זאת לא אומרים: נזרוק את השטות שנקראת מנהג ונסתמך רק על אמנות?

* בהרבה מאוד מקרים עדיף לאנשים ולמדינות כלל רע או כלל לא אידיאלי עבורן מהיעדר כלל. כאוס הרבה יותר רע לרוב האנשים מלבד לחזקים ממש, מאשר כלל שאינו טוב.
* עלויות עסקה – לפעמים קשה להסכים בין בני אדם. הרי יש כ-200 נציגי מדינות בחדר – הסיכוי שיסכימו על משהו הוא אפסי. בתחומים מסוימים עדיף להסתמך על כללים מנהגיים קיימים מאשר היעדר כלל.

כעת נבדוק את הרכיבים השונים שנדרשים כדי לזהות מנהג:

1. **פרקטיקה של מדינות** (state practice) – כדי לגלות אם יש פרקטיקה של מדינות צריך לבדוק האם יש כלליות/נרחבות. אם היינו חיים בעולם אידיאלי היה מנהג רק שכל המדינות כל הזמן היו נוהגות כך. מה הבעיה אם היינו דורשים רף כה גבוה? הדבר העקבי היחיד בבני האדם זה שהם לא עקביים. מדינות זה אנשים שמנסים לתאם יחד, הסיכוי לעקביות יותר קטן. בעולם אידיאלי היינו דורשים כדי שיתמלא הכלל של כלליות ונרחבות זה שכולם יקיימו את המנהג, אך א"א לדרוש רף כה קבוע כי התנהגות אנושית מטבעה אינה עקבית. אנו מעשיים ולכן דורשים שרוב גדול של מדינות ינהג כך ברוב הגדול של הזמן. הכנסנו רכיב של הערכה סובייקטיבית ויתחילו חילוקי דעות (רוב גדול).
2. תנאי שני – **עקביות** – אנו מצפים שכלל, פר מדינה, תהיה עקביות בה. ושוב – בעולם אידיאלי היינו דורשים עקביות מוחלטת, בעולם מעשי דורשים ש"ככלל" כל אחת מהמדינות תנהג כך. כדי לזהות sp צריך שרוב המדינות ינהגו ככה (כלליות) ושכל מדינה תנהג כך רוב הזמן (עקביות). כמה זמן? כדי לקבוע משהו שהוא רוב ועקבי, צריך טווח זמן מסוים למבחן. מספיק שהן יהיו עקביות כך 5/10/20/100 שנה? כמה זמן נדרשת עקביות וכלליות? התשובה היא שבעבר ככלל ההשקפה הייתה של זמן מאוד ממושך (עשרות/מאות שנים). עם זאת, כיום יש נכונות להכיר גם בהתפתחות של מנהג תוך טווח זמן קצר. הכלל בנוגע למתי התפתח מנהג מהר הוא שייתכנו מצבים בהם תוכר התפתחות של מנהג למרות שחלף זמן קצר, יחד עם זאת, בהקשר הזה, כדי לקבוע שזה המצב, יהיה צורך בסיטואציה בה הדרישה של כלליות ועקביות תהיה הרבה יותר חזקה (טווח קצר עם כלליות כמעט מושלמת ועקביות כמעט מושלמת). דוגמא: נניח שנכון ל8.9.01 הכלל המשפטי אמר שהזכות להגנה עצמית אינה חלה בעימות מול ארגון טרור אלא רק בין מדינות. ב-11.9.01 נפלו מגדלי התאומים. יום למחרת כל מדינות העולם כמעט מחליטות שמקבלות את עמדת ארה"ב וחלק מהן אף מצטרפות ללחימה עם ארה"ב כנגד ארגון זה. בסיטואציה מאוד קצרת זמן יש כלליות כמעט אוניברסאלית (אפילו איראן הסכימה לזה) – זו אגדה שהיא המקרה הקלאסי. מקרה אחר קלאסי – המשפט המנהגי שעוסק במרחב האווירי התפתח תוך מספר שנים אחרי שהמציאו את המטוס והתחילו לזרוק ממנו פצצות – כיוון שצריך להסדיר את זה. ז"א, שייתכנו מצבים בהם יתפתח מנהג תוך זמן קצר ולשם כך נדרוש עקביות וכלליות מאוד חזקים . זה משפט שחוב לבחינה. (במבחן בשאלת קייס ניתן לנצל עמימות של הגדרות אלה לכאן ולכאן).

את **ההתנהגות של איזה מדינות צריך לבחון כדי להגיע למסקנה שיש מנהג**? האם כל המדינות בעולם? אם אנו רוצים לקבוע את דיני המרחב הימי הטריטוריאלי, כנראה ששוויץ לא רלוונטית. ז"א, יש מקרים שבהם לא צריך לבדוק את ההתנהגות של כל המדינות בעולם. המקרה היחיד המובהק זה מנהגים שנוגעים למרחב טריטוריאלי ימי שאז כנראה לא צריך לשאול את המדינות שאין להן מוצא לים. עם זאת, יש הטוענים שהמקרה המובהק הזה הוא ביטוי לכלל נרחב יותר שאומר שלא צריך לבדוק את כלל המדינות, אלא המדינות המושפעות/המשפיעות במיוחד. מקרה קלאסי – בדיני הים נלך למדינות שיש להם צי ימי. יש עמדה שמחזיקים בה הרבה מאוד אנשים שאומרת שלא צריך לבדוק את התנהגות כלל המדינות. מה הרציונל של הכלל הזה? הרציונל הוא שאם לכל דבר נחפש את ההתנהגות של כל ה200 מדינות בעולם ונצפה לעקביות – לא יהיו מנהגים. לכן מן ההיגיון להסתכל על המדינות שבאמת ביומיום מתעסקות בעניינים האלה. ז"א, בדיני מלחמה כדי לקבוע מה המנהג נצטרך להסתכל רק על המדינות שנוהגות להיות מעורבות במלחמה. (שוויץ היתה מעורבת במלחמה לאחרונה ב1592 ויחד עם זאת, השוויצרים, ורוב העולם מסכים איתם, נחשבת כמדינה מאוד משמעותית בתחום דיני הלחימה – שם נמצא המשרד המרכזי של הצלב האדום, אנשיו הראשיים ממונים ע"י ממשלת שוויץ). הנקודה היא שלקבוע מי המדינות המשפיעות/מושפעות זו שאלה מאוד מאוד לא פשוטה והיא תהיה שנויה במחלוקת, ולכן יש מי שאומר שאין דבר כזה, תבדקו את הפרקטיקה של כל המדינות מלבד מקרים שזה לא הגיוני (כמו בדוגמת הים).

2 בעיות נוספות בלבדוק רק את התנהגות המדינות המשפיעות:

1. **אנו צריכים להבין למה המדינה לא פעלה** וזה מסובך כי יכול להיות שהיא לא פעלה לא כי היא לא מושפעת אלא כי איימו עליה שתשב בשקט, או לחלופין יכול להיות שלא פעלה כי חשבה שהכלל אוסר עליה לפעול בהיעדר אירועים – למשל, רובנו לא רוצחים – שזו הפעילות הרלוונטית לעניין האיסור לרצוח. הרבה פעמים אי התנהגות זה מאוד חשוב, אבל מאוד קשה לפרש מה המשמעות של זה. מכל הסיבות הללו יש חילוקי דעות: א. האם הכלל הזה קיים או לא. ב. בכל מקרה ספציפי, גם אלה שיסכימו שהכלל קיים, יהיו חילוקי דעות מיהן המדינות הרלוונטיות שצריך לסקור.
2. שאלה שנייה לגבי האם צריך לשאול את כל המדינות זו שאלה של **האם המנהג צריך להיות אוניברסאלי או האם יכולים להתפתח מנהגים אזוריים?** ברמה העקרונית כולם מסכימים שיכולה להיות סיטואציה של מנהג אזורי, וזה הגיוני. מדינות הן בד"כ באינטראקציה עם השכנות שלהן לכן ברור שייווצרו מנהגים שונים באזורים שונים וזה בסדר. הבעיה היא שלתחם תמיד את האזור ממנו דוגמים כדי לקבוע שהתפתח מנהג אזורי זה תמיד בעייתי. אלה שירצו לטעון שיש מנהג ידגמו שטח קטן, אלה שירצו לטעון שאין מנהג – ירחיבו את אזור הדגימה. המקרה המפורסם בו עסקו בשאלה זו זה מקרה בו אדם מסוים ניסה לעשות הפיכה בפרו, כשנכשל הוא ברח לשגרירות קולומביה. פרו טענה שקולומביה צריכה להסגיר אותו, קולומביה טענה שיש מנהג אזורי שמעניק מקלט מדיני למהפכנים/לפושעים פוליטיים. ביה"ד קבע שתיאורטית יכולים להיות מנהגים אזוריים אבל במקרה ספציפי זה, לא הייתה מספיק התנהגות עקבית כדי לקבוע שיש מנהג אזורי כזה.

מה קורה אם מדינה לא מרוצה מהכלל המנהגי, על בסיס מה קובעים שהוא מחייב אותה?יש סיטואציה אחת בה דין מנהגי אינו מחייב מדינות והוא סיטואציה של מדינה שנקראת: **מתנגדת עקבית**.

הערה- יש דעת מיעוט משמעותית שאומרת שלא קיים אפילו כלל של מתנהג עקבי. דעת הרוב היא שקיים כלל זה.

כלל המתנגד העקבי אומר שמדינה לא תהיה מחויבת לכלל מנהגי אם היא התנגדה אליו באופן ברור ועקבי עוד מרגע היווצרו.

מהם הכללים למתנגדת עקבית?

1. **ההתנגדות צריכה להיות מפורשת**. סתם אי התייחסות לנושא לא מספיקה. מדינה צריכה להצהיר: אני נגד דבר זה. וזה מפיל את רוב המדינות כי בד"כ, אם זה לא מציק לך עכשיו אתה לא אומר שום דבר על זה, אלא שותק כדי לא להסתבך. עצם השתיקה גורמת לך לפספס את ההזדמנות להיחשב מתנגד עקבי.
2. **ההתנגדות צריכה להיות החל מזמן היווצרות המנהג**. מדינה לא יכולה להיות מתנגד עקבי לכלל מנהגי שהתפתח לפני שנוצרה. זה לכאורה נראה מוזר, אך מקרה בו קמה מדינה, והמדינה דופקת על דלתות מדינות אחרות ורוצה שיתייחסו אליה כמדינה, אומרים לה: כדי להיות חברת מועדון תתכבדי לכבד את כללי המועדון (שליש ממגילת העצמאות הישראלית מתחנפת לאו"ם).
3. **ההתנגדות צריכה להיות עקבית** – מה שמפיל עוד הרבה מדינות.

בגלל שקשה לדעת מתי נולד מנהג, עשוי להיות וויכוח האם התנגדת מהיום שהוא נולד. דוגמא: אין ספק שקיים כלל כיום שלמדינה אסור להשיג שטח כתוצאה מכיבוש במלחמה. אין ספק שכלל זה קיים כבר באירופה. השאלה היא מתי זה הפך לכלל מנהגי בינלאומי. ישראל טוענת שזה עבר לכלל מנהגי אוניברסאלי אחרי 67, כדי שתוכל לטעון שהחלת הריבונות על רמת הגולן למשל – לא מפרה את המשב"ל. מרבית המדינות טוענות שהדין המנהגי היה קיים כבר לפני 67 (1815/1818).

הרעיון של המתנגד העקבי, המטרה שלו הוא לאפשר יותר לגיטימציה להסתמכות על דין מנהגי כי הוא יוצר אופציה. הוא אומר שיכלת לא להסכים, יכלת להתנגד.

קיים **חריג** לכלל המתנגד העקבי והוא שאי אפשר להתנגד לכלל מנהגי שהוא יוס קוגנס – **jus cogens** - דין קוגנטי – נורמות מנהגיות הכי עקרוניות– כמו איסור עבדות. אי אפשר להיות מתנגד עקבי לנורמות אלה – אלו זכויות אדם מאוד בסיסיות (כמו איסור לעינויים). מדינה לא יכולה להגיד: אצלנו יש עבדות מימי אדם וחוה, אנחנו נגד.

**היסוד הנפשי של המדינות - opinio juris**

נשווה בין פרקטיקות מקובלות: לפרוש שטיח אדום כאשר מגיע שגריר/נציג של מדינה זרה. פרקטיקה שנייה מקובלת – בזמן מלחמה לטפל בפצועים של שני הצדדים. נדמיין 2 מדינות; אחת שנוחת אצלה שגריר ופורשת שטיח ירוק, ומדינה שבמלחמה אומרת שסדר העדיפויות שלה לטיפול הוא לא רפואי, אלא "עניי עירך קודמים". מי מביניהן הפרה דין מנהגי? המדינה עם הפצועים הפרה. למה? כי מדינות פורשות שטיח אדום ולא צבע אחר בגלל נימוס, לא מתוך תחושת מחויבות שזה הכלל המשפטי. לעומת זאת, הסיבה שמדינות מטפלות בפצועים לפי סדר העדיפויות הרפואי ולא לפי זהות לאומית כי מדינות שנלחמו ביצעו כלל זה מתוך תחושת מחויבות משפטית. השאלה היא לא חשיבות, אלא מאיפה זה הגיע – נימוס/תחושת מחויבות. כלומר השאלה פה היא מה המניע, בראשון המניע זה כללי נימוס, בעוד שבשני זו תחושת מחוייבות. בחלק מהדינים יש בסיס מוסרי, אבל יש גם הרבה מאוד דינים מנהגיים שאין בהם שום שאלה של מוסר, ועדיין המדינות נוהגות בדרך מסוימת מתוך מחוייבות שזה הכלל המשפטי.

חלק מהדינים בהם יהיה קל לזהות זאת, זה דינים בעלי בסיס מוסרי. הקושי הוא בשאלה שאין בה שאלה של מוסר, למשל קביעת מים טריטוריאליים – המנהג הוא מתוך מחויבות משפטית. יש דברים שאתה עושה מתוך כך שאתה מניח שזה החוק, ויש דברים שאתה עושה מנימוס.

ברור שלזהות מה נמצא בנפשו של אדם זה מורכב, אז לזהות מה נמצא ב"נפשה" של מדינה זה פי אלף יותר מורכב, בין השאר מהסיבה הבסיסית שלמדינה אין נפש, אבל גם מהסיבה שהמדינה מורכבת מהרבה אנשים בעלי כוונות שונות. לכן יהיה הרבה פעמים וויכוח האם המעשה נעשה מתוך OJ או לא.

**השלמה מהמייל:**
מה קורה כאשר ישנה התנגשות של הפרקטיקה בפועל לבין התנהגות המדינה?

**פס"ד ניקרגואה נ' ארה"ב** – 1986 – ה-ICJ דן באחריות של ארה"ב וניקרגואה לפעולות חמושות של קבוצות מורדים שהיא תמכה בהן. על פי **אמנת האו"ם** חל איסור על מדינות לעשות שימוש בכוח (נלמד את משמעות המונח "שימוש בכוח" בשיעור מאוחר יותר-לצורך  הפשטה הניחו שמדובר ביציאה למלחמה או בתמיכה בלחימה של גורם אחר). מסיבות פרוצדוראליות, במקרה הספציפי האמור, לא הייתה ל-ICJ סמכות לדון במקרה על סמך דין בינלאומי שמקורו באמנות אלא רק על פי  המשפט המנהגי. לכן, עלתה השאלה האם האיסור על שימוש בכוח הוא גם איסור בדין  המנהגי. הקושי: מדינות נוטות להשתמש הרבה בכוח בהפרה של הכלל לכן האיסור לא יכול להיחשב כמנהגי.  **ה-ICJ קובע כי מה שחשוב הוא שבמקרים בהם מדינות פעלו שלא בהתאם לכלל, הם  נתנו הצדקות והסברים ולא טענו שמותר היה להן להשתמש בכוח. מכך שמדינות מרגישות צורך לתת סיבות להתקפה ניתן ללמוד שהן מודעות לכך שהתקפה ללא הצדקה היא בלתי חוקית.**

**פס"ד Filartiga**  פס"ד אמריקאי מ-1980- עוסק בסוגיה דומה בנוגע לעינויים  (נכון שיש מדינות שמבצעות עינויים – אבל הן ככלל או מכחישות את המעשה או טוענות שמה שהן עשו לא נחשב עינויים; משמע, הן ממשיכות להצהיר מחויבות לכלל).

באופן כללי לכל הפחות בתחומים של זכויות אדם והגנות בדיני הלחימה – ניתן משקל חזק ל-OJ  גם שיש הפרות.  יחד עם זאת, היחס בין ה-OJ לפרקטיקה יכול להוביל גם למסקנה שאין מנהג; למשל בסוגיות הנשק  הגרעיני, יש מעט מאוד פרקטיקה, והפרקטיקה היא של אי שימוש. אולי ניתן להסיק מהפרקטיקה שיש איסור? לא, בעניין זה ה-ICJ הביא את  הצהרות המדינות השומרות לעצמן את הזכות להשתמש בנשק במקרה מתאים- כלומר הן לא  רואות באי השימוש איסור. לכן לא ניתן היה לדבר על כלל אוסר.

**הערבוב בין שני המישורים: הפרקטיקה המדינתית וה- opinion juris**

**מה אפשר לראות מן האמור לעיל לגבי היחס בין הפרקטיקה ל- OJ ותפקידם בגיבוש המנהג?** כפי שאפשר להסיק, קשה היום להפריד בין הניתוח של הפרקטיקה לניתוח של ה- opinion juris, בגלל שבשני המקרים מתמקדים למעשה בהצהרות ובהסברים של ההתנהגות ולא בפרקטיקה עצמה.

**שיעור 3- 16.11.16:**

**אמנות:**

מהי אמנה? ההגדרה של אמנה מופיעה באמנת וינה (1969) – אמנה שעוסקת בהסדרת דיני האמנות. אמנת וינה מכונה **"אמנת האמנות"**. נדבר על סוגי אמנות ונבין מה המשמעות והמטרה של אמנה כזו. צריך להבין שמרבית הסעיפים של האמנה הם סעיפים שחוזרים על דין מנהגי. זה לא שלפני 1969 לא היו דינים לאיך עושים אמנות.

אם כן, איך מוגדרת **אמנה** באמנת וינה?

1. **הסכם** – דבר שצדדים (שניים או יותר) הגיעו להסכמה עליו.
2. **בינלאומי** – זה לא חוזה פרטי. לפעמים מדינות תעשינה ביניהן חוזה פרטי.
3. **בין מדינות / בין מדינות וארגונים בינלאומיים** – מה קורה אם האו"ם חותם על הסכם עם האיחוד האירופי? הגדרנו אמנה וכאן יש הסכם בין 2 ארגונים בינלאומיים, האם זו אמנה בינלאומית? זו אמנה בינלאומית, אבל אמנת וינה לא חלה עליה. אמנת וינה הגדירה אמנה בינלאומית בדרך מסוימת, זו לא עומדת בהגדרה של אמנת וינה, היא עדיין אמנה בינלאומית אבל יחול עליה הדין המנהגי שמסדיר דיני אמנות, שבד"כ הוא זהה למה שכתוב באמנת וינה. המשמעות המעשית של זה היא שלמשל אם יש הסדר שכתוב באמנת וינה ויש ויכוח אם הוא מנהגי – לגבי זה יש הבדל.
4. **בכתב** - לפי אמנת וינה אמנה צריכה להיות בכתב. יחד עם זאת, אמנה יכולה להיות בע"פ מה יקרה אם האמנה בע"פ? יחול עליה הדין המנהגי שעוסק בדיני אמנות שהוא בד"כ מאוד דומה לאמנת וינה. דוגמא לאמנה כזו – השריפה בכרמל – הגיעו לכאן טייסים יוונים, קפריסאים, טורקים, שוויצרים. השוויצרים דרשו שיבטיחו להם שכל נזק שהם יגרמו, היה והם יגרמו, הם יהיו חסינים מפי תביעות בישראל. ראש הממשלה שלנו, בשיחת טלפון הבטיח להם את זה. מה הוא עשה בשיחה זו? אמנה – רק בע"פ, שעליה יחול הדין המנהגי, ולא אמנת וינה.
5. אותו הסכם **נשלט ע"י המשפט הבינלאומי –** לא סיכמו על כך שדין מדינתי יסדיר את האמנה. נניח 2 מדינות חותמות ביניהם הסכן וקובעות: הסכם זה, הדין שיחול לפרשנותו הוא שוויצרי. האם זה אמנה בינלאומית? לא, כי הסכימו שדין מדינתי יחול. (שאלה שלי: במידה וזה הסכם בין מדינות שחל עליהן הדין המדינתי, ואחת המדינה מפרה אותו, אז היא תצטרך לעמוד לדין עפ"י החוק במדינה שעליה הסכימו המדינות ביניהן).
6. האם אמנה חייבת להיות במסמך אחד? לא. אמנה יכולה להיות **סדרה של מסמכים**. יש אמנות ישנות שהן אסופה של תכתובות בין המנהגים ואז חייבים לעקוב אחרי כל התכתובת כדי להבין באיזה מבין המכתבים נסגר איזה סעיף. כל הדבר הזה הוא בעצם אמנה אחת.
7. **הכותרת לא משנה** - יש לנו אמנות שנקראות פרוטוקולים, ויש שנקראות חוקות, ויש שנקראות הצהרות, ויש שנקראות agreement. העניין זה שאין כותרת מוסכמת מבלבל ואומר שיכול להיות סיטואציה בה יהיו אי הבנות. כמו בחוזים; הסכם שהכותרת שלו היא זכרון דברים, אבל ביהמ"ש מגיע למסקנה שהייתה גמירות דעת וזה הפך להיות חוזה – כך גם יש מקרים כאלה במשב"ל. היה מקרה של חוזה בין קטר לבין בכרי שכותרתו הייתה: פרוטוקול מוסכם. זה מגיע לICJ – אחת המדינות טוענת שזה רק פרוטוקול, בו אמרו מה יסכימו בעתיד. אומר הICJ- לא, זו אמנה. הוא הסתכל על התוכן של המסמך ורואה שהם הגיעו למצב שיש ביניהם אמנה.

**עד כאן ההגדרות של הרכיבים של מהי אמנה**.

אמנות מחייבות רק את המדינות שחתומות עליהן. זהו הבדל מאוד משמעותי מדין מנהגי. בגלל זה, בין השאר, יהיה לנו חשוב לפעמים לדעת אם סעיף באמנה גם משקף דין מנהגי. אם זה רק סעיף באמנה, אז מדינה שלא חברה – זה לא מחייב אותה. אם זה משקף גם דין מנהגי, אז לא משנה לי לעניין הזה העובדה שהמדינה לא חתומה על האמנה.

הדין הבינלאומי והדין המדינתי מעט שונים במובן זה שמדינות הן גם יוצרות החוק וגם הכפופות המרכזיות של המשפט. הם גם הסוג המרכזי של הנתין של אותה מערכת, וגם יוצרות החוק. זה יוצר אופי שונה לדין. אחת הדוגמאות לזה נוגעת לה מה המשמעות של הפרת נורמה באמנה. הפרת נורמה באמנה זה: הפרה של חוזה/הסכם – יש לזה אלמנטים שמתנהגים באופן דומה להפרה של חוזה. יחד עם זאת, אמנה היא גם חוק. אחד ממקורות הדין המרכזיים של המשב"ל זה אמנה. המשמעות היא שברגע שמדינה מפרה אמנה היא מפרה חוק מבחינה בינלאומית. לא רק שהיא הפרה נורמה מסוג חוזה, והפרה חוק במובן הכללי, אלא היא גם הפרה עוד חוק של המשב"ל והוא הדין המנהגי שקובע שאמנות צריך לקיים. אחד מהדינים המנהגיים הכי יסודיים של המשב"ל הוא: **שאמנות צריך לקיים**.

**אמנות מולטירטרליות** – הן אמנות שהרבה מאוד מדינות חתומות. אלה הדוגמאות המוכרות היום. בשנות ה-50, המוכר יותר היה הסכמי שלום, הסכמי סחר. המשפחה הזו של אמנות מכילה הרבה מאוד סוגים של הסכמים.

כעת נדבר על דרכים שונות למיין אמנות. המיון כמיון הוא לא מעניין, אלא דרך סוגי המיונים השונים נלמד על תכונות של סוגי אמנות שונים.

חלוקות:

* חלוקה בין **אמנות בילטראליות לאמנות מולטילטראליות**  – בד"כ בילטראליות, האופי שלהן יהיה דומה, סוג ההסדרים שיהיה בהן יהיה דומה מאוד להסדרים חוזיים. התוכן יותר חוזי באופיו (זו עדיין אמנה בינלאומית). מולטיראטרליות – חלקן יהיו בעלי אופי חוזי ולעיתים האופי יהיה דומה יותר למעשה חקיקה. (שניהם חקיקה).
* אמנות שבאופיין יותר מתנהגות כמו חוזה, לעומת אמנות שבאופיין מתנהגות באופן דומה יותר לחוק (הרבה פעמים יהיו אמנות של שילוב, או הסדר באמצע).
* אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיביות. דקלרטיביות טוענות/מצהירות שכל מה שהן עושות זה מצהירות על דין מנהגי שכבר קיים. אמנות קונסטיטוטיביות מייצרות נורמות חדשות שיכולות להיות בעלות אופי של חוזה/אופי של מעשה חקיקה – הן מודעות לחלוטין ואומרות (וגם אם לא אומרות, זה ברור) שהן מייצרות דין חדש. למה צריך אמנות דקלרטיביות? המטרה המרכזית של אמנות דקלרטיביות היא להבהיר את הדין המנהגי – כי גם אם יש מנהג, מעצם זה שהוא לא כתוב, הוא יכול להיות לא ברור. ברגע שמתחילים לנסח את הפרטים הקטנים והמלל המדויק, מבהירים את הדין. סיבה נוספת מורכבת יותר היא שהרבה פעמים קיומו/אי קיומו של מנהג זה לא שחור/לבן. המדינות שמצטרפות לאמנה בעצם רוצות להגיד: יש כבר מנהג, זה כבר קיים וזה הדין. אם את חותמת על אמנה את תומכת בעמדתנו, ואם לא, פספסת את ההזדמנות אפילו להיות מתנגדת עקבית. שתיקה לא מספיקה כדי להיות מתנגד עקבי. רוב המדינות שתקו והם אמרו: לדעתנו מאוחר מידי, אי חתימה זה גם שתיקה, אז מדינה תצטרך לומר באותו שלב: אתן טועות לגבי זה שהתגבש המנהג ואני מתנגדת עקבית למנהג. החיים מורכבים ועמומים – בטוח בהקשר המנהגי. הרבה פעמים יווצר וויכוח, מדינה תגיד שהיא לא חתמה על אמנה, ושנתיים קודם הביעה קצת התמרמרות. אז דבר ראשון אין מנהג, ודבר שני, אם יש, הייתי מתנגדת עקבית אליו מהיום הראשון.

אם הייתה לנו דרך ברורה לדעת אם משהו הוא מנהג/לא, לא הייתה הבעיה הזו. אמנות קונסטיטוטיביות הן כלי לקדם מנהגים והם ייצרו וויכוחים בין המדינות שמעוניינות במנהג לאלה שלא, האם האמנה הקונסטיטוטיבית מייצגת מנהג. העצה היא לא להסתכל על אמנה כמכלול. אמירה כמו: אמנת ז'נבה היא מנהגית – זה לא נכון, צריך ללכת הסדר הסדר ולבדוק ספציפית לגבי ההסדר הזה אם הוא ספציפית מנהגי. לעיתים סעיף אחד כולל כמה סוגיות משפטיות, ולפעמים סוגיה אחת, הסדר, יתפרס על כמה סעיפים.

* יש סוג מיוחד של אמנות שהשימוש בו גובר – אמנות שמייצרות מוסדות בינלאומיים. בד"כ זה אמנות מולטיראטרליות, שאופיין הוא לא חוזי, ובד"כ זו תהיה **אמנה קונסטיטוטיבית** כי היא מייצרת מוסד שלא קיים. מה מיוחד בזה שמיוצר המוסד? נדבר בהמשך על מוסדות בינלאומיים. ברגע זה מה שמיוחד הוא שלפעמים חלק מהמוסדות האלה מקבלים סמכות לייצר נורמות מחייבות. (כמו שהכנסת מייצרת חוק ונותנת בו סמכות לשר לייצר תקנות, כאן מוקם מוסד בינלאומי לו ניתנות סמכויות לייצר נורמות שבחלקן מחייבות. למשל – חוקת האו"ם (זו אמנה, אבל כמו שאמרנו הכותרת לא משנה), מקימה מוסד שנקרא: מועצת הביטחון. מועצת הביטחון רשאית לייצר נורמות שמחייבות את כל המדינות החברות באו"ם – כל המדינות בעולם מלבד הוותיקן ואיי קוק. החלטות אלה נקראות: החלטות מכח פרק 7.

**איך כורתים אמנות**?

אמנות בילטראליות – זה המקרה הפשוט – באות מדינות וחותמות (מסכימות) ונגמר. באמנה מולטיראטרלית זה כבר יותר מסובך. עכשיו נחתם הסכם פריז שמנסה למנוע את התחממות האקלים. 195 מדינות היו שותפות במו"מ על ניסוח האמנה, כל מדינה הביאה נציגים מכמה משרדים. זה בלגן שלם לנהל דבר כזה. איך זה נראה? בד"כ מחלקים את הנושא שבו האמנה עוסקת להרבה תתי נושאים, יושבים בוועדות מומחים, כל וועדה עוסקת בנושא רלוונטי, ומדינה מחליטה לאיזה מבין הוועדות מעניין לה להגיע, ואז בדרך כלל באים ומקריאים את זה במליאת המדינות. מדינה בוחרת לאיזה חדרים היא מכניסה נציגים. ארה"ב בד"כ מכניסה נציגים לכל החדרים. הרבה מאוד מקרים יש ארגון בינ"ל שמנחה את האופרציה הזו. בהרבה מקרים זה האו"ם, הגורם הרלוונטי באו"ם. בתחום של דיני המלחמה זה הצלב האדום בד"כ והוא שם בוועדות השונות מומחים שלו. אחרי שהגיעו לנוסח מוסכם איך מדינה קובעת שהיא מסכימה? מה הפרוצדורה להראות הסכמה ומי הנציג שיכול לבטא הסכמה? נתחיל בשאלה הקלה;

מי הנציג שיכול לבטא הסכמה? נציג שהראה שהמדינה הסמיכה אותו באמצעות תו הסמכה. אופציה אחרת, מורכבת יותר, היא נציג שניתן להבין שהוא נציג מוסמך או מהפרקטיקה המקובלת בין המדינות הנוגעות בדבר או מנסיבות המקרה. דוגמא: המקרה הפשוט זה ראש הממשלה, שר החוץ, שר הביטחון, במקרים אלה ברור שזה הנציג המוסמך. היה מקרה בה ראש המדינה בא, חותם על חוזה, והזדעקו במדינה ואמרו: העברנו בפרלמנט חוק שהוא לא מוסמך. בד"כ שר החוץ/ראש הממשלה/שר הביטחון במקרים ביטחוניים, זו הפרקטיקה המקובלת בין המדינות. בנסיבות העניין, אם הוזמנו כל שרי איכות סביבה, מבינים שלשר לאיכות הסביבה יש סמכות. יהיו סיטואציה בהן ייווצרו בעיות בהקשר זה.

מה הפרוצדורה של הבעת ההסכמה? אופציה אחת, האופן בו נקבעת הסכמת האמנות הוא האופן בו האמנה קבעה שההסכמה תהיה מובעת. פעולה לפי בדרך שקבעה האמנה. יש 3 פרוצדורות נפוצות:

1. הייתה נפוצה יותר בעבר, אבל גם היום – **חתימה**. אם המדינה, הנציג הרלוונטי, חתמה – המדינה חברה באמנה.

2. היותר נפוצה – **אישרור** – מהלך דו שלבי: בא נציג המדינה, חותם פעם אחת, חוזר למדינה שלו, עושה מה שעושה (נדבר על זה בהמשך), חוזר פעם שנייה, חותם פעם שנייה, ברגע שחתם פעם שנייה, אז המדינה הופכת להיות חברה באמנה. למה מרבית האמנות המולטיראטרליות היום דורשות תהליך של אשרור?סיבה אחת – אתה יודע עם מה באת, אתה לא יודע עם מה אתה יוצא. במו"מ קורים דברים, המדינה רוצה שהנציג יחזור אליה ויראה שהיא אכן מוכנה לתוצר הסופי. עניין נוסף הוא שלפי המשב"ל, ככלל (יש חריג), העובדה שהדין המדינתי שלך לא אפשר לך לקיים התחייבות עפ"י האמנה, אינה מהווה תירוץ – אם מדינה עכשיו הפרה התחייבות, והיא אומרת שהיא הפרה כי הדין המדינתי שלה לא אפשר לה לקיים את ההבטחה. אומרים לה: זו בעיה שלך. עניין האשרור הוא מרגע החתימה, אתה חוזר הביתה, יש לך שהות במדינה מסודרת לתקן את החקיקה שלך כדי שלא תהיה סתירה בין הדין המדינתי לדין הבינ"ל. מה שקורה בבית משתנה ממדינה למדינה ומוסדר ע"י הדין המדינתי של אותה מדינה. יש מדינות בהן נדרש אישור פרלמנט, יש שלא נדרש בהן, יש מדינות בהן נדרשת חתימת הנשיא וזה סימבולי לחלוטין (כמו בישראל), זה משתנה ממקום למקום. זה לא מעניין את המשב"ל מה קורה במדינה – תחזור ותחתום שוב, מה שמתנהל במדינה שלך זה עניין של הדין המדינתי. אם חזרת וחתמת תדאג שהסדרת את הדין המדינתי שלך בהקדם, כי ההפרה לא תהיה מוצדקת בטענה שההפרה היא בגלל שהדין המדינתי לא מאפשר לך.

מה קורה אם חתם הנציג והמדינה לא מאשררת, וזה יכול להיות מ3 סיבות: 1.הנציג חתם והמדינה החליטה שהיא לא רוצה, המדינה רצתה והתחרטה, נניח משתנה שלטון. 2. הנציג חתם והבירוקרטיה הפנימית עוכרת אותו – יש מדינות לא יעילות שמסיבות בירוקרטיות נקבר התהליך. 3. נציג חותם כי לא נעים לו מנציגי המדינות האחרות, אבל יודע בסתר ליבו שלא יחזור לחתום.

אם מדינה חתמה ולא אשררה, באמנות שדורשות הליך דו שלבי של אשרור, המדינה לא מחויבת לכל סעיפי האמנה, אבל אסור לה לחתור תחת עקרונות היסוד של האמנה לנצח.

המשמעות משתנה מאמנה לאמנה כי תלוי באופי האמנה. נראה דוגמא קונקרטית: מעשה באמנת רומא שמקימה את ביה"ד הפלילי בהאג. מדינת ישראל לא יכלה שלא להשתתף בתהליכים מהסיבה שהיסטורית היא הייתה מהתומכות של משפט פלילי בינ"ל (בגלל הנאצים). היא חותמת, ביום האחרון מגלה שדחפו עיזים לאמנה שיהיה לה קשה לחיות איתם ולכן היא לא מאשררת. במקביל יש עוד מדינה שחתמה ולא אישררה – ארה"ב – שם מתחלף גם השלטון והוא מחליט שהוא לא רק לא מאשרר אלא מושך, מבטל, את החתימה. מי שקופצת על הרכבת זו ישראל. לא ברור שאפשר למשוך את החתימה. יש אמנות שמותר, יש שאסור ויש כאלה בהן לא נגעו בסוגיה זו. זה המקרה באמנת רומא – לא דנו האם ניתן למשוך. יחד עם זאת, לחתור תחת העקרונות היסודיים של אמנה זו זה לבצע רצח עם.

3. **הצטרפות** - יש אמנות שקובעות שעד שלב מסוים, נגיד 4 שנים, או עד שקורה משהו, האמנה נכנסת לתוקף, עד אז יש הליך דו שלבי, מרגע שעובר אותו תנאי עוברים להליך חד שלבי של הצטרפות. דוגמא – אמנת רומא קבעה שכדי שתכנס לתוקף 60 מדינות צריכות להצטרף לאמנה. כל עוד אין 60, הליך הוא דו שלבי, מרגע שחתמו ואשררו 60 מדינות, הוקם ביה"ד, עוברים להליך חד שלבי שנקרא: הצטרפות. למה? מהסיבה שאת יודעת כבר מה עסקת החבילה, תסדרי קודם את העניינים בבית לפני שאת באה אלינו. אין צורך בתהליך הדו שלבי יותר. יש אמנות שלא קובעות, אבל חשוב לדעת שזה חיה כזו קיימת.

האם ניתן לפרוש מאמנה? תלוי מה האמנה אומרת. אם האמנה לא אומרת כלום – יהיה וויכוח, ינסו לבדוק מה הייתה כוונת המדינות.

אנו מדברים על אמנה דו שלבית – חתימה ואישרור – מה שקורה במדינה לא מעניין את המשב"ל אלא מוסדר בדין המדינתי. יש מדינות כמו אנגליה בהן יש הצבעה של הממשלה, בדין המדינתי, ברגע שהממשלה הצביעה הנציג יכול לחזור לאשרר. יש מדינות בהן מערבים את הפרלמנט – מרבית מדינות אירופה, יש מדינות בהן יש פרוצדורה מיוחדת – למשל בארה"ב מערבים רק בית אחד מהפרלמנט – את הסנאט, אבל דורשים שאישור האמנה יהיה ברוב מיוחד של שני שליש. בישראל הסוגיה הוכרעה בבג"ץ קמיאר – שם נקבע שבישראל זה כמו באנגליה – אשרור של אמנה זו החלטת ממשלה. מה המשמעות מבחינת הדין המדינתי ומבחינת הבינ"ל – במדינתי, לכאורה – גם אחרי שהאמנה מאושררת אין לה מעמד בדין המדינתי הישראלי. למה זה לכאורה? כי בפועל יש הרבה מאוד השלכות לאמנה מרגע שהיא מאושררת, אבל זה שהכנסת לא מעורבת זה אומר שלכאורה אמנה מאושררת אין לה מעמד של דין ישראלי, היא צריכה להיות מאומצת לדין ישראלי. עצם הליך האשרור, **לכאורה**, לא יוצר לאמנה זו כל מעמד. לעומת זאת מבחינה הדין הבינ"ל – מדינת ישראל מחויבת. יש בפרוצדורה זו פוטנציאל גדול לסתירה בין הדין המדינתי לבינ"ל. במדינות בהן מערבים את הפרלמנט, האמנה בעצם הופכת לחוק ואז הסיכוי לסתירה בפועל הוא קטן מאוד. אז למה לעשות שיטה כזו? מה ההיגיון? למה זה טוב?

הדילמה היא שהיתרון בעירוב הפרלמנט היא שזה מקטין סיכוי לסתירה. החיסרון – זה מקטין את הסיכוי שתהיה אמנה. כל מדינה בחרה העדפה אחרת. חלק מהאמנות – המו"מ בהן צריך להיות סודי – אם אתה מערב את הפרלמנט, לפעמים זה פוגע בסודיות. לפעמים לא ניתן לנהל זאת באופן סודי, אלא מנהלים באופן פומבי בפרלמנט. יש מדינות שאוסרות אמנה סודית, בישראל אין כלל כזה. המציאות מורכבת ולא אופציה יש יתרון ויש חסרון.

בפועל אמנה שאושררה – יש לה השפעה על המערכת הפנימית הישראלית, זה לא שהיא נותרת ללא השפעה. בהמשך נדבר על ההשפעה. בפועל, מבלי שהפרלמנט היה מעורב, נתנו כוח לרשות המבצעת לשנות את הסיטואציה הנורמטיבית בישראל. האם זה אומר שצריך לעבור לשיטה האירופאית? לדעת המרצה – לא, כי המשמעות היא שכמות האמנות שתעבורנה היא אפסית, וכדי להיות שחקן בעולם צריך הליך פרקטי.

**שיעור 4- 17.11.16:**

היום נמשיך עם אמנות. אמנות- 1.זה הסכם בין מדינות שחל עליו המשב"ל. 2. לא משנה הכותרת. 3. זה יכול להיות יותר ממסמך אחד. 4. אחר ממקורות הדין של המשב"ל.

שאלה: מנסחים אמנה מולטילטראלית המדינה רוצה להצטרף אבל יש ס' אחד או כמה ס' שמציקים לה, למשל האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת שבתחום הנישואים והגירושים יהיה יחס שווה בין נשים לגברים. ישראל מאוד רוצה לחתום, אבל החוק הישראלי לא לחלוטין שוויוני בנושא, האם ישראל לא יכולה לחתום?- כדי לפתור את הבעיה הזאת המציאו את הקונספט של **הסתייגות**. הסתייגות הוא מסמך שמגישה מדינה במעמד החתימה שאומר שאני חותמת על האמנה מלבד על..., או בהכרזה מלאה ומסוימת של ס' מסויימים בתוך האמנה. זו הכרזה חד צדדית של מדינה שניתנת במעמד הצטרפותה לאמנה (הצטרפות ע"י חתימה או אשרור). ביום שהיא רוצה להיות חברה באמנה, כלומר ביום שבו היא מודיעה שהיא מצטרפת לאמנה בהחרגה ובשינוי של ס' מסויימים וציונם. העולם היה טוב אם מדינות היו קוראות לזה הסתייגות, ב-99% מהמקרים הן יקראו למסמך הסתייגות, אבל לפעמים יהיה לזה שם אחר, אבל הכלל של המשב"ל אומר שלא משנה הכותרת אלא משנה התוכן. זה הכלל הפרשני והא תקף. משהו שחשוב לזכור: הסתייגות חלה על כל המדינות ביחסן עם אותה מדינה.

מעשה במדינה שהקונסול שלה היה נוהג להבריח סמים בשק הדיפלומטי (שק דיפלומטי- לוקחים את כל הדואר הדיפלומטי ושמים אותו בתוך שק ואסור לגעת בו), באה משטרה באותה מדינה שהשגריר משרת בה ופותחת את השק ומוצאת שם סמים, מגישה מדינת השגריר תביעה כנגד אותה מדינה ב-ICJ על הפרת החוק הבינלאומי בנוגע למדינות בנוגע להגנה בדואר הדיפלומטי. מה היה המזל של המדינה שפתחה את השק?- שהמדינה שפתחו לה את השק כאשר היא חתמה על האמנה הרלוונטית הגישה הסתייגות שאומרת שהיא מחריגה הגנות מסויימות של הדואר הדיפלומטי. זה בעצם תנאי של נאה דורש, נאה מקיים! המדינה שפתחה את השק היא צרפת. המרצה מבטיח לנו שהשוטרים הצרפתים לא ידעו את זה ביום שהם פתחו את השק.

הכלל של הסתייגות הוא כלל נאה דורש נאה מקיים. אנחנו כעו"ד בעתיד צריכים לזכור תמיד שאם אנחנו בשירות המדינה וישראל רוצה לטעון טענות כלפי מדינה מסויימת, צריך להסתכל על ההסתייגויות של ישראל ועל ההסתייגויות של המדינה השנייה.

דוגמאות של הסתייגויות:

1. כאשר ישראל מאשררת בשנות ה-90 את האמנה בדבר הזכויות הפוליטיות, היא מוסיפה הסתייגות שאומרת שהיא חותמת, ומחריגה את הס' שעוסק בתחום הנישואים והגירושים.
2. **אמנות ז'נבה** – הן קובעות שאסור לפגוע בצוותים רפואיים הנושאים אחד מהסמלים הבאים: 1. צלב אדום, 2. סהר אדום. 3. אריה אדום שמחזיק שמש אדומה. מה שלא נמצא שם זה מגן דוד. כאשר המציאו את אמנת ז'נבה ב-49 ישראל מציעה שיהיה גם את מגן דוד אדום, מדינות ערב מצליחות להפיל את זה. ישראל בתגובה מוסיפה הסתייגות שאומרת שמבחינתה סמל נוסף שאפשר להשתמש בו זה מגן דוד אדום. בפועל, רוב הצבאות בעולם מכירים בזה. בשנות ה-2000 מצאו פתרון עוד יותר אלגנטי שנקרא "**המשולש הכתום**". יש את הפרוטוקול השלישי של אמנת ז'נבה שאומר שאם שמים מעוין בצבע כתום או אדום ובאמצעו ניתן לשים איזה סמל שרוצים זה גם לגיטימי; וכך פתרו את הבעיה, כי ישראל יכולה לשים בפנים מה שהיא רוצה.
3. ערב הסעודית חותמת על האמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות ומוסיפה הסתייגות שאומרת שהיא תקיים את האמנה כל עוד זה לא סותר את דיני הדת המוסלמית. האם זה בסדר?- יש בעצם שני כללים לגבי הסתייגויות: 1. לא ניתן לבצע הסתייגות כל כך גורפת עד שהיא פוגעת במטרות האמנה. לאור הפרשנות הספציפית של ערב הסעודית לאסלאם, הסתייגות כזאת היא גורפת מידי. 2. אם האמנה קובעת שאסור להסתייג ממנה, למשל אמנת הים שהיא אמנה משנות ה-80 שמסדירה את דיני הים. היא בעיקרה משקפת את הדין המנהגי, אבל היא קובעת שלא ניתן בכלל להסתייג ממנה, כלומר מאף סעיף בה, מה שהוביל את ישראל וארה"ב לא לחתום על אמנה זו, כי לכל אחת מהן יש איזשהו סעיפון שהן לא מסכימות איתו.

אנחנו יודעים שיש הסתייגויות, אנחנו יודעים מתי אסור להסתייג, אבל מה קורה עם מדינה שעושה הסתייגות אסורה, כמו למשל בדוגמא עם ערב הסעודית; מה משמעות ההסתייגות שלה?, האם היא לא הצטרפה לאמנה, האם ההסתייגות שלה בטלה?, האם הצטרפה ללא הסתייגות?

התשובה פה היא שאין תשובה אחת. יש **עמדה אחת** שאותה הביע **מועצת זכויות האדם**, אשר קבעה שלאור העובדה שההסתייגות היא כ"כ גורפת עד כדי שהיא אסורה, משמע שההסתייגות בטלה, וערב הסעודית חתומה על האמנה ללא כל הסתייגויות. נראה כי מועצה זו היא הגוף שאחראי על פרשנות האמנה לזכויות האדם. **עמדה שנייה**- יש גוף אחר של האו"ם שנקרא ה-**ILC** שהא גוף של מומחים שתפקידו להוציא חוות דעת לגבי הפרשנות של המשב"ל, הם מוציאים דוחות לגבי הפרשנות של המשב"ל בנושאים מסויימים, לפעמים הם גם מוציאים אמנות. הם אומרים שמועצת זכויות האדם טועה. הבסיס של המשב"ל זה ההסכמה של המדינות. במקרה כזה צריך לחזור למדינות שחתומות על האמנה, הן צריכות להחליט אם ההסתייגות גורפת מידי, ואם היא גורפת מידי אז הכדור חוזר למדינה המסתייגת שהיא צריכה להחליט אם היא פורשת מהאמנה או מתקנת את ההסתייגות שלה. אבל מה קורה אם הן שותקות (הכוונה למדינות החברות באמנה)?- חזקה עליהן שהן קיבלו את ההסכמה של אותה מדינה, כלומר שהיא חתומה עם ההסתייגות. יש לנו פה שתי דעות סותרות, ואין גורם שמכריע בין העמדות הללו. זה מקרה ייחודי משנת 1994.

היתרון הגדול של הסתייגויות זה שהן מגדילות באופן משמעותי את האפשרות שיגיעו לאמנות מולטירליטראליות. החיסרון הגדול ביותר של ההסתייגויות זה שנוצר חוסר אחידות מאוד משמעותי בדין. כדי להבין מה באמת חל אנחנו צריכים ללכת להסתייגות של שתי המדינות הרלוונטיות.

יש חיה נוספת שהיא יותר חלשה מהסתייגות והיא **הצהרה פרשנית**. הצהרה פרשנית- היא מסמך שמצרפת מדינה עם החתימה שלה על האמנה (לא משנה הכותרת שלה, כי לא בטוח שיקראו לזה הצהרה פרשנית) שבו המדינה מבהירה את הפרשנות שלה על דברים מסויימים, כלומר היא חותמת אבל אומרת שבס' מסויימים היא מבינה את זה אחרת. הצהרה פרשנית יותר חלשה מהסתייגות, כי אם מתפתחת פרשנות אחרת לאותו סעיף הפרשנות האחרת היא זו שתחייב את המדינה. בסכסוך המגיע ל-ICJ, פרשנות ה-ICJ היא המחייבת. שתי סיבות מרכזיות:

1. לא תמיד אתה רוצה להתחיל לריב עם המדינות האחרות באמנה. זה עלול להביא לתגובת דומינו וזה יגרום לכך שהאמנה לא תחתם. יש גם סיכוי שההצהרה תשכנע מדינות אחרות.
2. סיבה שנייה היא שיש אמנות שלא מאפשרות הסתייגות ואז זה בעצם ה-second best. אני לא כ"כ מרוצה מהאמנה כי יש לי כמה ס' שמציקים לי, ואני לא עושה הסתייגות כי אי אפשר, אז מה שאני עושה במקום זו הצהרה פרשנית בתקווה שאני אצליח.

מה שעוד מגביל הצהרה פרשנית ביחס להסתייגות זו שזו יכולה להיות רק פרשנות הגיונית של הס', אי אפשר לפרש לפי מה שרוצים.

מה קורה עם מדינה מגישה מסמך, והכותרת שלו זו הצהרה פרשנית אבל מה שהיא עושה בפועל זה לא פרשנות אלא הסתייגות?- חוזרים למקרה של ערב הסעודית. צריך לראות אם היה מותר לה להסתייג ובמידה וכן נראה זאת כהסתייגות. ואם אסור להסתייג אז הולכים לפי הדעות השונות – שאסור או שזה תלוי בדעת המדינות האחרות שחברות באמנה. זו סדרת השלבים: לזהות שזה לא פרשני אלא הסתייגותי ואז אם האמנה מאפשרת זאת – כן להסתייג או לפעול לפי חילוקי הדעות. הערה פרקטית: ברור שבחיים זה לא יהיה כ"כ ברור, יתחילו וויכוחים אם המסמך שהיא הגישה זו הצהרה פרשנית או הסתייגות. כי אם זו הצהרה פרשנית היא גם מחוייבת לפרשנויות אחרות. אם זו הצהרה פרשנית, והקהילה הבינלאומית הגיעה לפרשנות אחרת, זה מחייב את הפרשנות של הס'. לפעמים יהיה מצב שהעו"ד של המדינה יגיד שהם קראו לכך הצהרה פרשנית אבל בעצם התכוונו להסתייג. המשפט הבינלאומי הוא משפט של דיאלוג ואתה מנסה שהגישה שלך תהיה המקובלת. אחת הדרכים היא להגיע לדיאלוג עם המדינות האחרות, להצהיר איך אתה מבין את הסעיף בצורה שנראית לך נכונה ולקוות שיסכימו איתך.

אנחנו נדבר על 3 מונחים ששלושתם נקראים הכרזה/הצהרה:

1. **הכרזה פרשנית/הצהרה פרשנית** – מדינה במועד הצטרפותה לאמנה מגישה מסמך בו היא מצהירה מה הפרשנות שלה לאותה אמנה.
2. **הכרזה** – כאשר מדינות מתכנסות יחד ומוציאות מסמך לא מחייב. לזכור שהכותרת לא משנה. המהות זו הכרזה שהיא לא מחייבת, למשל, ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם מ-1948. המדינות מתכנסות אחרי מלחה"ע השנייה ויודעות שייקח להם הרבה מאוד זמן להסכים על הסכמים מחייבים בתחום זכויות האדם, אבל בכל זאת צריך להצהיר איזושהי הצהרה עקרונית בדבר זכויות האדם האוניברסאליות שכתוב בהכרזה הזאת שהיא לא דין מחייב. למה להוציא כזה מסמך? – א. מפת דרכים, למדינות יותר קל להתחייב על משהו לא מחייב, ועם הזמן התרבות מסתגלת לנורמות של המסמך הזה ויותר קל לנסח אמנה. ככה זה היה בתחום של זכויות אדם, וכך גם היה בתחום של איכות הסביבה. בזכויות אדם זה לקח 18 שנה עד שהגיעו לאמנה, וגם באיכות הסביבה זה לקח יותר מעשור. ב. כמו שהתרבות יכולה להסתגל וזה מאפשר ליצור בעתיד אמנה, התרבות העולמית יכולה להסתגל למנהג שמשקף את ההכרזה חלק מההסדרים בה. היום למשל יש קונצנזוס שלפחות חלק מהס' משקפים דין מנהגי מההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, הזכות לחיים למשל זו הזכות שלא יהרגו אותך באופן שרירותי, יש קונצנזוס מוחלט שזה מנהגי, וכך גם הזכות על עינויים.
3. **הכרזה חד צדדית של מדינה** – מדינה יום אחד מתעוררת ואומרת תדעו שמהיום אני מתחייבת לעשות X . כאשר מדינה מוציאה הכרזה כזאת זה כאילו היא מוציאה אמנה בע"פ בינה לבין העולם. האינטרס של מדינות לעשות כזה דבר זה שירדו להן מהגב. לוחצים עליהן על נושא יותר גדול, ואז היא מתחייבת על מה שמציק הכי הרבה למדינות האחרות. למשל: היום יש אמנות שמגדילות את האפשרות לבצע ניסויים גרעיניים, היה תקופה שעדיין לא היו אמנות כאלה, והתחיל קמפיין להפעיל לחץ על מדינות שמכילות פצצת אטום להפסיק עם הניסויים האלה. בעקבות לחץ בינלאומי מצהירה צרפת שהיא משנה מסויימת תפסיק לעשות ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט. עוברת השנה הזאת וצרפת עדיין עושה ניסויים גרעיניים שם. תובעת אותה ניו זילנד ב-ICJ ודורשת ממנו להוציא צו מניעה כדי שצרפת תפסיק לעשות ניסויים כאלה. צרפת טוענת שזו הייתה אמירה פוליטית, לא התכוונתי וכו', ה-ICJ לא מקבל את זה. בודקים את נסיבות המקרה ולפי זה רואים אם זו הייתה סתם כוונה פוליטית או כוונה רצינית להתחייבות משפטית, ובמקרה הזה ה-ICJ קובע שצרפת הביעה את עמדתה בצורה מאוד רצונית. 70 מדינות בעולם (שזה שליש ממדינות בעולם) הגישו ל-ICJ הצהרה שכל מדינה בעולם על כל נושא בעולם יכולה לתבוע אותן ב-ICJ, שאחת מהן זו צרפת.

דוגמא נוספת: כאשר מדינת ישראל אחרי 67 מחזיקה בשטחים מסיבות שניכנס אליהן יותר לעומק בשיעורים של סוף הסמסטר, היא בונה את הקונסטרוקציה הבאה לפיה השטחים הם כבושים לפי תקנות האג ולא כבושים לפי אמנת ז'נבה. זו עמדתה של מד"י מאז 67. זו העמדה הפרשנית הרשמית של מד"י שהשטחים הם כבושים לעניין תקנות האג ולא אמנת ז'נבה. מה שחשוב למדינת ישראל זה הס' שאוסר על סיפוח שטח באמנת ז'נבה. הבעיה היא שההחלטות בז'נבה מאומצות אחרי מלחה"ע השנייה ב-49. והפרק שעוסק בידני כיבוש - חלק נכבד עוסק ביחס לאוכלוסיה בשטח הכבוש. מה שהכי מדאיג את העולם באותו זמן זה החשש שישראל מתנערת מההגנות שהיא מחוייבת להן כלפי האוכלוסייה בשטח הכבוש. ישראל מוצאה הכרזה חד צדדית שאומרת שהיא לוקחת על עצמה לקיים את הס' ההומניטאריים באמנת ז'נבה הרביעית. ברגע שישראל עושה זאת ב-67 בצורה מגומגמת, מבחינת הדין שמחייב את מד"י מנק' המבט שלה מה שעל בטוח מחייב ולא ניתן להתווכח עליו זה האג+הס' ההומניטאריים באמנת ז'נבה הרביעית. מד"י מעולם לא הציגה רשימה של מה הס' באמנת ז'נבה שהיא רואה בהם ס' הומניטאריים, יחד עם זאת יש ס' שהם מובנים מאליו, למשל הגנה על רכוש פרטי, יהיה מאוד קשה לטעון שזה לא ס' הומניטארי. טכנית ישראל חתומה על אמנת ז'נבה רק שמצידה היא חתומה רק על החלק ההומניטארי. (הערה שלי: זו דוגמא נוספת למצב בו היה לחץ עולמי, וכתוצאה מכך מדינה יוצאת בהצהרה על מנת לרצות את שאר המדינות).

מעשה במדינה, ישראל, בה איש בשם בן גוריון חלם על סיני. הוא מאוד רצה את סיני. פעם אחת קיים את מבצע חורב ב-47. אמריקה התנגדה והא נאלץ לסגת. ב56, מבצע קדש. ושוב אמריקה והפעם גם הרוסים אומרים לו לחזור. 67 – הוא כבש את השטחים והוא לא רצה לחץ בינלאומי לסגת מהם ולכן קיבל את ההתחייבות לסעיפים ההומניטאריים. הוא התחייב שוב ב69 ושוב מאוחר יותר.

כלליים בסיסיים לגבי אמנות:

1. אמנות צריך לקיים בתו"ל.
2. פרשנות אמנה תהיה לפי הלשון של האמנה, ואם הלשון לא ברורה פונים לתכלית ולמטרה של האמנה, ואם גם זה לא עוזר פונים לכל מיני מסמכי עזר, כאשר המסמך הראשון זה מסמכי הכנה של האמנה, שזה הפרוטוקולים של המו"מ. מה קורה אם האמנה כתובה בכמה שפות?- האמנה קובעת מה לעשות, כלומר למשל יש אמנות שקובעות שהשפות המחייבות יהיו נגיד אנגלית ורוסית, ולפעמים באמת יהיו בעיות פרשנות.

כללי פרישה מהאמנה:

יש בעצם שלושה מצבים שבהם מאפשרים פרישה:

1. אמנה קובעת פרוצדורה לפרישה, ואז הפרישה תהיה לפי הפרוצדורה שקבועה באמנה. למשל אמנת רומא שקובעת שמדינה יכולה לפרוש אם היא נותנת התראה של שנה מראש, אבל עדיין יהיה ל-ICC סמכות על מעשים שנעשו עד מועד הפרישה. גם אם הפשע התברר כמה שנים אח"כ, הדרישה עצמה לא מסירה את הסמכות מהדברים שקרו עד הפרישה. לפני שבועיים 3 מדינות פרשו מה-ICC .
2. מקרה שבו גם האמנה לא מציינת שניתן לפרוש ממנה, בדרך פרשנית אנחנו מגיעים למסקנה שכוונת הצדדים, כלומר כוונת המדינות שניסחו את האמנה הייתה לאפשר פרישה.
3. הסכמה של המדינות החברות – באה מדינה ואומרת שהיה נחמד, אבל שהיא מחליטה לעזוב, והמדינות מצביעות ומאפשרות לה לעזוב.

זה שמדינות מסויימות פרשו לא אומר שלכל מדינה ניתן לפרוש, נניח יש לנו אמנה שיש בה 70 מדינות חברות ו-10 מדינות פתאום פרשו, ואז באה מדינה ואומרת שגם היא פורשת, זה שמדינות אחרות פרשו לא בהכרח מאפשר לה גם לפרוש, צריך לבחון את העילה שאפשרה להן לפרוש ואם היא חלה על המדינה הזו ואם לא, או אם יש סיבה אחרת שמאפשרת לה לפרוש. פרישה גדולה של מדינות לא מתירה פרישה של אחרות. אם יש לנו אמנה שותקת אשר לא מתייחסת לעניין הפרישה במפורש, ועכשיו פרשו 10 מדינות כי מותר להן זה מגדיל את הסיכוי שמבחינה פרשנית נגיע למסקנה שגם המדינה הזאת יכולה, אבל זה לא חד ערכי. למשל, אם הן פרשו בגלל מלחמה והיא סתם רוצה לפרוש, אין לה אישור לפרוש.

פגמים בחתימה על אמנה:

מתי למרות שמדינה חתמה, אשררה , הצטרפה וכו' אין לזה תוקף?

1. קודם כל אמרנו שהפרה של ס' של הדין המדינתי אינה עילה, אם מדינה מצטרפת ואז אומרת שהדין המדינתי לא מאפשר זו בעיה שלה. המדינות האחרות לא אמורות להכיר את הדין המדינתי של כל המדינות וכל אחת צריכה לבדוק את עצמה. היא לא יכולה לטעון שהיא לא מצטרפת או לא יכולה להתחייב בטנה שהדין המדינתי לא מאפשר לה לקיים. אבל יש לזה חריג- אם מדובר בהפרה יסודית של חוק מרכזי הרי שההצטרפות של המדינה לא תחייב. למשל, אם יש סעיף בחוקה שקובע משהו וההצטרפות לאמנה סותרת סעיף בחוקה וזו מדינה שקשה לשנות בה חוקה, אז הסעיף בחוקה יגבר – דוגמא לכך: מדינת ישראל חתמה (עפ"י פרסומים זרים) אמנות סודיות עם טורקיה, אבל החוקה הטורקית אוסרת לחתום על אמנות סודיות, אז בתקופת הסכסוך טורקיה טענה בין השאר שהאמנות הללו לא תקפות בגלל הכלל הזה.
2. כלל שני שהוא מאוד דומה, זה שאם גורם מוסמך של המדינה התחייב בשם המדינה להתחייבות שהיא בניגוד להגבלה בדין הפנימי של הסמכות שלו, הרי שההתחייבות שלו תחייב את המדינה, ולמה? כי אנחנו לא יכולים לצפות ממדינות האחרות להיכנס לנבכי המשפט החוקתי והמנהלי של כל המדינות שיגיעו לכנס. זה צריך להיות תפקיד שומרי הסף של המדינה. יש גם לזה חריג אחד אם אותו גורם הצהיר מראש, או המדינה הצהירה מראש שהסמכות שלו מוגבלת, ועכשיו זה היום השמיני של האמנה, הוא חבר כמו כולם אז הוא גם חותם, אז במקרה הזה החתימה שלו לא תחייב, כי המדינות יכלו לדעת על זה מראש. יש מקרה של אמנה שנחתמה בין קמרון לניגריה, בו מועבר חוק בפרלמנט הניגרי לפיו לרה"מ אסור לחתום על אמנה מסויימת, אך הוא בכל זאת חתם עליה, כשהסכסוך מגיע ל-ICJ יש כלל לפיו לראשי ממשלה מותר לחתום על אמנות, ומי שהיה צריך לטפל בזה זה שומרי הסף בניגריה. או למשל אם שר במדינה מסויימת מתחייב לרה"מ אחרת להעביר ציוד ב-300,000 שקל חזקה שהוא מחוייב לעשות זאת ולהעביר את השלל.
3. מקרה נוסף שהחתימה על האמנה תהיה מבוטלת זה אם יש טעות מהותית בעובדה. האמינו שהנתונים העובדתיים הם X וזה הוביל את המדינה לחתום, ואז התברר שהנתונים העובדתיים שגויים. יחד עם זאת החריג הזה לא יעמוד למדינה אם היא תרמה להיווצרות הטעות. למשל, בין קמבודיה לתאילנד יש עיר של מקדשים בודהיסטיים, ופעם בכמה שנים זה מגיע לדיון ב-ICJ הסיבה שתאילנד הפסידה זה כי היא הגישה מפות היסטוריות מהן ניתן היה להבין שזה בצד של קמבודיה, ואז כמה שנים אח"כ היא אמרה שהמפות הללו שגויות. ישראל עשתה טעות דומה עם הגבול בלבנון, אבל מזלה שהיא עשתה את הנסיגה מהר.
4. מקרים נוספים: מקרים שמשחדים, מרמים או מאיימים על נציג של מדינה. לחץ כלכלי על מדינה זה בסדר, אבל לשחד את הנציג או לאיים עליו זה לא, או לרמות אותו זה לא.
5. ס' באמנה יהיה בטל אם הוא סותר **יוס קוגנס** (דינים מנהגיים יסודיים, כמו למשל איסור על רצח עם, איסור על פשעים נגד האנושות, איסור על עבדות). אם יש ס' שנוגד נורמה שהיא יוס קוגנס אז זה בטל. יש גם נורמות שלא ברור אם הן יוס קוגנס או לא ואז זה יהיה יותר מורכב.
6. מקרה נוסף, זה כאשר אין אפשרות אובייקטיבית לבצע את האמנה. ישראל התחייבה להעביר לירדן כך וכך קוב כל שנה, עכשיו ישראל בשנת בצורה מאוד קשה, האם ישראל יכולה להודיע שמה שקורה זה שהיא לא יכולה לבצע את האמנה כי אין מספיק מים בכנרת?- לא, כי אנחנו חיים במזרח התיכון ומי שחותם על אמנות שנוגעות למים במזרח התיכון ראוי שיצפה לשנת בצורת, ואז אם היא לא יכולה לספק מים בכנרת, היא יכולה לעשות זאת דרך התפלה.
7. בהקשר דומה, שינוי נסיבות יכול לאפשר אי תחולה של אמנה, אבל השינוי צריך להיות קיצוני ביותר, אפילו שינוי שלטון (למשל מדיקטטורי לדמוקרטי וכן להפך) זה לא שינוי קיצוני מספיק, ואחרי שנפל מסך הברזל מדינות מזרח אירופה מצאו את עצמן מחוייבות לכל מיני אמנות שהמנהיגים הסובייטים חתמו עליהן לפני והתחייבו להן.

