**מבוא**

**הקדמה**

1. **היקף הזירה ותחום הפעולה של המשב"ל**
   1. סוגיות מהעת האחרונה
      1. פרישת ארה"ב מהסכם הגרעין עם איראן. מדובר באמנה בינ"ל.
      2. חיסול אלבגדדי – ארה"ב מבצעת חיסול בסוריה עם כוחות מיוחדים.
      3. מלחמת הסחר בין ארה"ב לסין. במשפט הבינ"ל קיימים הסכמי סחר שנקבעים ע"י ארגון הסחר העולמי, ומי שמפר אותם נמצא בהפרה של דין בינ"ל.
      4. פעילות טורקית באזורים הכורדיים של סוריה.
   2. המשותף לכל הדוגמאות – פוליטיקה גבוהה, הפרות בעצימות גבוהה. עם זאת, לא רק זה היום-יום של המשפט הבינ"ל.
   3. תחום הפעולה של המשב"ל כולל פעולות יומיומיות שונות, כגון: הסדרת שירותי דואר, הגנה על זכויות יוצרים, הגנה על הסביבה, מאבק משותף במגיפות, מאבק בעישון, סיוע בלכידת עבריינים נמלטים ועוד. על סוגיות אלו לא שומעים בד"כ בכותרות אך הן במרכז סדר היום של המשב"ל. פעולות אלו באות לידי ביטוי ביצירת נורמות והקמת ארגונים בינ"ל.
2. **משפט בינ"ל: הגדרה**
   1. מערכת כללים ומנגנונים, שבאמצעותם פועלת הקהיליה הבינ"ל (מורכבת ממדינות, ארגונים בינ"ל וגורמים נוספים), על מנת להגשים את ערכיה ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהיליה.
   2. בעידן הגלובליזציה, תהליך העמקת התלות ההדדית (interdependence). מכאן שהמשב"ל נעשה רלוונטי יותר ויותר.

**האם משב"ל הוא משפט**

1. **הקדמה**
   1. במשך הרבה זמן התשובה לשאלה זו הייתה "לא".
   2. הובס (לוויתן, 1660) – חוק העמים וחוק הטבע הינם אותו הדבר. בשני המקרים מדובר על מערכות אנרכיות המבוססות על מוסר ולא דין.
   3. אוסטין (1863) – המשב"ל אינו משפט, הוא אינו מבוסס על פקודה של ריבון. ענף של אתיקה, לא של משפט.
   4. עד כה עולה שהמשב"ל נעדר את המאפיינים הברורים של מערכת משפט, ובראשם קיומו של ריבון שמכתיב את הנורמות ושלציווים שלו צריך לשמוע.
   5. הארט (1961) – המשב"ל הינו משפט, אך אינו מערכת משפט. הוא נעדר כלל הכרה (משמע, אין כלל שאומר שלכלל מסוים יש סמכות מסוימת והוא מחייב, בעוד שכלל אחר אינו מחייב ואין לו סמכות), ואין זיקה בין הנורמות שלו.
   6. השופט חשין (פס"ד מראעבה) – המשפט הבינ"ל הפומבי כלל לא ראינוהו ראוי לתואר "משפט", וליחס דומה זכו המוסדות של הקהיליה הבנילאומית, ובהם בית הדין הבינ"ל. חלפו שנים, והמשב"ל הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט... אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיות שיטת משפט מן המניין, שיטת משפט שניתן לאוכף את הנורמות שבה על מי שמפר את אותן הנורמות.
2. **על מה נסמכת העמדה ששוללת את היותו של המשב"ל שיטת משפט**
   1. העדר מחוקק מרכזי – הבעיה היא קושי בזיהוי/יצירת כללים. החקיקה הקיימת כללית ואינה נובעת מריבון חיצוני.
   2. העדר רשות שופטת מרכזית בעלת סמכות שיפוט שבחובה – הבעיה היא אכיפת נורמות כנגד צד מתנגד וקבלת פרשנות מוסמכת של הדין. התוצאה היא הנצחת סכסוכים הנובעת מיישום עצמי ופירוש עצמי של מדינות את הדין.
   3. העדר רשויות מבצעות מרכזיות (כגון ממשלה, משטרה, הוצאה לפועל)*­* – הבעיה היא שאין גוף מרכזי המוציא לפועל את המדיניות של הקהיליה הבינ"ל. התוצאה היא היעדר סנקציות בגין הפרה של הכללים.
   4. התוצאה של טענה זו היא שתפקידי המשפט המסורתיים (הכוונת התנהגות של מדינות, יישוב סכסוכים ויצירת מסגרת לקיום בצוותא ושת"פ) לא מתקיימים באופן מלא. היחסים הבינ"ל נשענים על כוח, ולא על דין.
3. **טענת נגד – המשב"ל הינו משפט**
   1. הפגמים לא מבטלים את אופייה המשפטי של השיטה.
   2. היעדר מחוקק – היעדר מחוקק מרכזי לא מובילה להיעדר חקיקה. חקיקה הינה גיבוש של כללים מחייבים, והם קיימים במשב"ל בשפע בצורה של הסכמים בינ"ל (על חלקם חתומות כמעט כל המדינות, דוגמת מגילת האו"ם, WTO) וכללים הנוצרים מכוח מנהג. המשב"ל עשיר בנורמות, ובתחומים מסוימים אף יותר מהדין הפנימי (דוגמת קניין רוחני, איכות סביבה).
   3. מערכת בתי משפט ובוררות
      1. למרות שאין בית משפט עליון בינ"ל, יש מערכת עשירה וענפה של בתי משפט ובוררויות בינ"ל.
      2. ישנה הסכמה לסמכות שיפוט במסגרת הסכמים ספציפיים. הסכם שלום ישראל-מצרים המכיל סעיף בוררות שקובע כי במידה ויהיה סכסוך המדינות יפנו לבוררות. אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים שקובעת כי במידה ויתעורר סכסוך בין מדינות החברות לאמנה הן יפנו ל-ICJ.
      3. ישנן מדינות המכפיפות עצמן לסמכות שיפוט מראש ובאופן כללי ל-ICJ.
      4. ישנה מערכת של עשרות בתי דין בינ"ל בעלי סמכות שיפוט שבחובה במסגרת משטרים ספציפיים. לאיחוד האירופי יש את בית הדין לצדק של האיחוד האירופי. ישנו ארגון הסחר העולמי (WTO), שכאשר ישנה מדינה החברה בו היא חייבת להתייצב ברגע שמדינה אחרת מגישה תלונה עליה בפני הארגון. ישנו בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR), שהמיוחד בו הוא שלא מדובר בבית דין של מדינה נגד מדינה, אלא בבית דין של פרט נגד מדינה החברה בארגון. ישנו בית הדין הבינ"ל הפלילי בהאג (ICC) לו סמכות שיפוט מחייבת בנסיבות מסוימות (פשעים בינ"ל חמורים הנוגעים לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות) ביחס לשני שליש מהמדינות בעולם.
      5. המשפט הבינ"ל מחלחל למערכות המשפט והשיפוט המדינתיות. לדוגמה, פס"ד סיכולים ממוקדים המצוטט במדינות שונות ע"מ להצדיק סיכולים ממוקדים.
   4. היעדר רשות מבצעת מרכזית
      1. זה נכון שאין ממשלה, משטרה או הוצל"א בינ"ל. עם זאת, ישנם גופים שונים בעלי שיניים משמעותיות של אכיפה.
      2. מועצת ביטחון (15 מדינות, מתוכן 5 קבועות) – בידיה המנדט להבטחת השלום והביטחון העולמיים. במסגרת זה היא מוסמכת להפעיל כוח במדינות שונות (למשל מתן סמכות לכוחות נאט"ו לפעול ולהפיל את משטר קדאפי בלוב), להטיל סנקציות פוליטיות, כלכליות וצבאיות.
      3. משטרים ספציפיים בעלי סמכות להטיל סנקציות – לדוגמה ה-WTO, לו מערכת בתי משפט עם סמכות מחייבת. אם מדינה לא מצייתת לפס"ד במשך 15 חודשים אז המדינה שזכתה בתיק מוסמכת לפנות לגוף מסוים ב-WTO ולבקש הרשאה לנקוט בסנקציות כלפי המדינה שממשיכה להפר את הפס"ד. הרשות ניתנת באופן אוטומטי. דוגמה לכך היא מקרה בו ארה"ב הפרה את דיני הארגון בתחום המיסוי. האיחוד האירופי ביקש לנקוט בסנקציות. ניתן לאיחוד אישור לנקוט סנקציות של 4 מיליארד דולר בשנה. לאחר שהחלו הסנקציות ארה"ב העבירה חוקים ע"מ להתאים עצמה לדיני הארגון.
4. **סיכום**
   1. אם כן, ניתן למצוא שיש חקיקה במשב"ל, יש שיפוט ויש גם אכיפה בצורה של סנקציות שונות. ההבדל בין שיטות המשפט הלאומיות והבינ"ל הוא לא הבדל של מהות אלא הבדל של דרגה. בשיטה הפנימית הדברים מסודרים יותר מאחר שמנסים לנהל מדינה ולא להסדיר יחסים בין עשרות של מדינות. הבדל חשוב נוסף הוא שבעוד שניתן לטעון לגבי שיטות משפט מדינתיות שהן ריכוזיות (מחוקק אחד, ממשלה אחת), במשב"ל רואים מערכת מורכבת יותר ומבוזרת. יש הרבה מאוד משטרים שחוסים תחת המשב"ל, חלקם עוסקים בסוגיות של שלום וביטחון, חלקם באיכות סביבה, בסחר וכו'.
   2. למרות היעדר אכיפה ממוסדת, רמת הציות למשב"ל נחשבת לגבוהה מאוד. אמנם ההפרות זוכות לעיקר תשומת הלב, אך לרוב יש ציות לכללים. למדינות חשוב להראות ולגרום לשאר המדינות להבין שהן מצייתות. ישראל היא דוגמה מובהקת לזה (פסקי דין כמו גדר ההפרדה והסיכולים הממוקדים העוסקים בניתוח של המשב"ל. בית המשפט רוצה להראות שהוא מבין שהמעשים של המדינה חוקיים לא לפי חוקי המדינה אלא לפי המשב"ל). שיח זה חלחל בשנים האחרונות גם לדרגים הפוליטיים, לדוגמה פס"ד של העליון שקבע שצריך לפנות את אלאחמר באיו"ש. מי שעצר את הפינוי היא הממשלה. נתניהו הסביר שהוא לא מפנה בעת הזו את אלאחמר מאחר שהוא לוקח בחשבון את החשש שנושא זה יגיע לבית הדין הבינ"ל הפלילי (ICC). בית הדין הבינ"ל הפלילי מנהל בדיקה מקדמית בנוגע להפרות של ישראל ושל ארגוני הטרור הפלסטיניים במסגרת הסכסוך. רוה"מ לא נשאר אדיש לכך, והוא יודע שאחד השיקולים שהוא צריך לקחת בחשבון הוא הדין הבינ"ל.
   3. הסיבה המרכזית שבסופו של דבר מניעה מדינות לציית למשפט הבינ"ל היא הדדיות. מדינה בד"כ מצייתת כי חשובים לה משטרי שיתוף הפעולה הקיימים במשב"ל, והיא יודעת שאם היא תציית זה מגביר את הסיכוי ששאר המדינות יצייתו גם הן. מדינות לא סתם נכנסות למשחק הזה של ארגונים בינ"ל, יש להן אינטרסים וזה מה שמניע אותן בראש ובראשונה. הן יודעות שכדי לקדם את האינטרסים שלהן הן צריכות לפעול בהתאם לכללים של הארגונים הבינ"ל.
   4. מכאן שהמשפט הבינלאומי נחשב יותר ויותר כשיטת משפט "עם שיניים".
   5. דברי מזוז מועדת וינוגרד – "אני זוכר כסטודנט בפקולטה למשפטים, בשיעור הראשון של משפט בין לאומי פומבי, תמיד הוצבה השאלה: האם המשפט הבין לאומי הוא משפט. אני מניח שכל מי שלמד בדור שלנו, עבר את השאלה הזאת. הטענה העיקרית למה המשפט הבין לאומי הוא אולי לא משפט, כי אי אפשר לאכוף אותו. אין משמעות למשפט אם אין לו אכיפה, זה יכול להיות מוסר, כל מיני כללים, אבל זה לא משפט אמיתי. אבל היום, לדעתי, אני חושב שכבר לא שואלים את השאלה הזאת. היום המשפט הבין לאומי מנהל את חיינו לא פחות, ולדעתי בעוד עשר או עשרים שנה, אפשר להגיד יותר, מאשר המשפט הפנימי. בכל התחומים, לא רק בתחום של דיני המלחמה שאנחנו עוסקים בו. התחומים הכלכליים, זכויות האדם.... הריבונות של המדינות הולכת ומצטמצמת והמשפט הבין לאומי הולך והופך להיות מעין השפיץ של פירמידת הנורמות. הוא הופך להיות התחליף לחוקה המדינתית".

**התפתחות המשפט הבינלאומי המודרני**

**הקדמה**

1. **הולדת המשפט הבינלאומי המודרני**
   1. המשפט הבינלאומי הוא לא תופעה חדשה לגמרי. גם בעולם העתיק (למשל יוון העתיקה) היה אלמנט של משפט בינלאומי ביחסים בין ערי המדינה השונות. תאריך הלידה המוסכם של המשפט הבינ"ל המודרני הוא 1648.
   2. המשפט הבינ"ל המודרני קשור בטבורו בשני דברים יסודיים:
      1. הופעת המדינה המודרנית.
      2. התפתחות מערכת פוליטית המבוססת על ריבוי של מדינות (Multistate System) שלהן גבולות קבועים ושלטון אפקטיבי מרכזי.

**ימי הביניים**

1. המשפט הבינ"ל בהתפתחות הראשונית שלו הוא סיפור אירופאי. בימי הביניים היה מושג אמורפי של מדינה. כבר אז מכירים אישיויות פוליטיות שנקראות בריטניה, צרפת וכו'. עם זאת, יחידות פוליטיות אלו נעדרות זהות לאומית, אין להן גבולות קבועים (הייתה שיטה פאודלית ולכן זה היה תלוי בגחמות של האצילים). אין צבא אחיד (היו צבאות אישיים לכל אציל). לכן ניתן להבין שרעיון הריבונות מאוד חלש באותה התקופה.
2. כל הממלכות באותה העת היו כפופות לגוף שנקרא הקיסרות הרומית הקדושה (קיסרות שייסד קארל הגדול במאה ה-8 כאיחוד פוליטי של אירופה הנוצרית). היה ביזור רב של סמכויות שלטוניות למלכים שהיו כפופים לקיסר. בנוסף, הממלכות היו כפופות מבחינה דתית לכנסייה הקתולית, שבראשה האפיפיור. באותה העת העולם נעדר כל הפרדה בין דת למדינה, ולאפיפיור הייתה סמכות חקיקה משמעותית (היה מחוקק ומיישב סכסוכים). לכנסייה יש משמעות נורמטיבית.
3. לאורך השנים יש מאבקי כוח בין הקיסר לבין האפיפיור, כשעם השנים האפיפיור הוא זה שרוכש יותר השפעה פוליטית ונורמטיבית. עם זאת, במאה ה-16 גם הקיסר וגם האפיפיור מתחילים לאבד יותר ויותר מהכוח שלהם. באותה העת מתחזק הזרם הפרוטסטנטי שצובר אומץ וכוח לקרוא תיגר על הכנסייה הקתולית, מה שמוביל ליותר נסיכויות לאמץ זהות פרוטסטנטית (דוגמת הולנד או שוויץ). נסיכויות אלו מבקשות לנהל את ענייניהן בעצמן, בלי הקיסר והאפיפיור. השיא של תהליך זה מגיע בשנת 1648, בה הסתיימה מלחמת שלושים השנים. מדובר במלחמה ארוכה שבמסגרתה הסדר העולמי הישן של אירופה בראשות האפיפיור והקיסר מנסה לשמר את השלטון שלהם, אך הם לבסוף חוטפים תבוסה קשה. בין הנושאים על הפרק במלחמה היה מעמד הנסיכויות במרכז אירופה ובמערבה, ובפרט הפרוטסטנטיות. מכאן שב-1648 סדר העולם הישן קורס סופית.
4. **הסכמי ווסטפליה** – הסכמים שנחתמו באירופה בסיום מלחמת 30 השנים. בהסכמים אלו מכירים בעצמאות של מדינות רבות באירופה לצד חופש דת (כל מדינה לפי מה שהיא בוחרת). הנסיכויות משתחררות מעול הקיסרות והכנסייה הקתולית. לנסיכויות ניתנת רמה מאוד גבוהה של אוטונומיה, שבאה לידי ביטוי בין היתר ביכולת שלהן לנהל בעצמן את יחסי החוץ שלהן. משמעות ההסכמים היא אובדן שליטה של הקיסרות ושל הכנסייה הקתולית וכן יצירה של מערכת עם הרבה מדינות עצמאיות שאינן חשופות להתערבות בנעשה בשטחן. משמעות נוספת של הסכמים אלו היא התמוטטות הסדר המשפטי הקודם שהיה קיים בזמן הסדר הישן (הכנסייה מאבדת את הכוח שלה כגורם נורמטיבי שאיחד את הסדר הפוליטי שהיה באירופה). המערכת הנורמטיבית שבאה להחליף את המערכת המשפטית של הסדר הישן היא המשפט הבינ"ל, שנולד מתוך צורך במערכת כללים חדשה שתסדיר את היחסים בין כל המדינות העצמאיות שקמו.
5. במקביל קורים הליכים חשובים בעולם כמו גילוי יבשות והתפתחות משמעותית בתעבורה הימית. ברגע שזה קורה נוצרים יותר חיכוכים בין מדינות, מה שמחדד עוד יותר את הצורך באותה מערכת כללים חדשה של משפט בינ"ל שתסדיר את היחסים והחיכוכים הגוברים בין מדינות עצמאיות.

**התהוות המשב"ל המודרני**

1. התהוות של מערכת כללים חדשה שנועדה להסדיר את היחסים בין המדינות המודרניות שצומחות במאה ה-17. תחילה אלו מדינות פרוטסטנטיות וקתוליות, ובהמשך גם לא נוצריות. מערכת זו כבר לא יכולה להישען על הדין הדתי, מאחר שעליו לא תהיה הסכמה.
2. **במערכת זו יש עקרונות יסוד**
   1. ריבונות – למדינה ריבונית חופש פעולה מלא בשטחה. עקרון זה הוא ראשית ראשיתו של המשב"ל.
   2. מעמדה של מדינה בקהילה הבינ"ל אינה מותנה בהיותה קתולית.
3. **השלב הראשון (1648-1815)**
   1. בשלב זה מלומדים משחקים תפקיד מאוד חשוב. הם הראשונים להניח כללים פוזיטיביים למשב"ל, המפורסם בהם הוא גרוטיוס (מכונה אבי המשב"ל). שני התחומים הבסיסיים של המשב"ל הם דיני הלחימה ודיני הים. הסיבה לכך היא שזה מה שהיה נפוץ באותה העת (היו לחימות רבות בין מדינות והתחבורה הימית התפתחה מאוד). אחד הכללים היסודיים שטובע גרוטיוס הוא חופש השיט בים הבינ"ל. בשטח הפתוח בלב ים לכולם מותר לשוט ולדוג, ואף מדינה לא יכולה למנוע מחברתה את השיט בים הבינ"ל.
   2. המשפט הבינ"ל ממלא תפקיד צנוע בחיי הקהילה הבינ"ל מאחר שהאינטראקציה בין המדינות מועטה. עם זאת, עקרון הריבונות כבר בשלב זה קונה מעמד של עקרון יסוד; בתוך המדינה יש שלטון אבסולוטי של השליט ומחוץ למדינה יש איסור של התערבות כלשהי בעניינים הפנימיים.
4. **השלב השני (1815-1919)**
   1. המשפט הבינ"ל מתקדם מקריסה של סדר עולמי אחד לקריסה של סדר עולמי אחר. 1815 מסמנת קריסה נוספת של סדר עולמי ישן, שמאיצה בצורה משמעותית את ההתפתחות של המשב"ל, גם במישור הנורמטיבי אבל גם במישור של התפתחות מוסדית (לא רק כללים אלא גם מוסדות רלוונטיים למשב"ל).
   2. הגורמים לשינוי
      1. המהפכה התעשייתית – התחזקות התעשייה מובילה להגברת האינטראקציה בין המדינות. בנוסף, התפתחות טכנולוגית של אותה העת מובילה להמצאה של כלי נשק מתקדמים, מה שמגדיל את הפוטנציאל של מדינות במלחמה ומגביר את הצורך בהסדרת היחסים בין המדינות.
      2. קריסת הסדר הישן – המהפכה הצרפתית, מלחמת נפוליאון. ניסיון להחזיר יציבות.
      3. הרחבת הקהילה הבינ"ל (ארה"ב, פרס, יפן, טורקיה, סין ועוד).
   3. התפתחויות מרכזיות
      1. הקמת הארגון הבינ"ל הראשון – הקונצרט של אירופה 1815. כינוס זה מכונס בפעם הראשונה ב-1815 מתוך רצון להביא לפורום התדיינות וגיבוש כללים מוסכמים בין מדינות אירופה. המפגש היה כה מוצלח עד כדי שהוא הפך להיות ארגון שהתכנס עוד 30 פעמים. הוא מגבש כללים מרכזיים בתחומים כמו מאבק בעבדות.
      2. ועידות בינ"ל (האג 1899, 1907) – אלה כינוסים מכוננים במשפט הבינ"ל מכמה בחינות:
         1. היקף ההשתתפות אוניברסלי – כל מדינות העולם באותה העת מוזמנות לוועידות.
         2. אמנות יוצרות חוק – גיבוש סדרת אמנות. אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום בה בפעם הראשונה הקהילה הבינ"ל רוצה לתת למדינות יותר כלים ליישב סכסוכים ביניהן בדרכי שלום (כללי בוררות וכדו') ע"מ שמדינות יפנו פחות לפתרון מלחמתי. אמנה זו קובעת כללים ליישוב סכסוכים בין מדינות, והיא מגובה בהקמה של מוסד בינ"ל (Permanent Court of Arbitration שפועל מ-1899 עד היום). אמנה נוספת היא אמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה. על רקע זה שפוטנציאל המלחמה הפך להיות קטלני יותר, המדינות מחליטות לנסח אמנות להסדרת הנושא. מדובר באחת האמנות המכוננות בתחום דיני המלחמה והיא מניחה כללים בסיסיים של מה מותר ומה אסור למדינה לעשות בזמן מלחמה (מה קורה כשתופסים שבויי מלחמה, איזה רכוש מותר להרוס בזמן מלחמה ועוד).
      3. על רקע כל זאת, ניכר שימוש גובר בבוררות בינ"ל ככלי ליישוב סכסוכים.
   4. המשותף לכל ההתפתחויות הוא נכונות המדינות לוותר על נתחים מהריבונות שלהן. נכונות זו נובעת מכך שהמשב"ל משרת אינטרסים שלהן (אם הן יפעלו לפי הכללים הן יכולות לדעת שגם שאר המדינות יעשו זאת). בנוסף, נכונות זו קריטית באותה העת בה שיתוף הפעולה בין המדינות הלך וגבר. חשוב לזכור גם שהכפפת מדינה לכללים של המשב"ל מתרחשת בעצמה באמצעות הריבונות של אותה המדינה. מדינה מסוימת מחליטה על עצמה, באמצעות הריבונות שלה, שהיא מוכנה לוותר על חלק מריבונות זו ע"מ להבטיח יחס מסוים ממדינות אחרות.
   5. לסיכום – התקופה השנייה, המכונה תקופת האג, משקפת אופטימיזם מאוד גדול ותקווה לשיתוף פעולה של המאה ה-19. בפועל, גם עם כל האמנות של דיני המלחמה ויישוב הסכסוכים, שיטת האג נכשלה (בסופו של דבר קרו שתי מלחמות העולם).
5. **השלב השלישי (ראשית המאה ה-20, מ-1919 עד היום)**
   1. שלב זה מאופיין בניסיונות יותר משמעותיים ליצור סדר עולמי מובנה באמצעות אגרונים בינ"ל. כחלק מניסיונות אלו ישנה העברת נתחים מריבונות המדינות לגוף קבוע בעל אישיות משפטית (חבר הלאומים שהוקם לאחר מלחה"ע הראשונה. מטרתו הרתעה בפני תוקפנות, הגבלת שימוש בכוח וחיזוק יישוב סכסוכים). לצד חבר הלאומים מכוננים לראשונה בית משפט בינ"ל לצדק (PCIJ) שישב תחילה בהאג. חבר הלאומים נכשל מסיבות שונות (למשל, ארה"ב מעולם לא הייתה חברה בו).
   2. לאחר מלחה"ע השנייה ישנו ניסיון יותר משמעותי בדמות האו"ם. בפעם הראשונה בעולם נקבע איסור מפורש על שימוש בכוח בין מדינות באמנה בינ"ל. כבר בס' 2(4) למגילת האו"ם נקבע איסור קטגורי חד וחלק על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות. לא רק איסור ברור ונחרץ, נותנים למועצת הבטחון סמכויות אכיפה בתחום השלום הבינ"ל (כמו להורות על סנקציות כלכליות נגד מדינה מסוימת). לצד האו"ם מוקמת הזרוע השיפוטית של האו"ם, בית המשפט הבינ"ל לצדק (ICJ). גם כאן ניכר שהמשפט הבינ"ל מתפתח כתגובה לקריסה של סדר ישן. עם זאת, פה ישנה עליית מדרגה משמעותית ברמה המוסדית, לצד המשך התנופה החקיקתית. חשוב לזכור שהאו"ם הוא לא "ארגון על"; עקרון הבסיס של שיטת המדינות הווסטפיליאניות נותר, והוא מסגרת לשת"פ בין מדינות ריבוניות. מכאן שעדיין מקדשים את הריבונות של המדינות ואסור להתערב בעניינים הפנימיים של המדינות הנוגעים לריבונות שלהן.
6. **התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות**
   1. תחומי עיסוק מתרחבים – בנוסף לתחומים הקלאסיים. דיני סחר, משב"ל פלילי (בגין פשעים כמו רצח עם ניתן להעמיד לדין פרטים של מדינות בבית המשפט בהאג), דיני איכות הסביבה, חלל, פליטים, דיני זכויות אדם. שינוי ממודל "כדורי הביליארד" שהיה מזוהה עם ההסדר הווסטפיליאני (כל מדינה היא כמו כדור והמשב"ל מנסה להסדיר רק את ההתנגשויות בין הכדורים), למודל שעוסק גם במה שקורה בתוך הכדור. המשב"ל למעשה מכתיב למדינות איך עליהן להתנהל מול האזרחים שלהן.
   2. התרחבות בפן הארגוני – בצד חבר הלאומים והאו"ם, מספר רב של ארגונים בינ"ל. ככל שיש יותר ארגונים שמנסים להסדיר יותר נושאים הנוגעים להתנהלות המדינות ישנו יותר כרסום בריבונות של המדינות. עם זאת, חשוב לזכור שהמדינות עצמן הן אלו שמובילות לכרסום זה. מכאן נלמד מונח הממשל הגלובלי (Global Governance), שהוא ממשל שמסדיר נושאים הנוגעים לפרטים במדינות.
   3. התרחבות הקהילה הבינ"ל – אם בראשית המאה ה-20 מדברים על קהילה בינ"ל של כ-50 מדינות, היום מדובר על כמעט 200 מדינות (ע"ר הליכי דה-קולוניזציה באפריקה ובמזה"ת).
   4. שחקנים נוספים לצד המדינות – אם בעבר המדינות היו השחקן המרכזי והבלעדי בכל הקשור למשפט הבינ"ל, היום המדינה היא השחקן המרכזי אך לא הבלעדי. ישנם ארגונים ממשלתיים, ארגונים לא ממשלתיים, תאגידים, אנשים פרטיים (גישה ישירה לערכאות בינ"ל). מדובר בכרסום נוסף במודל כדורי הביליארד.
   5. מגמה של העברת סכסוכים להכרעה שיפוטית – הקמת בתי דין קבועים רבים לצד ה-ICJ.
   6. משבר – בשנים האחרונות יש יותר ויותר מלומדים שמדברים על משבר שהמשב"ל ניצב מולו או יהיה ניצב מולו, ע"ר התפתחויות שונות כמו הברקזיט, יציאה של מעצמה כמו ארה"ב מהסכמים בינ"ל ועוד. ייתכן שהמשב"ל נהיה חזק מדי, מה שמוביל לריאקציה מצד גופים שונים.

**מקורות המשפט הבינלאומי**

**סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק**

1. כשעולה שאלה לגבי חוקיות של פעולה מסוימת שמדינה מבצעת בגבולות מדינה אחרת, עולה שאלה מקדימה והיא לאילו מקורות פונים ע"מ לבדוק את החוקיות של אותה הפעולה. ישנם מקורות שונים אליהם ניתן לפנות כמו מגילת האו"ם, מנהגים, הסכמים בין מדינות ועוד.
2. ס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק (האמנה המכוננת את ה-ICJ) הוא המקביל לס' 1 לחוק יסודות המשפט. ס' 1 לחוק יסודות המשפט מונה את המקורות המשפטיים של השיטה: החקיקה, ההלכה הפסוקה ועקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. ס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק קובע שבית הדין ינהג לפי: הסכמים בינלאומיים כלליים או פרטניים (האמנה); מנהג בינלאומי כעדות לנוהג כללי המקובל כדין (נוהג שמדינות מצייתות לו מתוך תחושת מחויבות); עקרונות משפט כלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות; החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר, בתור אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט. כמו כן, ס' 38(2) קובע שבית הדין רשאי לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך (חשוב לציין שלא היה שימוש בסעיף זה מאחר שבעלי הדין, שהן המדינות, לא יסכימו לכך שבית הדין יפסוק לפי הצדק והיושר).
3. **חשיבות סעיף 38**
   1. חשיבות תיאורטית – ס' 38 מהווה כלל הכרה התוחם את גבולות השיטה ומספק קריטריון לתיקוף כלליה. למעשה, סעיף זה נותן מענה לאלו שטוענים שהמשב"ל אינו שיטת משפט מאחר שחסר לו כלל הכרה.
   2. תכלית פרקטית – הסעיף מונה באילו מקורות על בית הדין להשתמש ביישוב סכסוכים. עם זאת, למרות שהסעיף עוסק במקורות המחייבים את ה-ICJ, מקובל שהסעיף קובע מקורות של נורמות המשב"ל באופן כללי. זאת מאחר שה-ICJ הוא הזרוע השיפוטית של האו"ם, וככזה כל 193 המדינות שחברות באו"ם הן באופן אוטומטי צד לחוקת ה-ICJ. מעבר לכך, סעיף זה נכתב בתחילת המאה ה-20, כחלק מחוקת ה-PCIJ. בשל כך הוא הפך לחלק מהמסורת המשפטית הנוהגת.
4. **סוגי מקורות**
   1. מקובל לראות את ס' 38 כמגדיר שני סוגי מקורות: מקורות ראשיים ומקורות משניים.
   2. מקורות ראשיים – אמנה, מנהג ועקרונות כלליים.
   3. מקורות משניים – פסקי דין והספרות. המקורות המשניים אמנם לא מגדירים נורמות מסדר ראשון, אבל יש להם משמעות בהבנת הנורמות בסדר הראשון.
5. **יסוד ההסכמה בבסיס המקורות**
   1. אחד ההיבטים שנגזרים מתוך עקרון הריבונות הוא יסוד ההסכמה (Consent) שנמצא בבסיס כל אחד ממקורות המשב"ל. ס' 38 מנוסח בזמן שהמדינות מחוקקות את חוקת ה-PCIJ בתחילת המאה ה-20. בזמן ניסוח החוקה, עדיין שולטת במשב"ל הגישה הוולונטריסטית, אשר מקדשת את עקרון הריבונות ואומרת שבמשב"ל מדינות כפופות אך ורק לכללים שהן הסכימו להם. בשל כך, שלושת המקורות הראשיים מבטאים אלמנט של הסכמה בצורה כזו או אחרת. אמנה מעידה על הסכמה מפורשת של המדינה. מנהג מעיד על הסכמה משתמעת, מאחר שמדרך ההתנהגות של מדינה לומדים שהיא אכן מכפיפה עצמה לאיזושהי נורמה בינ"ל. הסכמה למנהג פחות ברורה מהסכמה לאמנה. עקרונות כלליים מבטאים איזושהי הסכמה מכללא, כשההיגיון אומר שחזקה על כל המדינות שהן מסכימות לעקרונות כלליים מסוימים מאחר שהם כה בסיסיים. בגלל שעקרון היסוד של הסכמה כל-כך בסיסי במשב"ל, הוא מסביר למה ככלל פסקי דין בינ"ל מחייבים רק את הצדדים למקרה הספציפי. כלל זה מוצא ביטוי מפורש בס' 59 לחוקת ה-ICJ. הסיבה לכך היא שרק המדינות המסוכסכות נתנו לבית הדין את הסמכות לדון במקרה, ולכן רק הן כפופות להחלטת בית הדין. בשל כך, לפחות ברמת העקרון, אין תקדים מחייב במשב"ל.
   2. לפי הגישה המסורתית במשב"ל, ההסכמה של המדינה היא הבסיס הנורמטיבי ומקור הלגיטימציה של כללי המשב"ל. ההסכמה היא זו שמעניקה סמכות למקורות המשב"ל, ושבגינה צריך לציית להם. הקושי בגישה המסורתית: יש הרבה פיקציה ביסוד ההסכמה (ניכר בצורה בולטת כשדנים על מנהג. כדי שמנהג יהיה מחייב לא הולכים לראות מה כל המדינות עושות אלא בוחנים קבוצה משמעותית של מדינות מרכזיות). למרות זאת, מנהגים, מהרגע שהוכרו כמנהג מחייב, מחייבים את כל המדינות. פיקציה זו מתחדדת כשדנים על מדינות חדשות (היום פחות נוצרות מדינות חדשות אך בעבר זה היה יותר נפוץ). מדינות חדשות מחויבות בכל המנהגים שהיו תקפים בשעה שהן נוצרו. קושי נוסף בגישה המסורתית הוא שהיום הרבה מהנורמות של המשב"ל לא שואבות מאמנות או ממנהגים אלא מהחלטות של ארגונים שונים.
6. **היררכיה בין המקורות** – עולה השאלה האם הסעיף קובע היררכיה בין המקורות השונים. כעקרון אין היררכיה בין המקורות. ס' 38 לא אומר דבר על חשיבות מקור כזה ביחס למקור אחר. כל המקורות שואבים מעמדם מאותו מקור הסמכות (הסכמה). עם זאת, בפועל, במקרים ספציפיים יכולה להיווצר היררכיה מסוימת. היא לא היררכיה שנגזרת מהדין, אבל הרבה פעמים האמנות יהיו הרבה יותר ספציפיות ומפורטות ולכן ירצו להסתמך עליהן יותר מאשר על מנהג שהוא אמורפי.
7. **מקורות נוספים**
   1. רשימת המקורות בס' 38 אינה ממצה. ישנם מקורות נוספים מהם שואב המשב"ל.
   2. הצהרות חד-צדדיות – התחייבות רצונית של מדינה. מדינות יכולות לקחת על עצמן התחייבות ללא התחייבות של אף מדינה אחרת. לדוגמה, ההצהרה של מדינת ישראל שהיא לוקחת על עצמה לקיים את המחויבויות ההומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית באיו"ש ובעזה. לישראל הייתה טענה שאמנת ג'נבה לא חלה על שטחי איו"ש ועזה, אך לצד טענות אלה ישראל כבר בראשית שנות ה-70 מתחייבת שהיא נוטלת על עצמה לקיים את המחויבויות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית.
   3. החלטות של ארגונים בינ"ל – במובן מסוים, גם מבטאות הסכמת המדינות שהן צד לארגון (המדינות הן אלו שנותנות לארגונים את המנדט לקבל החלטות). יש כיום מאות ארגונים בינ"ל, והם מקבלים המון החלטות. חלק מההחלטות מחייבות מבחינה משפטית וחלקן לא.