**הסיומת של אמנות שהמרצה שלח במייל:**

פגמים נוספים המהווים עילה לביטול: תרמית, שוחד, כפיית הסכם בדרך של איומים על נציג המדינה.

סעיף באמנה יהיה בטל אם הוא סותר Jus Cogens. ה-Jus Cogens הן נורמות בסיסיות מנהגיות, שהתקבלו והוכרו ע"י הקהילה הבינלאומית כנורמה שממנה לא יכולה להיות גריעה ושניתן לשנות אותה רק בנורמה קוגנטית אחרת. אם סעיף באמנה מנסה לסטות מנורמה כזו היא בטלה. לדוגמא: איסור על עבדות, רצח עם, פשעים נגד האנושות.

סעיף 61 עוסק במצב של חוסר אפשרות לבצע את האמנה, למשל כאשר הושמד או נעלם אובייקט חיוני לביצוע האמנה. דוגמא: בהסכם השלום עם ירדן, ישראל התחייבה להעביר לירדן כמות נתונה של מים בשנה. מה קורה אם ישנה בצורת? האם ישראל יכולה לטעון לחוסר אפשרות לקיום האמנה? לא, זהו מצב שניתן לצפות אותו והסעיף קובע שאי אפשר להתבסס על חוסר אפשרות לבצע כתוצאה מהפרה של אותו צו והיא יכולה להשיג מים ממקורות אחרים.

סעיף 62 מדבר על שינוי מהותי בנסיבות, לעומת אלו שששרו בעת הכריתה ושלא היה צפוי בידי הצדדים, אם מדובר בנסיבות שהיו בסיס חיוני להסכמה של הצדדים להיות מחויבים באמנה והשינוי בנסיבות יוצר שינוי רדיקלי בהיקף ההתחייבות, עדיין יש לבצע בהתאם להסכם. גם כאן ישראל לא יכולה להיבנות מהטענה, כי המצב הוא דווקא כן צפוי. גם שינויי שלטון הם עניין צפוי ולא מצדיקים בפני עצמם ביטול או הפרת האמנה.

רק הפרה יסודית ומהותית תבטל את האמנה (ס' 60). לפי ס' 60 הפרה מהותית היא ביטול או פרישה לא מוצדק/ת או הפרת סעיף חיוני להשגת המטרה או התכלית של האמנה. באמנה בילטראלית הצד הנפגע יכול להסתמך על ההפרה כעילה לביטול האמנה (בכפוף לסעדים נוספים). באמנות מולטילטרליות המדינות האחרות יכולות לטעון שאינן מחוייבות לקיים את ההוראה שהופרה או במצב קיצוני לבטל את האמנה כולה.

נקודה אחרונה: באשר להגנות על בני-אדם (דוגמת זכויות אדם והגנות של דיני הלחימה) קיים כלל שקובע שהכללים בנוגע להשלכות ביטול לא יחולו ביחס להוראות הנוגעות להגנת זכויות האדם הכלולות באמנות בעלות אופי הומניטארי. משמע, המדינות האחרות לא יכולות בגלל שמדינה X הפרת את האמנה ופגעה בזכויות, לפגוע בזכויות האדם של אזרחי X או להתנער מהחובה שלהן להגן על זכויות אדם בדרך אחרת. זה לא תופס. ההשקפה היא שמדובר בצד שלישי, האזרחים שהאמנה באה להגן עליהם.

מה קורה כשמופר הסדר באמנה? מעבר להסדרים הקבועים באמנה לגבי הפרה (אם יש כאלו), נכנסים לתוקף דינים בינלאומיים המכונים **דיני אחריות המדינה**, שקובעים מה מדינה יכולה לעשות ברגע שהופרה התחייבות באמנה כלפיה ולמה היא זכאית; גם הפרה לא מהותית מקימה אחריות למדינה.

**שיעור 5- 30.11.16:**

הזהיר שאם הכמות תמשיך להידלדל הוא יתחיל לבדוק נוכחות.

🡨היום נשלים את התמונה לגבי המקורות המרכזיים של המשב"ל ונדון בתופעה שהשם יותר מפחיד מהתופעה עצמה – **פרגמנטציה**.

מה חשוב בסעיף 38 לחוקת הICJ? -הוא מפרט את המקורות המרכזיים של המשב"ל. בהרחבה: הוא מפרט את סוגי הנורמות המרכזיים של המשב"ל, כשמלבד אמנות ומנהגים מאוזכרים עוד כמה מקורות. המקורות הנוספים שמאוזכרים הם מקורות משניים. מה זה אומר משניים? – זה אומר שמקום בו אין נורמה שמקורה באמנה או במנהג, כלומר כשיש לאקונה (חסר) , משתמשים במקורות האלה בכדי למלא את החסר.

נפרט את המקורות:

1. **עקרונות משפט כלליים –** עקרונות משפט כלליים זההשם המקוצר, שם המלא: עקרונות משפט כללים שמשותפים למערכות משפט מדינתיות רבות. מה ההבדל בין זה לבין מנהג?, שהרי בשני המקרים מרבית המדינות נוהגות לפי הכלל הזה, כלומר בשתיהן יש state practice; אז למה מדינות מצייתות למנהג?- מתוך תחושת מחוייבות לחוק הבינלאומי. למה כל מדינה ומדינה מצייתת לדין הכללי?- כי הוא קבוע בדין המדינתי שלה. אלה החלטות מדינתיות. למשל: תחום שקרוב לליבו של המרצה זה משפט פלילי בינלאומי. המשפט הפלילי הבינלאומי מתעורר ומתפתח אחרי מלחה"ע השנייה, ואז מגלים שאין בו הגנות כמו שיש במשפט פלילי: כורח/כפייה, צורך וכו'. אז מה עושים?- מסתכלים במערכות המשפט הפליליות המדינתיות ומגלים שיש הגנות מסויימות שחוזרות כמעט בכל מערכות המשפט הפלילי, ואז באים ואומרים שאם זה קיים כמעט בכל מערכות המשפט הפלילי הרי שנמלא את הלאקונה במשב"ל ע"י אימות ההגנות הללו גם בהקשר הזה.

ברור שזה לא יפתור את כל הלאקונות, כי לא תמיד תהיה חפיפה רחבה בין מספיק מערכות משפט, וברור לנו גם שיהיו חילוקי דעות, יהיו מקרים שבהם זה יהיה משותף לכמות גדולה, אך לא לכל מערכות המשפט המדינתיות, ואז יהיה ויכוח האם לאמץ ולהכניס את זה לתוך המשב"ל. למשל: במשפט המקובל במדינות האנגלו הסקסיות אין הגנה עצמית בעבירות הריגה, זא"מ שאם מישהו מכוון לי אקדח לראש ואומר לי שאם אני לא הורג אותו אז אני הורג אותך; מבחינת המשפט אתה אמור למות, לא תהיה לך הגנה במידה ותירה באדם שאמרו לך לירות בו. בעוד שהעמדה של מדינות המשפט הקונינטאלי זה שזו הגנה עצמית, כלומר שכן קיימת הגנה עצמית במקרה זה. ביוגוסלביה היה מקרה שבו ציוו על אדם שירה באנשים ואם לא – אז ירו בו. זא"מ שבמקרה בו מאיימים על אדם שאם הוא לא יורה באנשים האלה, אנחנו יורים בו, באופן מפתיע השופטים שמגיעים מהמדינות האנגלוסקסיות יענו שאין לו הגנה במקרה וירה באותם אנשים, ואילו השופטים מהמדינות הקונינטליות יטענו שכן יש לו הגנה. דוגמא נוספת, לא מהמשפט הפלילי- האפשרות להסתמך על ראיות נסיבתיות כדי להכריע במקרה. היה על כך ויכוח בין פולין לגרמניה והICJ קבע שאין סיבה שנאמץ את הפרקטיקה, העיקרון הזה, גם במשב"ל. (לסיכום: מנהג הוא מקור ראשוני, ועקרון כללי זה עיקרון משני למילוי לאקונות כשאין מנהג או דין ברמה שעונה על החסר).

מקורות נוספים משניים שמצויינים בס' 38:

1. **פסיקה של בתי דין/בתי משפט בינלאומיים** – לגבי פסיקה של בתי משפט או בתי דין בינלאומיים, צריך לשים לב שזה מקור משני. למה? – כי במשפט הבינלאומי, לפחות מבחינה פורמאלית, כמו במרבית מערכות המשפט של הקונטיננט, אין עקרון של תקדים מחייב, אין דבר כזה תקדים מחייב. בישראל פסיקה של בית המשפט העליון מחייבת את כל הערכאות הנמוכות יותר, ואילו פה ערכאה שונה לא מחוייבת, אלא אם באמנה הספציפית שלה נקבע אחרת. עם זאת, וזה חשוב, אין בדיוק היררכיה בין הטריבונלים השונים, יש המון טריבונלים ואין ביניהם היררכיה ברורה. יחד עם זאת, גם אם מישהו מהקונטיננט אומר שאין תקדים מחייב, בתי המשפט במדינות קוננטינאליות מכבדים את הפסיקות האחד של השני, הם מכבדים פסיקות של בתי משפט אחרים. במשב"ל מה שמשפיע במידה רבה זה הפרסטיג'ה, כלומר המעמד הלא פורמאלי שלו, היוקרה והמוניטין של אותו טריבונל. למשל: פסיקות של ה-ICJ בד"כ יכובדו, ויחזרו עליהן, ואם לא יחזרו עליהן יכתבו הרבה מאוד מלל בכדי להסביר למה הוא לא הולך בהתאם למה שקבע ה-ICJ, למה לא עוקבים אחר ההחלטה של ה-ICJ (ניתן דוגמא לכך בהמשך). למה? – מכיוון שה-ICJ הוא בית הדין הנחשב ביותר. כנ"ל בתחומים של זכויות אדם, הם בד"כ יקבלו השראה מפסיקות של בית הדין האירופי לזכויות אדם, כי הוא מוערך. זה לא פורמאלי וזה גם לא חד ערכי שתמיד נוהגים ככה, כלומר לא תמיד עוקבים אחרי הפסיקות הללו, אלא זה עניין של יוקרה וכבוד.
2. **ספרות מלומדים** – פעם, הסתובבו בינינו ענקים שכתבו ספרי משפט בינלאומיים (נאמר בצחוק), הם היו חכמים גדולים, ובד"כ כשהם כתבו משהו לקחו את דבריהם ברצינות (נתן כדוגמא את הרש לאוטרבך, שכתב את הטיוטה של הכרזת העצמאות של ישראל). היום שכל זב חוטם שסה"כ לומד 4 שנים באוניברסיטה כותב איזה מאמרונצ'יק אז ברור שלכתיבת מלומדים כבר אין את אותו מעמד שהיה לפני 70, 100 או 200 שנה. זה עדיין מקור משני, וזה אפילו כתוב בחוקת ה-ICJ, יחד עם זאת מעמדו נחלש עם הזמן.

בנוסף, ס' 38 לחוקת ה-ICJ מציין מקור שהוא לא של המשב"ל והוא: במידה והצדדים מסכימים לכך, ה-ICJ מוסמך לפסוק במקרה שלא עפ"י הדין, אלא על בסיס עקרונות צדק ויושר. זה יכול להתרחש במידה וזה נידון לפני הצדדים, והם הסכימו על כך. שוב, זה לא מהווה מקור, אך זה מופיע בס' 38!

ישנם מקורות נוספים, פורמאליים יותר או פחות, שלא מאוזכרים בס' 38, מרביתם לא מוזכרים כי הם חדשים יותר. לא כולם, מרביתם. המקורות הנוספים הם:

1. **הכרזות חד צדדיות** – מדינה מצהירה משהו שהוא כאילו אמנה בינה לבין כל העולם.
2. **החלטות של ארגונים בינלאומיים** – איך נדע מה המעמד של ההחלטה של הארגון הבינלאומי?- בד"כ אנחנו נבין את זה מהאמנה עצמה. הרבה פעמים זה יהיה כתוב מפורש באמנה, ולפעמים זה ישתמע ממנה. לכל ארגון יש אמנה מכוננת או יותר, אשר תקבע מה המעמד של ההחלטה. זא"מ שלפי מטרות הארגון נדע למה התכוונו בהחלטה. לדוגמא: כמו שילמד בשיעור ההשלמה, יש לאו"ם הרבה מאוד גופים, כאשר שני המרכזיים הם: **העצרת הכללית** שבה חברות כל המדינות **ומועצת הביטחון** שבה חברות 15 מדינות – מתוכן 5 מדינות קבועות (סין, רוסיה, צרפת, אנגליה וארה"ב) ו-10 מתחלפות. החלטה של העצרת הכללית לא מחייבת. לפעמים היא תהיה אינדיקציה עקיפה להתפתחותו של מנהג, לא תמיד, ולפעמים זה יהיה מס שפתיים פוליטי (לפעמים זה יהיה ברור אם זה כך או כך, ולפעמים זה יהיה ויכוח). לכשעצמו המסמך, שנקרא החלטה של העצרת, במרבית הנושאים זו החלטה לא מחייבת, אך יש יוצאי דופן. יש מעט נושאים שזה יחייב. כנ"ל החלטה של מועצת הביטחון מכח מה שנקרא פרק 6. החלטה של מועצת הביטחון מכח פרק 6 היא עצה, עצה ידידותית. לפעמים המדינה תקבל זאת על עצמה מכח הכרזה חד צדדית ואז זה יחייב אותה, אך כשלעצמו זה לא מחייב. למשל: החלטה 242 שנקראת "שטחים תמורת שלום", מד"י ב-91 וגם לפני כן ב-78 עם המצרים מסכימה לקבל את זה כבסיס למו"מ. 242 היא מכח פרק 6, היא לא מחייבת כשלעצמה, אז למה פה כן היא מחייבת?- מכח ההסכמה עם המצרים, וגם מההחלטה של 91. החלטה של מועצת הביטחון מכח פרק 7 היא מחייבת. בשיעור של האו"ם נרחיב על כך, אך בגדול היא אחת הנורמות הכי החזקות במשב"ל. זו דוגמא להחלטה של ארגון בינלאומי. (היום הרבה חוששים שאובמה לפני סיומו את התפקיד באופן רשמי, ינסה להעביר החלטה מכח פרק 7 בנוגע להתנחלויות).

מעמד ההחלטה משתנה מסוג החלטה אחד לשני. זה לא רק האו"ם שמייצר נורמות משפטיות במשב"ל, למשל ה-WTO (ארגון הסחר הבינלאומי- world trade organization ) קובע המון רגולציות, ומדינה שמצטרפת אליו לוקחת על עצמה לעמוד בהתחייבויותיו, היא מתחייבת לציית לרגולציות אלו. המומחים של ה-WTO כותבים הרבה רגולציות וברגע שמדינה מצטרפת ל-WTO היא לוקחת על עצמה לציית לרגולציות האלה.

1. מקור נוסף שלכאורה אין לו שום מעמד משפטי מבחינה פורמאלית, אין לו שום כוח משפטי, אבל בפועל לפעמים יהיה לו הרבה כח משפטי, זה מה שנקרא **soft law** ("חוק רך"). מבחינה משפטית פורמאלית זה לא חוק, אבל היום זה נחשב כמשהו משמעותי. soft law זה מסמכים שנראים כמו מסמך משפטי ואז כתוב עליהם ש"זה לא מסמך משפטי".

דוגמאות:

* במידה מסויימת ההחלטות של העצרת הכללית הן soft law. במידה מסויימת, ההכרזה בדבר זכויות האדם האוניברסאליות מ-48' היא soft law. זו הכרזה שקובעת במפורש שהיא לא מחייבת משפטית. המקרה הקלאסי זה שמדינות מתכנסות ביחד וחותמות על דבר שנראה בדיוק כמו אמנה, ואז הן אומרות ש זה לא מחייב משפטית.
* דוגמא נוספת – מתכנסים שרים של כמה מדינות, מדברים על איזה נושא, מנסחים סיכום דיון וכותבים שהסיכום דיון הזה לא מחייב.
* דוגמא נוספת - יש ארגונים בינלאומיים היום שמקורם במשפט הפרטי, אבל שיש להם המון כח בזירה הבינלאומית. 3 דוגמאות לכך: **1.** **האינטרנט** - מי עושה את הרגולציה של המרשתת? – חברה בקליפורניה שהיא 50% בבעלות ממשלת ארה"ב, ו-50% בבעלות ממשלת קליפורניה. כשהם קובעים משהו יש לזה השפעה מאוד רצינית בעולם. **2.** דוגמא שכבר הזכרנו, **ISO** ((International Shipping Organization – הם קובעים איך ינוהלו המשלוחים הימיים, ויש לזה השלכות כלכליות אדירות. כשהם קובעים שגודל מכולה צריך להיות X ולא Y, כדאי לך להתיישר לחוקים שלהם אחרת המכולה שלך לא תעלה על הספינה. לדברים האלה יש השלכות כלכליות אדירות. 3. **הליך קימברלי** – יהלומים נסחרים בבורסות יהלומים בעולם, מרבית היהלומים בעולם גם היום, ובעבר אפילו יותר, נסחרו ע"י קרטל שנקרא "קרטל דבירס" (De-beers); כשדבירס אומר משהו מקשיבים לו. (חברת דבירס המציאו את המשפט "יהלום הוא חברה הטוב של האישה"). כשדבירס והסוחרים הגדולים הנוספים קובעים רגולציה לכאורה אין לזה שום מעמד כי הם חברות פרטיות, אבל בפועל אם אתה מפר כללים שקובעים סוחרי היהלומים הגדולים, אף אחד לא יסחור איתך כי אף אחד לא ירצה להסתכסך איתם. הליך קימברלי נועד להתמודד עם בעיה שנקראת יהלומי אדם – זה קורה בכל מיני מלחמות אזרחים שבהם משתלטים פתאום על כפר ואומרים להם שהם מעכשיו עבדים, הם הופכים את אנשי הכפר לעבדים שיחפשו יהלומים בכדי לממן את הלחימה, כלומר כל יהלום שהם מוצאים נלקח במטרה לממן את הלחימה. בעקבות מקרים אלו, הליך קימברלי קובע שלכל יהלום בעולם צריכה להיות ת"ז, לכל יהלום יש צורה גבישית ייחודית, וצריך להראות שהיהלום הזה נחפר באופן חוקי במקום שאינו מקום לחימה, ורק אז ניתן יהיה לסחור בו. כללי קימברלי הקטינו משמעותית את תופעת העבדות הזו של יהלומי אדם.

מה הפואנטה? – מבחינה פורמאלית הנורמות האלה הן לא משפטיות, בפועל בדרכים שונות, יש להן השפעה מאוד גדולה. הדרך הכי פשוטה והכי פחות מעניינת ליצירת נורמה – זה אם היא נוצרת ע"י נציגי המדינות. זה לא הסיפור המעניין. במצב כזה ניתן לטעון שזה Opinio Juris או State Practice, אבל הסוג המעניין הוא מה שאינו אחד משניהם ועדיין במציאות ההשפעה שלו אדירה. נפגשים שרים מ- 10 מדינות, והם מסכימים על משהו שזה לא מחייב, אבל מסכימים שינסו לדאוג שהמדינה שלהם תנהג לפי זה. אם אתה ארה"ב אתה תרשה לעצמך לצפצף על זה, אבל רוב המדינות לא יעשו זאת למרות שאין לזה מעמד משפטי. על אחת כמה וכמה שזה מסמכים שהם לא של מדינות. אין לזה מעמד משפטי (על אחת כמה וכמה כשזה לא הסכמי מדינות!), אבל נציגים למשל מאירופה, לא יעזו להפר זאת. זו התחייבות.

* בסילבוס שלנו יש את פס"ד בג"ץ כנגד המפקח על היהלומים – מגיע אדם לבורסת היהלומים בארץ, שהייתה בעבר אחת מהבורסות הרציניות והמכובדות בעולם, גם היום כבודה במקומה מונח, אך לא כמו בעבר. עד לעידן ההייטק היבוא מספר אחת של ישראל היה יהלומים לא מעובדים, והייצוא היה יהלומים מלוטשים. מגיע אדם לבורסת היהלומים שרצה למכור יהלום ב-3 מיליון דולר. אממה, הוא לא מספק תעודת זהות של היהלום. הוא רוצה למכור. הטענה שלו זה שהיהלום הזה ישן, ופשוט נחפר עוד לפני הליך קימברלי. אם הוא היה מספק ראיות משכנעות זה היה הגיוני. מבחינה פורמאלית אפילו האמנה שאושררה ע"י מד"י (מבחינה פורמאלית יבשה), אבל לא אומצה בנורמה ישראלית מנק' המבט של המשפט הישראלי אין לה מעמד בדין הישראלי. בפועל זה לא נכון, בין השאר בגלל שיש פסיקה שאומרת שזה ישפיע על האופן שבו נפרש את היקף שיקול הדעת של הפקיד השלטוני, יהיו מקרים שזה יצר את שיקול הדעת שלו ויהיו מקרים שזה ירחיב. [למשל: מדינת ישראל חתמה ואשררה שאסור לפסוק מאסר עולם לקטינים. אולם, אם נסתכל על חוק העונשין, לשופט יש שק"ד לפסוק מאסר עולם לקטינים בעבירת הרצח, וכל מה שהוא צריך זה לנמק. מד"י מאשררת את האמנה, כלומר היא מתחייבת ברמה הבינלאומית, אך לא עושה שום דבר בדין המדינתי, היא לא משנה כלום. לכן, ביהמ"ש העליון צריך לפרש את היקף הסמכות של השופטים בנושא בצורה שתתאים להתחייבות הבינלאומית– שאולי פעם ביובל יהיה מקרה בו יהיה מותר לקבוע מאסר עולם לקטין. אולי פעם זה יהיה סביר. את מתחם הסבירות נפרש לפי ההתחייבות באמנה, לכן, ככלל, ההחלטה לתת מאסר עולם לקטין תהיה לא סבירה. מערכות משפט נוהגות לכבד אחת את השנייה. ב-99% מהמקרים ההחלטה לתת מאסר עולם לקטין היא לא סבירה. מערכות משפט נוטות לכבד אחת את השנייה. הליך קימברלי זה אפילו לא אמנה, אלא זה מסמך שהוציא גוף פרטי. כדי שגורם שלטוני יחרים רכוש של אזרח פרטי צריכים להיות ראיות מאוד רציניות, זה משהו שקורה לעיתים מאוד נדירות שביהמ"ש יקבע כמשהו סביר. נניח שיום לפני הליך קימברלי (הליך קימברלי קיים מאז 1993) מגיע יהלום כזה לבורסת היהלומים. בחוק הישראלי יש סמכות למפקח להחרים יהלומים במקרה של חשד של מעשים לא ראויים. לפני הליך קימברלי האם היה יכל להיות מצב בו אלמלא הוכח פשע, שביהמ"ש יקבע שהחרמת היהלום תהיה סבירה?- לא. יום אחרי קימברלי, או במקרה הזה כמה שנים אחרי קימברלי, המפקח של היהלומים מחרים את היהלום בנימוק של כללי קימברלי, כלומר שהוא לא סיפק ת"ז ליהלום. ביהמ"ש קובע שהחלטת ההחרמה סבירה (ואילו לפני קימברלי בחיים לא היינו חושבים שביהמ"ש היה מחליט שלהחרים יהלום שאין לו ת"ז זה סביר). היום בו הבורסה תפר את כללי קימברלי זה היום האחרון שלה. כללי קימברלי אומרים שצריך להחרים יהלומים לא מאושרים, ואם לא אז לא יספקו לך יותר יהלומים.

**ארגונים בינלאומיים:**

המעבר עכשיו הוא בין נורמות לפאן המוסדי, למוסדות. עכשיו נדבר על ארגונים בינלאומיים. אנחנו בעידן שבו נוצרים יותר ויותר ארגונים בינלאומיים וההשפעה שלהם על חיינו רק גדלה .

עפ"י האגדה המקובלת (היו לפניה אגדות נוספות) , ה-200 שנה האחרונות מתחלקות לשתי תקופות:

1. **עד 1815 עידן של אמנות בילטראליות (אמנות בין שתי מדינות)** .

2**. מ-1815- 1919/1945 תלוי את מי שואלים**, אנחנו בעידן של אמנות מולטילטראליות.

 מ-1919/1945 אנחנו עוברים לעוד שלב שבו יש יותר ויותר אמנות מוטלראליות אשר מקימות ארגונים בינלאומיים. הארגונים הבינלאומיים האלה נקראים**IGO**  (International Governmental Organization). וזאת כדי לאבחן אותם מ-**NGO** (Non-Governmental Organization) , שבמקביל גם מתעוררים יותר ויותר. בעידן הזה יש יותר NGO מאשר בעבר. הסיפור ההיסטורי הזה הוא לא מדויק, בגדול הוא צודק, יש גדילה של אמנות מולטילטראליות ואח"כ גדילה של ארגונים בינלאומיים, אך בפרטים הקטנים הוא לא מדויק. לפי האגדה המקובלת ה-IGO הראשון מוקם ב-1818 וזה ארגון על בקרת השיט על הריין, יש לו משטרה משלו ובתי משפט משלו, ועוד היה לו את כל זה במאה ה-19. גם ה-NGO עפ"י האגדה המקובלת מוקם כבר במאה ה-19, ב-1816 מוקמת ה- Peace Society שהופכת לקונגרס, מדובר בארגון פציפיסטי שההשפעה שלו הופכת להיות אדירה. ב- 1862 הוקם ארגון הצלב האדום, הוא היה קיים עוד לפני אמנת ז'נבה, והאמנה רק מכירה במעמד שלו כגוף שמחויב לשמירה וקידום של דיני הלחימה במשפט הבינלאומי ההומניטארי, כלומר האמנה נותנת לו סמכות; והיום את התקציב שלו מממנת ממשלת שוויץ, אז הוא חיה מוזרה.

היום יש יותר NGO ו-IGO מלפני 100 שנה, אבל קווי החיתוך של התאריכים זה לא מדויק. אי אפשר להבין את המשב"ל של היום בלי להבין את ההשפעה של הארגונים הבינלאומיים על העיצוב שלהם. אנחנו נדבר בשיעור הזה על IGO ולא על NGO.

יש גם ארגונים שהם יצורי כלאיים בין NGO ל-IGO, נתנו את הדוגמא של הצלב האדום. הדוגמא היותר קלאסית זה ה-**ILO** (ארגון העבודה הבינלאומי - International Labor Organization) - זה ארגון מאוד חזק שבו כל מדינה שולחת 3 נציגים: נציג של הממשלה, נציג של ארגון המעסיקים הגדול ביותר, ונציג של ארגון העובדים הגדול ביותר. בד"כ מתייחסים לארגוני כלאיים הללו כמו אל IGO.

**המאפיינים של IGO:**

1. בד"כ הארגונים הללו מוקמים באמנה מולטילטראלית, ולרוב החברות בארגונים הללו הן מדינות, למרות שאמרנו שיש גם חברים שהם לא מדינות, כמו ה-ILO.
2. לארגון בד"כ תהיה אמנה אחת, או מספר מצומצם של אמנות שהם יהיו מעין חוקה של הארגון (כמו הצ'רטר של לונדון).
3. יהיה לגוף זה תתי גופים נוספים שיפעלו באופן עצמאי מהמדינות החברות הארגון, כל מיני אונסק"ו כאלה ודומיו (דרך לזכור את זה: בבושקות)
4. ל-IGO יש מעמד מוגבל של יישות משפטית בזירה הבינלאומית. כל מילה פה טעונה ודורשת הסבר:

- **היישות** הקלאסית של המשב"ל היא המדינה. המדינה היא גם יוצרת החוק, וגם כפופה לחוק.

- לארגון בינלאומי ייתכן, לא תמיד, יהיה מעמד של יישות משפטית בזירה הבינלאומית והרבה פעמים המעמד הזה יהיה מוגבל, כלומר לא יהיה לו את היקף הזכויות והחובות המלא שיש למדינה.

- איך נדע האם יש לו מעמד של יישות משפטית ומה היקפה?- המקור הראשון שנלך אליו זה האמנות המכוננות שלו. איך המדינות שהקימו אותו מגדירות אותו.

- מה קורה אם האמנות שותקות?- אנחנו שואלים את עצמנו מה היקף הסמכויות שניתנו לו, ומה המטרה שלשמו הוא הוקם. זא"מ פרשנות תכליתית. אנחנו נסתכל גם על הפרקטיקה הנוהגת של הארגון. דברים לא קפאו במקומם מאז שנת 1945, האו"ם וגופיו פעלו בשנים אלו, אז אנחנו בודקים את הפרקטיקה הנוהגת לאורך השנים של הארגון. גם בנוגע לשאלה האם ובאיזו מידה הוא יישות משפטית, זה מבחן פונקציונאלי לאור המבחנים הנ"ל.

- מה זה אומר שהוא יישות משפטית?- זה אומר שבמידה מלאה או חלקית ייתכן שיהיה לו את אחד או יותר מבין הדברים הבאים:

1. לפעמים המשמעות תהיה שיהיה לו סמכות לכרות אמנות עם ארגונים בינלאומיים אחרים (כמו האו"ם). זה לא שהמדינות החברות חותמות על אמנה, אלא הארגון עצמו. השאלה באיזה נושא הארגון יוכל לכרות אמנות תלויה במטרות שלשמן הוקם הארגון (במסמכים המכוננים, בפרקטיקה ובמטרות).
2. אלמנט נוסף זה האפשרות לבוא ולנהל דין ודברים (לא אמנות) עם מדינות או ארגונים בינלאומיים אחרים. לפעמים המשמעות היא שהוא יוכל לשאת באחריות בינלאומית, כלומר יהיה ניתן להגיד שאם עובד שלו הפר את הדין הבינלאומי, אז יאשימו את הארגון, שוב לא בכל נושא, נראה באיזה תחום, אבל זה יתכן וזאת המשמעות.
3. לפעמים המשמעות תהיה שיהיה ניתן לתבוע אותו או להיתבע בבי"ד בינלאומי- למשל מדינות החברות באיחוד האירופי, יכולות לתבוע את האיחוד האירופי או להיתבע מהאיחוד האירופי בביה"ד של האיחוד האירופי.
4. לארגון יכולות להיות זכויות, חובות וחסינויות בדין הבינלאומי, אשר הן יכולות להיות מדין האמנה או, אם הוא קיים הרבה זמן, יכול להתפתח דין מנהגי – כשנולד האו"ם היה ברור שצריכה להיות לאנשיו חסינות דיפלומטית למרות שאין להם דיפלומת הסמכה ממדינה, ולכן האו"ם חותם על אמנות עם מדינות שונות, לרבות עם המנדט הבריטי, וקובע שלפונקציונרים מסויימים בארגון תהיה חסינות, אשר דומה באופייה לחסינות הדיפלומטית, אך לא זהה. היום העמדה הרווחת היא שהחסינות הזאת של הנציגים הראשיים של האו"ם היא כבר חלק מהמשפט/מהדין המנהגי.

זה על רגל אחת על ארגונים בינלאומיים.

**(הערה: לפני שיעור ההשלמה על האו"ם לקרוא את החלק של הארגונים הבינלאומיים).**

**פרגמנטציה:**

**זה נושא שהוא נוטה לשאול עליו בבחינה.**

1. דמיינו סיטואציה אחת פשוטה שיש לנו מערכת משפט אחת , ואז, במקרה כזה, אנחנו מתעסקים בשאלות של היררכיה בין הארגונים בתוך מערכת המשפט. זו סיטואציה פשוטה. במערכת המשפט הישראלית בסיטואציה הזו, השאלות שנשאל הן: מה תהיה ההיררכיה הפורמאלית בין הנורמות או המוסדות – תקנה של שר נמוכה מחוק של הכנסת, פסיקת עליון גוברת על פסיקת שלום, בראש המדינה עומד נשיא וכו'.
2. הסיטואציה השנייה שהיא גם פשוטה – היא שיש לנו שתי מערכות משפט, נגיד היחסים בין מערכת המשפט הישראלית והבינלאומית, או היחסים בין מערכת המשפט הצרפתית והישראלית; ואז נשאל שאלות של כבוד בין מערכות משפט, או מה המעמד הפורמאלי שכל מערכת נותנת לנורמות של המערכת השנייה.

נדון על כך בשלושת השיעורים הבאים. זה שאלות של מדיניות.

 העניין הוא שהעולם לא בנוי רק מסוסים וחמורים, יש גם זברות בעולם, זא"מ שבין שתי הסיטואציות הפשוטות לכאורה יש הרבה סיטואציות שהן באמצע. לדוגמא: ערכאת הערעור של ביה"ד הדתי האורתודוכסי מרוני בישראל יושבת איפה?- בביירות. דוגמא נוספת: תשאלו דיין בביה"ד הרבני, מתוקף מה יש לו סמכות לדון בדיני אישות?- הוא יענה שיש לו תוקף מכח הקבלה או ההלכה שעבר בשרשרת הדורות; בעוד שאם נשאל שופט בביהמ"ש העליון, הוא יענה שיש לדיין סמכות מכח החוק הישראלי. גם בלי שנגענו במשפט בינלאומי בין שתי הסיטואציות המאוד פשוטות האלה של מערכת אחת היררכית ושתי מערכות שוות פחות או יותר, יש לנו במציאות הרבה מאוד סיטואציות שהן איפשהו באמצע, והן בעייתיות. במשב"ל הולכות וגדלות הסיטואציות האלה שהן באמצע ככל שמתרבים הארגונים הבינלאומיים. מה גובר על מה- החלטה של ביה"ד לדיני הים (ISO) או של ה-WTO (ארגון הסחר הבינלאומי), אחת יכולה לקבוע דינים שקשורים לסחר דגי הטונה כי זה שייך לסחר, והשנייה יכולה לקבוע גם דינים לגבי דיג הטונה כי זה בים, מה גובר ביניהם?- אין תשובה ברורה. זו פרגמנטציה. **פרגמנטציה היא סיטואציה שבה יש לנו מספר נורמות או מוסדות במשב"ל שלא ברורה ההיררכיה הפורמאלית ביניהם**.

3 סוגים של פרגמנטציה:

1. **פרגמנטציה מוסדית** – יש שני מוסדות במשב"ל שיש להם אמנה שהקימה אותם, או דין מנהגי שהם מיישמים (בד"כ אלו אמנות), הום נותנים להם סמכויות לעסוק במשהו והם לפעמים מתחילים לדרוך אחד לשני על הרגליים, כלומר הם מתחילים להפריע אחד לשני ולחפף בסמכויות ולא ברור מי גובר על מי. כמו שנתנו את הדוגמא מכח אמנת דיני הים-ISO, מול ה-WTO.
2. **פרגמנטציה נורמטיבית** – יש לנו שתי נורמות של המשב"ל, זה יכול להיות שתי נורמות מאמנה אחת, או אחת נורמה והשנייה מנהג, ואין לנוד דרך להכריע מי מבין שתי הנורמות גוברת.
3. **פרגמנטציה של המדינה** – זה טיפה שונה. פעם המדינה דיברה בקול אחד - שר החוץ בהסמכת רה"מ או הנשיא היה חותם על אמנות; מה שקורה היום, בין באמצעות SOFT LAW ובין באמצעות אמנות, זה שגורמים שונים בזירה המדינתית מתחייבים בשם המדינה כדי לקדם את האינטרסים שלהם בזירה המדינתית, וכך יוצרים התחייבויות של המדינה בנושא מסויים כדי לקדם את אינטרסים שלהם בזירה המדינתית. כל אחד רץ לארגון אחר מתוקף סמכותו החוקית ומתחייב בשם המדינה, ופתאום במקום שהמדינה תדבר בקול אחד היא מדברת בשני קולות. דוגמא תיאורטית (החלק הראשון של הדוגמא באמת קרה): אם שר התחבורה (ישראל כץ) במד"י היה מחליט מכח דעת עצמו לפתוח את השמיים, השמיים היו הכי נסגרים בעולם, כי הארגונים הכי חזקים במדינה הם ארגונים של שדות התעופה, אז מה כץ עשה?- כץ חתם אמנה עם אירופה ואז אמר שמד"י התחייבה, ואז אין לארגונים של שדות התעופה אפשרות להתנגד; דמיינו שהוא עושה את זה, וכץ השני (בעל תפקיד אחר) רץ ל-ILO ויוצר נורמה נוגדת, ופתאום המדינה מחוייבת לשתי נורמות שונות ואין לנו כח להכריע מה הקול האמיתי של המדינה.

**שיעור 6- 01.12.16:**

בשיעור הנוכחי אנו פותחים רצף של 3 שיעורים בהם נדבר על **היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדיני**. היום נדבר על השאלה הפורמאלית, בשיעור הבא נדבר על היחסים ביניהם מנקודת מבט יותר רחבה – שיקולי מדיניות, לאחר מכן נקדיש שיעור על היחסים ביניהם בהקשר של מדינת ישראל: היחסים בין הדין הישראלי לבין הדין הבינלאומי.

דיברנו על כך שיש 3 מצבים: 1. יחסים בין מוסדות/נורמות ששייכות לאותה מערכת משפט; ואז נשאל שאלות כמו מה מעל מה בהיררכיה הנורמטיבית/המוסדית. 2.סיטואציה פשוטה להבנה בה יש שתי מערכות משפט ואנו צריכים להכריע מה היחסים ביניהם. בהקשר זה 3 נקודות מבט: של מערכת משפט אחת, של מערכת משפט שנייה, ושל מסתכל מהצד. אך בחיים אין רק סוסים וחמורים אלא יש גם זברות – יש מצבים מורכבים והם מצבי ביניים בין מערכת משפט אחת ל-2 מערכות משפט – נובע מכך שאין היררכיה ברורה בין מוסדות או נורמות.

מי יכול לפזר את הממשלה באוסטרליה? המלכה הבריטית; מי ממנה 1/3 מהשופטים בביהמ"ש העליון באנדורה? נשיא צרפת; מהי הדמוקרטיה הכי עתיקה בעידן המודרני? האי מן. הבעיה היא שהאי מן הוא אוטונומיה בתוך אנגליה ולא עצמאי ולכן לא זוכרים אותו. מלכת אנגליה היא הלורד של האי מן. אם כן – המציאות מורכבת.

ניקח מקרה אחד ונראה דרך אותו מקרה את 3 המצבים הללו.

רקע: החלטות של מועצת הביטחון מכח פרק 7 מחייבות. למה? - מבחינת דיני אמנות הם עליונים לכל נורמת אמנה אחרת. למה? ס' 103 לחוקת האו"ם קובע שחוקת האו"ם עליונה לכל אמנה אחרת, קודמת או מאוחרת ממנה, בעבור המדינות החברות באו"ם. נשים בצד את ההשלכה של זה על איי קוק והוותיקן, ביחס לשאר המדינות בעולם, ברור שאם יש סתירה בין אמנה בינלאומית אחרת לבין משהו שנובע מהצ'רטר של האו"ם – הנורמה שנובעת מהצ'רטר של האו"ם גוברת. הצ'רטר של האו"ם בנוסף קובע שהחלטה של מועצת הביטחון גוברת על כל נורמה אחרת ומחייבת את כל המדינות. מתוקף 2 דברים אלה יחד, ברור לנו שהחלטה של מועצת הביטחון מכח פרק 7 גוברת על כל נורמה בינלאומית שמקורה באמנה. אלא, שיש לנו עוד סוג של נורמות במשב"ל: מנהגים. אין היררכיה ברורה בין נורמה ממנהג לנורמה מאמנה. אם יש לנו 2 נורמות אחת מאמנה ואחת ממנהג – ההיררכיה ביניהן לא ברורה. בהנחה שזו מדינה שחתומה על אמנה, כנראה שצריך ללכת על ספציפי גובר על כללי, או מאוחר גובר על מוקדם. והכללים האלו מורכבים. מה אנו כן יודעים? שיש סוג מסוים של נורמות מנהגיות שהן עליונות לכל הנורמות המנהגיות האחרות, ונורמה באמנה לא יכולה לסתור את הנורמות המנהגיות האלה – JUS COGENS – איסור עבדות ואיסור לבצע רצח עם. כמובן שיש נורמות שלא ברור אם הן יוס קוגנס או לא, כמו הזכות להגנה עצמית, החובה לא לזהם את הסביבה. השאלה היא מה היחס בין החלטות מכח פרק 7 לבין נורמות מנהגיות? בגדול יש 3 גישות לגבי היחס בין החלטה מכח 7 לבין דין מנהגי:

1. מועצת הביטחון יכולה לעשות מה שהיא רוצה. זה נשמע אמנם מוזר אך יש בזה היגיון – מועצת הביטחון הוקמה כאמצעי למנוע מלחמות לאחר 2 מלחמות עולם. העולם הוא יותר טוב עם מועצת הביטחון מאשר בלי לדעת המרצה.
2. לעמדה זו יש 2 גרסאות:
* גרסה מהותית יותר: אסור למועצת הביטחון לפגוע בזכויות אדם. אלא שזו כבילת ידיים די רצינית, שכן גם מערכת מדינתית פוגעת בזכויות אדם.
* גרסה פורמאלית יותר: אסור למועצת הביטחון לפגוע/לתת החלטה בניגוד למטרות האו"ם שמפורטות בס' 2-1 לצ'רטר של האו"ם – בין השאר לפי ס' אלו אסור לפגוע בזכויות אדם.

יש הבדלים בין הגישות, אולם אם נפתח את הצ'רטר נראה שהצ'רטר לא אומר בשום מקום שלמועצה אסור לפגוע בזכויות הללו. האיסור בחוקה הוא רק על המדינות החברות בו וזה מאוד קשה, כי אפילו מדינות פוגעות בזכויות אדם ובתור המשטרה של העולם צריך לתת למועצה כוח.

1. אסור למועצת הביטחון לפגוע בנורמות שהן יוס קוגנס.

ב- 11/9/2001 היו פיגועי טרור בארה"ב, ובעקבות זאת מעבירה מועצת הביטחון סדרת החלטות שמטרתן להיאבק בטרור הגלובלי. אחת ההחלטות האלו קובעת שרשימה של אנשים וגופים מסוימים, כל המדינות בעולם חייבות להקפיא את הנכסים שלהן (נקבעה גם וועדה שיכולה להוסיף אנשים). מתעורר אדון קאדי יום למחרת ומגלה שכל נכסיו הוקפאו. לטענתו הוא בן טובים, והוא אומר: למי אני פונה? על איזה דלת אני דופק לערער על ההחלטה? עונים לו: אין ערכאת ערעור, אין פרוצדורת ערעור. קאדי זה עוד מקרה מורכב, שהיה לו קשר מסוים אך לא מספיק חזק לאנשי טרור. היו אנשים שהייתה אצלם טעות בזיהוי בגלל שם דומה. (היה אדם שהיה 5 שנים בגואנטנמו – כלא של ארה"ב בקובה בגלל טעות בזיהוי. אמר שהסרטון מופיע במודל). מי שמקפיא לקאדי את הכנסים בפועל זה האיחוד האירופי – הוא מיישם את החלטת מועצת הביטחון. נורמות מסוימות של האיחוד האירופי אוטומטית הופכות למעמד חוק במדינות שחברות באיחוד. הוא לא יכול אפילו לקנות במכולת. רץ קאדי לבית הדין של האיחוד האירופי וטוען שפגעו לו בזכויות אדם: **זכות קניין וזכות הטיעון** (המרצה ציין שזכות הטיעון חשובה יותר מזכות הקניין). מה אומר האיחוד האירופי? נורמה של מועצת ביטחון עליונה על כל נורמה אחרת. בשלב הזה צריך לדעת שבאיחוד האירופי, בבית הדין שם יש ערכאת ביניים. מטרת ערכאה זו היא לעשות סדר לשופטים – היא כותבת פס"ד שהוא מעין חוו"ד שביה"ד לא חייב לקיים. הערכאה הזו אומרת: האיחוד האירופי זה ארגון בינלאומי, החלטות של מועצת ביטחון עליונות לכל נורמה של משב"ל מלבד יוס קוגנס – מאמץ את הגישה השלישית – לפיה, הזכות לקניין ולטיעון הן לא יוס קוגנס, ולכן יתכבד אדון קאדי וישאיל כסף מאימו. זא"מ, מנקודת המבט של ערכאת הביניים אנחנו בעולם של מערכת משפט אחת עם היררכיה ברורה. כעת מגיע ביה"ד עצמו – הערכאה האמיתית, וההחלטה שלו מפילה לכולם את הלסת ויוצרת תדהמה מוחלטת. מדוע? ביה"ד אומר: אנחנו לא מוסד בינלאומי, אנחנו לא חלק מהמשב"ל, אנחנו מערכת משפט אזורית אירופית ולכן הנורמות שלנו גוברות על נורמות של מערכות משפט זרות. אנחנו נכבד את המערכות האחרות ובד"כ ניתן כבוד לנורמות שלהן (זה חשוב שהן מכבדות), אבל כשזה מגיע לנורמות החוקתיות הבסיסיות שלנו הנורמה שלנו תגבר על נורמה של מערכות אחרות. לכן, **כל עוד** מועצת הביטחון לא מתקנת את הפרוצדורה וקובעת הליך ערעור שיאפשר לאדם לטעון אם ראוי שיהיה ברשימה או לא, אנחנו מורים למדינות האיחוד לא ליישם את ההחלטה. מנקודת המבט של ביה"ד האירופי יש פה 2 מערכות משפט שונות; עברנו מעולם של סוסים לעולם של חמורים. למה זה הפתיע את כולם? כי בפסיקות הראשונות של האיחוד האירופי, ביה"ד של האיחוד האירופי קבע שנורמות של האיחוד עליונות על כל הנורמות המדינתיות (חוקים של המדינות השונות באיחוד), לרבות אפילו סעיפים בחוקה, משום שמשב"ל עליון על משפט מדינתי. אם נשאל את מועצת הביטחון היא תגיד שהאיחוד האירופי זה ארגון בינ"ל שגובר, וחוץ מזה משב"ל עליון על משפט מדינתי. בשלב הזה אנחנו רואים שיש אפשרות להסתכל על זה כסיטואציה של היררכיה, כיחסים של 2 מערכות משפט, ויש פה גם מצב ביניים מסוים שמעיד על התופעה של פרגמנטציה.

קאדי משמש אותנו ל-3 דברים שונים (אבוי לטעות בזה בבחינה):

* אם מתייחסים לנקודת המבט של ערכאת הביניים קאדי רלוונטי לשאלה של מעמד החלטות מועצת הביטחון – עד כמה החלטות מועצת הביטחון עליונות – זו שאלה של נקודת מבט היררכית בנורמות בתוך מערכת משפט אחת.
* אם אנחנו מדברים על ההחלטה של הערכאה הסופית, הרי שקאדי רלוונטי לסוגיה של היחסים בין מערכות משפט שונות, על זה נדבר כאשר נדבר על מערכות משפט: בינלאומי ומדינתי. (האיחוד האירופי זה לא דוגמא קלאסית כי זה אזורי).
* אם אנו מדברים על כל הבלגן כולו, על נקודות המבט השונות, על ערכאת הביניים ושינוי הדעות של האיחוד זה רלוונטי לסוגיה של פרגמנטציה. יש אנשים שטוענים שקאדי הוא דרך לאיחוד כל מערכות המשפט הבינלאומי, אך המרצה ציין שיש להיזהר לא לעשות בלגן בין התחומים.

נעבור לשאלה של היחסים בין מערכת משפט בינלאומי לבין מערכות משפט מדינתיות.

היחסים בין מערכת משפט בינלאומית לבין מערכות משפט מדינתיות:

הערה: מרבית החומר ב-3 השיעורים הבאים הוא לא חומר של משב"ל אלא של משפט ציבורי.

נתחיל בדיון פורמאליסטי, נגיד מה היחס של משב"ל לדין מדינתי, אח"כ נסתכל מנקודת מבט של משקיף מהאו"ם בשאלה איזו נורמה צריכה להיות עליונה, ואז נעבור לנקודת מבט של מערכות משפט מדינתיות ונבחן איזו נורמה צריכה להיות עליונה.

**נקודת המבט של המשפט הבינלאומי**:

השאלה של מה היחסים בין המערכות עולה ב-2 סיטואציות (מבחינת הדין המדינתי והבינ"ל):

* האם לנורמה של מערכת אחת יש מעמד במערכת השנייה, ואם כן – איך, מה הפרוצדורה שקולטת אותה לתוך המערכת הזו?
* מה קורה כאשר יש סתירה בין נורמות של כל אחת מהמערכות, בין מדינתית לבינלאומית?

מבחינת המשב"ל יש איזשהו מעמד לחוק של איזושהי מדינה ספציפית? לא. לפעמים אם יש מגמה כללית בין הרבה מערכות משפט זה יהיה אינדיקאטור לעקרונות כלליים, אולי אפילו בסיס לקביעת מנהג. אבל באופן כללי נורמה של מדינה ספציפית לא מעניינת. יש מקרים בהם הוא נותן למדינות שלמות להחליט איפה הגבול ביניהן. לגבי הענקת אזרחות: בד"כ למשב"ל לא אכפת מה כל מדינה עושה. לגבי שלילת אזרחות – למשב"ל מאוד אכפת כי יש עקרון שנועד למנוע מצב שלאדם אין אזרחות. בגדול – הדין המדינתי לא מעניין את המשב"ל. מה קורה כשיש סתירה בין נורמה מדינתית לנורמה בינ"ל? האם מדינה יכולה להגיד: אני לא מקיימת את המשב"ל כי הנורמה המדינתית שלי לא מאפשרת? ככלל – לא! בין אם זה נורמה מאמנה ובין אם זה נורמה ממנהג – יש עליונות למשב"ל על פני הדין המדינתי, והמדינה נמצאת בהפרה במקרה כזה. באותה מידה גם לא אכפת למשב"ל באיזה אופן המדינה מיישמת את המשב"ל אצלה, העיקר הוא שהיא מיישמת, המשב"ל לא מתעניין מה דרך היישום. העיקר הוא מבחן התוצאה. יש חריגים בהם המשב"ל נותן יותר כבוד לדין המדינתי. דוגמאות בשיעורים קודמים: אם חתמו על אמנה והיא סותרת נורמה יסודית ברורה וגלויה – החתימה על האמנה תבוטל, וכן אם ברור שמי שחתם על האמנה – אין לו סמכות (מפורט בשיעורים קודמים).

**נקודת המבט התיאורטית – מהצד**:

בספרי משב"ל קלאסיים יש 2 עמדות תיאורטיות:

1. **גישה מוניסטית** – עמדה זו אומרת: המשב"ל עליון למשפט המדינתי. למה? יש 2 וורסיות:
* ורסיה פורמליסטית שאומרת כך: מה קובע אם קיימת מדינה בעולם? יש כללים משפטיים של המשב"ל, אז מה מקים מדינה? המשב"ל. אם המשב"ל יוצר מדינות – הוא עליון למדינות (קלזן).
* ורסיה שנייה לעמדה המוניסטית היא גרסת **משפט טבעי**. גרסה זו אומרת שהנורמות של המשב"ל הם ערכי מוסר אוניברסאליים וככאלה הם עליונים לנורמות של משפט מדינתי.

הפגמים בכל אחת מהגישות:

גישת המשפט הטבעי – כללי הסחר של הWTO הם מוסריים? הטיעון "משפט טבעי" לא משכנע לגבי מרבית הנורמות של המשב"ל, יחד עם זאת לא נזרוק אותו מהר לפח כי יש נורמות מסוימות – דיני לחימה, זכויות אדם מסוימות וכו' שבהן הטיעון הזה די משכנע. כשאייכמן מופיע על המסוף בנתב"ג בתוך מזוודה הוא בא ואומר: אתם לא יכולים להעמיד אותי לדין על פשעי מלחמה ורצח עם, כי אני פעלתי בהתאם לחוק הגרמני והחוק הגרמני עליון לחוק הבינ"ל ולכן אתם לא יכולים להעמיד אותי לדין. צריך לזכור שבלי הטיעון המוניסטי של המשפט הטבעי, בהקשרים מסוימים, אין בסיס לא משפטי ולא מוסרי להעמדה לדין של הנאצים, ולכן יש להיזהר ולא לזרוק אותו לחלוטין.

הבעיה עם הגישה הפורמליסטית – אם אני שואל אזרח של מדינה כלשהי למה קיימת המדינה, מה הוא יגיד? הוא יגיד סיפור של אמנה חברתית – התכנסנו יחד, זה נחמד שאח"כ הכירו בנו אך אנו נוצרנו כמדינה כי יש לנו זכות מוסרית להגדרה עצמית וכי התאגדנו יחד לא בגלל שהמשב"ל קבע את כללי מונטווידאו. הגישה הפורמליסטית זה לא נקודת מבט של איך המדינות רואות את הסיפור.

כיום בכתיבה אקדמאית, אף אחד לא מאמין במוניזם טהור. יחד עם זאת, קביעות של ארגונים בינ"ל, של בתי דין, יניחו כהנחת יסוד שהמוניזם צודק.

1. **גישה דואליסטית** – המשב"ל והמשפט המדינתי זה 2 חיות שונות; האחת פונה למדינות – מערכת נורמות שפונה ליצור שנקרא מדינה, השנייה – פונה ליצור שנקרא בני אדם. לכן, כל עוד לא באה מדינה ותרגמה נורמה של משב"ל לנורמה מדינתית, אז הנורמה של המשב"ל לא מחייבת בנ"א. אחרי שתרגמה את זה, מה שיחייב את בני האדם זה התרגום – הנורמה המדינתית שתרגמה את זה בעבורה.

חוק אמנת האג שאוסר חטיפת ילדים. אדם לא מפר את חוק זה בגלל שיש אמנה או בגלל שיש חוק של הכנסת? – בגלל חוק של הכנסת. לפני החוק בכנסת, אזרח ישראלי לא היה חייב לפעול עפ"י כללי האמנה – כך עפ"י הגישה הדואליסטית.

במידה מסוימת, מוסדות של מערכות משפט מדינתיות יוצאים מהנחות יסוד שיש בהם אלמנטים דואליסטיים חזקים.

בסופו של דבר הנורמה המדינתית או המוסד המדינתי יקבע.

יש אוריינטציה דואליסטית מאוד חזקה להתנהגות של המוסדות המדינתיים.

בד"כ מדינות מוקמות ע"י מהפכנים. מהפכנים הם אנשים אידיאולוגיים. האידיאליסטים הללו מושפעים מכל מיני תיאוריות בנוגע למשב"ל. יש מדינות שכשהוקמו הושפעו יותר ע"י תיאוריות מוניסטיות ויש שהושפעו יותר ע"י תיאוריות דואליסטיות.

בגדול, בדין המדינתי של מדינות שונות בעולם קיימים 3 סוגים של מנגנונים לגבי מעמדו של הדין הבינ"ל בדין המדינתי של אותה מערכת משפט:

1. **קליטה ישירה** – ברגע שיש נורמה של המשב"ל שחלה על מדינה זו, הנורמה הזו אוטומטית הופכת להיות גם נורמה מדינתית.
2. **דרישה לקליטה מפורשת** – כל עוד לא נעשה איזשהו מנגנון תרגום ע"י המוסד המדינתי הרלוונטי, לנורמה של המשב"ל אין שום מעמד (למשל חיקוק בחוק מדינתי). לפני שהפכו את הנורמה הבינ"ל למדינתית אין נורמה הבינ"ל שום מעמד – זה הפוך לקליטה ישירה.
3. **גישת ביניים** – לנורמה, כל עוד לא נקלטה באופן ישיר, אין מעמד. יחד עם זאת היא תשפיע על הדין המדינתי ב-2 דרכים עקיפות:
* פרשנות הדין - תשפיע על האופן בו נפרש את הדין המדינתי. חזקה עלינו לפרש את הדין המדינתי כך שלא יסתור את הנורמות הבינ"ל – כמובן שזו לא חזקה חלוטה במקרים שלא ניתן לעשות זאת.
* היקף שיקול הדעת של הפקיד - חזקה עלינו לפרש את היקף סמכות הפקידים של המדינה באופן שמאפשר להם לקיים את ההתחייבויות הבינ"ל של המדינה.

בפועל בכל אחת מהמדינות יש קוקטייל של 3 גישות אלו. באיזה מובן? - יש מדינות בהן יש מנגנון קליטה ישירה לגבי מנהג, ומנגנון דרישה לקליטה מפורשת לגבי דיני אמנות, ויש מדינות שזה בדיוק להיפך (כל מדינה קובעת זאת לעצמה במשפט הציבורי שלה).

אם נלך למדינות שיש בהן מנגנון קליטה ישירה, עדיין עולה שאלה באיזה מעמד זה נקלט.

דוגמא: בארה"ב, הגורם שמוסמך לאשרר אמנות קלאסיות זה הסנט. הצבעה ברוב של 2/3 בסנט זה המנגנון דרכו מאשררים אמנה בארה"ב. בארץ – המנגנון הוא הצבעת ממשלה. מהרגע שהסנט אשרר את האמנה מעמדה כמעמד של חוק פדראלי. זאת אומרת, שעדיין יכולים לגבור עליה מבחינת הדין האמריקאי –החוקה האמריקאית וחוק אמריקאי מאוחר יותר.

דוגמא נוספת: בריטניה (הדין הישראלי דומה לדין הבריטי במידה רבה), יש מנגנון של קליטה ישירה לדין מנהגי. מעמדו של הדין המנהגי מרגע שהוא נקלט הוא כמעמד כללי המשפט המקובל – הם עליונים לחקיקת משנה, אבל לא עליונים לחוק (ובישראל גם לנורמות חוקתיות). כלומר, תקנה לא יכולה לסתור דין מנהגי, אבל חוק כן. לגבי האמנות - יש דרישה לקליטה מפורשת. מי שמאשרר אמנה באנגליה זה הממשלה. גם אחרי שהאמנה אושררה ע"י אנגליה – אין לאמנה כל מעמד בדין המדינתי. מה שנדרש לעשות כדי שיהיה לאמנה מעמד בדין המדינתי זה לקלוט אותה בנורמה אנגלית ואז מעמדה יהיה בהיררכיה בהתאם לנורמה שקלטה אותה. אם האמנה נקלטת בתקנה – חוק בריטי יוכל לגבור, אם בחוק – רק חוק מאוחר יותר יוכל לגבור.

ברמה התיאורטית זה טוב ויפה שיש לנו את הגישות השונות האלו. כל מערכת משפט מדינתית מוזרה בדרכיה שלה. יחד עם זאת, ברמת הפשטה מאוד גדולה – מה שאנו רואים זה שמדינות שהתחילו עם אוריינטציה דואליסטית מאוד חזקה – עם דרישות חזקות לקליטה – שאין מעמד אלא אם יש קליטה מפורשת, מפתחות עם השנים דוקטרינות שונות שנותנות יותר ריספקט לנורמות של המשב"ל. לעומת זאת – מדינות שהתחילו באוריינטציה מוניסטית חזקה לאט לאט מפתחות דוקטרינות שמחלישות את המעמד של הדין המדינתי.

2 דוגמאות לאוריינטציה מוניסטית ואחת לאוריינטציה דואליסטית.

דוגמאות לאוריינטציה מוניסטית:

* בצרפת יש קליטה ישירה של המשב"ל. (טעות לומר שקליטה ישירה=מוניסטי, זה רק מבטא אוריינטציה מוניסטית). הפרלמנט מאשרר אמנות, והכל הופך למעמד של חוק – סעיף בחוקה יכול לגבור עליהם. בצרפת, נפסק שמה שרלוונטי זה לא הפרשנות של מוסד כלשהו, אלא פרשנות של בתי משפט מדינתיים למשב"ל, אם הICJ נותן פרשנות, והכורדטא (ביהמ"ש העליון בצרפת) חושב שהפרשנות של הICJ שגויה, הפרשנות של הכורדטא תכריע.
* ברוסיה – נורמות גם של אמנות וגם של משפט מנהגי לכאורה גוברות אפילו על החוקה הרוסית. ביהמ"ש העליון הרוסי אומר שמה שמחייב ברוסיה זו הפרשנות שלנו, שאנו ניתן למשב"ל ובאופן מפתיע הם מגיעים לפרשנות שהפלישה לאי כרים לא הפרה את המשב"ל.

למה אנו רואים את התנועה הזו למרכז ב-2 הסיטואציות? מהסיבה שמצד אחד מערכות משפט רוצות וחייבות עצמאות, מצד שני – במציאות יש יותר ממערכת משפט אחת בעולם ומערכות משפט צריכות לכבד אחת את השנייה (נפרט בהמשך).