**אמנות בינלאומיות**

**הקדמה**

1. ס' 38 מונה את סוגי ההסכמים הבינ"ל:
   1. אמנה = Treaty
   2. הסכם = Agreement
   3. מגילה = Charter
   4. פרוטוקול = Protocol
   5. אמנה, ספר הברית = Covenant
   6. חוקה = Statute
2. למילים אלו משמעות טקסית בלבד, ואין להן משמעות משפטית כל עוד המסמך שמדברים עליו עומד במספר תנאים שמופיעים בס' 2 לאמנת וינה (אמנת האמנות). לפי ס' 2, אמנה היא "הסכם בינ"ל המסוכם בין המדינות בכתב, ונשלט ע"י המשב"ל, בין אם נקבע במסמך אחד, או שניים, או יותר, וללא תלות בכינויו הספציפי".

**יסודות האמנה**

1. **הסכם** – מדינות נכנסות למשהו שהן מסכימות לו.
2. **בין מדינות** – לכל מדינה סמכות לכרות אמנות. היא מכירה בזכות יסודית זו מתוך עקרון הריבונות. דרך זה מדינות יכולות להוות שחקניות במשב"ל. אמנת וינה 1969 מתייחסת רק לאמנות בין מדינות, אך יש אמנה מאוחרת יותר (וינה 1986) המתייחסת גם לאמנות בין ארגונים בינ"ל.
3. **בכתב** – ההסכם חייב להיות בכתב.
4. **כפוף למשפט הבינלאומי** – מדובר בתנאי חשוב ביותר. האמנה לא כפופה לדין הספציפי של מדינה כזו או אחרת. לכן, אם למשל מגיעה ארה"ב וחוכרת שטח בהרצליה לשגרירות שלה, זו לא תהיה אמנה בינ"ל מאחר שזה חוסה תחת דיני החוזים במשפט הישראלי.

**הבחנות בין סוגי אמנות**

1. **אמנה דו-צדדית (Bilateral) / רב-צדדית (Multilateral)** – זו ההבחנה הראשונה שנוטים לעשות במשב"ל. אמנה דו-צדדית היא בין שתי מדינות בעוד שאמנה רב-צדדית היא בין שלוש מדינות או יותר (בד"כ מדובר על עשרות מדינות). ההבדל הברור בין שני סוגי האמנות הוא מספר המדינות המתקשרות באמנה. לצד זאת, יש הבדל בתרופות שעשויות לצמוח לצד נפגע כתוצאה מהפרה של האמנה. בד"כ תרופות אלו יהיו הרבה יותר חזקות ומשמעותיות כשמדובר באמנה דו-צדדית, כשצד אחד נפגע מהפרה של הצד השני. נפקות נוספת נוגעת למוסד ההסתייגות של מדינה מהוראה מסוימת באמנה. מוסד זה לא מאוד רלוונטי לאמנות דו-צדדיות (אין טעם להסתייג מהוראה מסוימת באמנה דו-צדדית מאחר שאם מדינה מסתייגת מהוראה מסוימת היא כנראה לא תיכנס לאמנה).
2. **אמנה חוזית (Contractual Treaty) / יוצרת חוק (Law making Treaty)** – בהקבלה למשפט המדינתי, אפשר להגיד שאמנות אלו מקיימות פונקציות שונות בהסדרת חיי הקהילה הבינ"ל. אמנה חוזית דומה לחוזה במשפט המדינתי ומטרתה להסדיר עניינים בין שני צדדים קונקרטיים. יהיו בה חיובים שלובים של הצדדים לטובת הסדרת אותם העניינים. דוגמה לאמנה חוזית היא הסכמי סחר בין מדינות (כמו הסכמי הסחר בין ישראל לארה"ב או לאירופה), אמנות למניעת כפל מס, או אמנות הסגרה. אמנה יוצרת חוק דומה לתפקיד שמשחק חוק במשפט המדינתי ומטרתה לקבוע עקרונות משפט החלים על כלל הקהילה הבינ"ל. דוגמאות לכך הן אמנת הג'נוסייד (איסור רצח עם), אמנות ג'נבה (כללי התנהלות בזמן מלחמה), מגילת האו"ם. בדומה לחוק, אמנות יוצרות חוק מחייבות את המדינות ללא קשר לשאלה האם מדינה כזו או אחרת מפרה את האמנה. כמו שבמשפט הישראלי אסור לגנוב (מי שגונב מבצע עבירה פלילית, וזה שפלוני גנב אתמול לא נותן לאף אחד לגיטימציה לגנוב), כך גם במשפט הבינ"ל אם אסור לעשות דבר מה ומישהו עושה זאת אין לגיטימציה להפר את האמנה.
3. עולה השאלה, האם מספר הצדדים לאמנה קובע את אופייה כאמנה חוזית או כאמנה יוצרת חוק. בד"כ רואים מתאם בין אמנה שהיא דו-צדדית למהות החוזית שלה. אמנות הסגרה למשל הן בד"כ דו-צדדיות. עם זאת, אמנות רב-צדדיות יכולות ללבוש שתי צורות. ברוב המוחלט, כשמדברים על אמנה רב-צדדית מדברים על אמנה יוצרת דין (דוגמת אמנת הג'נוסייד, אמנות ג'נבה, אמנת ציד לויתנים וכו'). לצד זאת, יש גם מקרים (פחות נפוצים) בהם נראה אמנות רב-צדדיות חוזיות (למשל הסכם ה-WTO, אמנת ההסגרה האירופית).
4. **אמנה דקלרטיבית / קונסטיטוטיבית**
   1. אמנה דקלרטיבית – אמנה הצהרתית. הרבה פעמים לא מדובר בדבר מה חדש, אלא הצהרה על דין קיים. אמנה דקלרטיבית היא אמנה שכוללת בתוכה נורמות שהן מנהגיות (נורמות שמחייבות גם מדינות שמעולם לא עשו את אקט ההצטרפות לאמנה). דוגמה לכך היא אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961), שהוראותיה הפכו לכל-כך מקובלות בעולם כך שגם המדינות שמעולם לא הצטרפו מסכימות בהתנהגות שלהן להוראות האמנה. היא קנתה לעצמה מעמד של אמנה מנהגית. דוגמה נוספת היא אמנת ג'נבה הרביעית (1949) העוסקת בהגנה על אזרחים בדבר מלחמה. ישראל ניסתה לטעון לפני כמה עשורים שאמנה זו לא משקפת משפט מנהגי, אך היום היא כבר לא טוענת טענה זו.
   2. אמנה קונסטיטוטיבית – אמנה שכולה או בחלקה מכוננת נורמות חדשות. נורמות אלו הן לא בעלות מעמד מנהגי, ולכן רק המדינות שעשו את אקט ההצטרפות לאמנה מחויבות בהן. ברוב המקרים, אמנות יכללו בחלקן הוראות דקלרטיביות ובחלקן הוראות קונסטיטוטיביות. לדוגמה – בשנת 1977 הקהילה הבינ"ל מגבשת שני פרוטוקולים נוספים לאמנת ג'נבה הרביעית. אלו שתי אמנות חדשות לחלוטין ונפרדות (פרוטוקול שעומד במאפייני אמנה הוא אמנה). הפרוטוקול הראשון מניח כללים חשובים בדיני הלחימה של המשב"ל. ישראל וארה"ב מעולם לא הצטרפו לפרוטוקולים הללו. עם זאת, העובדה שישראל מעולם לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון מבין השניים, לא אומרת שישראל לא חייבת בחלק מהוראותיו (אלו המשקפות משפט מנהגי, ההוראות הדקלרטיביות). אחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה נקרא עקרון ההבחנה (בזמן מלחמה, לצד לסכסוך מותר לפגוע רק בלוחמי האויב ואסור לפגוע באופן מכוון באזרחים. הוא צריך לכוון את כל מתקפותיו רק נגד יעדים צבאיים ולא נגד יעדים אזרחיים). כלל יסוד זה בדיני הלחימה מעוגן בצורה הכי מפורטת בפרוטוקול הראשון מ-77'. כאמור, ישראל מעולם לא הצטרפה לפרוטוקול זה. למרות זאת, קובע בית המשפט העליון שישראל מחויבת בעקרון ההבחנה. הסיבה היא שסעיפים אלו הם דקלרטיביים, למרות שהם נמצאים לצד סעיפים קונסטיטוטיביים שישראל בחרה לא להכפיף עצמה אליהם. יכול להיות שאמנה תתחיל כקונסטיטוטיבית ותהפוך ברבות השנים לדקלרטיבית. לדוגמה, בית המשפט בנירנברג ששפט את הנאצים בתום מלחה"ע השנייה, נדרש לשאלה האם אמנת האג משנת 1907 בדבר דיני הלחימה ביבשה נחשבת ב-1945 לאמנה דקלרטיבית או שהיא עדיין אמנה קונסטיטוטיבית. בית המשפט בנירנברג מגיע למסקנה שהאמנה אכן קנתה לעצמה מעמד דקלרטיבי, ולכן יש להחיל אותה במקרים שמובאים לפניו.

**הצטרפות לאמנה**

1. **הליך דו-שלבי**
   1. ס' 11 לאמנת האמנות קובע איך מדינה יכולה להביע את הסכמתה לאמנה. עם זאת, הליך החתימה לא מספיק, ובד"כ נדרש גם אשרור. בפועל מדינות מצטרפות בתהליך דו-שלבי.
   2. בשלב הראשון יהיה טקס של חתימה על האמנה. חתימה זו מעידה על כוונת המדינה לבחון באופן חיובי את הצטרפותה לאמנה. ברגע שמדינה חותמת, צומחת לה חובה לא לפעול לסיכול תכלית האמנה (ס' 18). לכך יש סייג והוא אם הבהירה המדינה כוונתה שלא להצטרף לאמנה (למשל ישראל וארה"ב עם חוקת ה-ICC).
   3. השלב השני הוא אשרור, והוא דיון בפורום המתאים במדינה אם להצטרף לאמנה. אם המדינה מחליטה שהיא רוצה להצטרף, היא תשלח כתב אשרור (Depository) למי שמנהל את האמנה, ואז היא תהיה מחויבת משפטית לאמנה. כל מדינה קובעת את הליך האשרור שלה, כשבד"כ יש שני סוגים: במרבית מדינות העולם (ארה"ב, צרפת ועוד), מי שמוסמך לאשרר הוא הפרלמנט. אמנה הופכת עם קבלתה לדין מחייב במשפט הפנימי. במדינות אחרות (ישראל, אנגליה ועוד), הממשלה היא המוסמכת לחתום על האמנה ולאשרר אותה. על-פניו, המחוקק הוא לא בעל תפקיד בהליך האשרור, ולכן ברגע שמדינת ישראל מאשררת אמנה היא תחייב אותה במישור הבינ"ל (כחלק מניהול יחסי החוץ של המדינה) אבל היא לא בהכרח תהיה בעלת תוקף משפטי מחייב בתוף הדין הפנימי של המדינה (מאחר שהמחוקק לא אמר את דברו).
2. **הרעיון מאחורי ההליך הדו-שלבי** – גמירת דעת. רוצים לוודא שהמדינה לא חותמת רק בשביל הטקסיות, אלא שבאמת יהיה הליך של מחשבה שהתוצאה שלו הוא רצון של המדינה להצטרף לאמנה.

**הסתייגות**

1. מוסד ההסתייגות מאפשר למדינה להצטרף לאמנה תוך כדי שהיא מודיעה שהיא מסתייגת מהוראות מסוימות של האמנה. זה אפשרי רק באמנה רב-צדדית. למשל, הצטרפות ישראל לאמנה בדבר ביעור אפליית נשים (1979). באמנה זו ישנו סעיף (7ב) שעוסק בשוויון במשרות בשירות הציבורי. ישראל, שבהיבטים מסוימים מתנהלת לפי דין דתי, חוששת שיש מקומות בהם היא לא תוכל לעמוד בחובה זו (למשל במשרות שיפוט בבתי דין דתיים). לכן ישראל הסתייגה מהוראת סעיף זה.
2. **מדוע קיימת הזכות להסתייג** – כשמדובר על אמנות רב-צדדיות שיוצרות חוק, יהיה תמים לחשוב שניתן לגבש הסכמה על הכל בין המדינות. עם זאת, יש רצון שכמה שיותר מדינות יצטרפו לאמנות אלו. המוסד של הסתייגות מאפשר למשוך כמה שיותר מדינות, מתוך הבנה שהן לא יסכימו להכל אבל כן יסכימו לרוב הוראות האמנה. בכך מוסד ההסתייגות גם מכבד את עקרון הריבונות של המדינות.

**מאפייני אמנה**

1. **הכלל הבסיסי**
   1. אמנה מחייבת את הצדדים לה ויש לקיים אותה בתום לב (ס' 26 לאמנת וינה). בשמב"ל תו"ל נגזר מהנורמה העקרונית שהוא משתייך אליה (תו"ל בדיני מלחמה יהיה שונה מתו"ל בדיני מסחר). כשבית דין בא לשפוט פעילות של מדינה הוא מניח שהיא פעלה בתו"ל (ישנה חזקה). מעולם לא הייתה הפרה של תו"ל שהוכרה ע"י בית דין בינ"ל.
   2. היקף החובה
      1. מרגע שהפכה צד לאמנה, מדינה מחויבת לקיים אותה מול כל שאר הצדדים.
      2. מדינה שלא חברה לאמנה, חייבת רק בכלל המנהגי (אם קיים).
2. **יחס בין אמנה למשפט פנימי** – עקרון יסוד במשב"ל הוא שאי-אפשר להצדיק הפרה של אמנה על בסיס הוראות הדין הפנימי (ס' 27 לאמנת וינה). מדינה תצטרך לפתור את ההתנגשות הפנימית ע"מ לפעול בהתאם לאמנה. לא ניתן להתעלם מההסדר שקיים באמנה.
3. **תרופות במקרה של הפרה**
   1. כשמדינה מפרה אמנה, יכול להיות שהיא מפרה חובה פרוצדוראלית או מהותית. להבדיל מדיני החוזים המקומיים בישראל, אין צורך להיכנס לשאלה איזו סוג הפרה קרתה, אלא המונח היחיד הרלוונטי הוא המונח המוגדר באמנת וינה של הפרה מהותית. הפרה מהותית מוגדרת כהפרה שמסכלת את מטרת האמנה או את רוח האמנה.
   2. הפרת נגד / צעדי גמול – במקרים מסוימים, כשמדינה מפרה אמנה המדינה בצד השני יכולה לבצע צעדי גמול. זהו הדין העצמי שמדינות יכולות לעשות לעצמן במקרה של הפרה. רלוונטי בכל תחום מלבד תחומים המסדירים זכויות הומניטאריות או זכויות אדם (מאחר שאז מדובר בזכויות של פרטים ולא של המדינה).
   3. ביטול / השעיית האמנה
      1. אמנה בילטרלית – במקרה של הפרה מהותית, הצד הנפגע יכול להסתמך על ההפרה כבסיס לביטול האמנה או השעייתה, באופן כללי או חלקי.
      2. אמנה מולטילטרלית – במקרה של הפרה מהותית ע"י אחד הצדדים, הצדדים האחרים יכולים להסכים פה אחד לבטל או להשעות את האמנה מול הצד המפר או בין כל הצדדים. המדינות האחרות צריכות לשקול מה היחס שלהן למדינה המפרה ולהסדר שהופר ולהחליט האם מבטלים את האמנה בינן לבין המדינה המפרה או משעים אותה.
      3. נושא זה הרבה יותר תיאורטי מאשר מעשי, מאחר שבפועל יש עודף אמנות והסדרים ואין למדינות שומרי סף שבודקים איזו מדינה עומדת באיזו אמנה. המקרים שעולים על סדר היום הם מקרים עם פרופיל גבוה.

**מנהג**

**משל השביל**

1. המנהג הוא אחד משני המקורות העיקריים של המשב"ל (אמנה ומנהג). המנהג הוא מקור ותיק יותר, מאחר שהמשב"ל התחיל מהכרה בע"פ של עקרונות מסוימים שאח"כ הועלו על הכתב (למשל ריבונות).
2. משל השביל הואמשל של מישל דה-וישייר (מלומד בלגי). לפי המשל, אנשים מקימים כפר חדש, ובכפר החדש יש עדיין חלקים שהם שדה פרא (לא בנוי ולא מסודר). כשרוצים לעבור מנקודת עניין אחת לנקודת עניין אחרת, צריך לייצר שביל תוך כדי הליכה. שביל זה הוא שביל שבהתחלה הוא לא רשמי, ומה שהופך אותו לרשמי הוא שיותר אנשים הולכים בו והופכים אותו למקובל. יש כאלו שהולכים בו פעם ביום ויש כאלו שהולכים בו מספר פעמים ביום, אבל הוא במהרה הופך למשהו נהוג ומקובל באותו הכפר. שביל זה לא תמיד נוצר כמשהו יחיד, ולפעמים יש חלופות, אך בבוא העת זה השביל המרכזי בו משתמשים. בשלב זה הרשות המקומית יכולה להחליט שמגדרים את השביל או מאירים אותו.
3. **יצירת הנוהג** – השביל ממשיל את הנוהג. כשמדינות מחליטות למשל שהן לא רוצות להשתמש יותר בכוח ביחסים ביניהן צריך שתהיה מדינה ראשונה שתפסיק להשתמש בכוח, ואז שאר המדינות יצטרכו להחליט האם הן הולכות באותה הדרך. פסיעות הרגליים המשמעותיות הן של המדינות הפועלות בתחום או בעלות המשקל. למשל בדיני ים מדינה שיש לה חוף רלוונטית יותר ממדינה בלי חוף.
4. **מעבר מנוהג למנהג** – כדי לעבור מנוהג למנהג נדרש אלמנט נוסף והוא יסוד החובה. כל עוד מותר לקחת נתיבים אחרים ההליכה בשביל מהווה נוהג. רק כשירגישו שחייבם ללכת בשביל ודווקא בו, אז זה יהפוך למנהג.
5. **אלמנטים העולים ממשל השביל**
   1. מנהג הוא פרקטיקה שנוצרת תחילה באופן ספונטני בצורה מתמשכת, כללית ועקבית.
   2. עמימות אינהרנטית – מה משך הזמן שדרש ע"מ להפוך נוהג למנהג? כמה אנשים או מדינות דרושים לטובת הנחלת מנהג?
   3. קושי באיתור – גם כשיש שביל, כל עוד אינו מואר ומגודר, אנשים עשויים שלא לעבור בו. מכאן עולה השאלה איך בפועל מובילים מדינות לצעוד באותו השביל.
   4. למרות קשיים אלו, תחומים שלמים במשב"ל נוצרו בדרך של מנהג (דיני הים, אחריות בינ"ל של מדינות, דיני לחימה ועוד).

**התנאים להיווצרות מנהג**

1. ס' 38 מציב שני תנאים מצטברים, יסוד פיסי ויסוד נפשי. לכל יסוד יש מספר מרכיבים ורק השילוב שלהם יוצר מנהג (למשל פריסת שטיח אדום כשמקבלים דיפלומט למדינה מקיים את היסוד הפיסי אבל לא את היסוד הנפשי).
2. **יסוד פיסי – פרקטיקה (נוהג כללי)**
   1. פרקטיקה ממושכת
      1. מדובר בדרישת הזמן ע"מ להגדיר נוהג כמנהג. פעולה חד פעמית לא יכולה ליצור מנהג. תהליך התהוות המנהג לוקח זמן.
      2. מבחינת זמן מינימאלי, זה תלוי סיטואציה. למשל במרוץ החלל בין ארה"ב לרוסיה יש הטוענים שנוצר מנהג מקובל בין רגע, לעומת זאת בדיני הים קיימו נוהגים שונים במשך שנים מבלי שנוצר מנהג. לכן ניתן לקבוע שאין זמן מינימאלי וכן אין זמן מקסימאלי ליצירת מנהג.
      3. דוגמה – פרשת המדף היבשתי. פס"ד מ-1969 שעסק בחלוקה של משאב טבעי שנמצא על המדף היבשתי. החוף של מדינה ממשיך מתחת למים ויש לו קשר רציף לאדמת המדינה. יש מדפים יבשתיים ארוכים יותר ופחות (המרחק הממוצע הוא של 200 מיל אבל יש כאלו של 400 מיל) ובמדפים אלו ניתן למצוא הרבה משאבים טבעיים. כשיש מדינות שכנות חלקים מהמדף היבשתי יחפפו ולכן יהיה צריך לחלק אותו בין המדינות. במקרה זה המדינות הרלוונטיות היו דנמרק, הולנד וגרמניה. דנמרק והולנד החליטו לתבוע את גרמניה ב-ICJ ולבקש מבית הדין לקבוע כלל חישוב שעוגן באמנת ג'נבה לדיני ים מ-1958. דנמרק והולנד הצטרפו לאמנה אך גרמניה לא, והן רצו לכפות על גרמניה לציית לאמנה. הדרך היחידה לעשות זאת הוא לקבוע שהכלל הפך למנהג, מה שיחייב גם את גרמניה. בית הדין הבינ"ל לצדק קבע מספר דברים: קודם כל, נקבע ש-11 שנים הן לא הרבה זמן במונחים בינ"ל (קביעה שניתן לחלוק עליה היום בשל המהירות שבה החלטות מתקבלות ומידע עובר ממקום למקום). למרות שלא מדובר בהרבה זמן, עדיין ניתן לקבוע שנוצר מנהג. עם זאת, ניכר שלא היו מספיק מדינות רלוונטיות שפעלו לפי הכלל ע"מ להוכיח כלליות ועקביות. בשל כך היה נטל גדול יותר על דנמרק והולנד להוכיח שמתקיימים יסודות המנהג. הן לא הצליחו להוכיח זאת ולכן נקבע שאין חובה על גרמניה לציית לכלל. עד היום כלל החלוקה לפי אמנת ג'נבה לא הפך למשפט מנהגי. לעומת זאת, באמנת דיני הים משנת 1982 נקבע שחלוקה של מדף יבשתי תהיה לפי שיקולים שוויוניים (ולא לפי העקרונות שנקבעו באמנת ג'נבה).
   2. פרקטיקה עקבית
      1. נדרש שמדינות יהיו עקביות ביישום הכלל ולא ינהגו לפיו רק לפעמים. עולה השאלה מכאן כמה דורשים מהמדינות להיות עקביות. ניתן במקרים מסוימים לאפשר גמישות למדינות בקיום המנהג מה שיוצר חוסר עקביות מובנה בכלל מסוים (למשל במרחק המים הטריטוריאליים של כל מדינה).
      2. מתעוררת שאלה נוספת בהקשר של היחס בין רטוריקה לפרקטיקה. האם מדינה שמצהירה דבר אחד ופועלת בצורה אחרת מקיימת את דרישת העקביות (מה יותר חשוב, ההצהרה או העשייה). האינטואיציה אומרת שהעשייה חשובה יותר, אך למרבה ההפתעה בפס"ד פילרטיגה הגיעו למסקנה אחרת.
      3. פס"ד פילרטיגה – התקבל בבית דין לאומי בארה"ב (כל עוד דנו לפי כללי המשב"ל זה תופס). פרשה זו עסקה במתנגד משתר בפרגוואי בשם פילרטיגה שנתפס ע"י המשטר, עונה ונעלם. הקצין שחקר אותו עבר לגור בארה"ב וכך גם משפחתו של פילרטיגה. המשפחה הגישה תביעה מתוך חוק של ארה"ב לפיו ניתן להעמיד לדין בני אדם שהם לא אזרחים אמריקאים אם בוצעו הפרות של המשב"ל. היה ברור שעינויים הם הפרה של המשב"ל, עם זאת, באותם הימים לא הייתה אמנה בינ"ל נגד עינויים. מכאן עלתה השאלה האם מדובר במנהג שמחייב את כל המדינות או שמא מדובר בשאיפה מוסרית של המדינות. הנתבע טען שהרבה מאוד מדינות מענות למרות שהן מצהירות על זה שהן לא מענות, ובשל כך אין מנהג. התשובה של בית הדין (שנתפסה בהמשך כהנמקה מקובלת), היא שאם מדינות מצהירות שהן לא מענות אבל הן מענות בפועל, צריך לראות את התגובה שלהן לעינויים בפועל. אם המדינות טוענות שמאותו הרגע הן מחליטות שמקובלים עליהן העינויים אז לא מדובר במנהג. עם זאת, אם המדינות טוענות שהן מגנות עינויים, מתכחשות לפעולות אלו ומרחיקות עצמן מכך הרי שניתן להכיר בכך כמנהג.
      4. בשל כך, בבחינת השאלה האם התגבש מנהג יש לבחון לא רק את המעשים והמחדלים של המדינות אלא גם את הצהרותיהן ותגובותיהן לטענות המועלות נגדן בגין הפרת המנהג.
   3. פרקטיקה כללית
      1. צריך מספר גדול של מדינות שיפעלו בהתאם לדרך מסוימת, ועולה השאלה איך יודעים שמדובר במספר מספק. התשובה היא שצריך רוב מסוים ע"מ ליצור מנהג. מבחינת רוב זה, יהיה משקל משמעותי יותר למדינות חשובות וכאלו הרלוונטיות לתחום (למשל בדיני מלחמה ישראל וארה"ב יהיו רלוונטיות יותר משוויץ).
      2. ע"מ להחליט שהפרקטיקה אכן כללית ניתן להשתמש בפיקציה המשפטית של הסכמה בשתיקה. מדינות יכולות בשל שיקולים שונים להחליט לא להתנגד למנהג מסוים, והוחלט להסתכל על שתיקה זו כהסכמה של אותן המדינות. באשר למדינות חדשות, ישנם מנהגים שונים שיחייבו אותן ברגע שהן קמות. יש כאן אלמנט של חוסר צדק מסוים כלפיהן אך הוא נסבל. מכאן שכלליות היא הסכמה פוזיטיבית של קבוצה משמעותית ואי התנגדות מצד קבוצה משמעותית של מדינות.
      3. התנגדות מועטה של מדינות לא שוללת את קיום הכלל (בעיקר אם אין למדינה זו רלוונטיות לאותו הכלל). עם זאת, ההתנגדות עשויה להביא לשינוי ביחס לתחולה של מנהג זה על אותה המדינה.
      4. מנהג לא חייב להיות עולמי, הוא יכול להיות אזורי. יכול להיות מנהג מצומצם יותר בין שתי מדינות (מנהג מיוחד).
3. **יסוד נפשי – תחושת מחויבות (שנתקבל בבחינת דין)**
   1. הדרישה היא כי הפרקטיקה תהיה מקובלת בתורת דין. צריך להראות שהמדינות שפעלו בהתאם לכלל עשו זאת מתוך הכרה או תחושה שהן מחויבות לנהוג כך. ההחלטה בה הגדירו את היסוד הנפשי היא פרשת הלוטוס.
   2. פרשת הלוטוס – ספינה צרפתית שהתנגשה בלב ים בספינה טורקית. כתוצאה מכך נהרגו 8 מלחים טורקים, ומי שהיה קרוב יתר לזירה הייתה טורקיה ולכן היא הוציאה כוחות שיגררו את הספינות ויביאו את הניצולים. טורקיה החליטה להעמיד את הקצין הצרפתי לדין בגין רשלנות מתוך סמכות מקומית. צרפת פנתה ל-PCIJ בטענה שטוריקה הפרה את המשפט המנהגי, מאחר שטוריקה הייתה צריכה להסגיר את הקצין לצרפת אשר תעמיד אותו לדין. צרפת הראתה שיש מספר מדינות שפועלות בצורה זו. ה-PCIJ אמר שגם אם יש מספר מדינות שנוהגות כך אין יסוד פיסי משכנע מספיק, ויתרה מכך, גם אלו שאכן פועלות כך לא הוכח שהן פועלות בצורה זו מתוך מחויבות משפטית. הכלל שנבע מכך נקרא עקרון הלוטוס.
4. **הוכחת קיומו של מנהג**
   1. היסוד הפיסי – פרקטיקה מדינתית. דיווחים עיתונאיים, דוחות ועדות חקירה, דברי חקיקה, החלטות ממשלה, אגרות דיפלומטיות ועוד.
   2. היסוד הנפשי – מדובר בשאלה קשה. לרוב ניתן באמצעות הפרקטיקה להוכיח גם יסוד נפשי. במקרים מסוימים תהיה תמיכה נוספת לכך שמדובר ביסוד נפשי של מנהג (למשל אם נאמר בדברי הסבר של חקיקה ידונו שם על כך שמדובר במנהג בינ"ל שרוצים לאמץ בישראל). ניתן אם כך להשתמש באותם המקורות תוך ייחוס חשיבות רבה להכרזות ועמדות פומביות של נציגי מדינה רשמיים (נאומים, גינוי לפעולות מדינות אחרות, כתבי טענות לבית משפט, פסקי דין, תמיכה בהחלטות ארגונים בינ"ל ועוד).
5. **יציאה של מדינה מגדר תחולת מנהג**
   1. מדינה הנחשבת מתנגדת עקבית למנהג אינה מחויבת אליו. לכך יש שני תנאים.
   2. התנגדות החל מזמן היווצרות המנהג – לא לאפשר התחמקות מכללים וערעור יציבות הכללים. היבט זה מאפשר את חיוב המדינות החדשות שנוצרו לאחר שהוחלט על מנהג שהוא מחייב.
   3. ההתנגדות עקבית ופומבית – הגנה על האינטרסים של מדינות אחרות. מדינות צריכות לדעת איך להתנהל מול המתנגדת העקבית.
6. **דין קוגנטי**
   1. נורמות מנהגיות שהמדינות מייחסות להן חשיבות עליונה (מעין שריון הנורמה).
   2. דוגמאות: איסור על שימוש בכוח, עבדות, רצח עם, אפליה גזעית, פשעים נגד האנושות, הפרות זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני המלחמה.
   3. רשימה זו לא סגורה. ישנן מחלוקות לגבי חלק מהנורמות ברשימה אך אין מחלוקת לגבי ההשלכה. אם יש נורמה קוגנטית אסור לקבוע אמנה שסותרת אותה. לפי ס' 53 לאמנת וינה אם אמנה סותרת את הדין הקוגנטי היא בטלה. בנוסף, לפי ס' 64 לאמנת וינה, דין קוגנטי מבטל אמנות סותרות בדיעבד (אם דין קוגנטי מתגבש לאחר אמנה שסותרת אותו, האמנה מתבטלת לאחר התגבשות הדין). לא ניתן להסתייג מסעיף של אמנה הכוללת דין קוגנטי. אי אפשר להיות מתנגד עקבי לנורמה קוגנטית.

**יחס בין דין הסכמי לבין מנהג**

1. ישנם קשרים שונים בין דין הסכמי המופיע בצורת אמנה לבין דין המעוגן במנהג.
2. **אמנה דקלרטיבית**
   1. מדובר באמנה המשקפת מנהג קיים. מטרתה להעביר כללי משפט מנהגי לצורה של משפט הסכמי כתוב. לפעמים אמנה מתחילה כאמנה קונסטיטוטיבית, ועם הזמן יותר ויותר מצייתים לה ויש הוראות בה שהופכות למנהגיות. לפעמים קורה המקרה ההפוך, בו מנהג מסוים שקיים בפועל ושכולם פועלים לפיו עולה על הכתב בצורת אמנה דקלרטיבית.
   2. הרציונל מאחורי העלאת מנהג על הכתב
      1. העלאה של כלל על הכתב מגבירה את הוודאות סביב מעמדו המחייב.
      2. הגברת הוודאות סביב תוכן הכללים (היקפם המדויק, פירוט). מכאן שהעלאה על הכתב מעניקה דיוק.
      3. יכולת לקבוע מנגנוני יישום, בקרה ואכיפה. המדינות לא רק מעגנות את הכללים באמצעות העלאה על הכתב, אלא הן גם מגבות אותם באמצעות מנגנונים שונים שפועלים מכוח האמנה. לפעמים האמנה מקנה לגוף מסוים את היכולת לדרוש מהמדינות להגיש דוחות מעת לעת על האופן בו הן מצייתות לאמנה. לפעמים האמנה מקימה בית משפט בינ"ל שהוא המוסמך לפסוק בסכסוכים הנוגעים לתוכן האמנה.
   3. דוגמאות – אמנת ג'נבה בדבר הים הפתוח (1958) שהעלתה על הכתב כללים שהיו מנהגיים במשך 200 שנים; אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961); אמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה (1949) שלקחה את כל הנורמות המנהגיות שהיו עד אותה העת בכל הקשור לשבויים וריכזה אותן.
3. **אמנה קונסטיטוטיבית**
   1. כזכור, אמנה מסוג זה מכוננת כללים חדשים שלא היו קיימים לפני כן מכוח מנהג. בד"כ הן מחייבות רק את הצדדים שבחרו להצטרך אליהן. לדוגמה, אמנת ג'נבה הרביעית (נוצרת בהתחלה כאמנה קונסטיטוטיבית). אמנה יכולה להתחיל כאמנה קונסטיטוטיבית אך בחלוף הזמן להפוך לדקלרטיבית. מכאן שאמנה יכולה להוות בסיס להיווצרותו של כלל מנהגי. לדוגמה, אמנת האג השנייה (1907), שבית המשפט בהאג קבע לגביה שהיא רכשה לעצמה מעמד דקלרטיבי, ובכך היא מחייבת גם את מי שלא חתם עליה.
   2. עולה השאלה האם אמנה שהרבה מדינות חברות בה גורמת להוראותיה להפוך למשפט מנהגי. לפעמים מספר המדינות ישפיע ולפעמים לא, זה תלוי בנסיבות. לדוגמה, ארבע אמנות ג'נבה כוללות 194 מדינות. מספר זה הוא אחד הבסיסים שהצלב האדום מתבסס עליו בטענה שאמנות אלו מנהגיות. לא יכול להיות שרוב מדינות העולם חברות באמנות אלו ושהן לא מנהגיות. מקרה אחר הוא הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה (1977). בשנת 1977 עיבו את דיני הלחימה ואימצו שני פרוטוקולים נספחים לאמנות ג'נבה מ-49'. ישראל וארה"ב (יחד עם הודו, פקיסטן, תורכיה ועוד) מעולם לא הצטרפו לפרוטוקול הזה. עם זאת, 174 מדינות כן הצטרפו לפרוטוקול הזה. מכאן עולה השאלה האם גם כאן מספר המדינות הרב הופך את הפרוטוקול למנהגי. כאמור, כשבוחנים האם נוצר מנהג צריך להסתכל על המדינות המשמעותיות והרלוונטיות לאותו התחום. במקרה זה, העובדה שארה"ב וישראל לא הצטרפו לפרוטוקול מהווה בסיס חזק לטיעון שהפרוטוקול לא כולו מנהגי. לצד זה, כן יש בפרוטוקול כמה וכמה הוראות שגם ישראל לא מתכחשת שהן מנהגיות (דוגמת עקרון ההבחנה).
4. **אמנות מעורבות** – בפועל, הרבה אמנות הן מעורבות. יהיו בהן הן הוראות דקלרטיביות והן הוראות קונסטיטוטיביות. לדוגמה, הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנת ג'נבה.
5. **מנהג לעומת הסכם** – בתחילת דרכו של המשב"ל המקור העיקרי שלו היה המנהג. עם זאת, מתחילת המאה ה-20 (בעיקר לאחר מלחה"ע השנייה) הכיוון הוא יותר להשתמש באמנות. לקהילה הבינ"ל הרבה יותר נוח לפעול בעזרת אמנות. רוצים להגביר את הוודאות, הבהירות והמנגנונים. זה לא אומר שהמשב"ל זנח את המנהג, אבל ללא ספק אופן יצירת הכללים הראשי הוא באמצעות אמנות.