דוגמא לאוריינטציה דואליסטית:

* בארה"ב לכאורה, במשפט החוקתי האמריקאי קיים המונח TREATY שזה אמנה, אך המושג הזה בחוקה האמריקאית הרבה יותר צר מהמונח הזה במובנו במשב"ל; כי החוקה האמריקאית קובעת שאמנה דורשת אשרור של הסנט, ואם כל דבר הסנט צריך לאשרר, אף אמנה לא הייתה מתקבלת; לכן הם המציאו במשפט החוקתי האמריקאי מונח שנקרא : ECXECUTIVE AGREEMENT – הסכם שמחייב מנקודת המבט של המשב"ל, מבחינת האמריקאים כשארה"ב חותמת עליו זה מחייב אותה, אך מבחינת החוק האמריקאי זו לא אמנה שדורשת אשרור של הסנט (אלא של הנשיא) ולכן אין לזה מעמד בדין המדינתי האמריקאי – הם עברו מקליטה ישירה למודל של דרישה של קליטה מפורשת. בנוסף הם קבעו שגם אמנות שמאשרר הסנט, לא כולן הופכות להיות בדין מדינתי אמריקאי, אלא רק אלו שעפ"י נוסחן ברור שנועדו ליצור זכויות וחובות לבנ"א, בשונה מלמדינה; זא"מ שארה"ב שהייתה מדינה שהתחילה ממודל מאוד קרוב למוניזם, מאוד מוניסטית, זזה לאוריינטציה הרבה יותר דואליסטית.

השפעה על שיקול דעת של פקיד/השפעה על פי פרשנות החוק – אלו דוקטרינות שפותחו כדי לקחת מדינות עם אוריינטציה דואליסטית ולאפשר להן לזוז יותר למרכז, והתזוזה למרכז זה ניסיון של מערכות משפט מדינתיות מצד אחד להצהיר על עצמאות ומצד שני לאפשר מנגנונים שיאפשרו לא להיכנס כל הזמן לעימות עם המשב"ל.

**שיעור 7 - 07.12.16:**

בשיעור הקודם ראינו תופעה מוזרה – מערכות משפט מדינתיות שהתחילו באוריינטציה יחסית מוניסטית וזזו לכיוון יותר דואליסטי – עברו לתת יותר כח למוסדות המדינתיים ולנורמות המדינתיות, החלישו את המעמד של הדין הבינלאומי בתוך המערכת המדינתית. לעומת זאת, מערכות משפט שמתחילות עם אוריינטציה חזקה דואליסטית גם זזות לאמצע ומפתחות דוקטרינות שדווקא מחזקות את המעמד של הדין הבינלאומי בתוך מערך המדינה. יש סוג של התכנסות למרכז. יש כבוד מסוים יחסית חזק אבל עדיין מוגבל למשב"ל בתוך מערכות המשפט המדינתיות.

באופן דומה, ראינו שבמשב"ל לכאורה העמדה העקרונית שלו היא שממש לא אכפת לו מהמשפט המדינתי של איזושהי מערכת מדינתית כזו או אחרת, יחד עם זאת, בפועל קיימות נורמות מסוימות במשב"ל שנותנות כבוד מסוים (אבל מוגבל) ולא חסר משמעות לדין המדינתי – נתנו דוגמא שאם מדינה חותמת על אמה שסותרת נורמה מרכזית של המדינה – לא יהיה תוקף להתחייבות על האמנה, וזה בניגוד לעקרון הכללי יותר שאומר שסתירה בין ההתחייבות של המדינה בדין הבינ"ל לבין דין מדינתי אינה עילה מוצדקת לא לקיים את ההתחייבות הבינלאומית. יש עוד הרבה דוקטרינות כאלה במוסדות בינלאומיים מסוימים (יש את הנורמה, אך אנו מודעים לכך שכל מדינה תיישם אותה באופן שונה).

אז למה יש את המצב המוזר הזה של סתירה וחיבוק? כל צד נותן גם סתירה וגם חיבוק לצד השני...?

כל מערכת נורמטיבית (מערכות משפט הן נורמטיביות) צריכה לטעון לעליונות על כל המערכות הנורמטיביות האחרות, מהסיבה המאוד פשוטה שביום שהן תפסקנה לטעון לעליונות על כל השאר הן פשוט תיבעלנה בתוך המערכת שהן לא טענו עליונות כלפיה.  אם אני אומרת שמערכת נורמטיבית אחרת עליונה לשלי, כל פעם כשתהיה סתירה, השנייה תגבר וכך אני מאבד את העצמאות שלי ונבלע בעליונה. (מקור סמכות של דיין – חוק/הלכה). יחד עם זאת, במציאות יש יותר ממערכת נורמטיבית אחת, והן איכשהו צריכות לחיות ביחד, בסיטואציה כזו הנציגים של כל מערכת יכולים לבחור בין 2 אופציות: **עימות** או **פשרה**. לכאורה הייתה צריכה להיות אופציה שלישית – להסתכל מהצד ולהגיד מה מבחינה אובייקטיבית צודק, כלומר, מי מבין 2 המערכות הנורמטיביות צודקת כאשר היא טוענת עליונות של הנורמה שלה.

לאדם מאמין – הקלף המנצח של המערכת הדתית היהודית היא כי זה מקור אלוקי, מה הקלף המנצח של הדין האזרחי מדינתי? דמוקרטיה. איזה קלף יותר מנצח? תלוי את מי שואלים.

לכן רק לכאורה יכולנו באופן אובייקטיבי לבחור בין 2 האופציות, אך בפועל זה תלוי את מי שואלים, במובן זה שזה תלוי איזו הנחות יסוד של איזו מערכת מבין ה-2 מאמצים.

כנ"ל לגבי משב"ל בעימות בינו לבין מערכת מדינתית.

מה הקלף המנצח של המערכת המדינתית במערכת משפט דמוקרטית? **דמוקרטיה**.

מה הקלף המנצח של המשפט הבינ"ל?לפחות בחלק מהמקרים יש למשפט הבינ"ל קלף מנצח מאוד חזק -**מוסר** (כמו במשפט פלילי, רצח וכו' - בד"כ זה התחומים בהם ההתנגשות היא חזקה. נניח יש מדינה ומצביעים באופן דמוקרטי על רצח עם, היו מקרים כאלה). נחזור לדוגמא של אייכמן – בלי המשב"ל אין בסיס להעמדה לדין של אייכמן ושל פושעים נאצים אחרים.

יש למשב"ל קלף מנצח יותר חלש אבל יותר כללי שחל גם על נורמות אחרות אבל לא מעורר את אותה תגובה אמוציונאלית שהקלף המנצח הקודם עורר – והוא שאנחנו לא חיים בוואקום. אם נניח מעצמות ומדינות מבודדות הן לבד, שאר המדינות – יש גבול כמה ניתן לדחוף אצבע במדינות האחרות, אם יש לך שכנים בבנין המשותף שנקרא "עולם", יש גבול כמה שאתה יכול לעצבן אותם.

מה הקלף המנצח למשב"ל או למשפט המדינתי מבחינה נורמטיבית? תלוי את מי שואלים ותלוי בהקשר.

כאשר יש התנגשות בין 2 מערכות נורמטיביות – היא קורית כאשר 2 המערכות הנורמטיביות פונות לאותה קבוצה של אנשים בו זמנית ואומרות להם לעשות דברים הפוכים – במקרה כזה, יש 2 אופציות איך לפתור את ההתנגשות:

1. **עימות**
2. **פשרה**

מה רע בעימות? למה שמערכת מדינתית לא תגיד: "לא מעניין אותי המשב"ל"?

* **סיבה ראשונה** - המערכות עשויות להפסיד מזה במובן זה שהמערכות השונות מרוויחות מהאינטראקציה ביניהן. יש סיבה לכך שהמשב"ל קיים, מדינות מרוויחות מזה שהוא קיים. אם כולם יצפצפו עליו הוא יפסיק להתקיים. כנ"ל הפוך, אם גופים בינלאומיים ילחצו חזק מדי, מדינות תפסקנה לציית להם. ואז מה יקרה לארגונים האלה? אף אחד לא יקשיב להם. 2 המערכות מרוויחות מהאינטראקציה.
* **סיבה שנייה** – אתה מציב את האנשים הרלוונטיים בצורך לבחור בין 2 מערכות משפט.

(בסיטואציה של עימות זה לא ששתי מערכות המשפט מבקשות להכריע במקרה הספציפי, אלא הן מבקשות להכריע בין 2 המערכות. אנחנו מסוגלים להיות לא קוהרנטיים כל עוד אנחנו לא חושבים על זה עד הסוף, ברגע שלוחצים עלינו לחשוב על זה עד הסוף, אנחנו נבחר במערכת אחת ולא אחרת – דיסוננס קוגניטיבי – אנחנו לא רק בוחרים אלא בוחרים באופן גורף ומאמצים דעה מאוד שלילית כלפי העמדה שנטשנו. עימות יוצר מצב בו אותה אוכלוסיה ששתי מערכות המשפט פונות אליה נאלצת לבחור באופן גורף – יהיה לאחר מכן קשה לקיים, אם אתה מפסיד את האדם אתה מפסיד אותו באופן די גורף).

כל אחת מהמערכות עשויה להפסיד את הנכונות לציית לנורמות שלה, של האנשים אליה היא פונה.

מסיבות אלה – מערכות נורמטיביות, אם הן מרוויחות מהאינטראקציה ביניהן, הן מגיעות לעמדת ביניים, לפשרה – כל מערכת מצהירה עליונות לגבי הנורמות שלה, ויחד עם זאת בתחומים שונים היא נותנת קדימות (שהיא תמיד מוגבלת) לנורמות של המערכת השנייה תוך שהיא תמיד תטען שהסיבה שיש לנורמות של המערכת השנייה זה נורמה שלה עצמה שהעניקה לה את המעמד. דוגמא: היחסים בין מערכת המשפט הישראלית אל מול הדתית – הקדימות שניתן לדתית היא תחומים מסויימים במשפחה. מדינת ישראל טוענת שהבסיס למעמד הזה הוא חוק בתי הדין הרבניים. אם נסתכל על זה מהכיוון של המערכת הדתית – דינא דמלכותא דינא.

הנורמות האלה שראינו, הדוקטרינות שנותנות כבוד מסוים למערכת השנייה, מבטאות את הרציונל של **פשרה** בין 2 המערכות.

המדיניות של פשרה או המדיניות של הימנעות מעימות חזיתי בין המערכות יש לה ביטויים ומופעים ביותר דרכים מאשר הדוקטרינות הפורמאליות עליהן דיברנו.

דוגמא בהקשר הישראלי: גדר ההפרדה – שנת 2000 יש גל פיגועים מאוד גדול, בעקבות זאת המדינה מקימה גדר לאורך השטחים במטרה למנוע הגעה של מחבלים למרכזי האוכלוסייה. אם מסתכלים על המפה הראשונה של גדר ההפרדה, היא עמוק בתוך השטחים, זא"מ, המטרה הפחות מוצהרת כנראה הייתה גם סיפוח למעשה של חלקים לא קטנים מהשטחים. הפלשתינאים באמצעות ידידיהם באו"ם מצליחים לקדם החלטה של העצרת הכללית שפונה לICJ ומבקשת ממנו חוו"ד משפטית בדבר חוקיות גדר ההפרדה. פס"ד של ICJ מחייב רק את הצדדים, ופה זה אפילו לא פס"ד, זו חוו"ד מייעצת ואין לה שום מעמד משפטי פורמאלי. לכאורה זו לא צרה גדולה. בפועל, הICJ הוא ביה"ד הבינלאומי הנחשב ביותר ולכן קביעות משפטיות שלו נלקחות מאוד ברצינות, לכן זה לא דבר שכדאי לזלזל בו. בשלב זה מדינת ישראל יכלה להצטרף להליך – להודיע שהיא מקבלת את ההליך ולהצטרף – הפריבילגיה שזה היה נותן לה – לצרף להרכב שופט ישראלי. (ישראל עשתה זאת פעם בפס"ד ישראל נ' בולגריה - מדינת ישראל שלחה את גוייטין שלפני שהיה שופט בימ"ש עליון הוא היה מנכ"ל משרד החוץ והוא כתב דעת מיעוט). ישראל לא עושה את זה, אלא מחליטה שהיא מחרימה את הדיונים (המרצה מציין שזה היה חכם). מדינת ישראל מחזיקה בעמדה שונה מכל שאר העולם בנוגע למעמד ההתנחלויות. אם ישראל הייתה שולחת שופט להרכב היא הייתה מפסידה בסוגיה זו ואז היה יוצא מסמך משפטי של הICJ שישראל נתנה בו תמיכה – שההתנחלויות לא חוקיות. מבחינה טקטית טוב עשתה מדינת ישראל שלא שלחה שופט. ברור אבל שזה לגיטימי לטעון לאחר מכן כלפיה שאם היא מקבלת פס"ד רע, אין לה מה להלין אלא על עצמה על שבחרה לא להשתתף בהליך. הסוגיה המשפטית הצרה היא שמותר להחרים רכוש בשטח כיבוש לצרכי בטחון מידיים, ההחרמה צריכה להיות פרופורציונאלית לסיכון, לפגיעה באזרחים. הICJ קובע שהשטחים כבושים הן לצורך אמנת האג והן לצורך אמנת ג'נבה, בשונה מעמדת ישראל לפיה הם כבושים רק לפי האג ולא לפי ג'נבה. מה שאוסר העברה של אוכלוסיה לשטח הכבוש זו אמנת ג'נבה, ולכן היה אינטרס לישראל לטעון שג'נבה לא חל. צריך להכריע האם מותר שהגדר תגן גם על התנחלויות או לא. ההתנחלויות לא חוקיות כי הן מפרות את ג'נבה. הגדר לא חוקית כי היא לא עוברת על הקו הירוק, ובנוסף הוא קובע שהגדר גם מפרה את עקרון המידתיות כי היא פוגעת באוכלוסיה האזרחית הפלשתינאית מעבר לצורך הצבאי. חוות הדעת, מעבר לקביעות האלה שהן בעייתיות למדינת ישראל היא גם מאוד מעצבנת כי היא כמעט לא מתייחסת לפיגועי הטרור – והתקופה הזו של תחילת שנות ה2000 היא הכי מדממת מבחינת פיגועי הטרור – 30% מכל נפגעי פעולות האיבה אי פעם, נהרגו בין 2000 ל2005, כ-1,000 אזרחים ישראלים. זו חוו"ד מעצבנת. הקביעות האלה גם יוצרות סיכון למדינת ישראל. למה? אם אנחנו מניחים שהתנחלויות הן הפרה של הדין הבינ"ל יש וויכוח מתי נוצרה ההפרה; האם במועד הקמת ההתנחלויות נוצרה ההפרה, או שמא מרגע זה שבנית עד שלא פינית היא נוצרה (כלומר, כל רגע ורגע מאז הבנייה אתה מפר בזה שאתה לא הורס). למה זה רלוונטי, כי ב2002 נפתח ביה"ד הפלילי בהאג (ICC)– ולו יש סמכות על פשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ממועד הקמתו ואילך. אז לגבי ההתנחלויות – גם אם הן לא חוקיות, יש עדיין שאלה משפטית האם יש סמכות לICC – לביה"ד הפלילי בהאג. כלומר, גם אנחנו מגיעים למסקנה שההתנחלויות לא חוקיות אנחנו עדיין בלימבו משפטי אם יש סמכות ל- ICC. לעומת זאת יש את הקביעה השנייה של הICJ והיא שבניית הגדר מפרה את עקרון הפרופורציונאליות של דיני הלחימה – פשע מלחמה, וזה על בטוח פשע מלחמה שאם הוא כזה אז הוא חדש – אחרי 2002 (כל מה שנבנה אחרי 2002) .

הערת אגב – כדי שיהיה לICC סמכות, על המקרה להיות מבוצע בשטח של מדינה חברה או ע"י אזרחים של מדינה חברה, וישראל לא תכננה להצטרף אחר כך, אבל כבר אז חששו שהפלשתינאים יצטרפו – מה שקרה לבסוף. בנוסף, המשב"ל הפלילי – יש חשש שיעמידו לדין ישראלים במקומות שונים בעולם, וגם כאן מדינות מעדיפות להתמודד עם משהו חדש – כמו בניית גדר מאשר אירועים ישנים יותר. כלומר – הפצצה שנמצאת באותה חוו"ד זו קביעה שגדר ההפרדה היא הפרה של דיני הלחימה שחשודה כפשע מלחמה.

אין התייחסות לטרור, ההנחה המרכזית היא שמטרת הגדר היא סיפוח.

השאלה היא מה עושים? – במקביל להליך בICJ, מתחילות עתירות לבג"ץ כנגד גדר ההפרדה. ביהמ"ש העליון שלנו יודע שעומד להינתן חוו"ד (והוא יכול לשער בגדול לאן הרוח תנשוב), הוא נותן פס"ד לפי ניתוח משפט מנהלי ישראלי, הוא מבטל חלק מהגדר אך הוא מפספס קצת כי הוא ניתן כמה ימים לפני שיוצאת חוות הדעת, זה מאוחר מידי. אם הוא היה עושה זאת קודם היא יכל להשפיע על ה-ICJ. מגיעה אליו עוד הזדמנות, עוד עתירה, יש חוו"ד של הICJ. אנחנו כשופטי בימ"ש העליון, וברור שכל טיעוני העותרים הם העתקה מחוות הדעת של הICJ. מה עושים? יש לזכור שזו תקופה קשה שאוטובוסים מתפוצצים. חוות הדעת כאילו מתעלמת מהטרור בישראל.

יש לנו 2 דרכי פעולה: דרך אחת בה בוחר השופט חשין – הוא כותב עמדה שנכנסת בICJ – איך אתם יכולים לקבוע ולתת חוו"ד שמקבילה לפס"ד כאשר אין לכם את העובדות מול העיניים?! הוא אומר: זה לא משפט זה משפך. דרך שנייה בה בוחר השופט ברק – (דבורקין במאמר האחרון שהוא כותב לפני מותו בסוף, הוא נותן רשימה של המשפטנים הכי גדולים שהוא חושב עליהם, והיחיד שבחיים זה ברק. יש להבין שלאמירה של ברק יש משמעות בינלאומית, וכן שפס"ד זה הוא גאונות של טקטיקה משפטית; הנטייה שלנו אחרי שהתכוננו לתיק זה לפתוח כמה שיותר חזיתות, הבעיה בטקטיקה זו היא שאין תיק שבכל החזיתות הטיעון שלך הכי חזק, לפעמים עדיף – בניגוד לנטייה שלנו לפתוח את החזית הצרה ביותר האפשרית. נדגים זאת בפסה"ד הזה.) – מה עושה ברק? - ברק אומר שהעניין של התנחלויות חוקיות/לא חוקיות – לא קשור למקרה הספציפי, העניין של תחולת ג'נבה או לא גם לא קשור למקרה הספציפי, כי מה שחשוב זה חוקיות הגדר (שזה לא מדויק, אבל הוא מוציא את זה מחוץ לדיון כי זו נקודה שלפי המשב"ל העמדה המשפטית של ישראל חלשה – אז למה לפתוח את החזית הזו?), השאלה היחידה שחשובה היא האם הגדר היא מידתית או לא? – ואתם, מסכנים, לא היה לכם אינפורמציה לעשות את הניתוח כמו שצריך, ולכן גם הייתם צריכים להחליט על כל הגדר כמקשה אחת, אבל אל תדאגו, אני (ביהמ"ש העליון הישראלי), נמצא קרוב לשטח, ואני יכול לבחון את המידתיות של הגדר מטר אחר מטר, וכל מטר בנפרד אבדוק אם הוא מידתי או לא, חלק אפסול וחלק לא. זו הקביעה שלו. כל הסוגיות שישראל חלשה בהן, לא מופיעות בפסה"ד, הסוגיה הבוערת – הוא מנטרל אותה. מנין? זמן מסוים לאחר מכן, ישראל מוציאה חוו"ד משפטית שלה שמסדירה את התגובה שלה לחוו"ד של הICJ. שם היא פותחת את כל החזיתות כדי שלא יצא שהיא מסכימה עם הICJ. השורה הכי חשובה בכל חוות דעת זו היא שלאור פסיקות ביהמ"ש העליון הישראלי שניתנו מאז חוות הדעת, תוואי הגדר היום שונה מתוואי הגדר שניתן בחוות הדעת של הICJ – שהבסיס העובדתי עליו ניתנה חוות הדעת של הICJ אינו רלוונטי עוד. במילים אחרות, נוטרלה הפצצה של הקביעה שגדר ההפרדה לא מידתית.

הדרך של חשין היא עימות, ושל ברק היא יותר בכיוון של פשרה.

תוואי גדר ההפרדה היום שונה לחלוטין מתוואי גדר ההפרדה המקורי. כך הקטנו את הסיכון למדינת ישראל.

**ניתוח משפטי של עמונה:**

נדבר על זה מניתוח משפטי- מדוע הסיפור של חוק ההסדרה הוא פתיחה של עימות?

רקע: כאשר ישראל כבשה את השטחים ב67 היא הייתה צריכה להכריע מה המעמד שלהם. תקנות האג באותו שלב – כבר לא היה חולק על כך שהן מנהגיות וחלות גם על מדינות שלא חברות באמנה, כלומר בין אם המדינה חתומה עליהן ובין אם לא. היה קשה מאוד למדינת ישראל לבוא ולטעון שהאג לא חל. ג'נבה לעומת זאת – מדובר ב67, 18 שנה לאחר קבלת אמנות ג'נבה ולכן קל יותר לישראל לטעון שג'נבה לא חל כי זה לא היה השטח של ירדן, ושהנורמות של ג'נבה לא מנהגיות. מה שבאמת הפריע לישראל היה נמצא בג'נבה. מה הפריע לישראל? לפי ג'נבה היה ויכוח אם מותר לספח שטחים כבושים או לא – היו שאמרו שזה חלק מהדין המנהגי והיו שאמרו שלא. ג'נבה קובעת שאסור לספח שטחים כבושים וישראל רצתה להשאיר לה אופציה לשטח. סיבה שנוספה היא שאיסור הובלת אוכלוסיה לשטח נמצא בג'נבה. ישראל בונה קונסטרוקציה משפטית שלתקופתה היא גאונית – ע"י שמגר. עם זאת, כדי עוד להרגיע את האוכלוסייה הבינ"ל, ישראל מצהירה שהיא מקבלת על עצמה את הנורמות **ההומניטאריות** שנמצאות בג'נבה. כיום הקונסטרוקציה הזו הרבה פחות חזקה כי עבר זמן וכל המדינות בעולם חתמו על אמנת ג'נבה הרביעית ורואות בה נורמות מנהגיות ולכן קשה כיום יותר עם הקונסטרוקציה הזו (היא יכולה עדיין לטעון שהיא מתנגדת עקבית). עכשיו מתחילות להבנות ההתנחלויות. בהתחלה ההתנחלויות לא נבנות כיוזמה של המדינה – מתנחלים אידיאולוגיים עולים. תמיד יש להם תמיכה במערכת הפוליטית ובסוף התמיכה מובילה לכך שהמדינה מוכנה לבנות את היישוב, אבל עכשיו צריך למצוא טיעון משפטי שמאפשר את הבניה של היישוב. מה הטיעון היחיד? הבסיס החוקי היחיד לאורו ניתן להחרים רכוש בין ציבורי ובין פרטי בשטחים כבושים הוא צורכי ביטחון. מגישים עתירה לבג"ץ ויש 3 צדדים בדיון הזה: 1. העותרים שטוענים שזה לא חוקי ומפר את המשב"ל, 2. המדינה שטוענת שהיא מקימה את ההתנחלויות לצרכי ביטחון, ו-3. הנהגת המתנחלים שאומרים: אל תאמינו למדינה זה שטחי אבות. ניתנים פסקי דין – באחד מהם היישוב מפונה ובשני לא. 2 פס"ד אומרים: אנחנו לא נבנה את העמדה המקצועית של הרשות המבצעת לגבי הצורך הביטחוני בהקמת ההתנחלויות – זה לא שפיט. הבסיס המשפטי בנושא ההתנחלויות הוא שפיטות. אנו מקבלים את עמדת המדינה שיש צורך בטחוני בהתנחלויות. יחד עם זאת, שפיטות לא יכולה לעמוד ברגע שיש פגיעה בזכויות אדם ספציפיות, ולכן כאשר אתם תבנו את ההתיישבויות על רכוש פרטי אז אנחנו נתערב ונגיד לכם לפנות. בעצם המשמעות היא שבנייה של התנחלויות על קרקע פרטית היא הפרה של המשפט הבינ"ל על פי העמדה המשפטית הישראלית בהקשר הבינ"ל. מהבחינה של מד"י, בנייה של התנחלויות על שטח פרטי זה הפרה של המשב"ל.

איכשהו בדרך מוזרה יש המון בתים בשטחים שנמצאים על קרקע פרטית (כ-2000 בתים כאלה) שנמצאים או בהתנחלויות הישנות מאוד, כלומר התנחלויות האידיאולוגיות (בהתנחלויות הישנות מאוד – האידיאולוגיות – שביהמ"ש אומר להם: אל תגידו את זה, כי אז זה הפרה של המשב"ל), או מאחזים – שמאחז מהגדרתו זה שעלית בידיעה שזה לא חוקי בתקווה שאח"כ תצליח לייצר את הלחץ הפוליטי הנכון שזה יולבן, כלומר לגרום לזה להיות חוקי).

ברגע שמעבירים חוק שאפילו מפר את העמדה של מדינת ישראל לגבי המשב"ל, מה זה עימות או פשרה?- זה **עימות**, ולכן זה יפתח לנו את החזיתות שהכי רצינו שיישארו רדומות בזירה הבינלאומית – וזה ההתנחלויות (אנחנו פותחים ועושים מעשה חדש). זו הסיבה שנתניהו אמר שהערכת גורמי המקצוע היא שהעברת חוק ההסדרה תוביל את אנשי מדינת ישראל לביה"ד הפלילי בהאג. כי זו פתיחת עימות אמיתית.

**שיעור 8- 08.12.16 :**

הערה: בהקשר של המשב"ל בנושאים שיש עמדות פוליטיות, היבטים פוליטיים, העמדה של המשב"ל, העמדה המקובלת בעולם היא בד"כ נוטה מעט שמאלה מהעמדה של מד"י. כמו שאנחנו נכין את כתב הטענות של הלקוח שיהיה בטוח בטענות שלו, אנחנו נצטרך להסביר לו מה הסיכונים, ומה הסיכוי שהטענה שנטען תתקבל, ומה יקרה אם חלילה נפסיד בתביעה. אותו דבר בהקשר של המשב"ל.

התחלנו מהדיון הכללי ביחסים בין מערכות משפט מדינתיות ומערכות משפט בינ"ל, דיברנו על האספקטים הפורמאליים, דיברנו על נקודת מבט יותר רחבה, כעת נחזור לאפקט הפורמאלי בהקשר הישראלי הספציפי – מערכת היחסים הפורמאלית בין המשפט המדינתי הישראלי לבין המשב"ל.

מערכת המשפט הישראלית דומה במידה רבה ולא מוחלטת בכללים שקיימים אצלה בנוגע למעמד משב"ל למערכות משפט אנגלוסקסיות (אנגליה, ניו זילנד, אוסטרליה). זה אומר שבדומה לאנגליה, גם בישראל הכללים לגבי **משב"ל מנהגי** שונים מהכללים לגבי **משב"ל הסכמי (אמנות)**. בגדול, משפט בינ"ל מנהגי נקלט בקליטה ישירה, בעוד שמשפט בינ"ל הסכמי לא. במילים אחרות, אמנה שחותמת עליה מדינת ישראל, או שמאשררת אותה, לא הופכת לחלק מהדין הישראלי. כמו שנראה במציאות זה טיפה יותר מורכב, אבל זו נקודת המוצא.

מה ההיגיון בלעשות כלל שונה לדין מנהגי ולדיני אמנות? למה לאפשר לדין מנהגי להיקלט באופן ישיר, בעוד שאמנה לא (לגביה נדרוש פעולה אקטיבית)?

באמנה, מי שיש לו את השליטה על נוסח האמנה זו הרשות המבצעת. בפרגמנטציה דיברנו על כך שלא כל אמנה היא מולטילטרלית. ואם זה ייקלט כך בקליטה ישירה, זה יאפשר לרשות המבצעת ליצור נורמות שעוקפות את הכנסת, בעוד שלגבי מנהג אין לה שליטה בזה, הוא קיים. זו הסיבה להבדל.

**מעמדו של הדין הבינ"ל המנהגי במשפט הישראלי**:

דין בינ"ל מנהגי נקלט בקליטה ישירה ומעמדו הוא כשל כללי המשפט המנהלי. מה זה אומר? שהוא עליון לחקיקת משנה אבל לא עליון לחוק. זאת אומרת, אם קיימת נורמה שהיא חקיקת משנה (תקנה/צו/פקודה צבאית) הסותרת דין בינ"ל מנהגי, מה יגבר?- הדין הבינ"ל, וחקיקת המשנה (התקנה) תתבטל.

למשל: נוהל שכן – נקבע בפקודה צבאית. מהו נוהל שכן? מתבצר מחבל בבית, פונים לשכן שלו ואומרים לו: תדפוק אתה על דלת הבית ותשכנע אותו להיכנע. הטענה של צה"ל הייתה שזה לא פוגע במשב"ל המנהגי מהסיבה שזה מקטין סיכון לחיי אדם – יש פחות סיכוי שזה ייגמר באבדן חיי אדם. אם זה לא עובד – אם הוא לא נכנע, מורידים את הבית. אלא שביהמ"ש העליון לא מקבל את התקנה הזו וקובע שהנוהל מפר כלל בסיס בדיני הלחימה שנקרא: **עיקרון ההבחנה** – מי שצריכים להילחם זה לוחמים, ואזרחים – צריך לנסות לצמצם את החשיפה שלהם לסיכונים במידת האפשר. הטענה של צה"ל לעניין הזה הייתה שאנחנו רק מבקשים, הוא יכול להגיד: לא. אך כשבאים חיילים עם נשק ודופקים, הסיכוי שתרגיש יכולת חופשית להגיד לא הוא קטן – יחסי הכוחות לא שווים. בנוסף, לכל פקודה בצבא יש תורה שבכתב ותורה שבע"פ, אלמנט הבקשה בכמה וכמה מקרים בפועל – לא נשאר בו מהתורה שבע"פ, עד שבמקרה אחד או שניים נהרגו שכנים במהלך מבצעים בעקבות נוהל שכן שלא יושם נכון. בעצם אומרים שהפקודה הזו מפרה את הדין המנהגי ולכן היא מבוטלת. (הפרה של עקרון ההבחנה זה פשע מלחמה, ולכן מסוכן שביהמ"ש יכתוב שזה מפר את עקרון ההבחנה, כי אז יצא שמבצעים פשע מלחמה ולכן ביהמ"ש עושה זאת בעקיפין).

מה קורה אם חוק של המדינה מפר דין מנהגי? כלל ראשון: **כלל ההתאמה הפרשנית** – מנסים לעשות הכל על מנת לפרש את החוק כך שהוא לא יפר את הדין המנהגי (מנגנון של פשרה, מקטין סיכון לעימות בין הדין הישראלי לבין הדין המנהגי). מה קורה אם בכל זאת אין ברירה ויש התנגשות בין השניים? **החוק גובר**. מהסיבה הזו יש תחומים מסוימים בהם ממש משתדלים לפרש את הדין כך שלא יפר את הדין המנהגי, תחומים בהם הפרה של הדין עשויה להיחשב כפשע בינ"ל (סתירה עם דיני מלחמה או עקרונות בסיסיים של זכויות אדם). אם אין ברירה ואין דרך ליישב בין השניים, החוק יגבר.

כעת נראה את ההשתדלות הזו בסדרה של 3 פסקי דין: פס"ד עפו, פס"ד וואפה עלי, שניהם משנות ה-80, ופסה"ד משנות האלפיים.

פס"ד עפו – יש כלל שקובע שאסור להוציא אוכלוסיה אזרחית מהשטח הכבוש אל מחוץ לשטח הכבוש. זה מה שנקרא גירוש. הכלל הזה קבוע ב-2 מקומות: הוא כלל של המשפט המנהגי, והוא קבוע גם באמנת ג'נבה. (נדבר עוד מעט האם הנורמה של המשפט המנהגי זהה לנורמה של האמנה, **ברגע זה מה שמעניין אותנו זה רק הדין המנהגי**). גירוש היה פעם פרקטיקה מאוד מקובלת (יחד עם הריסת בתים) להתמודדות עם מעשי טרור. עותרים בשנות ה-80 כנגד הפרקטיקה של גירוש, מהסיבה שיש דין מנהגי שעוסק בזה. יש ויכוח בין 2 שופטים: שמגר אומר שהדין המנהגי אוסר רק גירוש המוני, וכאן מגרשים רק מחבל ספציפי ולכן אין הפרה של הדין. בך לא מסכים איתו ואומר שגם הדין המנהגי אוסר גירוש יחידני. צריך להשתדל לפרש את הדין הבינ"ל המנהגי כך שלא תהיה סתירה עם הדין המדינתי. (הדין המדינתי הרלוונטי הוא שיש תקנה בתקנות ההגנה [שמעמדן הוא חוק ולא תקנות משנה] שמאפשרת גירוש). לכן גם שמגר וגם בך, למרות שהם חלוקים על מהו הדין המנהגי בנושא, בסוף אומרים שהדין המדינתי גובר ולכן אפשר לגרש.

יש פס"ד המשך שלו – פס"ד וואפה עלי שעסק בסיטואציה טיפה יותר עדינה: לקחו אסירים שנאסרו בשטחים על עבירות כאלה ואחרות והעבירו אותם לבתי סוהר בארץ. ברגע שלקחנו אותם העברנו אותם בכפיה אל מחוץ לשטח הכבוש. יש פה סתירה שדומה באופייה לסתירה הראשונה.

אלו 2 פסקי הדין של שנות ה-80. *שני דברים השתנו משנות ה-80*:

1. כיום יש קונצנזוס מוחלט שגם הוצאה יחידנית אסורה בדין המנהגי. אם שמגר ובך יכלו להתווכח על זה בשנות ה-80, היום ברור שגם הוצאה יחידנית אסורה לפי הדין המנהגי.
2. המשפט הפלילי הבינ"ל התגבר והתחזק מאוד מאז סוף שנות ה-90 ויש קונצנזוס שהוצאה בכפייה של אדם מהשטח הכבוש מהווה פשע מלחמה.

זאת אומרת, בסיטואציה הזו, הסיכון אם מדינת ישראל תפר את הדין הזה הוא הרבה יותר גדול, כי קציני צה"ל עלולים להיתפס במדינות שונות בעולם ולהיות מועמדים לדין על סמך סמכות אוניברסאלית.

מבחינת הדין הישראלי שום דבר לא השתנה, עדיין הנורמה של המשפט הישראלי גוברת כי היא חוק. עם זאת, באופן מפתיע – הפסקנו לגרש.

פסה"ד השלישי (לא ציין את שם פסה"ד) - לגבי העברה של אסירים, הסיפור הזה מגיע שוב ב2007. מעבירים את מתקני הכליאה מצה"ל לשב"ס ובחלק מהתהליך הזה מעבירים אסירים פלשתינאים לבתי סוהר בארץ. בגדול – זה שיפור תנאים, זה מבנים אמיתיים ולא אוהלים. לכאורה, יכלה בייניש שכותבת את פסה"ד, לעשות כמו בפסה"ד הקודמים ולומר שדין מדינתי קודם, ומבחינה פורמאלית לא השתנה שום דבר והחוק הישראלי גובר. עם זאת, את האמירה שהחוק הישראלי גובר, בייניש אומרת במשפט וחצי בחטף, ועיקר פסה"ד עוסק בטענה שצריך לפרש באופן תכליתי את הדין המנהגי והתכלית של האיסור של העברה אל מחוץ לשטח הכבוש הייתה להגן עליהם, ולכן בהנחה שהתנאים בבתי הכלא הישראלי של שב"ס טובים מבחינה אובייקטיבית ויותר טובים ממה שהיה בשטחים, ובנוסף תהיה הקפדה שלא ייפגעו זכויות הביקור- שהעובדה שזה הוזז לצד השני של הקו הירוק לא תפגע בביקורים, הרי שאין פגיעה באסירים ולכן בפועל פרשנות תכליתית של הדין המנהגי מביאה למסקנה שהוא לא הופר.

בשיעורים הקודמים דיברנו על הכללים הפורמאליים שמעידים על היחסים בין המערכות ויש נקודת מבט רחבה יותר. לכאורה מבחינת הכללים הפורמאליים לא השתנה כלום אבל מנקודת מבט רחבה יותר אפשר לראות שיחסי הכוחות השתנו ולכן מערכת המשפט הישראלית התאימה את עצמה לשינוי במצב.

המשמעות הנוספת לכך שהמשפט המנהגי נכנס בקליטה ישירה היא שהוא יכול להעניק סמכויות, הגנות וחסינויות לגורמי שלטון ישראלים בארץ ובחו"ל. דוגמא: מתוקף מה אלוף פיקוד מרכז הוא מושל השטחים? מתוקף דיני המלחמה המנהגיים.

חסינויות – איפה מעוגנת במדינת ישראל החסינות הדיפלומטית – העובדה שכלל לא ניתן להעמיד לדין שגריר כאשר הוא מפר את הדין המדינתי הישראלי? - במשפט הבינלאומי המנהגי.

מקרה מורכב: ישראל בשלב מסוים מאמצת פרקטיקה שנקראת סיכול ממוקד – יש מצב של לחימה בשטחים, א"א להגיע למחבל ולעצור אותו, מה עושים- מסכלים אותו באופן ממוקד. עותרים כנגד פרקטיקה זו לבג"ץ וטוענים שזה רצח , למה?– הגורם למותו של אדם בכוונה תחילה. איך מתמודדים עם עניין זה?- יש סעיף אחר בחוק העונשין שקובע שאדם יהיה זכאי לסייג מפני אשם פלילי, זכאי להגנה, לא ניתן יהיה להרשיעו, היה ויש לו צידוק מכח ביצוע סמכות שבדין. מהו הדין שמתיר להרוג לוחמים של הצד השני? דיני הלחימה, ולכן ביהמ"ש העליון אומר שזה שגוי לומר שמדובר ברצח כי יש פה צידוק מכח סמכות שבדין. זו דוגמא לכך שמשב"ל מנהגי מעניק צידוק מכח סמכות שבדין, הוא מעניק סמכות להרוג את הלוחם של הצד השני, ומכח זה הלוחם הישראלי זוכה להגנה בדין הישראלי.

התחומים שבאופן חזק במיוחד מערכת המשפט הישראלי מתחשבת בדין הבינלאומי המנהגי הם: דיני לחימה ונורמות יסודיות של זכויות אדם.

**מעמדו של הדין הבינ"ל ההסכמי במשפט הישראלי**:

**לכאורה**, אמנה שמדינת ישראל הצטרפה אליה, גם לאחר שהצטרפה אליה, המעמד שלה בדין הישראלי – **אין לה מעמד**. מתי יהיה לה מעמד? כאשר תעשה פעולה של קליטה אקטיבית – יאמצו את ההסדרים שקבועים באמנה לנורמה ישראלית. ואז מעמד הנורמה המאמצת תגבר מנקודת המבט של הדין הישראלי. אם זה מאומץ בחקיקת משנה – המעמד הוא של חקיקת משנה, אם זה מאומץ במעמד של חוק – מעמד של חוק, אם בחוק יסוד – כחוק יסוד. למשל אמנות ג'נבה אומצו במידת ישראל בפקודה צבאית.

יחד עם זאת, זה "לכאורה". עם השנים, כדי לצמצם את החיכוך בין האמנות שישראל התחייבה להן, לבין המשפט הישראלי, התפתחו דוקטרינות מסוימות שבעצם חיזקו את המעמד של הדין ההסכמי הבינלאומי, דיני האמנות בארץ:

1. דוקטרינה ראשונה – הוזכרה בהערת אגב בפס"ד עפו – **דוקטרינת ההתאמה הפרשנית**. נשים לרגע את הדין המנהגי בצד, ברור לכל שאמנת ג'נבה הרביעית, שלעמדת מדינת ישראל היא הסכמית ולא מנהגית, אוסרת הוצאה של אדם מהשטח הכבוש. מה גם שמגר וגם בך אומרים בהערת אגב? צריך להשתדל לפרש את הדין הישראלי כך שלא יסתור את דיני האמנות, אך הם מוסיפים שבמקרה הזה אין ברירה כי החוק גובר. זו דוקטרינה יחסית ישנה. כדי להבין איך נראה העולם פעם – אחד פסה"ד הקלאסיים שקובעים שאין מעמד – פס"ד סמאררה – עוסק בהסכמי הפסקת האש – הסכמי רודוס ממלחמת השחרור. בהסכמי הפסקת האש קובעים הגנות מסוימות לכפריים שנמצאים סמוך לקו הירוק (כי לעיתים הכפר בצד אחד והאדמות החקלאיות נמצאות בצד השני). לאחר שנחתמים ההסכמים, ישראל לא מאפשרת להם להגיע לשטחים. הם עותרים לבג"ץ שאומר להם: האמנה הזו אכן אושררה ע"י ישראל אך לא אומצה בשום דין ישראלי ולכן אין לה מעמד, לכן אתם לא יכולים לטעון לזכויות וחובת בדין הישראלי על בסיסה. הסכמי רודוס של הפסקת האש לא התנהלו רק ברודוס, בפועל להסכמים הללו היו נספחים שהסדירו את הגישה לשטחים שנוהלו במו"מים מול מנהלי הכפר, המוכתרים, לא עם נציגים בכירים ירדנים, אלא עם אלה שניהלו מו"מ (שאח"כ עתרו לבג"ץ).

העולם השתנה - לפי הפרשנות המקובלת של המשב"ל (האמריקאים לא מסכימים איתה, והישראלים חצי-חצי), מלבד במקרה של שבויי מלחמה לא ניתן להחזיק בן אדם אלא אם יש ממנו סכנה אישית (מעצר מנהלי). חוק מעצרים מנהליים – **חוק סמכויות שעת חירום (מעצר מנהלי) – 1979**: קובע שרשאי שר הביטחון להורות על החזקתו של אדם במעצר מנהלי אם ראה כי קיימים צרכי ביטחון הדורשים את החזקתו. הפרשנות שניתנה לאורך השנים לסעיף זה קבעה שצרכי הביטחון לא חייבים להיות אישיים. למה נתנו את הפרשנות הזו? כי ישראל רצתה להחזיק את אותם אנשים כקלפי מיקוח למו"מ לשחרור שבויים. החזקת קלפי מיקוח הוא מורכב – בשלב מסוים, גם האויב הכי גדול שלך, אם הוא הופך להיות זקן גריאטרי אתה צריך לשחרר כדי לא להשתמש באדם כאמצעי. יש מצבים בהם עברו 30 שנה והסיבה היחידה שמחזיקים את האדם זה או תיאורטית מו"מ עתידי או נקמה – 2 סיבות בעייתיות (ניתן להחזיק שבוי כ-30 שנה עם המלחמה נמשכת כל הזמן הזה(. אם אבן הבוחן היא לא סיכון אישי, אז המיקוח הוא ארוך מאוד. לכן ביהמ"ש בבג"ץ פלונים (לא הד"נ), אומר שהחוק הישראלי גובר ולכן אנחנו יכולים להחזיק אנשים כקלפי מיקוח. תרעומת עולה בעולם (היום עדיין היא עולה מכל מקום מלבד ארה"ב, זה לפני ה-9/11). כשמגישים בקשה לדיון נוסף – נהפכת ההחלטה, כאשר ברק עצמו משנה את ההחלטה, משנה את דעתו (הוא עצמו כותב את פסה"ד), ואומר שצריך לפרש את הדין הישראלי לאור המשב"ל (המשב"ל הרלוונטי פה הוא אמנות זכויות האדם שישראל חתמה ב68 ואשררה ב96), ולאור הצורך להתאים בין הדין הישראלי לדין הבינלאומי צריך לפרש את חוק מעצרים מנהליים כך שהמונח "שיקולי ביטחון" בחוק יהיה רק **מסוכנות אישית**, בהתאם לאמנות שישראל חברה בהן. בעקבות זה משוחררים עובד ודיראני.

יש חוק שנותן סמכות לפקיד שלטוני. צריך לפרש את היקף הסמכות; יש אמנה שישראל התחייבה אליה. הצורך לפרש את הדין הישראלי כך שהוא לא סותר את ההתחייבויות של ישראל באמנות (חזקת האמנה הפרשנית), יוביל לכך שהיקף הסמכות יושפע מהאמנות – יהיו מקרים שבהם היה פקיד שהייתה לו סמכות, למחרת חותמת ישראל על אמנה, לא השתנה בדין הישראלי שום דבר, ולמחרת מפרשים את סמכותו כהרבה יותר רחבה. דוגמא טובה לכך, אך לא זהה זה המקרה של המפקח על בורסת היהלומים. מקרה אחר: אותו פקיד שנים עושה את עבודתו, ישראל חותמת על אמנה – יום למחרת זה מצר לו את הסמכות. דוגמא לצמצום: הדין הישראלי מאפשר לשופט לגזור על קטין שביצע רצח מאסר עולם. הוא רק צריך לנמק. (אצל בגיר זה אוטומטית). קיימת אמנה – אמנה בדבר זכויות הילד - שישראל חתמה עליה שקובעת שאסור להטיל מאסר עולם על קטין. לכאורה מה גובר על מה? הדין הישראלי – כי לא השתנה בו דבר. בא העליון ואומר שצריך לפרש את היקף הסמכות של הגורם השלטוני הישראלי (במקרה זה – שופט) באופן שיקטין ויצמצם כמה שאפשר את הסתירה בין הדין הישראלי לבין האמנה. המשמעות היא שמלבד מקרה קיצוני מאוד מאוד, שופט ישראלי לא יכול להשית מאסר עולם על קטין. למרות שהחוק נשאר אותו דבר.

**שיעור 9 – 14.12.16– סיוון שלמה אגון:**

**משפט בינלאומי כלכלי**:

משב"ל כלכלי זהו אחד הענפים של המשב"ל. (דיני שימוש בכח, דיני לחימה, דיני זכויות אדם –אלו עוד ענפים של המשב"ל). ענף זה מסדיר את היחסים בין המדינות השונות או הפרטים הרלוונטיים. הענף הזה מסדיר את ההתנהלות של מדינות ריבוניות ביחסים הכלכליים שביניהן. נרחיב בהמשך באיזה יחסים מדובר. המשב"ל הכלכלי באופן הולך וגובר מסדיר גם את ההתנהלות של שחקנים פרטיים, של תאגידים רב לאומיים – אותם תאגידים שאולי מוקמים בארה"ב אך פועלים בהרבה מקומות בעולם, וכן תאגידים סיניים, כמו חברה סינית שקנתה את תנובה. אנו חיים בעולם שהרבה תאגידים קמים במקום אחד אך היקף הפריסה של עבודתם הוא על פני הגלובוס כולו. המשב"ל מסדיר את מה שמותר ואת מה שאסור לתאגידים אלה. שחקנים שמתקשרים עם מדינות או שחקנים רב לאומיים שמתקשרים בינם לבין עצמם.

איפה המשב"ל הכלכלי מוסדר? באמנות בילטראליות (דו צדדיות – שרק שני צדדים להן) או באמנות אזוריות (אזור ספציפי, או משהו שהוא יותר משני צדדים) וזה יכול להיות אמנות מולטירטרליות– שהן עם צדדים רבים, רב משתתפים. יש לנו קו רחב של נושאים שנופלים תחת המונח משב"ל כלכלי. למשל: סחר בינלאומי (אליו נקדיש את רוב השיעור), תחום של השקעות בינלאומיות (אחד התחומים הכי ערים היום במשב"ל בכלל. משקיעים זרים - מצב בו יש משקיע זר, חברת נובל אנרג'י(Nobel energy) למשל שמגיעה מארה"ב עם סכום אדיר של כסף ומשקיעה אותו במדינה אחרת, במקרה שלנו – בישראל, תוך לקיחת סיכון מאוד רציני – חיפוש גז במעמקי הים. אינטל (intel) זה גם משקיע זר בישראל, החברה שבנתה את הרכבת הקלה בירושלים היא חברה צרפתית שבאה לישראל וכתמורה להקמת הרכבת הקלה היא מקבלת זיכיון להפעיל את הרכבת במשך 27 שנים ולהפיק את הרווחים מזה, כל זה תחת דיני השקעות בינלאומיות, מסדירים יחסים בין המדינה לבין שחקן פרטי – המשקיע הזר – מה מותר לו ומה אסור לו לעשות, לאיזה פיצויים זכאי אם נפגעות זכויותיו), תחום נוסף במשב"ל הכלכלי – אינטגרציה כלכלית אזוריות (דוגמא: האיחוד אירופי – שיתוף פעולה אדיר בין מדינות באירופה, דומה לקונפדרציה), כמו גם קניין רוחני (הגנה על פטנטים), רגולציה פיננסית, מוניטרית וכו'. כל אלה הם חלק מהנושאים היום תחת משב"ל כלכלי. התחום הזה מאוד רחב.

אנחנו מתעסק בתחום של סחר בינלאומי שהוא עד היום הענף הגדול ביותר במשב"ל הכלכלי ואחד המרכזיים והחשובים שבו.

**סחר בינלאומי וחשיבותו:**

מה סחר בינלאומי אומר, ולמה זה כ"כ חשוב? למה כ"כ הרבה מדינות רוצות להיות חלק מזה?

סחר בינלאומי מאפשר לנו ייצוא (מה שיש לנו בעודף), וייבוא (מה שאין לנו). הסחר הבינלאומי מאפשר למשקים של המדינות להיפתח לעולם, למדינות אחרות. זה מאפשר לשווקים של המדינות להפסיק להתקיים במה שהיה מכונה משק אוטרקי – משק סגור שמספק לעצמו את כל צרכיו. אם את מדינה עשירה בכל מחצב שהוא את יכולה להתנהל כמשק אוטרקי, אך רוב המדינות לא כאלה. מעטות המדינות שיש להן את הכל. מדינת ישראל נחשבת למעצמה של יכולת עיבוד וליטוש יהלומים. יש לנו יהלומים בישראל? ממש לא. יש הרבה יהלומים באפריקה. אנחנו יודעים לעבד יהלומים ממש טוב, בלי סחר בינלאומי, בלי שנפתח את השוק שלנו ליבוא יהלומים מאפריקה, ומבלי שאפריקה תפתח את השוק שלה לייצוא, אנחנו לא נוכל לממש את האיכויות שלנו. זה מאפשר לנו לרכוש את המשאבים שאין לנו ולעשות את מה שאנו ממש טובים בו. הסחר הבינלאומי מאפשר לנו עוד בהיבט הכלל עולמי, ברמת המקרו – הוא מאפשר למדינות בעולם להקצות את גורמי הייצור – ההון, כח העבודה באופן הרבה יותר יעיל, זה מאפשר לכל מדינה להתמקצע, להתמחות באותם תחומים שיש לה יתרון יחסי, אבל זה מתבסס על זה שרק אם כל הגבולות שלנו יהיו פתוחים ונוכל לסחור בינינו. זה הרעיון של יתרון יחסי – כל מדינה תתמקד באותם ענפים ספציפיים ששם היא יותר טובה לעומת מדינות אחרות. מה יקרה? במה שאני מאוד טובה אני אייצר, את העודפים אייצא ואפיק רווח, ומהכסף הזה אוכל לקנות את מה שאין לי פה, את מה שמדינות אחרות יותר טובות ממני. לכן סחר בינלאומי כה חשוב.

כדי שאנחנו נוכל ליהנות מהיתרונות של הסחר, אנחנו חייבים כללים שיסדירו את היחסים בין המדינות בתחום הסחר והכללים האלה יסירו את החסמים לסחר בין המדינות כדי לאפשר לסחר ביניהן לזרום באופן כמה שיותר שוטף. זה מה שבאים לעשות דיני הסחר הבינלאומי.

איזה חסמי סחר קיימים? חסם הסחר הכי מובהק הוא המכס – התשלום עבור מוצר שבא מחו"ל, שבלעדיו הוא לא יכול להיכנס לארץ.

החשיבות של הסחר הבינלאומי מתעצמת בעשורים האחרונים כחלק מתהליך הגלובליזציה שהופך את כל העולם שלנו לכפר גלובלי קטן בו אנשים, סחורות, ידע והון עוברים באופן הרבה יותר מהיר וקל בין המדינות, מה שמאיץ את היכולת להמשיך ולפתח את הסחר הבינלאומי.

כיום מכל נקודה לכל נקודה יוצאים שירותים ומתקבלים שירותים, יוצאות סחורות ומתקבלות סחורות.

דוגמא לסחר ב**שירותים** - חברה אמריקאית קונה שירותים של עובדים הודים שעוזרים ללקוחות שלה להתקין את האינטרנט בבתים שלהם בארה"ב. זו המחשה לכך שאנו חיים בסחר בינלאומי.

דוגמא נוספת לכך שאנו חיים בעידן של סחר בינלאומי – האייפון, יש בו חלקים מיפן, מארה"ב, מאיטליה, מסינגפור, והכל במכשיר אחד קטן. בלי הסחר הבינלאומי אי אפשר היה לעשות את הדבר הזה. איך הגענו למצב הזה היום שהאייפון מורכב מחלקים מכל העולם?

ארגון בשם **WTO** (WORLD TRADE ORGANIZATION) – זהו ארגון הסחר העולמי - מערכת הסחר המולטילטרלית; כמעט כל מדינות העולם חברות בו. לפני הWTO, שהתחיל לפעול ב95, היה הסכם שהוא הסכם עדיין קיים בשם **הסכם GATT**– ההסכם הכללי בדבר סחר ומכסים. פה נעוצים השורשים של הWTO של מה שאנו מכירים היום כמערכת הסחר המולטילטרלית.

ההיסטוריה מתחילה בעולם שאחרי מלחמת העולם השנייה. הסכם GATT בדבר סחר בנכסים מהווה חלק מהארכיטקטורה של פוסט מלחמת העולם השנייה, של המנצחים בהובלת ארה"ב, העולם הליברלי.מה משקף אותו הסכם GATT? - הסכם שיוצר מסגרת כללית לסחר בין מדינות? הוא משקף ניסיון אחרי מלחמת העולם השנייה לתקן את החוליים שהביאו למלחמה מלכתחילה. חלק גדול מהסיבות למלחמה היו סיבות כלכליות, משבר כלכלי שהתגבר בשנות ה30. על הרעיון הזה בדיוק מוקמת **קהילת הפחם והפלדה**. האיחוד האירופי התחיל בסיפור של 6 מדינות שאחרי מלחמת העולם השנייה אמרו שהן לא רוצות שוב את אותן זוועות, בואו ניצור שיתוף פעולה כלכלי, אם נהיה תלויים אחד בשני כלכלית, הסיכום שנילחם אחד בשני נמוך יותר. בימים שאחרי מלחמת העולם השנייה תופס תאוצה הרעיון של כלכלת שוק, ארה"ב כמעצמה של העולם המערבי אחרי מלחמת העולם השנייה מובילה באופן רצוני – בואו נפתח את השווקים שלנו, כל הרעיון של היד הנעלמה, בואו נמחק את הגבולות וניתן ליד הנעלמה לעשות הוקוס פוקוס על פני הגלובוס. אותו הסכם GATT גם היה ניסיון של המדינות המערביות בהובלת ארה"ב, ליצור גוש חזק כלכלית אל מול רוסיה, שכן אנו בראשיתה של המלחמה הקרה. יש פה גוש קומוניסטי – בואו ניצור הסכם ליברלי ונביא כמה שיותר מדינות לשם וניצור גוש חזק באידיאולוגיה ומבחינה כלכלית מול הקומוניסטים.

מה התפיסה שמנחה את האנשים שנושאים ונותנים על אותו הסכם GATT? תפיסה שרוצה למנוע מדיניות כלכלית בינלאומית הרסנית כמו זו שהייתה ערב מלחמת העולם השנייה – דאז כל מדינה עשתה רק מה שטוב לה כלכלית מבלי להתמודד עם ההשפעות של זה על המדינות האחרות, באופן שרק החמיר את המשבר הכלכלי של כולם. הרעיון אומר שאם לכולנו תהיה יציבות כלכלית, תהיה לנו גם יותר יציבות פוליטית. מה המטרה שמציג לנגד עיניו הסכם GATT? – צמצום של אותם מכשולים לסחר. להוריד את החסמים והגבולות בין המדינות בתחום הסחר. מה שבא ועושה ההסכם הזה, זה לקבוע את אותם כללי מסגרת של איך צריך להתנהל הסחר בין המדינות, מה החובות והזכויות של המדינות. GATT מתעסק בזכות של סחר בטובין, סחורות, מכוניות, לבוש, ריהוט, לא בשירותים. האג'נדה של GATT– בואו נעשה ליברליזציה הדרגתית של הסחר. מה זה אומר? לא ביום אחד נוריד את כל המכסים והמכסות אלא באופן הדרגתי לאורך השנים נוריד חסמים ונעלה את הרמה של שיתוף הפעולה בין המדינות. נלך ונוריד מכסים, נטיל יותר ויותר מגבלות על סובסידיה. סובסידיה מבחינה גלובלית יוצרת עיוות. מדוע? יש לנו חקלאים באפריקה שהיתרון היחסי שלהם היא לייצר מוצרים חקלאיים, יותר מישראל וארה"ב. אם ישראל/ארה"ב, 2 מדינות שנותנות סובסידיות לחקלאים, היו נותנות פחות סובסידיות, כנראה היינו קונים יותר מאפריקה – שמייצרים יותר זול; אך ברגע שמדינה משתתפת עם החקלאי בייצור, הוא יכול לכאורה לייצר יותר זול ואז אנו לא מייבאים, למרות שהיתרון היחסי שלהם הוא בחקלאות. אף מדינה לא רוצה למצוא את עצמה ביום סגריר תלויה רק ביבוא, ולכן זה אחד הגורמים בגינם רוב המדינות המערביות ממשיכות לתת סובסידיות כדי שלא יהיו תלויות רק במדינות אחרות, למרות שאחרות מייצרות את זה יותר זול. סובסידיות מעוותות כי הן לא גורמות לכך שרק מי שטוב וזול ייצר. זה מעוות את היד הנעלמה. המטרה היא לא לבוא ולמחוק את הסובסידיות, אך לאורך השנים אנו רואים יותר ויותר מגבלות על מדינות ועל הענקת סובסידיות.

האג'נדה של GATT היא ליברליזציה הדרגתית של הסחר שתפתח שווקים, תוריד את החסמים, תוריד מחירים כי תהיה תחרות, והכי חשוב – תעלה את הרווחה הכלכלית בעולם. הסחר הבינלאומי זה אמצעי להשגת המטרה שהיא להעלות את רמת החיים לכל האנשים בעולם.

הסכם GATT, שהוא **רק הסכם**, הוא חלק אחד ממה שנקרא מערכת **BRETTON WOODS**. ביולי 1944, שלהי מלחמת העולם השנייה, מתכנסים הנציגים של המעצמות המנצחות בברטון הודס כדי לכונן את הסדר הכלכלי ליום שאחרי המלחמה. האנשים מחזיקים בפתיחת שווקים, שיתוף פעולה. ההסדר בברטון הודס היה אמור להיות ניצב על 3 יסודות. כתוצאה מוועידה זו הוקמו 3 ארגונים. האנשים שיושבים שם הוגים את הקמתם של 3 מוסדות:

1. **הבנק העולמי**– יושב בוושינגטון, ארה"ב, הוא אמור לתת סיוע והלוואות ארוכות טווח למדינות מתפתחות כדי להביא אותן למצב כלכלי טוב יותר. למשל הוא עושה פרויקטים אדירים של בניית סכרים, תחנות כח וכו'. (כמעט כל מדינות העולם הן צד לו).
2. **קרן המטבע העולמית**– מפקחת על המדיניות ההומניטארית של מדינות, מגישה סיוע למדינות שנקלעות לבעיות תקציביות במטבע. גם היא יושבת בוושינגטון.
3. **ארגון הסחר הבינלאומי–ITO**– זה היה אמור להיות INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION. בשנים 1947-1948 מתנהל מו"מ להקמת הITO שהיה אמור להיות ארגון בינלאומי מסודר עם כללים ענפים בתחום של סחר בינ"ל, עם מערכת יישוב סכסוכים ענפה. נראה בהמשך מה קרה לו.

במקביל, GATT – ב47 יש מו"מ אינטנסיבי לגיבוש הסכם GATT, ב1.1.48 GATT נכנס לתוקף. הייתה מחשבה שהוא יבלע בITO. אחרי שנתיים של מו"מ אינטנסיבי על ITO, הוא מגיע לאישור הקונגרס האמריקאי, שאומר שהוא לא בטוח שהוא רוצה ארגון שיקבע לו את מדיניות הסחר שלו, זו חדירה רצינית לריבונות שלו. אחרי כל המו"מ, הקונגרס לא מסכים לאשר את ההסכם. ברגע שהאמריקאים לא מאשרים, כל המדינות האחרות גם לא רוצות לאשר. הרעיון של הITO נופל. מה ששורד זה הסכם GATT.

הסכם GATT נכנס לתוקף בינואר 48. אנו מדגישים שזה הסכם כי מעולם לא הוקם מערך מוסדי שהיה אמור לתת גב מוסדי לתפעול ההסכם הזה. יש לו למשל מערכת יישוב סכסוכים אבל היא לא מחייבת. הרבה מסכסוכי הסחר הגדולים פשוט לא מצליחים להיפתר, כי צד אחד לא מוכן לתת את ההסכמה שלו לבוא ולהתדיין. מ48 עד 94, הסכם GATT עובד בצורה יחסית מוצלחת ומצליח להוריד את המכסים דרך סבבים שונים של מו"מ באופן מרשים למדי. כשמגיעים לאמצע שנות ה80, היחסים של הסחר הבינ"ל בין המדינות נעשים מורכבים וענפים והסכם GATT לבדו לא מספיק מעודכן כדי להתמודד עם האתגרים של הסחר הבינ"ל בעידן הגלובליזציה. בנוסף, מספר החברות בGATT הולך וגדל. יש כבר 128 מדינות, עסק שקשה לנהל אותו. על הרקע הזה, החוסר באותה מסגרת ארגונית, העדר קיומו של ארגון בינ"ל ממש כדי לדאוג שההסכם עובד כמו שצריך, מיושם כמו שצריך, מתחילים להרגיש את החוסר הזה הרבה יותר.

על רקע זה, ב86 מתחיל מו"מ אחד הארוכים ביותר שנמשך 7 וחצי שנים עד 94. המו"מ הזה ידוע בתור **סבב אורוגוואי** כי הפתיחה שלו התרחשה שם. בסופו של המו"מ, מוקם הWTO, ה-I הוחלפה לW. מוקם ארגון בינלאומי אמיתי.