**עקרונות משפט כלליים**

1. ס' 38(1)(ג) – "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות".
2. מדובר בעקרונות המשותפים לשיטות המשפט הפנימיות של המדינות השונות (נגזרים בדרך אינדוקציה משיטות המשפט המדינתיות). ברגע שמחילים כלל זהה בכל המדינות, חזקה שהוא חל גם בזירה הבינ"ל. דוגמאות: תו"ל; מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה; מעשה בית דין; אישיות משפטית עצמאית של תאגידים.
3. **רציונל לשימוש בעקרונות משפט כלליים כמקור למשב"ל**
   1. עקרון מהווה חלק מכל שיטת משפט לאומית, לכן מכירים בתוקף האוניברסלי של הכלל. ברגע שמדינה מסכימה לתחולה של כלל במשפט המדינתי היא מסכימה גם לתחולת הכלל במערכת המשפט הבינ"ל.
   2. עולה השאלה למה נדרשים לעקרונות נוספים אלו. התשובה היא שרוצים למנוע מצב בו נוצרת לקונה במקרה בו אין אמנה ואין מנהג המסדיר תחום כזה או אחר (חשוב לזכור שבעת ניסוח הסעיף לא היו הרבה אמנות כמו היום, לכן החשש מלקונות היה גדול).
4. **השימוש בפועל**
   1. מדובר במקור עצמאי (נפרד מאמנות וממנהג) אך בעל תחולה מוגבלת. העולם היום מאוד הטרוגני, בניסוח הסעיף היו הרבה פחות מדינות וכיום הרבה יותר קשה לדעת מהם העקרונות המקובלים על כל המדינות. בנוסף, מלאכת האינדוקציה מורכבת ובתי דין נרתעים מכך.
   2. כאמור, התפקיד של עקרונות אלו היה אמור להיות למלא לקונות, אך מה שקרה הוא שנוצרו כל-כך הרבה אמנות לצד מנהגים נוספים כך שהסיכוי ללקונות הרבה יותר נמוך. יש נטייה שלא למצוא לקונות (על רקע פס"ד לוטוס, מה שלא נאסר ע"י המשב"ל נתפס כמותר).
   3. כיום ישנה פרשנות מצומצמת למונח "עקרונות כלליים". מדובר בעיקר בעקרונות ברמת הפשטה גבוהה (תו"ל וכו'), בעיקר פרוצדוראליים ולא מהותיים.

**מקורות משפטיים משניים**

**הקדמה**

1. ס' 38(1)(ד) – "החלטות בתי-דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי-עזר לקביעת כללי המשפט".
2. הסעיף קובע שמקורות אלו הם בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט. כלומר מדובר במקורות משניים. הם לא מקורות שיוצרים בעצמם את הדין, אלא הם עוזרים להבין את הדין שנוצר באמצעות המקורות הראשוניים.
3. **היחס בין המקורות הראשוניים למשניים** – הפסיקה והספרות הם אמצעי עזר. הם מהווים אסמכתא לקיום המקורות העיקריים ופרשנותם, אך אינם יוצרים דין חדש.

**החלטות שיפוטיות**

1. ס' 38 מדבר על החלטות שיפוטיות באופן כללי, לכן מקובל לראות אותו כעוסק גם בהחלטות של בתי משפט בינ"ל וגם בהחלטות של בתי משפט לאומיים.
2. **החלטות של בתי משפט בינ"ל**
   1. נקודת המוצא שבאה לידי ביטוי בס' 59 לחוקת ה-ICJ היא שהחלטת בית דין בינ"ל מחייבת רק את הצדדים לאותו הסכסוך ולגבי אותו הסכסוך. מכאן שבמשב"ל אין דוקטרינה של תקדים מחייב. אין המשמעות שה-ICJ (או כל בית דין בינ"ל אחר) לא דבק בפסיקות קודמות. עם זאת, מאחר שאין בית משפט עליון בינ"ל אחד שמכתיב את ההלכה הכוללת, ייתכנו מצבים בהם תהיה סתירה בין פסיקות של בתי דין שונים.
   2. התפקיד של החלטות בתי דין בינ"ל
      1. לשמש כלי עזר בקביעת כללי המשב"ל. קביעה של בית דין בינ"ל יכולה לתת גושפנקא לקיום מנהג או עקרון כללי.
      2. ההחלטות יוצקות תוכן לתוך הכללים הנובעים מהמקורות הראשוניים ברגע שמגיע סכסוך הנוגע לכללים אלו ע"י קביעת הפרשנות הנאותה לתוכן הכללים. בשל כך יש כאלו שטוענים שבתי הדין הם אלו שיוצרים את הדין, מאחר שהם מחליטים כיצד להחיל את הכללים הראשוניים בפועל.
   3. ריבוי בתי דין בינ"ל והתרחבות סמכויותיהם הובילו לעליה במשקל הפסיקה הבינ"ל כמקור משפטי (ישנו יותר כוח לטקסט).
3. **החלטות של בתי משפט מדינתיים**
   1. תפקיד הערכאות המדינתיות
      1. פונקציה דומה לבתי דין בינ"ל – סיוע בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם (דוגמת עיסוק בית המשפט בישראל בעקרון ההבחנה ויציקת תוכן לתוכו).
      2. פונקציה יוצרת משפט – חלק מהפרקטיקה המדינתית היוצרת מנהג (ע"מ לבחון האם קיים מנהג לא בודקים רק את החקיקה של המדינות השונות, בודקים גם את הפסיקה באותה המדינה ואת ההחלה של החוקים המדינתיים השונים), מקור לחילוץ עקרונות משפט כלליים.
   2. בפרקטיקה – יותר משקל וערך שכנועי להחלטות בתי דין בינ"ל. לצד זאת, דוגמאות לתרומה משמעותית לעיצוב כללי המשפט הבינ"ל (אייכמן המהווה פס"ד המכונן בנושא סמכות שיפוטית אוניברסלית, פינושה, סיכולים ממוקדים, חמדאן).

**כתבי מלומדים** – בדומה להחלטות שיפוטיות, מסייעים בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם. ישנו מיעוט בפניית פסיקת ה-ICJ לספרות. יש שימוש בעיקר ע"י צדדים לסכסוך, בתי דין בינ"ל אחרים, בתי דין לאומיים.

**הצהרות חד-צדדיות**

1. מדובר בהתחייבות חד-צדדית שהמדינה נוטלת על עצמה (התחייבות פומבית כהסכמה לכלל).
2. **דוגמאות**
   1. ישראל – תחולת ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. ישראל הצהירה באופן חד צדדי שהיא לוקחת על עצמה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה, למרות שהיא לא מקבלת על עצמה את האמנה בכללותה.
   2. פרשת הניסויים הגרעיניים (אוסטרליה וניו-זילנד נ' צרפת, ICJ, 1974).
3. **הכלל** – מדינה מחויבת מכוח הצהרה חד-צדדית אם: 1. ההכרזה מפי אורגן מוסמך של המדינה; 2. ההצהרה בוצעה בפומבי; 3. ניתן להוכיח שהמדינה התכוונה להיות מחויבת על פי ההצהרה (נלמד מהעובדות ומההקשר).

**החלטות ארגונים בינ"ל**

1. מקור זה תופס מקום עצום במשב"ל של היום, בעידן הגלובליזציה בו יש מאות ארגונים בינ"ל. מדינות העולם מעבירות תחומי אחריות וסמכות לקבלת החלטות לידי ארגונים בינ"ל שונים (אחריות על מסחר של ה-WTO, אחריות על שמירת הסדר בין המדינות של האו"ם וכדו').
2. **מעמד ההחלטות**
   1. יש ארגונים בינ"ל להם סמכות לתת החלטות מחייבות, ויש ארגונים שההחלטות שלהם בגדר המלצה. כשלארגון בינ"ל סמכות לתת החלטות מחייבות, מעמד ההחלטה הוא כמעמד האמנה מכוחה ניתנו ההחלטות.
   2. האו"ם
      1. האו"ם למשל מורכב ממספר אורגנים, כשהשניים הראשיים הם מועצת הבטחון והעצרת הכללית.
      2. ס' 25 למגילת האו"ם קובע שלמועצת הבטחון סמכות לקבל החלטות, ושהמדינות מחויבות לציית להן. זה לא אומר שכל החלטה של מועצת הבטחון מחייבת (לרוב צריך לבחון את לשון ההחלטה). דוגמה להחלטה מחייבת של מועצת הבטחון היא החלטה שהתקבלה כאשר מועצת הבטחון פעלה תחת פרק 7 למגילת האו"ם, שבמסגרתו מועצת הבטחון מוסמכת לנקוט בצעדי אכיפה ע"מ לשמור על השלום והבטחון העולמיים. החלטות מחייבות של מועצת הבטחון מחייבות את כל מדינות העולם מהרגע שהן התקבלו. ס' 103 למגילת האו"ם יוצר מעין שדרוג להחלטות של האו"ם בכך שהוא קובע שבמקרה של סתירה בין הוראות המגילה לבין אמנה אחרת, המגילה תגבר. המשמעות של זה היא שאם מועצת הבטחון נותנת החלטה מחייבת היא יכולה לגבור על כללים אחרים במשב"ל (מאחר שמעמד ההחלטה הוא כמעמד המגילה).
      3. מעמד החלטות העצרת הכללית הוא בגדר המלצות. האם נובע מכך שאין משמעות נורמטיבית להחלטות העצרת הכללית? התשובה היא שלא, ממספר סיבות: 1. החלטות העצרת הכללית הרבה פעמים משקפות עמדות של מדינות רבות. אם הרבה מדינות מצביעות על החלטה מסוימת, ניתן להסיק שישנה מחויבות למנהג מסוים. 2. הרבה פעמים החלטות של העצרת עוזרות לפרש כללים קיימים (בדומה לפסקי דין ולספרות). דוגמה לכך היא החלטת העצרת הכללית בעניין עבירת התוקפנות (1974) אשר יצקה תוכן לפשע התוקפנות במשב"ל. 3. להחלטות העצרת הכללית יכולה להיות חשיבות כמו החלטות של ארגונים בינ"ל אחרים שהחלטותיהם בגדר המלצות. בכך נוצר מה שנקרא נורמות מרוככות (Soft Law).
3. **נורמות מרוככות "Soft Law"**
   1. מדובר במסמכים רשמיים (החלטות ארגונים בינ"ל, כללים ועדות מומחים) אשר אינם מחייבים רשמית אך משפיעים על פעילות חברי הקהילה הבינ"ל. מסמכים אלו מניחים כללים המייצגים דין רצוי או סטנדרט פעולה יעיל.
   2. דוגמאות
      1. כללי ה-OECD בעניין תאגידים רב-לאומיים. ארגון זה מוציא כמות עצומה של החלטות שכולן בגדר המלצות, אך ישנו משקל רב להחלטות אלו ורמת ציות גבוהה לאותן ההחלטות. מדינות רוצות לשמור על מוניטין גבוה למול הקהילה הבינ"ל, וציות לנורמות שקובע ה-OECD מקדם אותן בהיבטים של שת"פ בינ"ל ויעילות.
      2. כללים בעניין הטמנת פסולת באופן המונע זיהום הים (הארגון הימי העולמי).
   3. מעמדה של נורמה מרוככת – משפיעים על התנהגות, אך לא בהתבסס על הנמקה פוזיטיבית, אלא על כך שיעיל/נכון יותר לפעול כך.
   4. לפעמים נורמה שהתחילה כנורמה מרוככת יכולה להפוך לכלל ממשי. לדוגמה, ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם (1948) אשר התקבלה בעצרת הכללית. ההכרזה התקבלה כנורמה מרוככת, אך עם הזמן יותר מדינות פעלו לפיה וניסחו אמנות זכויות אדם לפיה. כיום התפיסה היא שהכרזה זו היא משפט מנהגי מחייב, משמע "Hard Law".

**היחס בין המשב"ל והמשפט המדינתי**

**הקדמה**

1. באופן כללי, כשמדברים על המשב"ל והמשפט הלאומי, מדובר על פניו בשתי מערכות משפט נפרדות, שיש להן קיום נפרד, שנוצרות באופן שונה ונפרד. עם זאת, יודעים שמדינה כפופה גם לתכתיבים מהמשפט המדינתי שלה וגם לתכתיבים מהמשב"ל. יש יותר ויותר חיכוכים בין שתי מערכות משפט אלו, לכן יש לשאול מה היחס בין שיטות אלו. עד כה דיברנו הרבה על מקורות המשב"ל, הכרנו את ס' 38 לחוקת ה-ICJ ואמרנו שסעיף זה בעיקר מכווין אותנו למקורות המשב"ל לפיהם בית משפט בינ"ל אמור לפסוק כשמגיע אליו סכסוך בינ"ל. כעת נתמקד בשאלה מה עושה בית משפט מדינתי כשהוא נדרש לשאלה של המשב"ל, איך הוא מתייחס למשב"ל ובאילו נסיבות אנשים כפרטים יכולים להגיש תביעה בבית משפט מדינתי ולהישען על מקורות המשב"ל (להפנות לאמנות שונות וכדו').
2. לשאלת היחס של בית המשפט המדינתי למשב"ל מספר משמעויות:
   1. השלכות באשר לרלוונטיות התחום למשפטנים ישראליים – משפטנים ישראליים יצטרכו לקחת בחשבון נורמות נוספות זולת הנורמות הקיימות במדינה עצמה.
   2. השלכות מבחינת אפקטיביות המשב"ל – אם למשב"ל מקום במערכת המשפטית המדינתית, זה אומר שכל המשב"ל נאכף לא רק במישור הבינ"ל אלא גם בתוך המדינות עצמן. זהו מכפיל כוח עצום אם המשב"ל נאכף גם בבתי המשפט המדינתיים.
   3. השלכות תיאורטיות – מה היחס בין מערכות הדינים, מי גוברת על מי, מה קורה במצב של התנגשויות וכדו'.
3. **רלוונטיות היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי**
   1. גורם משמעותי באינטראקציה הגוברת בין המשב"ל למשפט המדינתי הוא תהליך הגלובליזציה. רואים את הממשק הזה כמעט בכל מערכות המשפט המדינתיות בעולם. יש יותר מצבים בהם המשפט המדינתי נדרש לשאלות הנוגעות למשב"ל, שמצריכות מחשבה על היחס למשב"ל בתוך המדינה. מגמה זו לא פסחה על ישראל, בישראל יש גידול ניכר בעשרות השנים האחרונות במספר התיקים שהצריכו את בתי המשפט (בפרט את בג"ץ) לשאלות שנוגעות למשב"ל. באופן טבעי, חלק גדול מהפרשות המשפטיות שמערבות משב"ל נוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני, ובעיקר לעניינים שנוגעים לאיו"ש (בעבר גם בעזה).
   2. בג"ץ עג'ורי – מדובר באחד הבג"צים המפורסמים ביותר מהאנתפאדה השנייה. עסק בגירוש מחבלים מאיו"ש לעזה. בבג"ץ זה אומר בית המשפט את המשפט המכונן: "כל חייל ישראלי נושא... בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי...". זה המקום שבית המשפט העליון מקנה למשב"ל, כבר ב-2002, מקום במסגרת המשפטית של ישראל.
   3. פס"ד שיינביין – למרות הנאמר בעג'ורי, יש מצבים בהם נתקלים בסתירה בין המשב"ל לבין המשפט המדינתי. אחת הפרשות המעניינות של סתירה עלתה בפרשת שיינביין. מקרה זה עסק בחוק ההסגרה, שחוקק בשנות ה-50. כשהוא חוקק לא היו מגבלות על היכולת של ממשלת ישראל להסגיר אזרחים ישראליים למדינות אחרות בהתקיים תנאים מסוימים. בשנות ה-60 נחתמת אמנה בינ"ל בנושא הסגרה בין ישראל לארה"ב, שמפרטת את הנסיבות שבהתקיימן האחת תסגיר לשנייה מבוקשים. ב-1978, אחרי שכבר יש חוק הסגרה ואמנת הסגרה, ישראל מאמצת תיקון לחוק ההסגרה, בו נאמר שישראל לא תסגיר למדינה אחרת את מי שהיה אזרח שלה בזמן ביצוע העבירה. ב-1998 מתעוררת פרשת שיינביין, שעניינה באזרח אמריקאי שמבצע רצח בארה"ב. לפני שהמשטרה תופסת אותו הוא עולה על טיסה לישראל. בגלל שאביו היה ישראלי גם לו הייתה אזרחות ישראלית. הבעיה שנוצרה היא סתירה בין תיקון החוק של 78' לבין האמנה משנות ה-60. ארה"ב הגישה בקשת הסגרה והנושא מגיע עד לביהמ"ש העליון. בעליון נקבע שלפי החוק שיינביין לא בר הסגרה. מדובר במקרה מאוד פשוט של סתירה צורמת בין המחויבות הבינ"ל של ישראל לבין החוק המדינתי בישראל. לבסוף שיינביין אכן לא הוסגר אך הועבר תיקון נוסף לחוק ההסגרה ע"מ למנוע סתירות כאלו בעתיד.
   4. הסיבות לאינטראקציה הגוברת– כאמור, הגלובליזציה מובילה לריבוי אינטראקציות. ככל שיש יותר אינטראקציות יש יותר נורמות של המשב"ל, ובהתאמה יותר נורמות העוסקות גם בנושאים פנים מדינתיים (למשל, דיני השקעות העוסקים במשקיעים זרים).
4. **הדין הרצוי בדבר היחס בין המשב"ל לדין הלאומי** – השאיפה היא שתהיה הרמוניה בין הדינים של המשב"ל ובין המשפט המדינתי. כמובן שלא ניתן להשיג הרמוניה מוחלטת אך הרצון הוא לצמצם כמה שיותר את הסתירות בין הדינים.

**היחס בין המשב"ל והמשפט המדינתי**

1. היחס בין מערכות הדינים מתחלק לשני מישורים:
   1. היחס של המשב"ל למשפט המדינתי.
   2. היחס של המשפט המדינתי למשב"ל.
2. **עמדת המשב"ל בסוגיית היחס בין המשפט המדינתי למשב"ל**
   1. ראשית יש לומר שהמשב"ל לא אומר למדינות השונות איך הן צריכות לקלוט את המשב"ל לתוך הדין שלהן. זה דבר שהמשב"ל משאיר לכל מדינה מתוקף ריבונותה. לצד זאת, העקרון הבסיסי הוא ש**הדין הפנימי לא יכול להצדיק הפרה של המשב"ל**. ס' 27 לאמנת וינה קובע "צד לאמנה אינו יכול להסתמך על המשפט הפנימי כצידוק לאי-מילוי מחויבויות עפ"י האמנה". ס' 3 לכללי ה-ILC בדבר אחריות מדינה קובע "היות פעולה חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיותה/אי-חוקיותה בדין הבינ"ל". ס' 32 לכללי ה-ILC קובע "מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי-ציות להתחייבויותיה הבינ"ל" (Irrelevance of Internal Law). המשמעות היא שהמשפט המדינתי לא יגרום לכך שניתן יהיה להפר את המשב"ל.
   2. מצב של סתירה – המדינה תחשב כמי שהפרה את המחויבות שלה למשב"ל והיא תישא באחריות על כך, גם אם אין בסתירה כדי לבטל את הכלל המדינתי (המשב"ל לא יתיימר לבטל את הכלל המדינתי שסותר את המשב"ל, אך יהיו לכך תוצאות אחרות. למשל, המדינה הנפגעת תוכל לתבוע את המדינה המפרה). עולה השאלה האם המשפט המדינתי ממש אינו רלוונטי למשפט הבינ"ל. התשובה היא שהמשפט המדינתי כן עשוי להיות מעניין למשב"ל (כאמור, בהקשרים של בחינת מנהג, עקרונות כלליים, פרשנות אמנות ועוד).
3. **קליטת המשב"ל במשפט הפנימי**
   1. כעת עולה השאלה איזה מקום המשפט המדינתי נותן למשב"ל. תחילה יש לומר שהמדינה עצמה היא שקובעת את האופן בו המשב"ל ייקלט לתוך המשפט הפנימי שלה. זה ביטוי מובהק לעקרון הריבונות (כאמור, במישור המשב"ל המדינה בכל מקרה מחויבת לציית). בשאלת תפיסת המשפט המדינתי את המשב"ל יש שתי דוקטרינות שונות: דואליזם ומוניזם.
   2. דואליזם – דוקטרינה זו רואה את המשפט המדינתי ואת המשב"ל כשתי מערכות משפטיות נפרדות לחלוטין. הטענה העומדת בבסיס דוקטרינה זו היא שיש הבדלים משמעותיים בין המערכת הבינ"ל למערכת המדינתית (השחקנים שבאים להסדיר את הפעולות, הגורמים עליהם חלות הנורמות, האינטראקציות המוסדרות וכו'). לכן, לפי הדוקטרינה הדואליסטית, כללי המשב"ל חלים רק במישור הבינ"ל, אלא אם כן המדינה אימצה אותם לתוך המשפט המדינתי. צריכה להיות **קליטה מפורשת** (טרנספורמציה), רוצים לראות מהלך של קליטה מפורשת של המדינה את הדין הבינ"ל הרלוונטי לתוך המשפט הפנימי שלה. אם אין את האקט הזה של הטרנספורמציה (למשל חקיקה שקולטת באופן מפורש את האמנה לדין הפנימי) אז המשב"ל יחייב את המדינה רק במישור הבינ"ל. בהתאם לדוקטרינה הדואליסטית, המעמד שיהיה למשב"ל בדין המדינתי ייגזר מהמידה בה הדין המדינתי מאפשר זאת. ככל שהוא עושה אקטים של קליטה מפורשת יהיה לכך מקום. ככל שלא יעשה יהיה לכך מקום רק במישור הבינ"ל.
   3. מוניזם – דוקטרינה זו רואה במערכת המשב"ל והמערכת המדינתית כשני נדבכים במערכת משפטית אחת רחבה. היא יוצאת נגד הראייה של מערכות אלו כנפרדות. דוקטרינה זו נשענת על כך שאמנם יש שחקנים שונים ואינטראקציות שונות אולם יש הרבה חפיפה בין ההסדרים הפנים מדינתיים לאלו הבינ"ל (חוקים מדינתיים שעוסקים בזכויות אדם לצד אמנות בינ"ל העוסקות בזכויות אדם וכדו'). טענה נוספת היא שלא ניתן להרשות שיהיה פער בין ההתחייבויות של מדינה במישור הבינ"ל לבין ההתחייבויות שיש לה בתוך המדינה. זו אותה המדינה שפועלת במישורים שונים. מלומד שמזוהה עם גישה זו הוא קלזן, שאמר שלא יכול להיות שבאותו מרחב יהיו מערכות משפט שלא מסונכרנות אחת עם השנייה. קלזן אמר שהמשב"ל הוא הנורמה העליונה והבסיסית ביותר מאחר שהמדינות שואבות את הלגיטימציה שלהן מהמשב"ל. אם לפי הדואליזם נדרשת קליטה מפורשת ע"מ לקבל את המשב"ל לתוך המשפט המדינתי, לפי הגישה המוניסטית (שרואה את המשב"ל ואת המשפט המדינתי כיחידה אורגנית אחת) מדובר על **קליטה ישירה**. מהרגע שמדינה מחויבת במשב"ל, הוא נקלט באופן ישיר לתוך המשפט המדינתי וקונה מעמד משפטי מחייב. עולה השאלה מה קורה במצב של התנגשות בין המשב"ל לבין הדין המדינתי. ישנם מודלים שונים ואין תשובה נכונה אחת. ישנן מדינות שנותנות בכורה לדין הבינ"ל, ישנן כאלו שנותנות בכורה לדין הלאומי ויש כאלו שמשתמשות בדיני הכרעה (ספציפי גובר על כללי, מאוחר גובר על מוקדם וכו').
   4. ניכר שברוב המדינות יש שילוב כלשהו בין שתי הדוקטרינות. שתי הדוקטרינות מהוות דוקטרינות קיצון, ולכן רוב המדינות יהיו איפשהו ביניהן. ככלל, ניתן להבחין בין קליטת נורמות מנהגיות להסכמיות במדינות. באופן כללי, ברוב מדינות העולם נורמות מנהגיות נקלטות באופן אוטומטי. כלומר, אם בית משפט מדינתי מגיע למסקנה שכלל בינ"ל הוא כלל מנהגי הוא יחיל אותו באופן אוטומטי כאילו הוא חלק מהמשפט המדינתי המחייב, בלי קשר לאם היה תהליך קליטה או לא (משמע, גישה מוניסטית של קליטה ישירה). עולה השאלה למה כללים מנהגיים נחשבים כאלו בעלי תחולה אוטומטית. התשובה היא שלנורמות מנהגיות תחולה רחבה (חלות על מדינות משמעותיות ורבות בצורה עקבית). ביחס לנורמות הסכמיות ישנו פיצול בין מדינות מוניסטיות למדינות דואליסטיות. מדינות מוניסטית מאמינות שמרגע שמדינה אשררה אמנה הנורמות מקבלות מעמד של חקיקה פנימית. מדינות דואליסטיות מאמינות שבהעדר חקיקה קולטת אין מעמד לאמנה בינ"ל במשפט הפנימי (משמע, נדרשת קליטה מפורשת).
   5. קורלציה בין תהליך כריתת האמנה וההצטרפות אליה לבין מעמדה – נמצאת קורלציה בין מדינות בהן הרשות המבצעת היא מוסמכת לאשרר אמנות לבין מדינות דואליסטיות. מדינות אלו ידרשו שתהיה חקיקה פנימית מפורשת שתקלוט את האמנות ע"מ שיהיה לאמנה תוקף משפטי מחייב בתוך המדינה. לעומת זאת, במדינות בהן למחוקק תפקיד באשרור האמנות ניכר כי רואים שלאמנה מעמד דומה לשל חוק מדינתי.
4. **דוגמאות לקליטת המשב"ל במשפט המדינתי**
   1. בריטניה
      1. מנהג – נקלט ישירות.
      2. אמנה – דרושה קליטה מפורשת (הפרלמנט לא מעורב באשרור).
      3. במקרה של סתירה – חוק מדינתי מפורש גובר. ישנה חזקה פרשנית של התאמת החקיקה למשב"ל (חזקה על המחוקק שהוא לא התכוון שתהיה סתירה בין החוק המדינתי להתחייבויות הבינ"ל של המדינה, על כן השופט צריך לעשות ככל האפשר ע"מ לצמצם את הסתירה ולהביא לתחולה קוהרנטית של החוק המדינתי והמשב"ל).
   2. גרמניה
      1. מנהג – נקלט ישירות, גובר אף על דין מקומי.
      2. אמנה – מאחר שהמחוקק כן מעורב בהליך האשרור, מהרגע שהאמנה אושררה היא הופכת לחלק מהדין הפנימי. גוברת על דין מקומי אך לא על החוקה.
   3. צרפת
      1. אמנה – מאחר שהמחוקק כן מעורב בהליך האשרור, מהרגע שהאמנה אושררה היא הופכת לחלק מהדין הפנימי. גוברת על דין מקומי אך לא על החוקה.
      2. מנהג – חלק מהדין הפנימי.
   4. הולנד
      1. אמנה – מאחר שהמחוקק כן מעורב בהליך האשרור, מהרגע שהאמנה אושררה היא הופכת לחלק מהדין הפנימי. גוברת על דין מקומי. גוברת אף על החוקה, אם האמנה התקבלה ברוב מיוחס (2/3 של הפרלמנט).
      2. מנהג – נקלט ישירות, חוק פנימי סותר גובר.
   5. ארה"ב
      1. מנהג – נקלט ישירות. חוק פדרלי / מדינתי גובר. חזקה שחוק תואם את המשב"ל.
      2. אמנה – לצורך אשרור של אמנה, נדרש אישור 2/3 מחברי הסנאט (רוב קשה להשגה). דבר זה הביא לא פעם לכך שאמנות שארה"ב יזמה (כמו אמנת חבר הלאומים) לא אושררו ע"י ארה"ב עצמה. הנשיא לא הצליח לקבל את הרוב הרלוונטי בסנאט. אמנה שאושררה, לפי ס' 6 לחוקה, תקבל מעמד כשל חוק פדרלי (Shall be… supreme law of the land). במצב של התנגשות, אמנה נסוגה בפני החוקה הפדרלית, אך בדומה לחוק פדרלי היא גוברת על חוקה וחקיקה מדינתית. למול חוק פדרלי, המאוחר גובר.
      3. בשיטה האמריקאית ישנו רכיב דואליסטי שעם השנים הפך משמעותי יותר. בפועל, חלק גדול מהאמנות המאושררות אינן חלות במישרין בדין הפנימי. התפתחה פרשנות בבתי המשפט לפיה יש אמנות מסוימות שארה"ב מתקשרת בהן אבל הן עדיין מחייבות חקיקה אמריקאית ספציפית שתתווך אותן כמו שצריך לתוך הדין המדינתי (האמנה עצמה לא מספיקה ונדרשת קליטה מפורשת). כאן נולדה ההבחנה בפסיקה בין "Self-executing treaties" (אמנות שמרגע אשרורן ניתן ליישם אותן ולהחיל אותן בדין האמריקאי) לבין "non-self-executing treaties" (אמנות שכדי להחילן בדין האמריקאי חייב הקונגרס לומר את דברו בחקיקה ספציפית שתפרוט את הנורמות של האמנות לחקיקה). תיאוריה זו התפתחה במאה ה-19 וצברה תאוצה במאה ה-20.
      4. פוג'י נ' קליפורניה – פוג'י הוא אזרח יפני שרוצה לקנות נדל"ן בקליפורניה. קליפורניה מעבירה חקיקה שמקשה על זרים לקנות נדל"ן בשטחה. פוג'י מגיש תביעה בפני בית משפט אמריקאי ונשען על מגילת האו"ם שמעגנת את הזכות לשוויון (מדינות צריכות להבטיח את הזכות לשוויון). באותו המקרה, בית המשפט האמריקאי אומר שאמנם מגילת האו"ם אושררה ע"י ארה"ב, אולם סעיף השוויון כל-כך כללי שלא הגיוני להניח שציפו שהוא יחול כמו שהוא בתוך המדינות. משמע, מדובר ב-"non-self-executing treaties". כל עוד אין חקיקה שקולטת את המגילה לתוך הדין האמריקאי, דינה של תביעת פוג'י להידחות.
      5. ניכר שכשאמנות זכויות אדם מגיעות לשולחנו של הקונרגס האמריקאי, כדי למנוע אי בהירות, הקונגרס קובע בעת אשרור האמנה האם היא "non-self-executing treaties" או לא. בפועל ביהמ"ש הוא זה שיכריע לגבי אמנה האם היא חלה כחוק או לא. מה שמוביל אותו הם שני שיקולים מרכזיים: 1. האם ניתן להעניק לכלל שבנדון כוח של חוק ללא חקיקה של הקונגרס; 2. מה הייתה כוונת מנסחי האמנה (האם התכוונו שהיא תיושם במדינה).
      6. בד"כ, אמנה הכוללת שאלות פוליטיות שמחייבות הכרעה פנימית דורשת חקיקה מיישמת (לדוגמה, הסכמי ה-WTO).

**היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי**

1. במדינת ישראל אין חוק יסוד או תקנות שמסדירים את אופן קליטת המשב"ל. כל ההבנה של קליטת המשב"ל בדין הישראלי נובעת מהפסיקה.
2. **מנהג**
   1. פס"ד שטמפפר נ' היועמ"ש – פעם ראשונה שדנו בקליטת מנהג בינ"ל בדין הישראלי. במקרה זה היה איש צוות באונייה שטבעה שהואשם בהריגה. השאלה הראשונה ששואלים היא האם יש סמכות לביהמ"ש לדון באירוע (התרחש בספינה מחוץ לטריטוריה הישראלית). סוגייה זו לא מוסדרת בדין הישראלי אך לפי המשב"ל המנהגי יש סמכות שיפוט למדינת הדגל של הספינה. חשין האב מצדיק את השימוש במנהג זה מתוקף כך שהאנגלים אימצו מנהג זה וכן מתוקף כך שישראל היא מדינה ריבונית ולכן היא יכולה לקבל על עצמה את המנהג של המשב"ל. בסופו של דבר מקבלים את המנהג גם אם הוא לא עבר טרנספורמציה. לצד זאת יש את עמדת גויטיין שטוען שהמשב"ל לא חל בארץ ושיש להשתמש בדיני המדינה בלבד (ביקורת זו לא התקבלה וכיום דעת חשין מקובלת).
   2. פס"ד אייכמן נ' היועמ"ש – מאחר שהוחלט לקבל מנהג, עולה השאלה מה קורה במצב של סתירה. בעקרון מנהג נסוג בפני חקיקה של המדינה. טענת ב"כ של אייכמן במקרה זה היא שהעמדתו לדין של אייכמן מנוגדת למשב"ל המנהגי מאחר שחוק עשיית דין בנאצים מהווה חקיקה רטרואקטיבית וכן ישנה היעדר זיקה מוכרת (לישראל אין זיקה לעבירות מבחינת טריטוריה, אזרחות הנאשם). בית המשפט דוחה את הטענות וקובע שזו לא חקיקה רטרואקטיבית מאחר שמדובר בחקיקה של המשב"ל שישראל מחילה אותה. גם אם נקבע שיש חקיקה רטרואקטיבית ושיש איסור על חקיקה רטרואקטיבית בדין הבינ"ל, הדין של המדינה גובר. השורה התחתונה היא שחקיקה מפורשת פנימית גוברת על המשב"ל. לגבי היעדר זיקה ביהמ"ש קובע שיש סמכות שיפוט אוניברסלית (לכל מדינה סמכות לשפוט נאשם בפשעים נגד האנושות כגון רצח עם) ולכן לא נדרשת זיקה למדינה מסוימת.
3. **אמנה**
   1. מצד אחד ניתן לטעון שאמנה לא נקלטת אוטומטית כמו מנהג, מאחר שהממשלה היא זו שמסכימה לה ובכך היא יכולה לעקוף את המחוקק. מצד שני, אמנה היא משהו שהמדינה מסכימה לו בניגוד למנהג שחל על כל המדינות בין אם הן הסכימו בין אם לא, לכן הגיוני גם לקבוע שאמנה נקלטת אוטומטית.
   2. פס"ד האופוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה – מקרה בו אנשים ירדנים שהנכסים שלהם חולקו בין ירדן לישראל. בפועל יש רציפות טריטוריאלית אבל מדינית אין רציפות. על השטח שנמצא בישראל טענו שמדובר בנכס של נפקדים (ולכן ניתן להחרים את הרכוש). בשנות ה-50 המוקדמות יש את הסכם רודוס שמתקן מעט את הגבולות, ואז באו אותם אנשים שמתוקף האמנה הזו נכנסו לשטח ישראל וטענו שהם כבר לא נפקדים ולכן רוצים את נכסיהם בחזרה. ביהמ"ש אומר שהאמנה היא בין המדינות ולכן היא לא מעניקה זכויות לפרט. הפרט יכול להסתמך על האמנה רק אם המחוקק יעשה חקיקה שמחילה את האמנה בדין הישראלי. משמע, בהקשר של אמנות נדרשת קליטה מפורשת לתוך הדין המדינתי.
   3. בג"ץ עפו – סוגיה זו דנה בגירוש מחבלים מאיו"ש. עלתה השאלה לגבי אמנה דקלרטיבית, האם היא חלה אוטומטית בדין המדינתי. אמנה דקלרטיבית יותר קרובה למנהג מאחר שבפועל היא לוקחת מנהג קיים ומצהירה עליו. בשל כך הטענה היא שאמנה דקלרטיבית אכן נקלטת אוטומטית לדין המדינתי. עם זאת, צריך לקבוע האם אמנה מסוימת היא דקלרטיבית או קונסטיטוטיבית. דוגמה לאמנה שנויה במחלוקת היא אמנת ג'נבה הרביעית (1949), והיא זו שעומדת במרכז בג"ץ זה. הנשיא שמגר במקרה זה קובע שגירוש מחבלים לא סותר את ס' 49 לאמנת ג'נבה מאחר שמטרתו להגן על מוגנים, ומחבלים אינם מוגנים. גם אם הסעיף חל ומחבלים אכן מוגנים, האמנה היא אמנה קונסטיטוטיבית, ולכן היא לא חלה כל עוד אין פעולה חקיקתית ספציפית שמכניסה אותה לתווך הדין הפנימי של ישראל. לפי השופט בך, גירוש מחבלים כן סותר את הוראת ס' 49, אך מדובר בהתחייבות הסכמית שאינה יכולה להוות בסיס לעתירת אזרח פרטי אלא אם נקלטה בחקיקה. לדברי בך, ההצהרה של ישראל להחיל את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה לא אומרת שהאמנה גוברת על החוק הפנימי, היא פשוט אומרת שביחס לכל מקרה ביהמ"ש יצטרך לבחון האם להחיל את תנאי האמנה או לא. גישת בך פחות מקובלת כיום.
4. **סיכום הכלל לפי שמגר**
   1. מנהג – חלק ממשפט הארץ אך נסוג בפני חוק סותר.
   2. אמנה – אינה חלק מהדין הפנימי, אלא אם אומצה בחקיקה. דין פנימי יגבר על אמנה שאומצה בחקיקה (אמנה דקלרטיבית = מנהג).
   3. כזכור, הבחנה זו רלוונטית רק מבחינת הדין הפנימי. בזירה הבינ"ל, התוקף המשפטי של התחייבויות מכוח אמנה ומנהג זהה.
   4. הסיבות לקליטה אוטומטית של מנהג ולא של אמנה
      1. הפרדת רשויות – קליטה אוטומטית של אמנה תוביל לכך שהרשות המבצעת תגבר על הרשות המחוקקת. הביקורת על טענה זו היא שהכנסת מעורבת מאוד בחתימה על אמנות. היא מתייחסת לאמנות ויש לה דרך להתנגד לחתימה על אמנה. גם אם החוק נקלט בתוך הדין, מה שגובר הוא הדין המקומי במקרה של סתירה. לכן, הכנסת יכולה לחוקק חוק עוקף משב"ל.
      2. הבדלים מהותיים בין המשב"ל למשפט הלאומי. ביקורת על טענה זו היא שזה נכון גם לגבי מנהג ולכן זו לא סיבה לעשות הבחנה בין מנהג לבין אמנה מבחינת הקליטה במשפט הפנימי. מנהג אף חמור יותר מאחר שלא ניתן להסתייג מחלק ממנהג בעוד שיש אפשרות להסתייג מחלק מאמנה ולמנהג אי אפשר להחליט שלא מצטרפים.
      3. אי-התאמה בין האמנה לתנאי הארץ, לתושביה ולאינטרסים שלה. ביקורת דומה לסעיף הקודם.
      4. תכתיבים מצד מדינות אחרות. ביקורת על טענה זו היא שלא ניתן לכפות ציות, ושמנהג אפילו פחות וולונטרי.
      5. אי-בהירות – אילו אמנות נקלטות כמו שהן ואילו דורשות חקיקה משלימה. ביקורת על טענה זו היא שגם הבחנה בין אמנה דקלרטיבית לקונסטיטוטיבית היא מורכבת. ישנו מחיר כבד לשלם בכך שיהיה צריך לקבוע האם יש או אין להחיל סעיף מסוים של אמנה בחוק הפנימי.
5. **מודלים של חקיקה קולטת**
   1. חקיקה מפורשת – עיגון הוראות האמנה בחקיקה ישראלית. דוגמאות לכך הן החוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, חוקים ליישום הסכמי הביניים (למשל חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו), חוק יישום חוזה השלום בין ממשלת ישראל לממלכה ההאשמית הירדנית.
   2. חוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק – מוסיפים את האמנה כנספח לחוק וקובעים שיש לה תוקף כשל חוק. לדוגמה, חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים). אם יש הסתייגות של המדינה לחלק מהאמנה המצורפת החוק יציין שיש הסתייגות לסעיפים המסוימים אליהם המדינה הסתייגה בעת החתימה.
   3. חוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות הדין הבינ"ל – מדובר בעיקר בחוקים שתלויים בחקיקה בינ"ל. לדוגמה, חוק ההסגרה (אם אין הסכם הסגרה אי אפשר להשתמש בחוק).
   4. אימוץ על דרך השלילה – לדוגמה, חוק חובת מכרזים. מצוין בחוק שהחוק יחול כל עוד הוא לא סותר אמנה אחרת.
6. **חזקת ההתאמה הפרשנית**
   1. מדובר בדרך לנסות לפרש את דברי החקיקה הישראליים עפ"י העקרונות הבינ"ל. זה גורם לכך שישראל מתקדמת ממדינה דואליסטית למדינה מוניסטית. זאת מאחר שגם אם לא מאמצים את הדין הבינ"ל מפרשים את הדין הישראלי בצורה שתתיישב עמו. לפי חזקה זו, יש לנסות ולפרש דברי חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינ"ל של ישראל.
   2. פס"ד קמיאר נ' מ"י – רצו להסגיר מערער ישראלי לשוויץ לפי אמנת ההסגרה. המערער טען שהאמנה נחתמה באופן לא כשר מאחר שהשגריר הוא זה שחתם על האמנה. עלתה השאלה האם השגריר היה מוסמך. במשב"ל הנוהג הוא ששגרירים יכולים לחתום על אמנה ולכן מחילים את האמנה הזו על המערער. עד שנות ה-90 היו עוד מספר שימושים בחזקת ההתאמה אבל לא באופן מהותי.
   3. פרשת קלפי המיקוח – השאלה הייתה האם היותו של עצור מנהלי קלף מיקוח לשחרור שבויים ישראליים נכנס בגדר שיקולי ביטחון המצדיקים החזקה במעצר מנהלי. ביהמ"ש בהליך הראשון קבע שאין צורך להכריע בדבר קיומו ותחולתו של דין מנהגי/הסכמי בדבר איסור לקיחת בני ערובה. חוק ספציפי מקומי גובר על המשב"ל. בהליך השני ביהמ"ש קובע שהחזקה בעצור מנהלי כקלף מיקוח לא נופלת בגדר שיקולי ביטחון. אין איסור על החזקת קלפי מיקוח במשב"ל המנהגי. האיסור ההסכמי על החזקת בני ערובה אינו כובל את המדינה במשפט הפנימי בהיעדר חוק קולט. עם זאת, חזקה כי תכליתו של חוק, בין היתר, להגשים הוראות המשב"ל ולא לעמוד בסתירה להן (מחזק את חזקת ההתאמה הפרשנית).
   4. ע"פ 6659/06 פלוני – פרשת קלפי מיקוח מביאה לחקיקת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (2002). השופטת בייניש בוחנת את חוקתיותו של חוק הלב"ח. בחינה זו מתבצעת על ידי בחינתו במשקפת של המשב"ל. ראשית בייניש קובעת האם החוק עומד בעקרונות המשב"ל ורק אז בוחנת אותו במבחני פסקת ההגבלה.
   5. מקום החלת החזקה
      1. פרשנות חקיקה ראשית של הכנסת – בבג"ץ יתד דנו בפירוש חוק חינוך מיוחד (הורים של ילדים עם צרכים מיוחדים שרצו שילדיהם ילמדו בחינוך רגיל). ביהמ"ש פירש את החוק לפי המשב"ל (אמנות זכויות אדם הנוגעות לזכות לחינוך ולזכות לשוויון) ומקבל את העתירה. יודגש שהחזקה חלה הן ביחס לנורמות מנהגיות והן ביחס לנורמות הסכמיות (בין אם נקלטו ובין אם לאו). בכך יש פוטנציאל להפוך את ישראל למדינה מוניסטית, כך שבכל תיק תהיה נפקות לכלל הבינ"ל הרלוונטי.
      2. משפט מנהלי – כשהרשות עושה פעולה כלשהי היא צריכה להראות אילו שיקולים היא לקחה כשהיא נקטה את אותה הפעולה וכן להראות שהיא פעלה בצורה סבירה. בהקשר של השיקולים, רשויות צריכות לשקול את ההתאמה של ההחלטה שלהן למשב"ל. בהקשר של סבירות, ניתן לטעון שהחלטה המנוגדת להתחייבות בינ"ל של ישראל היא בלתי סבירה.
      3. חוקי יסוד – ישנה שאלה פתוחה לגבי תחולת חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי היסוד. ביהמ"ש נמנע עד כה מללכת בכיוון של החלת חזקת ההתאמה הפרשנית ביחס לחוקי יסוד. הבעייתיות בהחלת החזקה בחוקי יסוד היא שכדי לשנות חוקי יסוד נדרשים תנאים מסוימים, ולא ניתן להתעלם מההגנה שהמחוקק נותן לחוקי היסוד (לכן טיעון הפרדת הרשויות במקרה זה כן רלוונטי). בבג"ץ אדם נ' הכנסת דנו בסוגיית תיקון מס' 3 לחוק מניעת הסתננות (החזקה במשמורת ל-3 שנים). ביהמ"ש קבע שהאמנה לא נקלטה ומפנה לחזקת ההתאמה, אך מסתפק בבחינה חוקתית לאור חוק היסוד ולא לאור המשב"ל. בבג"ץ מחויבות דיברו על קיצוץ קצבאות בחוק וטענו שהוא מנוגד לחוק יסוד כבוד האדם. עלתה השאלה האם קיצוץ בקצבאות פוגע בכבוד האדם כהגדרתו בחוק. העותרים טענו שמדובר בפרשנות שצריכה להיעשות לפי המשב"ל שהיא יותר רחבה. הטענה לא התקבלה בביהמ"ש.
7. **סיכום** – רואים שישראל התחילה כמדינה יותר דואליסטית אך עם הזמן ניכרים צעדים יותר מוניסטיים שמצביעים על התחזקות המשב"ל במשפט הפנימי. ישנן מספר סיבות לכך: אג'נדה ליברלית של השופטים (לדוגמה דיני לחימה ששינו את הכותרת שלהם לדינים הומניטריים); התחזקות השפיטה הבינ"ל והעלאת מחיר ההפרות (משב"ל פלילי, ICC); עיקרון המשלימות בדין הפלילי הבינ"ל (אם אדם הועמד לדין במדינה אחת על פשעים שביצע לא ניתן להעמיד אותו לדין במדינה אחרת על אותו הפשע) מבחין בין מדינות בהן יש אכיפה פנים מדינתית אפקטיבית לבין מדינות שבהן אין אכיפה שכזו; המשב"ל עצמו עבר שינוי, תכניו רלוונטיים יותר לדין הפנימי.

**תפקיד המדינה במשב"ל**

**הקדמה**

1. השחקנים במשב"ל השתנו במהלך השנים. בעבר המדינה הייתה השחקן המרכזי במשב"ל גם מבחינת תחולת הכללים וגם מבחינת יצירת הכללים של המשב"ל. במאה ה-19 המדינה הייתה האישיות המשפטית היחידה במשב"ל. גם השם של המשב"ל נבע מכך שהוא משפט שחל בין מדינות (בין לאומים).
2. במאה ה-20 היו שתי התפתחויות אחרי מלחמות העולם. אחרי מלחה"ע הראשונה עלו קולות של מלומדים שביקשו להתייחס למדינה ככלי שאמור לקדם את המטרות הנעלות יותר של זכויות, בטחון וסדר. הם היו הראשונים שטענו ברמה התיאורטית שצריך לקדם זכויות אדם במשב"ל. הנסיבות שהיו לאחר מלחה"ע הראשונה היו כר פורה להתחלה של דיון ברעיונות אלו והזוועות של מלחה"ע השנייה הבהירו שאי אפשר רק לדבר על זה ברמה התיאורטית אלא צריך לעשות מעשים ולחוקק חוקים הנוגעים לזכויות אדם ולחובות החלות על הפרטים. לטובת כך הצטרפו עוד שחקנים למגרש הבינ"ל בעלי תפקידים שונים. ארגונים בינ"ל אפשרו הסדרה של יחסים שונים בין המדינות (הסדרי עבודה וכדו'). נוסף על כך ישנן ישויות מעין מדינתיות (Quasi stats) שהן לא ממש מדינות (לא נהנות מכל הזכויות והחובות של המדינות) אבל יש להן מאפיינים שונים של מדינות (דוגמת פורטוריקו שהיא מעין מדינה לצד זאת שהיא חלק מארה"ב בכל הנוגע ליחסי חוץ; טיוואן שפועלת באופן עצמאי בתוך השטח שלה בעוד שסין רואה בה חלק ממנה). לבסוף גם גופים פרטיים הצטרפו למגרש הבינ"ל (פרטים, תאגידים, NGOs). בפועל המדינה נותרה השחקן המרכזי מבחינה היסטורית, פוליטית ומשפטית (מרבית הנורמות קשורות בה, בעלת האישיות המשפטית הרחבה ביותר ובעלת סמכות רחבה ליצור נורמות חדשות).

**אופן הקביעה כי יחידה פוליטית מהווה מדינה**

1. בשנות ה-60, מעל 60 מדינות אפריקניות הגיעו לעולם. שלושים שנה לפני כן היה המפץ הגדול הלטיני. קולומביה היא מדינה מאוד ותיקה, אבל מתוך קולומביה יצאו ונצואלה, פנמה, פרו. מדינות אמריקה הלטינית הרימו את הראש מבחינת ההגדרה העצמית שלהן בסוף שנות ה-20 של המאה הקודמת. כדי להגן על עצמאותן הן קידמו את אמנת מונטבידיאו, שביקשה להגדיר איזו יחידה פוליטית גיאוגרפית הופכת למדינה ע"מ למנוע ממדינות אחרות להתערב במה שקורה בשטחן. זאת מאחר שהפרקטיקה של הקולוניאליזם עד אז הייתה להגיע לשטח שלא מוגדר כמדינה ולנצל אותו. אמנת מונטבידיאו ביקשה להפוך את הפוליטיקה לדין מדעי. האמנה לא הצליחה מאחר שלא ניתן לנתק את הפוליטיקה מהמצב במציאות.
2. **תנאים להגדרת מדינה לפי האמנה**
   1. אוכלוסייה קבועה – כל מה שצריך הוא גרעין של אוכלוסייה. זה לא תלוי בגודל, בהרכב הדמוגרפי או כל דבר אחר. צריך גרעין של אוכלוסייה שמהווה את אוכלוסיית המדינה. מדינה יכולה לקום ולהביא אנשים משאר העולם שיהיו אזרחים שלה. היא יכולה גם לקום ולספח אליה אנשים שהיו בשטח שלה לפני כן ולהפוך אותה לאזרחים. מדינה יכולה להחליט שיש לה כמה עשרות אזרחים (כמו הוותיקן). דוגמאות למדינות קטנות: נאורו, ליכטנשטיין, מונאקו. נאורו היא אחד המקומות שעתידים לשקוע מתחת לים, לכן יתכן מצב בו תהיה מדינה בלי שטח.
   2. טריטוריה – דרישה ל"יבשה". לגבי דרישה זו העתיד מזמן שאלות. בדובאי למשל בונים איים מלאכותיים, ועולה השאלה האם הם יכולים להיחשב יבשה. אין סף מינימום, מדינה יכולה להיות בעלת טריטוריה מזערית. הטריטוריה לא חייבת להיות רציפה, דוגמת ארה"ב (אלסקה והוואי), יוון, יפן וכדו'. בנוסף, אין צורך בגבולות מסוכמים. לישראל למשל יש גבולות שעד היום הם לא מוסכמים. כשישראל ביקשה להתקבל לאו"ם טענו שהיא לא מדינה מאחר שיש לה גבולות לא מוסכמים, אבל שגריר ארה"ב דאז הגיע וטען שגם לארה"ב לא היו גבולות מוסכמים בתחילת דרכה.
   3. ממשלה – נדרשת ממשלה בעלת כושר אפקטיבי לנהל ענייני מדינה (יכולת להשליט חוק וסדר). ממשלה נמדדת באפקטיביות שלה, ובמבט רחב יותר כללי מונטבידיאו משקפים שאיפה לאפקטיביות של החלת ריבונות ויכולת לשמור על חוקים. עם זאת, ניכרים מקרים בעייתיים. קרואטיה ובוסניה-הרצגובניה הפכו למדינות למרות שלא היו מוכנות לכך, זאת בהתבסס על הצורך להעניק ריבונות לאזרחים שנפגעו ממלחמת אזרחים. האיזון הוא בין הסדר, החוק והשליטה האפקטיבית לבין הזכויות (הבסיס שלכבודו מתאגדים כמדינה). ההגדרה העצמית של הפרטים כעם. יש כאלו שיגידו שהגדרה עצמית הוא עקרון משפטי ויש כאלו שיגידו שהוא עקרון פוליטי. גם אם שואלים מה הופך אנשים לקבוצה עם הגדרה עצמית התשובות יהיו שונות (עניין אתני, עניין דתי, עניין פוליטי או שילוב של כולם). עד היום אין תשובה ברורה למה מגדיר עם. במהלך השנים הייתה התרופפות של תנאי הממשלה האפקטיבית ועלייה של הזכות להגדרה עצמית. עולה סוגיה נוספת של מדינות במשבר (Failed States). דוגמה לכך היא סומליה, שלאורך 30-40 שנים אין לה ממשלה מתפקדת. מתוך סומליה פרשה אישיות חדשה בשם סומלי-לנד שמתפקדת יותר טוב מסומליה, היא שומרת על חוק וסדר, יש לה מטבע משלה אבל הם מעולם לא הוכרו כמדינה. זאת בשל שיקולים של יציבות, סדר וודאות שסומליה כמדינה שהוכרה כבר זכאית להם. דוגמה נוספת היא ליבריה שהייתה במלחמת אזרחים נוראית והיא כיום בתהליך של שיקום. הקהילה הבינ"ל הקימה טריבונאל ששופט על פשעי עבר ואמור להוביל אותם לעתיד ורוד יותר. לצד כל זאת, היחידה הפוליטית ליבריה נשארה ליבריה. מצב דומה היה בסודן (מלחמת אזרחים ופרישה של מדינה). סודן הורכבה משתי קבוצות דת מנוגדות (נוצרים ומוסלמים). הנוצרים ניסו לפרוש ולהקים מדינה נפרדת, וכיום יש כאלו שמכירים בהם וכאלו שלא. דוגמה מובהקת נוספת היא סוריה. השטח של סוריה נוהל בעשור האחרון חלקו ע"י סוריה, חלקו ע"י המדינה האסלאמית, חלקו ע"י איראן, חלקו ע"י ארה"ב, חלקו ע"י הכורדים. כל זה לא שינה את העובדה שסוריה היא מדינה. מכאן ניכרת העוצמה של המדינה לאחר שהכירו בה.
   4. כושר לקיים יחסי חוץ – הדגש פה הוא על יכולת. האם יש לישות הטוענת שהיא מדינה יכולת להקים מערך מדיני, לארח שגרירויות, להקים שגרירויות במדינות אחרות. האם אותה ישות היא עצמאית ביחס למדינות אחרות. אותן דוגמאות כמו פורטו ריקו, שהן מדינה לכל דבר ועניין אבל יחסי החוץ שלהן בידי ארה"ב, לא יוכרו כמדינה מאחר שהן לא עצמאיות במובן שמישהו אחר קובע את יחסי החוץ שלהן. דוגמה מהעבר היא ליכטנשטיין ששוויץ ניהלה את יחסי החוץ שלה. בשלב מסוים האו"ם החיל מספר מבחנים על ליכטנשטיין והכיר בהם כמדינה. בעבר הייתה דוקטרינה של מדינות חסות (יחסי החוץ מסורים בידי מדינה אחרת). דוגמה לכך היא מרוקו שהכירה בצרפת כמגנה שלה. במקרה בפני ה-PCIJ עלתה השאלה האם מרוקו יכולה לייצג את עצמה בפני בית המשפט והתשובה הייתה שכן מאחר שחסות צרפת עליה הייתה מכוח הסכם. הפרקטיקה של מדינות חסות הייתה בעבר דבר מאוד נפוץ והיום זה פחות נפוץ.
3. התנאים בס' 1 לאמנת מונטבידיאו קובעים מה היא הישות שהופכת למדינה. לכאורה ישות שעומדת בתנאים אלו יכולה להכריז על עצמאות ולהפוך למדינה. אינדיקציה חזקה לעצמאות מדינה היא הצטרפותה לאו"ם. דוגמה מהעת האחרונה היא בוסניה או הרשות הפלסטינית. ברשות הפלסטינית שהכריזה על עצמה כמדינה לראשונה ב-88 כמעט אף אחד לא הכיר מלבד בעלות ברית, אבל אחרי שהיא התקבלה כמדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם ב-2012 כמעט כל העולם הכיר בה. כדי להצטרף רשמית לאו"ם צריך שמועצת הבטחון תאשר את הכניסה של אותה הישות. פלסטין הוכנסה לאו"ם דרך החלטה של העצרת הכללית, משמע לא לפי הפרוצדורה הרגילה של האו"ם. לכן זה לא נחשב לחותם הסופי של האו"ם שלא ניתן להתווכח אתו. עד היום יש הרבה מדינות שלא מכירות בישראל. כשסוריה הצטרפה לאו"ם היא הוסיפה הסתייגות לפיה היא לא מכירה בישראל כמדינה.
4. **הכרה**
   1. מדובר בתנאי הלא רשמי אבל החשוב יותר מבחינה פרקטית ע"מ להפוך למדינה. ס' 3 לאמנת מונטבידיאו קבע שאין בהכרה של מדינה בכדי להשפיע על המעמד של ישות כזו או אחרת. כלומר, אם יש הכרה או אין לא משפיע על השאלה האם מדינה היא מדינה. זו גישה דקלרטיבית כי היא אומרת שההכרה יכולה להצהיר משהו שכבר קיים. זאת בניגוד לגישה הקונסטיטוטיבית, לפיה ההכרה נדרשת ע"מ להפוך למדינה. עוד ביטוי לגישה הדקלרטיבית הוא ס' 6, לפיו הכרה של מדינה במדינה אחרת רק מהווה ביטוי של היחס בין המדינה המכירה למדינה המוכרת. מבחינה משפטית הגישה הדקלרטיבית היא המקובלת ביותר, אבל בפועל ברגע שיש הכרה, במיוחד בישות חדשה, זה מחזק את הטענה שלה להיותה מדינה וזה גם מאפשר לישות המוכרת לפתח יחסים עם מדינות ותיקות. ברגע שארה"ב מכירה במדינה מסוימת באופן רשמי המדינה המוכרת יכולה להתחיל בצעדים של שת"פ (הקמת שגרירויות, הסכמי סחר ועוד). מעבר לעניין הפוליטי, כדי להיות מדינה חייבים שיתוף פעולה בינ"ל. רוב ההחלטות הריבוניות תלויות בשאר המדינות בעולם (אילו סחורות ניתן לייצא, לייבא וכדו'). אפילו החלטות עם אופי מקומי תלויות בכך (כשסומלי-לנד השיקו את השילינג שלהם אף מדינה או ארגון לא הכירו בו. השווי של כסף הוא כשווי הוודאות לגביו, ולכן מי שרוצה לקנות בסומלי-לנד דבר מה משמעותי הוא עושה את זה בדולרים).
   2. הליך חד-צדדי פוליטי – מדינה יכולה להחליט האם היא מכירה במדינה אחרת, אין חובה שקובעת שעל מדינה להכיר במדינה אחרת. עם זאת, יש תנאים בהתקיימם יש חובה לא להכיר במדינה הנוגעים לאופן הקמת המדינה. מדינה לא יכולה להכיר במדינה שקמה באופן לא חוקי. כאמור, במישור המשב"ל אין נפקות משפטית להכרה או להעדרה (דוגמת ישראל ומדינות ערב. ברגע שיש מסה קריטית שמכירה אז יש הכרה). גם ללא הכרה, בין המדינות ממשיכים לחול כללי המשב"ל.
   3. משמעות פוליטית/דיפלומטית – למרות שאין משמעות משפטית להכרה או להיעדרה, יש לכך משמעות פוליטית ודיפלומטית. לא יקיימו יחסים דיפלומטיים עם מדינה חדשה שלא מכירים בה. מדינה חדשה בלתי מוכרת תתקשה להצטרף לארגונים בינ"ל (לכן מדינות חדשות לרוב יצטרפו לארגונים יותר קטנים ושוליים). אם אף מדינה לא מכירה במדינה החדשה, היכולת של הישות לממש היותה מדינה תהיה מאוד מוגבלת (כאמור, דוגמת סומלי-לנד).
   4. נפקות משפטית – הנפקות המשפטית שיש להכרה היא במישור הלאומי. למשל כשמדינה אחת מכירה בחסינות דיפלומטית או חסינות ריבון (מדינה אחת לא תשפוט מדינה אחרת מאחר שזה יוצר אי-שוויון בין המדינות). בישראל, כשעולה השאלה של חסינות ריבון, זה באחריות משרד החוץ. במשרד החוץ יש מחלקה שמנפיקה תעודה בשם תעודת שר החוץ שקובעת לגבי מדינות אחרות האם מכירים בהן כמדינה.
   5. סיכום – ההחלטה האם להכיר במדינה תלויה בשלושה גורמים: 1. קיום ארבעת התנאים של מונטבידאו (תנאי הכרחי אבל שאינו השורה התחתונה, משלבים בו את השיקולים האחרים); 2. שיקולים פוליטיים; 3. השאלה האם עצם הקמת המדינה והתנהלותה חוקית. מה שרואים בעשורים האחרונים הוא שהכללים המשפטיים האובייקטיביים (אוכלוסייה, שטח וכו') יורדים ועולה החשיבות של לגיטימיות והכרה. דוגמה לכך היא רודזיה, שהכריזה עצמאות בשנת 65'. הממשלה הראשונה שהקימה אותה ניסתה להפוך אותה למדינת אפרטהייד. העולם לא הכיר ברודזיה והיא לא הצליחה לפעול במישור הבינ"ל, עד שבשנות ה-80 הייתה הפיכה שלטונית שכללה בחירות. לאחר הבחירות רודזיה הפכה לזימבבואה. סומלילנד היא דוגמה לפרישה שפגעה בזכות לשלמות טריטוריאלית שלא הוכרה כמדינה. קוסבו היא דוגמה לפרישה כזו בה הכירו מאחר שהעדיפו את השיקולים של שמירה על זכויות אדם על פני שלמות טריטוריאלית. האיחוד האירופי בשנות ה-90' (כשהיה צורך להכיר בגל של מדינות חדשות) הקים ועדת מומחים שניסחה שורה של כללים שביקשו להסביר למדינות החדשות מה נדרש על-מנת לקבל הכרה של האיחוד האירופי. דגש מרכזי היה על קיומה של דמוקרטיה ועל הגנה על זכויות אדם. יש כאלו שניסו להכניס לשיקול של הכרה דרישות של זכויות אדם אבל בפועל זה לא תנאי מחייב. יש הרבה מאוד מדינות שהן מפרות זכויות אדם סדרתיות ואף אחד לא מערער על היותן מדינה. תנאים כאלו הם בעלי שימוש פוליטי יותר מאשר יש להם משמעות משפטית. עם זאת, מדובר בחלק מהדיון בהגדרת מדינה ולעיתים במקרי קיצון אחד מהתנאים הנוספים יכול להפוך לשיקול מרכזי.
5. **הרשות הפלסטינית כמקרה מבחן**
   1. מבחינת תנאי מונטבידאו מצבם טוב. קיימת אוכלוסייה פלסטינית. לגבי טריטוריה אפשר להתחכם ולהגיד שעזה בשליטת חמאס ואיו"ש בשליטת הרש"פ, אבל גם אז איו"ש מספיק בשביל תנאי זה. מבחינת ממשלה עולה השאלה לגבי ניהול איו"ש (בין ישראל לשלטון הפלסטיני) אבל מאז אוסלו זה יותר מוסדר. בנוסף, הדרישה לממשלה הולכת ופוחתת למול עליית הזכות להגדרה עצמית. מבחינת יכולת לנהל יחסי חוץ, יחסי החוץ של פלסטין עצומים. משקיעים יותר ביחסי חוץ מאשר בניהול העניינים הפנימיים. ישנן הגבלות שישראל מטילה ברמה המעשית אבל אי אפשר למנוע לחלוטין מפלסטין לנהל יחסי חוץ. יש בקשה תלוי ועומדת במועצת הבטחון להכיר בפלסטין, אבל פלסטין קיבלה הכרה חלקית (הכרה של העצרת הכללית).
   2. מבחינה משפטית אפשר לשאול שאלות שונות לגבי החלטת העצרת הכללית. למשל, למה מכירים בשטח מסוים כמדינה אם אין שליטה אפקטיבית מלאה. לא ברור איך אפשר ליישב את הדרישה המשפטית לארבעת התנאים למול המצב בשטח. בנוסף, האם הצבעה בעצרת הכללית יכולה להיות אקט משפטי מחייב. העצרת לא מוסמכת להורות על קבלת מדינה לאו"ם. עם כל זאת, בפועל ההחלטה מטה את הכף להכרה בפלסטין כמדינה ע"י רוב מדינות העולם. זה גם סלל את הדרך להצטרפותה לאמנות/מוסדות בינ"ל (דוגמת חוקת רומא).
   3. מקרה הרש"פ ממחיש מגמות בתחום. הגמשת תנאי השליטה האפקטיבית וחשיבות אלמנט הלגיטימיות בלב סוגיית ההכרה (כאן הזכות להגדרה עצמית כתומכת בהכרה). יש כאלו שטוענים כיום שהכרה הפכה לקונסטיטוטיבית (משמע ההכרה נדרשת ע"מ להפוך למדינה). מבחינה משפטית ניתן לסתור זאת אך מבחינה פרקטית לא בטוח שניתן לערער על זה.

**המדינה ואחריות בינ"ל**

**הקדמה**

1. מדובר בהטלת אחריות על מדינה בגין מעשים שפרטים שונים עושים.
2. **כללי אחריות בינ"ל**
   1. לצד זכויות ופריבילגיות, מוטלות על המדינה חובות שונות מכוח אמנות, מנהגים ומקורות אחרים. כמו בכל משפט אחר, במקום שיש חובה הפרת החובה גוררת נשיאה באחריות. כשמדובר על מדינות מדובר על אחריות בינ"ל. כללי האחריות הבינ"ל הם כללים מסדר שני. כללים מסדר ראשון הם כללים מהותיים שמטילים חובות, זכויות (כללי עשה ואל תעשה). כדי לאכוף ולהסדיר את אותם הכללים קיימים כללים מסדר שני. יש למשל איסור על הפרת שלמות טריטוריאלית של מדינות שהוא איסור מסדר ראשון. אם מדינה מפרה איסור זה יש כללים שמסדירים מה אפשר לעשות בגין אותה ההפרה ואלו הם כללים מסדר שני. לדוגמה, כיבוש האי קרים ע"י רוסיה. פעולה זו מהווה פגיעה בעקרון השלמות הטריטוריאלית של המדינה. זוהי הפרה של כלל מסדר ראשון. כללים מסדר שני יקבעו האם ניתן לייחס את המעשה לרוסיה, מה התוצאה של הפרה זו וכדו'.
   2. בשנים האחרונות כללים אלו נהיו חשובים יותר ויותר מסיבות שונות. קודם כל, ישנה מגמה של משפטיזציה בזירה הבינ"ל. נושאים שבעבר לא היו מוסדרים ברמה הבינ"ל כיום מוסדרים באמנות שונות. מעבר לכך, ישנו גידול בכמות האינטראקציות בין המדינות (גלובליזציה).
   3. כללי ברירת מחדל – כללים שחלים מקום שבו לא חלים כללים אחרים.
3. **המסגרת המשפטית** – טיוטת אמנה שגיבשה ועדת ה-ILC (International Law Commission). אמנה זו לא התקבלה ע"י הרבה מדינות, אך עדיין רוב הכללים נחשבים משקפים משב"ל מנהגי על אף שהטיוטה אינה מהווה אמנה בינ"ל מחייבת.

**תנאים לאחריות בינ"ל**

1. **סעיף 1** – העקרון המנחה הוא שבמקום בו יש הפרה צריכה להיות מוטלת אחריות על הגורם המפר. השאלה מיהו הגורם המפר היא שאלה מורכבת.
2. **סעיף 2** – אחריות בינ"ל קמה כשמתקיימים שלושה תנאים: מעשה או מחדל; המהווה הפרה של כלל ראשוני של המשב"ל; ומיוחס למדינה על פי כללי המשב"ל.
3. **מעשה או מחדל** – מדינה יכולה להפר במעשה (אסור לעשות מעשה מסוים והיא עדיין תעשה) וגם במחדל (אם למשל מדינה מחויבת לעשות דבר מה והיא נמנעת ממנו). אופי ההתנהגות תלוי בשאלה האם על מדינה מוטל איסור (דוגמת איסור שימוש בכוח) או חובת עשה פוזיטיבית (דוגמת החובה למנוע רצח עם והחובה להעניש בגינו).
4. **הפרת חובה בינ"ל** – לפי ס' 3, סיווג התנהגות המדינה כהפרה נקבע על ידי המשב"ל ולא על ידי הדין הפנימי. מדינה לא יכולה להישען על הדין הפנימי שלה כהצדקה להפרת המשב"ל אפילו אם ההפרה מחויבת לפי הדין הפנימי. ניתן לראות זאת גם בעולם של אמנות, אם מדינה התקשרה באמנה היא לא יכולה להשתמש בדין הפנימי כתירוץ להפרת התנאים שנקבעו באמנה אליה הצטרפה.
5. **ייחוס ההתנהגות למדינה** – מדובר בשאלה מורכבת מאחר שמדינה כמדינה לא יכולה לבצע מעשים, לא כנגד מדינות ולא כנגד פרטים. מי שמבצע מעשים הם הפרטים בתוך המדינה ולכן השאלה היא האם ניתן לייחס מעשים של פרטים למדינה. המדינה היא ישות מופשטת שפועלת באמצעות בני אדם ממשיים. הכלל הבסיסי הוא שהמדינה אינה נושאת באחריות להתנהגות כל אזרחיה או לכל פעילות שבוצעה בשטח שלה. מכאן שהשאלה היא מה הזיקה הנדרשת בין מבצע ההתנהגות לבין המדינה.

**אחריות המדינה**

1. **אחריות המדינה לפעולות אורגניה**
   1. מדובר בזיקה מוסדית. בסיטואציה הזו הנחת המוצא היא הנחת מוצא הפוכה, לפיה ניתן לייחס אחריות למדינה (ס' 4). אורגנים הם שרים, עובדי ציבור, חיילים ועוד. אין חשיבות להיררכיה של האורגנים (דין טוראי כדין תת-אלוף).
   2. אופן זיהוי אורגן – לפי טיוטת האמנה, מזהים מיהו אורגן על-פי הדין הפנימי של המדינה. יכול להיות שבמדינה אחת כל עובדי משרד המשפטים נחשבים עובדי מדינה אבל במדינה אחרת זה לא יהיה המצב. בנוסף לכך, ניתן לבחון גורמים נוספים לפי הפרקטיקה של המדינה והתפקידים שממלאים אנשים בפועל (לפי דברי ההסבר של ה-ILC מדינה לא תוכל להתחמק מאחריות של אורגן בפועל בגלל שהוא לא נחשב אורגן לפי הדין הפנימי שלה). דוגמה לכך באה לידי ביטוי בפרשת הג'נוסייד (בוסניה נ' סרביה) בה עלתה השאלה האם ניתן לייחס לסרביה (אז יגוסלביה) את פעולות ה-VRS שביצע רצח עם נגד בוסנים מוסלמים. השאלה הייתה האם ה-VRS נחשב אורגן דה-פקטו של יגוסלביה. בפס"ד נקבע שהמבחן המשמעותי הוא מבחן הדין הפנימי אבל הוא לא המבחן היחיד. במקרה זה, גורמים שונים יהיו אורגן דה-פקטו אם הם פועלים בתלות מוחלטת במדינה (יש להם אפס שיקול דעת והם פועלים בהנחיה מלאה). כדי לחרוג ממבחן הדין הפנימי צריך להיות מבחן מחמיר ובמקרה זה לא הוכח שה-VRS פעלו בתור אורגן דה-פקטו של יגוסלביה, לכן לא ניתן היה לייחס את פעולותיהם למדינה.
   3. סעיף 5 לכללי ה-ILC – מרחיב לגופים שאינם אורגנים של המדינה אך מוסמכים על ידה לבצע פונקציות ממשלתיות. מעמד גופים אלו (בין אם אדם או ישות אחרת) יהיה זהה למעמד אורגן. לדוגמה, חברות אבטחה פרטיות, הפעלת בתי סוהר, ביקורת גבולות וכדו'. הרציונל לייחוס הוא ההסמכה של המדינה את אותם הגופים לבצע תפקיד בעל אופי ציבורי. המדינה פועלת דרך ארגונים אלו, גם אם הם מחזיקים בשיקול דעת עצמי, ובכך היא מוותרת על שיקול הדעת שלה בנושא.
   4. כשרות – מדובר בתנאי נוסף להטלת אחריות בגין פעולת אורגן. הנחת המוצא היא שלא מטילים אחריות בגין מעשים של אורגנים, אלא אם כן מתקיים תנאי הכשרות. בוחנים האם פעולת אותו אורגן בוצעה במסגרת כשרותו לבצע אותה הפעולה (Capacity). יש שני מבחנים משלימים לזיהוי פעולה במסגרת הכשרות: 1. מבחן הזיקה המהותית, לפיו בודקים האם קיימת זיקה בין תפקיד האורגן לפעולה שבוצעה; 2. מבחן הסמכות הנחזית, בו בוחנים את הסממנים החיצוניים של הגורם מבצע הפעולה וחושבים האם הם מלמדים על כך שהאדם פעל במסגרת תפקידו כאורגן של המדינה (לדוגמה, מדים).
   5. פעולות החורגות מסמכות – מדובר בביצוע מעשה שלא הוקצה למבצע הפעולה (פעולה שלא במסגרת סמכותו עפ"י המבנה המוסדי הפנימי של המדינה) או פעולה המבוצעת תוך הפרת הוראות שניתנו מגורם מוסמך. עולה השאלה האם המדינה תישא באחריות גם כשהאורגן חורג מסמכות. לפי ס' 7, גם אם אורגן חרג מסמכותו, התנהגותו תיוחס למדינה כל עוד הוא פעל בכשרות. חריגה מסמכות אינה פוטרת את המדינה מאחריות לפעולת האורגן. לכך יש רציונאלים שונים (מניעת ניסיונות של המדינה להתחמק מאחריות בגין התנהגות אסורה; המדינה הינה בד"כ כיס עמוק ומוצדק שתפצה בגין נזקים שיכלה למנוע; למדינה אחריות להכשיר אורגנים לנהוג כיאות ולפקח על מעשיהם).
2. **אחריות המדינה לפעולות של אנשים פרטיים**
   1. נקודת המוצא היא שהמדינה אינה נושאת באחריות לפעולות של אנשים פרטיים. בהיעדר זיקה מוסדית, ייחוס התנהגות אנשים פרטיים מחייבת הוכחת זיקה משמעותית בין הפעולה האסורה לבין המדינה. כללים לייחוס אחריות המדינה לפעולות פרטים: 1. התנהגות אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או נתונים לשליטתה; 2. פעולות אנשים שהמדינה מכירה ומאמצת בדיעבד.
   2. פעולות אנשים שבוצעו עפ"י הוראות או בשליטה של המדינה
      1. היקף השליטה הנדרש נדון בפס"ד ניקרגואה שעסק בייחוס פעולות ארגון המורדים ה-Contrast לארה"ב (קיבלו סיוע מארה"ב אשר כלל הכשרה, מתן ציוד, עזרת סוכנים אמריקאים ועוד). ביה"ד קבע שבשביל לייחס אחריות צריך להוכיח **שליטה אפקטיבית** על הפעולות הצבאיות של הארגון, ולא די בסיוע. במקרה זה נקבע שרוב הפעולות לא ניתנות לייחוס לארה"ב. פס"ד זה מבוקר על כך שהוא העלה מאוד את הרף לייחוס אחריות.
      2. בהמשך הנושא נדון בפס"ד טאדיץ' ב-ICTY. במקרה זה אומץ מבחן אחר. נקבע שייחוס הפעולות של המליציות שפעלו בבוסניה למדינת סרביה יקבע לפי **מבחן השליטה הכללית** (מימון, סיוע בקביעת יעדם אסטרטגיים וכו'). מדובר במבחן מקל יותר מאשר מה שנקבע בפס"ד ניקרגואה.
      3. בפס"ד הג'נוסייד (בוסניה נ' סרביה) כאמור דנו על ייחוס מעשי רצח העם שבוצעו ע"י המליציות לסרביה, האם הם בוצעו תחת שליטתה והוראותיה. ה-ICJ חוזר למבחן השליטה האפקטיבית ודוחה את מבחן השליטה הכללית. הוא מנמק זאת בכך שה-ICTY עסק באחריות אנשים ולא מדינה והוא עסק בנושא בצורה אגבית. לכן **יש לקבוע אחריות מדינה בגין מעשה של אנשים לפי מבחן השליטה האפקטיבית**.
   3. פעולות אנשים שהמדינה מכירה ומאמצת בדיעבד
      1. נושא זה מתמקד בהתנהגות המדינה בפרק הזמן שלאחר ביצוע המעשה. אישור הפעולה ואימוצה מתבצע בין באופן מפורש (למשל בהסכם בינ"ל המיישב את הסכסוך) בין במשתמע (למשל כאשר אורגנים של המדינה מאשרים בהתנהגותם את הפעולה האסורה ואף ממשיכים לבצעה).
      2. פרשת הסגל הדיפלומטי והקונסולרי בטהרן – מקרה זה נדון ב-ICJ ב-1980. עלתה שאלה לגבי אחריות איראן (ממשלת חומייני) למצור על השגרירות האמריקאית שערכו סטודנטים איראניים בזמן המהפכה. ה-ICJ פסק שאמנם המצור בוצע ע"י סטודנטים עצמאיים שאינם אורגנים של המדינה אך בדיעבד מעשים אלו אושרו ושובחו ע"י מנהיגי איראן ולכן ניתן לייחס אחריות בגין אותן ההפרות למדינת איראן. מעבר לכך, אורגנים של ממשלת איראן המשיכו את המעצר הבלתי חוקי של הדיפלומטים. ביה"ד פסק כי שני אלו הפכו את פעולת תפיסת השגרירות ומעצר הדיפלומטים לפעולות של ממשלת איראן.
3. **אחריות המדינה בעקבות פעולות פרטיות בשל הפרת חובה לנהוג בחריצות ראויה**
   1. מקרים בהם על המדינה חובה לנהוג ב"חריצות ראויה" מכוח נורמות בינ"ל המטילות על המדינה חובות פוזיטיביות (למשל, החובה למנוע רצח עם). חשוב לזכור שלא מוטלת חובה על המדינה לעשות הכל ויטילו אחריות רק במקרים בהם המדינה לא פעלה בחריצות ראויה. המדינה תישא באחריות אם היא יודעת שאדם עומד לבצע פעולה לא חוקית, ואינה נוקטת בפעולות סבירות על מנת למנוע ממנו ביצועה וכן אם בוצעה פעילות בלתי חוקית והמדינה לא פעלה בצורה סבירה כדי לתפוס את המפר ולהעמידו לדין.
   2. פרשת בוסניה נ' סרביה – ס' 1 לאמנת הג'נוסייד קובע חובה למנוע רצח עם. לא מודדים את התוצאה (האם נמנע הרצח) אלא בוחנים האם המדינה השקיעה מאמצים זמינים וסבירים. במקרה זה סרביה נמצאה אחראית לאי מניעת רצח העם בבוסניה. כאמור, מעשי ה-VRS לא יוחסו לסרביה אבל כן מצאו אותה אחראית באי-מניעה.
   3. פרשת הסגל הדיפלומטי בטהרן – איראן אחראית באופן ישיר למעשי הסטודנטים אבל אחראית גם באופן עקיף בכך שלא קיימה חובתה להגן על השגרירות.
4. **חריגים להטלת אחריות בינ"ל**
   1. פרק V לכללי ה-ILC קובע מצבים בהם יש הפרה והיא ניתנת לייחוס למדינה ובכל זאת המדינה לא תישא באחריות. אף חריג לא יכול להצדיק התנהגות המפרה נורמות קוגנטיות (ס' 26), דוגמת רצח עם.
   2. הסכמה – דרושה הסכמה אמיתית ולא כפויה של המדינה האחרת.
   3. הגנה עצמית – ידון בהרחבה תחת נושא שימוש בכוח.
   4. כוח עליון – כוח שאי אפשר להתנגד לו או מאורע שלא ניתן לחזותו, שהוא מעבר לשליטת המדינה, ושהופך את ביצוע החובה לבלתי אפשרית מבחינה מעשית (לדוגמה מטוס שנכנס למרחב האווירי של מדינה אחרת בגין מזג אוויר או תקלה).
   5. מצוקה – לאדם שביצע את הפעולה לא הייתה אפשרות אחרת כדי להציל את חייו וחיי אלו שהיו אתו.
   6. צעדי גמול – צעדים חד-צדדיים **שאינם כרוכים בשימוש בכוח**, שנוקטת מדינה בתגובה לפגיעה מוקדמת בזכויותיה עפ"י דין (למשל, סנקציות כלכליות). צעדים אלו יהיו חוקיים בהתקיים מספר תנאים (פרק 2 לחלק III לטיוטה), בין היתר: רק נגד המדינה האחראית לפעולה הבלתי חוקית המוקדמת; מטרת הצעדים היא לגרום למדינה זו לציית לחובותיה (ולא בתור עונש); באופן זמני בלבד שיאפשר חידוש הציות לכללי המשב"ל ע"י המדינה המפרה; פרופורציונאליים לנזק שנגרם כתוצאה מהפרת מדינה א' את חובותיה; יש להפסיק אמצעי גמול מעת שהמדינה הפוגעת חוזרת לציית לחובותיה.
   7. צורך – המדינה לא תישא באחריות בגין הפרה מקום בו מדובר בפעולה שנועדה להגן על "אינטרסים חיוניים" שלה (למשל, שמירת הסדר הציבורי במדינה, יציבות המשטר נוכח ניסיון הפיכה, משבר כלכלי ועוד). גם לכך מספר תנאים, ביניהם: זוהי הדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומיידית; הפעולה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינ"ל; המדינה המפרה לא תרמה להיווצרות הצורך בהתנהגותה.

**ארגונים בינ"ל**

**הקדמה** – המספר הסופי של ארגונים בינ"ל לא ידוע אבל מדובר על כמה מאות. הקמה של ארגונים בינ"ל היא דבר לא פשוט. בשנים האחרונות ישנה צמיחה במספר הארגונים הבינ"ל והרחבת סמכויותיהם. במאה השנים האחרונות ארגונים בינ"ל הפכו מתופעה זניחה עם סמכות מוגבלת (הסדרה של נתיבי שיט למשל) לגופים שחולשים על תחומים רבים. יש שטוענים שארגונים בינ"ל יותר חשובים ממדינות, ואותם אנשים דוגלים ברעיון של "International Governance" (מערכת בינ"ל שאנשים תופסים כמשהו שמשפיע באופן חיובי על חייהם, לדוגמה בית הדין האירופי לזכויות אדם). אנשים אלו שואלים למה לא להפוך את כל העולם לישות אחת גדולה שנשלטת ע"י גוף בינ"ל גדול.

**סיווג ארגונים בינ"ל**

1. **פונקציה** – יש ארגונים שהם אוניברסליים (האו"ם), אך רוב הארגונים ממוקדי מטרה (WHO, נאט"ו, ארגון העבודה הבינ"ל, WIPO). יש גם מקרים בהם ארגון אוניברסלי מכיל אורגנים שונים להם מטרות ממוקדות (דוגמת מועצת הבטחון באו"ם).
2. **גיאוגרפי**
   1. אוניברסלי (או"ם, WHO, WTO).
   2. אזורי (EU, AU).
3. **כניסה לארגון**
   1. פתוחה לכל המדינות (ILO, WHO, IMF).
   2. מותנית: חברות אקסקלוסיבית המותנית בעמידה בקריטריונים אובייקטיביים ו/או הסכמת מדינות אחרות (OECD, WTO, EU).
   3. אינטרסים או תכונות משותפים (OPEC).
4. **פוליטי/טכני**
   1. האו"ם הוא לכאורה ארגון פוליטי, אבל יש בו גם גופים שמנסים לקדם סטנדרטים מסוימים.
   2. יש גופים שהמהות שלהם היא לייצר סטנדרטים (ICAO – מייצרים סטנדרטים בשאלות הנוגעות לתעופה אזרחית בינ"ל).
5. **אופי הסמכויות**
   1. יש ארגונים להם סמכות כופה (מועצת הבטחון, האיחוד האירופי).
   2. ארגונים מסורתיים (WHO, WTO) – החלטות בהסכמת המדינות החברות.

**האישיות המשפטית של ארגונים בינ"ל**

1. רק מדינות יכולות להקים ארגונים בינ"ל. יש במשפט הבינ"ל חלוקה בין IGO (ארגון בין ממשלתי) ל-NGO (ארגונים הפועלים בתוך מדינות אך לא משויכים לאף מדינה). המעמד המשפטי של שני הסוגים שונה לחלוטין. IGO נמצא במעמד יותר טוב מאחר שהוא מקושר למדינות, שהן השחקן הכי חשוב.
2. **מוסדות עצמאיים** – ברגע שהארגון מוקם יש לו מוסדות עצמאיים, והם לא תלויים יותר במדינה המקימה. המוסד שפועל במסגרת הארגון עצמאי לחלוטין.
3. **זכויות וחובות** – הארגון הבינ"ל הוא שחקן במשפט הבינ"ל. יש לו זכויות וחובות נפרדות מאלו של המדינה. הזכויות והחובות מרחיקות לכת, אבל הן לא זכויות של מדינה. בהרבה מובנים הזכויות פחותות מאלו של מדינה.
4. **הסכם מכונן** – מטרת ההסכם המכונן היא להקים את הגוף החדש, להגדיר את דרך הפעולה שלו ולהתוות את הדרך הראשונית. אחרי שמתווים את הדרך הראשונית הרבה פעמים המסלול משתנה לאורך חיי הארגון (ככל שהוא משמעותי יותר).

**חברות בארגונים בינ"ל**

1. המדינות שמקימות את הארגון חברות אוטומטית.
2. לאחר הקמת הארגון צריך לחשוב האם הארגון פתוח לכל או שיש תנאי קבלה. ישנן שתי שאלות באשר להצטרפות לארגון, הראשונה היא האם מדובר במדינה (האם מדינה היא זו שמבקשת להצטרף. לכך יש חריג של ה-WTO שנותן לאזורי סחר להצטרף) והשנייה היא האם המדינה עומדת בתנאים להצטרפות.

**סמכויות ארגונים בינ"ל**

1. נקודת המוצא היא הפוכה מפס"ד לוטוס. לארגון בינ"ל כל מה שלא מותר, אסור. ישנם שני סוגים של סמכות שעולים מהמבנה של הארגונים הבינ"ל.
2. **סמכות מפורשת**
   1. למועצת הבטחון סמכות להטיל סנקציות (ס' 41,42 למגילה).
   2. נאט"ו – סמכות להפעיל כוח צבאי.
3. **סמכות משתמעת**
   1. סמכות זו נובעת מכוח עקרון ה-"Effet Utile".
   2. אם לאו"ם סמכות לשלוח נציגים לזירות סכסוך יש לכך סמכות נלווית לתבוע פיצויים ממדינות הפוגעות בנציגים (האו"ם שלח לישראל רוזן לטובת יישוב הסכסוך שהיה בארץ לאחר הקמת המדינה. הוא נרצח בארץ ע"י פעילי לח"י. האו"ם תבע פיצויים מישראל על מקרה זה).

**מעמד החלטות של ארגונים בינ"ל**

1. החלטות של ארגונים בינ"ל הן לרוב בעלות אופי ממליץ. כדי לקבל החלטה מחייבת צריכה להיות הצבעה של המדינות על ההחלטה. במגילת האו"ם יש את ס' 25 שנותן סמכות מחייבת להחלטות מועצת הבטחון. יש גם ארגונים (כמו ה-ICAO) להם סמכות לאמץ תקנים המחייבים את כל המדינות החברות.
2. התיאוריה המקובלת למעמדן המחייב של ההחלטות היא "Delegation", לפיה המדינות האצילו סמכויות תחיקתיות לארגון.

**האו"ם**

**הקמה**

1. האו"ם הוקם אחרי מלחה"ע השנייה כסוג של לקח מהניסיון של חבר הלאומים. יש לו מטרות רחבות (שמירה על הבטחון הבינ"ל, קידום יחסי ידידות בין מדינות, השגת שת"פ בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות, וקידום זכויות אדם).
2. בהקמה היו 51 מדינות, כיום יש 193 מדינות. כדי להצטרף לאו"ם מועצת הבטחון צריכה לתמוך בהצטרפות וכן צריך לעבור הצבעה של העצרת הכללית (רוב של שני שליש).

**העצרת הכללית**

1. לכל מדינה יש נציג אחד עם כל אחד. בהקמה רצו שזה יהיה דומה לפרלמנט. בפועל, בגלל הסמכויות המוגבלות, זה דומה יותר לכיכר העיר. ההחלטות לא מאוד מחייבות. החלטות מהותיות צריכות להתקבל ברוב של שני שליש מהמדינות החברות (החלטות מהותיות הן למשל תקציב, הסדרה של משטרי או"ם).
2. לפי ס' 12 למגילת האו"ם, כשמועצת הבטחון עוסקת בנושא מסוים העצרת הכללית מנועה מלעסוק באותו הנושא (כדי למנוע בלבול ופוליטיזציה של סכסוכים). בפועל, הבעיה של מועצת הבטחון היא הווטו (זכות עליונה של חמשת החברות הקבועות במועצת הבטחון לבטל החלטה). בגלל הווטו מועצת הבטחון לא החליטה על שימוש בכוח בסוריה, או על התערבות ברואנדה. כדי להתמודד עם מצבים של ווטו, העצרת הכללית המציאה דוקטרינה חדשה.
3. במצבים בהם העצרת הבטחון משותקת, העצרת הכללית מצאה פתרון חדש (בהנהגת ארה"ב). ב-1950 במלחמת קוריאה מועצת הבטחון הייתה משותקת והעצרת הכללית קיבלה את החלטה 377 "מאוחדים למען השלום". לפי החלטה זו, כאשר מועצת הבטחון לא יכולה לתפקד וכאשר יש איום על השלום, העצרת הכללית תיכנס בנעליה של מועצת הבטחון. באופן עקרוני, אלו שני התנאים המקדימים (שיתוק של מועצת הבטחון ואיום על השלום). בהקשר של חשיבות ההחלטה, לעצרת הכללית אפשרות להמליץ על הפעלת כוח, לקבוע מושב חירום. הם לא שולחים כוחות לוחמים, הם שולחים כוחות שמטרתם לשמור על הסדר בדרכי שלום. החלטה זו עוררה משבר בארגון (בעיקר בין רוסיה לארה"ב), אבל זה לא הביא לפירוק הארגון. זה כן אפשר להקים כוחות שמירת שלום ע"י העצרת הכללית.

**מועצת הבטחון**

1. **המטרה** – גוף עם שיניים לניהול הזירה הבינ"ל. במגילת האו"ם הציגו חזון אוטופי לפיו כל מדינות העולם ישלחו חיילים לאו"ם וחיילים אלו יהפכו לחיילים של מועצת הבטחון. מדינות לא הסכימו להקריב את הלוחמים שלהם, והפרקטיקה שנוצרה היא שבכל מקרה קונקרטי בו צריך שימוש בכוח מדינות יתנדבו לזה. בפועל, מועצת הבטחון היא לא גוף שמחליט איפה ילחמו ואיפה לא, ההחלטה לרוב מגיעה מהמדינות להן אינטרסים שונים, אשר מקבלים הסמכה מהחלטת מועצת הבטחון.
2. **ההרכב** – 15 מדינות. 5 קבועות (סין, רוסיה, ארה"ב, בריטניה וצרפת). 10 זמניות (נבחרות ע"י העצרת ברוב של שני שליש לשנתיים, עפ"י מפתח חלוקה גיאוגרפית).
3. **הליך קבלת החלטה** – יש שני סוגים של החלטה, החלטה מהותית והחלטה דיונית. החלטה דיונית נוגעת לנהלים, למשל האם לצאת להפסקה (נדרש רוב של 9 מדינות, לא נדרשות החברות הקבועות). בהחלטות מהותיות נדרשת אי-התנגדות של 5 החברות הקבועות (ווטו). הימנעות מהחלטה לא נחשבת התנגדות (למשל כאשר אובמה נמנע מלהצביע על ההחלטה על ההתנחלויות שקבעה שהן לא חוקיות וההחלטה התקבלה בשל כך).
4. **סמכויות**
   1. ס' 24 למגילת האו"ם מסמיך את מועצת הבטחון לטפל בנושא השלום והבטחון הבינ"ל. הסמכויות המפורשות של מועצת הבטחון מופיעות הן בפרק 6 והן בפרק 7. פרק 6 עוסק באמצעים ידידותיים (לא כופים) ופרק 7 עוסק באמצעים יותר כופים.
   2. פרק 6 – עוסק במחלוקות או סכסוכים שמערערים את השלום. הדרכים לטפל בסכסוכים אלו הן למשל מינוי מתווך או מפשר, חקירה, קריאה לצדדים לסכסוך לנקוט בצעדים או להימנע מצעדים. בהחלטה 2334 (התנחלויות) מועצת הבטחון קוראת לישראל לפעול בצורה מסוימת. פה למילים משמעות מכרעת. כשמועצת הבטחון אומרת שהיא מחליטה זה מחייב, כשהיא אומרת שהיא קוראת זה רך והמלצתי יותר. המינוח המשמעותי ביותר הוא "Authorize" (היא מסמיכה מישהו להפעיל כוח). יש החלטות מפורסמות שהתקבלו מכוח פרק 6 (242 במלחמת ששת הימים, 2334 באשר להתנחלויות). בעקרון גם ההחלטות מכוח פרק 6 הן מחייבות, אבל לשון ההחלטה משמעותית ומשפיעה על היקף החיוב הפוטנציאלי. מבחינה משפטית זה מחייב כמו כל החלטה אחרת. בהחלטה 2334 מועצת הבטחון כתבה "Demands".
   3. פרק 7 – פרק 7 מתייחס למצבים בהם מדובר על איום אמיתי על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות. במצב כזה למועצת הבטחון סמכות להורות על צעדים לקיום השלום או השבתו. כשהחלטה מתקבלת מכוח פרק 7 מצוין בד"כ במפורש בנוסח ההחלטה שהיא התקבלה מכוח פרק 7 (בפעולה תחת סעיף 7 / התייחסות לסעיפים מהפרק / Decides). לאחרונה התקבלו החלטות הנוגעות למדינה האסלאמית בסוריה. ההחלטות המחייבות שרצו לקבל נעצרו ע"י רוסיה וסין, וההחלטות שהתקבלו בסוף השתמשו במינוח של Calls Upon ו-Urges, מה שרק נותן לגיטימציה לגופים שרוצים לפעול בסוריה ולא מסמיך אותם באופן רשמי ע"י מועצת הבטחון.
   4. שני הסעיפים המרכזיים הם 41 ו-42 למגילת האו"ם, אשר מסמיכים את מועצת הבטחון לאשר שימוש באמצעי אכיפה לצורך השמירה או השבת השלום והבטחון. 41 מדבר על אמצעים פחות אלימים שמועצת הבטחון יכולה לנקוט בהם כדי לשמר את הסדר הבינ"ל (למשל הטלת סנקציות). סנקציות יכולות להיות מניעה של תעופה מעל אותה המדינה, סנקציות כלכליות, מניעה של עבודה עם חברות בתחומים מסוימים. 42 מדבר על שימוש בכוח (מבצעים אוויריים, ימיים ויבשתיים). מאז ראשית שנות ה-90 אישרה שימוש בכוח במספר מקרים (סומליה, האיטי, בוסניה, זאיר/קונגו, אפגניסטן, לוב). בלוב ניסו לעשות שימוש בדוקטרינה חדשה בשם החובה להגן. לפי דוק' זו, ברגע שמדינה מבצעת הפרת זכויות אדם שיטתיות או קשות (או מאפשרת הפרות אלו בשטחה), לכל מדינות העולם יש חובה לעזור לאזרחי אותה המדינה. כשבלוב פרצה מלחמת אזרחים קשה ניסו להחיל דוקטרינה זו. החלו בצעדים קלים (אזור אסור לטיסה, אזור מפורז). הבעיה הייתה שנאט"ו, שהיה אמור ליישם את ההחלטה, לקח אותה צעד קדימה. הם החליטו לעדכן את המנדט שלהם ולהפוך אותו מהגנה על אזרחים להפיכת שלטונית. נאט"ו, בסמכות מועצת הבטחון, אפשר את ההתפתחויות שהובילו להפיכה שלטונית ולהוצאה להורג של קדאפי.
   5. ההחלטות של מועצת הבטחון מחייבות את כל מדינות העולם. מי שאוכף את החלטות מועצת הבטחון הן המדינות, אבל בגלל שההחלטות נוגעות לחיים של בני אדם לפעמים גם פרטים צריכים להתאים את ההתנהגות שלהם בהתאם להחלטות. ס' 2(7) קובע שהאו"ם לא יתערב בעניינים פנימיים של מדינות (מתוך עקרון הריבונות). סעיף זה משקף גם כלל שחל בין מדינות לבין עצמן (מדינה לא יכולה להתערב בעניינים פנימיים של מדינה אחרת). בפועל במציאות זה לא תמיד מתקיים (ארה"ב מוציאה מדי שנה דו"ח על זכויות אדם בכל מדינות העולם שמשפיעים על העניינים במדינות). קשה לאכוף את כלל האי-התערבות. החלטות של האו"ם גוברות על מחויבויות אחרות של מדינות לפי המשב"ל (ס' 103. למשל, החלטה על הטלת חרם כלכלי גוברת על הסכם סחר בינ"ל).
5. אם פעם מועצת הבטחון בעיקר התעסקה עם סכסוכים בין מדינות, היום יש הרבה יותר סכסוכים בתוך מדינות ועלייה של טרור בינ"ל. נראה שבשנים האחרונות מועצת הבטחון מתעסקת בעיקר במאבק נגד טרור (בערך מאז 9/11). עלתה השאלה האם מועצת הבטחון מוסמכת לפרש מה זה איום על השלום או תוקפנות שהם לא במסגרת סכסוך בין מדינות. כנראה שאין בעיה עם זה שמועצת הבטחון מכירה בזה שסכסוך פנימי יכול לזלוג לזירה הבינ"ל. בכך מועצת הבטחון הרחיבה את הסמכות שלה תוך כדי פעילות. הקושי עם המלחמה בטרור הוא הקושי להגדיר אותה (מי השחקנים במלחמה בטרור, מה ההיקף הגיאוגרפי שלה וכו'). אין הגדרה בינ"ל לטרור. יש הרבה אמנות קונקרטיות שעוסקות בטרור (עוסקות בתופעות קונקרטיות כגון חטיפת מטוסים, חטיפת כלי שיט). אין אמנה אחת מרוכזת ולכך שתי סיבות, הראשונה היא שלא יודעים להגדיר מיהו טרוריסט (טרוריסט של אחד הוא לוחם חופש של אחר) והשנייה היא שמדינות המערב לא מוכנות להכיר בטרור מדינתי (לפי מדינות המערב טרוריסט הוא אנרכיסט שפועל בניגוד למדינות). למרות שאין הגדרה מסודרת או אמנה כללית, מועצת הבטחון פועלת נגד השחקנים שהיא מוצאת לנכון, בהתאם לכללים שהיא ממציאה תו"כ פעילות (דוגמת סנקציות אישיות). מתוך כך יש גם הקמה של בתי דין פליליים בינ"ל ע"י מועצת הבטחון (היא ניסחה חוקת בית דין, קיבלה החלטה והקימה בית דין). מועצת הבטחון למעשה עוקפת את הריבונות של המדינות ע"מ לקדם מטרות שרוב העולם מוכן לקדם אותן.

**יישוב סכסוכים ובתי דין בינ"ל**

**הקדמה**

1. בתי דין בינ"ל התפתחו מתוך תפיסת יישוב סכסוכים שראשיתה בתחילת המאה ה-20 (תקופה של הרבה מאוד מלחמות ותיעוש משמעותי בעולם). מדינות הן בעלות כלי נשק חזקים הרבה יותר והן בעלות יכולת התניידות משמעותית ממה שהיה בעבר. זה האיום הגדול שמלווה את העולם בשנים אלו. כל זאת, יחד עם תפיסות שרואות יותר חשיבות בערך חיי אדם והגנה על פרטים, מביאים לרצון כללי לצמצם את היכולת של מלחמות לפגוע באנשים. כדי לעשות זאת, המדינות נוקטות בצעדים שונים.
2. **התפתחות הפרוצדורה לישוב סכסוכים בדרכי שלום**
   1. הגבלות על השימוש בכוח (Jus ad Bellum) – לפי כלל זה אסור לצאת למלחמה סתם. לפני כלל זה היה מותר בכל רגע לצאת למלחמה. בשלב זה אומרים שמגבילים את היכולת לצאת למלחמה. יהיו מצבים בהם זה מותר אבל יש מערכת דינים שלמה שמטרתה להגביל את היכולת להתחיל במלחמה.
   2. הגבלות על אופן ניהול מלחמה (Jus in Bello) – הגנה על אזרחים, מגבלות על שימוש בנשק וכדו'.
   3. המטרה היא פיתוח פרוצדורות שמטרתן לפתור את הסכסוכים לפני שהם מגיעים למצב של מלחמה.
3. **החובה על מדינות ליישב סכסוכים בדרכי שלום**
   1. התפיסה הבסיסית שנמצאת מאחורי הרעיון לשימוש ביישוב סכסוכים כדי למנוע מלחמות היא אמונה שמדינות לא מקבלות הזדמנות לדבר אחת עם השנייה ולקיים דיאלוג דיפלומטי להעלאת עוולות. תפיסה זו מעט נאיבית וקשה לראות אותה מיושמת כיום, אבל זו כן התפיסה שהובילה לרעיון של פתרון סכסוכים בדרכי שלום.
   2. רעיון זה מתפתח באמנת חבר הלאומים. באמנת חבר הלאומים יש את ס' 12 שקובע שאם יש מצב בו נוצר קרע בין מדינות עליהן לפנות למנגנון לפתרון סכסוכים ולהמתין שלושה חודשים ממתן ההחלטה של המנגנון עד שעושים משהו. יש מספר בעיות בסעיף זה. בעיה אחת היא פרק הזמן המוקצה לפתרון הסכסוך (שלושה חודשים) שהוא פרק זמן קצר מאוד. לאחר מלחה"ע השנייה נחקק סעיף 2(3) למגילת האו"ם, שקובע שכל המדינות החברות לאו"ם מחויבות לפתור את הסכסוכים שלהן בדרכי שלום וס' 2(4) קובע שאסור להפעיל כוח כלפי מדינה אחרת. סעיף זה נותן חובה יותר ברורה לפנות למנגנון יישוב סכסוכים ואיסור יותר ברור להפעיל כוח. ס' 33 למגילת האו"ם מונה רשימת אמצעים ליישוב סכסוכים (בוררות, פשרה משפטית, ייעוץ וכדו'). הסעיף לא קובע את הפרוצדורה שצריך לבחור. הוא נותן מספר אפשרויות וקובע שהמדינות צריכות ליישב את הסכסוך בדרכי שלום באופן שנתון לשיקול דעתן. הבעיה פה היא שדווקא בו לא מחייבים, מה שמוביל למצב בו יש סכסוכים שלא מיושבים מאחר שהמדינות לא מסכימות על המנגנון.

**התפתחות בתי דין בינ"ל מתוך עולם ישוב הסכסוכים**

1. **הסכמה**
   1. כאמור, לאור עקרון הריבונות של המדינות למשב"ל יש אופי מעין וולונטרי. באופן מסורתי, ההחלטה לפנות ליישוב סכסוכים תלויה במדינות. כל דרכי יישוב סכסוכים, לרבות שיפוט, תלויות בהסכמה. ההסכמה יכולה להינתן במספר דרכים. דרך אחת היא באופן אד הוק, המדינות קובעות שיש סכסוך והוא זה שרוצים לדון לגביו בבית הדין (בלי ליצור מחויבות רחבה של המדינה לבית הדין); דרך נוספת היא להסכים מראש לסכסוכים עתידיים (לרוב נעשה באמצעות תניית שיפוט בתוך אמנה. כל שאלה לגבי הפרה של האמנה תתברר בבית דין מסוים, ואז צדדים לסכסוך הנוגע לאמנה זו ידון באותו בית הדין); דרך שלישית היא הצהרה על הענקת סמכות שיפוט ל-ICJ. יש תניית שיפוט ספציפית לחוקת ה-ICJ. מדינות מסכימות לתת ל-ICJ איזושהי סמכות-על לגבי מה שנוגע אליהן (נקבע לעתיד ולא לגבי סכסוכים ספציפיים).
   2. תניות כאלו שקובעות איפה ידונו בסכסוכים שונים מראש חשובות לטובת ודאות (המדינות יודעות מראש איפה הן ישפטו), שוויון (בתי הדין יתייחסו באותו האופן למדינות השונות ויבטלו פערי כוחות ביניהם), העברת מסר (מדינות מציגות את חשיבות האמנה באמצעות כך שהן קובעות מראש שניתן יהיה לתבוע אותן בבית דין מסוים אם הן יפרו את האמנה). הבעייתיות בתניות כאלו היא בשאלה עד כמה מסכימים לבית הדין להתערב. האם ברור לגמרי מתי בית הדין יכול לשפוט ומתי לא? יש מקרים בהם זה לא מאוד ברור.
2. **תפקידם של בתי דין בינ"ל**
   1. באופן מסורתי, תפקידם היה לפתור את הסכסוכים בין המדינות. בפועל זה לא ממצה את מה שבתי דין אלו עושים היום. ככל שצמחו משטרים בינ"ל רחבים יותר, שכללו ארגונים גדולים, רגולציה רחבה וכו' בתי דין אלו קיבלו יותר תפקידים שלא נוגעים רק ליישוב סכסוכים. הם קיבלו למשל תפקיד של פרשנות של אמנות, של אכיפת הדין ועוד. לכן, רוב בתי הדין הבינ"ל כיום הם חלק ממשטר רחב יותר של זכויות אדם, סחר ומשב"ל פלילי. זה אומר שהם מקדמים אכיפה, ציות, פרשנויות ועוד.
   2. בית הדין הבינ"ל הפלילי (ICC) – בית דין שמעמיד לדין אנשים שביצעו מעשים פליליים. אחד מהתפקידים שלו לפי חוקת רומא הוא להביא לסיום ההתחמקות מעונש. משמע, אחד מהתפקידים שלו הוא אכיפת הדין ווידוא שאנשים מצייתים לדין.
   3. ביה"ד האירופי לזכויות אדם (ECHR) – חלק ממערך שעוסק בזכויות אדם. כל התיקים שמגיעים אליו נוגעים לזכויות אדם באירופה לפי אמנת זכויות אדם. יש 47 מדינות חברות שעליהן יש לביה"ד סמכות. ביה"ד מיישב סכסוכים אבל אמון על יישום, על פיקוח שאכן יישמו את האמנה במדינות ועוד.
   4. מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי (WTO DSS) – מנסה לקדם משטר של ליברליזציה של הסחר. יכולה לאכוף את הפסיקות שלה.