התוצאות המרכזיות של סבב אורוגוואי:

מוקם ארגון של ממש עם מזכירות משלו, תקציב רציני. הוא יושב על שפת האגם בג'נבה. חברות בו 164 מדינות. 99% מאוכלוסיית העולם. כמעט כל הסחר העולמי בין המדינות השונות כפוף בצורה זו או אחרת להסדרים בWTO. הWTO לא רק מקים ארגון פורמלי, יש בו שורה ארוכה של הסכמים שמרחיבים את התחומים שהWTO מסדיר. זה כבר לא רק סחר בשירותים שהיה בGATT. יש לנו הסכם מכונן – ארגון בינלאומי עם אחריות ותפקידים, GATT נבלע והופך להיות אחד ההסכמים תחת הWTO, למשל, מקבלים הסכם נוסף – גלובליזציה, תקשורת ענפה, הרבה שירותים בתחום הבנקאות מסופקים בצורה טלפונית חוצה גבולות, מתקבל הסכם חשוב בדבר סחר בשירותים, עוד הסכם חשוב שמתקבל –**TRIPS**– ההסכם שעוסק בסוגיות של קניין רוחני (מי שלחץ מאוד שהוא ייכנס הייתה ארה"ב והאיחוד האירופי – המדינות שיש אצלן הכי הרבה אנשים שממציאים פטנטים רצו הכי הרבה למנוע זיוף פטנטים. כמו כן יש הסכם חשוב –DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING– הסכם בדבר יישוב סכסוכים.

בGATT התפתחה מערכת יישוב סכסוכים שהייתה מבוססת על פאנלים אד הוק (הגדרה מויקיפדיה: לצורך כך, לעניין זה, כלומר הוא כינוי להחלטות, לפעילות ולמעשים נקודתיים שנעשו כדי לתת **מענה שעה** על צורך מסוים ומוגדר), אבל אם אחת המדינות לא נתנה הסכמה לייסוד הפאנל, לא היה מוקם הפאנל. אחד הדברים החשובים ביותר כשמקימים את הWTO, מקימים מערכת יישוב סכסוכים עם סמכות שיפוט מחייבת. ניתן לגרור מדינה שלא מצייתת לWTO. המערכת הזו מורכבת מפאנלים אד הוק בערכאה ראשונה – פאנלים שמכוננים לצורך הסכסוך הספציפי ומעליהם ערכאת ערעור קבועה (APPELLATE BODY). בערכאת הערעור נעשה שימוש ב70% מהמקרים בWTO– בפרט שיש זכות ערעור, אף אחד לא יכול למנוע גישה לשם.

המשב"ל, מעבר לכל סנקציה, במובנים רבים הוא עובד על עקרון פשוט של הדדיות – אם אני היום תובעת מישהי והיא לא תופיע, היא תדע שכשהיא תתבע אותי, אני לא אופיע. מנגנון האכיפה הכי טוב במשב"ל הוא בכלל לא כתוב – **עקרון ההדדיות**. מעבר לעקרון ההדדיות, בWTO הלכו רחוק יותר, יש אפשרות שאם מדינה, ניתן נגדה פס"ד, ובד"כ ניתנת לה תקופה של 15 חודשים לציית, אם כעבור אותו זמן היא לא מבצעת תיקוני חקיקה וממשיכה להפר, למדינה המנצחת בתיק יש אפשרות ללכת לWTO ועל בסיס פסה"ד לבקש אישור לנקוט בסנקציות סחר נגד המדינה המפרה עד שתשוב מדרכה. כלומר היצרנים ירגישו את אי הציות של המדינה בכיס שלהם כתוצאה מהסנקציות. בערכאת הערעור יש סה"כ 7 חברים קבועים.

לעומת GATT מורכבת מערכת יישוב סכסוכים הרבה יותר חזקה וסדורה.

דבר מעניין נוסף –**SINGLE UNDERTAKING - הכל או כלום**, כשמקימים את הWTO אומרים לכל המדינות, שמי שרוצה להצטרך למועדון האקסקלוסיבי הזה, או שהיא מקבלת את כל שורת ההסכמים או שהיא לא מצטרפת. אחת הטענות שנשמעות על רקע זה עד היום? שבעסקת חבילה זו היו מדינות שהרוויחו יותר (החזקות, המפותחות), והיו שהרוויחו פחות (המתפתחות – שמרגישות את זה בעיקר בתחומים של הקניין הרוחני; מכיוון שמקומות בהן לנו למדינות המתפתחות יש יתרון יחסי, בעיקר בחקלאות וטקסטיל, שם החזקות מממשיכות עם הסובסידיות באופן שלא נותן למתפתחות להתפתח, בעוד שמאיתנו, המתפתחות מנעתם לחקות המצאות שלכם). זו אחת הביקורות.

דוגמא: הגנה על תרופות – בד"כ 20 שנה אי אפשר לחקות תרופה מסוימת. בתחומים אלה הייתה תעשיה של זיופים, בין היתר בהודו. בסופו של דבר הנושא הזה הגיע לפשרה כאשר המדינות המפותחות הבינו שאנשים במדינות המתפתחות לא מצליחים להגיע לתרופות מצילות חיים בגלל הפטנטים, ולכן הגיעו להסכם פוליטי בו מדינות מתפתחות יכולות לייצר תרופות למרות הפטנטים.

**עקרונות וכללי היסוד של WTO/GATT:**

נתחיל להבין את הדין המהותי; הWTO וGATT מבוססים על ליברליזציה של הסחר ודרך זה הגדלת הרווחה הכלכלית העולמית. איך הWTO רוצה להשיג את זה?אם נתמצת את זה ל-2 דרכים:

1. ביטול האפליה ביחסי הסחר הבינלאומיים
2. הפחתה של מכסים וחסמים אחרים לסחר

נתחיל בפן הראשון – **ביטול האפליה בסחר הבינלאומי**. יש לנו 2 עקרונות אי הפליה שעומדים בבסיס של GATT ושל הWTO. אנו נלמד עם דגש על GATT כי בסופו של דבר זה ההסכם שהכי חשוב להכיר כדי לדעת על סחר בינלאומי, אבל העקרונות מצויים בחוט השני בכל שאר ההסכמים.

* העיקרון המפורסם הראשון נקרא: **עקרון המדינה המועדפת** (MOST FAVORED NATION=MFN) שמעוגן בס' 1 לGATT (רמז לחשיבות העיקרון). מה אומר עקרון זה? עקרון יסוד זה שמעוגן בס' 1 לGATT אוסר על מדינה חברה בWTO להפלות בין שותפות הסחר – בין שאר המדינות החברות בWTO. אין להפלות בין מוצר שמיובא ממדינה א' למוצר **דומה** שמיובא ממדינה ב'. אם למשל ישראל מחליטה לתת הטבת מס לטלוויזיות שמגיעות מיפן. באותו רגע ובלי שום תנאי, בגלל שאני חברה בWTO אני לא יכולה לתת את זה רק ליפן, אלא לכל הWTO. מה הרציונל? - למנוע מתחים פוליטיים ולעשות דה-פוליטיזאציה של הסחר הבינלאומי – כולם מתייחסים לכולם כשווים.

דוגמא: תיק הבננות– ב1993 האיחוד האירופי מקבל דירקטיבה, מגיע לאינטגרציה כלכלית מאוד גבוהה ועשה האחדה של כל משטר ייבוא הבננות לאיחוד האירופי. מה קובע אותו משטר ייבוא בננות של האיחוד האירופי?בננות שמגיעות ממדינות ACPs– קולוניות אירופאיות לשעבר באפריקה ובקריביים, ב0% מכס, בלי שום מגבלות לשוק האירופאי. מה זה אומר? שהן יכולות להימכר יותר זול. בננות מכל שאר העולם כפופות למשטר מסובך של מכסים ורישיונות יבוא וזה פוגע במדינות מאמריקה הלטינית שהן יצרניות גדולות ותחרותיות של בננות (מייצרות בננות יותר בזול מאפריקה, אך יש להן חסמי סחר). נתנו הטבות סחר למדינות הקולוניות ולא לשאר מדינות העולם. זה הפר את העיקרון של האפליה. הסכסוך הגיע לWTO ומערכת יישוב הסכסוכים פוסקת שיש פה הפרה ברורה של עקרון הMFN.

חשוב להדגיש את הנושא של מוצרים דומים. האפליה אסורה בין מוצרים דומים. גם בעקרון האפליה הבא לא מדובר במוצרים זהים לפי הפרשנות של מערכת יישוב הסכסוכים של הWTO, אלא גם מוצרים שבעיני הציבור נתפסים כמוצרים מתחרים או חלופיים יספקו את הקריטריון של מוצרים דומים שאסור להפלות ביניהם.

דוגמא: לפטופ נניח עולה 1000 דולר. ויש לנו מחשב חדיש שולחני שעולה 1200 דולר. האם אלו מוצרים דומים? זה תלוי מקרה ספציפי. אבל מספיק שחלק מהאוכלוסייה, בגלל הפרש המחיר, מספיק שחלק מהאוכלוסייה תעדיף לקנות לפטופ ולהשתמש בו כמחשב שולחני, כדי שנגיד שהציבור תופס אותם כמוצרים אלטרנטיביים, חלופיים, ולכן בנסיבות מסוימות זה עשוי להיחשב כמוצר דומה לצורך העניין של אפליה. אותה דילמה יכולה לעלות עם רכבים: למשל עם רכב משפחתי וג'יפ, או עם לחם ופיתות, זה תלוי בקונטקסט. עשוי להיות דומה ולא דומה.

אם למשל בשוק שלי כל הלפטופים מיובאים מארה"ב וכל המחשבים השולחניים מיפן. אני קובעת שבישראל לפטופים אפשר למכור בכל חנות שהיא, גם בסופר וגם בקרביץ, אבל שולחניים רק בחנויות של מוצרים משרדיים. האם יש פה אפליה? כן. אני נותנת הרבה יותר גישת שוק וחשיפה ללפטופים מארה"ב ולא למוצר הדומה מיפן ולכן יפן יכולה לומר שאני מפלה ומפרה את עקרון הMFN.

**שיעור 10 – 15.12.16– סיוון שלמה אגון:**

התחלנו לדבר על העקרונות המשפטיים הבסיסיים בבסיס ארגון הסחר העולמי והסכם GATT של הWTO.

**עקרון הMFN** מדבר על שוויון בין המדינות החברות בארגון לגבי מוצרים דומים. לישראל למשל אסור להפלות בין ארה"ב ויפן באופן בו היא קובעת את הרגולציות, את המיסים שלה. היא צריכה לתת אותו יחס בדיוק לכל אחת מהמדינות החברות בWTO.

איך יודעים אם מוצרים מסוימים הם דומים זו שאלה מאוד סבוכה כי יש סיטואציות בהן ג'יפ ומכונית פרטית אלו מוצרים דומים, ובסיטואציות אחרות הן לא. לכן, הפסיקה בWTO מדגישה שהשאלה אם המוצרים הם דומים לעולם תיבחן בנסיבות של המקרה הספציפי ואז יבדקו האם בעיני הציבור הרלוונטי הם מוצרים לא זהים, אלא חלופיים, מתחרים. האם למשל כתלות בהפרש המחיר ביניהם, אנשים עשויים להעדיף פיתות ולא לחם – להיות אדישים יחסית לאם זה פיתה או לחם ולכן יש סיטואציות בהן זה ייחשב למוצר דומה.

היום נעבור לעקרון אי האפליה השני שעומד בבסיס הWTO.

* **עקרון היחס הלאומי (national treatment=NT)** – (מופיעה גם בס' 3 בGATT וגם כמעט בכל ההסכמים של הWTO) - למדינה חברה בWTO אסור להפלות בין מוצרים מקומיים ומוצרים מיובאים דומים מהרגע שאותם מוצרים נכנסו לארץ (במקרה שלנו – מרגע שעברו את המכס). ברגע שמוצר שילם את המכס באשדוד, נכנס לשטח ישראל, מאותו רגע, אומר הסכם GATT, ישראל (וכל מדינה שחברה בWTO, צריכה לתת למוצרים שלה, שמיוצרים בשטחה, ולמוצר המיובא בדיוק את אותו יחס – אותם מיסי קניה, אי אפשר להפלות באמצעות רגולציה בין המוצרים האלה, אי אפשר להכפיף מוצר מיובא (למשל מייבש, לתקני חסכון בחשמל מחמירים יותר ממייבשים בארץ). העיקרון הזה מתמצה בשאלה האם המדינה מעדיפה את עצמה, את המוצרים שלה על פני מוצרים דומים זרים.

דוגמא: כשמדברים על מדינה שלא נותנת יחס לאומי – שמפרה את עקרון היחס הלאומי ונותנת יחס מפלה למוצרים המיובאים לעומת המוצרים המקומיים שלה, בד"כ אנו רואים מדינות עושות שימוש ב-2 סוגים עיקריים של אמצעים מפלים; 1. הסוג הראשון והמאוד נפוץ: **מיסוי מפלה**. דוגמא – מס קנייה על אלכוהול. ברוב מדינות העולם, בנוסף למע"מ ולמכס, מאוד נפוץ להשית בתוך שטח המדינה מס קניה על כל בקבוק אלכוהול שאנו קונים. זה אחד המקורות המאוד נוחים להכניס דרכו עוד כסף לאוצר המדינה. הבעיה היא כשמתחילים לעשות זאת באופן לא שוויוני. נחשוב לצורך הדוגמא שישראל יצרנית של יינות, יש לנו הרבה יקבים ואנו יצרנים מאוד טובים של יין כשרמת האלכוהול היא עד 14%. כל הוודקות והוויסקי שאחוזי האלכוהול בהם נושקים ל-40% הם מיובאים. שר הכלכלה מחליט על חקיקת מס שאומרת שמהיום כל מוצרי האלכוהול בשוק הישראלי שהם בעלי עד 14% אלכוהול ישולם עליהם 10% מס קניה מהערך שלהם. אם בקבוק יין עולה 50 ₪, כשנשלם זה יעלה 55 ₪. אבל, החקיקה הזו גם אומרת שכל משקה אלכוהולי של 15% ומעלה יהיה כפוף ל25% מס. משמע- אם אני קונה וודקה שערכו 100 ₪, אשלם עבורו 125 ₪. לכאורה – זה בכלל לא מפלה כי כל אלכוהול עד 14%, וכל אלכוהול מ15%. על פניו החקיקה לגמרי שוויונית כי גם אם נייבא יין המס יהיה גם עליו. אך ערכאות הערעור עושות פיקוח של השוק ורואות שבאופן מובהק כל התוצרת המקומית כפופה למס נמוך וכמעט כל התוצרת המיובאת כפופה למס של 25%. ואז שואלים: האם דה פקטו יש פה אפליה?- כן. יש המון תיקים כאלה בWTO, בכולן המדינות הפסידו כי הראו שבאופן מובהק החלק הגדול של המוצרים שמיוצרים בשטחם כפוף למס הנמוך. לכן זה מס מפלה שסותר את ס' 3 להסכם GATT.

אבל, יש עוד אמצעי בעזרתו מדינות מפרות את אותו עיקרון, 2.**NT – רגולציה פנימית מפלה.** דוגמא: ויסוצקי ושקיקי התה – הייתה תקופה בה היה רק תה של ויסוצקי. למה? כי בישראל הייתה רגולציה שקבעה תקן של איזה שקיקי תה ניתן למכור בישראל. באופן מפתיע לא ניתן היה למכור שקיקי תה שמהודקים במהדק, אלא היה אפשר רק תה עם פס זהב. אף אחד לא אמר שמותר למכור רק ויסוצקי ולא ליפטון, אף חקיקה לא אמרה את זה. העיקרון אומר שאתה לא יכול להעדיף את התוצרת המקומית שלכם. תנו לצרכנים להחליט איזה תוצרת הם רוצים – מיובאת או מקומית.

דוגמא נוספת – תיק הסיגריות. בארה"ב ב2010 אחרי 5 שנות מאמצים בקונגרס להעביר חקיקה זו, מעבירים חוק שאוסר על סיגריות בטעמים בארה"ב, על ייבוא, על מכירה, על שיווק. מדוע? הם גילו שבני נוער כשמתחילים לצרוך סיגריות עושים שימוש בסיגריות בטעמים כי הטעם הזה מסוכך על הטעם הפחות נעים של הטבק וכך הם מתחילים לעשן. ארה"ב בחקיקה בריאותית רוצה למנוע עישון מואץ בקרב צעירים ומעבירה חוק שאוסר סיגריות בטעמים למעט סיגריות בטעם מנטול. אינדונזיה היא היצרנית מס' 1 של סיגריות בטעם ציפורן, השוק המאוד גדול שלה הוא בארה"ב, ברגע שארה"ב קובעת חקיקה זו, נסגרים השערים בפני אינדונזיה. מה עוד מסתבר? שסיגריות מנטול שנמכרות בארה"ב, רובן ככולן מיוצרות בארה"ב. מה אינדונזיה טוענת? לאפליה. ארה"ב לא אומרת שאינדונזיה היא לא רוצה, וסיגריות מאמריקה כן, אלא היא מתוחכמת. ארה"ב נמצאת כמפרה את עקרון ה-NT.

בכל תיק כזה השאלה המרכזית היא האם זה מוצרים דומים. פה עלתה השאלה האם סיגריות ציפורן וסיגריות מנטול הן אותו מוצר. היו שאמרו שסיגריה זה סיגריה, כמו שבננה זו בננה. בטח שזה אותו מוצר. ארה"ב ניסתה לומר שהמוצרים הם לא חלופיים, הם בכלל לא מתחרים אחד עם השני, הם לא פונים לאותו קהל יעד. היו שחשבו שזה טיעון חזק – מנטול זה רק האוכלוסייה המבוגרת, ולכו זה בכלל לא תחרות על אותה אוכלוסייה (מכיוון שהסיגריות בטעמים האחרים, כולל טעם הציפורן פונות יותר לצעירים). ערכאת הערעור אמרה שזה ניסיון יפה, אך ארה"ב לא הצליחה להוכיח את זה מספיק טוב ממחקרים, וממה שהשופט רואה בעיניו, וממה שאינדונזיה הביאה, הוא משתכנע יותר מהעמדה שאם עכשיו תוציאי סיגריות בטעמים, כל המעשנים הפוטנציאלים יתחילו לעשן טבק רגיל או מנטול – הם יעברו לדבר שכן חוקי, ולכן הם כן חלופיים. המקרה הזה מראה משהו שאולי באינסטינקט הראשוני שלנו – זה אותו דבר – שניהם סיגריה, היה פה דיון גדול אם זה מוצרים דומים או לא.

אחת הביקורות נגד הWTO היא שהיא נכנסת חזק מאוד לריבונות של המדינות.

הWTO מבקש לעשות ליברליזציה של הסחר ודרכה להביא לעליה ברווחה הכלכלית העולמית ב-2 דרכים מרכזיות: 1. אי אפליה 2. הפחתה הדרגתית של מכסים וביטול חסמים אחרים לסחר הבינלאומי.

**מכס:**

כדי שסחורה תוכל לעבור את הגבול ולהימכר ולהתחרות במוצרים שבשוק המקומי היא צריכה לשלם מכס. (border charge). מהרגע שהסחורה משלמת את המכס (אחרי שמשלמים מכס היא לגיטימית) היא סחורה לגיטימית בשוק המקומי וזכאית לכל הזכויות/ההטבות, ליחס דומה לו זכאים מוצרים מקומיים. כדי שמוצרים ממדינה אחת יקבלו גישת שוק לשווקים אחרים הם חייבים בד"כ לשלם מכס. האם זה חסם סחר? **בוודאי**. מכס לא נחשב אפליה. הWTO מכיר בחוקיות של מכסים ומכיר באמצעי הזה כאמצעי לגיטימי של מדינה להגן על התוצרת המקומית שלה. מדינות רשאיות להטיל מכסים לעומת חסמים אחרים שהוא לא מוכן לקבל.

למה מדינות מטילות מכס? 1. כהגנה על התוצרת המקומית מפני תחרות, מכיוון שהמכס מייקר את המוצר, גם אם יש מוצר פנימי שעולה יותר לייצר אותו מהמיובא, המכס מעוות את זה כי הוא מייקר את עלות המוצר המיובא. 2. ובנוסף – זה מהווה מקור הכנסה לאוצר המדינה, בפרט למדינות מתפתחות שם שיעורי המכס גבוהים. זה מס שמאוד קל לקחת אותו כי כל סחורה שמגיעה מבחוץ צריכה לחדור את הגבול. יש בכל מדינה X מקומות דרכן הסחורה נכנסת ושום סחורה לא תכנס מבלי שתשלם את המכס.

ככל שהמכס גבוה יותר – עלות המוצר לצרכן גבוהה יותר, זה יביא לקטינת הצריכה של המוצר המיובא, כתוצאה מזה תהיה הקטנת היבוא וזה יעזור להגדלה של התוצרת המקומית והכח שלה בשוק הפנימי.

הWTO רואה במכס כחסם סחר חוקי. מותר למדינות להטיל מכסים. אבל, הWTO מבין שמכסים מעוותים את התחרות ומגבילים את הסחר הבינלאומי ולכן הWTO עושה מה שGATT עשה – להביא להפחתה הדרגתית של המכסים במסגרת סבבים של מו"מ. יחד עם סבב אורוגוואי במסגרתו הוקם הWTO היו בסה"כ 8 סבבים כאלה של מו"מ לאורך ההיסטוריה של GATT במסגרתם המדינות הלכו והורידו עוד ועוד את המכסים על שורה ארוכה מאוד של מוצרים. היכולת שלנו לקנות מחשב נייד היום ב3,000 ₪ ולא ב10,000 ₪, זה בגלל שהמכסים על מוצרי חשמל הרבה יותר נמוכים, וזה בזכות זה שבWTO הדברים האלה הלכו וירדו וכל המדינות שהורידו את המכסים היו צריכים לתת את ההטבות האלה לכל המדינות. אתם תורידו מכסים על מוצרים בהם לי יש יתרון יחסי ובתמורה אני אוריד את המכסים על מוצרים בהם לכם יש יתרון יחסי. ואז כולם זכאים לכל הסדר שמדינה הצליחה להגיע עם מדינה אחרת. הMFN מחיל את כל מה שאתה משיג על כולם.

לאורך השנים, אחרי מלחמת העולם השנייה, המכס הממוצע במדינות מערביות עמד על 40%. הממוצע של המכס היום בעולם המערבי הוא 3.8%.

מכס הוא בעקרון חסם חוקי. הWTO מקבל את זה שמדינות יכולות להטיל מכס. השאיפה היא להוריד את המכסים כמה שאפשר עם השנים.

**מגבלה כמותית** מהווה מגבלת סחר אחרת. זו הגבלה על הכמות של מוצר מסוים שאפשר לייבא/לייצא לחו"ל. למשל: אם קובע שר הכלכלה אצלנו שמותר לייבא לישראל רק 1000 טון פולי שוקו מחו"ל לשנה, או רק 1000 ג'יפים בשנה. הWTO, הסכם GATT, מאוד לא אוהב את היצור שנקרא מכסה, הוא קובע איסור מוחלט על מגבלות כמותיות. מה לגבי איסור יבוא? אנחנו לא קובעים מותר לייבא רק 1000 ג'יפים בשנה, אלא אומרים: אסור לייבא ג'יפים לישראל. מה קורה אז? איסור ייבוא זו מכסת אפס. לכן גם זה אסור ככלל לפי ס' 11 להסכם GATT.

דוגמא: האיחוד האירופי, שיש לו סטנדרטים גבוהים בתחום הבריאות, קובע בסוף שנות ה-80, מהיום ואילך, אסור לייצא אליי, אני מטיל איסור ייבוא, על בשר שמטופל בהורמוני גדילה לשטחי האיחוד האירופי. אסור לייבא ואסור למכור. איפה יש? בכל העולם, ובצורה משמעותית בצפון אמריקה - ארה"ב וקנדה. למה משתמשים בהורמוני גדילה? זה מוזיל מאוד עלויות לחקלאים כי ברקע שמזריקים את ההורמונים צריך לתת פחות אוכל והוא גדל מאוד מהר, מאיצים את התפתחות הבקר, ניתן למכור אותו לשוק מהר תוך השקעה של פחות אוכל. האיחוד האירופי טוען ומצליח להביא מחקרים שזה גורם להתפתחות מוקדמת בבני אדם, זה מגדיל את הסיכוי לסוגים שונים של סרטן. אבל על פניו זה איסור ייבוא ולכן על פניו הוא מפר את ס' 11. גם פה יש הסכם שלם שמסדיר את הדבר הזה וקובע באיזה אופנים אפשר היה לעשות את מה שהאיחוד האירופי עשה. על פניו, האקט הראשוני של האיחוד האירופי אסור.

אמרנו מכסים זה חסם סחר חוקי, הWTO אוסר באופן מוחלט על מכסות לרבות איסור ייבוא. למה הWTO מגלה העדפה כ"כ ברורה למכסים לעומת מכסות? במכסות מגבילים כמות – רק 1000 ג'יפים. עכשיו צריך ליצור מנגנון שלם של רישיונות יבוא כדי שנדע למי אנחנו נותנים לייבא ג'יפים לישראל, כי לא כל אחד יכול לייבא, כי אי אפשר לייבא אינסוף לישראל. הרבה פעמים במתן רישיונות הייבוא הוא נתון להרבה מאוד שחיתות. מה עוד? מה ההבדל בין מכס למכסה בצורה שהוא מופעל? מכס, גם אם הוא 1000 אחוז, עדיין מותר לייבא, עדיין אם יהיה אדם כשיר שירצה לרכוש את המוצר – הוא יוכל. מכסות, בטח כשזו מכסה אפס – סוגרות את השער – זו פגיעה הרבה יותר חמורה בליברליזציה של הסחר. מה עוד? מכסים הם שקופים יותר. מכס בד"כ נראה כך: המכס על מחשבים ניידים הוא 15%, לכן עכשיו יצואנים פוטנציאלים יכולים לחשב האם משתלם להם לייצא לישראל או לא. החישוב מאוד קל ליצרנים, מי שמניע את כל הכלכלה הבינלאומית. ולכן, גם אם הוא חסם – הוא יותר שקוף, יותר ברור ויוצר יותר וודאות בכלכלה הבינלאומית. בנוסף, בגלל שמכס הוא שקוף יותר וקל לחישוב הוא מאפשר יותר בקלות לחץ ציבורי. יש סיפור למשל שפעם המכס על שטיחים בישראל היה 617% - ואז הסתבר שהיה ח"כ שהיה מקושר אל שטחי כרמל ששלטה בשוק בזכות זה שהיה מכס כה גבוה. ואז כשהתברר הדבר היה **לחץ** ציבורי להוריד מכס על שטיחים. במכסות– ההשפעה על עליית מחיר המוצר היא זהה לשל מכס בעקרון. מכסה יש לה את אותה משמעות כמו מכס. אם אני מגביל כמות אני מעלה את המחיר של המוצר כי הוא מבוקש. יש יותר ביקוש מהיצע ולכן המחיר עולה באופן אוטומטי. למשל, אם אנחנו קובעים שמותר לייבא לישראל רק 1000 ג'יפים בשנה אנחנו גורמים למחיר של הג'יפ לעלות. ורק מי שיוכל לשלם הוא יקנה, אבל, במכסה – אנחנו יודעים שההגבלה היא לאלף, אולם, לא ברור מה ההשפעה על המחיר שאנחנו הולכים לשלם – אלא אם נעשה מחקר מקיף מאוד. צריך להיות כלכלנים מאוד טובים כדי להבין מה המשמעות של הדבר הזה על המחיר שאנו עומדים לשלם. ניתן לחשב את זה, אלא שלהרבה יצואנים לא יהיה כח להתעסק עם זה. לעומת מכס שהוא ברור לחישוב, מכסה – זה הרבה יותר קשה להבין את המשמעות הכלכלית גם ליצואנים וגם לצרכנים. כנגזרת מכך, הסיכוי של הציבור שנדרש לשלם יותר בגלל המכסה, להצליח להפעיל לחץ אפקטיבי בנושא של מכסות על קבוצות האינטרס הוא הרבה יותר קטן.

בגלל שמכסים הם שקופים יותר וקלים יותר לחישוב, הם מאפשרים להשיג בצורה יותר טובה ליברליזציה של הסחר כי באותם סבבים של מו"מ המדינות ידעו: פעם קודמת הצלחנו להוריד את המכס על אלקטרוניקה ל20%, עכשיו ננסה להוריד ל15%. זה מקל מאוד לשאת ולתת מסבב מו"מ אחד לאחר, להבין מה הן מרוויחות ומה הן מפסידות מהורדת המכסים – בזכות היות המכסים שקופים.

עד עכשיו דיברנו על עקרונות אי האפליה בבסיס הWTO, על שניים חשובים מביניהם (יש עוד הרבה אחרים). כל אלה נועדו לשרת את אותה אג'נדה ליברלית כלכלית שעומדת בבסיס הWTO. אבל, יש פה התערבות מאוד רצינית בריבונות המדינות. מאוד חשוב למדינות סחר חופשי, אך לא פחות חשוב לדאוג לבריאות (סיגריות, הורמונים), הרבה פעמים חשוב לשמור על הסביבה, לנקוט באמצעים שונים שאגב זה שנועדו לקדם את איכות הסביבה, מגבילים את הסחר הבינ"ל. ה GATTוהWTO בעשור הראשון שלו בעיקר, זכה להרבה מאוד ביקורת, בדיוק בגלל זה שיש פה התערבות גסה מידי בריבונות של המדינות, שסחר לא צריך לגבור על אינטרסים חשובים כמו בריאות או איכות הסביבה. מה שנראה כעת זה שבשלב מסוים ערכאת הערעור של הWTO הבינה דברים אלו וניסתה לאזן באופן ראוי יותר בין סחר לבין אינטרסים לא מסחריים כמו איכות הסביבה באופן שמכבד את הריבונות המדינתית, את היכולת של מדינות לעשות רגולציה בתחומים שנראה להם לנכון. איך מערכת יישוב הסכסוכים עושה זאת? בעיקר דרך ס' 20 להסכם GATT שנקרא: **סעיף החריגים הכלליים**. הסעיף הזה מאפשר עקרונית למדינה לחרוג מכל הוראה בהסכם GATT, לקבוע איסור ייבוא גם אם אסור לשים מכסות, להפלות בין מדינות גם אם יש את עקרון הMFN, וזאת כמובן בכפוף לעמידה בתנאים מסוימים. ס' 20 הוא נקודת הממשק החשובה ביותר בWTO בין סחר ובין ערכים חברתיים מתחרים. זה בעצם התיקים הכי מעניינים והכי רגישים ונפיצים שמגיעים למערכת יישוב הסכסוכים של הWTO.

ס' 20 בנוי באופן הבא: יש לו 2 חלקים; רישא שנקראת CHAPEAU (כובע), ותחתיו יש רשימה של סעיפי משנה ספציפיים.

1. **הרישא**– אומרת שאין דבר בהסכם GATT שמונע ממדינות לאמץ אמצעים מסוימים שמגבילים את הסחר (תיכף נראה לאיזה מטרות – בסעיפים הספציפיים) היה והאמצעים האלה מיושמים באופן שאינו מהווה אפליה שרירותית או בלתי מוצדקת או הגבלה מוסווית על הסחר הבינ"ל.
2. ואז באה רשימת הסעיפים הקטנים מתחת לרישא ואומרת איזה אמצעים מגבילי סחר יכולים להיות:
* אמצעים הנחוצים כדי להגן על המוסר הציבורי.
* אמצעים הנחוצים להגנת/בריאות החי והצומח.
* אמצעים שנועדו לשימור משאבי טבע מתכלים.

מה קורה כשאנו מתמודדים עם קייס, מהו סדר הניתוח? קודם כל שואלים את עצמנו האם יש כאן הפרה של הוראה של הWTO, של הסכם GATT. האם יש פה איסור ייבוא, האם יש פה הפרה של עקרון היחס הלאומי. אם התובעת מצליחה להראות הפרה כזו, המדינה הנתבעת תרים את ההגנה ותגיד: יש את ס' 20. מה יקרה בשלב זה? קודם כל השופטים יבדקו האם אותו איסור יבוא, האם אותה אפליה, מוצדקת לפי אותם חריגים ספציפיים – למשל האם זה נועד להגן על בריאות האדם/על איכות הסביבה/על המוסר הציבורי. רק אם צלחנו את החלק הזה של הסעיפים הספציפיים, רק אז אנחנו בעצם נפנה לרישא בחזרה ונבדוק האם האמצעי הזה, למרות שנועד להגן על הסביבה או על בריאות הציבור, האם הוא מיושם באופן מפלה, האם הוא מהווה אמצעי מוסווה להגנה על התוצרת המקומית באופן מתוחכם. ניתוח תחת ס' 20 מתמקד קודם כל באמצעי עצמו, ואחרי זה בודק האם הוא מיושם באופן הוגן ולא מפלה.

התיק הכי מפורסם בWTO, שגם היום הכי הרבה מדובר בו –תיק השרימפס– ארה"ב מעבירה בשנות ה90 רגולציה סביבתית שאומרת שלא ניתן לייבא, משמע – ארה"ב מטילה איסור ייבוא על שרימפס שנתפס ללא אמצעים טכנולוגיים מסוימים שנועדו להגן על צבי ים. למה? בד"כ צבי ים שוחים במקומות שיש קהילות של שרימפס וכשתופסים את השרימפס, בדרך הורגים ופוצעים צבי ים שהיא חיה בסכנת הכחדה. ארה"ב רוצה להגן על צבי הים ויודעת שיש דרך ללכוד שרימפס מבלי לפגוע בצבי הים. היא מחייבת מדינות שרוצות לייבא אליה להשתמש באמצעים אלו. ארה"ב מכפיפה את צי הדייג שלה לאותה גזרה – כולם חייבים להשתמש באותו ציוד טכנולוגי כדי שיוכלו למכור שרימפס ארה"ב. כלומר – לא הייתה כאן אפליה בין חוץ לפנים אלא רק איסור יבוא. באות מדינות ממזרח אסיה וטוענות להפרה של ס' 11– איסור ייבוא. ארה"ב מרימה את ס' 20 עם הסעיף שעוסק על הגנה במשאבי טבע מתכלים - יש פה צבי ים. הניתוח המסורתי בפסיקה לפני תיק זה היה שמשאבי טבע זה נפט/זהב, משאבים שמתכלים. באה ערכאת הערעור עם תפיסה הרבה יותר סביבתית על רקע הביקורת שנשמעת כנגד הWTO ואומרת שלאור הדאגות של הקהילה הבינלאומית לזנים נכחדים היום, ולאור המבוא להסכם הWTO שמדגיש את המטרה של פיתוח בר קיימא, במציאות היום, אומרת ערכאת הערעור, משאבי טבע מתכלים זה לא רק משאבים לא חיים; זה גם נפט וזהב, וגם צבים בסכנת הכחדה. ולכן – ארה"ב צולחת את התת מבחן הראשון כי החוק שלה נועד להגן על משאבי טבע מתכלים לפי פרשנות זו. בס' הזה יש תנאי נוסף שדורש שהחוק, למשל החוק האמריקאי, יהיה מלווה בהגבלות דומות על התעשייה המקומית – וגם דייגי השרימפס האמריקאים היו כפופים לאותה חובה. לכן ארה"ב צולחת את המבחן הראשון של ס' 20 – עוברת את המסוכה של ס' 20. כעת עוברים לרישא. פה ארה"ב נתקלת יותר בבעיה; ערכאת הערעור בוחנת את האופן בה ארה"ב יישמה את הרגולציה הסביבתית שלה ובודקת האם היא לא יושמה באופן שמהווה אפליה שרירותית/בלתי מוצדקת בסחר הבינלאומי. ערכאת הערעור מגיעה למסקנה שארה"ב לא עומדת בתנאי הרישא. למה? קודם כל ארה"ב כן ניהלה מו"מ עם מדינות אחרות לפני שהטילה את האיסור ונתנה להם את האפשרות יותר להיערך לגזרה הזו לעומת מדינות אחרות בWTO. בנוסף, היא סיפקה לחלק מהמדינות סיוע טכני וכספי כדי שיוכלו ללמוד להשתמש בטכנולוגיה שמגנה על צבי ים, אך היא לא עשתה את זה ביחס למדינות האחרות מאסיה שהגישו את התביעה בWTO. בנוסף, ארה"ב הכריחה את המדינות להשתמש בדיוק בטכנולוגיה שהיא עצמה קבעה למרות שהיו עוד טכנולוגיות רלוונטיות, בזה ראו שרירותיות – למה דווקא טכנולוגיה זו ולא אחרת? דבר אחרון – ערכאת הערעור לא אהבה את המצב בו הליך מתן היתרי היבוא של שרימפס בארה"ב היה כפוף להליכים שלא היה בהם שום ערובות של הליך הוגן. אמרו למדינות האסייתיות: אין לכן אישור, בלי לנמק ולתת אפשרות לערער. זה נתן תחושה של אפליה שרירותית, אין פה ערובות של הליך הוגן למי שנפגע. בגלל שארה"ב לא עמדה בתנאי הרישא בשלב השני של הניתוח של ס' 20 היא הפסידה בתיק. לתיק זה היה סיבוב נוסף בו ארה"ב תיקנה את כל הפגמים האלה, ואיסור היבוא של השרימפס נותר על כנו, וריבונות ארה"ב בהקשר זה כובדה.

**שיעור 11- 21.12.16 :**

**שיעור עם המתרגל – יונתן ניסנהויז**:

(הערה: מועבי"ט =  מועצת הביטחון).

היום אנחנו נדבר על ארגונים בינלאומיים, ובפרט על האו"ם.

לאו"ם יש בי"ד פנימי משמעתי של עובדי האו"ם בו מעמידים אותם לדין משמעתי אם הם סרחו או אם הם מבקשים לתקוף החלטות של מערכת האו"ם (כמו למשל הרעה בתנאים, או הצבה שלהם בתפקיד שהם לא מעוניינים בו).

**האו"ם** – ארגון האומות המאוחדות נוסד ב1945 כמחליף את חבר הלאומים שהוקם כמה עשרות שנים לפני. אחת המטרות שלו היו למנוע מלחמות, וזו גם המטרה של האו"ם. חבר הלאומים לא כ"כ הצליח – שהרי הייתה את מלחמת העולם השנייה. הוא קרס ותחתיו קם האו"ם. המסמך המרכזי הכי משמעותי של האו"ם הוא כמו מגילת האו"ם – הצ'רטר של האו"ם שמשקף עקרונות מהותיים כמו שמירה על שלום, שוויון בין מדינות, הגדרה עצמית, והוא מסדיר נושאים פרוצדוראליים לגבי מבנה האו"ם ואופן הפעולה שלו.

הצ'רטר מונה את ששת האורגנים, הגופים המרכזיים הכי חשובים, של האו"ם:

(המתרגל ציין שלא צריך לזכור את זה בע"פ).

1. מועצת הביטחון
2. העצרת הכללית
3. מזכירות – בראשה המזכ"ל. זהו מנגנון ענק שמונה כמה אלפי עובדים.
4. ICJ – בית הדין הבינלאומי, היחיד שיושב בהאג ולא בניו יורק. נהוג הרבה פעמים לדבר על ביה"ד הבינלאומי. אין דבר כזה בי"ד אחד, יש בי"ד לצדק – ICJ שיושב בהאג, שיש לו כמה תפקידים, בעיקר הוא דן בסכסוכים בין מדינות, נותן חוו"ד מייעצות, וזה שונה מביה"ד הפלילי – הICC שיושב בהאג ודן בבני אדם שהפרו נורמות או ביצעו פשעים.
5. מועצת המנדטים – שכבר לא פעילה היום.
6. עוד מועצה שפחות רלוונטית היום שמרכזת את הקשר עם תתי גופים של האו"ם.

כשמדברים על השיח המשפטי צריך לזכור שיש היבטים פוליטיים או א-פוליטיים, המבנה והחלוקה אלו דברים שעוצבו בהתאם לנסיבות שהיו בשלהי מלחמת העולם השנייה. ניתן למתוח ביקורת על המבנה והסמכויות של כל גוף. לאורך הדרך קרו שינויים, למשל חיזוק הכח של העצרת הכללית על חשבון מועצת הביטחון.

**העצרת הכללית**:

 193 מדינות חברות באו"ם בעצרת הכללית. ישראל חברה מן המניין מ1949. פלסטין היא מדינה משקיפה שאינה חברה. מדינות נוספות שהן לא מוכרות באו"ם הן טיאוון וקוסובו. יש מטריה במשפט הבינלאומי הקובעת איך מכירים במדינה ואיך היא קמה, בנוסף יש גם שאלה האם המדינה חברה באו"ם. כדי שמדינה תוכר בעצרת הכללית נדרשת המלצה של מועצת הביטחון, העצרת הכללית לא מחליטה לבד. למועצת הביטחון יש זכות וטו ל-5 החברות הקבועות (ארה"ב, רוסיה, צרפת, בריטניה וסין). טייאוון לא תוכל להתקבל כי לסין יש ווטו והיא לא תאשר אותה לעולם.

העצרת הכללית משמשת כמעין פרלמנט של האו"ם. צריך להיזהר ממונח זה, כי בשונה מפרלמנט מדינתי כמו כנסת ישראל, ההחלטות של העצרת הכללית לא מחייבות – אלה המלצות שרלוונטיות למנגנון הפנימי של האו"ם – הקמת וועדה, החלטות תקציב, אך הן לא מחייבות את העולם, לא מהוות מנהג ואמנה. הן יכולות להעיד על קיומו של מנהג אך הן כשלעצמן לא מקימות מנהג.

העצרת היא במידה רבה פורום דיוני, מקיימים שם דיונים. היא מתכנסת במסגרת של מושבים שנתיים – JENERAL DEBATE – מנהיגי העולם נואמים מעל דוכן העצרת, היא יכולה להתכנס גם במושבים תכופים יותר לבקשת המדינות החברות או לבקשת מועצת הביטחון.

ס' 4 לצ'רטר מקנה לה סמכות לקבל החלטות בנוגע לקבלת מדינות חברות באו"ם, בהמלצה של מועצת הביטחון. פלסטין ביקשה להתקבל כחברה, אך ארה"ב השתמשה בווטו והיא לא התקבלה. אך ניתן להכיר במדינה משקיפה לא חברה, כך שהיא לא יכולה להצביע אך יכולה לשבת במושב שלה בעצרת ואף להשתמש בכל מיני גופים של האו"ם.

העצרת יכולה להחליט על השהייה של חברה, הרחקה – וגם פה נדרשת המלצה של מועצת הביטחון. ניתן להרחיק מדינות אם הן מפרות באופן עקבי את הוראות הצ'רטר. זה לא קרה עד היום. לפי סעיף 5 לצ'רטר העצרת יכולה לקבל החלטה בנושא השעיית מדינה, בכפוף להמלצת מועצת הביטחון. באופן פורמאלי העצרת לא הפעילה את הסעיף, אך בשנות ה-70 היא סירבה לאשר את כתב האמנה מטעם משלחת דרום אפריקה, כלומר סירבה לקבל את המכתב הרשמי בעניין מינוי נציגי דרום אפריקה לאו"ם. נשיא העצרת דאז החליט שאין בכך כדי למנוע את השתתפות דרום אפריקה בעצרת, וכך קרה. על רקע זה ישנה חוות דעת של מחלקת הייעוץ המשפטי של האו"ם שמצאה כי ניתן להגביל פעילות של מדינות רק בהתאם לסעיפי הצ'רטר המתאימים - 5, 6 ו- 19 (שדן בהשעיית חברה בעקבות חוב כספי). לאחר מספר שנים העצרת קיבלה החלטה הקוראת למועבי"ט להתייחס לנושא, אבל המועצה לא קיבלה החלטה. בתוך כך נשיא העצרת התחלף, והנשיא החדש החליט כי משלחת דרום אפריקה לא תוכל להשתתף במושב העצרת. בהתאם התקבלה גם החלטת עצרת כללית. כך יצא שדה פקטו ולא על-פי סעיף 5 לצ'רטר, הוגבלה פעילותה של דרום אפריקה למשך כעשרים שנה.

ס' 18 לצ'רטר אומר שההצבעה היא לפי מפתח של קול אחד לכל מדינה – שוויון. כל זה למעט נושאים של הצבעות חשובות, למשל הצבעות שקשורות להרחקת מדינה, תקציב, במקרים אלה לא מסתפקים ברוב רגיל, אלא יש דרישה ל2/3 מהמדינות הנוכחות והמצביעות בעצרת. תחת העצרת הכללית פועלים הרבה גופים, הרבה וועדות ואורגנים.

לאו"ם יש הרבה תתי משרדים וגופים, כמו סוכנות הסעד, אונסקו, הILC – הוועדה למשפט בינ"ל, מועצת זכויות האדם.

העצרת פועלת באמצעות 6 וועדות קבועות עיקריות שמתכנסות מידי שנה:

1. הוועדה הכלכלית. 2. הוועדה לפירוק נשק וביטחון בינ"ל. 3. הוועדה החברתית אומנית תרבותית – ניתן לומר שעוסקת בזכויות אדם. 4 דה קולוניזציה  (זה פחות רלוונטי היום מפעם). 5. הוועדה האדמיניסטרטיבית. 6. הוועדה המשפטית.

ברטוריקה האו"מית נהוג לדבר על משלחות קבועות לאו"ם (שגרירות). במשלחות יש דיפלומטים וכל דיפלומט משויך למפלגה. בדיונים הדיפלומטים כבר מכירים אחד את השני ומקבלים החלטות.

הצ'רטר מגדיר במידה מסוימת את היחסים בין האורגנים. הנושא הכי חשוב של האו"ם זה שמירה על שלום ובטחון בינ"ל. לנושא הזה הצ'רטר אומר שמצד אחד עניינים שקשורים בזה צריכים להיות מופנים למועצת הביטחון, מצד שני העצרת הכללית גם יכולה לדון בזה ולהמליץ איך לנהוג, אבל כל זה בתנאי שמועצת הביטחון לא דנה באותם נושאים באותו זמן. על רקע זה נגיע להחלטה חשובה של העצרת הכללית – **החלטה 377** – מתאחדים למען השלום – היא עסקה ביציאה למלחמה בשנות ה50, על רקע המלחמה הקרה, ארה"ב רצתה להעביר החלטה במועצת הביטחון. אך מועצת בטחון היא גוף פוליטי ולא הצליחה לקבל החלטה על רקע ווטו של רוסיה. ארה"ב עברה לעצרת הכללית והחליטה להעביר את ההחלטה הזו שם. זה חיזוק הכח של העצרת הכללית על חשבון כח של מועצת הביטחון. העצרת הכללית אימצה החלטה שאומרת שנכון שלמועצת הביטחון יש סמכות ראשונית לדון בנושאים האלה אך זה לא מאיין את הסמכות המשנית השיורית של העצרת הכללית כשמועצת הביטחון לא יכולה לפעול (למשל בגלל זכות ווטו). ואם מתגבש איום או הפרה על השלום הבינ"ל העצרת יכולה לקבל החלטה גם כזו שקוראת למדינות לנקוט בצעדים ולהשתמש בכח. נזכיר שהחלטות אלה לא מחייבות. בהיבט הפרוצדוראלי, העצרת החליטה שהיא יכולה להתכנס במושבי חירום – מהיום למחר. וזה מאפיין בד"כ את מועצת הביטחון (שהנושא של כינוס חירום). אלה 2 היבטים שמלמדים את חיזוק הכח של העצרת הכללית. זה לא היה חד פעמי, התקבלו החלטות על בסיס זה, כמו הקמת כח של משקיפים, אחרי המבצע ב-1956. בנוסף, הקמת כח בקונגו – זה התקבל ע"י העצרת הכללית. מה שמיוחד בזה שזה התקבל ע"י העצרת הכללית ולא מועצת הביטחון.

החלטות נוספות של העצרת הכללית זו **החלטה 181** – החלטת החלוקה של העצרת הכללית – נהוג לומר שהעצרת הכללית הקימה את מדינת ישראל, אך זו בעצם הייתה החלטה ממליצה, היא לא הקימה את מדינת ישראל. בנוסף בשנות ה70 היא קיבלה החלטה שהציונות היא גזענות ואז הגיע האקט של הרצוג שהיה שגריר וקרע את ההחלטה. העצרת הכללית קיבלה החלטה שהיא חוזרת בה והיא לא חושבת שהציונות היא גזענות.

**מועצת הביטחון**:

מועצת הביטחון נועדה להיות כמו גוף מבצע של האו"ם, אולי קצת כמו ממשלה. יש לה סמכות לקבל החלטות מחייבות במשב"ל. יש לה הרכב מצומצם יחסית כדי לאפשר פעילות שוטפת ויעילה על רקע הבעייתיות בחבר הלאומים שהיה מסורבל ולא יעיל. כאן זו מועצה קטנה. כמה חברות בה? 5 קבועות שמכונות: 5P ועוד 10 מתחלפות (5P +10) , כל חמש מדינות מתחלפות מידי שנתיים (מתוך ה-10). החמש הקבועות אלה המעצמות: ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה. כשמדינה מסיימת כהונה היא לא יכולה להתקבל ברצף לשנתיים נוספות.

החלטות במועצת הביטחון מתקבלות כך: החלטות פרוצדוראליות – מתקבלות ברוב של 9 חברות, והחלטות לא פרוצדוראליות – ברוב של 9 חברות שכולל היעדר התנגדות של מי מבין החברות הקבועות, כלומר היעדר התנגדות של 5 החברות הקובעות. השאלה אם החלטה פרוצדוראלית או לא נחשבת לא פרוצדוראלית, כלומר הקביעה אם החלטה היא פרוצדוראלית או לא נחשבת לא פרוצדוראלית, ולכן היא צריכה להתקבל ברוב של 9 חברות והעדר התנגדות של 5 הקבועות. מה שיוצא מכך הוא זכות הווטו שניתנה ל-5 הקבועות, כיוון שהתנגדות אחת מהן יכולה להכריע את הכף. אם אחת מהחמש הקבועות לא מעוניינת בהחלטה היא לא תתקבל. בחבר הלאומים היו מצבים בהן מדינות קטנות סחטו או ניסו להשפיע על מעצמות ובגלל שלכל אחת היה קול אחד, למעצמות לא היה רצון לשתף פעולה אז הגוף קרס. לכן מנסים למנוע מצב זה באמצעות ההסדר הלא שוויוני- של דרישת הסכמת כל הקבועות. ואפשר לומר שעל אף הביקורת על האו"ם, הוא לא קרס, וזאת בניגוד לחבר הלאומים שכן.

ביקורות שנהוג להעביר בנושא זה:

1. זכות הוטו הבעייתית הזו – הצרפתים שהם בעלי זכות ווטו מנסים לקדם יוזמה שלא יעשה שימוש בזכות הווטו במקרים של פשעי מלחמה נורא קשים, כדי שסיטואציות כמו שקורות בסוריה ימנעו , כיוון שמועצת הביטחון תוכל לפעול שם.
2. קריאות להוספת מדינות חברות להיות קבועות במועצת הביטחון. יש כבר היום מושג לא פורמאלי של 5P+1, כאשר האחת היא גרמניה. יש קריאות להוסיף את גרמניה, יש קריאות להוסיף את יפן, אפריקה, אמריקה הלטינית. כי ההרכב הקבוע לא מייצג איזון, חוץ מסיבות פוליטיות שהיו אז.

בחירת חברות לא קבועות במועצת הביטחון:

לגבי בחירות באו"ם – יש חלוקה גיאוגרפית של קבוצות גיאוגרפיות. קבוצה של אסיה, אפריקה. עד שנות ה-2000 ישראל לא הייתה חברה באף קבוצה כי לא קיבלו אותה או שלא רצתה להצטרף לקרובות גיאוגרפית. ואז היא התקבלה לחברת המדינות המערביות. בכל משלחת יש קצין בחירות (זה כמו שגרירות של כל מדינה: יש משלחת ישראלית, גרמנית וכו'), והוא מתאם עם האחרים איך יצביעו בכל בחירות. עושים עסקאות, יש הרבה שיקולים למי מצביעים, מה מצביעים וכו'. לפעמים זה: תצביע לי ואני לך. היום שישראל חברה, היא מקווה יום אחד להיבחר להיות חברה לא קבועה במועצת הביטחון. בינתיים זה לא קורה.

תפקידי מועצת הביטחון:

היא מתכנסת בתדירות די גבוהה. חלק מהדיונים שלה פומביים וחלק סגורים. לפעמים יש הדלפות. אם באותו מועד אחת החברות במועצת הביטחון מקורבת לישראל בגלל חברויות בין דיפלומטיים, אז יכולים להדליף מידע, ולהתייעץ.

אחד התפקידים המרכזיים הוא יישוב סכסוכים ושמירה על שלום ובטחון בינ"ל. התפקיד הזה מעוגן ב-2 פרקים בצ'רטר – פרקים 6 ו-7. פרק 6 דן ביישוב סכסוכים בדרכי שלום, פרק 7 מקנה למועצת הביטחון סמכות לקבל החלטות מחייבות במשב"ל כדי לפתור סכסוכים תוך הפעלת כח צבאי. זה בעצם השיניים של המשב"ל כי אם מוצעת הביטחון מקבל החלטה לפי פרק 7, זה חוק בינ"ל כמו אמנה/מנהג וזה מחייב.

כעת נעמיק בפרקים אלו לצ'רטר:

**פרק 6** – מועצת הביטחון יכולה לחקור כל מצב או סכסוך כדי לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון, יכולה לקרוא לצדדים להסדיר סכסוך בשלום, ויש לה סמכות להמליץ על דרכי פעולה למדינות הרלוונטיות. אחת ההחלטות שהתקבלה מכח פרק 6 זו **החלטה 242** – אחרי 1967 והיא כוללת המלצות לפתרון הסכסוך במזרח התיכון, נסיגה מהשטחים וגבולות קבועים ומוכרים. החלטה 242 התקבלה מכח פרק 6, זה אומר שהיא לא מחייבת, אך היא הפכה מחייבת וזה בגלל שהמדינות בחרו להכיר בה כמחייבת – ישראל והפלשתינאים – למשל הסכמי אוסלו מפנים להחלטה 242 של מועצת הביטחון.

ס' 37 – מדינות שהן צד לסכסוך בינ"ל ולא מצליחות לפתור, צריכות לפנות למועצת הביטחון.

ס' 35 – כל מדינה שחברה באו"ם יכולה להפנות מצב או סכסוך למועצת הביטחון.

חוץ מהחלטה 242 התקבלו הרבה החלטות במהלך השנים. אחד הכלים המרכזיים שמופעלים מכח פרק 6 זה משלוח **כח משקיפים** - כוחות שמירת שלום. כוחות שנשלחים למקומות בעולם, שהסכימו לגבש הסכמי הפסקת אש וצריכים מישהו שיפקח על יישום ההפסקה. כח המשקיפים הראשון של האו"ם הוקם ב1948 – כח **UNTSO** – שקם בעקבות מלחמת שנת 48, הוטל עליו לפקח על יישום הסדרי שביתת הנשק. לימים ניתנו לו תפקידים נוספים בעקבות ההסכמים אחרי 48, וגם ב67 ו73 הוקמו עוד כוחות משקיפים של האו"ם באזורנו, בקו בין ישראל ללבנון – **UNIFIN**. הוקם כח כזה גם בין הודו לפקיסטן. בגלל שכוחות אלה הוקמו מכח פרק 6, הם הוקמו בהסכמת הצדדים.

**פרק 7** – החשוב והמרכזי נוגע באיומים והפרות שלום וביטחון בינ"ל.

ס' 39 לצ'רטר מאפשר למועצת הביטחון לקבוע שיש איום או הפרה של השלום הבינ"ל, אחרי קביעה כזו בסמכות מועצת הביטחון לקבל החלטות מחייבות מכח פרק 7.

צ'רטר האו"ם מסדיר את **עקרון אי ההתערבות** (נושא מהותי) – לא מתערבים בעניינים פנימיים של המדינה, אך מועצת הביטחון כן מתערבת ומקבלת החלטות מחייבות של המדינה, כאשר המטרה של ההחלטות היא לפתור סכסוכים ולהחזיר את המצב לקדמותו, או לחזור לשלום. זהו הליך דו שלבי: בשלב הראשון – בתוך פרק 7 – מועצת הביטחון צריכה לקבל החלטה לפי ס' 39 שיש איום או הפרה ואח"כ בסמכותה לקבל החלטה מה לעשות עם הפרה זו – ס' 41 ואילך. עולה השאלה בשלב הראשון מה זה איום / הפרה. למועצת הביטחון יש שק"ד רחב. דוגמאות: גם סכסוכים פנימיים הוכרו בה כמאיימים על השלום והביטחון – למשל יוגוסלביה/סומליה/רצח העם ברואנדה. בנוסף – הפרות של הדין ההומניטארי – דיני מלחמה – גם הם מהווים איום על שלום ובטחון בינ"ל, גם אם הם בסכסוך פנימי. בדוגמא של רצח העם ברואנדה – הוקם הICTR – בגלל שההפרות של הדין ההומניטארי מצדיקות התערבות.

נושאים נוספים שמהווים עילה להתערבות – טרור בינלאומי – למשל **החלטה 1373** בעקבות מאורעות 11 בספטמבר בארה"ב, וגם נושאים של הרצת נשק ביולוגי כימי וגרעיני שהוכרו במועצה כאיום על השלום. החלטות על הפרה ממש של השלום, ולא רק איום, התקבלו פחות. דוגמאות: הפלישה של עיראק לכווית, מצב שקרה בין צפון לדרום קוריאה.

דיברנו על הליך דו שלבי, בשלב השני היא יכולה לקבל החלטות כמו קריאה להפסקת אש, נסיגה של כח צבאי מטריטוריה, וזה לא אמצעים מחייבים עדיין ולא משתמשים בכח, היא יכולה לנקוט באמצעים שלא מחייבים שימוש בכח אך כן מחייבים, כמו מערך הסנקציות של מועצת הביטחון שאומרת שצריך להטיל סנקציות על מדינה כמו הקפאת נכסים, בענייני מסחר. היא יכולה לקבל החלטה של הקמת טריבונלים, כמו הICTR ברואנדה, ICTY ביוגוסלביה. הכלי המרכזי ביותר – החלטות של מועצת הביטחון שנוגעות לשימוש בכח – ס' 46-47 – היא יכולה להחליט על הקמה של כח צבאי שיונהג ע"י רמטכ"לים או גנרלים של 5 החברות הקבועות – זה דבר שלא נעשה אף פעם – לא הוקם צבא של האו"ם. מועצת הביטחון יכולה לתת היתר לקואליציות של מדינות להתערב בסכסוכים בינ"ל.

איך יודעים אם החלטה היא מכח פרק 6 או 7? לפעמים זה קל כי ההחלטה מציינת זאת המפורש, לעיתים זה יעלה מההקשר והרקע, למשל אם היא אומרת שמצב X מהווה איום על הביטחון והשלום ואז אנו יכולים להבין שמדובר בהחלטה מכח פרק 7.

מועצת הביטחון זה 15 מדינות, תחתיהן יכולות לקום, וקמות הרבה וועדות וגופים וגורמים מומחים שנשלחים לייעץ לה. מבחינת סנקציות – היא מקימה וועדות סנקציות שאחראיות לקבוע מי ייכנס לרשימת הסנקציות (כי הן יכולות להיות על מדינה/על רשימה של גופים, חברות, ארגונים פרטיים למשל שחשודים בטרור, הם יוכנסו לרשימה ויוטלו עליהם סנקציות).

למועצת הביטחון תפקידים נוספים: קבלה/השהייה של חברה באו"ם, כדי לאשר עריכות או תיקונים בחוקת האו"ם, וגם בנושא מינוי שופטים לביה"ד – בכל החלטות אלו יש למועצת הביטחון מעמד.

עולה מהצ'רטר שההחלטות מכח פרק 7 הכי חזקות וגוברות על אחרות.

ס' 2 לצ'רטר מדבר על עקרון אי התערבות בעניינים פנימיים של המדינה. איך מיישבים בין אלה? ס' 103 לצ'רטר אומר שחברות באו"ם מתחייבות שכל המחויבויות שלהם לפי הצ'רטר יהיו קודמות להתחייבויות אחרות למשל, התחייבות שמדינה תכרות בדרך של אמנה. כמעט כל המדינות חברות באו"ם אז כמעט כולן מחויבות לצ'רטר. בנוסף הצ'רטר קובע שההחלטות מכח פרק 7 יחייבו את המדינות. שילוב הדברים אומר שהחלטות מועצת הביטחון הן הקלף הכי חזק.

מי מפקח על מועצת הביטחון? על הכנסת למשל יש ביקורת של ביהמ"ש העליון שיכול לבטל חוקים, אז מי מבקר את מועצת הביטחון? האם יכולה לקבל כל החלטה, כמו גם נורמות שהן יוס קוגנס? יש גישות שונות בספרות לגבי שאלה זו:

1. אסור למועצת הביטחון לקבל החלטות בניגוד למטרות האו"ם שמפורטות בצ'רטר. ניתן לבקר גישה זו כי הצ'רטר אומר במפורש שלמדינות אסור לפעול בניגוד למטרות האו"ם, אך הוא לא אומר זאת על מועצת הביטחון. אפשר לומר שאם המנסחים לא החילו את הכלל הזה על מועצת הביטחון אז זה כנראה לא כך.
2. הצ'רטר שותק ולא מתייחס ליחס שבין החלטות מועצת הביטחון לבין משפט מנהגי – אפשר לומר שהחלטות מועצת הביטחון לא יכולות לסתור נורמות מנהגיות, ובפרט יוס קוגנס. מגישה זו שהחלטות מועצת הביטחון יכולות לגבור על נורמה הסכמית אך אולי לא על נורמה מנהגית.
3. מועצת הביטחון לא מוגבלת בשיקול הדעת שלה ויכולה להחליט מה שהיא רוצה. מה שיכול להסביר רציונל זה הוא שבמועצת הביטחון יש איזונים ובלמים פנימיים, מספיק קשה לה גם ככה לקבל החלטות ודי במנגנונים פנימיים.

השאלה התיאורטית הזו קיבלה ביטוי מעשי לאחר **החלטה 1373** אחרי אירועי 11 בספטמבר, שאמרה שהטרור הוא איום על שלום ובטחון בינ"ל, וקבע צעדים למאבק בטרור ובמימון לו. הוקמה וועדה שניתנה לה סמכות לקבוע דסיגנציות – להכניס בני אדם וארגונים לרשימה, ומי שברשימה הזו – הנכסים שלו מוקפאים, מוגבל בחופש התנועה שלו, לפי פרק 7 אסור לתת לו לעבור במעברי גבול. בהחלטה המקורית מ2001 לא היו מנגנוני ערעור על החלטה זו, לא נתנו למי שנעשה לו ליסטינג לערער או להישמע – כללי הצדק הטבעי. לפעמים נעשו טעויות כאשר נפל מישהו שלא התכוונו אליו במקור. מדינות מחויבות לקיים את החלטות מועצת הביטחון. לאחר קבלת ההחלטה, מדינות יישמו אותה. דוגמא להחלטת ממשלת ישראל שמאמצת את ההחלטות – הקפאת נכסים וסנקציות לאנשים בהתאם להחלטת מועצת הביטחון. זה כבר יישום של פרק 7 בתוך דין מדינתי. אחרי שההחלטה מתקבלת מכח פרק 7, כל מדינה צריכה ליישם אותה בדין המדינתי. בישראל זו הייתה החלטת ממשלה, באירופה זה נוהל ע"י האיחוד האירופי, בעקבות החלטה 1373 האיחוד האירופי עשה כל מה שצריך. אז מגיע קאדי – אזרח סעודי שנכנס לרשימה ואמר שהוא לא אמור להופיע ברשימה ולא צריך להפעיל עליו סנקציות. הוא פנה לביה"ד של האיחוד האירופי אמר שהחלטת 1373 של הנציבות של האיחוד סותרת אמנות בסיסיות של האיחוד האירופי. הנציבות אמרה שהיא מחויבת לפי הצ'רטר. נציבות האיחוד האירופי אמרה שגם אם זה נכון היא מחוייבת להחלטה וזה רק יישום של מועצת הביטחון. קאדי התגלגל בין ערכאות. נקבע שהחלטות מכח פרק 7 לא גוברות על נורמות מחייבות ובסיסיות של המשב"ל, לכן ההחלטה בנוגע לקאדי צריכה להתבטל, ויותר מזה – גם אם זה לא נורמות בסיסיות של יוס קוגנס, המארג האזורי האירופאי גובר על החלטות מועצת הביטחון לפי פרק 7. מועצת הביטחון הגיבה ותיקנה את ההחלטה, היא הוסיפה מנגנוני ערעור, אפשרה פניות של אנשים פרטיים לוועדת הסנקציות, הנושא שוב עלה לביה"ד האירופי. אחרי ההחלטה הראשונה ביה"ד ספג הרבה ביקורת. שופט בICJ כתב חמשיר על ההחלטה בנושא קאדי.