**מיפוי זירת בתי דין בינ"ל**

1. מאז שנות ה-90 הייתה התפתחות של יישוב הסכסוכים הבינ"ל מה שהביא לגידול מספר וסמכות בתי הדין וכן התיקים המובאים בפניהם. כל העיסוק של בתי הדין הולך ומתרחב עם הזמן. נחלק את הנושאים הללו לארבעה סוגים.
2. **בתי דין גלובאליים** – בתי דין אליהם כל מדינה יכולה לפנות. רחבים מאוד בכך שהם לא ספציפיים לאזור או לארגון מסוים. זו הקבוצה הוותיקה ביותר של בתי דין. הראשון היה ה-PCIJ ואז ה-ICJ. שניהם משקפים את התפיסה המסורתית של יישוב סכסוכים (בדרכי שלום כדי שלא תהיינה מלחמות). דוגמה נוספת היא ה-ITLOS בית הדין לדיני הים. גם מערכת יישוב הסכסוכים של ה-WTO היא כזו (כל מדינה שחברה בארגון יכולה לעתור ללא תלות באזור).
3. **בתי דין לזכויות אדם** – עוסקים בסוגייה של זכויות אדם. האמנה הכי חשובה שעוסקת בנושא של הקמת בית דין ספציפי לזכויות אדם היא האמנה האירופית לזכויות אדם, לצדה קם בית דין אירופי לזכויות אדם (עוסק ביישום ואכיפת האמנה). בית הדין עוסק בהפרות של מדינות את דיני זכויות אדם ופותר את הסכסוכים שקמים בעקבות זה. אנשים פרטיים יכולים להגיש תביעות נגד מדינות בבית דין זה. בעקבות ההצלחה של בית הדין הזה היה מהלך דומה באזורים נוספים, לדוגמה ביה"ד הבין-אמריקני לזכויות אדם; בית הדין לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי.
4. **בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/או פוליטית** – מהווים חלק מהסדרים אזוריים לאינטגרציה ושיתוף פעולה כלכלי (דוגמת האיחוד האירופי). יחד עם הקמת האיחוד האירופי הוקם בית דין שמטרתו לעזור לקדם את מטרות האינטגרציה שלו. ביה"ד האירופי לצדק הוא דוגמה לבית דין כזה (ECJ). הוא נוסד ב-1952 ודומה במהותו לבית משפט פדראלי. התביעות שמובאות לבית דין כזה הן תביעות נגד מוסדות של האיחוד האירופי ע"י מדינות או פרטים. ההצלחה של בית הדין הזה הביאה להקמה של בתי דין שונים הדומים במהותם ל-ECJ.
5. **בתי דין פליליים** – יש מספר סוגים של בתי דין בינ"ל פליליים. דוגמה אחת לבית דין בינ"ל פלילי הוא ה-ICTY, בית דין פלילי למדינות יגוסלביה לשעבר שקם בעקבות מלחמת אזרחים ורצח עם. בית הדין הוקם ב-1993. דוגמה נוספת היא ה-ICTR שקם בעקבות מלחמת האזרחים ברואנדה. הוקם ב-1994. דוגמה שלישית היא ה-ICC בית הדין הבינ"ל הפלילי. כל מדינה יכולה להיות חברה והוא לא קם עבור סכסוך ספציפי. הוא קם ב-2002 ומטרתו להיות קבוע. חלוקה אחת תהיה בין בתי דין שמוקמים לצורך סכסוך ספציפי לעומת בתי דין קבועים. חלוקה נוספת היא בין בתי דין גלובאליים לבין בתי דין הממוקדים באזור מסוים. חלוקה נוספת היא בין בתי דין בינ"ל לבין בתי דין היברידים. בתי דין היברידים הם בתי דין שמשלבים בתוכם מאפיינים של משפט בינ"ל פלילי לבין מאפיינים של המדינה בה הם הוקמו. למשל, השופטים יכולים להיות בחלקם בינ"ל ובחלקם מקומיים, הדין יכול להיות בחלקו בינ"ל ובחלקו פנימי ועוד. בתי דין היברידיים הוקמו בלבנון, קמבודיה ועוד והם פעלו במעין שילוב של מאפיינים מקומיים ומאפיינים בינ"ל.

**ביה"ד הבינ"ל לצדק (ICJ)**

1. בית הדין הוא הגלגול השני של ה-PCIJ ומוקם בשיתוף האו"ם. ההרכב (15 שופטים) נבחר ע"י העצרת הכללית ומועצת הבטחון.
2. **סמכות** – לדון בסכסוכים בין מדינות. פרטים וארגונים לא יכולים לתבוע. ההסכמה היא נדרשת.
3. **הסכמה (ס' 36 לחוקת ביה"ד)**
   1. הסכמה מיוחדת – כניסה להסכם מיוחד המפנה סכסוך ספציפי לביה"ד (הסכמה אד הוק).
   2. סעיף הסמכה באמנות – סעיף שמקנה סמכות ל-ICJ בכל הנוגע לאותה האמנה. המדינות מסכימות שמי שמפר את האמנה יכול להיתבע ב-ICJ בלבד.
   3. סעיף אופציונאלי – מקרה זה ייחודי ל-ICJ. ס' 36(2) מאפשר למדינות לאשר את סמכות ה-ICJ בצורה רחבה. מדינות יכולות לקבל את סמכות ה-ICJ לכל סכסוך שהן יתבעו בו או ייתבעו בו. יש 67 מדינות שהסכימו לזה, ורק מדינות שהסכימו יכולות להיתבע או לתבוע לפי סעיף זה (דרושה הסכמה הדדית). כששתי מדינות חתומות על הסעיף אבל לאחת מהן יש הסתייגות כלשהי גם המדינה השנייה יכולה להחיל על עצמה את אותה ההסתייגות.
   4. הסכמה בפועל – זו הסכמה שרלוונטית במצב בו מדינה לא נתנה את ההסכמה שלה דרך אף אחת מההסכמות הקודמות, אבל אותה המדינה הנתבעת כן תשתף פעולה עם ה-ICJ (תגיע לדיונים ותשלח מסמכים רלוונטיים). משיתוף הפעולה ה-ICJ לומד שהמדינה מסכימה לשיפוט שלו.
4. **סעדים ואכיפה**
   1. סעדים
      1. סעד הצהרתי – להכריז שמדינה מסוימת צודקת או טועה. להכריז ששטח מסוים שייך למדינה כזו או אחרת.
      2. השבה.
      3. פיצויים.
      4. ועוד (למשל סימוני גבול).
   2. אכיפה – את פסקי הדין ניתן לאכוף באמצעות מועצת הבטחון (ס' 94 למגילה). בפועל לא נעשה שימוש בסעיף זה מעולם למרות שהיו מקרים רבים של אי-ציות לפסקי דין.
5. **חוות דעת מייעצת** – ס' 65 לחוקת ביה"ד וס' 96 למגילת האו"ם מעניקים סמכות להעניק חוות דעת מייעצת. משמע, יש שני מסלולים. דרך אחת היא עבור העצרת הכללית ומועצת הבטחון בנוגע לכל שאלה משפטית. דרך שנייה היא עבור ארגונים אחרים של האו"ם וארגונים בינ"ל. חוות דעת לארגונים השונים יינתנו בנוגע לנושאים הנופלים במסגרת תחום הפעולה שלהם.
6. **לסיכום** – ה-ICJ ממלא תפקיד חשוב אבל יש אתו בעיות שונות. קשה לאכוף החלטות, מדינות יכולות להחליט שהן לא מסכימות לפסיקות שלו. עם זאת, עדיין ניתן לסייע עם יישוב סכסוכים, לסייע במצבים של פגיעה באזרחים של מדינות שונות ועוד.

**בתי דין אחרים**

1. בתי דין אחרים מייצגים מודל מתקדם יותר ביחס לבית הדין הבינ"ל.
2. **סמכות שיפוט שבחובה** – יש בתי דין (למשל ב-WTO) בהם אין את עניין ההסכמה. מדינה שמצטרפת לארגון מסכימה שיישוב הסכסוכים יתבצע שם. החובה של מדינות להיות חלק ממערכת יישוב הסכסוכים היא הרבה יותר משמעותית.
3. **סמכות ביחס לשחקנים לא מדינתיים** – ל-ICJ יש סמכות רק כשמדינות תובעות מדינות אחרות. לצד זאת, יש בתי דין אחרים בהם ניתן לדון בתיקים שמובאים ע"י פרטים או ארגונים.
4. **תפקיד רחב לצדדים שלישיים** – נותנים יותר משקל לארגונים, גם אם הם לא הנתבעים או התובעים. למשל, ב-WTO הוכרה האפשרות של ארגון להגיש את חוות הדעת שלו לבית הדין כשהוא עוסק בסכסוך בין מדינות. זה נכון גם ב-ICC. התובעת בבית הדין הפלילי יכולה להגיש בעצמה כתב אישום גם אם מדינה לא התלוננה על אדם ספציפי. היא יכולה להגיש כתב אישום בהסתמך על חוות דעת של ארגונים שונים.
5. **זכות ערעור / בחינה מחדש** – יש יותר אפשרות לבחון האם פסיקה הייתה נכונה. ב-WTO יש זכות ערעור לערכאת הערעור. כל מדינה יכולה לערער על החלטת ערכאת הבוררות לערכאת הערעור.
6. **סמכויות אכיפה חזקות יותר** – ב-WTO יש למערכת יישוב הסכסוכים מנגנון שמאפשר הטלת סנקציות על מדינות שמסרבות לפעול בהתאם לפסיקה. משמע, אפשר להכריח מדינות לפעול לפי הפסיקה. ב-ICC, ברגע שמוגש כתב אישום ע"י התובעת כנגד אדם, כל המדינות החברות צריכות להשקיע מאמצים בלתפוס את אותו האדם ולהביא אותו להעמדה לדין.

**דיני שימוש בכוח**

**התפתחות היסטורית**

1. ההגדרה הרשמית היא איסור שימוש בכוח בין מדינות. היא נוצרה לפני שנים רבות וכיום מדובר על איסור שימוש בכוח באופן כללי.
2. דיני השימוש בכוח בין מדניות נעו בשדה שכלל מספר נקודות ציון, שחלקן היו קימות בזמנים מסוימים ואחרות היו רלוונטיות בזמנים מסוימים ולא רלוונטיות בזמנים אחרים. כבר ביוון ורומא העתיקה היו הוגי דעות שניסו להסביר את הדוקטרינות של שימוש בכוח. למשל, אוגוסטין הגדיר את המלחמה ככזו שצריכה להיות צודקת. היו שלוש הצדקות שחזרו על עצמן עם השנים. הצדקה ראשונה היא ששימוש בכוח למען X תמיד מוצדק (בעבר אותו X היה המלך). הצדקה שנייה היא האל. הצדקה שלישית, שהחזיקה עד היום, היא הגנה עצמית (אם פוגעים בי ואני מבקש את הסעד כנגד מה שקרה אבל לא מקבל אותו יש לי זכות לעשות שימוש בכוח כדי לעמוד על הזכויות שלי). כל השיח שהתחיל ביוון ורומא העתיקה המשיך במאה ה-12 וה-13 (סווארז, ויטורה, גרוטיוס, איילה). איילה היה היועץ המשפטי הבכיר למלך ספרד והוא היה צריך להצדיק את השימוש שלה בכוח בשטחים שהם לא שלה (הקולוניות). מדינות אירופה סיימו להילחם בינן לבין עצמן והחלו לפלוש לטריטוריות אחרות. ההצדקות הקלאסיות של המלך או האל עדיין היו בשימוש, אבל איילה היה פרוגרסיבי וליברלי (חשב שלברברים יש זכויות). הוא טען שלספרדים יש את הזכות להסתובב בשלום בין הברברים, ואם הם תוקפים מותר לספרדים להגן על עצמם. מכאן שהצדקות להפעלת כוח היו משלבים מוקדמים בהיסטוריה. במהלך כל השנים האלו היה ברור שהדין משרת את האינטרס של המדינה, אבל כן היה סוג של משחק בין כמה אלמנטים או נקודות ציר: 1. **חוקיות**: אם ממציאים דוקטרינה, היא מנסה לבסס סוג של חוקיות; 2. **לגיטימיות**: באמצעות הצעה של דוקטרינה והצגה של מצב לפיו פועלים תחת סמכות חוקית מייצרים לגיטימיות; 3. **מוסר**: מדובר במונח אמורפי. ניתן להצדיק את המוסר באמצעות הדת, לכן ניתן להיות מאוד נדיבים עם המונח הזה. שלושת צירים אלו רלוונטיים עד היום וחשוב לבחון את שלושתם כשמדברים על שימוש בכוח.
3. **הסכמי ווסטפליה** – ב-1648 בהסכמי ווסטפליה שסיימו את מלחמת 30 השנים היה שינוי פרדיגמה; המדינה הפכה ליישות ריבונית והיה ניתוק בין דת למדינה. המשטר הבינ"ל הוא משטר שמבוסס על עיקרון הריבונות שעוגן בהסכמי ווסטפליה. הוא מבוסס על התארגנות סוציו-פוליטית של מדינות ועל חילון. המשפט הבינ"ל מבחין בין דת למדינה, והריבונות של כל מדינה מאפשרת לה לבחור האם לפעול כמדינה חילונית או דתית. כל אותן מלחמות אירופה באותן השנים היו מלחמות דת. היו מאבקים שקשורים בהגמוניה דתית והגמוניה פוליטית. בעולם כזה היה צורך בהצדקה למתי אפשר להשתמש בכוח בין מדינות ריבוניות. מדינה לא יכולה לתקוף את מי ששווה לה, אלא אם כן מדובר על מלחמה צודקת. הפעם, אחרי שיש מדינות מבוססות, דוקטרינת המלחמה הצודקת כבר לא הסתמכה על האל, מאחר שהמשב"ל הפריד בין האל למדינה. היא הסתמכה פחות ופחות על המלך, מאחר שבהרבה מדינות עברו לשיטות לא מלוכניות. היא יותר הסתמכה על הגנה עצמית. אם מדינה פגעה במדינה שלי אני יכול לפגוע בה. ההבדל היה שכל מדינה פרשה אחרת מה זה פגיעה בכבוד שלה. הרבה פעמים מדינות ביימו פגיעה בכבוד שלהן כדי לפתוח במלחמה.
4. **הסכמי האג וקלוג-בריאנד** – לפני מלחה"ע הראשונה, בשנים 1899 ו-1907 נחתמו הסכמי האג ותקנות האג. ההסכמים הללו משקפים ניסיון ראשון של מדינות לקבוע מגבלה על שימוש בכוח ביניהן. המגבלה הייתה שלפני שיוצאים למלחמה מנסים ליישב סכסוכים בדרכי שלום. עם זאת, מלחה"ע הראשונה הוכיחה שלפעמים ההתלקחות מאוד מהירה ואי אפשר לבלום אותה באמצעות אמצעים קלאסיים (בוררות, גישור, החלטה שיפוטית). לכן, כשהוקם חבר הלאומים, החליטו על מנגנון של צינון. כלומר, לפני שמדינות יצאו למלחמה הן צריכות לחכות שלושה חודשים בהם ינסו את הנתיבים ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. בתווך שבין מלחה"ע הראשונה והשנייה (ב-1928), נחתם הסכם קלוג-בריאנד (שרי החוץ של צרפת וארה"ב). הסכם זה אסר את השימוש בכוח ככלי לקידום מדיניות לאומית. כלומר, ספרד רוצה להתפשט לאמריקה הלטינית, היא לא יכולה לעשות זאת באמצעות שימוש בכוח. הסכם זה היה המתקדם ביותר נכון לאותה נקודת הזמן. הסכם זה כלל שלושה סעיפים שהביעו את האמירה הצרה הזו (אסור לעשות שימוש בכוח ככלי לקידום מטרה לאומית). עם זאת, המדינות שניהלו מו"מ והצטרפו להסכם הוסיפו הסתייגויות ואמירות מה שהעיד שמדינות שמרו לעצמן את הזכות להגנה עצמית אישית וכן שהן מתייחסות למונח מלחמה כמונח חריף (הן לא שוללות את הכלים של כוח צבאי שלא עולה כדי מלחמה). לבסוף, ההסכם לא מונע שימוש בכוח קולקטיבי ע"י קבוצה של מדינות (הוא אוסר שימוש בכוח למטרה לאומית ולא שימוש בכוח למטרה בינ"ל). כידוע, גם חבר הלאומים וגם הסכם קלוג-בריאנד ניסו למנוע את מלחה"ע השנייה ללא הצלחה.
5. **נקודות נוספות**
   1. זכות הווטו במועצת הבטחון מראה שהחוק מותאם לאינטרסים של מדינות חזקות.
   2. וודאות – הקושי באיתור ערכאה אחת שתתן מענה אוניברסלי הוא קושי שהיה קיים מאותם הימים ועד היום. היום מי שהכי קרוב לערכאה זו היא מועצת הבטחון (ואז ה-ICJ).
6. מגילת האו"ם **–** מגילת האו"ם ניסתה ללמוד מהטעויות של חבר הלאומים ושל הסכם קלוג-בריאנד. ס' 2(4) למגילת האו"ם קובע את איסור השימוש בכוח. ס' 51 קובע את הזכות להגנה עצמית, שהיא חריג לשימוש בכוח. ס' 2(4) קובע שכל המדינות החברות באו"ם (ובגלל ס' 2(6) למגילה גם מדינות לא חברות) מנועות מלעשות שימוש בכוח או לאיים בשימוש בכוח, אם אותו שימוש בכוח יפגע ב: 1. שלמות טריטוריאליות; 2. עצמאות פוליטית; 3. יסתור בכל דרך אחרת את מגילת האו"ם (שמירה על השלום והבטחון העולמי, זכויות אדם, קידום השלום בין העמים וכו'). כשמדברים על השימוש בכוח בד"כ מדברים על האפשרות הראשונה (טריטוריה). כנגד אותו איסור, יש שני חריגים שמופיעים במגילה. חריג ראשון הוא כאמור ס' 51, שקובע ששום דבר במגילת האו"ם לא יפגע בזכות האינהרנטית של מדינות להגנה עצמית אישית או קולקטיבית. האמור בס' 51 לא פוגע בסמכות של מועצת הבטחון להתערב בכל סכסוך, לכן חריג שני הוא מגנון הבטחון הקולקטיבי המאפשר למועצת הבטחון לעשות זאת.

**הגנה עצמית**

1. כדי להבין מתי מדינה רשאית לפעול להגנתה העצמית יש ראשית לבחון מתי מדינה אחרת נחשבת כמפעילה כוח. ישנן מספר סוגיות שעולות בהקשר זה ולא תמיד מובן מאליו להגיד שמדינה הפעילה כוח כלפי מדינה אחרת.
2. **כוח צבאי או כלכלי** – כשאומרים איסור שימוש בכוח, האם מתכוונים לכוח צבאי או כלכלי. לפי גישת העולם המתפתח אין ספק, כוח כלכלי יכול להיות משמעותי יותר מכוח צבאי ויכול לבטל ריבונות של מדינה ולגרום לה לפעול בהתאם לרצונות של המדינה מפעילת הכוח. לדוגמה, רוסיה היא המדינה עם מצבורי הגז הטבעי הגדולים בעולם, ומקום שני במצבורי הנפט. יש להם הרבה כוח כלכלי, ולאורך הרבה מאוד שנים פוטין מפעיל כוח כלכלי. למרות שמדינות מתפתחות מבקשות להתייחס למונח שימוש בכוח ככזה שכולל כוח כלכלי, ההסכמה היא שכוח כלכלי אינו שימוש בכוח. חשוב לזכור שיש גוף שכל הזמן משתמש בכוח כלכלי, מועצת הבטחון. אם ארה"ב כועסת על צפון קוריאה, היא מטילה סנקציות. סנקציות הן סוג של הפעלת כוח כלכלי. עם זאת, כאמור, נדרשת הפעלה של כוח קינטי. כוח קינטי ניתן להפעיל באמצעות טנק או מטוס, אך כיום ניתן לעשות זאת באמצעים חלופיים דוגמת סייבר. לכן נוסח מסמך טאלין, שקבע שמתקפת סייבר שיש לה תוצאה קינטית (למשל פגיעה במפעל או בכור) היא שימוש בכוח.
3. **איום שימוש בכוח** – עולה השאלה מתי איום על שימוש בכוח נחשב לא חוקי. אם מישהו מאיים לעשות שימוש בכוח כשהפעולה תהיה לא חוקית אז האיום לא חוקי. האיום צריך להיות ע"י גורם בעל משמעות. כמו כן, הוא צריך להיות קונקרטי (צריך שהפעולה המסוימת שרוצים לפעול בה תאמר במפורש ושיהיו לוחות זמנים). ישנן דרישות תובעניות על איום מאחר שיחסי הכוחות שונים כיום. למדינות רבות יש נשק גרעיני, כך שיכול לקרות מקרה בו הן דורשות דבר מה ממדינה אחרת והמדינה האחרת תיעתר לבקשה מפחד מתקיפה גרעינית. מכאן עולה השאלה האם עצם העובדה שיש למדינה נשק גרעיני מהווה איום. התשובה היא לא, מאחר שצריך שיהיה כאמור איום קונקרטי לשימוש בנשק הגרעיני, מה שלא קרה. בשל כך כמעט מעולם לא נקבע שהיה איום לא חוקי על שימוש בכוח. המקרה היחיד שקרה מסוג זה הוא של בית דין ימי במקרה בו מדינה איימה שהיא תכבוש שטחים של מדינה אחרת אם היא לא תזיז את הספינה שלה.
4. **צעדי גמול** – נושא זה עלה בהקשר של אמנות, אם מדינה מפרה אמנה ניתן להפר את האמנה מולה. מבחינה צבאית, זה לא מובן מאליו שאם מדינה פוגעת במדינה אחרת באופן צבאי (לדוגמה, תקרית גבול שקרתה בטעות עם מוות של חייל) המדינה השנייה יכולה להגיב למרות שאין זכות להגנה עצמית (אם המעשה לא מכוון אין זכות להגנה עצמית). בעבר סברו שלא משנה איך ולמה פגעו, יש את הזכות לפגוע חזרה. כיום מוסכם שאסור לעשות צעדי גמול צבאיים. מותר לסלק שגריר, מותר לנתק קשרי סחר, מותר לפרסם ביקורות, מותר לפעול בתוך ארגון בינ"ל נגד המדינה. אסור להגיב בכוח על כל דבר שהוא מתחת להתקפה חמושה ומכוונת נגד המדינה, לה השפעה קינטית. יש פה עניין של רף (לא כל תקרית גבול נחשבת למלחמה), אבל זה גם תלוי במקרה הספציפי (למשל במלחמת לבנון השנייה הייתה תקרית גבול אבל נהרגו בה שלושה אנשים מה שהוביל למלחמה).
5. **הגבלת הזכות**
   1. הגנה עצמית מוגבלת ע"י שתי דרישות עיקריות: מידתיות ונחיצות.
   2. נחיצות – צריך שהשימוש בכוח יהיה האופציה היחידה שעומדת בפני המדינה.
   3. מידתיות – שאלה יותר מורכבת. הצורה שבוחנים מידתיות היא להסתכל על התקיפה הראשונה שהקימה את הזכות להגנה עצמית ועל התגובה של אותה המדינה ומנסים להבין האם היא מידתית. האם העוצמה והאיכות היו מידתיים.
6. **הגנה עצמית מקדימה/מונעת** – לפני מלחמת ששת הימים היו כוחות שמירת שלום של האו"ם שסולקו. מיצרי טיראן נסגרו. הסכם ברית צבאית נחתם בין ירדן למצרים. כוחות מצריים זזו לכיוון הגבול לשטח בו ישבו כוחות האו"ם. הצטברות נסיבות אלו הביאו את ישראל להכות ראשונה, וזו דוגמה קלאסית לשימוש בזכות להגנה עצמית מקדימה. ישראל לא נפגעה או הותקפה, אבל פעולה מקדימה נגד מצב שאין סיכוי שלא יתפתח לכדי מלחמה היא מוצדקת. מקובל להשתמש במונח "לחצות את הרוביקון" (האימפריה הרומית קבעה כלל לפיו מי שחוצה את נהר הרוביקון מכריז עליה מלחמה). באותו אופן מדינות יכולות לדמיין לעצמן רוביקון. במקרה של ישראל הרוביקון יכול להיות רחוק ממנה מאחר שהיא קטנה וכל פגיעה בה קשה. מי שחוצה את הרוביקון נחשב מי שתוקף את המדינה. אותה הגנה עצמית מקדימה היא חוקית, אבל יש מדינות (דוגמת ארה"ב בממשל בוש) שלקחו את זה קדימה. הן אמרו שניתן גם מראש, כלומר, עוד לפני שהסיכון הממשי ולפני שברור שחצו את הרוביקון, למנוע מהאויב להגיע לרוביקון. ההצדקה לדוקטרינה מרחיקת לכת זו היא שמדינה לא צריכה לשבת כמו במטווח ולחכות שיפגעו בה כדי להגיב. בממשל בוש אירע פיגוע התיאומים, מה שהוביל לתוצאות מרחיקות לכת. ההיגיון אומר שבעידן בו ארגוני טרור יכולים לפגוע במדינה בתוך השטח שלה, ושבו לא ידוע אילו מדינות יצטרפו למדינות הגרעיניות, מותר לקחת צעד נוסף קדימה. דוקטרינה זו הצדיקה פלישה למספר מדינות (עראק, אפגניסטן, לוב), אך מבחינה משפטית היא פחות מקובלת. הגנה עצמית מקדימה נתפסת כלגיטימית וחוקית, אבל הגנה עצמית מונעת נחשבת מחוץ לגדרי החוק. גם ישראל עושה שימוש בהגנה עצמת מונעת (למשל חיסול מדען גרעין איראני. בכך ישראל מונעת מאיראן להגיע לנשק גרעיני). הגבול בין מקדימה למונעת הוא תיאורטי, אבל החוק הוא מאוד צר. מאוד קשה להכיר בפעולה מקדימה כחריג של הגנה עצמית מקדימה.
7. **הגנה עצמית מול גופים שאינם מדינות** – כיום מובן מאליו שמבחינה פרקטית יש זכות להגנה עצמית מול ארגוני טרור. מבחינה משפטית, באופן מסורתי, אסור היה לעשות שימוש בכוח נגד ארגוני טרור אלא אם כן הם בתוך המדינה (מורדים, אנרכיסטים וכדו'). כשקבוצה ממדינה אחרת תוקפת את המדינה, צריך לפנות למדינה האחרת בבקשה לטפל בהם או להסגיר אותם. אם המדינה האחרת לא הייתה עושה כלום הייתה קמה זכות לפלוש ולטפל בבעיה. סוגיה זו היא סוגיה של ייחוס אחריות, אם למשל קונגו מאפשרת למורדים נגד אוגנדה לפעול מתוך קונגו, יש לאוגנדה זכות לפלוש לקונגו. ייחוס אחריות יכול לקרות או בתמיכה אקטיבית של המדינה במורדים (דוגמת אידי אמין) או באמצעות מחדל (המדינה לא מסוגלת או לא רוצה להתמודד). כל זה היה נכון לפני 9/11. אחרי מתקפות אלו נגד ארה"ב התקבלו שתי החלטות של מועצת הבטחון (1373, 1368). הן הכירו בטרור העולמי כסכנה לשלום העולמי, הסמיכו שימוש בכוח נגד ארגוני טרור (בפרט אלקאעדה), ויצרו חיץ בין הגישה הקלאסית של המשב"ל (שמי שעד היום מנסה לדבוק בה הוא ה-ICJ) לבין הפרקטיקה, לפיה ארגוני טרור פוגעים במדינות ומדינות פוגעות בארגונים בחזרה. בסוגית אוגנדה וקונגו, ה-ICJ הכיר בכך שקונגו לא מנעה את פעילות המורדים ובזכות של אוגנדה להגנה עצמית, אבל בתגובה לכמה תקריות גבול (כוחות מורדים מתוך קונגו יורים בחיילים אוגנדים) אוגנדה פלשה לקונגו והשתלטה על שלושה מחוזות ועל שדה התעופה. הפעולה שהיא נקטה הייתה מאוד קיצונית ביחס למתקפה צנועה. אוגנדה פעלה באופן לא מידתי.
8. התקרית הזו בין קונגו לאוגנדה היא מסוג התקריות שעומדות בלב המשטר של איסור השימוש בכוח. הקרוליין הייתה ספינה אמריקנית, שבזמן מלחמת האזרחים בקנדה היא נכנסה לקנדה כדי לתמוך במורדים. לבריטים נמאס מזה והם החליטו להשתלט על הספינה ולהשיט אותה במורד הניאגרה. המזכיר המדיני של ארה"ב (ובסטר) כתב מזכר למקביל הבריטי שלו בו הוא הכיר בזה שלבריטים הייתה סמכות לפעול נגד הסירה, הואיל והיא הייתה מעורבת במאבק נגד הבריטים. עם זאת, באותה האיגרת, ובסטר הציג לראשונה את שני התנאים שעומדים ביחס למי שרוצה להפעיל את הזכות להגנה עצמית (נחיצות ומידתיות). בכך רואים שההיסטוריה וההווה דומים יותר ממה שהיינו רוצים לחשוב. יש מתחים משפטיים שחוזרים על עצמם, פתרונות משפטיים לא חדשניים שלא תמיד עוזרים.

**חריגים נוספים לשימוש בכוח**

1. **הגנה עצמית קולקטיבית** – קבוצה של מדינות שמקבלת הסמכה ממועצת הבטחון (מכוח ס' 42 למגילת האו"ם) להפעיל כוח לטובת הגנה עצמית של המדינות. ההתאגדות של המדינות יכולה להיות ספונטאנית (דוגמת ההתאגדות למול המדינה האסלאמית) שזה המקרה היותר נדיר והיא יכולה להיות של מדינות שכבר מאורגנות צבאית (דוגמת נאט"ו). ארגון נוסף שהופך משמעותי יותר מבחינת התארגנות צבאית הוא ארגון מדינות מערב אפריקה (ECO WAS). חריג זה בעייתי מאחר שיכולים לקרות מקרים כמו הפצצת קוסבו ע"י נאט"ו. נאט"ו קיבלה הסמכה לפעולה מאוד מצומצמת והיא לקחה את זה רחוק מדי. גופים אלו שמקבלים הסמכה יכולים לקחת אותה רחוק מאוד והם נושאים באחריות מינימאלית. דוגמה למקרה שהיה בקוסובו הוא שנאט"ו ראה שיירה של כלי רכב, שחלקם ירוקים. הם ראו רכבים ירוקים וחשבו שזה צבאי ולכן הם הפציצו. בפועל זו הייתה שיירה של פליטים שניסו לברוח מהמלחמה. דוגמה נוספת היא רכבת שחיברה בין שני ערים שהיה חשוב מבחינה צבאית לקטוע את החיבור הזה. הפציצו גשר עם פסי רכבת כשהרכבת הייתה עליו. את הגשר הפציצו פעמיים והרגו את כל האזרחים שהיו שם. דוגמאות אלו הופיעו בבית הדין הפלילי ביגוסלביה, שהוקם ע"מ לשפוט פושעי מלחמה סרביים. הייתה ועדה מיוחדת שבחנה את המעשים של נאט"ו אבל בסופו של דבר לא הוכר פשע מלחמה. זו הבעיה במנגנון הבטחון הקולקטיבי. ישנו יישום סלקטיבי של מנגנון זה (הוא תלוי פוליטיקה, לא עבור כל פגיעה במדינה יפעילו אותו). הבעיה השנייה היא כאמור שלא מייחסים אחריות, מה שמוביל לביטחון מופרז של הגופים ולהתנהלות בעייתית שלהם.
2. הגנה עצמית קולקטיבית היא חריג מכוח מגילת האו"ם, אך לצד זאת ישנם שני חריגים נוספים. עולה השאלה איך יכול להיות שיש חריגים למסמך החזק ביותר מבחינת אמנות. התשובה היא מנהג. אם יש מנהג לפני אמנה והאמנה לא סותרת במפורש את המנהג, המנהג מתקיים. אם יש סתירה בין השניים האמנה מנצחת מאחר שהיא ספציפית ומאוחרת.
3. **התערבות הומניטארית** – חריג זה שנוי במחלוקת ואף ערכאה בינ"ל לא הכירה בקיום שלו. לפי חריג זה, שמים שיקולים הומניטאריים מעל שיקולים אחרים (ביניהם, מעל האיסור על שימוש בכוח). חריג זה הוא קלף של מדינות כדי לעשות פעולות שנחשבות לא מוצדקות במדינות אחרות. ארה"ב התערבה בניקראגווה כאשר חימשה קבוצת מורדים. ההצדקה שלה לכך הייתה שזה ממניעים הומניטאריים (למען הדמוקרטיה וזכויות אדם) ומהגנה עצמית קולקטיבית (הגנו על אל-סלבדור). שם נאמר במפורש שלא הייתה תקיפה על אל-סלבדור לכן אין הצדקה להגנה עצמית. הטיעון ההומניטארי נדחה משתי סיבות. סיבה ראשונה היא שהמשפט הבינ"ל לא מגדיר אם דמוקרטיה טובה יותר מכל שיטת משטר אחרת, לכן אי אפשר להתערב בשם אינטרסים פוליטיים פנימיים שנתונים לשיקול דעתה של כל מדינה. סיבה שנייה היא שהתערבות הומניטארית היא ניטרלית ונטולת אינטרס. לא יכול להיות שמתערבים במדינה ועוזרים לארגון אחד ולא לארגון אחר.
4. **הגנה על אזרחים בחו"ל** – מבצע אנטבה הוא ההתגלמות הטובה ביותר של דוקטרינה זו. אין מבצע צבאי של הגנה על אזרחים בחו"ל שזכה להכרה כמו מבצע אנטבה. בעבר, מדינות חזקות שהיו להן קולוניות שלחו אזרחים להשקיע, לנהל היבטים מסוימים של החיים בקולוניות וכדו'. לפעמים אותם אזרחים נקלעו לצרות. אזרח בריטי נקלע לצרה כלכלית או לאלימות עם המקומיים. בריטניה הייתה מקבלת סעד, ואם היא לא הייתה מקבלת סעד היא הייתה נוקטת צעדים צבאיים ע"מ לקחת את הסעד שלה (Gunboat Policy). באותם הימים זה היה חוקי כי לא היה איסור על שימוש בכוח. תחילתו של איסור השימוש בכוח הוא כאמור ב-1928 בהסכם קלוג-בריאן. כאשר התחיל גל הדה-קולניזציה ב-1960 ואילך, אזרחים זרים נשארו במדינות שהפכו לעצמאיות. הם רצו להמשיך לנהל את העסקים השונים שלהם. כשהם נקלעו לצרות מדינות מערביות היו הולכות להגן עליהם. יש דוגמה בה צרפת וארה"ב פלשו לזעיר הצעירה שנה לאחר הקמתה בגלל עניין של חוב כספי. מדיניות זו זכתה לביקורת מאחר שלא ניתן היה לקבל מצב בו מדינות עושות שימוש בכוח צבאי על קניין. לעומת זאת, כל הביקורות על אותה דוקטרינה התמקדו בנושא הרכוש והשאירו בצד את ההגנה על אזרחים. הערך של הגנה על בני אדם כן נתפס כמשהו שראוי לגביו לשמר מנהג. מבצע אנטבה הוא מקרה מבחן מרכזי שכולל את כל מה שניתן לבקש לגבי מקרה מבחן של הדוקטרינה. היו במקרה זה אזרחים חטופים ע"י ארגון טרור במדינה אחרת, שמגיע על רקע הקשר של פעולות טרור אחרות. אוגנדה סירבה לשתף פעולה עם ישראל ולישראל לא הייתה שום אפשרות להציל את האזרחים שלה מלבד פעולה ממוקדת שמטרתה להציל אותם. מבצע אנטבה כלל פלישה לריבונות של אוגנדה ללא הסכמתה (הפרה של שלמות טריטוריאלית), שימוש בכוח צבאי בתוך אוגנדה גם נגד חיילים אוגנדים (מתקפה חמושה). למרות כל זאת, מועצת הבטחון לא גינתה את הפעולה. היו כאלו שביקשו לגנות אותה אבל זה לא קרה. זה מעיד על מעמד החריג הזה. חשוב לזכור שמדובר בחריג מאוד קיצוני שכמעט לא יקרה בחיי היום יום, אבל הוא קיים והוא מקובל בספרות ובפסיקה.