אחרי שמועצת הביטחון שכללה את המנגנונים והוסיפה מנגנוני ערעור ניתן היה לצפות שבפעם הבאה שהמקרה יגיע לביה"ד הוא יזרום, אך ביה"ד אמר שלא, הזכויות הקנייניות של קאדי חשובות כך שהשינויים של מועצת הביטחון לא מספיקים, עדיין אין הליך מספק של גילוי ראיות. אם ההחלטה הראשונה הרגה את הסעיף, השנייה עשתה וידוא הריגה – גם אחרי החלטה זו מועצת הביטחון עשתה עוד קצת שינויים לא מאוד משמעותיים. בסופו של דבר הקפאת נכסי קאדי בוטלה, אז זה לא עזר לו, כי הרבה מנכסיו היו בארה"ב, הוא ניסה לפנות באמצעות המנגנונים לוועדה כדי שישחררו לו את הכסף. אך ארה"ב תחילה לא הסכימה, אחרי לחץ של האיחוד האירופי, קאדי יצא מהרשימה.

מעבר למקרה הפרטני, כל השיח הזה מעלה הרבה שאלות של משב"ל, ועל יחס בין משב"ל לדין מדינתי – מה צריך לגבור. אם החלטות מכח פרק 7 גוברות או כל מדינה מפרשת בעצמה ואם מדינה מחליטה שהחלטת מועצת בטחון מפרה יוס קוגנס אולי ניתן להפר אותה. בכלל לא ברור בדיוק מה נכלל ביוס קוגנס. שאלה נוספת שעלתה היא האם חוקת האו"ם היא באמת חוקה במובן שהיא מחייב כמו חוקה. ס' 103 לצ'רטר אומר שהוא גובר על כל הסכם אחר, עכשיו אנשי האיחוד האירופי אומרים שלא כך, וזה מתנגש עם הרעיון שחוקה היא מסמך קוגנטי מחייב. מעבר לשאלות של יחסים בינ"ל יש שאלות יותר פרקטיות: האם לצורך מאבק בטרור אפשר לאזן אחרת זכויות אחרות. בתהליך המקורי שנקבע ב1373 – לא נכללה אפשרות ערעור. איך אפשר להתמודד עם זה? אח"כ מועצת הביטחון רצתה לתקן, אך הרבה פעמים כשרוצים להטיל סנקציות על מישהו זה צריך להתבסס על מידע מודיעני. אם יש מנגנון שמחייב שימוע דיון וראיות, לפעמים מדינות לא יכולות לעשות זאת כי זה מבוסס על מידע מודיעני, ואלה שאלות מהותיות. לפעמים אפשר להלבין מידע מודיעני, למצוא מקורות מידע פומביים בלי לגלות שהמדינה מאזינה לקו טלפון, ולפעמים אי אפשר ושם עולה המתח במלואו. נהוג לדבר על אפשרות של גורם כמו בורר מכריע, בהליך מסווג.

נהוג לדבר על האו"ם כמכלול אחד, כקופסה שחורה, אך צריך לזכור שזה לא אורגן אחד ויחיד שמקבל החלטות, יש בפנים הרבה ארגונים. יש את **מועצת זכויות האדם** שהוא מאוד פוליטי ולא מאוזן – הגופים והמדינות שחברות בה אלה מדינות שזכויות אדם לא בליבן. ישראל ספגה הרבה גינויים מהמועצה ביחס למדינות אחרות שמפרות באופן שיטתי אך ספגו פחות ביקורות.אם מועצת זכויות אדם מגנה את ישראל, זה לא אומר שהאו"ם גינה. מועצת הביטחון היא גם גוף פוליטי, ואפשר לומר שהיא נוטה לצד השני.

בכל מיני וועדות באו"ם, מתקבלות החלטות במגוון נושאים. הרבה פעמים בהחלטות כאלה, מדינות שונות מנסות להכניס טקסטים שלא טובים לישראל שאפילו לא קשורים לנושא ההחלטה. למשל בהחלטה ששייכת לפיתוח, מדינה רוצה להכניס "שפה" שמדברת על הכיבוש. אחת המטרות של ישראל היא לפעול נגד החלטות מסוג זה. החלטה מאוד חשובה היא שהמשלחת הישראלית לאו"ם – ברמה היומיומית נורא קל לשקוע שהעשייה שלה תהיה בעניינים אלה, ולכן המשלחת הישראלית משתדלת שלא להישאר רק שם, אלא לקדם אג'נדה חיובית. החלטה אחת שישראל מעבירה היא החלטה בנושא יום השואה הבינלאומי, והחלטה בנושא של פיתוח, חקלאות. ישראל נתקלת בקשיים בהעברת החלטות. הרבה פעמים השאיפה היא לקבל החלטות בקונצנזוס, כי אלה החלטות לא מחייבות אז לפחות שיהיו בקונצנזוס, זו אחת הדרכים לישראל להתנגד להחלטות שונות ולסרב להסכים להחלטה שיש בה שפה שלא נראית לה.

**שיעור 12- 22.12.16 :**

**ההערות:**

1. **תהיה שאלה בבחינה על האו"ם!**
2. משיעור הבא אם הנוכחות תהיה דלילה הוא יתחיל לבדוק נוכחות.

בשיעורים הקרובים נדבר על המדינה - השחקן המרכזי בזירה הבינ"ל. לכאורה נכון יותר היה להתחיל בהגדרת המדינה ואז לדבר על זכויות/חובות/פעולות של מדינה במשב"ל. יחד עם זאת המציאות היא משעשעת במובן שלכולנו ברור מה זה מדינה עד שמתחילים ללמוד מה הכללים לזיהוי מדינה. לפני שנתבלבל בזיהוי מדינה, נתבסס על האינטואיציה שלנו ונדבר על זכויות וחובות לפני הגדרת המדינה.

בשיעור הקרוב נדבר על אחריות מדינה.

**אחריות מדינה:**

אחריות מדינה זה תחום במשב"ל שעוסק בשאלה מתי נוכל לקבוע שמדינה הפרה את המשב"ל. הרי המדינה לא שותה קפה, ואנשים שאומרים זאת נמצאים בשלוותא. המדינה היא ישות תאגידית, אנשים שונים מבצעים פעולות שניתן/לא ניתן לייחס למדינה. אנו צריכים להכריע בשאלה האם זו המדינה. הסדר המדויק כולל 2 שלבים:

1. שלב ראשון - בודקים האם ניתן לשייך את המעשה למדינה.
2. שלב שני - בודקים אם המעשה הזה מהווה הפרה של ההתחייבויות הבינ"ל של אותה מדינה.

מחויבויות המדינה יכולות לנבוע מאמנות שהמדינה חתמה עליהן או מהמשפט המנהגי.

התחום של אחריות מדינה הוא תחום נפרד מהדין המהותי הרלוונטי (כמו חוק החוזים וחוק החוזים (תרופות)). יש דברים שנקבעים ע"י הדין המהותי, יש דברים שנקבעים ע"י דיני אחריות מדינה, ויש דברים שנקבעים ע"י שניהם.

דוגמאות:

* האם דין יכול להיות מופר במחדל? השאלה הזו נקבעת ע"י הדין המהותי ולא ע"י דיני אחריות מדינה.
* האם יכולה להיות הפרה בלי שום כוונה (אפילו בלי שום רשלנות, אלא מצב של אחריות קפידה), האם באופן אוטומטי – אם קרה מעשה אתה אחראי? כן, זה ייקבע בדין המהותי. סוג ה"יסוד הנפשי" של המדינה ייקבע בדין המהותי.
* לפעמים יהיו פרוצדורות ו/או סעדים בנוגע להפרות שייקבעו בדין המהותי והם יהיו בנוסף לפרוצדורות והסעדים שקבועים בדיני אחריות מדינה. (באנלוגיה לדיני חוזים: בנוסף לפרוצדורות וסעדים שקבועים בחוק החוזים (תרופות), החוזה עצמו יכול לקבוע סעדים ותרופות, כך גם אמנה יכולה לקבוע סעדים מיוחדים שנוגעים לאמנה ספציפית זו).
* הדין המהותי גם קובע האם נדרש נזק או לא. למשל הפרה של חסינות דיפלומטית לא דורשת נזק. לעומת זאת - מרבית דיני איכות הסביבה במשפט הבינ"ל קובעים שהדין מופר רק אם נגרם נזק.

דיני אחריות המדינה נמצאים במשפט המנהגי.

יחד עם זאת, יש מסמך שהוצא לפני לא הרבה שנים ע"י **INTERNATIONAL LAW COMISSION** (ILC) הגוף של האו"ם שמסכם את המשפט המנהגי בנושא. תחילה בודקים בדו"ח של גוף זה. (כשזה לא ישרת את האינטרס שלי, אנסה לטעון שהפרשנות של הדו"ח צריכה להיות שונה).

כלל יסוד בדיני אחריות מדינה הוא שהעובדה שהמדינה הפרה את ההתחייבות הבינ"ל שלה בגלל הדין המדינתי שלה לא תהווה צידוק להפרה. מה הרציונל?- הרציונאל הוא שכל מערכת משפט טוענת לעליונות כלפי מערכות משפט אחרות.

**סוגיית הייחוס** - כיוון שמדינה היא ישות ערטילאית זו לא משימה כ"כ פשוטה לזהות מתי הייתה זו המדינה שביצעה את המעשה. 2 מקרים פשוטים:

* המקרה הכי פשוט - כאשר גוף של המדינה/אזרח פרטי/גוף שאנו לא בטוחים אם הוא של המדינה (יש ספק אם הוא אורגן וכו') - אם מדינה מאמצת במפורש או במשתמע את המעשים - אם נציג רשמי של המדינה מאמץ במפורש או במשתמע את המעשים, זה שלה. לאמץ משהו במשתמע זה מעין אוקסימורון. הבעיה מתחילה במילה "במשתמע", מכיוון שזה אוקסימורון.  משתמע, משמעו הדין המנהגי.

מקרה בו עלתה השאלה האם זה אימוץ במשתמע, נוגע להשתלטות הסטודנטים האיראנים על שגרירות ארה"ב באיראן אחרי המהפכה של חומייני. רקע: ארה"ב, בסוף שנות ה-40 חותמת על המסמך שמצהיר שכל מדינה בעולם יכולה לתבוע אותה בICJ. בעקבות הפסד צורב מאוד שארה"ב חוטפת בפס"ד שנדבר עליו בהמשך, ארה"ב מבטלת את ההצהרה הזו, יחד עם זאת, יש כמה אמנות ספציפיות שבהן ארה"ב מחויבת ולא ביטלה את ההתחייבות שלה, לנהל סכסוכים בפני הICJ. מקרה אחד – אמנת רצח עם (ברור למה את זה היא לא מבטלת – זה ייראה מאוד רע), מקרה שני – האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין ארה"ב של אמריקה והאומה האסלאמית האיראנית שנחתמה לפני המהפכה – יחד עם זאת גם האיראנים וגם האמריקאים לא מבטלים את האמנה הזו ולכן פעם בכמה שנים מתעורר סכסוך ביניהם שמגיע לICJ. [גם לנו יש משהו דומה עם האיראנים, הנקרא בוררות קצ"א – אנחנו חייבם 4 מיליארדים לאיראנים. הבוררות אף פעם לא נגמרת, ולאחר שהבורר נפטר ממנים בורר אחר. גם אנחנו בחרנו דברים מסויימים שלא לבטל עם האיראנים, בד"כ זה עו"ד פרטי שמאוד מקורב לרה"מ הרלוונטי בארץ].  במקרה זה – סטודנטים איראנים משתלטים על שגרירות ארה"ב באיראן. ארה"ב תובעת את איראן בICJ בטענה שאיראן הפרה את דיני החסינות הדיפלומטית. איראן אומרת: זה לא אנחנו, זה הסטודנטים. אלא שבתקשורת, חומייני ושרים אחרים בממשלתו מעודדים את הסטודנטים להמשיך. הICJ קובע שבכזו רמה של עידוד והמרצה לביצוע המעשים, יש אימוץ שלהם – זה לא בא בהוראת השלטונות האיראנים, אבל ברגע שהם עודדו אותם, הרמה הגבוהה של העידוד מהווה אימוץ במשתמע.

* מקרה שני בו קל לנו לקבוע אחריות (כשהדין הוא על בנאדם שיש לנו בעיה לשייך אותו), זה אם הדין המהותי קובע שחובת המדינה היא חובת מניעה, ואז האדם הפרטי אמנם ביצע את המעשה, אבל גורמים של המדינה לא מנעו.

בשני המקרים צריך לבדוק מי עודד או מי היה צריך למנוע, מה שמביא אותנו לשאלה מה היא מדינה.

המקרה הפשוט ביותר לשייך פעולה לרשות הוא כאשר מדובר בפעולה שנעשתה בסמכות של **אורגן דה-יורה**. נסתכל בדין המדינתי של המדינה הרלוונטית כדי לדעת אם הוא אורגן דה-יורה. כאן לא משנה איזה אורגן (בתי משפט, שוטר, ראש ממשלה), לא משנה דרגה ולא משנה סוג המוסד.

ברור שזה לא יכול להיעצר בזה, שכן אז כל מה שהמדינה צריכה לעשות זה להשתמש בגופים שהם לא דה-יורה, כמו הסוכנות היהודית שעושה פעולות למען ישראל, אך היא לא אורגן של המדינה.

מקרה שני הוא מקרה של אורגן דה-פקטו. המבחן לזיהוי **אורגן דה-פקטו** הוא מבחן של שליטה גבוהה של המדינה בארגון עד כדי שלארגון יש תלות כמעט מוחלטת במדינה.

(מעתה נעסוק בסוגיה עובדתית שנוגעת לסכסוך במלחמת האזרחים ביוגוסלביה).

הצבא של רפבליקה סרבסקה (שהיא לא יוגוסלביה) נקרא **VRS** – זה הכח הצבאי של הישות **שאינה מדינה**.

מדינת יוגוסלביה מתפרקת למדינות שונות. אחת מהן, תחילה שומרת על השם יוגוסלביה, והיום קרויה בשם סרביה. (נכנה אותה יוגוסלביה). המדינה השכנה, הSTATE השכן היא בוסניה.

(נדמיין את ארה"ב מתפרקת וכל STATE מכריז על עצמאות, כמו שיש מישיגן ותחתיה אוהיו, כך יש סרביה, ולידה בוסניה).



כשנופל מסך הברזל, סלובניה הראשונה שמכריזה עצמאות, יוגוסלביה עצבנית מאוד ומכריזה עליה מלחמה ששורדת 8 ימים, ואחריה גם קרואטיה מכריזה עצמאות, ואז בוסניה מכריזה עצמאות. מקדוניה – ייקח הרבה זמן שתכריז עצמאות כי היוונים לא מוכנים שהיא תקרא לעצמה מקדוניה כי הם טוענים שהם הממשיכים של אלכסנדר מוקדון, מונטנגרו – ייקח עוד 10 שנים עד שתכריז עצמאות.

רוב הSTATES הם יחסית הומוגניים אתנית. בוסניה היא הבעייתית כי היא מחולקת בין 3 קבוצות אתניות: מוסלמים, בני העם הקרואטי, ובני העם הסרבי שחיים בבוסניה. לכן, כשהיא מכריזה עצמאות זה הופך למלחמת אזרחים בין 3 הלאומים שנמצאים בבוסניה. בשלב מסוים במלחמה, אחרי שהם רוצחים אחד את השני, בני העם הקרואטי בבוסניה, והמוסלמים הבוסניים חותמים ברית ומתחילים להלחם יחד כנגד בני העם הסרבי בבוסניה.

לכן, מעתה, לקרואטים+המוסלמים נקרא **בוסניה**, ולשלטונות של בני הלאום הסרבי בבוסניה נקרא: **רפבליקה סרבסקה**.

ה**VRS** – צבאה של רפבליקה סרבסקה מבצע רצח עם כנגד הקרואטים והמוסלמים (בוסניה). אמנת הג'נוסייד – אמנה למניעת רצח עם קובעת שכל מדינה יכולה לתבוע מדינה שהפרה את ההתחייבויות שלה עפ"י אמנת הג'נוסייד. שלטונות בוסניה מגישים תביעה כנגד סרביה (יוגוסלביה החדשה) בטענה: אתם ביצעתם את רצח העם. סרביה עונה בתגובה: זה לא אנחנו, זה רפבליקה סרבסקה, שהיא לא מדינה. הדבר הראשון שהICJ צריך לבדוק זה: האם הרפבליקה סרבסקה היא גוף דה-יורה של סרביה? לא. האם היא גוף דה-פקטו של סרביה? הICJ קובע שלא, כי רמת השליטה לא מספיק גבוהה, זו לא תלות מוחלטת.

כעת נעזוב את המקרה של יוגוסלביה, נחזור למקרה זה בהמשך.

נניח שהגענו למסקנה שזה אורגן או דה-פקטו או דה-יורה, אבל האורגן הזה פעל בחריגה מסמכות או בהפרה של הוראות של המדינה, האם נשייך את המעשה הזה למדינה? לדוגמא: אנשי צבא במקסיקו תופסים אזרח צרפתי ואומרים לו: הכסף/החיים? הוא בוחר בחיים. האם מקרה כזה, בו למעשה אנשי הצבא ביצעו שוד, ולא המדינה אמרה להם לבצע שוד, וחוקי המדינה אומרים שלא מבצעים שוד – האם מקרה כזה נשייך למדינה? רוב פסה"ד שמובילים בתחום הם של מקסיקו. המקרה לעיל הוא מקרה מפורסם. (במודל מופיע מקרה יותר מוקדם ב50 שנה בו מקסיקו חטפו נער קרקס אמריקאי. התביעה הינה של בעל הקרקס עבור הנזק הממוני, ולא של ההורים). האם המדינה אחראית או לא?, אם שגריר ישראל באלבניה גונב ברזים בבית מלון – המדינה אחראית או לא?

המבחן הוא **מבחן הכשרות** (CAPACITY) - האם הוא עשה את זה בעת היותו אורגן של המדינה, תחת הכובע הזה. המבחן הזה מחולק ל-2 תתי מבחנים:

1. זיקה מהותית בין המעשה לבין התפקיד של האורגן במדינה.
2. סמכות נחזית - האם מישהו שהיה הולך ברחוב ורואה את האירוע היה מניח שזו פעולה שלטונית.

בדוגמא שראינו, מה שמבסס את התת מבחן השני זו העובדה שאם למשל הם היו במדים - עשו מחסום דרכים, עצרו את הבנאדם, וירו בו בסוף.

ברמה **הפורמאלית** אלה הם מבחנים **מצטברים**. ברמה **הפרקטית** יש נטייה הולכת וגוברת מראשית המאה ה-20 בעיקר להסתמך על **המבחן השני** – שזה דבר שמרחיב את האחריות. יחד עם זאת, זה לא תמיד. ניתן לשער שאם עו"ס במדינת ישראל ילבש מדים, יעשה מחסום דרכים ויעצור אזרח זר ויעשה אותו דבר – סמכות נחזית יש, אך הקשר בין התפקיד של עו"ס במדינה לבין פעולה זו (של נשיאת נשק או מחסומי דרכים), רחוק מאוד מאחריות המדינה. כלומר, זה לא שהמבחן הראשון מבוטל. אלא שבמקרי ספק, כאשר המבחן השני מביא לנטייה של להטיל אחריות – אז יבחנו אותו.

חריג: עפ"י העמדה המקובלת, בדיני לחימה - כל מעשה של חייל שמפר את דיני הלחימה מיוחס למדינה. כל הפרה של דיני לחימה ע"י כח לוחם של המדינה, המדינה אחראית באחריות מוחלטת. (דיני לחימה סמכות מאוד לא קונבנציונאלית לבני אדם – להרוג במסות, המחיר הוא דיני אחריות יותר כבדים).

מה קורה אם מדובר באנשים פרטיים?

1. **מקרה אחד** - תוטל אחריות על המדינה אם היא הייתה חייבת למנוע ולא מנעה.
2. **מקרה שני** - אם המדינה אימצה במפורש/במשתמע את פעולת האדם הפרטי.
3. **מקרה שלישי** - מקרה שהמדינה (אורגן שיודעים לשייך אותו למדינה) נתנה את ההוראה לאותו אדם פרטי.
4. **מקרה רביעי** - הפעולה של אותו אדם פרטי (אדם פרטי זה יכול גם להיות תאגיד, אזרח/לא אזרח) נשלטה ע"י המדינה.(למשל פיגועי טרור שאזרחי מצרים עושים בארה"ב, אנשים פרטיים עושים פעולה במדינה אחת בהוראת מדינה אחרת. במקרה הזה כדי להטיל אחריות על המדינה צריך להוכיח שיש שליטה של המדינה בפעולות).

קיימות 2 גישות: 1. גישת השליטה האפקטיבית 2. גישת השליטה הכוללת.

המבחנים הללו אינם מדעיים.

גישת השליטה האפקטיבית נפסקה ב-2 פס"ד של הICJ: פס"ד בנוגע לסכסוך בין ארה"ב לניקרגואה (להלן:פס"ד ניקרגואה) (פס"ד 1), זה אושרר שוב בפס"ד שעסק בסכסוך ביוגוסלביה (פס"ד 2).

גישת השליטה הכוללת נפסקה בפס"ד של הICTY (פס"ד 3).

**הגישה האפקטיבית** - פס"ד ניקרגואה (פס"ד 1): ימי המלחמה הקרה, בניקרגואה נבחרת בבחירות דמוקרטיות מפלגה סוציאליסטית. רייגן (נשיא ארה"ב) לא שמח, ולכן הם מממנים ותומכים קבוצת מורדים המכונה: הקונטראס. רייגן צריך אישור של הקונגרס, הוא לא רוצה לקבל אישור של הקונגרס, אך צריך למצוא דרך לממן את הקונטראס, אז הוא סוגר עסקה עם ישראל, שהוא ימכור נשק לישראל, ישראל תמכור את הנשק לאיראן, איראן מעבירה את הנשק לחיזבאללה, הכסף עובר מישראל לארה"ב ומהם לקונטרס. כך נולדה פרשת איראן-קונטראס. ניקרגואה תובעת את ארה"ב בICJ. (ההפסד של ארה"ב בפס"ד זה יגרום לארה"ב למשוך את ההצהרה שלה). ניקרגואה טוענת שצריך לשייך את המעשים של הקונטרס לארה"ב. אין פה אורגן דה-יורה ואין אורגן דה-פקטו. השאלה היא אם יש שליטה. הICJ קובע שלא ניתן לשייך את הפעולות של הקונטרס לארה"ב כי לצורך שיוך צריך שליטה אפקטיבית – לא די לא במימון, לא בחימוש, לא בהדרכה, אפילו לא די במעורבות בפעילות. בגדול צריך הנחיה/הובלה של הפעילות. במקרה זה, זה לא התקיים.

פסה"ד בנוגע לסכסוך בבוסניה – (פס"ד 2): דיני הלחימה שונים בין סכסוך מזוין בין מדינתי לבין דיני הלחימה שחלים בסכסוך מזוין שאינו בין מדינתי. נכון לעמדה בשנת 95 כדי להכריע אם הסכסוך הוא אחד או שניים, צריך להכריע אם הכוחות הלוחמים הם כוחות של מדינה או לא. אם זה כוחות של מדינה – זה INTERNATIONAL, אם לא – זה NON INTERNATIONAL. מה הכוחות הלוחמים בבוסניה? הצבא הבוסני של הקרואטים והמוסלמים, ומצד שני – הVRS – הצבא של רפבליקה סרבסקה. יש מעשים מסויימים שמותר לעשות ב INTERNATIONAL, ואסורים ב NON INTERNATIONA. זה ייקבע בסרביה. יש מימון, יש הדרכה, יש ישיבות טקטיות משותפות של המטכ"ל הסרבי ושל המטכ"ל של הצבא של רפבליקה סרבסקה, אבל קשה להוכיח שהיה מצב בו המובילים זה סרביה – כלומר, שיש הנחיה פרטנית. לפי גישת שליטה אפקטיבית – לא ניתן לשייך את פעולות הVRS לסרביה, אבל כן יש מעורבות מאסיבית, זה יותר חזק משיתוף, וברור מי הצד היותר חזק, אך זה לא היררכי. בא הICTY ואומר שהICJ טעה. (נזכור שהICJ זה ביה"ד הבינלאומי הכי נחשב). למה טעה? 1. כי המבחן שקבע בניקרגואה לא ראוי ומאפשר למדינות להתחמק בקלות מאחריות 2. לטענת הICTY הוא לא תואם את הפרקטיקה של המדינות, כי מדינות גם ברמת שליטה יותר נמוכה אומרות למדינה האחרת שהן רואות בה אחראית לפעולות של הארגון. לכן הICTY קובע מבחן של **שליטה כוללת** - לא מספיק מימון, הדרכה, חימוש, אבל אין צורך במעורבות של כל פעולה בארגון ואין צורך בהובלה, די במעורבות כללית בפעילות של הארגון (במקרה זה- פעילות צבאית).

צריך להבין שהICTY קובע את הדברים על סמך דיני אחריות מדינה (אחריות כוללת). אותו מקרה מגיע לICJ כאשר בוסניה תובעת את סרביה בגין רצח עם (המקרה בו התחלנו את השיעור). הICJ מחליט להיות רחמן ואומר: הICTY התבלבל, אולי בתחום שלו בדיני לחימה יש כלל אחר, אבל בשאלה של אחריות מדינה – אני האוטוריטה, ומה שקבעתי בניקרגואה הוא הצודק ולכן אין אחריות.

2 סיומות:

1. זו דוגמא יפה לפרגמנטציה. למרות שהICTY דיבר על אחריות מדינה, בעקבות דינאמיקה זו – נוצר פיצול גם בדין;
2. כולם מסכימים היום (הדעה הרווחת) שבדיני מלחמה לצורך **סיווג הסכסוך**, המבחן הוא שליטה כוללת, ולגבי **שאלה של אחריות מדינה** נותרנו עם וויכוח פתוח אם זו שליטה אפקטיבית או כוללת (הדעה הרווחת יותר היא של שליטה אפקטיבית – של הICJ).

חשוב לדעת שזה לא שסרביה יצאה בלי אחריות בכלל, יש סעיף בדין המהותי של אמנת רצח עם לפיו מדינה צריכה לפעול למנוע רצח עם ולכן נקבע שסרביה הפרה את הדין הבינלאומי בכך שלא פעלה למנוע רצח עם.

**שיעור 13 – 04.01.17:**

את השיעור היום נקדיש למקרה של אלאור עזריה, אשר מתקשר לנושא של משב"ל פלילי.

סיטואציה דמיונית לחלוטין: נניח שאנחנו פותחים חדשות ומודיעים שבאזורים של בוצוואנה (מדינה שנמצאת צפונית לדרום אפריקה) היו מהומות, וצבא בוצוואנה ירה במפגינים, שר ההגנה של בוצוואנה אומר שהפרקליטות הצבאית תחקור את העניינים לעומק.

סיטואציה שנייה – הפרות סדר בשטחים. מדווחים על הפרות סדר בשטחים, כוחות צה"ל ירו אש חיה, יש מס' הרוגים ונפגעים, ומראיינים את הרמטכ"ל ושר הביטחון שאומרים שמצ"ח והפרקליטות הצבאית יחקרו את הדברים לעומק, ואם נעשה משהו לא כשורה יעמדו האחראים לדין.

באיזה מקרים אנחנו מאמינים יותר להצהרה לפיה יחקרו את העניינים ובמידה וזה לא נעשה כשורה אז יעמידו לדין, בישראל או בוצוואנה? – בישראל; אבל למה? – כי בוצאונה נמצאת באפריקה, אך בוצאונה לחלוטין לא מייצגת את הסטריאוטיפ על מדינות אפריקה, היא המדינה היחידה באפריקה שמעולם לא הייתה בהפיכה, ויש בה דמוקרטיה כבר 51 שנה מהיום בו קיבלה עצמאות. היא אומנם מתנהגת לא כ"כ יפה למיעוט הבושמני, ויש לה בעיה רצינית של איידס, אבל באופן כללי היא לחלוטין לא הסטריאוטיפ של מדינה אפריקאית. כל מדינה אפריקאית היא בפני עצמה. לבוצאונה יש בעלות על 20% מקרטל יהלומים, ובכדי לשמור על יציבות יש עודף תקציבי, כך שאם תושביה יחליטו לא לשלם מיסים היא תוכל להחזיק את המדינה 3 שנים רצוף, אפילו אם אף אחד מהאזרחים לא ישלם מיסים, זה בעצם שומר על היציבות. חלק מהעניין לחוסר האמון בהצהרה זה הסטריאוטיפ על אפריקה, וחלק מהעניין זה שיש שתי נק' מבט שמשפיעות על איך שאנחנו מתרגמים את הסיטואציה:

 1. נק' אחת זו **נק' המבט הפנימית**, זא"מ איך האנשים מהמדינה שמעורבים בסכסוך מתייחסים לפעולות שקורות אצלם, לפעולות בצד שלהם. זו נק' מבט של אזרחי מדינה שהיא צד לסכסוך. זו נק' מבט פנימית.

 2. הנק' מבט השנייה היא **נק' מבט חיצונית** – כלומר, איך האירופאים, האמריקאים, שרואים את הדברים ב-CNN על ישראל, ואיך אנחנו במידה רבה רואים את הדברים כמו למשל אירוע שקרה בווצואנה.

יש גם נק' מבט נוספת, וזה איך אתה רואה את הפעולות של הצד השני. ניגע בזה באופן עקיף.

נקשר את נק' המבט הפנימית והחיצונית לשתי נק' מבט שדיברנו עליהן בשיעור הראשון. על איזה שתי נק' דיברנו בשיעור הראשון? 1. אלה שחושבים שהמשב"ל הוא נפלא ונהדר וצריך יותר ממנו כי הוא מביא שלום עולמי (ולפי האמריקאים הדבר הנפלא ביותר מאז המצאת הלחם הפרוס). 2. והעמדה השנייה שאומרת שהמשב"ל הוא פוליטי, מושחת ומוטה. בשיעור הראשון הוא אמר שזה שתי נק' המבט היחידות שהוא ממליץ לנו לא לאמץ. במידה רבה יש חפיפה בין חלק נכבד מהאנשים שמחזיקים בנק' המבט החיצונית לבין האנשים שמחזיקים ומאמינים בכך שהמשב"ל טוב ונפלא, ויש מידה גדולה של חפיפה בין נק' המבט הפנימית, במיוחד בסיטואציות של סכסוך, לבין נק' המבט שאומרת שהכל מושחת, הכל פוליטי, או בגרסה הישראלית העולם כולו נגדנו.

מה שהוא ינסה להראות לנו בשיעור הזה, זה ששתי נק' המבט האלה, גם הפנימית שמהר מאוד נוטה להניח שהכל מושחת, הכל פוליטי וכולם נגדנו, וגם נק' המבט החיצונית שאומרת שעדיף כמה שיותר משב"ל; שתיהן סובלות מהטיות, זא"מ שתיהן לא קוראות את הסיטואציה באופן אובייקטיבי. יש עיוותים באופן בו הן מפרשות את הסיטואציה.

בואו נדבר רגע על העמדה שאומרת שהמשב"ל הוא דבר נפלא, בלי לרוץ לטענה שהכל פוליטי, מושחת וזה סתם פסאדה. בואו נבין למה הדעה הזו מוטה, גם אם נניח שהמחזיקים בעמדה זו הם רוצי טוב ולא עוכרי ישראל. עשינו משחק אסוציאציות, המרצה אמר את המילה "פושעי מלחמה" – והדבר הראשון שאמרו זה נאצים... האסוציאציה שיש לנו לפושעי מלחמה היא של ארחי נבלים. מילה נוספת שאמר היא "פשע מלחמה" – אמרו כיבוש, רצח עם, שואה, הכוונה לדברים נוראים, מסיביים, הרג מטורף של בני אדם. אממה לא כל פושעי המלחמה הם ארחי פושעים, ולא כל פשעי המלחמה הם מעשי הרג וטווח של מאות או אלפי אנשים, לדוגמא: איוון דמניוק, נניח שערכאות המשפט עשו את עבודתם נאמנה והוא אכן לא איוון האיום מטרבלינקה; בסופו של יום הוכח שהוא היה שומר בסוביבור, הוא מורשע בפס"ד שלא נכנס אף פעם לתוקף כי הוא מת בהליך הערעור, הוא הורשע בסוף בגרמניה בגין 7000 מעשי רצח, איך חישבו את זה?- לקחו את התקופה שהוא היה שומר בסוביבור, חישבו את כמות הקרונות, עשו הנחה שלפחות אדם אחד היה על כל קרון, ובדרך הזו חישבו בכמה סעיפי רצח להרשיע אותו. אין ספק שמעשי ההרג שהיו בסוביבור הם מחרידים, אבל בואו נחשוב על הפונקציה של אותו שומר מה מידת ההשפעה שלו על ההליך?- מאוד קטנה, יחד עם זאת האם אנחנו רוצים שהוא יציית או יתנגד?- יתנגד. הפואנטה היא שגם כאשר מדובר במעשי הזוועה הנוראיים, לא כל המעורבים במעשי הזוועה הם ארחי רשעים, וזה לא אומר אוטומטי שהם לא צריכים להיענש, אלא זה יכול להשפיע על רמת העונש (שלא יקבלו את אותו עונש כמו הארחי פושעים) אבל זה לא פוטר אותם מעונש. בנוסף, לא כל פשעי המלחמה הם סופר דופר נוראים.

ישנם פשעי מלחמה שיש להם רציונאליים והם לא נוראיים – למשל סיפור שיירת הל"ה, בו הם לא הורגים את רועה הצאן, הוא חוזר לכפר ומסגיר אותם והם נהרגים. היה מקרה חצי דומה במלחמת הלבנון. נניח שהרועה צאן הוא חייל, וישנו כלל מובהק לגבי חיילים שקובע שמרגע שתפסת שבויי מלחמה, לא משנה מה, גם אם אין לך איך לסחוב אותו, או שאתה עלול להתגלות בגללו, אסור לך להוציא אותו להורג. זה כלל מטופש, אתה חייב לקחת אותו איתך, וגם אם אין לך מזון למשל אתה צריך לחלוק איתו את מה שיש לך, ואם יש סיכון שתתגלה בגללו זה סיכון שאתה חייב לקחת, ואם מישהו יעשה אחרת הוא יועמד לדין בגין פשע מלחמה. אתה חייב לקחת אותו איתך ואתה צריך לדאוג לצרכיו עד שאין לך. זה סיכון שאתה חייב לקחת, זה לא משנה אם הוא מסכן אותך בהתגלות. אם מישהו לא נוהג כך זה פשע מלחמה. העניין הוא שעד שנת 1889, מאה שנה מהיום, שזה לא הרבה זמן מבחינה היסטורית, הכלל היה הפוך, שאם אתה לא יכול להחזיק בחייל יכולת להרוג אותו, הבעיה שהכלל הזה נוצר לרעה, כי שבויי מלחמה זה חתיכת כאב ראש, ולהיגרר איתם זה חתיכת כאב ראש, אז פשוט היו הורגים אותם, וזה מגיע לשיא פה ביפו בזמן המלחמות הנפוליאניות, שנופלים 3000 חיילים טורקים, ולהיגרר עם 3000 חיילים טורקים לעכו זה חתיכת כאב ראש, אז הוא טוען לתנאים של צורך והורג 3000 חיילים טורקים, זה המקרה שבגללו המדינות מתכנסות לנסח אמנה על דיני הלחימה, הן משנות את הכלל בגלל המקרה הזה, ובגלל ניצולים לרעה שהיו מאז. חייל ביום שהוא יוצא לקרב הוא לא יודע אם הוא יהיה שבוי או שובה, ולכן בשני המקרים יש לו פוטנציאל להרוויח ולהפסיד. החייל לא יודע אם הוא יהיה שבוי או שובה ולכן בכל מקרה יש לו סיכוי של 50-50 להרוויח או להפסיד. הכלל שראינו נותן לנו מחשבה לגבי שיירת הל"ה, כלומר שלמקרה של שיירת הל"ה יש היגיון. שיירת הל"ה שחררה את רועה הצאן, והם לא לקחו אותו כשבוי כדי לא לדאוג לו. כך שלמרות התוצאות אנחנו עדיין רוצים למנוע רצח של שבויי מלחמה. אם זה לא היה פשע מלחמה היו מוציאים את השבויים להורג, אך זה נקבע כפשע מלחמה כיוון שרוצים להרתיע מכך.

מה ההטייה שעובדת על האנשים שמחזיקים בנק' המבט החיצונית?- ההטיה שעובדת עליהם היא שאם הם שומעים את המילה פושעי מלחמה או פשע מלחמה, הם חושבים על ארחי נבלים ושכולם צריכים להיות מועמדים לדין בהאג. יתרה מכך, גם כשהם לא שומעים פושעי מלחמה, הם מפתחים את הנטייה הזאת בגלל דבר שנקרא **"אפקט ה-CNN"** . מלחמה בטלוויזיה בה רואים הרוגים, פצועים והרס, במצב דברים נורמאלי הרוגים, פצועים והרס באים ממעשה לא מוסרי, במלחמה כל ההרג, דם, בכי וכו' הם מוצדקים וחוקיים, בן אדם באירופה שרואה CNN לא יודע להבחין ביו מה חוקי ללא חוקי, ולכן האסוציאציה הראשונה שלו היא של פשע מלחמה, ארחי נבלים ורצים משם.

ניתן אז לחשוב שנק' המבט הפנימית צודקת, אממה, גם נק' המבט הפנימית סובלת מהטיות, קודם כל הטיה ראשונה נובעת בדיוק מאותה אסוציאציה בנוגע לפושעי מלחמה ופשעי מלחמה, איזו אסוציאציה עולה לנו? - שזה ארחי נבלים, ואנחנו לא כאלה, נכון?, אנחנו מיד עונים מושחת, פוליטי, העולם נגדנו וכו', זו תגובה אמוציונאלית שהיא טבעית, אבל היא לא מדוייקת. יש אנשים שמאשימים את צה"ל בגלל סיבות פוליטיות ושנאת ישראל, ויש גם אנשים שעושים זאת בגלל הלא מודע שכרגע תיארנו, והתגובה הלא מודעת שלנו זה לשים את כל אותם אנשים בסל של שונאי ישראל. בנוסף, אנחנו אומרים אצלנו זה לא קורה, אנחנו הצבא הכי מוסרי בעולם. (יש למרצה בעיה עם המשפט הזה, לא בגלל נכונותו או לא, אלא בגלל ששכחו איך הוא נוצר ומשתמשים בו הפוך מאיך שהוא נוצר). המשפט נוצר כשאיפה מוסרית, מלחמה זה דבר נורא, ואנחנו נשאף להיות הצבא המוסרי ביותר בעולם. יש למרצה תחושה שבמקום שאיפה מוסרית, זה נהיה המקביל ל"תרמתי בעבודה", כלומר תעזוב אותי אנחנו הצבא המוסרי בעולם. אם אנחנו רוצים להיות הצבא הכי מוסרי בעולם אתה צריך להיות ביקורתי כלפי עצמך יותר מאשר לאחרים או לפחות באותה מידה, ולא פשוט להשתמש בזה בכדי לבקר אחרים. העניין הוא שגם בצבאות מוסריים, מתקיימים מעשי זוועה, גם בצבאות מערביים מבוצעים מעשי זוועה. **פרשת מי ליי** – זו הפרשה של וייטנאם – יש מידע מודיעני שהמפקדה של הוייטקונג (ארגון גרילה וייטנאמי, לוחמיו לא לובשים מדים ועושים פיגועים באוכלוסייה האזרחית), יש שמועה שבכפר בוייטנאם (קואנג נגאי) יש את המפקדה האזורית של הוייטקונג. מגיעים החיילים האמריקאים לכפר, וכל מה שהם מוצאים זה נשים, ילדים, טף וזקנים. מה הם מניחים מיד?- שהאנשים הללו יודעים איפה המפקדה ומסתירים אותם, ולחלופין מכיוון שלא רק לוחמים מעורבים בארגון הטרור, הם עצמם גם חלק מהארגון, לכן הם מתחילים להוציא להורג את תושבי הכפר, במהלך ארבע שעות מוצאים להורג יותר מ-400 איש. זה היה הצבא האמריקאי. הסיפור נגמר בטייס מטוס אמריקאי שירד לגובה 4 מטר מעל האדמה ומודיע לחיילים האמריקאים שאם הם יורים עוד כדור אחד הוא מורה לגאנר שלו לכוון את הנשק כלפיהם, הוא גיבור אמריקאי ועולמי. זה נגמר כך. עוד מעט נדבר על החיילים שמעורבים בזה. **פרשת הטבח בכפר קאסם** – לא פירט כי יצא מנק' הנחה שכולם מכירים, וכנ"ל לגבי **פרשת פינטו** (התרחשה בשנת 1979 בישראל, ובמסגרתה הורשע קצין הצנחנים דניאל פינטו ברצח ארבעה אזרחים לבנונים במהלך מבצע ליטני, נדון לשמונה שנות מאסר והרמטכ"ל, רפאל איתן, קיצר  עונשו לשנתיים מאסר).

**פרשת נירים** – אחרי מלחמת השחרור, נקבעים בהסכמי הפסקת האש אזורים מסוימים מפורזים ולידם צה"ל קובע משהו שדומה למשהו שהיום נקרא "שטח בטחוני מיוחד" (שב"מ). יש אזורים שהוראות הפתיחה באש בהן נורא מקלות, כך שדי בקלות אתה יכול להגיע למצב שאתה יורה, להגיע למצב של ירי. בשטח בעצם מתפתחת פרקטיקה שמי שנמצא בשטח אפשר לירות בו, ועשרות אנשים שרובם זה ערבים שברחו בזמן הקרבות ורצו לחזור לבתיהם, ראו בדואים מהאזור נהרגים. התיקים הללו עדיין מצונזרים, אבל את המידע הזה דוקטורנט מהעברית הצליח לדלות מהארכיון. על רקע הזה קצין בנירים עם עוד 2-3 חיילים יוצאים לסיור ונתקים בבדואי ובדואית, לבדואי יש נשק, הם אוטומטית יורים בו, ואת הבדואית הם לוקחים לבסיס. יש לה כינים, אז הם מפשיטים אותה, גוזרים את שערה וחופפים את ראשה בנפט, הם מגלים שהיא נאה, גילה היה בין 14-9. נוסח פסה"ד שהם בשלב הראשון אונסים אותה באופן לא מאורגן, היא מתלוננת למפקד הבסיס שהבטיח לטפל בזה. בארוחת יום שישי הוא מעמיד את הנושא הזה להצבעה של שתי אופציות: 1. האופציה הראשונה להפוך את הבדואית לשפחת המין של הבסיס, או במילים שלו לדפוק את הערבייה. 2. או להפוך אותה לטבחית של הבסיס. זה היה ב-49'. החיילים מצביעים שהיא תהיה שפחת מין, ואז ביום ראשון היא תהיה שייכת לקצינים, ביום שני למחלקה א', ביום שלישי למחלקה ב' וכו', כלומר הם עושים טבלה. מפקד הבסיס שלח מברק שבו היה רשום שהוא שבה בדואית, וכעבור מס' ימים מפקד האזור שולח לו מברק לפיו הוא אמור להעביר את הבדואית לגורמי משטרה צבאית ולמה הוא לא עשה את זה, הוא מבין שהוא הולך להסתבך ולכן הוא מורה למס' חיילים לנסוע איתה 500 מ' מהבסיס, הם קוברים בור בחול, מפשיטים אותה מהמדים שהיא לובשת כי צריך להחזיר את המדים לחייל שהשאיל אותם והם לא יכולים להיות עם חורים של ירי, ובעודה ערומה ומתחננת לחייה יורים בה כדור אחד ברקה ומוודאים הריגה עם רובה טומי. אחרי התהליך הזה צריך לדווח מה קרה עם הבדואית. הוא הקריא מברק בכיתה על מה קרה עם הבדואית, בו המפקד כתב כי החיילים התעללו בה, ואז למחרת הוא החליט להעבירה מן העולם (הוא רשם זאת במילים האלה). זה לא המקרה היחיד, יש עוד מקרים והם מצונזרים. אין ספק שזה מקרה נדיר, יחד עם זאת צריך להבין שהמקרים הללו לא קורים בוואקום. יש לילה שאין בו מעשה פריצה בת"א, פשיעה זה תופעה אנושית, שים מספיק אנשים ביחד, חלקם יבצעו פשעים, אומנם מיעוט אבל עדיין יהיו פשעים. איזה אנשים הם חיילים?- צעירים ששק"ד שלהם עדיין לא מגובש. רמה שנייה, אתה נותן להם נשק, כי בגיל 18 הוא הרבה יותר יסתער מאשר בגיל 40, אתה מביא לו נשק ולא נותן לו לישון, הוא ישן מעט, ואתה שם איתו עוד אנשים באותה סיטואציה, זו סיטואציה שמגבירה את הסיכוי לביצוע מעשים לא ראויים. רוב החיילים יהיו בסדר, גם רוב החיילים שיעשו דברים לא בסדר לא יעשו דברים כמו נירים ומי ליי, אבל בכדי שזה לא יקרה, מה אתה צריך לעשות?- להתחיל באכיפה במקרים הרבה פחות חמורים, כי אם היית אוכף לגבי מקרי הפרשנות המקלה שניתנה לכללי הפתיחה באש לא הייתה מתפתחת הגישה שחיי כל בדואי באזור מותרים. גם בצבאות שהם בסדר מבוצעים מעשי זוועה, אתה לא יכול לעשות את האכיפה רק על מקרי קיצון, אלא אתה חייב להתחיל את האכיפה בדברים הרבה יותר קלים, והדברים הללו יהיו פשע מלחמה ולא הפרה של הדין המדינתי. כדי שלא נחשוב שהוא אומר שהעמדה החיצונית צודקת, הנה לכאורה הוא בא ואומר שהיא צודקת, יש מחיר לאכיפה גם מהמקרים הנמוכים. יש לכך שני מחירים: 1. **אפקט מצנן** – הרתעה נמוכה מידי. היו מקרים במלחמת לבנון השנייה, בהם ירו על כח צה"ל ממסגד, בעקרון אסור לירות על מסגד, אבל מותר להוריד את המסגד במקרה כזה, אבל החיילים לא יורים כי הם חושבים שאסור. חיילי צה"ל לא יורים על המסגד כי הם חושבים שאסור בכלל לירות על מסגדים, אך במקרים שיורים ממנו מותר. דוגמא נוספת בעניין זה, הייתה פאשלה לאספקה של המזון לחלק מהכוחות הלוחמים במלחמת לבנון השנייה, במקרים של צורך קיצוני כשאין לך מזון, מותר לך לקחת את האוכל והמים מהרכוש הפרטי של אזרחים בשטח שבו אתה נמצא, אבל חיילים לא ידעו מזה ולכן הם לא לקחו משם אוכל ומים. בעקרון אסור לגעת ברכוש פרטי, אלא במקרי צורך קיצוני של אי אספקת מזון, ואם אתה לא פוגע באוכלוסיה, אבל החיילים במלחמת לבנון השנייה לא השתמשו באוכל והמים שהיו שם. אכיפה משמעותית יוצרת אפקט מצנן ופגיעה במוטיבציה, כי יש אנשים שאומרים שהם שלחו את הילד שלהם ולא נותנים לו גב. 2. עוד לפני שנגיע לרמת אכיפה מספקת ואפשר להתווכח על מה היא מספקת (רמת אכיפה מספקת היא רמת אכיפה שמונעת גם מקרים פחות חמורים שאנחנו עדיין לא רוצים שיקרו), **אז עוד לפני רמת אכיפה מספקת יתחיל אפקט מצנן**. זא"מ שבמציאות אתה תימצא במצב שבו אתה מרגיש שגם לא הגעת לרמת אכיפה מספקת וגם יש אפקט מצנן. אתה תימצא תמיד באזור שגם אתה מרגיש שלא אכפת מספיק, וגם יהיה אפקט מצנן. אי לכך ובתאם לזאת, המצב הוא מחורבן.

זה לא אף אחד מהדעות שאנחנו שומעים בתקשורת, בתקשורת זה בד"כ דעות הפלקט- הילד של כולנו אז למה מאשימים אותו, או פושע מלחמה וצריך להאשים אותו ואת כל המפקדים שלו. בד"כ הדעות בתקשורת הן קיצוניות לכאן או לכאן.

בסופו של יום, לגבי אלאור אזריה מדובר בילד מסכן שעשה פשע וצריך להעניש אותו על זה גם משיקולי גמול, כי הוא עשה דבר רע, וגם צריך להתחשב בעונש בנסיבות שהיו. עוד נסיבה שצריך להתחשב בה ולא עשו זאת? צריך להבין שהמעשה שלו, אובייקטיבית, זה פשע מלחמה – גרימת מוות בחבלה של אדם מוגן, זה נתון שלא לוקחים אותו בחשבון, ואם היו לוקחים את זה בחשבון,אז כנראה שבלי להיות נבל הוא היה מקבל משהו כמו 10-15 שנה. במלחמה שבה הצד השני לא לובש מדים, אז נוצר חוסר וודאות מי אזרח ומי לוחם וזה מפתח סלידה גדולה עוד יותר כלפי הצד השני, יחד עם זאת, ובגלל זה הוא נתן את המקרה של מי ליי, צריך להבין שזה גם מחייב אותם לעקוף את הדין יותר כדי לייצר הרתעה, אחרת זה יהיה כמו מי ליי שאם יש ספק אין ספק, כלומר שאני לא יודע מי חייל ומי אזרח אז אני אהרוג את כולם. דיני הלחימה או כל הדינים, אמורים להדריך אותנו איך לנהוג, ולמנוע מסך של בערות.

המליץ לראות את הסרט "4 שעות במי ליי", בו מראיינים את החיילים שהיו שם. באחד הראיונות, היה על השולחן את כל התרופות הפסיכיאטריות שאותו חייל לוקח, ומפה ניתן להסיק שהקפדה על דיני הלחימה גם מגנה על החיילים שלנו.

זה לא שהמרצה בוחן את עצמו ביחס לנק' המבט החיצונית, אלא ביחס לאיך שאנחנו היינו רוצים לראות את עצמנו, כלומר שאם נשאל את רוב האנשים בישראל לפני 3 שנים האם מותר לירות במחבל מנוטרל?- 90% מהאנשים היו אומרים לנו לא. מה קורה ברגע שזה מפסיק להיות דוגמא תיאורטית, זזה הופך להיות הילד של כולנו, זה הופך להיות מישהו שאנחנו מכירים, ולכן בשנה האחרונה שהוא שאל את הסטודנטים זה היה 40-60, זא"מ כאילו זה מותר, 60% אמרו שמבחינתם זה מותר.

מה קרה לחיילים שהיו במי ליי? - 5 מתוך 40 ומשהו הועמדו לדין, 4 יצאו זכאים, ורק אחד הועמד לדין ולאחר שהורשע במשפט צבאי, ביהמ"ש המחוזי בסטייט שלו הוציא אותו מהכלא הצבאי באמצעות צו הביאוס קורפוס לכלא אזרחי, ובכלא האזרחי רייגן נותן לו חנינה.

מה קרה בארץ לאנשים שעשו את הטבח בכפר קאסם? – בכפר קאסם נותן המפקד פקודה לפיה כל מי שחוזר מהשדות לאחר העוצר דינו מוות. בכל הכפרים שניתנה הפקודה המפקדים מסרבים לה, כל אחד עושה זאת בדרך אחרת, בכפר אחד הוא תמיד מפספס, כלומר רק אחרי שהבן אדם ברח אז הוא יורה וכו', חוץ ממפקד אחד, וזה היה בכפר קאסם. המפקד שנותן את הפקודה יצא זכאי כי המפקד באמצע משנה גרסאות בין הערכאה הראשונה לערעור, ואז נוצר מצב של ספק סביר. מה קורה לחיילים עצמם?- אף אחד מהם לא מבלה יותר מ-3 שנים בכלא. יש חייל במלחמת השחרור שחוטף ג'נאנה ועל דעת עצמו נכנס 2 לילות לכפר בלבנון ומחסל לפי השערות כ-200 איש, הוא מועמד לדין, מורשע ברצח, ונשיא מדינת ישראל נותן לו אחרי לא מעט שנים חנינה תחת הטענה שהיו עוד כ"כ הרבה מקרים נוספים כאלה, כך שזה לא הוגן שרק אחד נענש.

בקו 300 מדיחים יועמ"ש משפטי רק כדי למצוא יועמ"ש אחר שיסכים לפרשנות סופר יצירתית של דיני החנינה עוד לפני ההרשעה. מסתמכים על תקדים "המאוד מאוד זהה" של אישה שהפקידה שיק שגוי וקיבלה חנינה מבן צבי. אנשי המחתרת היהודית רצו להתקין מטענים על אוטובוסים של ערבים וחלקם אפילו רצו לשים את זה על הר הבית מה שהיה גורם למלחמת עולם, מה קורה להם?- קיבלו חנינה, והטיעון של הרצוג היה שהם בסה"כ בחורים טובים. מה הפואנטה של המרצה? – באים ואומרים המקרה הזה ייחודי, ולא היה וכו', אבל זה תמיד קורה ברגע שיש אירוע שתופס את התודעה הציבורית פתאום נמצאים בדיסוננס בין שני ערכים שאתה מחזיק בהם. יש לך דעה לענישה בחומרה אבל פתאום זה מקרה מורכב. רוב האנשים שחווים פיגועי טרור של חבריהם זה משפיע עליהם, אבל הם לא אנשים שפתאום התחילו לעשות את זה משום מקום. אתה תמיד נמצא בדיסוננס הזה, ואז הציבור הישראלי נסחף לאחת הקיצוניות, אבל זה לא טוב, צריך להתמודד עם המורכבויות, לא לתת לא חנינה וגם לא להעניש אותו במאסר עולם.

לדעת המרצה מה שיקרה זה שעוד 20 שנה מעכשיו המקרה של אלאור אזריה יהיה עוד סיפור שתספר משק"ית חינוך בקורס קצינים, ששני פרטים ישכחו מהסיפור הזה : 1. העונש. 2. הויכוח שהיה בנושא. בפרשת כפר קאסם היה כתב שכל יום דיווח למה צריך לזכות את שדמי. המחתרת היהודית, מעלה את הטיעון שאם הם יהודים אז הם לא מחבלים, לא המצאנו את הגלגל. הפואנטה של המרצה היא שנפסיק לחשוב שהכל חסר תקדים, ורגעי שבר וכו'.

המטרה שלו מהשיעור הזה שנצא מבואסים, אבל זו לא השאיפה הכללית שלו. הוא לרגע לא רוצה לצייר את אלאור עזריה כארחי נבל או פסיכופת, אבל יחד עם זאת במדינה מתוקנת היו לוקחים את מה שהוא עשה כפשע מלחמה והוא היה יושב 15 שנה בכלא. במד"י גזר הדין הנכון שהוא צריך לקבל זה 4 שנים. זה המסר של המרצה. הוא דוחף יותר לכיוון שצריך להרשיע אותו, כי הוא יודע איפה התודעה הישראלית של הרוב, וכך כנראה גם הסטודנטים, ולכן הוא דוחף לשם, אם זה היה הפוך הוא היה דוחף לצד השני. הדעה האמיתית של המרצה זה שזה מורכב עד כדי ביאוס, אך זה לא חדש, וזה תמיד קורה במקרים כאלה, והם אפילו ימשיכו לקרות כי אלה החיים.

עד עכשיו זה היה לבחינה, ומעכשיו לא.

לא לבחינה:

אם דבר כזה היה נאמר בשנת 98' מה רמת הדציבלים שזה היה מתקבל – 10. יש בתרבות שלבים ביחס לחיילים, שכל האומה מגוייסת ועושה שירות צבאי אז חיילים הם גיבורים, בשלב שבו העשירונים הגבוהים והבינוניים מתחילים למצוא טריקים להתחמקות מהשירות הצבאי, מתחיל להתפתח אתוס שהחיילים הם הילדים של כולנו. כי מי שלא הצליח להתחמק מתחילים להרגיש תחושת פראייריות, ובכדי להשתיק אותה אומרים את הסיסמא החיילים הם הילדים של כולנו; בארה"ב זה קורה ב-1969-1970, שזה נקרא mothers for peace . כאשר העשירונים הגבוהה והבינוניים הצליחו למצוא את הטריקים שלהם להתחמק משירות צבאי קרבי האתוס הזה נעלם, כפי שראינו זה לא היה קיים במלחמות באפגניסטן ובעיראק. הסיפור האמיתי שממשיכה זליגה החוצה של חלקים נכבדים באוכלוסייה הישראלית בשירות צבאי קרבי, וזה מתבטא באתוס של "החיילים הם הבנים של כולנו". כשהרוב מתחמקים משירות קרבי צבאי האתוס נעלם. אנחנו בצומת, הסיפור האמיתי הוא שממשיכה זליגה החוצה של חלקים נכבדים באוכלוסיה בשירות צבאי קרבי וזה מוריד את האתוס החיילי של כולם.

לא לחשוב שכל דבר שקורה לנו הוא חסר תקדים. אנחנו חיים בתודעת מצור, כל אחד חי בתיבת תהודה של החברים שלו ומתגונן מכל תקיפה. ואנחנו חושבים שכל דבר שקורה הוא חסר תקדים. עדיף לא לחיות בתודעת מצור אף פעם. הוא ממליץ לשמוע דעות של הצד השני. הפייסבוק רק החמיר את התודעה ואתה שומע רק דעות שדומות לשלך.

**שיעור 14 – 05.01.17:**

מה ההשלכות של הפרה מצד מדינה של החוק הבינלאומי?

קודם כל, עצם ההפרה לא משחררת את המדינה המפרה מהחובה לקיים את ההתחייבות, לכן – תמונת הראי של זה היא שמרגע שיש הפרה, החובה של המדינה המפרה הוא לחדול מייד ממעשה ההפרה ולהתחייב שלא תפר בשנית – שלא תחזור להפר. בנוסף, חלה עליה חובה לנקוט בצעדים לתיקון המצב (reparations). קיימים 3 סוגים של צעדים לתיקון המצב, לא בכל תיק תהיה המדינה חייבת לעשות את כל שלושת הסוגים, זה תלוי במקרה, הם לא חלופיים (לפעמים נצטרך את כולם ולפעמים רק חלק):

1. **השבה פיזית של המצב לקדמותו – (restitution)** – השבה פיזית של המצב לקדמותו לא נדרשת כאשר היא בלתי אפשרית (נניח אם פוצצנו משהו), או שהיא מטילה על המדינה המפרה נטל לא פרופורציונאלי לתועלת שתנבע מצעד של השבה (עלות מול תועלת). זה סעיף שתמיד יהיו וויכוחים לגביו בין המדינה הנפגעת למדינה המפרה.
2. **פיצויים על הנזק שנגרם (compensation)** – הפיצוי הוא על הנזק שנגרם, עשוי להיות בנסיבות מסוימות פיצוי על אבדן רווחים, אך זה לא פיצויים עונשיים.
3. **הודאה במעשה ההפרה והתנצלות - (satisfaction)**

דוגמא ליישום: נסתכל על המקרה בין ישראל לטורקיה בעניין המרמרה. בהתעלם מהעובדות והמצב המשפטי האמיתי – ישראל הסכימה עם טורקיה שהיא הפרה את המשפט הבינלאומי, בשלב הראשון היא עשתה השבה – שחררה עצורים והחזירה לטורקיה, בשלב השני, בעוד קרי נמצא בנתב"ג הוא מגיש לנתניהו פלאפון: תתנצל עכשיו – וזה מה שהוא עושה, בשלב האחרון – שנסגר לאחרונה – פיצויים, ישראל פיצתה את טורקיה שאמרה שתשים את הכסף בקרן, אך מדינת ישראל פיצתה את טורקיה.

צריך להבין שלא תמיד יתקיימו שלושת הדברים, לפעמים רק חלק התקיימו, ולפעמים כולם. למשל במקרה של סרביה מול בוסניה בICJ, הICJ קובע בסוף שמה שסרביה הפרה זה את החובה שלה לפעול ולמנוע רצח עם, וקובע שעל כך היא לא צריכה לשלם פיצויים, אלא די בהתנצלות ובעוד מספר מעשים סימבוליים. בפשעי מלחמה, הרבה פעמים הרכיב מרכזי ממה שמדינה תעשה כסוג של reparations, זה ענישה של החייב. אם המדינה פועלת להעניש את מי שעשה את הפשע היא עשתה די הרבה בכדי להשיב את המצב לקדמותו.

איך אוכפים את זה? משפט בינלאומי זה לא מצב בו תמיד יש בי"ד בינלאומי שמדינה יכולה לתבוע בו ולהגיד: שמדינה אחרת הפרה כלפיי דין בינלאומי. בהמשך הקורס נלמד על יישוב סכסוכים בדרכי שלום באופן מפורט יותר, אבל בגדול יש מקרים בהם יש הליך בפני בי"ד, בין אם ביה"ד הזה הוא מכח אמנה ספציפית (נניח ביה"ד של האמנה בדבר דיני הים – ישראל לא חתומה עליה, או נניח ביה"ד של ה-WTO), יש מקרים בהם יסכימו להליכים שונים (שיפוט/בירור/פשרה) (למשל בסיפור המשט של המרמרה ישראל וטורקיה פנו למזכ"ל האו"ם שמינה וועדה ש"זה בוחר לו את זה" (ביטוי של המרצה)). מלבד הליכים כאלה, יש מקרים בהם מדינה יכולה לרוץ למועצת הביטחון ויהיה קונצנזוס שם שהמעשה שהמדינה מפרה הוא איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות, ואז מועצת הביטחון תוכל לקבוע מכח פרק 7 סעדים כוחניים – סנקציות (זה נדיר מאוד שזה קורה).

(אם מדובר בפשע בינלאומי גרעיני, מדינה יכולה לנסות לתפוס את הפרט – פשע מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם), כי יש סמכות אוניברסאלית על פשעים.

*מה קורה במצב הנורמאלי בו מדינות לא מצליחות להסכים על הליך שיפוטי או מעין שיפוטי*? היא יכולה לנקוט בפעולות שנקראות **"צעדי נגד"**. צעדי נגד הם מצב שבו המדינה שסבלה מההפרה, כתגובה, מפרה כלפי המדינה המפרה נורמה בינ"ל שקיימת ביחסים ביניהן. למשל, במשט – בעקבות הסיפור שקרה, טורקיה הודיעה שהיא מקפיאה את כל ההסכמים הביטחוניים עם מדינת ישראל. כמובן שצריך סדר להפרות סדר. הצעדים צריכים להינקט כלפי המדינה המפרה – לא ניתן להעניש בעלי ברית של המדינה המפרה – נחשוב אם מדינה גדולה מפרה נגדנו משהו, נעדיף להתנקם במדינות הקטנות בעלות הברית, כדי להימנע מזה, קבעו כלל שצעדי הנגד צריכים להיות כנגד המדינה המפרה. אסור שמטרתם תהיה ענישה, אלא ניסיון לשכנע את המדינה המפרה לחזור למוטב – לחדול ממעשה ההפרה ולנקוט בפעולות שציינו לעיל. הצעדים צריכים להיות זמניים, הפיכים (מתוך מטרה לשכנע את המדינה המפרה הראשונה לחזור למוטב ואז היחסים יחזרו לסדרם), הצעדים צריכים להפסיק ברגע שהמדינה הפסיקה את מעשה ההפרה וחזרה למוטב (כולל reparations). ולכן ביחסים בין טורקיה לישראל החזירו את השגריר וביטלו פעילויות. צעדי הנגד לא חייבים להיות קשורים בנושא שהם עוסקים בו לפעולת ההפרה המקורית, אחרת לא ניתן כלים מספקים למדינה שסבלה מההפרה להפעיל לחץ על המדינה המפרה. מה הגבול? יש סדרה של כללים שקובעים את הגבולות.

**מגבלות על השימוש בצעדי נגד**:

1. **אסור להגיב למעשה ההפרה בדרך של שימוש בכח. שימוש בכח מותר להגיב רק כתגובה למתקפה חמושה**. ארדואן אמר בשבוע הראשון אחרי המרמרה שעל דבר כזה היו יוצאים לפני 100 שנה למלחמה (בעקבות מלחמת עולם השנייה קבעו שאסור לעשות שימוש בכח על הפרות).
2. **אסור לצעד הנגד להפר זכויות אדם יסודיות** (אסור לעצור את כל האזרחים הזרים של המדינה האחרת למשל).
3. **אי אפשר להפר את האיסורים של דיני הלחימה שמגבילים את השימוש בפעולות תגמול.**

הסבר: בדיני הלחימה התפתחו מצעדי הנגד דינים מיוחדים - ספציפיים. בדיני הלחימה חשוב להסתכל על התחום של דיני פעולות תגמול. בין השאר, דיני פעולות התגמול קובעים רשימה של גורמים שכלפיהם לא ניתן לבצע צעדי תגמול. למשל: אסור לעשות צעדי תגמול נגד שבויי מלחמה. אסור לעשות צעדי תגמול כנגד האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש – כבשתי שטח של מדינת אויב, מדינת האויב עושה הפרה, לא ניתן להעניש את האוכלוסייה המקומית שכרגע בשליטתי. על פי העמדה המקובלת בעולם, שמספר מדינות לרבות ישראל לא מסכימות איתה – אסור לבצע פעולות תגמול כנגד אוכלוסיה מקומית. ישראל חוששת מהיום בו אחד מאויביה ישגר אליה נשק כימי.

1. **אסור שצעד התגמול יפר נורמה שהיא יוס קוגנס** (עבדות למשל).
2. **אסור שיהיה בצעדי הנגד כדי לקטוע מנגנונים שמטרתם ליישב את הסכסוך בדרכי שלום**. למשל – נניח שהצדדים, יש ביניהם סכסוך נמשך, והם מסכימים על וועדה שתברר את הסכסוך – וועדה לבירור עובדות למשל – ואז מדינה אומרת שכצעד נגד לפעולה שהמדינה השנייה עשתה, היא לא מאפשרת את כניסת הוועדה לשטחה, ואז היא לא יכולה לברר את העובדות – ואתה בעצם פוגע בהליך. (דוגמא – יש סכסוך גבול, ממנים וועדה, היא צריכה להסתובב במקום כדי לבדוק איפה הגבול עובר, חייל אחד חצה את השטח השנוי במחלוקת ואז המדינה לא נותנת לוועדה להיכנס).
3. **על צעדי הנגד להיות פרופורציוניים לנזק שנגרם ממעשה ההפרה.**

עד כאן אחריות מדינה.

**הגנה דיפלומטית**:

הערה חשובה: לא לבלבל בין הגנה דיפלומטית לחסינות דיפלומטית!! מלבד השם אין שום קשר ביניהם.

בשיעור הראשון אמרנו שיש תחומים רבים של המשב"ל שמתנהגים כמו המשב"ל הקלאסי – יחסים בין מדינות, הדין לא פונה לפרטים והם לא בעלי מעמד. יש הרבה תחומים בהם לפרטים יש מעמד. נדמיין כרגע שאנו עוסקים כרגע רק בתחומים בהם לפרטים אין מעמד.

אנו עוסקים בשנת 1900 – המשב"ל פונה רק למדינות, אלא שבד"כ מדינות פוגעות בפרטים, באזרחים של מדינות אחרות. מה יעשה הפרט? במקרים המיוחדים שהולכים ומתרבים, בהם יש הסדר שמאפשר לפרט לפנות כנגד המדינה, הוא יעשה את זה. אם מישהו באירופה נפגע ע"י המדינה האירופאית, הוא יכול ללכת לביה"ד האירופאי לזכויות אדם או לביה"ד של האיחוד האירופי – כאשר זה רלוונטי, אם מדובר במשקיע זר והמדינה הרלוונטית חתמה על אמנה בדבר הגנה מפני משקיעים זרים, הוא יכול להגיש תביעה לאיקסיד – טריבונל מיוחד שעוסק בזה (נובל אנרג'י איימה לעשות זאת), אם זה תחומים שרלוונטיים לWTO – ניתן לפנות לטריבונל שלו. ברוב המקרים, גם היום, לא קיים פורום בינלאומי בו ניתן לפנות. יש מקרים מסוימים בהם לפי חוקי המדינה הפוגעת הוא יכול לתבוע אותה (אדם יכול לתבוע בישראל את ישראל), העניין הוא שגם בהקשר הזה יש שונות מאוד גדולה בין הדינים של המדינות השונות, יש מדינות שכמעט לא מאפשרות לתבוע אותן ויש שמאפשרות כמעט על כל דבר. בישראל זה מורכב ומשתנה מתחום לתחום, עם הזמן ההגנה שניתנה למדינה הצטמצמה. מה יעשה אותו אזרח זר שנפגע ובסיטואציה בה אין לו פורום מדינתי שיכול לפנות אליו, ואין לו פורום בינ"ל שיכול לפנות אליו (כי זה לא אחד התחומים בו הוסדרה אפשרות לפרט לתבוע – רוב התחומים עדיין)? מה שנותר לו זו **האפשרות להגנה דיפלומטית**. הגנה דיפלומטית מתבססת על פיקציה, הנחה פיקטיבית שכל פגיעה כלפי אזרח של מדינה המהווה הפרה של נורמה בינ"ל הינה הפרה של נורמה בינ"ל כלפי מדינת אזרחותו. פגעתי באדם הזה, בדרך שפגעתי, פגעתי בנורמה בינלאומית, לפי ההנחה הפיקטיבית כאילו ביצעתי מעשה הפרה כלפי המדינה שהוא אזרח שלה. הפיקציה הזו נוצרה בדיוק מהסיבה הפשוטה שאחרת לפרטים לא תהיה הגנה (מלבד בחריגים שדיברנו שהוא יכול לתבוע במדינה). ברגע שהחליטה המדינה להעניק לאותו אזרח הגנה דיפלומטית, לאמץ את העילה שלו, היא יכולה לנקוט בשלל צעדים. היא יכולה לנקוט בכל הצעדים שנחשבים צעדי נגד, בנוסף היא יכולה לעשות דברים נוספים כמו זימון השגריר הביתה (מקביל דיפלומטי לאמירה: נפגעתי ממה שעשית), לשלוח שגריר או קונסול לדבר עם האדם הנפגע, היא יכולה לעשות סדרה של צעדים וביניהם גם צעדי נגד כי זה כאילו מעשה הפרה שבוצע כלפיה. האם המדינה חייבת לאמץ? בעולם של המשב"ל המסורתי: לא, המדינה רשאית לאמץ, יש לה שיקול דעת מוחלט. היום תשובה יותר מורכבת. צריך להפריד בין 2 מישורים: **מישור הדין הבינ"ל, ומישור המשפט הציבורי (חוקתי/מנהלי)** של כל מדינה ומדינה, כאשר יעניין אותנו המשפט החוקתי של מדינת ישראל. דוגמא: מעשה באדון מימון כהן שרצח את אשתו בתאילנד וניסה להחביא את הגופה במזוודה ונתפס. אלא שבתאילנד יש עונש מוות על רצח. עותר אדון מימון כהן לבג"ץ בישראל ואומר: אם יוציאו אותי להורג יהיה בדבר משום פגיעה בזכות אדם יסודית שלי – זכות לחיים, לפיכך, עפ"י המשב"ל המנהגי (שבארץ הוא מחייב), חייבת מדינת ישראל להעניק לי הגנה דיפלומטית ולהפעיל לחץ על תאילנד על מנת שהיא תתחייב לא להשית עליי עונש מוות. ביהמ"ש העליון הישראלי מאמץ את העמדה השמרנית בנוגע לפרשנות המשב"ל ואומר: נכון להיום, המשב"ל מתיר למדינות שיקול דעת מוחלט בנושא; תרצה - תאמץ, לא תרצה – לא תאמץ. (מעמדו של דין בינ"ל מנהגי בישראל הוא מעל חקיקת משנה ומתחת לחוק- החלטה מנהלית (של שגריר תאילנד/שר החוץ) היא פעולה של הרשות המבצעת, ולכן היא כפופה לזה). צריך לדעת שקיימת עמדה שזוכה ליותר ויותר תמיכה, על פיה, כאשר מדובר בהפרה של זכויות אדם יסודיות תהיה המדינה חייבת להעניק לאזרח הנפגע שלה הגנה דיפלומטית.

נרד למישור המדינתי – במישור המדינתי, במשפט הציבורי (חוקתי/מנהלי) של מדינות מערביות שונות, הולכת ומתפתחת הלכה על פיה במקרים מסוימים תהיה המדינה חייבת להעניק הגנה דיפלומטית. דוגמאות: 1. אנגליה – אזרח אנגלי שהאמריקאים עצרו ושמו בגואנטנמו – בית מעצר אמריקאי היושב בשטח של קובה שמושכר לארה"ב. ביהמ"ש הבריטי קובע שבתחומי ביטחון הוא לא יתערב (מעין טענה של שפיטות). הוא כן משאיר פתח סוים ורומז שבתחומים לא ביטחוניים ייתכן ויהיו מצבים בהם ביהמ"ש הבריטי יקבע שכיוון שנפגעות זכויות יסודיות של אזרח בריטי, צעד של אי אמוץ והענקת הגנה דיפלומטית תיחשב בלתי סבירה. מה זה אומר? שלפעמים ביהמ"ש יקבע שיש חובה למדינה להעניק הגנה דיפלומטית. 2. באופן דומה, בפס"ד מימון אחרי שביהמ"ש מסיים לדון בסוגיה מנקודת המבט של המשב"ל המנהגי, הוא בוחן אותו בכלים של המשפט המנהלי הישראלי, והוא אומר אמירות יותר חזקות מביהמ"ש הבריטי, לא מסייג לעניינים ביטחוניים, וקובע שיהיו מקרים בהם בג"ץ יקבע שאי הענקת הגנה דיפלומטית היא בלתי סבירה – בגלל פגיעה בזכויות אדם יסודיות. ההחלטה הישראלית יותר מרחיבה מההחלטה הבריטית. המדינה מגישה לביהמ"ש התחייבות שהיה וישיתו עליו עונש מוות היא תפנה לממלכת תאילנד בבקשה לחנינה, בזמן ההליך המדינה מגישה לביהמ"ש התחייבות כזו. ביהמ"ש די אומר שאם המדינה לא הייתה מגישה התחייבות כזו, יכול להיות שהיה מחייב אותה להעניק הגנה דיפלומטית. בעולם פורמאליסטי בו כל מילה של ביהמ"ש חקוקה באבן – ברור שקביעה כזו היא מאוד חזקה, אך אנו מודעים לכך שלא כל ניסוח של ביהמ"ש הופכת להיות חקוקה באבן. לפעמים, כשאתה יודע שהצד הסכים – נח לך לדבר בגדול. אם נהיה פורמליסטים לחלוטין – מימון הרבה יותר חזק מהפס"ד הבריטי.

**מיהו אזרח**? ככלל, מי שהמדינה קובעת שהוא אזרח (הענקת אזרחות, לא ביטול). אזרחות ככלל היא תחום שכמעט בכללותו הוא בשיקול דעת של כל מדינה ומדינה. עם זאת, אם נסתכל בס' האמנה הרלוונטי, נראה שהסיפא של הסעיף שעוסק בזה אומר: אלא אם הענקת האזרחות סותרת את כללי המשב"ל. למה יש את הסיפא הזה? בעיקר בגלל סוגיות שנוגעות לנשים. היו פרקטיקות בכל מיני מדינות שמרגע שהאישה התחתנה היא מאבדת את אזרחותה והיא ספיח לאזרחות של הבעל, וזה מונע ממנה לברוח. כדי למנוע פרקטיקה נוראה זו קבעו את הסיפא. מכיוון שמדינות מאוד יצירתיות בדרך שהן פוגעות בזכויות אדם, לא ניסחו את זה במפורשות שמדובר בנשים, אלא קבעו את זה כסעיף סל, כאשר מה שעמד כנגד העיניים זה הנשים.

נניח שיש לאדם 1,200,000 יורו, והוא קונה איתם אזרחות של האי מלטה. מעולם כף רגלו לא נגעה במלטה, הוא לא יודע איפה היא ממוקמת בים התיכון, ועכשיו מדינה אחרת פוגעת בו ומלטה האמיצה אומרת: אני מאמצת ומעניקה לאזרח הזה הגנה דיפלומטית. האם נאפשר מצב כזה? מעשה באיש עסקים גרמני, מדובר בסכסוך שהגיע לICJ בין ליכטנשטיין וגואטמלה, הוא עשה עסקים בגואטמלה והשיג אזרחות של ליכטנשטיין והוא מעולם לא היה שם. כשגואטמלה פוגעת בזכויותיו, ליכטנשטיין מעניקה לו הגנה דיפלומטית (לא גרמניה). גרמניה מודעת לזה שמתנהל הליך בICJ, היא יכלה להצטרף אם רצתה. גואטמלה טוענת: אין שום זיקה בין אותו איש לבין ליכטנשטיין והוא לא באמת אזרח של ליכטנשטיין. הICJ מקבל את טענת גואטמלה וקובע שהוא לא באמת אזרח. מה הרציונל? רציונל של צמצום הסכסוכים בעולם. הרי מדינה בקלות יכולה להעניק אזרחות אם היא רוצה, אז כדי שמדינה לא סתם תתחיל להשתמש בזה ככלי להתנגח עם מדינות אחרות. מה רציונל הנגד? לפעמים עדיף כללים פשוטים, בלי להתחיל לבחון את מידת הקשר בין האזרח למדינה, אלא אזרחות זה מה שקבוע בדין של המדינה, הרי מדינה שמהנדסת את דיני האזרחות שלה, היא לא חושבת על צמצום או הרחבת האפשרות להעניק הגנה דיפלומטית. עם זאת, העמדה הרווחת היום היא שפס"ד זה של הICJ שגוי. (**בבחינה יש לציין את 2 העמדות ולציין מה מביניהן היא הרווחת**).

יש מגבלות על האפשרות של מדינה להעניק הגנה דיפלומטית, כעת נדבר על אחת מרכזית. המגבלה היא שהאזרח מיצה את ההליכים המקומיים שקיימים, אם קיימים, במערכת המשפט של המדינה הפוגעת. נניח גורם של מדינת ישראל פגע בי בדרך מסוימת, ואני אזרח מדינה אחרת, אני יכול להגיש תביעה בביהמ"ש ולתבוע לפיצויים, רק אחרי שמיציתי את כל האפשרויות הקיימות בדין המדינתי של המדינה הפוגעת, או אז אם עדיין אני ומדינתי סבורים שנפגעתי, המדינה הרלוונטית יכולה לאמץ את העילה שלי ולהעניק לי הגנה דיפלומטית. למה יש את התנאי הזה? ממספר סיבות: 1. קודם אנו רוצים לתת למדינה **לתקן** את העניינים בכלים שלה – באמצעים של הדין המדינתי שלה לפני שגוררים אותה לזירה. 2. **יעילות** – המערכת המדינתית עוסקת בהרבה מאוד תיקים, עוד תיק אחד לא יפריע לה, במקום להתחיל הליך בינ"ל – שזה יותר מורכב, אנו מצמצמים את כמות ההליכים הבינ"ל. 3. **כיבוד ריבונות המדינה** – בכלל הזה אנו מקרינים שאנו מכבדים את עצמאות המערכת השיפוטית של המדינה.

לכלל הזה (של החובה למצות הליכים) יש חריגים: 1. חובת מיצוי הליכים בדין הפנימי חלה **רק במקרים של הגנה דיפלומטית**. אם מדינה X פוגעת במדינה Y (לא באזרח), מדינה Y לא צריכה להגיש תביעה קודם במערכת המשפטית של מדינה X, היא יכולה לפנות ישר לזירה הבינ"ל. אלא שברור לנו שיהיו מקרים בהם לקבוע אם זה פגיעה ישירה במדינה או פגיעה באזרח – לא יהיה כל כך פשוט ויהיו וויכוחים בנושא. בגדול צריך לבחון מה הפגיעה הגדולה יותר; הפגיעה הישירה במדינה או העקיפה דרך האזרח – מבחן עמום לחלוטין. 2. כאשר **אין טעם במיצוי ההליכים** – דוגמא – מקרה האוניות הפיניות – היה סכסוך והייתה עוד ערכאת ערעור פנימית אבל הערכאה הזו הייתה מוסמכת לדון רק בערעורים שנוגעים לשאלות משפטיות והסכסוך בין חברת הספנות הפינית לאותה מדינה (הוא לא זכר את שמה) היה סכסוך עובדתי. פינלנד רצה עוד לפני שהוגש הערעור להליך בוררות בינ"ל, טוענת המדינה השנייה: חברת הספנות לא מיצתה הליכים אצלי בבית. עונה ביה"ד לבוררות: אין טעם לעיכוב זמן זה כי ממילא ערכאת הערעור לא הייתה יכולה לדון במה שעליו יש מחלוקת, כי המחלוקת היא עובדתית ולא משפטית. (יש כאן שיקולים של יעילות). כמובן שיהיו מקרים הרבה יותר עמומים.

**שיעור 15 – 11.01.17:**

היום נדבר על חסינות מדינה וחסינות דיפלומטית. או יותר נכון נדבר על חסינותה מדינה, וחסינויות שונות של נציגיה שמתמקדות בעיקר בחסינות הדיפלומטית, ואם יהיה זמן נדון בחסינויות נוספות.

למה עושים את השיעור עכשיו?- כי לסטודנטים יש נטייה מעצבנת להתבלבל בין אחריות מדינה וחסינות מדינה, ובין הגנה דיפלומטית וחסינות דיפלומטית, כל אחד מהצמדים הללו לא קשור אחד לשני לחלוטין, ובכדי שלא נתבלבל הוא שם לנו אותם אחד ליד השני בכדי שהשוואה תהיה נגישה במיוחד.

**חסינות** מדינה **ואחריות** מדינה **וחסינות** דיפלומטית **והגנה** דיפלומטית, כל אלה לא קשורים. חסינות מדינה היא לא אחריות מדינה, והגנה דיפלומטית היא לא חסינות דיפלומטית.

**חסינות מדינה ואחריות מדינה:**

 יש שתי סיטואציות מרכזיות שבהן אנחנו נדרשים לקבוע שפעולה מסויימת היא פעולה של המדינה, כלומר לקבוע בחינה לפיה ניתן לשייך את הפעולות למדינה, שהרי מדינה לא שותה קפה, ולא קוראת עיתון, זה עושים אנשים, ואנחנו צריכים לקבוע אם הפעולות שעשו אנשים ניתן לשייך אותם למדינה. סיטואציה 1 – יש למדינה חובה על פי המשב"ל , כלומר יש נורמה או באיזו מדינה או באיזשהו דין מנהגי שמטילה חובה על המדינה. בוצע מעשה בעולם שמשוייך למדינה, הרי שהמעשה יהווה הפרה מצד המדינה של החובות שלה. זו הסיטואציות שעוסקים בהם דיני אחריות המדינה שכבר עסקנו בהם, לפיהם יש חובה ואנחנו שואלים אם היא הופרה ואם ניתן לשייך את ההפרה למדינה. סיטואציה 2 – היא סיטואציה שבה הופרה נורמה של דין מדינתי של מדינה מסויימת ע"י אורגן של מדינה אחרת. משתמשים במילה אורגן כי זה יכול להיות אדם או יישות.

**ההבדל המרכזי** בין אחריות מדינה לחסינויות זה **סוג הנורמה המופרת**: באחריות מדינה מופרת נורמה של המשב"ל. בחסינות מדינה מופרת נורמה של איזושהי מדינה, נורמה של דין מדינתי. עכשיו השאלה היא אם היא מופרת ע"י המדינה הזרה או הנציגים שלה (אם היא מופרת ע"י אדם שהוא נציג מסוג זה או אחר של המדינה, כמו אדם או יישות). ואז נשאל האם הדין הבינלאומי מספק למדינה ו/או לנציג שלה חסינות מפני האחריות על הפרת הדין המדינתי.

אלו שני האלמנטים של דמיון ומעבר לזה הכל שונה (משב"ל-מדינתי, הגנה-אחריות): אם במקרה הראשון דיני אחריות מדינה הם הבסיס להטיל אחריות על המדינה, בחסינות מדינה המשב"ל מגן על המדינה ונציגיה. אם אני חונה בניו יורק אני אקבל קנס – השגריר יקבל קנס אבל הוא לא יצטרך לשלם אותו. דיני חסינות מדינה עוסקים בשאלה של מדינה זרה ו/או נציג שלה. מתי יעניק המשב"ל למדינה זרה ו/או לנציג שלה **חסינות** מפני הסנקציות שקיימות בדין המדינתי בגין **הפרה של הדין המדינתי שבוצע ע" המדינה ו/או הנציג שלה.** באחריות מדינה הסנקציות הן בינלאומיות? - משב"ל, בעוד שבדיני חסינות – המשפט מדינתי.

האלמנטים היחידים של דמיון ששני המונחים נגמרים במילה מדינה, והשני שבשתי הסיטואציות אנחנו צריכים להכריע האם המעשה שבוצע בעולם ניתן לשייך אותו למדינה. זה שני האלמנטים היחידים של הדמיון. זה שתי חיות שונות לחלוטין, שלא קשורות בשום דרך שהיא.

בדיני חסינות מדינה דנים בשאלה מתי יעניק המשב"ל חסינות למדינה זרה ו/או לנציג שלה מפני הסנקציות שקיימות בדין המדינתי בגין הפרה של הדין המדינתי שבוצע ע"י המדינה ו/או הנציג?; באחריות מדינה מקור הסנקציות הוא המשב"ל, בעוד שבדיני חסינות מדינה מקור הסנקציות זה הדין המדינתי.

שני מונחים שלא קשורים – 1) הגנה דיפלומטית. 2) חסינות דיפלומטית.

2 המונחים הבאים שלא קשורים האחד לשני בשום דרך שהיא: האחד, שאותו כבר למדנו, הוא **הגנה דיפלומטית**. השני, שאותו נלמד השיעור, הוא **חסינות דיפלומטית**. הגנה דיפלומטית עוסקת בסיטואציה שאדם נפגע ע"י מדינה כשהוא לא אזרח שלה, ומדינה צריכה להחליט האם היא מאמצת את המקרה שלו. היה והיא תאמץ את המקרה שלו הרי שהייתה פה סיטואציה כאילו המדינה הפוגעת הפרה חובה במשב"ל כלפי המדינה של אותו אדם, זא"מ הגנה דיפלומטית זה מושג משפטי שקשור לדיני אחריות מדינה. לעומת זאת, דיני החסינות הדיפלומטית הם תת קטגוריה בתוך דיני חסינות המדינה, העוסקים בחסינויות להם זכאים הסגל הדיפלומטי.

**דיני חסינות מדינה:**

עכשיו נתחיל לדבר על דיני חסינות במדינה. חסינות משמעותה הקמת חריג לאפשרות של גורמי אכיפת החוק לאכוף את החוק. הסיטואציה הקלאסית היא שלא מאפשרים לביהמ"ש לנהל הליך משפטי. יש עוד מקרים כאלה. למה אנחנו צריכים כלל כזה?, אם עכשיו שגריר מצרים מטריד מינית רקדנית בטן, מקרה מומצא לחלוטין, למה שלא נעמיד אותו לדין?, אם שגריר ארה"ב מחנה את מכוניתו באדום לבן בת"א ליד בית קפה למה שלא נטיל עליו קנס?; הניסיון הראה שהעדר חסינות מקום בו אתה לא אוהב מדינה מסוימת, אתה תתעלל בשגריר, אבל זה לא רק שגריר, זה יכול להיות שורה של נציגים, פשוט שגריר זה המקרה הבולט ביותר. צידוק אחד – הוא למנוע פגיעה ביחסי החוץ בין מדינות. סיבה שנייה – והיא קשורה לסיבה הראשונה, זה שבדרך הזאת, אם נאפשר הגשת תביעות כנגד המדינה ונציגיה, ניתן כלי מאוד פשוט למדינה אחת להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת. לדוגמא: אני מחוקק חוק שמי שמעשן בהולנד מבצע עבירה בישראל, ואני מעמיד את שגריר הולנד לדין בישראל. לכאורה, ניתן לעשות זאת אם אין חסינות. דוגמא נוספת: מד"י חותמת על הסכם השילומים עם גרמניה, גב' צמח בשנת 2009 לא מרוצה מההסכם, ומגישה תביעה קיבוצית בשם כל קורבנות השואה בביהמ"ש השלום בת"א כנגד גרמניה, ברור לנו שבאותו רגע נתנו לגב' צמח לנהל את קשרי החוץ של מדינת ישראל. "אך לא ניתן היה לקיים את ההליך עקב קיומה של חסינות הריבון".

החסינות חלה בביהמ"ש או במערכת אכיפת החוק של המדינה שדינה הופר. החסינות לא חלה בבתי דין בינלאומיים או טריבונאלים בינלאומיים. למה? כי אותם מסדיר המשב"ל. אם כל אדם מבצע במדינה זרה הפרה של חוק של אותה מדינה ויש דין מקביל במדינה המקורית, גרמניה יכולה להעמיד אותו לדין בגרמניה. החסינות היא של המדינה, היא יכולה להסיר אותה, היא חסינות דיונית. אם הדין המדינתי יכול להעמיד אותו לדין במדינה ניתן לתת אותו להעמדה לדין באותה מדינה. בגדול, ניתן לחלק את דיני חסינות המדינה, ניתן למיין (יש המון תתי מיונים), **כשהמיון הראשון** שצריך לעשות הוא בין **דיני חסינות מדינה במובן הצר – דיני חסינות ריבון**; לבין, דינים שמעניקים **חסינויות לנציגים שונים של המדינה.** את דיני חסינות המדינה ניתן למיין בין דיני חסינות המדינה במובן הצר (דיני חסינות ריבון) לבין דינים שמעניקים חסינויות לנציגים שונים של המדינה.

**חסינות ריבון –** חסינות ריבון משמע חסינות שמוענקת למדינה, היא רק חסינות מפני הליכים אזרחיים. מסיבה פשוטה, שמדינה לא יכולה לבצע פשע. לעומת זאת דיני החסינות שעוסקים בנציגים של המדינה יכולים לעסוק בהליכים פליליים או בהליכים אזרחיים. למה יכולים?- כלל יסוד בדיני החסינות, הוא שלא דין קטגוריה אחת של חסינויות כדין קטגוריה שנייה, משמע – היקף החסינויות שזכאי להם דיפלומט הוא לא היקף החסינות שזכאי להם ראשי מדינה, וראש מדינה לא מקבל היקף חסינויות שמקבל קונסול, משלחות מיוחדות, כוחות מיוחדים וכו', גם ביהמ"ש העליון עושה את הבלבול הזה ומתבלבל בכך.

אחד משני פסקי הדין המרכזיים של ביהמ"ש העליון לעניין חסינות ריבון הוא פס"ד שוחט (2010) – עסק בטביעה של חיילי צי אמריקאים בדרכם מהפאבים של חיפה לאוניית הצי סרטוגה. ביהמ"ש עוסק בסוגיה על בסיס דיני חסינות הריבון הכלליים, אממה, העמדה המקובלת בעולם היא שדיני חסינות הריבון שנוגעים לפעילות של כוחות צבא מבקרים שונים מדיני חסינות הריבון הכללי. ביהמ"ש טעה, הוא לא פרש את הדין נכון. זה לא אומר שהתוצאה שגויה כי עליה אפשר להתווכח, אבל ההליך שגוי.

נא לא לחשוב שאם יש לדיפלומט חסינות, לקונסול תהיה גם או חבר במשלחת מיוחדת או לכוחות צבא מבקרים. כמובן, לא נדון בכל סוגי הקטגוריות של חסינות של נציגים שונים, אבל הכלל הוא שהיקף החסינות שזכאי לה דיפלומט הוא לא היקף החסינות שזכאי לו קונסול, או חבר במשלחת מיוחדת, או ראש המדינה או חבר בכוחות מבקרים. לפעמים יהיו בעיות – הכבאים היוונים שסייע בכיבוי השריפה בכרמל, ראו בהם כחיילים. ספציפית בחסינות ריבון, זה לא בדיוק קלאסי, אבל..

(האמריקאים, הספינה התהפכה כי העמיסו יותר מדי חיילים וההורים תבעו את ישראל כדי לעקוף את דיני התגמולים של ארה"ב).

דיני חסינות ריבון:

קודם כל כמו שאמרנו, שחסינות זו עוסקת רק בהליכים אזרחיים כי לא ניתן לנהל כנגד מדינה הליכים פליליים. היום זה טיפה שונה, אבל עדיין אי אפשר לתבוע מדינות, לא בגלל שיש חסינות, אלא כי ההליך לא נחשב מתאים. בעבר, לא היה ניתן בכלל לתבוע מדינה אחת בבתי משפט של מדינה אחרת מתוך רעיון שאם ניתן לתבוע מדינה איפשהו זה רק בבתי המשפט שלה. כיום, מתוך הבנה שהחסינות המוחלטת פוגעת בזכויות אדם, נכון אני נפגע ואין לי דרך להשיג פיצוי על התביעה שלי, העמדה המקובלת מצמצמת את היקף החסינות, משמע שעל פי המשמעות המקובלת כיום של המשב"ל המנהגי הנוגע לחסינות ריבון, החסינות חלה רק על מעשי מדינה שנוגעים בפעילות השלטונית שלה, בשונה ממקרים בהם המדינה עושה פעילות מסחרית. ברור לנו, שדין מנהגי זה לא מדע מדויק, ולכן כל מדינה בסופו של יום צריכה לפרש את הדין המנהגי ולהכריע מהו היקף החסינות המדויק שהיא מעניקה למדינות זרות. זה לא שהיא יכולה להחליט שאין חסינות, כי זה בטוח הפרה של המשב"ל, אלא שהיקף המדויק של החסינות הוא לא ברור ולכן היא צריכה להכריע בנושא. איפה מדינות עושות את ההכרעה הזאתי?- או בבתי המשפט, בהנחה שיש תחולה ישירה לדין המנהגי באותה מדינה, לא צריך שהחסינות תהיה מעוגנת באיזשהו מקום כדי להיות חלק מהדין באותה מדינה – בספר החוקים או קובץ התקנות כי ההנחה היא שיש לה עוגן, ואז בתי המשפט צריכים להכריע, ולפרש את ההיקף המדויק של החסינות. סיטואציה שנייה/אופציה שנייה – זה שהמחוקק של אותה מדינה יחוקק חוק שיסביר את הסוגיה שהחוק הזה משקף את הפרשנות של אותה מדינה בדבר הדין המנהגי. זה מקרה שחקיקה מדינתית מהווה state practice.

מה קורה במד"י?- נכון לשנות ה-90 המחוקק הישראלי לא התכוון להסדיר זאת, ולכן נדרש ביהמ"ש העליון לעסוק בסוגיה בפס"ד קנדה נ' אדלסון – בני הזוג אדלסון מהרצליה משכירים את הווילה שלהם לצורך מגורי שגריר קנדה ומשפחתו, כעבור זמן מה נוצר סכסוך בין הצדדים בנוגע לשאלת תחולתה של אופציית הארכת החוזה. החוזה אומר שיש אופציה הארכה, שגריר קנדה טוען שהאופציה נכנסת לתוקף באופן אוטומטי, בעוד שהזוג אדלסון רוצים שהוא יפנה את הדירה. הזוג אדלסון פונה לביהמ"ש בדרישה שיורה על השגריר הקנדי ומשפחתו להתכבד ולפנות את הווילה. טוענת ממשלת קנדה, אשר חתומה על החוזה לחסינות ריבון, כיוון שהחוזה הוא לא מול השגריר, אלא מול ממשלת קנדה. מי שיושב בראש ההרכב זה השופט ברק, אשר צריך להריע בהיקף החסינות, והעמדה המקובלת היא שהחסינות היא מוגבלת, אז הש' ברק ניצב בין מקורות סותרים לגבי היקף החסינות, והוא מכריע שהעמדה המקובלת היא זו המוגבלת, כלומר שלא על כל מעשה של המדינה יש חסינות. למה? אם אני צריך לבחור בין שתי האופציות הפרשניות הללו ראוי שאני אבחר באופציה שמאזנת בין ההגנה, ההתערבות בענייני המדינה הזרה וזכויות הפרט, אשר במקרה דנן הזכות לקניין ושוויון החוק. לכן הוא אומר שחסינות בתביעות נזיקין חלה רק על פעילות שלטונית. **השאלה היא מה זה פעילות שלטונית?** – יש 2 גישות לכך: 1. גישה אחת – נסמכת על **מבחן טיב הפעולה**, משמע האם מדובר בפעולה שרק גוף שלטוני יכול לעשות, למשל רק מדינה יכולה להפקיע, לעומת זאת חוזה גם אנשים פרטיים יכולים לעשות. אם גם אדם פרטי יכול לבצע את הפעולה אז החסינות לא חלה. 2. המבחן השני הוא **מבחן מטרת הפעולה** – אנחנו שואלים מה הפעולה ניסתה להשיג, האם היא ניסתה לקדם פעולה שלטונית. במקרה הזה מציאת משכן לשגריר, זו פעולה שנועדה לקדם פעילות שלטונית, מדינת קנדה לא יכולה לנהל את ענייניה בישראל אם השגריר ומשפחתו יגורו ברחוב. לעומת זאת, אם נסתכל על מבחן צורני, טיב הפעולה – חוזה, גם אדם פרטי יכול לעשות.

ברק מכריע למבחן הראשון, כי הוא צר יותר וקל יותר לבחינה. ברק בפסה"ד זועק למחוקק שהתחום הזה לא ברור, ולא ניתן להסתפק בדין המנהגי, ולכן על המחוקק להבהיר את עמדת המדינה לגבי חסינויות ריבון. המחוקק נשמע לזעקת ברק, וכעבור 11 שנים מחוקק **חוק חסינות מדינות זרות התשס"ט – 2008**. ס' 2 אומר שיש חסינות למדינה, ויש חריגים ומפרט אותם. ס' 3 קובע שאין חסינות לעסקה שעילתה מסחרית, ומאמץ את מבחן טיב הפעולה, כלומר את המבחן של ברק למהי פעולה מסחרית. ס' 5 עוסק בתביעה נזיקית (לקרוא את הס' מההסדר). העמדה המקובלת שלגבי תביעה נזיקית אין הבחנה בין פעילות מסחרית לשלטונית, במקום זה יש את התנאים שקרויים בס', שזה שהעוולה נעשתה בישראל וגרמה נזק לגוף או לרכוש מוחשי. יחד עם זאת יש חסינות לפעילות מלחמתית.

 יש קונצנזוס שאם מדובר בפעולה מלחמתית שלא מפרה את דיני הלחימה או את המשב"ל הפלילי אז יש חסינות, יש חילוקי דעות האם החסינות של המדינה (ולא של המבצע, שאותו ניתן להעמיד לדין) חלה גם על מקרה שהפעילות מפרה. חייל ביצע פשע מלחמה – ניתן לתבוע את המדינה בנזיקין? כן, הדעה המקובלת היא שכן. במקרה של גברת צמח, החיילים הגרמנים הפרו את דיני הלחימה, גב' צמח תובעת את גרמניה, וביהמ"ש קובע שיש חסינות. לא כתוב אבל קשור לסעיף 5.

**לקרוא את ס' 4, 6, 7, 8, 9, 10, 15.**

**ס' 22 – כוחות מבקרים.**

**חסינות דיפלומט:**

אחד מהתחומים העתיקים ביותר של המשב"ל. למרות שהכללים המנהגיים קיימים באמנה מ-1961 הידועה בשם **"אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים"** (לקרוא לה האמנה בדבר יחסים דיפלומטיים, בכדי שלא נתבלבל עם אמנת וינה) מפרטת את ההסברים הנוגעים לחסינות דיפלומטית. מרבית הס' דקלרטיביים, אך יש כמה קונסטיטוטיביים ויש מחלוקת. גם במקרה הזה המחוקק הישראלי היה "יעיל" מאוד ולכן אין חוק בנושא. לכן, כאשר מגישה רקדנית בטן – גב' שלום כנגד שגריר מצרים בסמול, בטענה שהוא הזמין אותה לדירה ריקה בטענה של הצעת עבודה ושם ניסה לאנוס אותה, ביהמ"ש המחוזי בת"א אומר שמכיוון שהמשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממד"י, ומכיוון שהדינים הללו מספקים לו חסינות מפני תביעה נזיקית בגין מעשים כאלה (ומכיוון שמצרים לא ויתרה על החסינות הזאת), לא ניתן להגיש תביעה נזיקית בגין זה.

הגבלות וכללים:

יש סיבה לחסינות דיפלומט, והיא שהניסיון הראה שיותר מדי פעמים הדרך הראשונה להתנקם במדינה, אם אפשר, הייתה להפליל את השגריר.

האמנה, וגם המשב"ל המנהגי קובעים ככלל של המשב"ל שמי שנהנה מחסינות דיפלומטית מחוייב לקיים את הכללים והחוקים של המדינה המקבלת ולא להתערב בענייניה הפרטיים: זה שיש לך חסינות לא אומר שמותר לך להפר את החוק. כלל נוסף הוא שלא חייבים לקיים יחסים דיפלומטיים, אבל ברגע שהחלטת לקיים מתחילים לחול דיני החסינות הדיפלומטית החלים בין שתי המדינות.

קודם כל יש הגנה על מבנה השגרירות, זא"מ סוכני המדינה המקבלת, ככלל המשטרה, זה יכול להיות גם סוכנים אחרים, אינם רשאים להיכנס למבנה השגרירות אלא בהסכמת המדינה שזו השגרירות שלה. יתירה מכך, המדינה המקבלת חייבת לנקוט בכל האמצעים הסבירים בכדי להגן על מבנה השגרירות מפני חדירה או נזק. מתי זה הופר? באיראן באותו פס"ד של ה-ICJ כאשר הפרה את החובה הזאת בכך שלא מנעה מהסטודנטים האיראנים לחדור למבנה השגרירות האמריקאית. גם לאחר ניתוק היחסים הדיפלומטיים חייבת המדינה המקבלת להמשיך לכבד ולהגן על מבנה השגרירות, ולכן כשחודשו היחסים הדיפלומטים בין קובה לארה"ב ניערו את האבק מהדלת ונכנסו פנימה. שוויץ שומרת על מבנה השגרירות האמריקאית באיראן. איראן נתנה לשוויץ לטפל במבנה השגרירות. גם אם הוא ריק המבנה נשמר! חייבת המדינה המקבלת להמשיך להגן על מבנה השגרירות. איראן הפרה את החובה, אבל בסוף הסטודנטים יצאו ממבנה השגרירות. איראן נתנה לשוויץ לטפל במבנה.

יש חשיבות לשק הדיפלומטי. השק הדיפלומטי זה שק נעול שנועד להעביר מכתבים מהשגרירות למדינה השולחת, ובשנת 1984 ברח סר ניגרי לבריטניה (כנראה בגלל שהשלטון הניגרי לא אהב אותו), ובדרך פלא מצא את עצמו בשק הדיפלומטי בדרכו בחזרה לניגריה. רשויות המשטרה הבריטיות פרצו את השק הדיפלומטי והוציאו אותו. ניגריה טענה להפרה, והטענה של בריטניה שלא סגרו את השק בחותם הרשמי שנדרש לסמן את זה כשק דיפלומטי. וחוץ מזה הפעולה נועדה להציל חיים.

יש אמנה נוספת מ-1973, וזה גם כלל המשפט המנהגי שקובע שאסור לתקוף שגרירים, משמע מדינה צריכה לקבוע שתקיפת שגריר היא עבירה ויש איסורים כנגד תקיפה באופן כללי יותר, היא חייבת להעמיד לדין את מי שתקף את השגריר או להסגירו למדינה שהיא תוכל להעמידו לדין. אסור לעצור או לאסור שגריר מלבד במקרים של הגנה עצמית או הגנה של אחר. לשגריר יש חסינות מוחלטת בזמן כהונתו מפני העמדה לדין במדינה המקבלת על הפרה של המשפט הפלילי. לאחר שסיים את כהונתו אסור להעמידו לדין על מעשים שביצע בזמן כהונתו שקשורים לתפקידו, לכן קודם מצרים קראה לשגריר שלה לקהיר ואז ביטלה את כתב האמנה שלו.

 מה שכן אפשר לעשות זה לגרש אותו בין על עבירה שהוא ביצע או בני משפחתו, כאשר בני משפחתו אינם האזרחים של המדינה המקבלת. (כי החסינות הדיפלומטית חלה גם על בני משפחות בתנאי שהם אינם אזרחים של המדינה המקבלת), המשפחה הגרעינית. לאור זאת ניתן לגרש את השגריר בגין עבירה שהוא ביצע, בני משפחתו ביצעו, חשד לפעולות ריגול, או כצעד גומלין בגין פעולה דומה שביצעה המדינה השולחת.

מה לגבי דוחות החניה, ארה"ב מצאה פתרון נחמד – היא מקזזת את החובות ומעבירה אותם למדינת ניו יורק והמשטר הפדראלי מקזז את זה מכספי הסיוע של אותה מדינה. בריטניה מתנה את חידוש הרישיון בתשלום הקנסות, אבל השגריר לא חייב רישיון כדי לנהוג, הוא יכול גם לנהוג עם רישיון פג תוקף. קיימת חסינות גם בהליכים אזרחיים בכפוף לשלושה חריגים:

1. אין חסינות לגבי פעולות הנוגעות לרכוש דלא נייד פרטי הממוקם בשטח המדינה המארחת.

 2. אין חסינות בנוגע לענייני ירושה בהם הוא מעורב כאדם פרטי.

 3. אין חסינות בנוגע להליכים אזרחיים הנוגעים לפעילות מקצועית או מסחרית (למשל הוא רופא גם) בה עסק מחוץ לתפקידיו הרשמיים. החסינות על הליכים אזרחיים תסתיים כאשר השגריר יסיים את תפקידו. לגבי קונסול, החסינות הקונסולרית יש היקף חסינות שהוא מעט יותר מצומצם משגרירים, ולכן לא להניח שמה שיש לשגריר זהה לקונסול, ולגבי קונסול להסתכל בהאמנה הרלוונטית מ-1964.

**שיעור 16 – 12.01.17:**

נעסוק בחסינות ראשי מדינה, ונתחיל לדבר על המדינה.

**חסינות ראשי מדינה:**

נניח שראש ממשלת ישראל נוסע לאוסטרליה ומהמלון הוא מנופף את ידו, מטיל עציץ ושובר שמשה של מכונית. בעל הרכב לא יכול לתבוע אותו. בהקשר הנזיקי (ובכלל, הכוונה לכל מה שהוא לא פלילי) יש 2 סוגים של חסינויות:

1. **חסינות מהותית**
2. **חסינות פרסונאלית**

החסינות המהותית חלה לא רק על ראש ממשלה אלא על כל בעלי התפקיד של המדינה והיא רק לגבי פעולות שנוגעות לתפקידם (כולל איש הסגל שנוסע עם ראש הממשלה). החסינות הזו היא לנצח – אי אפשר להגיש את התביעה הנזיקית גם אחרי שהוא מסיים את תפקידו. מה הרציונל? שלא יהיה דרך להתחמק מחסינות המדינה - שאם לא ניתן לתבוע את המדינה, אתבע את הנציג שלה בידיעה שהמדינה תיתן לו גב (וכך בעקיפין נתבע את המדינה).

חסינות פרסונאלית חלה רק על הבכירים ביותר בשלטון; ראש הממשלה, שר החוץ, שר הביטחון – עד כאן זה ברור, מכאן מתחיל וויכוח; כנראה גם שר האוצר. (לעומת זאת אם אתה שר הנפט של ערב הסעודית – כנראה שתקבל..). החסינות הפרסונאלית היא רק באותו בתפקיד.

עד כאן לגבי נזיקיות. מה קורה בפלילי? העמדה המקובלת היא שהחסינות המהותית לא רלוונטית לתביעות פליליות. מה שרלוונטי זה החסינות הפרסונאלית. זה אומר שהיא ניתנת רק לבכירים ביותר!

על מה חלה החסינות הפרסונאלית בהליכים פליליים? מה שבטוח זה שהיא חלה על עבירות פליליות על פי הדין המדינתי. הדוגמא של ראש הממשלה באוסטרליה – פקר הוזמן לחקירה באוסטרליה, ייתכן ויועמד לדין על מתן שוחד באוסטרליה, והיה וזה יתקדם, השותף שלו הוא ראש הממשלה, שכל עוד הוא ראש ממשלה הוא יזכה לקבל חסינות.

מה קורה עם פשעים בינלאומיים? – רצח עם, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה, עינויים – לגבי זה יש דעות חלוקות בנושא. לאורך שנות ה90 הלכה וגברה התמיכה בעמדה שאין חסינות; ביצע ראש מדינה (ראש ממשלה/שר חוץ/שר ביטחון וכו') פשע בינלאומי גרעיני ונוחת במדינה אחרת, המדינה הזו יכולה להעמידו לדין (בהנחה שיש לה סמכות). היה נראה שזו הולכת להיות העמדה. אך הICJ ב2 פס"ד קבע שיש חסינות פרסונאלית לראשי מדינה גם על פשעים בינלאומיים.

הדגשות:

1. זה שהICJ אמר זה לא אומר שהסיפור נגמר, יש עדיין עמדה חזקה אחרת ויש שטוענים שהICJ טעה בסיפור הזה.
2. זו חסינות פרסונאלית – משמע שביום לאחר שנגמר התפקיד ניתן להעמידו לדין. למשל – כשהתנהלו הליכים נגד שרון בבלגיה, זה היה לפני פסיקת הICJ – שאין חסינות, ואז ניתנה הפסיקה של הICJ לגבי בלגיה בסכסוך בינה לבין קונגו – היא לא ביטלה את התביעה אלא הקפיאה אותה מתוך רעיון לחכות ליום ששרון יסיים את תפקידו, אלא ששרון קיבל אירוע מוחי, אך הבלגים מאוד קפדנים ולכן גם כשהיה צמח הם לא סגרו את התביעה, הם השאירו הכל פתוח עד למותו.
3. החסינות לא חלה על הליכים בפני טריבונאליים בינלאומיים. כשהיה הליך בהקשר זה כנגד ראש ממשלת מאלי, בסוף נסגר שהוא יועמד לדין בבי"ד בינלאומי.

קיימות עוד המון חסינויות: חסינויות גורמי או"ם למשל, סוגים שונים מהם. כל חסינות יש לה את הכללים שלה. לא להניח שכל החסינויות מתנהלות אותו דבר.

**המדינה:**

השחקנית הראשית במשב"ל היא המדינה. מאוד משתלם להיות מדינה במשב"ל. יש עקרון שוויון בין המדינות. מבחינה משפטית ככלל (תמיד יש חריגים) דין סן-מרין כדין ארה"ב, דין פאלאו כדין רוסיה. יש עקרון של חופש פעולה; במרבית תחומי המשב"ל הכלל הוא שאלא אם המשב"ל אסר מפורשות פעולה, המדינה רשאית לבצע אותה - נקבע בפס"ד לוטוס. יש תחומים שזה לא חל, אחד מהם זה דיני הלחימה. (בדיני הלחימה חל במקום זה עסקת מרטינס). עקרון נוסף הוא איסור התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה (יש חריגים כמו זכויות אדם) – אסור למדינה אחת להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת – נקבע בפס"ד איי פלמס.

למדינות ולנציגיהם יש סדרה של חסינויות.

איך מגדירים מהי מדינה?

הכללים לזיהוי מדינה נקראים **כללי אמנת מונטווידאו** (כי הם מעוגנים באמנה) אך אלו כללים מנהגיים.

(נגדיר כללים לא ברורים שאף מדינה לא מקיימת אותם ב100%, ולכן יש מצבי אמצע – ויש הרבה שיקולים האם נראה בישות שהיא במצב אמצעי כמדינה או לא).

1. **אוכלוסייה** – אין צורך שהאוכלוסייה תהיה גדולה.
2. **טריטוריה** – לא צריכה להיות רציפה. דוגמא: ארה"ב (בגלל אלסקה), אינדונזיה.

לא צריך שהגבולות יהיו מוסכמים. דוגמאות: ערב הסעודית ותימן, פקיסטן והודו שרק שנה שעברה חתמו על הסכם שביטל 500 מובלעות הדדיות.

1. **שלטון** – לישות שמכריזה שהיא מדינה צריכה להיות יכולת להפעיל מרות על השטח ועל האוכלוסייה. יחד עם זאת, בעת מועד ההכרזה לא נדרשת יכולת מוחלטת של הפעלת מרות, לא על האוכלוסייה ולא על השטח. מדינת ישראל ביום הכרזת המדינה לא שלטה על 60% מהשטח בשנה הראשונה.

לליטא לקח שנה שלמה עד שתייחסו אליה, כי הרוסים שלטו ב40% מהשטח, לעומת קרואטיה ובוסניה שקיבלו ריבונות למרות שהכל שם היה בבלאגן.

1. **עצמאות**; יכולת לקיים יחסי חוץ עצמאיים – גם פה כדי שתהיה עצמאות צריך ששום גורם לא ישלוט בניהול היחסים שלה, אבל זה בסדר אם יש גורם שמאוד משפיע. לכן איי קוק היא חברה עצמאית בביה"ד בהאג. (קו מאוד דק).

כיוון שכל כלל יכול להתקיים באופן חלקי, יהיו הרבה ישויות בעולם שלא תהיה וודאות מוחלטת, אי אפשר באופן אובייקטיבי להכניס את כל נתוניהם למחשב שיגיד שהם מדינה, לכן מעכשיו נדבר על נתונים שונים שמשפיעים לכאן ולכאן על ההחלטה.

הראשון שנדבר עליו יותר מסובך כי יש לו השלכות גדולות: הכרה.

**הכרה** – היה וויכוח ישן במשב"ל האם הכרה של מדינות אחרות במדינה היא דרישה קונסטיטוטיבית- בלעדיה לא קיימת מדינה, או היא אלמנט דקלרטיבי –מדינות נתקלות ומזהות מדינה. העמדה המקובלת כיום היא הגישה הדקלרטיבית – באופן פורמאלי, הכרה, אין לה השפעה על השאלה האובייקטיבית האם מתקיימים כללי מונטווידאו או לא; האם קיימת מדינה או לא. איזו מדינה אימצה עמדה זו? ישראל: מתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית.. (והוספנו גם שמכח ההחלטה). יחד עם זאת, צריך להיות ריאליים. בעולם המציאות, השונה מהעולם המשפטי היבש, ברור שמצב בו ישות מכריזה על עצמה כמדינה ואפס מדינות מכירות בה, היא לא באמת חיה כמדינה, בשונה מישות שכל מדינות העולם מכירות בה. הבעיה היא מה קורה עם מדינות ש91 מדינות בעולם מכירות בהן, לא כולם, או 10 מדינות מכירה בהן ואחת היא מעצמה. ז"א, ברמה הפורמאלית היבשה של ההכרה לא משחקת משחק, זה רק דקלרטיבית. מעשית – להכרה יש משמעות. ככל שיש הכרה יותר רחבה, ברמה הפרקטית תהיה נטייה להיות סלחניים בדבר מידת ההתקיימות הנדרשת של כללי מונטווידאו. בנוסף, ברמה הפרקטית, ביחסים בין המדינות, בין הישות שהכריזה על עצמה כמדינה לבין המדינות שהכירו בה כמדינה, יש להכרה משמעות גדולה: 1. זה מייצר פתח ליחסים דיפלומטיים בין המדינות. בהנחה שהרוב הנדרש באותו ארגון בינ"ל של המדינות מכיר בהכרה של מדינה, זה פותח פתח לישות זו להתקבל לארגון הזה כמדינה (פלשתינאים להאג). 2. להכרה עשויים להיות השלכות על הפרשנות שמדינה מכירה נותנת למצב בשטח. קוסובו הייתה ישות אוטונומית בסרביה ולא STATE בפני עצמה. בשלב מסוים קוסובו מכריזה עצמאות. בצפון קוסובו יש רוב סרבי. סרביה מעבירה צבא לצפון קוסובו. אם אני מכירה בקוסובו, מבחינתי יש כיבוש סרבי בצפון קוסובו. אם אני לא מכירה בקוסובו, אז בסה"כ צבא סרביה נמצא בשטח מסוים בסרביה. להכרה או אי הכרה יש השלכות לגבי נקודת המבט של המדינה המכירה לגבי מהו המצב בשטח.

יש 3 מקרים בהם גם אם הישות תנהג כפי שצריך ותקיים במלואם את כל 4 תנאי מונטווידאו, היא לא תוכר כמדינה (משפט מנהגי):

1. הקמת המדינה נעשתה תוך מעשי רצח עם או טיהור אתני רחבים.
2. הקמת המדינה נעשתה תוך כיבוש לא חוקי של שטח (לא כל כיבוש הוא לא חוקי – [הכלל הזה נכתב על צפון קפריסין]). (כיבוש מוגדר כריבונות זמנית שנוצרת כשיש שליטה אפקטיבית בשטח).
3. מדינות החסות שיצר ממשל האפרטהייד (בכינוי הלא רשמי לכך: בנטוסטנים – הוא הכינוי הלא-רשמי שניתן לכל אחת מעשר [מדינות החסות](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%AA_%D7%97%D7%A1%D7%95%D7%AA) שיצר ממשל ה[אפרטהייד](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%94%D7%99%D7%99%D7%93) ב[דרום אפריקה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%93%D7%A8%D7%95%D7%9D_%D7%90%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%A7%D7%94) עבור ה[ילידים](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%93%D7%99%D7%9D) ה[שחורים](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%97%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D) בחלקים משטחה של המדינה). במילים אחרות, על דרום אפריקה מתלוננים שהיא יוצרת משטר של אפרטהייד – זה בעצם דיקטטורה של המיעוט. איך נפתור את זה? נרכז את השחורים, נגדר את זה, ונכיר בהם כמדינה עצמאית).

אחרי שמדינה קיימת, גם אם מתפרק השלטון שלה, יש כאוס מוחלט, היא לא מפסיקה להיות מדינה. אבדן יכולת מרות לא מאבדת את המדינה. לבנון בשנות ה80, סודן בשנות ה90, סוריה היום.

אלמנט נוסף שמשפיע – **עקרון ההגדרה העצמית** – אלמנט זה מתנגש עם אלמנט אחר שנקרא **עקרון השלמות הטריטוריאלית** והיא נגזרת של העקרון הזה שנקרא **עקרון שמירת הגבולות – עקרון האוטו פוסידטיס**.

כללי מונטווידאו הם קבועים ויש עוד 3 משתנים: **עקרון זכות ההכרה העצמית**, **עקרון השלמות הטריטוריאלית** ונגזרתו היא **עקרון שמירת הגבולות – אוטו פוסידטיס.**

נתחיל עם מקרה בו אין סתירה בין העקרונות.

יש לנו טריטוריה שאין ריבון חוקי קודם. ישות בטריטוריה, מכריזים שהם מדינה. העובדה שמדובר בקבוצה אתנית ולכן קיום המדינה ישרת את עקרון ההגדרה העצמית – עובדת לטובתם. פחות נחמיר עם התקיימות כללי מונטווידאו. למשל: מזרח טימור. כשפורטוגל נסוגה ממזרח טימור, אינדונזיה השכנה שולחת את צבאה פנימה ומשתלטת על מזרח טימור. כמה שנים לאחר מכן, השלטון באינדונזיה מתערער ומאפשר למזרח טימורים להרים ראש ולנהל מלחמת שחרור לאומית. כשהם מכריזים עצמאות מכירים בהם כמדינה גם כאשר עדיין לא מתקיימים תנאי מונטווידאו במלואם.

**עקרון ההגדרה העצמית**, ברמה הדקלרטיבית הוא עקרון חשוב במשב"ל, גם יוס קוגנס וגם הרגה הונס, יחד עם זאת ברור שלא ניתן לתת לכל קבוצה אתנית מדינה כי זה לא יעבוד. יש כ7000 קבוצות אתניות בעולם. דבר נוסף – קבוצות אתניות הן מעורבבות אחת עם השנייה מבחינה טריטוריאלית ולכן זה לא ריאלי לנסות לשרטט גבולות באופן בו יהיה זהות בין מדינה וקבוצה אתנית. לכן, למרות שבסיטואציה ה"נקיה" – בעיקר בקולוניות – שאז אין ריבון חוקי קודם על השטח, בסיטואציה כזו ברור שעקרון ההגדרה העצמית מקבל במה רצינית. שליט על קולוניאליסטים נסוג, אין ריסון קודם על השטח, ולכן ברור שעקרון ההגדרה העצמית יקבל במה רצינית.

סיטואציה מעט יותר מורכבת – סיטואציה בה פחות ניתן משקל להגדרה העצמית, מדינה פדראלית מתפרקת לSTATES שלה. ברהמ"צ למשל, יוגוסלביה. במקרה זה כל אחת מהישויות של הסטייטים כנראה תכריז עצמאות – נבדוק אותה לפי כללי מונטווידאו, משחק לנו בשקט ברקע עקרון נוסף והוא עקרון האוטופוסידטיס – מה שיקבע את גבולות המדינה זה עקרון שימור הגבולות; לא משרטטים את הגבולות לפי הקבוצות האתניות אלא פותחים מפה של איך שורטטו הסטייטים במדינה הפדראלית וזו תהיה המפה, לא משנה שזה שם חלקים שונים מקבוצות אתניות שונות בחלקים שונים. אם לא נקבע את עקרון שמירת הגבולות אנו פותחים פתח למלחמות אדירות (גם דבקות בעקרון שמירת הדינים פותחת פתח, אם יש אי הסכמה בין הרוב למיעוט, כאשר הרוב מוצא עצמו בסטייט עם המיעוט). יותר דם יישפך אם לא נבדוק בעקרון שמירת הגבולות.

בעניין הקולוניאליסטי – מה קבע את גבולות מזרח טימור? לא איפה נגמר הגבול בין אינדונזים לטימורים אלא קווי הגבול של השלטון הקולוניאליסטי הקודם.

מבחינה נקייה זה מסביר למה הקרואטים קיבלו עצמאות כשיוגוסלביה התפרקה, וקוסובו לא – כי היא הייתה רק שטח אוטונומי בתוך סרביה.

מה קורה במדינה שהיא לא פדרטיבית שרוצה להיפרד? או במקרה בו בתוך מדינה פדרטיבית יש שטח מסוים שרוצה עצמאות, או במדינה פדרטיבית שלא מתפרקת, פתאום סטייט רוצה להיפרד? בכל המקרים הללו עקרון השלמות הטריטוריאלית ונגזרתו – שמירת הדינים – הם ישחקו את הקלף המנצח. ככלל – לא נכיר בישויות אלו. יחד עם זאת יש לזה חריגים. בהקשר זה יש 2 גישות: 1. גישת הICJ 2. גישת ביהמ"ש העליון הקנדי.

**גישת ביהמ"ש העליון הקנדי** – 1996 – קנדה מורכבת כמו מסטייטים שמרביתם אנגלופוניות – הרוב מהם זה צאצאים מהגרים ממדינות דוברות אנגלית. יחד עם זאת יש סטייט אחד – קוויבק, בה נבחרת בבחירות המקומיות מפלגה ששואפת לעצמאות קוויבק. הם עושים משאל עם עמום מספיק כדי שממש תהיה נגד עצמאות כדי להגיד שלא. משאל העם נופל ברוב של 50.6% מול 49.4%. בקנדה יש פרוצדורה שבה הממשלה הקנדית יכולה לפנות לעליון ולבקש ממנו לפרש את החוק. לא צריך שאזרח יעתור לבג"ץ, הממשלה יכולה לפנות לעליון לבקש ממנו לפרש את החוק. הממשלה הפדראלית רצה, כשלמזלה הציבור מקוויבק החליט שלא להתפצל, ושואלת את ביהמ"ש העליון הקנדי, עפ"י איזה תנאים סטייט יכולה להיפרד טריטורית (הם רצו לסנדל את הציבור הקוויבקי מלנסות פעם נוספת לעשות זאת). בא העליון הקנדי ואומר שלאור **עקרון השלמות הטריטוריאלית**, יש רק 2 סיטואציות בהן מיעוט יכול להיפרד מרוב: 1. רצח עם נגד האנושות – מצב בו למיעוט אין אפשרות בתוך המדינה הקיימת לממש את זכויות האדם היסודיות שלו – נניח אין לו זכות הצבעה. 2. סיטואציה שנייה זה שיש הסכמה גם בכל תושבי האזור שמכריז עצמאות – ייעשה בד"כ במשאל עם, וגם הסכמה של תושבי כל הסטייט הקיים – שזה יכול להיעשות בדרך של משאל עם (אפילו משאל עם כפול) – לכל האזרחים פתק אחד, ולאלו בשטח המסוים – 2 פתקים. צריך רוב בשניהם; או באמצעות הדרך השנייה שהיא (זה המקרה הסקוטי) שזה יעבור בהחלטת ממשלה או פרלמנט (בבחירות המקומיות בסקוטלנד עלתה מפלגה שדרשה לעצמאותה, ולדיוויד קמרון הייתה אסטרטגיה מנצחת לפיה את השאלות השנויות במחלוקת אמר שיעביר במשאל עם – הוא חתם הסכם עם השלטון המקומי של סקוטלנד בו הועבר בפרלמנט הבריטי החלטה שקובעת שהיה והסקוטים יחליטו על עצמאות, בריטניה תיתן להם לפרוש, ונעשה משאל עם שנכשל ברוב של 54% / 56%.