**דיני העימות המזוין**

**הקדמה**

1. דיני העימות המזוין הוא תחום מאוד ותיק במשב"ל. הוא אחד התחומים הראשונים שזולגים לתוך השטח של מדינות במובן שהוא מחיל נורמות על פעולות של מדינות בתוך השטח שלהן (מכרסם את מוסד הריבונות) ובנוסף מסדיר תחום שהוא בליבת האינטרסים של כל מדינה באשר היא (אינטרס הביטחון והסדר הציבורי). האינטרסים המתחרים בתוך התחום של דיני העימות המזוין הם מצד אחד האינטרס הצבאי ומצד שאני אינטרסים הומניטאריים (שמירה על חיי אדם, שמירה על כבוד האדם, שמירה על אלו שלא מעורבים בלחימה וכו'). הרציונל שעומד מאחורי דינים אלו הוא קודם כל שבזמן מלחמה צריך להתייחס אחרת לחיילים ולמי שלא מעורב בלחימה. חייל יכול להרוג ולהיהרג במלחמה לפי דינים אלו. מסר שני חשוב הוא שצריך לשמור על גרעין של אנושיות (גם בין חיילים), ויש נורמות מינימאליות שתמיד נחיל אחד כלפי השני בתור בני אדם (למשל, לא לענות). בישראל ובעולם התחום של המשפט ההומניטארי חשוב היום כפי שזה היה חשוב פעם. אמנם בעבר היו הרבה מלחמות בין מדינות והיום הרבה מהלחימה היא בין מדינה לבין ארגון לא מדינתי או בין שני ארגונים לא מדינתיים, אבל החשיבות העקרונית של הדינים נותרה כפי שהייתה. מערכת זו מפוצלת לכמה מסגרות אפשריות. שתי המסגרות העיקריות הן סכסוך בין מדינות וסכסוך שאינו בינ"ל.
2. דיני העימות המזוין מאוד קשורים לזכויות אדם ולמשפט פלילי בינ"ל. הקשר לזכויות אדם קודם כל לוגי, מגנים על נורמות דומות (זכויות אדם בזמן שלום ודיני עימות בזמן לחימה). המשפט הפלילי הוא כלי שאוכף את המשפט ההומניטארי.
3. **התפתחות היסטורית**
   1. 1863 – שתי התפתחויות חשובות מקבילות, אחת באירופה והשנייה בארה"ב. באירופה הוקם הצלב האדום ע"י איש עסקים שוויצרי בשם הנרי דונה. הוא שהה במלון בעיר סולפרינו (עיר בין שוויץ, איטליה וצרפת), והייתה שם מלחמה של הצבא הצרפתי והאיטלקי נגד הצבא האוסטרי. הקרב היה עקוב מדם במיוחד. בסיומו הפצועים וההרוגים הופקרו בשדה הקרב. דונה, שהיה איש עסקים אמיד, ראה את הקרב ממרפסת בית המלון שלו. בעקבות כך הוא כינס קבוצה של אנשי עסקים שהקימו יחד את הצלב האדום מתוך שיקולים הומניטאריים. באותו הזמן בארה"ב מתחוללת מלחמת אזרחים. במלחמת אזרחים הצד של הצפון מבקש להחיל כללים על הכוחות הלוחמים, מאחר שהם לוחמים באחיהם. הם מבקשים שיהיו כללי יסוד שיאפשרו ליחסים בין האחים לאומה להמשיך ולהתקיים ביום שאחרי המלחמה. שר הבטחון האמריקאי מתקשר לפרופסור שלו מימי לימודי המשפטים וביקש ממנו לנסח קוד התנהגות שניתן להחיל על החיילים. הפרופסור (פרנסיס ליבר) ניסח את קוד ליבר. קוד ליבר עסק ביחס לשבויים, הפקעת רכוש וכדו'.
   2. 1868 – הכרזת סנט-פטרסבורג. רוסיה מכנסת כנס בינ"ל כדי לאסור שימוש בכדורים שהמשקל שלהם פחות מ-50 מיליגרם יחסית למה שמקובל באותה התקופה. רוסיה היא זו שהמציאה את הכדורים האלו, לכן עולה השאלה למה היא רוצה להוביל לאיסור השימוש בהם. גילו שאם הכדור נכנס לגוף של חייל היה קשה מאוד להוציא אותו מאחר שהוא קטן מדי, מה שהוביל לסבל מיותר של החיילים לאחר המלחמה. רוסיה הבינה שהיא המציאה משהו מסוכן וביקשה לאסור את השימוש באמצעים אלו.
   3. 1899/1907 – כונסו ועידות האג לשלום. התחילו לדבר על איסור שימוש בכוח בין מדינות והתייחסו לעניינים נקודתיים. הסדירו איך אפשר להשתמש ברכוש אזרחי בשטח כבוש (באופן זמני, לצורך צבאי, בהענקת פיצוי הולם). הגדירו מה נחשב שטח כבוש.
   4. 1925 – נוסחה אמנה שמגבילה שימוש בגזים רעילים ולוחמה ביולוגית. זה על רקע השימוש באמצעים אלו במלחה"ע הראשונה.

**מקורות מרכזיים של דיני העימות המזוין**

1. **ארבע אמנות ג'נבה**
   1. הראשונה – טיפול בפצועים ביבשה.
   2. השנייה – טיפול בפצועים ונספים בים.
   3. השלישית – טיפול בשבויי מלחמה או עצורים.
   4. הרביעית – הגנה על אזרחים בעיקר בשטח כבוש.
   5. אמנות ג'נבה מהוות את הלב של דיני העימות המזוין וחלק ניכר מהן נחשבות משפט מנהגי.
2. **פרוטוקולים לאמנות ג'נבה** – בשנות ה-60-70 החל שינויי מגמה, רואים כוחות לא מדינתיים נכנסים למאבקים בהרבה מקומות בעולם, בד"כ על רקע מאבק להגדרה עצמית (נגד משטר קולוניאליסטי, כוח כובש, משטר מדכא). בגלל שאופי הלחימה שונה ושהשחקנים שונים היה צורך לייצר דינים יותר מותאמים למצבים אלו. בשנת 1977 נחתמו שני פרוטוקולים לאמנת ג'נבה. פרוטוקול ראשון עוסק בסכסוך בינ"ל, מרחיב את ההגדרה שלו ומציע להוסיף סוג חדש של סכסוך בינ"ל, בין מדינה לבין ארגון שהוא לא מדינה אבל שהוא מאוד מאורגן ולוחם למען ההגדרה העצמית שלו. תוספת זו חריגה ולא הייתה מקובלת עד אותו הזמן. היא זו שעומדת בשורש הסכסוך ביחס לפרוטוקול הראשון. מדינות כמו ארה"ב, ישראל ומדינות מערביות אחרות אמרו שהצעה זו תהיה הזמנה לעסוק בטרור. הפרוטוקול השני מוגדר כפרוטוקול לסכסוכים שהם לא בינ"ל וקובע הרבה כללים קונקרטיים. מה שהיה עד שנת 1977 זה המון נורמות לגבי סכסוכים בין מדינות, נורמות שמסדירות מה מותר לתקוף, איך מותר לתקוף, איך להתייחס לחיילי ואזרחי הצד השני, הגנה על הסביבה ונכסי תרבות. כל זה היה ביחס לסכסוך בינ"ל. ביחס לסכסוך פנימי כל מה שהיה זה ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה. סעיף אחד שהוא זהה לכל אמנות ג'נבה שקובע עקרונות כלליים (הימנעות מעינויים, התנהלות המוניטארית וכו'). לכן קפיצת המדרגה ב-77 הייתה דרמטית. הפרוטוקולים שמבקשים להסדיר סכסוכים בתוך המדינה הציעו במצטבר מעל ל-150 הוראות חוק קונקרטיות לעומת סעיף כללי שהיה באמנות. הקפיצה עוררה סערה ועד היום יש מחלוקת לגביה.

**דיני השימוש בכוח מול דיני העימות המזוין**

1. דיני השימוש בכוח (Jus Ad Bellum) רלוונטיים עד תחילת המלחמה. כל מה שקשור למתקפה חמושה, הגנה עצמית, התערבות הומניטארית. זה רלוונטי עד תחילת המערכה בפועל. ברגע שמגיעים לתחילת הסכסוך עצמו נכנסים לידי ביטוי דיני העימות המזוין. הדין ההומניטארי חל ברגע שיש לחימה, זה עניין עובדתי. לא צריך הכרזה על מלחמה, לא צריך שגוף שיפוטי יכיר במלחמה, לא צריך שמועצת הבטחון תכיר במלחמה. ברגע שיש לחימה בפועל אז הדינים חלים והם צריכים להסדיר את התנהלות החיילים.
2. חשוב להבהיר שלא משנה מי התחיל במלחמה. מה שחשוב זה שהדינים יקדמו את האינטרס של מניעת נזקי המלחמה וקידום האינטרסים ההומניטאריים. בנוסף, גם אם צד אחד מפר את הדינים צד אחר חייב להמשיך להחיל אותם. האמנות הללו מקנות זכויות לפרטים, ולא יכולים להתנות את הזכות של אדם בהתנהגות של צד ג'. לכן לא הגיוני לשלול זכות של אדם ליחס הומניטארי בשל ההתנהגות של ההנהגה שלו.

**סוגי סכסוכים**

1. **סכסוך בינ"ל** – ס' 2 המשותף לאמנות ג'נבה מגדיר סכסוך בינ"ל כעימות צבאי בין שתי מדינות ובנוסף מצב של כיבוש.
2. **סכסוך פנימי / שאינו בינ"ל** – ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה מגדיר סכסוך פנימי כסכסוך שהוא לא בין מדינות. בנוסף, בניגוד לסכסוך בין מדינות בו ירייה אחת מספיקה כדי לפתוח בסכסוך, פה אין רף חומרה מינימאלי. במקרה זה יש תנאי סף. כאמור, סכסוך פנימי מוסדר בס' 3 המשותף ובפרוטוקול השני. למרות שהפרוטוקול השני מפורט מאוד יש יותר נורמות המסדירות סכסוכים בינ"ל. עולה השאלה מדוע זה המצב, בעיקר על רקע זה שסכסוכים פנימיים לרוב יותר אלימים (יש יותר איבה בין הצדדים, לעומת סכסוכים בינ"ל בהם לרוב יש ריחוק מסוים בין הצדדים). הסיבה המרכזית היא עקרון הריבונות. המשפט הבינ"ל מנסה להגן על המעמד המיוחד של הריבונות. בהקשר של דיני לחימה סכסוך פנימי בד"כ נתפס כעניין פנימי של מדינה (אם יש כוח מורד במדינה המדינה רשאית להפעיל איזה כוח שהיא רוצה נגדו). ברגע שהמשב"ל מפעיל נורמות על הפעילות של המדינה בתוך עצמה הוא מכרסם לה בריבונות. בשל כך המשב"ל פחות מסדיר את הסכסוכים הפנימיים ביחס לסכסוכים בינ"ל. סיבה נוספת היא סיבה היסטורית (יש יותר נורמות של סכסוך בינ"ל).

**תנאי הסף לכניסה לסכסוך מזוין ותחילת דיני הלחימה בסכסוך פנימי**

1. בסכסוך בינ"ל, כל מדינה מחילה את דיני הלחימה. בסכסוך פנימי יש מספר קריטריונים ע"מ לקבוע האם מדובר על מצב של אכיפת חוק או לחימה: 1. רמת הארגון של הצדדים; 2. משך הסכסוך; 3. עוצמת האלימות; 4. מעורבות צדדים שלישיים; 5. השלכות על צדדים שלישיים; 6. ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך.
2. השלושה הראשונים הם החשובים ביותר, והם נקבעו על רקע פרשת טאדיץ'. טאדיץ' היה שומר במחנה שבויים ביגוסלביה והיה צריך לקבוע האם הוא פושע מלחמה. לטובת כך היה צריך לקבוע האם מדובר בסכסוך בינ"ל או פנימי.
3. תנאים אלו לא מצטברים. יכול להיות שיתקיים תנאי אחד בצורה מאוד קיצונית וזה יהיה מספיק. לדוגמה, בית הדין האמריקני לזכויות אדם הסתכל על תקרית שבה כוחות מזוינים של צבא קולומביה התמודדו במשך 30 שעות עם קבוצה פלילית באמצעים צבאיים. שלושת התנאים הראשונים בד"כ מתקיימים יחד, אבל יש מצבים קיצוניים בהם רק אחד יתקיים וזה עלול להספיק.

**עימות מזוין מול ארגון טרור**

1. בעבר התמודדות עם ארגוני טרור הייתה עניין פנימי. המודל שמדינה התמודדה עם טרור נקרא מודל אכיפת החוק (מעמידים לדין פלילי, שולחים משטרה וכו'). היום, כשארגונים הגיעו לעוצמות אליהם הגיעו, ברור שהכלים המקומיים לא מספיקים. אם ארגון טרור יכול לתכנן ולהוציא לפועל את פיגועי 9/11 צריך לעבור למודל של שימוש בכוח או עימות מזוין. גם בישראל היה שינוי מודל. עד לפני 17 שנים היו עושים שימוש במודל של אכיפת החוק, עד שהאנתיפאדה השנייה שינתה את הכללים. העוצמה הצבאית של הפיגועים הכריחה את ישראל לעשות שינוי מודל והיא הכריזה באופן רשמי שהיא עוברת לעימות מזוין. מה שסימל את המעבר הזה היה הסיכולים הממוקדים. שימוש במדיניות זו הייתה עליית מדרגה. רואים את זה גם ברמה המשפטית. ביהמ"ש, החל מפרשת עג'ורי, התייחס לעתירות הנוגעות לסכסוך הישראלי-פלסטיני כעתירות בהן יש להחיל את הדין ההומניטארי. זה שישראל עברה למודל של שימוש בכוח צבאי לא אומר שלא יכולים לחזור למודל של אכיפת חוק. בשנים האחרונות, בעיקר בשנים 2015-2017 (עלייה בתקריות של דקירות וכדו'), זו תופעה שאפשר להשתמש בה במודל אכיפת החוק. חימשו גורמים אזרחיים, חיזקו את הנוכחות של הכוחות השיטוריים, רוב הכוחות שהתמודדו עם התקיפות שבוצעו היו כוחות שיטוריים.
2. **סיווג עימות מזוין חוצה גבולות** **מול ארגון טרור**– בסכסוך של ארה"ב מול אל-קאעדה היא סיווגה אותו כסכסוך פנימי בגלל הזהות של הצדדים (**מבחן זהות הצדדים**). אם אל-קאעדה הוא ארגון כל סכסוך מולו יהיה פנימי לא משנה איפה הוא יהיה. העמדה הזו קיבלה אישור בפס"ד חמדאן (פס"ד מקומי בארה"ב). לפי העליון בארץ, בפס"ד הסיכולים הממוקדים, סכסוך הוא בינ"ל ברגע שהוא חוצה גבולות (**מבחן חציית הגבול**). יש כאן שתי עמדות שונות לחלוטין מבחינה אסטרטגית ומשפטית, אבל אף אחת מהן לא מפרה את הדין. יכול להיות שאחת יותר משכנעת מהאחרת אבל אין הפרה של הדינים. זה מעיד על מרחב התמרון המשמעותי שיש למדינות בנושא.

**עקרונות יסוד**

1. ארבעת עקרונות אלו משלימים אחד את השני ולפעמים הם אף חופפים. יש הוראות שמבקשות לקיים יותר מעקרון אחד.
2. **צורך צבאי** – הצורך הצבאי הוא מה שאמור להגדיר כל החלטה של המפקד הצבאי. המשפט ההומניטארי בכל ההוראות שלו מתייחס למפקד הצבאי, ולא לשר או למנהיג המדינה. המפקד הצבאי נדרש, בכל פעולה שלו, לוודא שיש לו צורך צבאי. צורך צבאי פתוח להרבה פרשנויות, אבל העקרון הכללי ביותר של צורך צבאי הוגדר לראשונה בהצהרת סנט פטרסבורג כ"החלשת כוח האויב". היום יש הגדרות יותר קונקרטיות (באמנות ג'נבה) אבל האופי דומה. יש דוגמאות שונות שמעידות על אותו עקרון כללי. דוגמה אחת היא תפיסה של רכוש אזרחי לפי תקנות האג. לפי תקנות האג לא פוגעים ברכוש אזרחי אלא אם הפגיעה נובעת מצורך צבאי הכרחי. דוגמה לצורך צבאי הכרחי היא התבצרות, לפעמים מקום אזרחי הופך לחשוב רק בגלל המיקום שלו. מצד שני יש מקומות שזוכים להגנה מוגברת (מוסדות חינוך, נכסי תרבות, בתי חולים, מוסדות דת).
3. **הבחנה**
   1. הצורך הצבאי עושה את הסינון הראשוני (מבינים מה ההיגיון של המפקד הצבאי). למרות שפעולה מסוימת יכולה לקדם צורך צבאי, אם היא מפרה את עקרון ההבחנה לא ניתן להתקדם איתה. עקרון ההבחנה ברמה הבסיסית ביותר אומר שצריך להבחין בין לוחמים לבין אזרחים. לוחם יודע את כללי המשחק ועבר הכשרה למענם. אזרחים לא עשו שום דבר. לכן צריך להבחין ביניהם. ההבחנה זה הכלל המשמעותי ביותר שממנו נגזרו הכי הרבה הוראות. הוראה ראשונה היא שאסור לתקוף יעדים אזרחיים, מותר לתקוף רק יעדים צבאיים. יעד צבאי הוא אובייקטים אשר 1. מטבעם; 2. מיקומם; 3. מטרתם; 4. השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית. כל אובייקט כזה הוא יעד צבאי. אובייקט שתורם מטבעו הוא למשל בונקר, טנק, מטוס, ספינת מלחמה. אובייקט שתורם ממיקומו הוא למשל בית שנמצא על גבעה. אובייקט שתורם ממטרתו זה הכלל היחיד שצופה פני עתיד, אם צופים שימוש עתידי במקום מסוים לצורך צבאי ניתן להסתכל עליו כיעד צבאי. מטרה ושימוש הם מאוד דומים, שימוש זה בפועל ומטרה זה צופה פני עתיד. יעד אזרחי הוא כל מה שלא נחשב יעד צבאי. יעד אזרחי יכול לאבד את חסינותו. כמו כן, יש יעדים מעורבים. למשל, יכול להיות גשר שבמשך כל השבוע הוא גשר רגיל ואז בסיטואציה מסוימת הוא הופך ליעד צבאי. יעדים מעורבים מותר לתקוף רק בזמן הלחימה ורק בזמן שהוא באמת מהווה מטרה צבאית. יעד מעורב הוא יעד חסין. יש סטנדרט גבוה לגבי יעדים מעורבים מתוך חשש למדרון תלול. אם ירחיבו מדי את בנק המטרות מדינות יפציצו ללא הבחנה.
   2. מכוח ההבחנה בין מטרה צבאית למטרה אזרחית יש מספר איסורים עקרוניים. איסור על תקיפה בלתי מבחינה מטבעה (או שלא מכוונת למטרה ספציפית או שאמצעי הנשק לא יכול לאפשר להבחין). מהצד המתגונן צריך לאפשר לצד השני להבחין בין יעדים אזרחיים לצבאיים (צריך לסמן מתקנים צבאיים, מתקנים רפואיים, מתקני חינוך וכדו'). כמו כן, יש איסור על שימוש במגנים אנושיים, אסור להשתמש באדם כמגן על לוחם. יש לבחון מקרים בהתאם לנסיבות כדי להבין האם עוברים על איסורים אלו. ירי ארטילרי למשל יכול להיחשב מבחין או לא מבחין. בשטח פתוח בו יש רק מטרות צבאיות הוא לא יחשב לא מבחין, אבל ירי שכזה על שטח בנוי יכול להיחשב ירי לא מבחין. לגבי פצצות מצרר (פצצות שמטילים ממטוס. לאחר ההטלה הפצצה נפתחת וממנה יוצאות פצצות קטנות רבות שגורמות לנזק באופן שלא ניתן לשלוט עליו) יהיה קשה להגיד שניתן להבחין. נדרשות נסיבות קיצוניות ע"מ שניתן יהיה לעמוד בדרישת ההבחנה. נשק גרעיני ברור שלא יכול להבחין בין אזרח ללוחם. בית הדין הבינ"ל לצדק דן בשאלה האם שימוש בנשק גרעיני הוא בלתי מבחין באופן אוטומטי. נקבע שברוב המקרים זה לא יעמוד בדרישות. עם זאת, השופט סטפן שוובל קבע חריג: אם מדינה נאבקת על קיומה וזה הדבר היחיד שהיא יכולה לעשות אי אפשר לשלול את זה לחלוטין, או אם בתנאים הנידונים זה לא יוביל לפגיעה באזרחים (ירי בלב מדבר למשל).
   3. עקרון ההבחנה יצר שתי קטגוריות, לוחמים ואזרחים. ללוחמים יש רישיון להרוג ולהיהרג, והם זוכים למעמד של שבוי מלחמה. אם עוצרים אותם הם מקבלים תנאים מסוימים ואסור להעמיד אותם לדין על עצם השתתפותם במלחמה. מצד שני יש אזרחים, שאמורים להיות מוגנים מפני תקיפות ומורחקים מאזורי המלחמה. אם אזרחים משתתפים בלחימה מותר לתקוף אותם ואם עוצרים אותם מותר להעמיד אותם לדין על עצם ההשתתפות בלחימה. ע"מ להבחין בין אזרח לחייל יש הגדרה של לוחם (מי שאינו לוחם הוא אזרח). לוחם הוא מי שחבר בכוח צבא סדיר, אבל גם מי שחלק מארגון ועומד בארבעה תנאים (משתייך לארגון שיש לו שרשרת פיקוד ברורה; יש לו סימן הבחנה ברור; נושא נשק בגלוי; מנהלים פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה). בבג"ץ הסיכולים הממוקדים דנו בשאלה איך צריך להתייחס לפעילי ארגוני טרור שפועלים נגד מדינת ישראל. נקודת המוצא של ביהמ"ש הייתה שמדובר באזרחים (ביהמ"ש שלל את האפשרות שפעילי חמאס יהיו לוחמים), ורצו לבחון האם הם משתתפים בלחימה ולכן מאבדים את חסינותם. ס' 51(3) לפרוטוקול הראשון קובע שמי שמשתתף בלחימה מאבד חסינות והופך למטרה. פה יש מחלוקת בין העמדה של בג"ץ לעמדת הצלב האדום (עמדת בג"ץ היא המקובלת). מבחינת הצלב האדום מפרשים בצורה מינימליסטית, אזרח מאבד חסינות רק אם משתתף בלחימה ובזמן שמשתתף בה. לפי בג"ץ, אם יש אזרח שפונה לפעילות ביטחונית אחת לכמה זמן אבל זה לא חד פעמי, יתייחסו לכל תקופת הזמן בה הוא חלק מהארגון כתקופה בה הוא חלק מהלחימה. הצלב האדום למעשה אומר שאלא אם כן מישהו לוחם בפועל באותה נקודת זמן או בדרך לתקוף אי אפשר להגדיר אותו כאזרח שמשתתף בלחימה. בג"ץ לעומת זאת דורש פחות אבל גם הוא מבהיר שלא פוגעים במי שפוגע באופן חד פעמי. לפי בג"ץ, יש לפרש את ס' 51(3) כך שישנן שתי דרישות: 1. נוטלים חלק ישיר, מדובר למעשה בסף מעורבות נמוך יחסית. זה כולל למשל נהג המוביל פעילי טרור או תחמושת, אוסף מודיעין, מכנן, שולח. הדרישה היא לפונקציה של לוחמים ולא רק האדם האחרון בשרשרת. זה לא כולל מוכר מזון או תרופות, מעניק תמיכה כספית, מפי תעמולה. 2. למשך אותו הזמן. אזרח שמבצע פעולה חד פעמית כאמור חסין. עם זאת, אזרח שמבצע שרשרת של פעולות עם הפסקות ביניהן מאבד את חסינותו לאורך כל הזמן בו מבצע פעולות ("הדלת המסתובבת", רוצים למנוע מצב בו מישהו פועל לאורך זמן עם הפסקות וטוען שכל עוד הוא בהפסקה הוא לא קשור).
4. **מידתיות** – יש מאזניים, מצד אחד אינטרס צבאי ומצד שני אינטרסים הומניטאריים. בוחנים האם מקדמים אינטרס צבאי ברמה שעולה על פגיעה באינטרס הומניטארי. אם כן עומדים בדרישת המידתיות. אם האינטרס הצבאי נמוך מהאינטרס ההומניטארי לא עומדים בדרישת המידתיות. מה שנבחן זה מה שהמפקד הצבאי ידע באותו הזמן. בוחנים את זה אקס אנטה (בעת ההתרחשות ולא בדיעבד).
5. **הומאניות** – רוצים למנוע נזק או סבל מיותר. זה חל בשני מקרים: מקרה אחד זה שהלוחמים בשבי (יצאו ממעגל הלחימה) ואז הם לא מסכנים אותי, מקרה שני הוא שימוש בכלי נשק. לא משתמשים בכלי נשק שמביאים לסבל מיותר. למשל, האמריקאים עובדים על פיתוח נשק לייזר שמעוור את מי שנמצא מולו. ניסו ליצור עיוורון זמני אבל הוא נפסל בגלל שהוא גורם לסבל מיותר.

**דיני כיבוש**

**הקדמה**

1. מדובר בתת-ענף במשפט ההומניטארי (דיני עימות מזוין / דיני מלחמה). מערכת הדינים נקראים דיני כיבוש או דיני התפיסה הלוחמתית.
2. בעקרון, דיני הכיבוש נועדו לחול במקרה בו מדינה אחת משתלטת על שטח של מדינה אחרת. בעבר, כשלא היה את עקרון השלמות הטריטוריאלית, כשמדינה הייתה משתלטת על שטח של מדינה אחרת היה סיפוח. החל מתחילת המאה הקודמת התחזקה ההבנה שעקרון הריבונות כולל בתוכו היבט של שלמות טריטוריאלית ונוצר כלל מנהגי שאוסר על רכישה של שטח באמצעות שימוש בכוח. לכן, מה שקורה מבחינה משפטית היום כשמדינה משתלטת על שטח הוא שהיא נחשבת לכוח כובש. דיני הכיבוש מגדירים גם סמכויות וגם חובות בנושא. כנקודת מוצא, לא רלוונטי אם השטח נתפס תוך כדי מלחמה או מבלי שתשמע ירייה אחת (לדוגמה, דנמרק שנכנעה מיד לגרמניה במהלך מלחה"ע הראשונה).
3. **שלושה צירים/אינטרסים מרכזיים**
   1. הגנה על אוכלוסייה אזרחית.
   2. קידום האינטרס הצבאי.
   3. שימור הסטטוס קוו.
4. שני האינטרסים הראשונים קיימים גם בענף הגג של המשפט ההומניטארי בעוד שהאינטרס השלישי רלוונטי לדיני הכיבוש באופן ספציפי. ההנחה היא שכיבוש אינו מצב קבוע, מאחר שלא ניתן לרכוש שטח בכוח.

**דיני הכיבוש בישראל**

1. **רמת הגולן** – נכבשה מסוריה, סופחה לישראל, אבל מבחינה בינ"ל היא נחשבת לשטח כבוש.
2. **מזרח ירושלים** – בשנת 1981 סופחה לישראל אבל מבחינת המשב"ל זה נחשב לשטח במחלוקת.
3. **איו"ש** – נופל בצורה הקלאסית ביותר לדיני הכיבוש. ישראל מהרגע הראשון הכריזה על שטח צבאי, מינתה מושל צבאי, מינתה יועצים צבאיים ואזרחיים.
4. **רצועת עזה** – עד 2005 מעמד דומה לאיו"ש, מאז ההתנתקות במחלוקת. מבחינת הדין הפוזיטיבי ישראל לא כובשת בעזה אבל בגלל הקשר ארוך השנים בין ישראל לעזה יש טיעונים שונים העולים לגבי הקשר בין ישראל לעזה. ככל שמקבלים טיעונים כאלו ישנם יותר מקרים אחרים בעולם שייחשבו כיבוש.

**מקורות משפטיים של דיני הכיבוש**

1. **תקנות האג** – כזכור, ב-1899 נוסחה אמנת האג לשלום וב-1907 נוסחו התקנות. התקנה הרביעית לאמנת האג עוסק בסעיפים 42-56 בכיבוש שטח. הוא מגדיר איך להתייחס לרכוש אזרחי, איך אפשר להפעיל אמצעי ביטחון כמו מעצרים.
2. **אמנת ג'נבה הרביעית** – מסמך יותר מפורט המונה מאות סעיפים. עוסקת בכל התחומים הנוגעים לשטח כבוש (חינוך, משאבים טבעיים, תשתיות וכו'). היא מגנה על מי שנופל תחת ההגדרה של אנשים מוגנים. אנשים מוגנים הם אחד משניים, או אדם שנמצא תחת כיבוש צבאי של מדינה שהיא לא מדינת הלאום שלו או אדם שנמצא בשטח מדינת אויב. אזרחים בריטיים שהיו בגרמניה בפרוץ מלחה"ע השנייה, ברגע שגרמניה הפכה למדינת אויב, הם הפכו לאנשים מוגנים. גם אם אין הסדרה קונקרטית של תחום מסוים ישנם עקרונות כלליים.
3. **שטח כבוש – תקנה 42 להאג**
   1. "שטח נחשב לשטח כבוש כשהוא נמצא **למעשה** תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא **ניתן** להפעלה".
   2. סעיף זה מבלבל מאחר שברישא ישנה דרישה של "למעשה" בעוד שבסיפא ישנה אפשרות של "ניתן להפעלה". בגלל הבלבול שסעיף זה יוצר צמחו שתי גישות, האחת דורשת שליטה בפועל בעוד שהשנייה דורשת שליטה פוטנציאלית בשטח.
   3. בעקרון ניכרים כאן שני אלמנטים עיקריים: 1. על השטח להיות נתון לסמכות האויב. המשמעות של כך היא חיילים בשטח; 2. סמכות זו צריכה להיות מבוססת או ניתנת להפעלה. מכאן צומחים שני מבחנים מתחרים, מצד אחד מבחן שליטה אפקטיבית ומצד שני מבחן פוטנציאל שליטה. כשמדובר בבית דין שמרן הוא מחיל את מבחן השליטה בפועל, אבל בתי דין אחרים (כמו בג"ץ בפרשת צמל, כמו הטריבונאל במשפטי נירנברג) מחילים את מבחן פוטנציאל השליטה. הסיבה להחלת מבחן פוטנציאל השליטה היא שרוצים לתת תמריץ לכוח הכובש להפעיל סמכות. אם מסתכלים רק על מקרים בו הכוח הכובש מפעיל סמכות מקלים עליו ומקשים על האוכלוסייה. לדוגמה, מורדים נגד אוגנדה פעלו מתוך קונגו ואוגנדה נכנסה לקונגו וכבשה שטחים שונים. כשאוגנדה נכנסה לקונגו היא לא החילה ממשל צבאי בכל המקומות אלא רק במחוז איטורי (מחוז עשיר במשאבים טבעיים). בית הדין הבינ"ל לצדק החיל מבחן שליטה בפועל מה שהוביל לכך שיש לאוגנדה גיבוי למהלך שהיא עשתה. היא הייתה יכולה להשליט סדר רק במחוז אחד ובשאר המחוזות בהם היא לא החילה משטר צבאי היא לא הייתה מחויבת לדאוג לאוכלוסייה. שני המבחנים קיימים אבל מבחן פוטנציאל השליטה הוא הראוי והוא היותר מקובל.
   4. בג"ץ צמל– ישראל השתלטה על שטחים שונים בלבנון, אבל לא הקימה ממשל צבאי. ישראל כן עשתה פעולות שונות כמו הקמת מתקן בו הוחזקו אנשים. חלק מאותם אנשים שהוחזקו באותו מתקן מעצר לא קיבלו זכויות בסיסיות כמו למשל לפגוש עו"ד. הוגשה עתירה של בג"ץ במטרה לברר את היקף הסמכויות של ישראל בלבנון. שמגר, שהיה הפרקליט הצבאי הראשי במלחמת ששת הימים, שפט במקרה זה. נקבע שגם אם ישראל לא מקימה ממשל צבאי אבל יש לה יכולת לעשות זאת צריך להסתכל עליה ככוח כובש כדי לעודד אותה לעמוד במחויבויות שלה. מדינה שנכנסת לשטח מסוים מקבלת סמכות להשליט סדר ובטחון, ולצד אותה הסמכות יש חובות שונות. לכן בישראל חל מבחן פוטנציאל השליטה.
   5. איו"ש – במקרה זה השטח לא סופח לישראל והוקם ממשל צבאי. ב-1971 שמגר הכריז שישראל תחיל את ההוראות ההומניטאריות של האג וג'נבה באיו"ש. באיו"ש יש ממשל צבאי לכל דבר, ויש כל מה שצריך להיות מבחינת דיני הכיבוש. עם זאת, העמדה של ישראל שונה ביחס לתחולה של אמנת ג'נבה ותקנות האג. סעיף התחולה של אמנת ג'נבה הרביעית הוא ס' 2 המשותף (חלה בכל מקרה של מלחמה מוכרזת או סכסוך מזוין. חלה גם כן במקרה של כיבוש חלקי או שלם של אחד מבעלי האמנה). ישראל טוענת שתי טענות שלפיהן לכאורה אמנות ג'נבה לא צריכות לחול באיו"ש. טענה ראשונה היא שאיו"ש נכבשה מירדן, ירדן לא הייתה הריבון באיו"ש, לכן ישראל לא כבשה את איו"ש ממדינה. לגבי רצועת עזה כנ"ל עם מצרים. טיעון שני הוא שאמנת ג'נבה היא הסכמית ולא מנהגית, לכן היא לא יכולה לחול מבלי שישראל תחוקק חוק קולט. התשובה לטענות אלו היא שצריך להסתכל מהותית על תכלית אמנות ג'נבה (המטרה היא להגן על אזרחים תחת כיבוש ולכן צריך להחיל את האמנה). לגבי העניין של מדינה או לא מדובר בשאלה מתגלגלת, מאחר שכל כמה זמן צפה השאלה האם פלסטין היא מדינה או לא. בהכרזה האחרונה של פלסטין על עצמאות הייתה הכרזה של מדינה תחת כיבוש. חשוב לשים לב שס' 31-32 באמנת האמנות מציינים שפרשנות מילולית היא החשובה ביותר (מאחר שמכבדים את עקרון ההסכמה). פרשנות תכליתית קיימת, אבל היא לא במקום הראשון. למרות כל זאת, טענת ישראל נתפסת כטענת יחיד שלא מקבלים במישור הבינ"ל. אין גורם בינ"ל שלא מכיר בנוגע לתחולת דיני הכיבוש באיו"ש. מכל מקום, ישראל התחייבה להחיל את הוראותיה ההומניטאריות של האמנה. בג"ץ נמנע מלהיכנס לעובי הקורה של סוגיית תחולת האמנה בשטחי איו"ש.
   6. רצועת עזה – עד 2005 רצועת עזה הייתה שטח כבוש. ב-2005 ישראל לא רק ביצעה התנתקות פיזית אלא גם התנתקות נורמטיבית (צו שהפסיק את הכיבוש). העולם בירך את ישראל אבל הברכות החזיקו לזמן קצר. נולדו ביקורות חדשות מאחר שישראל שימרה היבטים מסוימים של שליטה על רצועת עזה (אספקת חשמל, ניהול המרחב הימי, שליטה על סחורה נכנסת ויוצאת, אספקת דלק, ניהול מרשם האוכלוסין). התחילו לעלות שאלות בעיקר ע"י ארגוני זכויות אדם מה היקף הסמכויות והחובות של ישראל בעזה. בבג"ץ אלבסיוני הכירו בכך שלישראל אין שליטה אפקטיבית ושאין לה יכולת אפקטיבית לנהל את החיים האזרחיים (משמע, אין פוטנציאל שליטה אמיתי). ב-2007 היה כבר ברור שאם כוח צבאי יכנס לרצועת עזה הוא לא יוכל להשתלט בקלות על השטח. מבחינת היקף החובות, בנסיבות הנוכחיות (נכון ל-2007) בג"ץ הכיר במספר חובות של ישראל בעזה אבל לא מכוח דיני הכיבוש אלא מכוח מצב הלחימה הקיים בין ישראל לחמאס ובנוסף מידת השליטה של ישראל בגבולות. כמו כן, התלות הכמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת חשמל מישראל. ב-2009, בזמן עופרת יצוקה, הוגשה עתירה נוספת שביקשה לשנות את האמירה. העותרים קיוו שיכירו בכיבוש מחדש. בג"ץ נמנע מלהחליט מאחר שזה היה בזמן לחימה, אבל ההבחנה של בג"ץ אלבסיוני היא באופן טבעי זמנית מאחר ששאלת כוח כובש היא זמנית. אם היום יעמוד לפני בג"ץ עותר נוסף, לא בטוח שבג"ץ יגיע לאותה המסקנה. כיום אין תחושה של לחימה קבועה בעזה, יש סבבים. לגבי התלות, עברו 12 שנים מאז אלבסיוני. אם אוכלוסייה מסוימת הייתה יכולה לעשות מהלכים כדי להיפטר מאותה התלות והיא לא עשתה זאת ייתכן שזה ישפיע על קביעת בג"ץ. במקרה זה ישראל זוכה להרבה יותר לגיטימציה, אבל עדיין יש הרבה ארגוני זכויות אדם ומדינות באירופה שטוענים שעזה היא שטח כבוש. ההצדקה המשפטית היא שכל הנסיבות מייצרות סוג חדש של שליטה, שליטה פונקציונאלית (לצרכים מסוימים). המציאות כיום הופכת למורכבת יותר ולכן יש גישה פונקציונאלית שמיישמים אותה בתחומי משפט שונים. אם פלסטין היא לא מדינה ב-100% אבל היא התקבלה במובן מסוים באו"ם, היא עדיין תזכה להכרה של מדינה לצרכים מסוימים. לפי הגישה הפונקציונאלית, אם ישראל שולטת על אספקת חשמל לעזה, פונקציה זו של אספקת חשמל היא תחת אחריות ישראל. המלומד העיקרי שקידם גישה זו הוא אייל גרוס, והיא תפסה חזק מאוד. בית הדין האירופי לזכויות אדם יישם אותה בהקשר של כוחות בעראק. זה הגיע למצב ששוטר הולנדי ששמר על מחסום ארעי בתוך עראק שלט על כביש מסוים. בכביש זה הגיע רכב והשוטר מתוך חשש לחייו ירה בנהג. בית הדין לזכויות אדם הכיר באותה הפעולה של שליטה פונקציונאלית ככיבוש ולכן השוטר היה צריך לירות בגלגלים ולא באדם (בהתאם לדיני הכיבוש). ישראל היא מקרה המבחן שהתחיל את המגמה אבל היא לא לבד, זה יכול להשפיע על כל מדינה ששולחת כוחות למדינה אחרת. הרציונל של הגישה הפונקציונלית הוא לייצר אחריות במקום בו יש שליטה על היבטי חיים מסוימים.