**גישת הICJ בהקשר של קוסובו** – "שיטת המצליח" (ציין שקרא לכך כך בכדי שנזכור, אך שלא נשתמש בכינוי "גישת מצליח" בבחינה). קוסובו כאמור היא לא סטייט נפרד ביוגוסלביה, ולכן בהתפרקות יוגוסלביה הם לא מקבלים עצמאות. הקוסוברים הם מוסלמים עם אוריינטציה אלבנית. בסרביה היה שליט לא נחמד. קוסובו – יש סיבה למה התעקשו לא לתת להם עצמאות – כל האתרים הקדושים של ההיסטוריה הסרבית נמצאים בחבל קוסובו. השליט מתחיל להתעלל באלבנים במטרה ליצור טיהור אתני של חבל קוסובו מהקוסוברים. מתוך הבנה שרואים לאן זה הולך כי ראו מה ניסה לעשות בקרואטיה, נאט"ו נכנס פנימה ומשתלט על האזור – יש רוב קוסובו, ומאפשר לקוסוברים לנהל סוג של שלטון עצמאי. נחתם הסכם בין הסרבים לאלבנים שמקבל עיגון בהחלטת מועצת ביטחון, שתוך 5 שנים הם יגיעו להסכמה לגבי מעמד קוסובו (לא נאמר לגבי עצמאות קוסובו). כעבור 5 שנים ויותר, הקוסוברים מכריזים עצמאות, וכ91 מדינות מכירות בה כמדינה עצמאית, למעט יוגוסלביה ורוסיה. סרביה מגישה תביעה כנגד המדינות שהכירו בקוסובו – הן המדינות מתוך נאט"ו שיש את ההצהרה שכל מדינה בעולם יכולה לתבוע אותן בICJ על שהפרו את המשב"ל בהכרה בקוסובו. הפרתם את החלטת מועצת הביטחון שמשתמע ממנה שמעמד קוסובו ייקבע בהסכמה של הסרבים, ועקרון השלמות הטריטוריאלית. לגבי החלטת מועצת הביטחון הICJ מבטל את הטענה ואומר שעברו 5 שנים, לא היה נראה שזה פתיר, וככל שעובר זמן, במיוחד אם יש תחושה של חוסר תו"ל (מהסרבים) לא מדובר פה בהפרה. לגבי עקרון השלמות הטריטוריאלית הוא מסתכל מנקודת מבט של קוסוברים ונותן טיעון פורמאליסטי: כל עוד הם לא מדינה, הם לא מחויבים לשמור על עקרון השלמות הטריטוריאלית – טענה של משב"ל קלאסי – שמשב"ל פונה רק למדינות. ברגע שהם לקחו חלק טריטורי, הם אומרים שאכן אין כללים לדרך בה נולדו מדינות, כל מדינה נולדת בדרך שלה וזו שיטת מצליח – אם המיעוט מקיים תנאים והכריז – אובייקטיבית מתקיימים תנאים וזה בסדר שיכירו בה.

דרך המלך של הICJ הייתה יכולה להיות שהייתה פה סיטואציה של טיהור אתני, אך זה היה מעליב יותר את הסרבים. כי הם מכחישים.

**אין הכרעה בין 2 הגישות.**

**שיעור 17 – 18.01.17:**

איך מזהים מדינה?

בשלב הראשון מחפשים את 4 תנאי מונטווידאו:

1. אוכלוסיה
2. טריטוריה
3. שלטון – שזה היכולת להפעיל מרות על האוכלוסייה הנמצאת בטריטוריה
4. עצמאות – היכולת לנהל קשרי חוץ

אף אחד מהתנאים האלה הוא לא תנאי שזה 1-0, כלומר הוא לא תנאי שיש או אין, אלא יש הרבה מאוד מצבי ביניים. כל אזרחי איי קוק הם אוטומטית אזרחי ניו-זילנד. בוותיקן, לפחות פורמאלית, לא נולדים ילדים. לגבי טריטוריה – עשויה להיות טריטוריה שנויה במחלוקת, שהגבולות שלה לא ברורים, לגבי שלטון אמרנו שהרבה מאוד מדינות ביום שהן מכריזות שהן מדינה, בפועל הן לא שולטות על כל האוכלוסייה ו/או בכל השטח. אמרנו לגבי עצמאות שיש מדינות שיחסי החוץ שלהן הם מושפעים ע"י מדינות אחרות. איי קוק מול ניו-זילנד זו דוגמא מאוד חזקה, כי ההסכם ביניהן הוא שמרבית יחסי החוץ של איי קוק מנוהלים ע"י ניו-זילנד. במצב הזה יש נתונים נוספים שמשפיעים על ההחלטה שלנו – אם יצור שיש לו תכונות חלקיות כאלו, או מממש באופן חלקי את כל אחד מכללי מונטווידאו האם יש סיכוי שנכיר בו או לא. גם אם ישות מצטיינת ומיישמת את כל הכללים היא לא תוכר כמדינה בהינתן שמצטרף אחד מהנתונים הבאים:

1. **הקמתה בוצעה ע"י רצח עם, פשעים נגד האנושות, טיהור אתני.**

מצד שני יש שיקולים שמגדילים את הסיכויים שנכיר בישות כמדינה:

1. הכרה של מדינות אחרות. העמדה המקובלת היא שההכרה היא דקלרטיבית, והיא מגדילה את הסיכוי שנכיר בישות שלא מקיימת את כל הכללים כמדינה.
2. עקרון ההגדרה העצמית – עקרון זה יגדיל את הסיכוי שנכיר בישות כמדינה במיוחד בסיטואציה שהוא לא מתנגש עם עקרון השלמות הטריטוריאלית ו/או העיקרון הקשור אליו של עקרון שמירת הגבולות. כמו למשל:
3. טריטוריה שאין לה ריבון חוקי קיים.
4. מדינה פדרטיבית שמתפרקת.
5. אמרנו מה קורה כאשר זה לא המצב; המדינה לא מתפרקת, או אם היא מתפרקת מדובר בגוף שלא היה לו state משלו בתוך המדינה המתפרקת – בסיטואציה זו, גם אם מדובר בהכרזה שמממשת זכות להגדרה עצמית, הרי שהנטייה לא תהיה להכיר ביישות (עקרון שמירת הגבולות, השלמות הטריטוריאלית ולמנוע מלחמות בעולם). יחד עם זאת יש 2 גישות לגבי מתי נכיר:
6. **הגישה הקנדית** שאומרת שיהיו 2 נסיבות עיקריות בהן נכיר:
7. מצב בו קבוצה שמכריזה עצמאות אינה זוכה לממש את זכויות האדם היסודיות שלה בתוך המסגרת הקיימת.
8. משאל עם כפול – גם בקרב החלק המכריז עצמאות, וגם בקרב האוכלוסייה בה כל הישות קיימת. ההסכמה של כל הישות הקיימת יכולה להיעשות או באמצעות משאל עם או באמצעות החלטת השלטון הקיים. לדוגמא: סקוטלנד.
9. **גישת ה ICJ בפס"ד שעסק בקוסובו** (גישת המצליח) – מיעוט יכול לנסות, אם הוא יצליח – מעולה, עקרון השלמות הטריטוריאלית ושמירת הגבולות אלו עקרונות שמדינות מחויבות אליהם. בפסה"ד של הICJ היו 2 החלטות נוספות חשובות. בנוגע לקוסובו הייתה החלטת מועצת בטחון שקבעה מכח פרק 7 שהסטאטוס של קוסובו ייקבע עד לתאריך שנקבע בהחלטה – מספר שנים ממתי שניתנה ההחלטה, בהסכמתה של סרביה – כלומר, סרביה צריכה להסכים לסטאטוס. המו"מ מגיע לדרך ללא מוצא. הסרבים טענו 2 טענות: מכיוון שהכרזת העצמאות נעשתה תוך הפרה של החלטת מועצת הביטחון, הרי שזה כמו המקרים של כיבוש תוך הפרה של הסכמות בינ"ל או מדינה שמטרתה ליישם אפרטהייד וכו' – הכרזת עצמאות תוך הפרה של נורמה יסודית במשב"ל, הICJ שולל טענה זו מ-3 סיבות:
10. כל עוד הם לא מדינה, קוסובו לא מחויבת להחלטה – שזו עמדה שלא כולם מסכימים איתה, יש עמדה שאומרת שגם בני אדם וגופים שהם לא מדינות גם מחויבים להחלטות מועצת הביטחון.
11. הרשימה של הנורמות הבינ"ל שהפרתם מונעת הכרה במדינה היא צרה (הכוונה שהרשימה צרה) – כלומר זה לא כל נורמה של המשב"ל, אלא רק הנורמות שדיברנו עליהן קודם. כלומר ההפרה לא מונעת הכרזת עצמאות.
12. התאריך הספציפי שנקבע שעד אליו צריך להגיע להסכמה – הוא לא קדוש. מו"מ לפעמים מתעכב, אך ככל שהזמן עובר מהמועד שנקבע בהחלטה, כך ההסתמכות עליה כמונעת הכרזת עצמאות – קטנה. הזמן בו לא נתייחס להחלטה יתקצר יותר אם יוכח שהצד השני נוהג בחוסר תו"ל – שהוא משתמש בתאריך הזה כניסיון למנוע לנצח הכרזה של מדינה.

**הפלשתינאים:**

ב1988, קצת אחרי פרוץ האינתיפאדה, מכריז אש"ף על מדינת פלסטין העצמאית בשטחי איו"ש. מספר מדינות ערביות ואחרות – מקבלות את ההחלטה הזו ומכירות בה. האם במצב זה קמה מדינה פלשתינאית? אף אחד מהתנאים לא מתקיים, לכן ההחלטה ב88 היא יפה, אך מדינה לא נולדה אז. מה שמעניין אותנו זו ההחלטה מ2011 שאז הרשות הפלשתינאית מכריזה עצמאות – מהיום היא לא עוד רשות, אלא מדינת פלסטין. נבחן: **אוכלוסיה** – יש. **טריטוריה** – יש (הם לא שולטים בכל השטח שדורשים לו, אך בחלקו), נכון ל15 למאי 1948 – מדינת ישראל שלטה בפחות מ40% מהשטח שעליו היא טענה שהמדינה הריבונית של ישראל קיימת. **שלטון אפקטיבי** – יש חלקית – עזה זה בעיה, לכן חמאס ופת"ח מנסים להגיע לכדי הסכמה על ממשלת אחדות כי הם יודעים שזו נקודת חולשה שלהם פוליטית ומשפטית, לכן הם רוצים לתקן את זה. יש גם שיקולים סותרים כי אף אחד לא רוצה לוותר על הכסא שלו. זה לא שערב קום המדינה אנחנו היינו במצב הרבה יותר טוב, ולא רק אנחנו, כך גם באסטוניה, בוסניה (ששלטו ב40% משטחן), סודן, תימן – יש אזורים שהשלטון המרכזי לא מצליח לשלוט עליהם גם שנים אחרי. **יחסי חוץ** – יש, היום הם חתומים על הרבה מאוד אמנות, מדינה משקיפה באו"ם וחברה בICC, הם חתומים באמנות האג וג'נבה.

אנחנו במצב בו תנאי מונטווידאו לא מתמלאים באופן מלא, ולא חסרים באופן מלא. אם ננסה להיות אובייקטיבים – זה לא מצב שמסעיר אותנו נורא, גם ישראל הייתה במצב כזה. אנחנו לא מתרגשים כ"כ מזה, זה מביא אותנו לאזור הדמדומים שהמצב מורכב.

שיקולים לכאן ולכאן האם יש **זכות להגדרה עצמית**? הטיעון שאין עם פלשתינאי הוא טיעון מאוד חלש מ-2 סיבות:

1. אבן הבוחן לפי המשב"ל הוא איך הישות רואה עצמה, איך חברי הקבוצה רואים עצמם – והם אכן רואים עצמם כקבוצה לאומית.
2. גם מדינת ישראל הכירה בכך שהפלשתינאים זכאים להכרה עצמית – הם קבוצה לאומית.

אם כן יש לנו מימוש של עקרון ההגדרה העצמית. מה לגבי **הריבון על השטח**? הריבון האחרון מת – המנדט הבריטי. קיימת הטענה, שמופיעה בדו"ח אדמונד לוי, שבאה ואומרת שהריבון החוקי על השטחים הוא ישראל. למה? כי ייעודו של המנדט היה להקים בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל. האם זה טיעון משכנע? לא, הוא חלש. מדוע?

1. הטיעון החלש יותר – כתב המנדט אמר הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל – לא על כל ישראל, לפי טענה מסוימת. בנוסף, הטיעון החזק יותר – מה הבסיס החוקי לכתב המנדט? סעיף באמנת חבר הלאומים שמדבר על כך שיש להקים מנדטים מהסוג כמו שהוקם על ארץ ישראל לצורך מימוש זכות ההגדרה העצמית של העמים שהשתחררו מעול האימפריה העותומאנית. ז"א – הפלשתינאים יכולים לטעון ששילוב של שני הדברים האלה – שגם להם יש קיום. המלל על כתב המנדט הוא טיעון חלש מסיבה פרקטית – שזו היסטוריה עתיקה. אבל יש סיבה משפטית נוספת חזקה יותר למה הטיעון הזה חלש:
2. מדינת ישראל לא הסתמכה על הטיעון הזה שניתן לבנות ללא כל בעיה כטיעון לבעלות על הקרקע הזו מכח כתב המנדט, היא מעולם לא טענה שכתב המנדט הוא בסיס מספיק חזק לאפשר לו לבדו לטעון ריבונות על השטח. מנין?

מגילת העצמאות אומרת שמדינת ישראל תשתף פעולה עם אנשי האומות המאוחדות על מנת ליישם את ההחלטה מכ"ט בנובמבר 1947 ותפעל על מנת ליישם את האחדות הכלכלית על כל ארץ ישראל – בהחלטת החלוקה נקבע שלמדינה היהודית והערבית יהיה אותו מטבע. 2 משפטים אלה יחד מראים שישראל הניחה שיהיה פה עוד מישהו. נבוא ונטען את טיעונו של אבא אבן: אבל הערבים לא קיבלו את הצעת החלוקה ולכן היא בטלה. אלא ש:

 1. ב67 ישראל לא סיפחה את השטחים – 50 שנה היא לא הרגישה שזה טיעון (כתב המנדט) מספיק חזק להסתמך עליו. היא מכריזה על שטח כבוש.

2. **החלטה 242** – אחרי 67, מייד לאחר תום המלחמה, מעבירה מועצת הביטחון את החלטה 242 – הקובעת את העיקרון: **שטחים תמורת שלום**. היא מתלה בין 2 דברים: על ישראל לסוג משטחים (כך היה כתוב אנגלית) מהשטחים (כך היה כתוב בצרפתית) שנכבשו ב67. לפי האנגלית היא לא צריכה לסגת מהכל אולי, לפי הצרפתית זה כן לסגת מהכל. הצד השני של המשוואה – מדינת ישראל צריכה לעשות זאת כאשר יהיה שלום בטוח/שלום בין ישראל למדינות ערב (חתימה על הסכמי שלום בין ישראל למדינות ערב). ההחלטה הזו היא מכח פרק 6. אלא שמדינת ישראל בסוף שנות ה-70, ולאחר מכן שוב בוועידת מדריד, ולאחר מכן בהסכמי אוסלו, הכירה בהחלטה 242 כבסיס למו"מ. למה למדינת ישראל לא הייתה בעיה לעשות את זה? מכיוון שהיא טענה שמה שמחייב זה הנוסח האנגלי ולא הצרפתי. זה מוביל אותנו לעמדה האמיתית של מדינת ישראל: שיש לה טענה שהיא יכולה להעלות על השטח ומעמד השטח ייקבע במו"מ. בנוסף, כשהיא הכירה בהחלטה 242 היא בעצם וויתרה על לדרוש את כל השטח. לסיבה שזו העמדה של מדינת ישראל יש 2 סיבות מאוד חזקות: **א.** אם היא הייתה טוענת לעמדה יותר חזקה – לספח את כל השטחים, הקהילה הבינ"ל לא הייתה מקבלת אותה. מדינת ישראל רצתה לשכך את הביקורת הבינ"ל, כי פעמיים קודם כאשר ניסתה לקחת יותר אמרו לה לחזור בה – במבצע חורב במלחמת השחרור ופעם שנייה במבצע קדש. **ב.** ביהודה, שומרון וחבל עזה יש פלשתינאים – מדינת ישראל לא רצתה לספח אותם ולהעניק להם אזרחות. הטיעון המקסימאלי שישראל יכולה להעלות הוא טיעון לבעלות לחלק מהשטח. עד כאן נראה שמצבה המשפטי של מדינת ישראל הוא על הפנים.

(לרגע נעורר תקווה ולאחר מכן נמחוץ אותה) – נכון לשנת 2000 למדינת ישראל היו 2 קלפים חזקים, שמחזקים את הטענה שלמדינת ישראל יש טענה על **חלק** מהשטח:

1. הסכמי הפסקת האש מ-49. להסכמי הפסקת האש יש גם שם אחר: קווי 67/הקו הירוק – אלו אותם קווים, הגבול שהיה קיים מ49 עד 67. בהסכמי הפסקת האש מסכימים הצדדים לניסוח הבא: אין באמור בקווים אלה כדי להביע עמדה בדבר הגבולות הסופיים של הגורמים הרלוונטיים (מדינת ישראל).
2. בהסכמי אוסלו הוסכם על הסכם ביניים שמקים את הרשות ונקבע שעד 5 שנים לכל המאוחר לאחר מועד החתימה על הסכם הביניים, ייחתם הסכם קבע ובהסכם הקבע ידונו הצדדים בסוגיות של גבולות ירושלים, התיישבויות ועוד. גבולות ירושלים והתיישבות זה בעצם "מהם גבולות המדינה". כלומר, הטיעון החזק ששיחק לישראל היה שכל פעם שהצדדים באו לדבר הם הסכימו שאלו לא הגבולות. הפלשתינאים מבינים (הבינו נכון לסוף שנות ה90 ותחילת שנות ה2000) שזו חולשה שלהם. הפלשתינאים מאז שהתפוצץ המו"מ עם ישראל עשו רשימה של כל נקודות החולשה שלהם (כי בויכוח משפטי לכל צד יש נקודות חוזק ונקודות חולשה), וב16 שנה שעברו הם עשו "ציד נבלות" – מקבלים רשימה של פריטים מוזרים לאסוף וצריך לאסוף לפני הקבוצה האחרת – של הנקודות של הטיעון המשפטי שלהם. אחד אחרי השני הם עובדים על לחזק כל אחד מהם. זה הסיפור האמיתי של חוות הדעת של הICJ בנוגע לגדר ההפרדה. (תיאורטית אין מעמד לחוו"ד של הICJ, אך בפועל בקביעת קביעות מתייחסים לחוו"ד מאוד ברצינות. מה הם משיגים בהחלטה זו? דבר ראשון הICJ אומר שלפלשתינאים יש זכות להכרה עצמית). דבר נוסף – הICJ אומר שקו הייחוס הרלוונטי לקביעת תחומי השטח הכבוש הוא קווי הפסקת האש של 49 – הידועים בתור קווי 67/הקו הירוק. זה מחזק את הטיעון שלהם לטענה על כל יהודה ושומרון.

 לא בכך נגמר הסיפור. מאז הם עשו כמה וכמה צעדים נוספים. צעד אחד שהם עשו ממש לאחרונה, שקשור ספציפית לעניין הטריטוריה, (נחזור בהמשך לצעדים מוקדמים יותר): ההחלטה שעברה עכשיו במועצת הביטחון – לאחר שעברה, עברה אנחת רווחה גדולה בציבור הישראלי שזו סה"כ החלטה מפרק 6 ולא 7 ולכן לא מחייבת, אלא שההחלטה הזו אומרת שהקו הקובע לעניין המו"מ בין הישראלים והפלשתינאים הוא קו 67 וכל שינוי מקו זה יכול להיעשות רק בהתאמות קטנות, ומי שצריך להסכים להתאמות אלו זה 2 הצדדים – גם הפלשתינאים. אם יש ויכוח פרשני על החלטת מועצת הביטחון, וזמן מה אחר כך אותו גוף מחליט החלטה אחרת בה הוא מסביר למה הוא התכוון – האם אני עדיין יכול לטעון את הטיעון שלי בוויכוח הפרשני הקודם?! המשמעות האמיתית של ההחלטה מלפני מספר שבועות היא שהטיעון הישראלי שנסמך על הנוסח באנגלית של נסיגה מהשטחים, **נחלש עד מאוד**. בהסכמי אוסלו היה לנו עוד קלף מנצח: 1. הכלל אמר שלפלשתינאים אסור לקיים יחסי חוץ – מה שאומר שהם לא יכולים להיות מדינה. 2. כלל שאמר ששאלת הגבולות והריבונות תיקבע בהסכם קבע בין הצדדים. הקלף של יחסי חוץ הוא חלש כי מונטווידאו בודקת קיום יחסי חוץ בפועל – זה שהם קיימו יחסי חוץ בהפרת התחייבות – הICJ קבע שזה לא מונע הקמת מדינה (כמו קוסובו), הקלף השני – הICJ נתן דד-ליין להסכם קבע של 5 שנים – עד סוף 99. ככל שהזמן עובר מ99 היכולת של מדינת ישראל להסתמך על הסכמי אוסלו קטנה. במו"מ שג'ון קרי ניהל היה הסכם בו 2 הצדדים קיבלו משהו – אנחנו נתנו לפלשתינאים שחרור אסירים והם התחייבו לא לפנות למוסדות בינ"ל – או"ם, ICJ. שחרור האסירים היה בפעימות ובפעימה האחרונה של האסירים מדינת ישראל לא שחררה את האסירים, מאחורי הגב, אנשי משרד החוץ האמריקאי הדליפו שהם סבורים שנתניהו הוא לא בסדר. ההבנה המקובלת הייתה שהתן וקח – שחרור האסירים זה הצד בעסקה, ובמדינת ישראל זה הוצג שלא קיבלנו שום דבר (דבר לא נכון, ומעבר לזה מאז אנו מסובכים עם ביה"ד בהאג), הטענה שלנו הייתה שלא הבינו אותנו ולא התכוונו. היה מדובר באסירים מלפני אוסלו. הטענה הייתה שהיה ויכוח לגבי זהות האסירים – האמריקאים הבינו שמדובר באסירים מסוימים, אנחנו הבנו שמדובר באחרים, ואז זה התפוצץ. לא הצלחנו לייצר מצב בו היה ברור שאנו לא אשמים בהתפוצצות. הייתה הסכמה די גדולה, מבוססת, לכך שיש אחריות לפחות משמעותית למדינת ישראל. הפלשתינאים הצליחו לחזק עצמם יותר; הם מכריזים על עצמם כמדינה, כעת הם רוצים הכרה. הכרה לכאורה היא רק דקלרטיבית, בפועל יש לה משמעות מאוד גדולה והיא בטוח מחזקת את הטיעון. הם מנסים פעם אחת ופונים למועצת הביטחון כדי להתקבל כחברה באו"ם, בעקבות הפניה שלהם מוקמת וועדה, האמריקאים תוקעים אותה, כעבור מספר חודשים הוועדה מחזירה מנדט למועצת הביטחון שעקב חילוקי דעות הם לא מצליחים להגיע להמלצה. אולם למי יש סמכות להכיר במדינה משקיפה באו"ם? לעצרת הכללית. הם פונים בבקשה להיות מוכרים כמדינה משקיפה. מה שחשוב להם זה המילה **מדינה**. ברוב של 138 מדינות בהאג, 9 מתנגדות ו41 נמנעות, מכירה העצרת הכללית בפלשתינאים כמדינה. נגיד שלהחלטה של העצרת הכללית אין משמעות ואינה מחייבת. מה שמעניין אותנו זה שהיו 149 מדינות ששגרירן אמר שהן רואות בדבר הזה מדינה. יתרה מכך – מלבד העובדה שבאופן כללי מה שחשוב לנו זה שבעצם מסתתר מאחורי זה זה הכרה של מדינות, 138 מדינות הכירו בנפרד בהם במדינה. יש מדינה אחת בעולם שניסתה להיתלות באופן יותר יצירתי בהחלטה של עצרת האו"ם. מי? – אנחנו. הכרזת העצמאות אומרת: מתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת **העצרת הכללית** של האו"ם. מדינת ישראל בטיעון שלה פעמיים עשתה משהו יותר יצירתי מהפלשתינאים, כי ההחלטה לגביהם ניתנה בדיעבד, אנחנו הסתמכנו על העצרת עוד לפני שהכריזה על עצמה כמדינה, וכן אנו מתייחסים לזה כממש בסיס משפטי - "ועל יסוד".

המרצה חושב שסיכויי הטיעון שלנו חלשים.

**שיעור 18 – 19.01.17:**

התחיל את השיעור בהקדמה עקב השיעור הקודם:

המרצה ציין שהוא לא שמאל ולא ימין אלא פסימי. אדם שמחזיק בעמדות שמאל צריך להכיר בשתי עובדות חיים – שגם עם הרצון הטוב של ישראל יש צד שני שאין לו רצון טוב. דבר שני, יש סיכוי משמעותי שגם אם יהיה הסכם, זמן קצר לאחר חתימת ההסכם הוא יקרוס ותהיה מלחמה וכאוס. אדם שמחזיק בעמדות ימניות צריך להיות מודע לזה שקיים סיכוי סביר, שבשלב מסויים שהמצב שקיים כיום שבו סף האלימות יחסית נמוך לא ישרוד לנצח, ובשלב מסויים זה יתפוצץ. בין אם אחרי שאבו מאזן ימות, ובין אם אולי לפני זה. ואז מה שיקרה זה הרבה מלחמה ושפיכות דמים. גם אם אתה מחזיק בעמדת שמאל וגם אם אתה מחזיק בעמדת ימין אתה צריך לקחת בחשבון שדבקות בעמדה שלך יש לה השלכות קשות. לכן האופציה העומדת בפני הישראלי הממוצע היא בחירה בין דבר לכולרה.

כשהוא הגדיר לנו אמנה – הסכם שהצדדים היו מעוניינים להחיל עליו את המשב"ל, אז שאלו מתי מדינות יכולות לחתום על הסכם ולא להתכוון להחיל את המשב"ל? – הוא לא ענה על כך אז, אבל עכשיו יש לו דוגמא למצב כזה – ההסכם בין המעצמות לאיראן. ההסכם הזה נקרא תוכנית פעולה. אמרנו שהכותרת לא משנה, אלא משנה כוונת הצדדים, משנה נוסח ההסכם ואז כוונת הצדדים אם לא מצליחים להסכים על הנוסח. אם נסתכל על המסמך, מלבד הכותרת זה נראה אמנה ועוד אמנה מאוד מפורטת של 156 עמ'. יחד עם זאת, היא לא נחתמה, האם זה משנה שהצדדים לא חתמו עליה? – תלוי מה המשמעות, כי אמנות יכולות להיות גם בע"פ, לכאורה זה לא אמור לשנות, מצד שני זה והאינדיקציה של הכותרת יכולים אולי להסביר לנו על התוכן של האמנה. האמריקאים מסיבות פוליטיות פנימיות הכריזו שזה לא אמנה, אלא הסכם פוליטי ובאותה נשימה הכריזו שהם מחוייבים לפעול בהתאם למה שקבוע שם. הם יכולים לטעון שהם רואים עצמם כמחוייבים פוליטית ואז זו לא אמנה, וניתן לטעון שזו אמנה כי זה נראה כמו אמנה, ואז הם יהיו מחוייבים לזה. זה מקרה מורכב ולא ברור, אשר אפשר לטעון לכאן ולכאן, וזה ממחיש את הסוגיה הזו.

ביחס בין דיני אמנות למנהגים – מה גובר על מה, אמרנו שברמה העקרונית אין היררכיה ברורה בין אמנה למנהג. החלטות מועצת הביטחון היא חיה מיוחדת שבמקרים רבים תגבר ולא ניכנס לזה כעת כי כבר דנו בזה. משפט מנהגי מסוג יוס קוגנס גם בד"כ יגבר. בין יוס קוגנס להחלטת המועצה אמרנו שהיחסים שנויים במחלוקת לגבי מי גובר. השאלה תהיה שאלה של ספציפי מול כללי ומוקדם מול מאוחר.

הסוגיה הספציפית היא האם אמנות יכולות לייצר מנהג?

 עמדה אחת שהיא מאוד לא מקובלת היום, אבל יש עדיין כמה שמצדדים בה (מדי פעם אמריקאים טוענים אותה) היא שאמנות לא יכולות לייצר מנהג, כי ברגע שמדינה חותמת על אמנה לא יכול יותר להתקיים Opinion Juris שמקיים מנהג. למה מדינה מקיימת את הנורמה?- הטיעון אומר שמדינה מקיימת את הנורמה כי היא מחוייבת לכלל שאמנות צריך לכבד, ולא רק לנורמה הספציפית שקבועה במנהג.

עמדה אחרת, אומרת שאמנות כן יכולות לייצר מנהג, בשתי נסיבות מרכזיות:

1. נניח יש לנו תחום שמוסדר בהמון אמנות מולטילטראליות, למשל דיני הסגרה (בד"כ אין אמנות מולטרטראליות של דיני הסגרה, כי ישראל נגיד חותמת עם שוויץ, בד"כ זה בין שתי מדינות), אז מצטברות המון אמנות. אם נשווה את האמנות הללו אז יהיו סעיפים שונה, אבל בכמעט בכל האמנות הללו חוזר אותו הסדר שוב ושוב, זא"מ שבכל האמנות חוזר הסדר כלשהו פעמים רבות. העמדה המקובלת אומרת שבשלב מסויים, מאחר שיש הרבה אמנות כאלה והמדינות פועלות על פיהן, הנורמה שחוזרת בכל האמנות תיהפך להיות מנהג.
2. מקרה שני, שהוא יותר שנוי במחלוקת, אבל העמדה הרווחת היום שהוא כן יכול לייצר מנהג. זה שיש לנו אמנה מולטילטרארלית שרוב גדול מבין מדינות העולם חתום עליה והן גם מיישמות את זה, במקרה הזה כעבור זמן הנורמות של האמנה הזאתי ייחשבו מנהגיות. אם נשאל כמה זמן?- אז ברור שזה לא מדע מדויק, וזה תלוי תוך כמה זמן מתגבשת העובדה שכמות אדירה של מדינות חתומות על אמנה מולטילטראלית. למשל אמנת ז'נבה שכל המדינות המוכרות בעולם חתומות עליה.

יש 96 מדינות חברות באו"ם ו96 מדינות שנויות במחלוקת. 2 מדינות לא חברות באו"ם – ותיקן ואיי קוק.

מנהג שהופך לאמנה – אמנה דקלרטיבית.

**יישוב סכסוכים בדרכי שלום:**

כלל יסוד של המשב"ל הנוכחי שקיים לפחות מאז הקמת האו"ם אומר שאסור למדינות לנסות לפתור סכסוכים ביניהן באמצעות שימוש בכח. מתי המקרה היחיד שמותר לעשות שימוש בכח?- בהגנה עצמית. אפריורית, כנראה יהיה צד אחד לפחות שיפר את הכלל הבינלאומי בסכסוך. אבל, במרבית המקרים, אפילו בהקשר הישראלי, ובטוח בהקשר העולמי, העיקרון הזה מקויים, ויש סכסוכים שנפתרים בדרכי שלום. אם העקרון של המשב"ל אומר שמדינות צריכות לפתור סכסוך בדרכי שלום, צריך להגדיר מה זה סכסוך, וכמובן שנשאף להגדיר מה זה סכסוך בצורה כמה שיותר רחבה, בכדי לצמצם את השימוש בכח. הגדרה לסכסוך – היא כל מחלוקת בין הצדדים והיא יכולה להיות עובדתית, משפטית או פוליטית. ס' 33 לחוקת האו"ם מפרט רשימה לא סגורה של מנגנונים ליישוב סכסוכים, ואנחנו נפרט את חלק מהמנגנונים האלה ומנגנונים נוספים. צריך להבין שבגדול שמנגנוני יישוב של המשב"ל מחולקים לשני סוגים:

1. מנגנונים דיפלומטיים באופיים
2. מנגנונים שיפוטיים באופיים

ההבדל הוא שמנגנונים דיפלומטיים כל עוד הצדדים לא אימצו את המסקנות של הגורם שעוסק ביישוב הסכסוך התוצאה של התהליך, המסקנות של התהליך לא מחייבות. לעומת זאת, מנגנון שיפוטי, התוצאות שלו והמסקנות שלו מחייבות את הצדדים מבחינה משפטית. דוגמאות: סכסוך בין שתי מדינות, מגיע נציג ממדינה שלישית ומתווך ביניהן, הוא אומר להם שהפתרון לדעתו X, האם זה הופך את X לדבר המחייב?- לא. בעוד שאם שתי מדינות שיש ביניהן סכסוך והן פונות ל-ICJ, מה שהוא קובע מחייב אותן.

רשימה של מנגנונים דיפלומטיים נפוצים:

* דוגמא אחת למנגנון דיפלומטי זו מחאה **דיפלומטית/נזיפה דיפלומטית** – מזמינים את השגריר של המדינה השנייה לשיחת נזיפה, ובמקרה היותר חמור קוראים לשגריר שלך לחזור מאותה מדינה איתה אתה בסכסוך לשבועיים להתייעצות .
* כלי שני שהא כלי דיפלומטי, הוא **צעדי נגד**, אני מדינה X שנוקטת בצעדי נגד בכדי שמדינה Y תחדול מפעולות ההפרה.
* כלי שלישי זה **מו"מ**, הצדדים נפגשים ומנהלים מו"מ.
* כלי מנגנון נוסף הוא **תיווך** – ג'ררד קושנר הוא המתווך החדש של האמריקאים בסכסוך הישראלי – פלשתינאי.
* **וועדת חקירה** – אם יש סוגיה עובדתית (לכאורה זה צריך לעסוק רק בסוגיות עובדתיות, בפועל יעסקו גם בשאלות משפטיות), כלומר, אם יש שתי מדינות שחלוקות על עובדות מקרה הן יכולות לזמן וועדת חקירה – למשל, וועדת פאלמר שכללה את ראש ממשלת ניו-זילנד (פרופ' למשב"ל), נציג ישראלי (יוסף צ'חנובר) ונציג תורכי. הייתה וועדת חקירה שהייתה אמורה לבדוק מה היה בסיפור המרמרה. היו החלטות משפטיות, התורכים לא היו מרוצים מהחלטות הוועדה, אז הן הדליפו ובגלל ההדלפה הם החליטו שהם לא מקיימים את הדו"ח, והם האשימו את ישראל בהדלפה. לוועדת פלאמור היו קביעות משפטיות, אבל בעיקר היה לה חלק מכריע בהרגעת הסכסוך והבאת שני הצדדים להסכם.
* יש **מנגנונים אזוריים ליישוב סכסוכים** – האיחוד האירופי, ארגון מדינות אפריקה, נאט"ו והליגה הערבית.
* ויש לנו את האו"ם – החלטה מכח פרק 7 זה כבר מנגנון שיפוטי, אבל החלטה מכוח פרק 6 היא רק עצה ולכם היא מנגנון דיפלומטי. יש כל מיני וועדות של האו"ם. יש את מזכ"ל האו"ם, שהוא גם המתווך בסכסוך בקפריסין. בשנת 1220 ומשהו (המרצה לא זכר את השנה המדויקת) הבריטים מוציאים צו לאפיפיור שמאשר את טענתם שהאיריים ברברים ולכן לבריטים יש סמכות לכבוש את אירלנד ולתרבת אותה.
* **פישור** – conciliation, אדם שיושב עם הצדדים ולא רק מתווך ומעביר הצעה מצד לצד, אלא מציע לצדדים פתרון. הפישור אינו מחייב, וזאת בשונה משיפוטי.

מנגנונים שיפוטיים מרכזיים:

* דומה לפישור מלבד העובדה שמה שהוא אומר מחייב את הצדדים – **בוררות** – ממנים אדם או קבוצת אנשים. למשל: כשאריתריאה מכריזה על עצמאות מאתיופיה פורצת ביניהן מלחמה, ובתום המלחמה מוקמת וועדת בוררות, ובמשך 10 שנים, פעם בכמה זמן הוציא המנגנון הזה עוד החלטה לגבי נושא אחר שהצדדים היו מסוכסכים לגביו.
* **טריבונאלים** – היום במשב"ל יש עשרות אם לא מאות, הרבה טריבונאלים בינלאומיים שונים. אמנה מקימה טריבונל ליישוב סכסוכים כלשהם (לדיני הים מכוח אמנת הים, אזורי כמו הInter American Commission of Human Rights) יש טריבונאלים אד-הוקיים. הוא מוקם מסיבה כלשהי. של האיחוד האירופי, של מנגנון אפסייד?– אמנת מסגרת מולטילטרלית רזה שמאפשרת למדינות באמנות בילטלטרליות להכניס סכסוכים לטריבונל הזה, הוא מגן על משקיעים ממדינה מסויימת שמשקיעים במדינה אחרת. למשל: כש- Nobel Energy הבינו שהם הולכים להסתכסך עם המדינה הם הקימו חברת בת והעבירו אליה את כל מה שהיה קשור לליוותין איקסיד ואז במקום שזה יוכרע ע"י בתי המשפט בישראל זה מוכרע ע"י הטריבונאל של איקסיד שיש לו נטייה להכריע לטובת המשקיעים. חברת הבת היא ישות משפטית שהיא חברה פורטוגלית וכל העסקה מול ישראל פעלה דרכה.

מבין הטריבונאלים, ה-ICJ הוא נפרד, כי הוא מיוחד ביחס לשאר ב-4 דברים:

1. הוא לא נושאי ולא אזורי. כל סכסוך שנוגע לכל סוגיה במשב"ל יכול להגיע אליו מכל אזור מכל מדינה בעולם. (זה כולל 1+2 כך שיש 4 דברים ולא 3 לפי המספור)
2. Reputation – הוא בית הדין הנחשב ביותר מבין כל בתי הדין הבינלאומיים.
3. אלמנט ייחודי נוסף זה נוגע לדרך שבה מגיעים אליו. איך מגיעים לבי"ד אחר שהוא לא ה-ICJ יש מקרים שבם מגיעים להסכמה אד-הוק של המדינות להקים בי"ד או לפנות לבי"ד בגלל נק' ספציפית. דרכים להגיע לכל בי"ד: שתי מדינות או יותר חותמות על אמנה שקובעות שהסכסוך הספציפי בינינו אנחנו נכריע בפני בי"ד. אופציה שנייה היא שנחתמת אמנה מולטילטראלית שקובעת שהסכסוכים נוגעים לאמנה יתנהלו בבי"ד מסויים, למשל האמנה האירופית בדבר זכויות אדם, האמנה בדבר דיני הים שמקימה את הטריבונאל בדבר דיני היום, ה-WTO.

שני המנגנונים האלה קיימים גם בהקשר של ה-ICJ, למשל בין שתי מדינות חתומה האמנה בדבר יחסי ידידות ושלום שקובעת שעל מנת לשמר יחסים אלו, כל סכסוך בין הצדדים אם אחד מהצדים רואה לנכון יכול להיות מוכרע ע"י ה-ICJ. אם אחד הצדדים לאמנה בדבר יחסי ידידות ושלום רואה לנכון לפנות לICJ שני הצדדים הללו הם ארה"ב ואיראן, וזה נחתם לפני המהפכה.

יש גם מקרים של הסכמי אד הוק, שבו שתי מדינות מסתכסכות ואומרות שאת המקרה הספציפי הזה ה-ICJ יפתור בשבילנו.

יש גם אמנות מולטירטראליות, למשל האמנה בדבר איסור ביצוע רצח עם, שידועה בשם אמנת ג'נוסייד, אשר קובעת שכל סכסוך בין מדינות בנוגע להסדרים הקבועים באמנה, מספיק שמדינה אחת מפנה את זה ל-ICJ. זה היה בסיס לפסה"ד בין בוסניה לבין סרביה.

ל-ICJ בנוסף לדרכים הללו יש דרך מיוחדת להגיע אליו, מדינות יכולות להפקיד ב-ICJ הצהרה לפיה כל מדינה שרוצה אם היא חושבת שיש ביני לבינה סכסוך שתפנה ל-ICJ. למשל, כיום 70 מדינות בעולם (שליש מהמדינות) הפקידו הצהרה כזאתי. יש מדינות שאכן משכו את ההצהרה, אחת מהן היא ארה"ב – כאשר הוקם מחדש ה-ICJ עם הקמת האו"ם היא הייתה מהדוחפות הגדולות ביותר של ה-ICJ ולכן היא אחת המדינות הראשונות שמפקידה הצהרה כזאת. יחד עם זאת, עם הזמן היא לא מרוצה מזה שיש בי"'ד מעצבן כזה שמסתובב לה בין הרגליים ומדי פעם אומר לה שהיא הפרה את המשב"ל, והקש ששובר לה את גב הגמל מבחינתה זה פס"ד ניקרגואה, ארה"ב ממנת מימון מורדים, ניקרגואה מגישה נגדה תביעה ב-ICJ וביה"ד קובע שארה"ב הפרה את המשב"ל בכך שמימנה את המרד ותמכה בארגון. זה מעצבן את האמריקאים והם לא רק מבטלים את ההצהרה החד צדדית שלהם, אלא הם גם מבטלים את ההצטרפות שלהם מכל אמנה שהם היו בה חברים שקבעה שסכסוך בנוגע לאמנה הזו מגיע ל-ICJ, מלבד 3 חריגים של אמנות: 1. אמנות שפוליטית יהיה פדיחה אם הם ימשכו, למשל אמנת הג'נוסייד. 2. אמנות שפוליטית יש לארה"ב אינטרס לשמר, למשל האמנה בדבר יחסי הידידות והשלום בינה לבין איראן, כי זה מייצר מנגנון התקשרות. אותה סיבה שיש לנו מנגנון בוררות עם קצ"א, אנחנו יודעים שנפסיד בסכסוך, אבל אנחנו לא רוצים לפתור את זה כדי שמידי פעם יהיה לנו צינור לדבר או לריב איתם. היה צינור נפט, קיבלנו נפט, ולפני שהספקנו לשלם פרצה המהפכה, קשה להגיד שיש מצב שאנחנו לא חייבים כסף על הנפט הזה. 3. אמנה בדבר יחסים קונסולריים, לדעת המרצה בעקבות כמה פסיקות של ה-ICJ הוא חושב שהם משכו את עצמם גם מזה לפני שנתיים.

כאשר ארה"ב מכריזה שהיא מושכת את ההכרזה החד צדדית שלה, גם ישראל מושכת את ההכרזה שלה. בקום המדינה ישראל היא אחת התומכות הגדולות של ה-ICJ, בין השאר בגלל שה-ICJ היה גוף בגלגול הקודם שתמך בהקמת המדינה, והכיר בנו כסמי מדינה. בשנות ה-50, יש סרטון קצר על המקרה במודל, מדינת ישראל מגישה תביעה ב-ICJ כנגד בולגריה, כי הם שיגרו טיל ופוצצו מטוס אל על, וישראל מפסידה בתיק, ומאוד לא מרוצה מזה. בשנות ה-80 ישראל מתחילה לחשוש שלאחר הסכם השלום עם מצרים היא עלולה לתבוע אותנו ב-ICJ כי היא מכירה בנו, בעוד ששאר מדינות ערב לא מכירות בנו. אותו דבר עשינו עם הICC, חתמנו ולא אשררנו וכשארה"ב משכה את חתימתה יצאנו גם אנחנו.

האלמנט הייחודי הנוסף שיש ל-ICJ זה אותו מנגנון הצהרה, שיש 70 מדינות שחתומות עליו. למה המדינות הללו יעשו את זה לעצמן, איזה אינטרס יש למדינות ללכת להליך שיפוטי? – בדיפלומטיה זה בסוף נפתר ומוכרע ע"י יחסי כח ואינטרסים; בסכסוך בד"כ תהיה מדינה חזקה מהשאר, אז למה שהמדינה הזאתי תרצה הליך שיפוטי ולא דיפלומטי? – יש עכשיו סכסוך לגבי שטחים גדולים בין סין לכמה מדינות באוקיינוס הפסיפיק על מינרלים נדירים באזור שצריך אותם למכשירים שהם נמצאים עמוק בתוך קרקעית הים. הסינים עושים הכל בכדי למנוע מהסכסוך הזה להגיע להליכים שיפוטיים. "שיוכרע על סמך יחסי הידידות בין המדינות באזור האוקיינוס הפאסיפיק", הם מפנים את זה לטריבונאל בדבר דיני הים וסין לא מגיעה על אף שיש לטריבונאל סמכות לדון בכך. מדינה חזקה, יודעת את הכח שלה ודואגת לא להגיע להליך שיפוטי.

לפעמים בין מדינות יש יחסים נמשכים, ואתה לא רוצה שסכסוך נקודתי יגרום להתפוצצות של כל מערכת היחסים. מלחמות כבר פרצו כמעט בגלל חזיר של צד אחד שאוכל סלק של צד שני.

למה מדינות קובעות מנגנון קבוע, לפעמים הן יודעות שיש המון אינטראקציה בעניין מסוים ולמרות הפסדים וניצחונות היחסים משתנים, אבל בכללי (למשל באיחוד האירופי היה סכסוך על פחם ועופרות ברזל) זה יוצא מאוזן פחות או יותר. בנוסף, יש מדינות שכתרבות זה חלק מהאתוס שלהן לפתור סכסוכים בדרכי שלום ומנגנון שיפוטי עושה זאת טוב כי הוא מסנדל אותם, הוא מונע מהם להסתמך על אינטרסים הפוליטיים הרגילים. כשהבנקאים האיסלנדיים עשו בעיות למשקיעים האנגלים לפני שנים זה היה נגמר במלחמה, היום זה נגמר בפס"ד שהאיסלנדיים הפסיקו כיוון שהפסידו בפסה"ד.

בנוסף, יש סכסוכים שבהם שני הצדדים מאמינים שהם ינצחו. זו חוויה שנחווה גם עם לקוחות פרטיים . יש גם נושאים שלא נעים שלא לחתום עליהם, כמו למשל אמנת הג'נוסייד. לפעמים מדינות חותמות כי הן לא חושבות עד הסוף על התוצאה. מדינות מונהגות על ידי בני אדם שהם לא מושלמים.

סיכום על ה-ICJ:

קודם כל פורמאלית ה-ICJ מוקם יחד עם האו"ם (שקם ב-1945). בפועל, מה שקורה לו באותו זמן זה שמשנים לו את השם. לפני הוא היה קרוי ה-PCIJ, והוא היה מסונף לאמנת חבר הלאומים, אבל בגלל שחבר הלאומים בוטל צריך ליצור אמנה חדשה. אפילו הוא מוקם לפני חבר הלאומים ואז היה לו שם אחר, אך לא נכנס לזה. הוא קיים מסוף המאה ה-19 בערך. הוא רשאי לדון רק בסכסוכים בין מדינות, זא"מ שאזרח לא יכול לתבוע מדינה ב- ICJ, אלא רק סכסוכים בין מדינות, וזאת בניגוד לביה"ד האירופי שאזרח יכול לתבוע מדינה ולהיפך. ICJ רשאי לדון רק בסכסוכים בין מדינות. הוא ביה"ד הנחשב והמוערך ביותר. ניתן להגיע אליו בדרכים שאמרנו – הסכמה אד הוק, אמנה מולטילרטרלית או בילטלטרלית בנושא מסויים.

בהרכב השופטים יש שופטים ממדינות ששלחו את ההצהרה הזאתי, אם אין לך את ההצהרה הזאתי אז אין לה שופט קבוע ב-ICJ; וזה מהווה עוד אינטרס להפקיד את ההצהרה, אחרת לא תהיה למדינה שופט קבוע. מה קורה למדינות שהן לא שלחו את ההצהרה הזאתי? – למשל, אם יש סכסוך בין מדינות שלא הצהירו (או שסתם אין להן שופט קבוע, כי הרי אין 70 שופטים) היא רשאית למנות שופט אד הוק שמצטרף לספסל השופטים.

מדינת ישראל בסכסוך היחידי שהיא הייתה בו היא שלחה את השופט אויטין (פרופ' למשב"ל), והוא כתב דעת מיעוט מאוד יפה. מבחינה פורמאלית, אין תקדים מחייב במשב"ל, ופסה"ד של ה-ICJ מחייב רק מדינות שהיו צד לסכסוך, יחד עם זאת בגלל מעמדו הוא מחייב. העצרת הכללית ומועצת הביטחון של האו"ם יכולות לפנות אליו ולבקש חוות דעת משפטית כזאת או אחרת, וחוות דעת כזו לא מחייבת בכלל, יחד עם זאת בגלל מעמדו מאוד מעריכים את חוות הדעות האלה, לדוגמא: חוות דעת בדבר חוקיות גדר ההפרדה וחוות הדעת מ-96' בנוגע לחוקיות הנשק הגרעיני, שה-ICJ קבע ששימוש בנשק גרעיני הוא חוקי, וזה כמעט אף פעם לא קורה, למעט שני מקרים: 1. מקומות שאין בהם אזרחים, 2. כאשר זו שאלה של שרידות המדינה.

יש עוד הרבה מאוד טריבונלים בעולם!

**שיעור 19 – 25.01.17:**

**דיני מלחמה:**

**דיני הפתיחה במלחמה:**

בשיעור זה ובשיעור הבא נעסוק בדינים שהשם המדויק ביותר שלהם הוא בלטינית *יוס אד בלום* (**JAB**) - **דיני הפתיחה במלחמה**. לאחר מכן נעסוק בקצרה (אם בכלל) בדינים שמסדירים את **ההתנהלות במהלך המלחמה** – כאשר המונח הוא *יוס אין בלו* (**JIB**).

*דיני לחימה* – זה מונח שחלק מהאנשים משתמשים כאשר רוצים להשתמש לJAB ולJIB ביחד. רוב האנשים כאשר אומרים דיני לחימה הם מתכוונים לJIB – הכללים של איך לנהל את המלחמה עצמה.

דיני מלחמה – מונח זה עוד יותר מבלבל, חלק מהאנשים משתמשים בו כדי להגיד JAB, חלק משתמשים בו כדי להגיד JIB, וחלק מהאנשים משתמשים בו כדי להגיד את שניהם ביחד.

משב"ל הומניטארי – מרבית האנשים שמשתמשים במונח זה מתכוונים להגיד JIB, יחד עם זאת לעיתיים נמצא מקורות שמתכוונים בעצם להגיד JAB וJIB ביחד.

*דיני עימות מזוין* – כנ"ל.

מי שאומר משב"ל הומניטארי הוא איש צלב אדום וכו', ומי שאומר עימות מזוין הוא כנראה איש צבא.

ל**JAB** נשתמש במונח **דיני הפתיחה במלחמה** – מתי מותר להשתמש בכח (כח זה מונח יותר רחב מלפתוח במלחמה – נראה בהמשך), עוסק בתנאים תחתיהם מותר להשתמש בכח, ל**JIB** נשתמש במונח **דיני לחימה** – עוסק בכללים שחלים מהרגע שנפתחה מלחמה – עימות מזוין.

כאשר אנו נתקלים באחד המונחים האלה במקור, השאלה הראשונה שעלינו לשאול את עצמנו היא למה הוא מתכוון כשהוא אומר את המונח.

למה יש את הדיכוטומיה הזו? מהסיבה שבJAB אין הנחה של שוויון בין הצדדים, בעוד שבJIB יש הנחה של שוויון בין הצדדים. הסבר: בהקשר של JAB הכלל הפשוט ביותר הוא שככלל אסור לך להשתמש בכח. מתי מותר להשתמש בכח? כהגנה עצמית. אין לנו הנחה של שוויון – יש תוקפן ויש מתגונן. לעומת זאת, בJIB ככלל יש הנחה של שוויון – הכללים חלים במידה שווה (בהפשטה) על שני הצדדים הלוחמים.

הסיבה לאבחנה זו, לפי האגדה המקובלת, היא שבעבר זה לא היה מצב של הפרדה בין הJAB לJIB. מה זה אומר? שאם אני סבור שהצד השני הוא לא צודק, ז"א, הוא פתח במלחמה לא צודקת, אני רשאי לא ליישם את הJIB כלפיו; אני יכול להילחם מלחמה בלי כללים. לפי האגדה המקובלת זה היה החוק בעבר. מה קורה ברגע שזה החוק? כל צד חושב שהוא צודק וכל המלחמות מתנהלות בלי כללים, בלי JIB, לכן האגדה המקובלת אומרת שאי שם במאה ה-17 החליטו לעשות את אותה הפרדה. ההיסטוריה האמיתית הרבה יותר מורכבת, אך נסתפק באגדה.

**JAB** – האגדה אומרת שמאמצע המאה ה-17 המוקד היה על הJIB. זא"מ, הניחו שלריבונים יש שק"ד מוחלט לפתוח במלחמה מתי שהם רוצים (זו אגדה והמציאות הרבה יותר מורכבת), אך כן הקפידו על הכללים בזמן המלחמה, מבחינת הפתיחה במלחמה ההנחה היא שזה שק"ד של הריבון. אמרו שמהיום הJIB חל על שני הצדדים במידה שווה, לא אכפת לנו מי צודק ומי לא (הJAB), אנחנו מתמקדים באיך אתם מנהלים את המלחמה. לפי האגדה, רווחת העמדה שכל מדינה יש לה שק"ד מוחלט לפתוח במלחמה מתי שהיא רוצה, ברגע שהיא פתחה במלחמה שני הצדדים מחויבים לJIB.

משפט שמייצג את התקופה הזו הוא המשפט המפורסם של קלאוזביץ' (גנרל בצבא הפרוסי): "*המלחמה היא המשך המו"מ בדרכים אחרות*".

האגדה ממשיכה ואומרת שההתעלמות מהJAB מתפוצצת בפרצוף של כולם במלחמת העולם הראשונה. מלחמת העולם הראשונה היא מלחמה מטומטמת; בגלל ארכי דוכס שיורים בו בבוסניה, כל העולם צולל למלחמה. בעקבות הטראומה של המלחמה הנוראה הזו, לפי האגדה, חוזרים לנסות להסדיר את הJAB בשני שלבים:

1. **אמנת חבר הלאומים** – שמתנהגת אל מדינות כמו אל ילדים קטנים; את מדינה א' סבורה שיש לך עילה לפתוח במלחמה כלפי מדינה ב' – את צריכה לעדכן את חבר הלאומים בנושא ולמדינות חבר הלאומים יש 3 חודשים לנסות לעשות ביניכן "שולם". כלומר – קובע תקופת צינון, התקררות. (בפועל זה לא עזר, מדינות נלחמות אך לא מגדירים את זה כמלחמה).
2. השלב הבא קורה ב1928 כשנחתמת **אמנת קלוג-בריאן** – בהפשטה, האמנה קובעת שפתיחה במלחמה היא פשע בינלאומי.

מלחמת העולם השנייה מפוצצת את האמנה, וכן המלחמה בין איטליה לאתיופיה, מלחמת האזרחים הספרדים. מלחמות אלו הוכיחו שקלוג-בריאן לא עובד. הגרמנים ביטלו את החתימה שלהם על האמנה הזו, (הם לא רוצים להפר אמנה).

לאחר מלחמת העולם השנייה קורים 2 דברים: בשלב הראשון מעמידים לדין את ההנהגה הגרמנית ואת ההנהגה היפנית, בין השאר בגין פשע התוקפנות **כהגדרתו אז**. אמנת קלוג-בריאן קבעה שפתיחה במלחמה היא פשע בינלאומי, אתם פתחתם במלחמה, ולכן זה נחשב פשע בינלאומי. הגרמנים והיפנים טוענים: אבל דאגנו להודיע לכם שאנחנו לא עומדים לקיים את ההבטחה הזו. עונה להם נירנברג לפי האגדה המקובלת: בין 1928 ל1939 הספיק האיסור על פתיחה במלחמה להתגבש לכדי דין מנהגי וזה מה שהפרתם.

לאור זה שזו אגדה מקובלת, הטענה הכי מקובלת שנשמעת ע"י מנצחים היא על זה: על בסיס מה העמדתם אותם לדין על פתיחה במלחמה לא חוקית?! לאגדה הזו אין היגיון. הסיפור הא שהיה מאבק בין 2 גישות כבר 300 שנה - אחת שטענה שמותר לפתוח במלחמה רק בנסיבות מסויימות עם אמנות מיוחדות שאסור להפר, וגישה שנייה שאומרת שאסור לפתוח במלחמה בשום מקרה. הגישה החזקה שניצחה היא הראשונה ולכן יכלו להעמיד את הגרמנים לדין. מה שחשוב זו האמנה המקובלת.

השלב השני, רגע אחרי מלחמת העולם השנייה קורה משהו מציאותי – נחתמת ב1945 חוקת האו"ם. הדין המקובל לגבי מתי מותר לעשות שימוש בכח במרביתו כיום מוסדר בחוקת האו"ם. העמדה המקובלת היא שמה שקבוע בחוקת האו"ם בנושא הוא דין מנהגי.

**האיסורים שחלים על מדינות כיום – JAB:**

(נציין את ההסדר שקבוע באמנת האו"ם בקצרה, ואז נכנס לכל אלמנט).

בגדול, חוקת האו"ם קובעת שאסור לעשות שימוש בכח.

לאיסור הזה היא קובעת 2 חריגים:

1. **מנגנון ההגנה הקולקטיבי** – המשמעות היא שכאשר מועצת הביטחון מורה על שימוש בכח בהחלטה על בסיס פרק 7, משמע החלטה מחייבת, ומשמע החלטה שנועדה להתמודד כנגד איום על השלום, הפרה של השלום או תוקפנות. תוקפנות בהגדרה הכי מופשטת שלה היא פתיחה במלחמה בניגוד לכללים שקובעים מתי מותר לפתוח במלחמה, משמע בניגוד לכללי הJAB.
2. **כאשר השימוש בכח נעשה ע"י מדינה לצורך הגנה עצמית מפני מתקפה חמושה**.

כעת נכנס לפירוט:

ס' 2(4) [לא צריך לזכור את מס' הסעיף] קובע שכל המדינות החברות באו"ם צריכות להימנע משימוש בכח או מאיום בשימוש בכח כנגד העצמאות הטריטוריאלית של מדינה אחרת, כנגד הריבונות של מדינה אחרת או באופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האו"ם. מטרות האו"ם זו רשימה סגורה של מטרות שמופיעה בסעיפים הראשונים של חוקת האו"ם.

כעת נתחיל לנפות דברים לא כל כך חשובים בסעיף הזה; לכאורה הסעיף חל רק על מדינות חברות באו"ם. יחד עם זאת, העמדה המקובלת היא שהוא מנהגי. זאת אומרת גם מדינות שלא חברות באו"ם; הוותיקן ואיי קוק אסור להם לעשות שימוש בכח או איום לשימוש בכח, וגם ישויות שרואות עצמן כמדינה גם אם זה שנוי במחלוקת (קוסובו ויפן), לגבי ישויות שהן לא מדינה – נדבר בהמשך.

עניין שני פחות חשוב – לפי העמדה המקובלת, כל הסיומת של "כנגד ריבונות של מדינה, עצמאות של מדינה או בניגוד למטרות האו"ם", העמדה הרווחת היא שכל זה מלל שניתן להתעלם ממנו, כך שבפועל אסור לאיים בכח ולהשתמש בכח מלבד במקרים שחלים 2 החריגים שדיברנו עליהם – חריגים ספציפיים שמאפשרים שימוש בכח (הגנה עצמית והחלטה של מועצת הביטחון מכח פרק 7 – אלה 2 חריגים שכולם מסכימים לגביהם, למעט חריגים אלה יש עוד חריגים שנויים במחלוקת).

האיסור על שימוש בכח לא רק קבוע בחוקת האו"ם, העמדה המקובלת היא שזה איסור מנהגי שהוא יוס קוגנס.

**מה זה "שימוש בכח"?** העמדה המקובלת היא שככלל מדובר בכח צבאי פיזי (שיגור טיל, ירי), וגם הזזה של חיילים שלך (או טנק, ג'יפ) לטריטוריה של מדינה אחרת, גם אם לא ירית כדור אחד. לגבי מטוסים, אם אני חוצה עם מטוס קרב את המרחב האווירי של מדינה אחרת, כולם מסכימים שזה פגיעה בשלמות הטריטוריאלית של המדינה האחרת, לא כולם מסכימים שזה שימוש בכח. בניקראגוואה הם עשו בומים על-קוליים, וניתן להבין מהניסוח במרומז שזה פגיעה בשלמות הטריטוריאלית ולא שימוש בכח, לעומת זאת, מטוס קרב רוסי חצה גבול בין סוריה לטורקיה, והטורקים הפילו אותו ואמרו שזה שימוש בכח.

יהיו מקרים שאם זה לא שימוש בכח זה יהיה איום בשימוש בכח, (נניח מדינת ישראל עפה בשמי דמשק ועושה בומים על קוליים שגורמים לזכוכיות להתנפץ).

מה לגבי מתקפת סייבר? נניח איזושהי מדינה שיש לה סכר גדול, סכר אסואן, ויום אחד היא עושה מעשה שמעצבן את שר הביטחון של מדינה אחרת – ישראל, ובעקבות כך יחידת 8200 פורצת למחשבי הבקרה של הסכר ומשחררת את המים, מציפה את כל העיר, האם זו מתקפה חמושה? לשם השוואה, נניח מדינת צפון קוריאה לא מרוצה מקומדיה שהולכת כנגד המנהיג שלה ולכן שולחת אנשים לפרוץ לאימיילים של מנהל חברת הסרטים כדי להפיץ אימיילים גזעניים, ונשיא ארה"ב מכריז בעקבות זה שהמעשה של צפון קוריאה הוא הכרזת מלחמה. האם הוא צודק? המקרה של הסכר – התשובה שכן ללא חילוקי דעות – כיוון שיש פה הפעלת כח קינטי, לגבי מרבית המקרים האחרים, העמדה המקובלת היא שזה לא. יש מקרי ביניים עליהם יש חילוקי דעות, העמדה הרווחת היא שזה לא, אך יש מספיק מחנה לא מבוטל שאומר שכן – מתקפות סייבר שמנתקות את חברת החשמל של המדינה, את בתי החולים, מוחקות נתונים פיננסיים של המדינה.

באסטוניה יש בסיסים צבאיים רוסים, יום אחד ממשלת אסטוניה מחליטה לעלות עם בולדוזר על אנדרטה של וטרנים (ותיק מלחמה, חייל משוחרר) של לוחמים ממלחה"ע הראשונה. למחרת כל מערכת המחשוב שלהם קורסת.

הבעיה בסייבר היא שאי אפשר להוכיח שזה המדינה, לכן זה נגמר, זה נושא תיאורטי כי בפועל לא מגיעים להוכחה שזו הייתה מדינה.

בגדול, מלבד שימוש בכח קינטי, העמדה המקובלת היא שכל דבר אחר במתקפת סייבר הוא לא שימוש בכח.

**מה זה "איום בשימוש בכח"**? ישראל באה ואומרת שאם היא תסבור שאיראן עומדת להתקיף אותה היא תתקיף קודם. האם זה איום בשימוש בכח או לא? מה שמעניין אותנו זה איום בשימוש בכח אסור. אם מדינה אומרת שהיא תשתמש בכח בתנאים של הגנה עצמית – מותר לה. כלומר, זה לא הפרה של האיסור על איום בשימוש בכח. מה זה אומר איום בשימוש בכח אסור? ההגדרה לזה ניתנת בחוו"ד של הICJ בנוגע לחוקיות השימוש בנשק גרעיני, והיא אומרת דבר פשוט: אם השימוש בכח אסור, גם האיום על השימוש בכח הזה אסור. מה ההקשר שבו הם אומרים את זה? אומרות המדינות שפונות לICJ בטענה ששימוש בנשק גרעיני הוא תמיד לא חוקי (טענה שלא מתקבלת ע"י הICJ), שלדעתן, בגלל ששימוש בנשק גרעיני הוא תמיד לא חוקי, הרי שעצם ההחזקה של הנשק הגרעיני מהווה איום לא חוקי לשימוש בכח. הICJ לא מסכים עם העמדה ששימוש בכח גרעיני הוא תמיד לא חוקי וקובע 2 תנאים בהם שימוש בנשק גרעיני הוא חוקי:

1. מדובר בפצצות קטנות טקטיות כי תיאורטית אם תשתמש בהם במקום מבודד בו אין אזרחים או כמעט אין אזרחים, הרי שזה יהיה חוקי.
2. בנסיבות קיצוניות בהן השימוש נדרש לצורך שרידותה של המדינה. (לפי הפרוטוקולים משה דיין במלחמת יו"כ דרש להשתמש בנשק יום הדין – שעל פי פרסומים זרים מיוצר בכור הגרעיני בדימונה).

לאור זה קובע הICJ שעצם ההחזקה בנשק גרעיני היא לא איום בשימוש בכח כי תהיינה סיטואציות בהן מדינה תוכל להשתמש בו.

איום לשימוש בכח צריך להיות אמין. אם הוא לא אמין, המאיים לכאורה הרוויח כי הוא לא מפר את האיסור. אם קינג ג'ון אומר שהוא יירט את קליפורניה בטיל בליסטי ויש להם נטייה לא לפגוע זה איום בספק. כדי להפר את האיסור על איום בשימוש בכוח הוא צריך להיות אמין.

מה לגבי אימונים ליד הגבול? יש נטייה למדינות, כאשר המדינה השכנה אליהם מעצבנת אותן, להכריז על אימון כללי לחילות החי"ר צמוד לגבול עם אותה מדינה. בדו"ח של מומחים מטעם האיחוד האירופי שבחן את הסכסוך בין רוסיה לגיאורגיה, הוא קובע שהשאלה היא שאלה של הקשר. מצד אחד יש לנו את הרוסים שדואגים לעשות אימונים צבאיים על הגבול וגם שרים בממשלת רוסיה מתראיינים ואומרים: אנחנו נכנס בגיאורגים. לעומת זאת יש לנו אימונים של נאט"ו יחד עם צבא גיאורגיה שיחד עם האימונים נאט"ו מכריז: אנחנו מתאמנים כדי לשמור על גיאורגיה מפני פלישה זרה היה וכזו תקרה. איזה מבין השניים הוא איום על שימוש בכח? רוסיה – כן, נאט"ו – לא. השאלה היא תלוית הקשר.

יש 2 חריגים מוסכמים על כולם על האיסור לשימוש בכח:

* אם נקרא את חוקת האו"ם, דרך המלך אמורה הייתה להיות מנגנון הביטחון הקולקטיבי. דרך המלך שהאמינו שתקרה זה שמדינה, אם היא חושבת שצריך להשתמש בכח כדי להגן עליה, היא תפנה למועצת הביטחון ומועצת הביטחון תעביר החלטה מכח פרק 7, והיה אמור להיות אפילו כח צבאי של מועצת הביטחון שהמטכ"ל שלו יורכב מהמטכ"לים של 5 המדינות הקבועות של מועצת הביטחון והוא יילחם. בפועל זו לא דרך המלך, זה דרך שמשתמשים בה, ודווקא מה שהיה אמור להיות חריג מאוד נדיר הפך לדרך המלך:
* שימוש בכח בסיטואציות של הגנה עצמית.

לפי פרק 7 יש 2 שלבים (2 השלבים יכולים להיעשות באותה החלטה, פורמאלית זה 2 שלבים):

1. מועצת הביטחון מחליטה שמשהו הוא איום על השלום/הפרה על השלום/תוקפנות.
2. שלב שני – היא יכולה להורות על נקיטת צעדים כוחניים לצורך שימור/החזרת השלום העולמי לרבות הטלת מצור ומבצעים צבאיים ימיים, אוויריים או יבשתיים.

הסעיף מנוסח כך שהוא מניח שמועצת הביטחון יכולה להשתמש באמצעים הכוחניים רק אם היא מיצתה את האמצעים הלא כוחניים – (אמברגו כלכלי הוא לא שימוש בכח). יחד עם זאת, למועצת הביטחון יש שק"ד מוחלט או כמעט מוחלט, ולכן זו לא דרישה לומר שקודם תראה שמיצתה את האמצעים הלא כוחניים.

ההנחה הייתה שיוקם כח צבאי שכפוף לאו"ם שהמטכ"ל – המטה הכללי של אותו כח צבאי יהיה מורכב מהרמטכ"לים של הצבאות של חמשת המדינות החברות הקבועות במועצת הביטחון. בפועל לא הוקם כח כזה, אך מה שכן נעשה זה שמועצת הביטחון מסמיכה קבוצת מדינות (למשל את נאט"ו) או מדינה, או מקימה כח שמירת שלום אד הוק .

לגבי המונח **"כח שמירת שלום"** – כח שמירת שלום יכול להיות מכל מיני סוגים. יכול להיות כח שמירת שלום מכח פרק 7 – מועצת הביטחון מכח פרק 7 מינתה כח שמירת שלום ואז המדינה ששולחים לה את הכח, חייבת לפתוח את הדלת ולקבל את הכח (לשתף פעולה), יש כח שמירת שלום מכח פרק 6 – מקימים כח וממליצים למדינות הרלוונטיות לקבל אותו (יוניפיל), ויש גם כח שמירת שלום שמוקם מכח החלטה של העצרת הכללית שנקראת: מאוחדים למען השלום – וגם הוא כח שזו רק המלצה לפתוח את הדלת ולקבל אותו.

איך מגיעים למצב זה בו יש את כל הסוגים האלה? מוקם האו"ם, רגע לאחר מכן פורצת מלחמת אזרחים בסין ובסופה של המלחמה, ב49' יש 2 ממשלות שטוענות שהן שליטי סין. האחת – שולטת כמעט בכל סין, השנייה – שהיא למען האמת הוותיקה יותר – שולטת באי קטן בשם טייוואן. בטריק יפה, מדינות המערב מצליחות לגרום לכך שמי שתחזיק בכסא של סין במועצת הביטחון זה טייוואן. כאות מחאה, רוסיה מודיעה שהיא מחרימה את דיוני מועצת הביטחון. כתגובה, ארה"ב מעבירה החלטה על כח שמירת שלום למלחמה בקוריאה. ברית המועצות מבינה את טעותה והיא מצליחה לשלוח נציג למועצת הביטחון ושמה ווטו, לכן משנות ה-50 עד שנות ה-90 לא נשלחים כוחות שמירת שלום לשום מקום בעולם. מאז יש מאבק בין הגושים כי גם לארה"ב וגם לרוסיה יש ווטו ולכן לא מגיעים להחלטה. בשנות ה-70 יש הפשרה ביחסים בין ארה"ב לבין סין, ארה"ב מגרשת את טייוואן ושמה את סין, ועד היום טייוואן לא חברה באו"ם. זו דוגמא של כח שמירת שלום מכח ס' 7, משנות ה-50 לא עשו שימוש בכלי הזה.

בשנות ה-90 יש אופטימיות גדולה שהעולם התאחד ביחד ולכן נשלחים כוחות שמירת שלום שונים. כמו כל דבר טוב, ברגע שהוא נהייה טוב יש שמתחילים לנצל אותו. ניצול ראשון, נדבר עליו יותר בשיעור הבא, נעשה בקוסובו. ממשלת סרביה עומדת לטבוח בקו סוברים, נאט"ו לא מחכה להחלטה של מועצת הביטחון, כי הרוסים לא ייתנו ובגלל שמתפתחת דוקטרינה שנקראת התערבות הומניטארית, ברגע שהם מנצחים בקוסובו הם דואגים להעביר רטרואקטיבית החלטת מועצת ביטחון שמלבינה את המעשים שלהם; עכשיו לרוסים לא אכפת והם רוצים לדאוג למצב שנוצר. דבר שני שהם עושים – את המלחמה בעיראק הם מצדיקים בפרשנויות מאוד יצירתיות של החלטות מועצת הביטחון שניתנו לפני מלחמת המפרץ הראשונה שנועדו לייצר שטח איסור טיסה בצפון ודרום עיראק– אפשרו שימוש מצומצם בכח. בעקבות היצירתיות האמריקאית, הגישה הפרשנית זזה חזרה לכיוון השמרני. אם בשנות ה90 העמדה המקובלת הייתה שניתן לפרש באופן מתירני את ההיתרים לשימוש בכח על סמך המנגנון הקולקטיבי, העמדה המקובלת היום כמעט על כולם היא של פרשנות מאוד דווקנית, בגלל זה בין השאר לא שולחים לסוריה, ובלוב למשל ההיתר היה רק על הפגזות מהאוויר.

**שיעור 20 – 26.01.17:**

**האיסור על שימוש בכח – המשך:**

לאיסור על שימוש בכח יש 2 חריגים מוסכמים:

1. מנגנון ההגנה הקולקטיבי.
2. הזכות להגנה עצמית

ב-1945, כאשר ניסחו את חוקת האו"ם, ניסחו אותה תחת ההנחה שהמנגנון הקולקטיבי יהיה דרך המלך וההגנה העצמית תהיה חריג. ההתייחסות הכי אידיאליסטית – יש חובה אם אתה משתמש בזכות להגנה עצמית שלך, לעדכן את מועצת הביטחון – לפחות חלק ממנסחי האמנה דמיינו שמדינה תרוץ למועצת הביטחון, תעדכן שהותקפה, ורק תתגונן בינתיים עד שאותו כח רב לאומי יבוא ויטפל במעשה התוקפנות. זה לא קרה, במשך שנים רבות מועצת הביטחון בכלל די מסונדלת וגם לאחר מכן, באופן כללי, זה לא שהיא עושה שימוש פעמים רבות במנגנון ההגנה הקולקטיבי. דרך המלך המרכזית היא מנגנון ההגנה העצמי. הכלל הוא יחסית פשוט. ס' 51 לחוקת האו"ם (אין צורך לזכור מספרי סעיפים) קובע שאין באמור באיסור לעשות שימוש בכח בחוקת האו"ם כדי לפגוע בזכותה האינהרנטית (הטבעית) של המדינה להגנה עצמית מפני התקפה חמושה.

הגנה עצמית היא לא מפני שימוש בכח, אלא רק מפני התקפה חמושה! זא"מ, בעוד למדינות אסור לעשות שימוש בכח ואפילו לאיים בשימוש בכח, אם מפרים כלפיהם את האיסור הזה זה לא מספיק כדי שהן תוכלנה לעשות עצמן שימוש בכח אלא רק אם עשו כלפיהן שימוש בכח מסוג מסוים שנקרא: התקפה חמושה. (כל התקפה חמושה היא שימוש בכח, אבל לא כל שימוש בכח הוא התקפה חמושה).

דוגמא לשימוש בכח שלא יהיה התקפה חמושה:

אם מדינה למשל תומכת בארגון חמוש, לפי חלק מהעמדות מדובר במעשה של שימוש בכח אבל לא בהתקפה חמושה מצד המדינה (נקבע בפס"ד ניקראגואה).

דוגמאות למתקפה חמושה:

* ירי – שימוש בכח קינטי כלפי הטריטוריה של מדינה אחרת – זו הדוגמא הקלאסית להתקפה חמושה (ירי כדור, טיל, פצצה).
* מקרה נוסף שעליו אין חילוקי דעות – כניסה לטריטוריה של מדינה אחרת עם כח מזוין גם אם לא יריתי אף לא כדור אחד.
* כאשר מדינה אחת מחסלת מנהיג של מדינה אחרת (ראש מדינה).
* כנ"ל אם מתקיפים את השגרירות של מדינה.
* כנ"ל לפי העמדה המקובלת אם מתקיפים ספינה צבאית של המדינה בלב ים.
* במקרה שמחסלים את השגריר – מלחמת לבנון הראשונה התחילה בגלל שניסו לחסל את השגריר ארגוב. נניח את העובדה שמי שניסה לחסל אותו זה ארגון טרור, ונחשוב על מקרה שזה גורם של מדינה. דיני אחריות המדינה קובעים איך משייכים פעולה למדינה. נעזוב את המקרה הספציפי בו אנו משייכים את זה ללבנון. נניח יש מקרה של חייל בצבא מסוים שרואה שגריר של מדינה אחרת ויורה בו. העמדה של מדינת ישראל הייתה שחיסול של שגריר הוא התקפה חמושה. הפרקטיקה של מרבית המדינות האחרות מראה שגם אם לפי דיני אחריות המדינה, מסיבה זו או אחרת, ניתן לשייך את המעשה למדינה, הרי שאלא אם יש קשר יותר חזק (ישב בקבינט של המדינה והחליט לשלוח סוכן לחסל את השגריר), בד"כ מדינות לא רואות בזה התקפה חמושה אלא רואות בזה מעשה פלילי. דיני אחריות מדינה היו מובילים אותנו למסקנה לשייך את זה למדינה, אך הפרקטיקה המקובלת של המדינות היא לא לראות בזה התקפה חמושה מצד המדינה. לכן היו מדינות שטענו שמסיבה זו הפעולה של מדינת ישראל – הכניסה ללבנון, לא הייתה חוקית (הערה שלי: כי זו לא התקפה חמושה). מדינות אחרות טענו שהכניסה ללבנון לא הייתה חוקית מסיבה אחרת – שלא היה צורך – נחיצות בתגובה הישראלית (נדבר על המבחן הזה בהמשך).
* מה קורה כאשר תוקפים אזרחים של מדינה אחת מחוץ לאותה מדינה? נניח צבא אוגנדה מחזיק אזרחים של מספר מדינות ובעיקר של ישראל. האם מדינת ישראל יכולה לשלוח הרקולס – מטוס צבאי, עם כח צבאי כדי לחלץ את אותם אזרחים, ולירות בדרך? זה העברה של כח צבאי לטריטוריה של מדינה אחרת. האם זה חוקי? השאלה שלנו היא האם תקיפה של אזרחים של מדינה – ישראל, ע"י מדינה אחרת – אוגנדה, מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל – מחוץ לישראל נחשבת להתקפה חמושה שמאפשרת למדינת ישראל במקרה זה שימוש בכח? האם זו התקפה חמושה או לא? האם אוגנדה ביצעה התקפה חמושה כנגד מדינת ישראל בזה שהחזיקה בשדה התעופה באוגנדה אזרחים ישראלים? אין תשובה חד משמעית, יש שלל עמדות:
1. עמדה די רווחת (כל עוד לא מזכירים את אנטבה) – זו לא התקפה חמושה. כאשר גורם של מדינה א' פוגע באזרחים של מדינה ב' מחוץ לטריטוריה של מדינה ב', העמדה המקובלת היא שלא מדובר בהתקפה חמושה. למה? הסיבה היא שקשה מאוד לדעת בזמן אמת כמה מגבוה זה הגיע. אנחנו יודעים לשייך את זה לפי כללי אחריות מדינה, אך קשה לדעת אם זה הגיע מגבוה. זה יכול להיות הרבה פעמים חייל ששומר על אזור – אי השלום, ורואה קבוצה של אזרחי מדינה אחרת ויורה בהם על דעת עצמו. בגלל שבמרבית המקרים הניסיון הראה שזה לא מגיע מגבוה, יש חשש שאם יינתן היתר כזה, הרי שיפרצו מלחמות על ימין ועל שמאל, ולפעמים מדינות רוצות מלחמה ומחכות להזדמנות חוקית, והם יקפצו על ההזדמנות.
2. עמדה נגדית – זה כן התקפה חמושה. לכן קמה הזכות להגנה עצמית.
3. עמדה דומה לקודמת – זה חריג שלישי (אמרנו שיש 2 מקובלים לאיסור על שימוש בכח), המשפט המנהגי יצר חריג שלישי של הגנה כנגד התקפות של האזרחים. זו עמדת מיעוט מאוד מאוד קטנה. (היא לא פותרת את הבעיה שעמדת הרוב מפנה אליה).

באנטבה – מוגשת ע"י מספר מדינות טיוטא להחלטה למועצת הביטחון לגנות את מדינת ישראל, וההחלטה לא עוברת – אין החלטה לא לכאן ולא לכאן. מועצת הביטחון שותקת.

**האם מדינה זכאית להפעיל את הזכות להגנה עצמית שלה רק כאשר היא הותקפה התקפה חמושה מצד מדינה אחרת**? נתאר את הסיטואציה: במדינה א' (לבנון) יש ארגון – חיזבאללה, יש לו כח צבאי, הוא פעיל פוליטית, אך הקשר בין ממשלת לבנון לארגון הזה לא מספיק חזק כך שניתן לשייך את מעשי חיזבאללה לממשלת לבנון, והוא מלבנון שולח טילים למדינת ישראל. ישראל רוצה להגיב – לשלוח כח צבאי או להפעיל כח קינטי כלפי הטריטוריה של מדינת לבנון – פעולה של התקפה חמושה. התקפה חמושה היא חוקית רק כהגנה עצמית מפני התקפה חמושה. זא"מ, אנחנו צריכים להכריע האם הפעולה של ארגון חיזבאללה מתירה למדינת ישראל לבצע התקפה חמושה כנגד לבנון. ברגע שהפעלתי כח קינטי כנגד טריטוריה של מדינה אחרת ביצעתי התקפה חמושה, אזרחים לבנונים ימותו, גם תמימים. יש נרטיב מאוד מקובל שאומר שפעם העמדה המקובלת הייתה שזה לא התקפה חמושה – פעולה כזו של ארגון טרור, אלא אם אחד משניים:

* הארגון הזה שולט בטריטוריה (כמו חמאס), ואז אני תוקף את אותה טריטוריה.
* סיטואציה שהקשר בין הארגון לבין המדינה שאני תוקף הוא כל כך חזק שאפשר לשייך לפי דיני אחריות המדינה את מעשה הארגון למדינה.

האגדה המקובלת, היא שכל זה השתנה בעקבות ה11 בספטמבר, שנתגבשה תמיכה לעילה נוספת והיא:

* מותר לתקוף את המדינה אם היא אינה מסוגלת או אינה רוצה להתמודד עם הארגון המזוין שנמצא בשטחה.

עד כאן האגדה המקובלת והיא רוכבת על הסיפור שיש תופעה חדשה ובעקבותיה העולם הבין שהכללים הישנים לא מתאימים.

מה החשש של כל אחת מהעמדות?

***העמדה השמרנית*** (השניים הראשונים, כלומר העמדה שהייתה מקובלת לפני ה-9/11) חוששת מניצול לרעה של היתר רחב יותר. היא חוששת מזה שמדינות ישתמשו בפעולות של ארגונים כאלה כתירוץ לתקוף מדינות שהן לא אוהבות. העילה האמיתית למלחמת העולם הראשונה הייתה מאבק כוחות בין הצי הגרמני לצי הבריטי. ארגון לאומני סרבי מחסל את יורש העצר האוסטרו הונגרי. כעבור חודש מתעוררת אוסטרו הונגריה ומשחררת אולטימאטום לסרביה: אם את לא מטפלת בארגון הטרור הסרבי שמנסה לפרק את האימפריה האוסטרו הונגרית – אם את לא רוצה או לא מסוגלת לטפל בו, אני – אוסטרו הונגריה אפתח במלחמה. גרמניה מייד מודיעה כבעלת בריתה של אוסטרו הונגריה: אם היא פותחת במלחמה, אני מצטרפת. בחודש הזה גרמניה קראה לאוסטרו הונגריה ואמרה: זה תירוץ נהדר, כי הסיפור האמיתי היה מאבק כוחות בין גרמניה לבריטניה. הן לא לקחו בחשבון שבעלות הברית יובילו למלחמת עולם. דוגמא עתיקה יותר – התקפות של שבטים אינדיאנים בגבול של ארה"ב ומקסיקו היו מהעילות שארה"ב השתמשה בהן כדי להשתלט על טריטוריות מסוימות.

לפי היסטוריונים מסוימים, התכנית לתקוף את לבנון הייתה קיימת הרבה זמן לפני ניסיון החיסול של השגריר. ואז השיקול האמיתי היה שרצית להציב נשיא מיוחד ברשות לבנון – וזה היה השיקול האמיתי. מטרה של החלפת שלטון במדינה אחרת זה כבר לא עילה מוצדקת.

***העמדה השנייה***, הרווחת מ11 בספטמבר אומרת שזה טירוף הדעת, בעצם לא מותירים כלים למדינה להתגונן מפני התקפות מסוימות שנעשות נגדה.

האגדה המקובלת אומרת שעד 11 בספטמבר הייתה עמדה שמרנית, ומאז העמדה המרחיבה יותר היא העמדה של המשב"ל. בפועל זה יותר עדין; 2 העמדות נאבקות אחת בשנייה מאז 1945. במרבית התקופה מ- 2011-1945 העמדה הרווחת הייתה העמדה המצמצמת והיום העמדה הרווחת היא העמדה היותר מתירנית. יחד עם זאת, גם בין 2011-1945 היו מדינות שתמכו בעמדה המתירנית יותר – נניח ישראל או ארה"ב במרבית התקופה, וגם היום יש מדינות ומוסדות שתומכים בעמדה המצמצמת, למשל – הICJ בחוות הדעת של הגדר בא ואומר את העמדה השמרנית: המשב"ל הוא שהגנה עצמית ניתן להגיב רק כנגד התקפה חמושה שבוצעה מצד מדינה. הICJ חוטף על הראש על זה. חוות הדעת ניתנת ב2004, לא הרבה אחרי 11 בספטמבר, לכן בפסה"ד הבא בעניין אוגנדה נ' קונגו הוא אומר שהוא משאיר את השאלה הזו בצריך עיון – הוא פותח פתח אולי בעתיד לשנות (הוא רוצה לכופף את הראש ולחכות שהגל שתומך בגישה זו יעבור ולהמשיך בעמדה השמרנית). לאירופאים יש רגישות גדולה לעמדה המרחיבה כי היא נוצלה לרעה באירופה בדרכים שונות.

**במבחן יש לכתוב שהיום העמדה המקובלת היא העמדה המרחיבה, יחד עם זאת יש תמיכה משמעותית לעמדה השמרנית.**

בהנחה שיש התקפה חמושה ומדינה רוצה להפעיל את הזכות שלה להגנה עצמית, המשפט המנהגי (זה לא קבוע בצ'רטר של האו"ם) דורש מהמדינה לעמוד ב-3 דרישות. למבחנים אלה יש 2 שמות: **כללי קרולינה** – ע"ש האירוע שקרה במפלי הניאגרה בעקבותיו נוסח הכלל, או **כללי וובסטר** ע"ש שר החוץ האמריקאי שניסח את הכללים באותו אירוע. הכללים אומרים:

1. **נחיצות** - לא על כל התקפה חמושה נחוץ להגיב בכח. נניח למשל חייל בצבא ירדן תוקף את הטריטוריה הישראלית, משגר מרגמה, ומייד ממשלת ירדן מביעה התנצלות. כלומר – לא תמיד יש צורך אמיתי להגיב להתקפה חמושה בדרך של התקפה חמושה. ההיגיון הוא שמטרת התגובה היא לא להעניש את המדינה התוקפת, אלא היא הגנה עצמית. אם קרתה התקפה ועכשיו אתה לא בסיכון של הגנה עצמית, אסור לך להגיב בדרך של התקפה חמושה. מה מותר לך לעשות? לפעול לפי כל הכללים של אחריות מדינה – לדרוש פיצויים, התנצלות וכו', לא להשתמש בכח. דרישת הנחיצות נועדה להפריד בין מעשים שמטרתם האמיתית היא הגנה עצמית לבין מעשים שמטרתם האמיתית היא נקמה/עונש.
2. **מיידיות** - הרעיון הוא בזמן המוקדם האפשרי שבו אתה יכול להגיב. בעצם המיידיות היא כלי עקיף לבחון את הנחיצות. נחיצות – אפשר להתווכח אם זה נחוץ או לא, אבל אם אוסטרו הונגריה מתעוררת רק חודש אחרי פתאום להגיש אולטימאטום (שבד"כ מקבלים אותו), זה לא מיידי.
3. **מידתיות** – אין לבלבל בין מידתיות עד בלום (JAB) למידתיות אין בלו (JIB) מידתיות JIB (שאנו לא מדברים עליה כרגע) עוסקת בזמן הלחימה בחוקיות פעולה צבאית מסוימת במבצע בתוך המלחמה והיא דורשת שהנזק האגבי לאוכלוסיה אזרחית לא יהיה מוגזם ביותר ביחס ליתרון הצבאי המצופה מהפעולה הצבאית. המידתיות JAB עוסקת בחוקיות של כל המלחמה. יש הבדל אדיר בנקודת הייחוס אם זו מלחמה גדולה. המידתיות הזו דורשת לפי הפרשנות המקובלת שההתקפה החמושה של המדינה המתגוננת תהיה פרופורציונאלית, מידתית, ביחס לאיום הביטחוני שנבע מהתקיפה שאליה היא מגיבה. יש עמדה מטופשת שאם הוא ירה טיל אחד, אני יכול לירות טיל אחד. אך העמדה הנכונה היא שזה ביחס לסיכון שאני רוצה להתמודד איתו, ייתכן והוא פלש לטריטוריה ולא ירה טיל אחד, אך עצמת האש שאני צריך היא כדי לדחוק אותו לגבול. זה אומר שאי אפשר לפתוח במלחמה כוללת כתגובה לכל אירוע קטן.

יש גישה שרוצה למנוע את ההידרדרות למלחמה כוללת עוד יותר, והיא, נוסף על כללי קרולינה, גם משחקת עם ההגדרה של התקפה חמושה ואומרת שהתקפות חמושות קטנות, אירועי גבול בודדים, הם בכלל לא התקפה חמושה ולהם כמעט ואסור להגיב – אם חייל ירדני יורה על חייל ישראלי, הישראלי יכול לירות כהגנה עצמית אישית אך לא של המדינה. זו לא עמדת הרוב, אך 40% מהאנשים מחזיקים בה. הרעיון הוא שלא אירועים בודדים קטנים ישמשו עילה לפתיחה במלחמה כוללת.

**הגנה עצמית מפני התקפה צפויה:**

מעשה במדינה שלפי הערכות מודיעין מבינה ש-2 מדינות שכנות שלה אומרות שהן עושות אימונים צבאיים, אך למעשה הן מתכננות מלחמה. עקרון ההגנה העצמית אומר שאני מגיב להתקפה חמושה. האם אפשר להגיב בהגנה עצמית כלפי התקפה צפויה? קיימות 3 עמדות בנושא:

1. **אסור** - מותר להגיב בהגנה עצמית רק כנגד התקפה, ולא קרתה פה התקפה. יתרה מכך – נוסח חוקת האו"ם מדבר על תגובה להתקפה, אז מבחינה פורמאלית אין בסיס חוקי שמאפשר להגיב במקרה הזה. ההיגיון הפרקטי הוא שהיו מספיק מקרים שמדינות ראו צל הרים כהרים, כי הן לא סומכות על האויבים שלהן, ולפעמים השתמשו בדברים אלה כתירוץ.
2. **מותר** – לפעמים לחכות שהוא יחצה את הגבול זה יהיה כבר מאוחר מידי. אם לא תעשה תקיפה מונעת הוא יספיק לשעוט ולא תוכל להתגונן.
3. **עמדת ביניים** – מותר לך להגיב בתגובת מנע ברגע האחרון האפשרי, רק כאשר ברור לך ברמת וודאות גבוהה שעומדת להיות תקיפה ואין דרך אחרת למנוע אותה מלבד התקפת מנע.

גם העמדה השנייה וגם השלישית, יש 2 טיעונים חלופיים, או שהן נתלות בדרכים יצירתיות מס' 51, או שהרשות הזו נמצאת במשפט המנהגי.

היינו רוצים לומר שהעמדה השלישית היא המקובלת, הבעיה היא שהיא כה עמומה כך שבתוכה יש המון המון עמדות מהקצה לקצה.

**הגנה עצמית מונעת:**

נניח יש לי אויב שמתכנן לפתח נשק שרגע אחרי שיפתח אותו המשחק גמור – אני לא אוכל יותר אי פעם לנצח אותו במלחמה, אבל הוא ברגע זה לא מתכנן לתקוף אותי. האם מותר לי לתקוף אותו ברגע האחרון לפני שהוא יצליח לפתח את הנשק הזה? דוגמאות: הפגזת הכור בעיראק ע"י ישראל, תקיפת הכור הגרעיני בסוריה ע"י ישראל, חיסול של מדעני גרעין ע"י ישראל באיראן. כשישראל עושה את זה בעיראק היא חוטפת החלטת מועצת ביטחון שאומרת שהיא הפרה את המשב"ל – מעשה תוקפנות. אחרי התקיפה בסוריה מועצת הביטחון שותקת, על החיסול של המדענים באיראן רוב המדינות שותקות, אך לא ברור שאם נעשה את זה היום אחרי ההסכם הן תשתוקנה באותה מידה. כלומר – יש תמיכה עולה ויורדת בגישה זו; לפני 11 בספטמבר הייתה התנגדות מאוד רחבה לעמדה זו, לאחר מכן האמריקאים דוחפים עמדה זו שיש הגנה עצמית מונעת מאוד חזק, עד לכדי שגישה זו הופכת להיקרא: דוקטרינת בוש, והם משתמשים בה על סמך ראיות מזויפות לפתוח במלחמה בעיראק, וברגע שזה מתברר, הגישה הזו שוב יורדת. לכן – טקטית, מדינת ישראל כשהיא עושה את זה – שותקת ולא לוקחת אחריות. אלה שאומרים שמותר, או שאומרים שזו פרשנות יצירתית לס' 51, או בלי קשר אליו הם אומרים שיש חריג נוסף דרך הדין המנהגי.

יש 2 עילות נוספות שיש עליהן וויכוח:

* **עילה של התערבות הומניטארית** – כאן זה בטוח לא הגנה עצמית, השאלה היא אם יש רשות נוספת לפי המשפט המנהגי להתערב כדי להציל אזרחים של מדינה א' ממעשים שעושה השלטון שלהם עצמו (רצח עם, פשעים נגד האנושות). גם כאן כבר 200 שנה יש מאבק בין 2 עמדות שכל פעם יש תמיכה עולה ויורדת בכל אחת מהן. העמדה המתנגדת חוששת מניצול לרעה – הרוסים אמרו שנכנסים לגיאורגיה כדי למנוע פשעים נגד האנושות באוסטים (לפי ויקיפדיה: קבוצה אתנית השייכת לעמים איראניים). העמדה בעד אומרת שבלי זה אין לנו דרך למנוע שואות – פשעים נגד האנושות ומעשי רצח עם. סוף שנות ה-90 היה השיא של התמיכה בעמדה שאומרת שמותר – בקוסובו. כמה שנים לאחר מכן, מנצלים את זה הרוסים לתקוף בגיאורגיה והתמיכה בדוקטרינה זו יורדת. היום זה חצי חצי בערך, המערב עייף ממלחמה אז כנראה 60% מתנגדים לחריג הזה.
* **מלחמת אזרחים במדינה** – האם מדינה אחרת יכולה להתערב ולסייע לשלטון? האם היא יכולה לסייע למורדים גם או אסור לה לסייע לאף אחד?, במדינה מסוימת יש מלחמה אזרחים – האם מדינה אחרת יכולה לשלוח כוח צבאי לסייע לאחד הצדדים? –  **קיימות 3 גישות:**

1) גישה א-סימטרית: למדינה תמיד מותר להזמין מדינה לסייע לה, אבל לגורם לא מדינתי אסור לסייע. גישה זו תואמת את עקרון אי ההתערבות בעניינים הפנימיים של מדינה.

2) דוק' השוויון הנגטיבי: להתערב לטובת אף אחד מהצדדים למלחמת אזרחים כי לא ברור מי צודק

3) דוק' השוויון הפוזיטיבי: מותר להתערב לטובת כל אחד מהצדדים.

כיום יש תמיכה חזקה בגישת השוויון הנגטיבי, ותמיכה משמעותית, אם כי מעט יותר חלשה, בגישה הא-סימטרית (בגלל התמיכה בגישה זו, מדינות שמתערבות בסכסוך בסוריה ממהרות להצהיר שהצד שהן מסייעות לו הוא השלטון הלגיטימי של סוריה); הכי פחות תמיכה יש לגישת השוויון הפוזיטיבי.

**שיעור 21 – 01.02.17:**

**ההערות על הבחינה:**

 - ציין שהבחינה לדוגמא והתשובות שלה הם חלק מהלימוד.

- המרצה אמר שכל סטודנט ששואל שאלה במייל, הוא יענה את התשובה לכולם.

- יום לפני הבחינה הוא לא עונה למיילים של שאלות.

**השיעור עצמו:**

היום נדבר על JIB אשר מסדירים את הפעולות בזמן מלחמה. בגדול ובהכללה, הדינים האלה חלים באופן שווה על שני הצדדים במנותק מהשאלה מי התוקף ומי המותקף, והסברנו כבר למה.

מתי חלים דיני הלחימה? – ב-3 מצבים:

 1. **בסכסוך מזוין בין מדינתי** (International armed conflict) – הוא מצב של מלחמה בין שתיים או יותר מדינות. הכלל בהקשר הזה הוא שבסכסוך מזוין בין מדינות דיני JIB חלים מהכדור הראשון. זה המקרה הקל.

 2. **במצב של כיבוש גם אם לא מתרחשת לחימה** – בגדול ובהפשטה, דיני הכיבוש זו קומה שנייה של נורמות שחלה ככלל בנוסף לדיני לחימה. אם הגענו למסקנה ששטח הוא שטח כבוש, בשטח הזה חלים 2 שכבות של דינים: א. דיני JIB. ב. הדינים הייחודיים שמסדירים את הפעילות בשטח הכבוש, הידועים בתור דיני הכיבוש. למה זה חשוב? – כי כיבוש יכול לקרות גם בלי ירייה של כדור אחד, גרמניה כבשה את שוודיה במלחה"ע הראשונה בלי כדור אחד. בנוסף, דיני הלחימה ימשיכו לחול גם כשהכל רגוע, ממשיכות לחלחל בשטח הכבוש שתי השכבות שדיברנו עליהן. למה זה בגדול ובהפשטה? – התיאור של 2 הקומות אינו מדויק, יש מקרים שדיני הכיבוש יוצרים הסדר שהוא שונה מההסדר שחל לא בשטח כבוש לפי JIB. יש סיטואציות מסוימות שיכולות להתרחש במהלך הכיבוש שמה שיסדיר אותן זה לא דיני הלחימה, אלא סוג של דינים שבד"כ מסדירים מקרי שלום, שנקראים דיני שיטור. למשל: יש הפגנה לא אלימה בעיר בשטח הכבוש, ברור שפיזור הפרת הסדר הזאתי מה שכלל יסדיר אותה זה דיני השיטור. זה מקרה קיצוני, יהיו הרבה מקרים עם חילוקי דעות לגבי השאלה אם דיני לחימה או דיני השיטור צריכים לחול.

 3. **בסכסוך מזוין שאינו בין מדינתי** – לא נדון בזה הרבה. המקרה הקלאסי הוא מלחמת אזרחים. ברור שכאן אנחנו לא יכולים לקבוע מבחן של תחולת דיני הלחימה מהכדור הראשון (לא הגיוני שכל פעם ששודד בנק ירה כדור, ניתן שישר חייל האוויר יתקוף את העיירה ממנה הוא בא). יש כלים שדיני הלחימה נותנים שאסור להפעיל בעידן שלום, ואנחנו גם לא רוצים להשתמש בהם. בגדול ובהפשטה זה מידת הארגון של הצד הלא מדינתי ועוצמת האש. לפעמים אמצעי הלחימה בהם עושים שימוש יהיו אינדיקציה, ולרוב משך האלימות יהיה אינדיקציה, אם כי ככל שהעוצמה חזקה יותר, משך הזמן שנדרוש כדי להכריז על סכסוך מזוין יהיה קצר יותר. מבחנים כמו עוצמת האש, מידת ארגון הם מבחנים לא חד משמעיים, ויהיו מקרים של חילוקי דעות אם משהו נחשב למלחמה או לא. מבחני העזר הם סוג האמצעים שעושים בהם שימוש.

דיני המלחמה של עימות מזוין שאינו בין מדינתי נחשבים מבחינה פורמאלית לפי העמדה המקובלת, שהמרצה חולק עליה, קורפוס נפרד – יש ספר אחד שנקרא דיני הJIB של עימות מזוין בין מדינתי, וספר אחר של עימות מזוין שאינו בין מדינתי. במשפט המנהגי הרוב הוא בין מדינתי.

מבחינת התוכן של העמדה המקובלת יש הרבה מאוד נורמות שהן זהות בשני המקרים, יש נורמות מסויימות שהן שונות, ברוב המקרים קיים איסור בסכסוך מזוין בין מדינתי, והסכסוך הזה לא קיים בסכסוך שאינו בן מדינתי. קיימות נורמות שיש חילוקי דעות אם יש שוני או זהות בשני המקרים, למשל מעמד של שבוי מלחמה לא קיים בסכסוך מזוין שאינו בין מדינתי. כאשר גם פה בד"כ, אבל לא תמיד, זה יהיה מקרה של הסכמה יחסית רחבה שהאיסור קיים בסכסוך מזוין. יש מקרים שכולם מסכימים שיש שוני – מעמד של שבוי מלחמה לא קיים בסכסוך לא מזוין. יש מקרים שבהם יש חילוקי דעות האם יש זהות או שוני, חלק נכבד מהמקרים ששייכים לקטגוריה השלישית הזאת, הם מקרים שבהם יש הסכמה שנורמה מסוימת חלה בסכסוך מזוין בין מדינתי, חלק אומרים שהנורמה הזאת חלה על סכסוך מזוין שאינו בין מדינתי, וחלק אומרים שהנורמה הזו לא חלה.

יש לנו ארגון לא מדינתי, יש לו צבא הוא שולט בטריטוריה, והוא נלחם עם המדינה השכנה אליו. העמדה הרווחת בעולם שזה אינו בין מדינתי. העמדה של מד"י היא בגלל שזה חוצה גבולות, חלים הדינים של סכסוך מזוין בין מדינתי.

למה יש לנו דיני לחימה?

1. אם היינו נשארים מאחורי מסך של בערות (רולס לקח את זה מקאנט) מי צריכים בעיקר לסבול בזמן לחימה חיילים או אזרחים, לרבות חיילים פצועים ושבויי מלחמה? - חיילים. הבעיה היא שבמציאות החייל מפסיק להיות תיאורטי והוא מתחיל להיות חבר שלי, והאדם שיצא ממעגל הלחימה מתחיל להיות האויב שלי שאני לא אוהב. בזמן מלחמה קשה לנו לשמור על אותה אובייקטיביות שקל לשמור עליה במצבי שלום. מטרתם של דיני הלחימה הוא לעגן את המחויבות שלנו בזמן המלחמה לנורמות מוסריות שמאחורי מסך של בערות כולנו מסכימים שאנחנו מחוייבים אליהם (או מראש, לפני מלחמה). הדוגמא של אלאור עזריה מאוד מוחשית בעניין הזה. המטרה של דינים בין השאר הוא לקבע את המחוייבות שלנו לנורמות מתוך ידיעה שבזמן מלחמה זה יהיה קשה, וזה לא משנה שזה קשה מסיבות לגיטימיות ואמיתיות.
2. התובנה היא שלכל מלחמה יש מוצאי מלחמה. אחרי שכל מיני עמים ניסו להשמיד אחד את השני, בעיקר עמים אירופיים שונים, הם גילו שבד"כ הם לא מצליחים לעשות את זה. לכן, הם הגיעו לתובנה שצריך לקבוע כללים שיקטינו את הסבל שנחווה בזמן לחימה, בעיקר לאוכלוסייה אזרחית אבל גם ללוחמים משני הצדדים, וזה יקטין את האיבה שהצדדים יחושו אחד כלפי השני לאחר המלחמה. הניסיון מראה שזה לוקח זמן. לאירים ולאנגלים זה לקח 1000 שנה, לצרפתים ולאנגלים זה לקח 300 שנה, אז אנחנו צעירים..., אנחנו רק 100 שנה בסכסוך, יש זמן.
3. במלחמה כמו בכל דבר אחר צריכים כללי משחק. למשל, אם אתה רוצה לדבר עם הצד השני, ותמיד יהיו סיטואציות שתרצה לדבר עם הצד השני, למשל, תרצה לסמן לו שלא ירה לך בראש. איך קוראים לסימן הזה? – הסימן הזה נקרא דגל לבן או צלב אדום (זה ארגון בינלאומי עצמאי שיושב בשוויץ ובחיריו נבחרים על ידה). ככלל, ואפגניסטן היא מקרה בולט, גם במדינות שבהן מפרים דיני מלחמה, בנציגי הצלב האדום לא נוגעים. גם בזה יש הפרות, אבל ככלל בהם לא נוגעים. יש גם כמו תמיד כשמגיעים לבני אדם, יש דיני מלחמה מטופשים, למשל, איסור לחימה בזמן לבישת מדי האויב (כאילו מה, אסור להטעות את האויב?). הסיבה היא "ארור המכה את שכנו בסתר" – דיני האבירות דרשו לחימה בכנות. בעבר, מטבעות היו ממתכות יקרות אז אנשים היו מכינים מכונה ששייפה את הצד ואספו את האבקה מזהב. האיסור קיים כבר עשרות שנים ולמרות שהמטבעות עברו למתכות זולות האיסור עדיין קיים.

איפה מוצאים את דיני הלחימה?, איפה מאתרים אותם? – מרבית דיני הלחימה נמצאים במשפט המנהגי, יחד עם זאת, מרבית הדינים המנהגיים עוגנו לאורך השנים באמנות מסויימות שעוד רגע אני אפרט אותן. יחד עם זאת, גם היום יש נורמות מסויימות של דיני הלחימה שהמקום היחיד שהם כתובות זה בשום מקום, כחומר המשפט המנהגי. בנוסף, בחלק מהמאמנות שעוסקות בדיני לחימה יש נורמות שהן לא מנהגיות משמע מחייבות רק את המדינות החתומות, ויש גם נורמות שיש חילוקי דעות – הן כתובות באמנה ומחייבות בטוח את המדינות החתומות אבל אם זה דין מנהגי הוא גם מחייב את כולם בלא קשר לחתימה על האמנה, כלומר, את כל מי שגם לא חתום על האמנה. למשל, הפרוטוקול הראשון של אמנות ז'נבה מסוף שנות ה-70 קובע שהעברת אוכלוסייה לשטח כבוש מהווה פשע מלחמה. מדינת ישראל לא חתומה על כך. לעמדתה של ישראל שלא חתומה על אמנה זו, הנורמה הזאתי היא לא מנהגית ולא מחייבת. על האמנה הזאת חתומים 173 מדינות בעולם, ומרביתן סבורות שהנורמה הזו היא מנהגית. חשוב לפעמים בדיאלוג מול אנשים לא מישראל להבין מאיפה הם באים.

מהן האמנות המרכזיות שמעגנות את דיני הלחימה?

1. האמנה הכי מוקדמת שעדיין בתוקף היא **אמנת האג הרביעית** משנת 1907 והתקנות המצורפות/נספחות לה. השם הקצר הוא תקנות האג. על אמנה זו הנורמות הקבועות בה יש קונצנזוס מוחלט שהן מנהגיות, ברמה שמדינת ישראל אפילו לא חשבה שהיא צריכה לחתום על תקנות האג כי היא הצהירה עוד בקום המדינה כי היא רואה בהן מנהגיות.

האמנות הבאות הן 4 אמנות ז'נבה משנת 1949:

1. אמנת ז'נבה מס' 1 מ-1949 מסדירה את הטיפול בפצועים בשדה הקרב
2. אמנת ז'נבה ה-2 מ-1949 מסדירה את היחס לפצועים בעת לחימה בים ואת האנשים שספינתם נטרפה בעת לחימה בים.
3. אמנת ז'נבה ה-3 מ-1949 עוסקת ביחס לשבויי מלחמה
4. אמנת ז'נבה ה-4 מ-1949 עוסקת ביחס לאזרחים בלחימה

אמנות הללו בחריג של ס' 1 חלות בסכסוך מזוין בין מדינות. ס' 3 המשותף (כי הוא בכל האמנות, ובכולן הוא מס' 3), קובע נורמות יסודיות מסויימות שחלות בסכסוך מזוין שאינו בין מדינתי.

על ארבעת אמנות ז'נבה חתומות כל המדינות הלא שנויות במחלוקת בעולם, ועוד כמה מדינות שנויות במחלוקות. יש 196 מדינות לא שנויות במחלוקת בעולם. עפ"י העמדה המקובלת בעולם, ככלל שכל ארבעת אמנות ז'נבה הן מנהגיות. זה טיעון חזק לאור העובדה שכל המדינות בעולם חתומות על האמנות הללו.

עמדת מדינת ישראל היא ששלושת האמנות הראשונות הן מנהגיות, ואילו הרביעית שמד"י חתומה עליה היא הסכמית. מהסיבה שזה מאפשר למד"י להציג קונסטרוקציה שהאמנה הרביעית לא חלה בשטחים. אם היא מנהגית הטענה הזו הרבה יותר חלשה. אם זה מנהגי קשה לך לטעון דברים מסויימים (נדון בכך מחר).

ב-1967 זה היה 18 שנה לאחר חתימת האמנות, ולא כל המדינות עדיין היו חתומות עליהן, זא"מ שזה לפני שכל המדינות היו חתומות. ישראל חתומה מ-49' (יתירה מכך היישוב לפני קום המדינה התחייב לקיים את אמנות ז'נבה שהיו תקפות אז), כך שהטיעון של ישראל על אמנת ז'נבה היה סביר. היום, כאשר כל המדינות חתומות על האמנה הטיעון הזה שהרבה מהעמדה של ישראל בנוגע לשטחים נסמכת עליו מאוד נחלש. בגדול ובהפשטה, אם זה מנהגי, קשה לטעון שז'נבה לא חלה בשטחים ויש בעיה בסיפוחם. לכן, אנחנו הרבה פעמים בשיח חירשים מול העולם.

2 האמנות הבאות החשובות:

1. **הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה –AP-1.**
2. **הפרוטוקול השני לאמנות גנ'בה AP-2.**

שתיהן מסוף שנות ה-70. ישראל לא חתומה על הפרוטוקולים הללו, גם לא ארה"ב, הודו, פקיסטן ועוד כמה מדינות. יחד עם זאת, על הפרוטוקול הראשון חתומות 174 מדינות בעולם, ועל השני 168 מדינות בעולם. זא"מ גם לגבי הנורמות שנמצאות בפרוטוקולים הללו נהיה יותר ויותר קשה לטעון שהן לא מנהגיות. מרבית הנורמות שקבועות בפרוטוקולים הללו הן מנהגיות.

האמנה הבאה שחשובה לעניינו היא **אמנת רומא של ביה"ד הפלילי בהאג**, או יותר מדויק ס' 8 לאמנה הזאת, המפרט פשעי מלחמה. בגדול ובהפשטה, על כל הפרה של נורמה בדיני הלחימה יש אחריות של המדינה. חלק מהנורמות בנוסף לאחריות של המדינה יש גם אחריות לפרט שהפר את הנורמה, הנורמות הללו נקראות פשעי מלחמה. לא כל הפרה של דיני לחימה היא פשע מלחמה. אבל כל פשע מלחמה היא הפרה של דיני מלחמה. ס' 8 נותן רשימה רק של פשעי מלחמה. על אמנת רומא חתומות 152 מדינות (פרשו 2 מדינות), שזה 2/3 מהמדינות בעולם, שזה משמעותי. לגבי מרבית הנורמות ברשימה יש קונצנזוס שהן מייצגות את המשפט המנהגי. יש נורמות מסוימות ברשימה שיש חילוקי דעות אם הן מייצגות את המשפט המנהגי, לדוגמא: האיסור על העברת אוכלוסיה לשטח כבוש. עמדת ישראל – זה לא מנהג.

דיני אחריות מדינה רגילים והבלגן מתי משייכים מעשה למדינה באלמנטים מסויימים: JIB הם אקסאצפייליס – דין ייחודי - ביחס לדיני אחריות המדינה. אחד העניינים היחודיים הוא דיני השיוך לאחריות מדינתית. ב-JIB זה קל, כל הפרה של JIB ע"י חייל של מדינה, המדינה אחראית אחריות מוחלטת, לעומת זאת הפרות של JAB הולכים לפי דיני השיוך הרגילים.

נשאר לנו לשיעור הבא לדבר על ארבעת עקרונות יסוד של דיני הלחימה, ובנוסף סקירה היסטורית קצרה של התפתחות דיני הלחימה המודרניים.

**שיעור 22 – 02.02.17:**

לדיני הלחימה יש 4 עקרונות בסיס, העקרונות האלה מהווים כלי פרשני ראשי לפירוש דיני הלחימה. מרבית דיני הלחימה נחשבים ביטוי של איזון בין העקרונות הללו. בנוסף, לפחות חלקם מהווים כללי משפטי מחייב באופן עצמאי (לא רק עקרון פרשני):

1. **עקרון הצורך הצבאי** – אין לבצע פעולה שאין בה צורך צבאי. זה נשמע מובן מאליו, אבל למשל פעולות שנעשות מתוך נקמה או מתוך רצון סתם להטיל פחד באוכלוסיה האזרחית – אסורות. אלו פעולות שנעשות ע"י חיילים, בזמן מלחמה, כאשר אתה מפתח שנאה כלפי הצד השני, והן לא משרתות את הצורך הצבאי. (פעולת תגמול חייבת להפסק ברגע שהצד השני מפסיק עם ההפרה שלו). הפרשנות כיום של עקרון הצורך הצבאי קובעת שעקרון הצורך הצבאי מגולם ובא לידי ביטוי כבר בכללים המשפטיים הקיימים של דיני הלחימה. מה זה אומר? פעם הייתה תמיכה (לא של כולם) בפרשנות אחרת של עקרון הצורך, שכל פעם כאשר למדינה יש צורך צבאי להפר את האיסורים של דיני הלחימה, היא רשאית לעשות זאת. שם הדוקטרינה הוא בגרמנית – דוקטרינה זו זכתה לתמיכה חזקה של הגרמנים במלחמת העולם הראשונה והשנייה, בעקבות הדברים שעשו תוך הצדקה של דוקטרינה זו, נקבע שדוקטרינה זו לא חוקית. אם דיני הלחימה אומרים שמרגע ששביתי אדם אסור לי להוציאו להורג גם אם אין לי מספיק אוכל או שאני עשוי להתגלות ע"י הצד השני וכו', אני לא יכול לעשות זאת – להוציאו להורג - ולטעון אחר כך שעשיתי זאת משיקולי צורך. במקום זה ההנחה היא שהעיקרון הצורך מגולם בכללים הקיימים. (במשפט פלילי ניתן לטעון שמטענת צורך פגעתי במישהו אחר, כאן, במשב"ל – לא אוכל לומר זאת לגבי שבוי מלחמה – שהוצאתי אותו להורג כי פחדתי שיגלו אותי). דוגמא נוספת: בשטח כבוש אסור להרוס או להחרים רכוש פרטי אלא מסיבות של צורך צבאי דוחק.
2. **עיקרון האבחנה** – עקרון זה קובע שיש לאבחן בין אזרחים ללוחמים וכפועל יוצא מזה, מותר לפגוע במכוון בלוחמים ואסור לפגוע במכוון באזרחים. באופן מודע ניתן לעשות מעשה שיפגע באזרחים (נדון בזה בעקרון המידתיות) אבל אסור שהכוונה שלך תהיה לפגוע באזרחים. לעקרון זה יש הרבה מאוד ביטויים, הרבה כללים בדיני הלחימה מהווים ביטוי לעקרון האבחנה. למשל: החובה ללבוש מדים, האיסור לפגוע באזרחים במכוון, האיסור על הקמת בסיסים צבאיים בסמוך לאזורי מגורים אזרחיים. (לגבי הקריה – העמדה הרשמית של מדינת ישראל היא שהעיר צמחה לכיוון הבסיס, ולא שהבסיס נבנה בבסיס במקום יישוב).
3. **עיקרון המידתיות** – מידתיות JIB – (לא לבלבל עם עקרון המידתיות של JAB) – עקרון זה קובע שאסור לבצע התקפה במקרה בו הנזק האגבי לאוכלוסיה האזרחית (רכוש אזרחי+חיי אדם), עולה באופן ברור על הצורך הצבאי מהפעולה. זה אומר שגם אם יש צורך צבאי, ואפילו אם אין דרך אחרת להשיג את הצורך הצבאי הזה, אבל הדרך היחידה שיש היא כזו שהפגיעה באזרחים היא כה גדולה, אז אסור לעשות את הפעולה שתשיג את הצורך הצבאי הזה, גם אם אין חלופות אחרות. מי עושה את חישוב העלות תועלת? המבחן הוא **מבחן המפקד הסביר** לפי המידע שהיה לו בזמן אמת, זה לא חכמת ה"בדיעבד" (מבחן אובייקטיבי, כמובן שלא כולל עצימת עיניים). גם אם יתברר שהיו פי 4 אזרחים באמת, זה לא רלוונטי, בודקים לפי המידע שהיה לו. אין ספק כי זהו מבחן עמום, וזה אומר 2 דברים:
4. נורא קל להאשים את האויב שביצע התקפה לא מידתית.
5. יחד עם זה, הוכחת אשמה של ביצוע התקפה לא מידתית – רק במקרים מאוד קיצוניים מגיעים להסכמה שהם לא מידתיים.
6. **עקרון ההומאניות** – גם לגבי לוחמים, אין לגרום ללוחמי הצד השני סבל שלא לצורך. הביטוי העיקרי של כלל זה קיים באיסורים על נשקים – למשל: יש איסור שאומר שאסור להשתמש בנשק שבכוונה מורכב מחלקים שלא ניתן לראות אותם ברנטגן, כי המטרה שלי בירי היא לנטרל את הלוחם, ברגע שיצא מלחימה אין מצב למנוע את האפשרות לטפל בו רפואית. או למשל ליצור קליעים עם מלח כדי שהפצעים יצרבו. אסור לירות באיש צוות אוויר שנוטש את המטוס שלו. יש 3 הבדלים משמעותיים בין צנחן לבין איש צוות אוויר: 1. למה צנחן צונח? כדי להיכנס למעגל הלחימה, איש צוות אוויר נוטש מטוס כדי לצאת ממעגל הלחימה – וצריך לתת לו הזדמנות להיכנע. 2. בד"כ, מאחורי איש צוות אוויר שנוטש מטוס, יש שובל מטוס מתרסק ואצל צנחנים אין 3. וכן צנחנים בד"כ צונחים בדבוקות.

**על המבחן**:

הבחינה מורכת מ-3 חלקים:

1. **הגדרות** – בוחן זיכרון (לכאורה החלק הכי קל). בחלק הזה יש בחירה – לעשות רק 2 מתוך 3.
2. **שאלה קצרה** – שאלה על נושא אחד או שניים. לפעמים כדי לעבור מנושא א' ל ב', החיבור הוא בין עוד נושא, אבל זה יחסית ממוקד נושאים. זה יכול להיות הסבר/קייס – זו שאלה ממוקדת – גג שלושה נושאים.
3. **קייס** – שאלה שבוחנת עיבוד עד הסוף – במכוון הקייס נוגע בשלל נושאים, ויתרה מכך הוא מנסה לראות אם אנו מבינים איך הנושאים מתחברים אחד לשני. בד"כ מסתמך על מקרים מהמציאות, לעיתים יהיה פרט שהסיבה היחידה שהוא בשאלה זה בגלל שהוא היה במציאות, בלי שום השלכה משפטית – לא לנסות בכח להכניס דברים לא קשורים, מצד שני לא לוותר בקלות. לא להניח הנחות עובדתיות שלא נמצאות בשאלה.

הערות כלליות על הבחינה:

* הבחינה בחומר סגור.
* בכל חלק מהבחינה יש מגבלת מקום.
* יורדות נקודות על שפיכת חומר מיותר. לא לפתוח חזיתות מיותרות – עלול להחליש תשובה.
* בדיקת הבחינה היא אורכית, כך שאם יש טעות חוזרת הם יורידו עליה פחות ממה שהם חשבו מלכתחילה.
* בדיקת הבחינה בודקת **הבנה** ולא צ'קליסט.
* יש חשיבות לבניית הטיעון המשפטי – החיבור בין החלקים השונים, זה צריך להתחבר טוב ומבחינה טובה.
* 3 שעות מבחן - זמן מקסימאלי אפשרי (לא בהכרח צריך הכל).
* יש אפס סובלנות לחריגה מההקצאה שניתנה.
* לחשוב הרבה לפני שכותבים, אם הזמן מאפשר מומלץ לכתוב טיוטא לפני התשובה.
* לא צריך לזכור סעיפי אמנות, אבל "פרק 7" – כן, לא צריך שמות של פס"ד, שנים (אבל אם נזכור זה יחסוך לנו מקום וזמן בכדי להסביר על זה).
* יום לפני הבחינה הוא לא עונה על מיילים של שאלות.

בלימוד למבחן להשקיע זמן בהצלבות, לא רק לשנן – בשביל שאלות 2 ו-3.

**תשובות על שאלות בכיתה:**

**אמנה דקלרטיבית** – (הניגוד שלה זה אמנה קונסטיטוטיבית) – אמנה שאומרת: אני מכריזה על מהו המשפט המנהגי. הסברנו את הסיבות לעשות זאת. מייצרת דין חדש.

**הצהרה חד צדדית** זה מצב בו מדינה לוקחת על עצמה התחייבות לנהוג באופן מסוים (צרפת הודיעה שהיא לא עושה יותר ניסויים גרעיניים באוקיינוס הדרומי, ישראל מחילה על עצמה את הנורמות ההומאניות של אמנת ג'נבה).

* במצב של נציג שחותם ואז מתברר שהמדינה לא הסמיכה אותו לחתום, הכלל אומר: זה לא מעניין אותנו. ככלל, בכפוף לחריגים עליהם דיברנו, עדיין נחייב את המדינה. למה? כי מלבד חריגים אנחנו לא יכולים לצפות מהמדינות האחרות להתחיל להבין את המבנה השלטוני הפנימי של כל מדינה ומדינה. לכן אם זה ראש הממשלה, שר החוץ וכו' אנו מניחים שיש להם סמכות.
* מה זה ה**ILC** ? מתוקף מה יש לו סמכות להגיד למדינות מהו הדין? אין לו סמכות להגיד כלום. הILC הוא גוף של האו"ם שממנים אליו מומחים וייעודו הוא לפתח את המשב"ל. כחלק מהייעוד שלו בנושאים שונים, הוא מפרסם מסמכים שקובעים מה לדעתו הדין המנהגי בתחום מסוים. כיצד? הוא מכנס את כל המומחים בתחום, שואל גם את המדינות, אוסף המון מידע ואז מפרסם מסמך. בד"כ הוא עושה עבודה רצינית וברוב המקרים ברגע שהוא מפרסם מסמך, נוח להסתמך עליו כמקור שאומר מה הדין המנהגי, אך הוא לא מחייב בשום אופן.
* **State practice** – זה מה באמת המדינה עושה, האם היא מתנהגת שהמים הטריטוריאליים זה 12 ק"מ, או 3 וכו'. **opinio juris** זה מקורות – בין התנהגות ובין מסמכים – שדרכם אני מנסה לאתר האם המדינה פעלה מתוך תחושת מחויבות שמדובר בדין. הדוגמא הקלאסית למתי מדינות לא פועלות כך זה השטיח האדום – נהוג לפרוס שטיח אדום לשגרירים. יום אחד תפרוס מדינה שטיח ירוק, אף אחד לא יגיד שהפרה משפט מנהגי (כי מדינות עושות את זה כי זה יפה ולא כי חושבות שיש נורמה מחייבת). הרבה מהמקרים, יש לך מסמך ואתה לא יודע אם צריך להתייחס אליו כ- state practice או opinio juris או כשניהם.
* דוגמא לכללים **ארגה אומנוס** – כללים משפטיים שהם התחייבות של כל אחת מהמדינות הרלוונטיות כולי עלמא. כל יוס קוגנס הוא ארגה אומנוס, אך לא להיפך. ארגה אומנוס זה נורמה של המשב"ל, יכולה להיות מנהגית, הסכמית, אך מה שמיוחד בה זה שזה לא התחייבות של מדינה כלפי מדינה אחת או ספציפיות, אלא לכולי עלמא. האיסור לזהם את הים הפתוח הוא איסור ארגה אומנוס. כל הנורמות שהם יוס קוגנס – האיסור לבצע רצח עם, פשעים נגד האנושות – הם ארגה אומנוס. יחד עם זה יש עוד נורמות שהן לא יוס קוגנס, אך עדיין הן ארגה אומנוס – כמו האיסור לזהם את הים הפתוח.
* מה ההבדל בין **NGO** ל-**IGO**? האו"ם זה ארגון בינ"ל ממשלתי כי החברות בו הן מדינות, כיום יש כל מיני חיות ביניים. הדוגמא הכי בולטת זה ה**ILO** – בו כל מדינה שולחת 3 נציגים: של הממשלה, של ארגון העובדים הגדול ביותר, ושל ארגון המעסיקים הגדול ביותר. מרבית יצורי הביניים הם יותר IGO באופיים.
* דין מנהגי נקלט בישראל בקליטה ישירה – אוטומטית. המעמד שלו נמוך מחוק ועליון לחקיקת משנה. נורמה של אמנה נקלטת באופן מלא מקום בו אחרי שהיא מאושררת היא גם **מותקנת** בדין ישראלי. (מותקנת – כי אם שמו אותה בתקנה, מעמדה יהיה תקנה, אם בחוק, מעמדה של חוק, אם בחו"י – מעמדה בחו"י). אם לא שמו אותה, לכאורה אין לה מעמד. יחד עם זאת קיימת חזקת ההתאמה הפרשנית שמשמעותה מתגברת עם הזמן.
* אשרור אמנה: קליטה בממשלה היא יותר מהירה, היתרון בקליטה דרך הפרלמנט זה שזה נורמה פנימית עם יותר מעמד, וכן יש לה יתרון של שיתוף דמוקרטי.

בהצלחה☺