**סעיף 43 לתקנות האג – עקרון היסוד**

1. ס' 43 לתקנות האג נקרא מיני חוקה של דיני הכיבוש. הוא בעצם מגלם בתוכו את שלושת האינטרסים שהזכרנו.
2. **אינטרסים מוגנים**
   1. כיבוד זכויות האוכלוסייה המקומית – כולל חובות אקטיביות (להפעיל כוחות שישמרו על הסדר והבטחון, להפעיל גורמי תברואה, להפעיל גורמי חינוך) וכן הגבלות פאסיביות של אי-פגיעה בזכויות מסוימות (אי-נטילת רכוש ללא הצדקה צבאית, איסור הטלת מיסים חדשים, איסור ענישה קולקטיבית).
   2. כיבוד ושמירה של האינטרסים של הריבון הקודם – כיבוש הוא זמני וצריך להימנע משינויים בלתי הפיכים. לדוגמה, אם מדינת ישראל כבשה את חצי האי סיני והיא רוצה להנות ממה שיש לחצי האי סיני להציע (נפט), ישראל צריכה לא לגמור את הנפט. מכאן שחובה שצומחת מתוך כיבוד האינטרס של הריבון המקומי היא להנות מהפירות אבל לא לפגוע בקרן. הפרשנות המקובלת היא ששימוש בפירות הוא שימוש שממשיך את השימוש שהיה קיים עד אותה העת. לכן, החביות שמצרים הייתה מפיקה כל יום עד אותה העת זו הכמות שמותר לישראל לייצר. בעזה ובאיו"ש לא היה ריבון קודם, וגם כאן ההסתכלות היא שצריך להתייחס לעם הפלסטיני כריבון ושצריך להתייחס לאינטרסים שלהם. ביחס למשאבים טבעיים יש את פרשת המחצבות, שם הוגשה עתירה נגד הפעלה של מעל 110 מחצבות באיו"ש. מחצבות אלו היו של מלט, משאב טבעי בסיסי. מחצבות אלו הוקמו ע"י ישראל למרות שהן לא היו קיימות לפני. לא מצרים, לא ירדן ולא העם הפלסטיני הקימו מחצבות. ישראל משתמשת בתוצר של מחצבות אלו לתנופת הבנייה, זה חלק בלתי נפרד מהכלכלה של ישראל. הוגשה עתירה ומבחינה משפטית מדובר במקרה קל מאחר שישראל ייצרה את הקרן ונהתה מהפירות. בג"ץ היה צריך לפסוק אחרי 40 שנים בהן פעלו המחצבות שהמחצבות מאושרות. הוא הסתמך על משפט חוקתי (זכות הקניין, חופש העיסוק). הוא קיבל את הטיעון שזה משפר את החיים ברשות ודרש מהמדינה לאפשר לתושבי הרשות אופק פיתוח במחצבות (אפשרות להפוך לבעלים וכו'). מבחינה משפטית קשה להצדיק החלטה זו אך מבחינה מהותית זה מתיישב.
   3. האינטרסים הביטחוניים של הממשל הצבאי בשטח – המושל הצבאי צריך להיות מסוגל לתחזק את השלטון הצבאי. מיסים הם לגיטימיים ע"מ לתחזק את המשטר הבטחוני. המושל הצבאי גם בעל סמכות להגביל תנועה, להרחיק אנשים, לעצור אותם ולהעמיד אותם לדין מאחר ששמירת סדר ובטחון לעיתים דורשת הפעלת כוח. במקרים מיוחדים (למשל כיבוש ארוך טווח) העוצמה של האינטרסים משתנה. לדוגמה, אם במסגרת 40 שנות כיבוש מתחילים לעבור אזרחים מהמדינה הכובשת לשטח הנכבש, הצורך להגן על אותם האזרחים הופך לצורך רלוונטי מאחר שזה הופך לחלק מהאינטרסים הביטחוניים. בהקשר הישראלי, למרות שזה לא לפי הדין היבש, אפשר לטעון שהצבא יכול לשקול את הצורך להגן על אזרחים ישראליים בשטחים כחלק מהשיקולים הביטחוניים שלו. באותה הנשימה, ככל שהכיבוש ארוך טווח יותר צריך לחשוב גם על אינטרסים ארוכי טווח של האוכלוסייה (עם כניסת הצבא לשטח שיקול האינטרסים הביטחוניים חשוב יותר, אבל ככל שהזמן עובר עולה החשיבות של כיבוד זכויות האוכלוסייה והאינטרסים של הריבון הקודם).
3. **טענות המובאות בפני בג"ץ**
   1. רקע: בג"ץ ג'מעיית אסכאן – בשנות ה-80 רצו לסלול כביש נוסף בין המרכז לירושלים, שעובר בשטחים שנמצאים תחת כיבוש צבאי. הוגשה עתירה ונשאלה השאלה האם יש לישראל סמכות לסלול כביש. סלילת כביש אינה חלק מסמכות הממשל הצבאי. בג"ץ בדק מה הכללים המשפטיים הרלוונטיים, וביחס לאיו"ש יש הרבה שכבות של חוק שהן רלוונטיות. כמובן שהמשב"ל חל (דיני הכיבוש, דיני זכויות אדם). דין הריבון הקודם (בין היתר, תקנות מנדטוריות). צווים של המפקד הצבאי (אלוף פיקוד מרכז יכול להוציא צו שמחייב באיו"ש). בגלל שמדובר ברשויות מדינתיות, גם המשפט המנהלי רלוונטי.
   2. חוסר סמכות – ב-1983 דעת הרוב נכתבה ע"י השופט ברק. נקבע שס' 43 לתקנות האג שאומר שהצורך לדאוג לאוכלוסייה האזרחית מייצר סמכות, במקרה של כיבוש ארוך טווח, לבצע פעולות תשתיתיות, כלומר, לסלול כביש לטובת האוכלוסייה האזרחית. נכון שהכביש יחבר בין ירושלים למרכז אבל גם האוכלוסייה האזרחית תשתמש בו. פס"ד זה הוא הבסיס לדוקטרינות רבות העוסקות בכיבוש ארוך טווח בעולם. החלטה זו התקבלה וסללו את הכביש. אחרי כמה עשרות שנים, באנתפאדה השנייה, לאור פגיעות קשות באזרחים על אותו הכביש, הוחלט לסגור את הכביש בפני מי שאינו ישראלי. החלטה זו הייתה בתוקף הרבה שנים, עד שב-2009 הוגש בג"ץ אבו צפייה. במקרה זה ביהמ"ש קבע שמותר למדינה להחליט ששוללים כניסה של מי שמסכן את חיי אזרחיה, אבל החלטה זו צריכה להיות זמנית ותקפה כל עוד ההצדקה קיימת. הוחלט שב-2009 ההצדקה כבר לא קיימת ולכן צריך לאפשר נסיעה בכביש. מאז נפתח הכביש. טענה זו נופלת תחת כותרת של חוסר סמכות. דוגמה נוספת לחוסר סמכות היא הריסת בתים. יש טענות שונות נגד הריסת בתים (ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש אזרחי). רוב העתירות נגד הריסת בתים מתבססות על חוסר סמכות, אבל בג"ץ מסתמך על תקנה 119 מכוח השלטון המנדטורי.
   3. פגמים בהפעלת סמכות קיימת – טענה זו מתבססת על משפט מנהלי (סבירות, מידתיות וכו'). הדיונים המשמעותיים ביותר סובבים סביב פגמים בהפעלת סמכות קיימת, מאחר שהשופטים יותר בקיאים בנושאים אלו. בג"ץ עג'ורי עסק בגירוש של שלושה פעילי טרור. בג"ץ בחן את הסבירות והמידתיות של כל צד. לגבי אדם אחד ההחלטה הוכרה כסבירה ולגבי השניים האחרים כלא סבירה. בבג"ץ בית סוריק/מראעבה מה שעמד לדיון היא גדר ההפרדה. בג"ץ בחן את המידתיות של הפגיעה באוכלוסייה מהקמת הגדר לעומת הרווח הביטחוני מהקמתה. במסגרת מספר עתירות לגבי אזורים מסוימים בג"ץ בדק ביחס לכל אזור את המידתיות. זו דוגמה מאוד מחמיאה לבג"ץ כי בתקופה בה התחילו החלטות בנושא זה בית הדין הבינ"ל לצדק קיבל החלטה משלו בנושא. ההחלטה של בית הדין הבינ"ל הייתה שטחית ולא מקיפה, מה שהאיר את החלטת בג"ץ באור מאוד חיובי.
   4. לרוב, הטענות בשני המישורים. טוענים שאין סמכות, ואם יש סמכות יש פגם בהפעלתה.

**סיכום** – ישראל תמיד עומדת בלב המחלוקת, ולמרבה הצער לרוב זה מהצד הלא נכון. בתחום של דיני כיבוש, למרות שיש ביקורת על ישראל, בהיבט המשפטי ישראל היא מנוע מרכזי בתחום זה. בג"ץ היה מאוד אמיץ והסכים לדון בסוגיות מתקדמות (לעיתים הוא היה בית הדין הראשון שהסכים לדון בהיבט מסוים, לדוגמה סיכולים ממוקדים). בפועל, אם יש תחום שישראל משפיעה בו זה תחום דיני הכיבוש. דוגמה היא הפרשנות החדשה לאמנות ג'נבה. הצלב האדום הוציא פרשנות רשמית לאמנות ג'נבה שלא עודכנו במשך שנים רבות. לפני חמש שנים הצלב האדום התחיל בפרשנות חדשה, ושם בית המשפט הישראלי הוא המצוטט ביותר.

**דיני זכויות אדם**

**מקורות משפט זכויות האדם הבינ"ל**

1. דיני זכויות אדם דומים לדיני העימות המזוין אבל ממוקדים בזמן שלום. דיני זכויות האדם הם קבוצת דינים שנהוג להתייחס אליה כדוגמה אולטימטיבית של כרסום בריבונות המדינה, והסיבה לכך היא שדיני זכויות אדם הם מאוד פולשניים מנקודת המבט של המדינה. הם מסדירים לא רק מה המדינה לא יכולה לשלול (לא רק זכויות שליליות) אלא גם מה המדינה צריכה להסדיר או אילו מערכות היא צריכה להקים ע"מ שזכויות מסוימות יתקיימו במדינה. מבחינה היסטורית נקודת ציון מקובלת היא המהפכה הצרפתית ותקופת הנאורות באירופה. במאות ה-16-17 הייתה עלייה של גל רציני של פילוסופים באירופה שרובם היו ליברלים נכון לתקופתם והם התחילו לדבר על האדם כישות חשובה ולא רק כאמצעי שאמור לשרת את הקולקטיב. מבחינת המשב"ל לא היו דיני זכויות אדם עד מלחה"ע השנייה. במלחה"ע השנייה מה שהתחוור הוא שגם מדינות מסוגלות ומוכנות לפגוע בנתינים של עצמן. גרמניה הייתה מוכנה להוציא להורג אזרחים גרמנים על רקע דתי. הקהילה הבינ"ל הבינה שנדרש גורם שיפקח על המדינות.
2. **מסמכי ליבה**
   1. מגילת האו"ם – נקודת המוצא הנורמטיבית. מגילת האו"ם מבטאת שאיפות שקשורות לשמירה על זכויות אדם (למשל ס' 1 פסקה 3 למגילה קובע שהארגון יקדם הגנה על זכויות אדם בשטחן של מדינות). ס' 1 מאוד חשוב מאחר שהוא מגדיר את מטרות האו"ם. מצד שני, הוא מגדיר מטרה מאוד רחבה והוא לא מדבר על זכויות קונקרטיות אלא על הרעיון של זכויות אדם. חשוב לזכור שמיד אחרי ס' 1 מגיע ס' 2 שקובע את עקרון אי-ההתערבות, משמע יכולת האו"ם להתערב במה שקורה במדינות מוגבלת ע"י הוראה של ס' 2(7). מכאן שמגילת האו"ם היא הצהרת כוונות אך אינה עוזרת בפועל.
   2. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם – העצרת הכללית אימצה את ההכרזה הזו ב-1948. דיברנו על הכרזה זו בהקשר של מקורות (דין רך שהופך לדין מחייב). היא התקבלה ברוב כמעט מוחלט בלי מדינות מתנגדות. נקבעו שם לראשונה זכויות עם תוכן. למשל, לכל אדם חופש להיות מוגן מפני עינויים. הכרזה זו אינה מחייבת כמו אמנה, ולמרות שהיא מעלה לראשונה על הכתב זכויות קונקרטיות היא עדיין כללית יחסית למסמכים שיש היום. ההכרזה הזו הייתה הראשונה מבין הכרזות של העצרת הכללית שמדברות על זכויות אדם, ורוב הזכויות הנדונות בהכרזה זו עוגנו באמנות בהמשך. לכן נהוג להגיד שהכרזה זו היא מנהגית, אבל נכון ללכת לאמנה שצמחה בהמשך ושם לבחון את תוכן הזכות. גם התייחסות להכרזה כמנהגית היא דבר סמלי, ולא קרה שמישהו הסתמך על סעיף בהכרזה וזכה בתביעה. תמיד צריך להסתמך על האמנה הקונקרטית שצמחה בהמשך.
   3. אמנות 1966 – ICCPR (אמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות), ICESCR (זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות). שתי האמנות הללו נוסחו בזמן המלחמה הקרה, מה שאומר שהעולם מתפצל לשניים גם ביחס לזכויות אדם. בגלל אותו פער אידיאולוגי בין מערב למזרח, הוחלט לנסח שתי אמנות. אמנה אחת שעונה על האינטרסים המערביים (ICCPR) אליה למשל סין לא הצטרפה ואמנה שעונה על האינטרסים של המזרח (ICESCR) אליה עד היום ארה"ב לא הצטרפה. אמנות אלו יחסיות. למשל, ס' 19 ל-ICCPR מגדיר את חופש ההתאספות, אבל ס"ק 3 אומר שניתן לפגוע בחופש ההתאספות בשם מטרות ראויות (בריאות הציבור, מוסר הציבור, סדר ציבורי ובטחון). ברוב הסעיפים שעוסקים בזכויות שאינן קוגנטיות (לא איסור העינויים) בד"כ יהיה מנגנון של יחסיות עם זכויות אחרות.
3. **בין אמנות 1966**
   1. ICCPR – קובעת חובה לכבד ולהבטיח. לכבד משמע לא לפגוע בזכות מסוימת. החובה לכבד את הזכות לחירות היא איסור ביצוע מאסר שרירותי (לא עפ"י חוק או שלא מוגבל בזמן). אם מסתכלים על העומק של הזכות לחירות רואים שכחלק מהזכות לחירות אם מישהו נעצר כאדם יש לו זכות להליך הוגן. הליך הוגן כולל הבאה בפני שופט, ייצוג ועוד. כדי שיהיה ייצוג המדינה צריכה לוודא שיהיו עו"ד במדינה (אקדמיה, לשכה, סנגוריה ציבורית). בכך בא לידי ביטוי רכיב הבטחת הזכות. לכבד ולהבטיח באים בד"כ ביחד, אבל כנקודת מוצא היה חשוב להבהיר שהגנה על זכות כוללת את שני הרכיבים.
   2. ICESCR – קובעת דרישה של מימוש הדרגתי. חופש הביטוי צריך להבטיח באופן מידי, אבל זכות לחינוך, זכות לביטוח סוציאלי, זכויות עובדים, אלו זכויות שדורשות מנגנונים ולא ניתן ליישם את הדרישות באופן מידי. לכן כשנוסחה האמנה התייחסו לזכויות חברתיות, תרבותיות וכלכליות כזכויות שהמימוש שלהן צריך להיות הדרגתי. זו הייתה נקודת המוצא וככל שהזמן התקדם האופי היה יותר דורשני. מדינות לא יכולות לטעון כעבור 50 שנים שהן עדיין בתהליך של מימוש הדרגתי. בנוסף, כבר בנקודת המוצא הובהר שיש גרעין קשה בתוך כל זכות שחייבים לממש באופן מידי. למשל הזכות לביטוח סוציאלי כוללת פנסיה, דמי אבטלה, דמי מחלה, הבטחת הכנסה. הבטחת הכנסה היא הגרעין הקשה של הזכות מאחר שהיא הכי נדרשת כנקודת מוצא. באשר לכל זכות צריך להבין מה נדרש באופן מידי ע"מ לממש את הזכות וזה יהיה הגרעין הקשה.
4. **אמנות זכויות אדם מרכזיות נוספות**
   1. אמנות אלו יותר ממוקדות בסוג מסוים של זכויות או של אוכלוסייה.
   2. אמנה למניעת כל צורות האפליה הגזעית CERD (174 מדינות חברות).
   3. האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים CEDAW (186 מדינות חברות).
   4. האמנה נגד עינויים 1984 CAT (147 מדינות חברות).
   5. האמנה להגנה על זכויות הילד 1989 CRC (193 מדינות חברות) – אמנת זכויות אדם שהכי הרבה מדינות הצטרפו אליה בזמן הכי קצר. לאמנה זו יש פרוטוקולים. שניים חשובים הם אחד שעוסק בזנות או סחר בילדים לצורך זנות והשני עוסק בסכסוכים מזוינים באמצעות ילדים. ארה"ב לא חברה מאחר שיש מצבים בהם מתירים הוצאה להורג של ילדים.
   6. האמנה להגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות 2006 CRPD (100 מדינות חברות). ישראל חתמה ואשררה. ישראל טענה שהיא יכולה לתרום הרבה לתחום.
   7. ישראל הצטרפה לכל אמנות אלו ב-1991 לאחר ניסוח חוקי היסוד במהלך בזק. זה היה מהלך לא אחראי מאחר שהצטרפות לאמנות אומרת שיהיו גורמים מפקחים שבוחנים האם ישראל עומדת בתנאים וכן שישראל תצטרך לוודא את קיום התנאים הללו.

**מוסדות או"ם לזכויות אדם**

1. יש שלושה גופים מרכזיים שעוסקים בקידום זכויות אדם: הנציבות העליונה לזכויות אדם (UNHCHR), המועצה לזכויות אדם (Human Rights Council), ועדות המומחים שהוקמו מכוח אמנות זכויות אדם (Treaty Monitoring Bodies) והועדה לזכויות אדם ביניהם.
2. **הנציבות העליונה לזכויות אדם** – טרייה יחסית. הוקמה בשנות ה-90 על רקע התפרקות ברית המועצות. התפקיד המרכזי של הנציבות הוא תכלול. באו"ם יש הרבה גופים שתפקידם קידום זכויות אדם והיה צריך גוף שיתכלל את פעילות כל הגופים. לכן הקימו את הנציבות שתפקידה ליצור הרמוניה בין הגופים. נציב/נציבת זכויות אדם (בד"כ נציבה ובד"כ ממדינות מתפתחות) היא דמות מאוד מרכזית בתחום זכויות האדם והיא הקול של הנציבות. רוב העבודה של הנציבות היא בתוך האו"ם (אחראית על חלוקת תקציב וכו'). האו"ם הוא לא גוף שעובד כל השנה, יש מושבים. מישהו צריך להחליט מי יושב באיזה בניין של האו"ם ומתי. יש שני מוקדים מרכזיים של האו"ם (ג'נבה וניו-יורק). פונקציה שהנציבות פיתחה לאחרונה היא הקמה של ועדות לגבי מקרים קונקרטיים. אם הנציבות מרגישה ששאר הגופים לא פועלים מספיק היא יכולה להקים ועדת חקירה שתבחן את הסיטואציה (עשו את זה לגבי לוב ובהמשך לגבי סוריה).
3. **מועצה לזכויות אדם** – גוף פוליטי שמורכב מ-47 מדינות, ומי שמייצג את המדינות הם דיפלומטים. המועצה הזו זכתה לביקורת רבה מאוד ומוצדקת לגבי הסלקטיביות שלה והדו-פרצופיות שלה. מבחינת סלקטיביות לפני עשור הייתה שנה אחת בה מחצית מכל ההחלטות היו לגבי ישראל והחצי השני לגבי שאר העולם. מבחינת דו-פרצופיות חלק מהמדינות שהיו במועצה אז היו סוריה ולוב. לכן כל מה שקשור למועצה לזכויות אדם צריך להתייחס אליו בערבון מוגבל.
4. **ועדות מומחים** – זו הפונקציה המשמעותית ביותר. מכוח כל אחת מאמנות זכויות האדם הוקמה ועדת מומחים. ועדת המומחים מורכבת בד"כ מ-10-15 מומחים למשב"ל וזכויות אדם שיחד מייצרים כמה סוגים של מסמכים. סוג אחד של מסמך הוא ביקורת על מדינה. מדינה שחברה באמנה מגישה דו"ח אחת לחמש שנים שמציג את סוגיות זכויות האדם אצלה. הוועדה מגיבה על הדו"ח עם מסקנות. אין אכיפה של המסקנות אבל יש לחץ פומבי לקיום המסקנות. סוג שני הוא כתיבת הערות כלליות. הערה כללית היא לקחת סעיף באמנה ולפרק אותה לגורמים. לאחרונה פורסמה הערה כללית מס' 36 שעסקה בזכות לחיים. הערה כללית זו מסבירה מהי הזכות לחיים בהיבטים שונים (במאסר, בזמן שלום, בזמן מלחמה וכו'). לרוב אמנות זכויות האדם יש פרוטוקול שמאפשר תלונות פרטניות של אדם (ישראל לא הצטרפה לאמנות). במדינה שהצטרפה לפרוטוקול אדם שחושב שפגעו לו בזכות יכול לפנות לוועדה ולבקש סעד. אחד המקרים מהעת האחרונה היא של אישה מאירלנד שרצתה לבצע הפלה ונסעה ללונדון מאחר שלא ניתן להפיל באירלנד. כשהיא חזרה לאירלנד לא היו מוכנים לספק לה תרופה שהיא נזקקה אליה מאחר שזה על רקע ההפלה. האישה פנתה לוועדה ועל רקע זה פנו נשים נוספות ולכן הוועדה הגישה מסקנה לאירלנד. פונקציה רביעית היא תלונה בין מדינתית (מדינה מגישה תלונה על מדינה אחרת) ואז הוועדה דנה. זה כמעט לא קרה כי צריכה להתקבל החלטה של המדינה להסתכסך עם מדינה אחרת. בשנה האחרונה הוגשו שלוש תלונות ע"י פלסטין נגד ישראל. פלסטין הצטרפה ל-CERD והגישה תלונה ולאחרונה התקבלה החלטה של הוועדה לדון בנושא.

**אתגרים במנגנוני זכויות אדם**

1. **אין סמכות מחייבת** – הסמכות מחייבת אבל אין מנגנוני אכיפה נוקשים.
2. **קושי באיתור ממצאים אובייקטיביים** – כשהוועדה לזכויות אדם דנה במקרה של ישראל היא מקבלת מישראל דו"ח שמסביר למה ישראל עומדת באמנה. באותו הזמן הוועדה מקבלת דו"ח מארגוני זכויות אדם שטוענים שישראל אינה עומדת באמנה. במקרה האחרון היו 50 דו"חות של ארגוני זכויות אדם למול הדו"ח של ישראל. איך הוועדה יכולה להגיע למסקנה על הרקע הזה. חשוב לזכור שהוועדה עובדת בהתנדבות ואז מצפים מאדם לקרוא דו"חות של מאות עמודים ממדינות שונות. בנוסף, דו"חות אלו הם בד"כ עדות שמיעה ונדיר שמביאים מקור עובדתי ראשוני. תמיד זה יהיה לפי מקור עיתונאי או דו"ח כלשהו.
3. **פוליטיזציה** – הרבה פעמים גופי זכויות אדם נופלים במבחן האובייקטיביות.

**מדינה הנמצאת בשעת חירום**

1. מדינה יכולה בשעת חירום לגרוע מהזכויות שבאמנה בהתקיים שלושה תנאים (לפי ס' 4 ל-ICCPR):
   1. המדינה נמצאת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה – מאיימת על החיים הסדירים ולא על קיום האומה.
   2. המדינה הכריזה על שעת חירום – מדובר בהכרזה פנימית שהשר הרלוונטי צריך להכריז.
   3. המדינה הודיעה על מצב זה למזכ"ל האו"ם – הסיבה להודעה זו היא כדי שגופי האו"ם שעוסקים בזכויות אדם יכירו במצב וכן כדי לקיים מנגנון כפול של הכרזה (הכרזה פנימית וחיצונית).
2. המטרה היא ליצור אפקט מצנן, שמדינות יחשבו פעמיים לפני שהן מכריזות על מצב חירום. בפועל אם ארדואן רוצה להכריז על מצב חירום הוא לא חושב פעמיים. ישראל היא מחזיקת השיא במצב החירום הכי ארוך. ישראל מיום הקמתה הכריזה על מצב חירום (אז זה היה מוצדק) אבל בעשורים האחרונים הלגיטימציה של הטיעון של ישראל לגבי מצב חירום מצטמצמת. הוועדה לזכויות אדם מבקרת גם באופן עקרוני את מצב החירום של ישראל וגם קונקרטית את ההגבלה של זכויות ע"י ישראל (הזכות לחירות באמצעות מעצרים מנהליים). הרעיון של מעצר מנהלי הוא שמאמצי השיטור הרגילים לא מספיקים. גם בישראל הוגש ב-2003 בג"ץ, הוא עסק בחוק האזרחות אבל הייתה שם שאלה עקרונית לגבי מצב החירום. בג"ץ הביע תקווה שחקיקת החירום תוחלף בחקיקה רגילה. לא בוצע מהלך כזה ולכן יתכן שיוגש בג"ץ נוסף ואז יקבעו שיש להפסיק את מצב החירום.
3. **היקף הסטייה המותרת**
   1. האמצעים שמדינה נוקטת מכוח מצב חירום צריכים להיות נחוצים ומידתיים. זה נבחן לפי שלושה מבחנים: 1. האמצעי הוא עם קשר רציונלי לאינטרס שהוא בא להבטיח או למטרה שהוא בא לקדם; 2. האמצעי שפגיעתו פחותה; 3. האם התועלת גוברת על העלות (מידתיות). אם יש תחום בו יש חפיפה לתחום של משפט חוקתי הוא דיני זכויות האדם.
   2. המדינה לא תפר התחייבויות בינ"ל אחרות. זה יכול להיות התחייבויות ביחס לאזרחים שלה אבל גם ביחס למדינות אחרות. למשל אם מדינה מחליטה שהיא עוצרת כל מי שנמצא בתל אביב והוא בן 30-50. היא לא יכולה לעצור דיפלומט שוויצרי מאחר שיש לו חסינות. משמע, ניתן להגביל זכויות אבל לא במחיר של הפרת התחייבויות בינ"ל אחרות.
   3. האמצעים שננקטים לא יהוו אפליה ע"ב גזע, צבע, מין, דת, לשון או מוצא חברתי. מה שנדרש מהמדינה זה שאם היא מחליטה על אוכלוסייה מסוימת כאוכלוסיית יעד מבחינת הגבלת זכויות היא צריכה להוכיח שונות אובייקטיבית. אם בשנה האחרונה כל מי שביצע פיגוע בתל אביב הוא ממוצא אתני מסוים יש שונות שניתן להביא בחשבון. עדיין צריך לעמוד בתנאים הקודמים.
4. **זכויות שלא ניתן לגרוע מהן במצב חירום**
   1. ס' 4(ב) לאמנה קובע זכויות אלו. יש רציונל מסוים מאחורי הרשימה, למשל כשמדובר בזכויות קוגנטיות. כמו כן, בחרו זכויות שלא יכול להיות קשר רציונלי בין מצב חרום לבין חריגה מהן (למשל הפרת התחייבות חוזית). לבסוף, ישנן זכויות שהן הכי רגישות בשעת חירום ושבד"כ פוגעים בהן באמצעות חקיקה (למשל חקיקה פלילית רטרואקטיבית) ולכן אוסרים ביצוע מהלכים כאלו.
   2. הזכות לחיים – ס' 6.
   3. האיסור על עינויים, יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים – ס' 7.
   4. האיסור על עבדות – ס' 8.
   5. איסור מאסר בשל הפרת התחייבות חוזית – ס' 11.
   6. איסור ענישה פלילית רטרואקטיבית – ס' 15.
   7. הזכות להיחשב כבעל אישיות משפטית – ס' 16.
   8. חופש המחשבה המצפון והדת – ס' 18.
5. **ישראל ומצב חירום** – כאמור, במדינת ישראל הוכרז מצב חירום ביום הקמתה שקיים עד היום. בשנת 1991 בהצטרפות ישראל לאמנות זכויות אדם אחת מההסתייגויות ל-ICCPR הייתה לגבי היכולת לבצע מעצר מנהלי. בגלל שישראל הכניסה הסתייגות בנושא זה וקשרה אותו למצב חירום זה מקל על הוועדה להעלות את זה מחדש בכל פעם ולשאול האם עדיין נמצאים במצב חירום. ישראל זוכה לביקורת מהוועדה לזכויות אדם בעיקר לגבי מה שקורה בשטחים ובעיקר לגבי הפער בין מאזן זכויות אדם בשטח ישראל לבין מאזן זכויות אדם בשטחים שישראל שולטת עליהם ושהם לא בשטח המדינה.

**תחולת אמנות זכויות אדם**

1. **המסגרת הנורמטיבית** – ס' 2(1) ל-ICCPR הוא הסעיף שממנו מתחילים את הדיון לגבי תחולה של אמנה מחוץ לשטח המדינה. סעיף זה דורש שמדינות יבטיחו ליחידים בתחומיה ולכפופים לשיפוטה את זכויות האמנה. יש פה שני תאנים, אחד הוא בתחום המדינה והשני הוא בשטחים הכפופים לשיפוטה. לפי הסעיף אלו תנאים מצטברים. עם זאת, הוועדה לזכויות אדם, החל משנות ה-70, מקדמת את התפיסה שהמילים "בתחום המדינה והכפופים לשיפוטה" מתארות מצבים חלופיים. הפרשנות הזו היא פרשנות תכליתית. לאורך השנים יותר מדינות תמכו בתפיסה זו חוץ מישראל וארה"ב. לישראל יש את ההצדקה הפרקטית (ברור למה לא רוצים לקבל את התזה הזו) ובמקרה של ארה"ב הם התנגדו מהרגע הראשון, עוד לפני שהוועדה לזכויות אדם חשבה להגיד את מה שהיא אומרת. עוד בניסוח האמנה אלנור רוזוולט יצגה את ארה"ב בדיונים. בדיונים לגבי ס' 2, שהוצע ע"י ארה"ב, גברת רוזוולט הסבירה שהוא בא להבטיח שארה"ב לא תצטרך להחיל זכויות אדם בגרמניה או ביפן (משמע מחוץ לשטחה). המטרה המקורית הייתה שלא תהיה תחולה חוץ טריטוריאלית של זכויות אדם ע"י מדינות. עם זאת, המציאות השתנתה (מדינות שולטות על שטחים והן היחידות שיכולות להחיל זכויות אדם בשטחים מסוימים) ולכן לקחו צעד פרשני מרחיק לכת. לכן תפיסה זו היא כמעט קונצנזוס. אין וועדת זכויות אדם כיום שלא מכירה בתחולה חוץ טריטוריאלית של זכויות אדם. אם מדינה משפיעה על מאזן זכויות אדם ידרשו ממנה לכבד את אותה הזכות.
2. ברגע שיש תחולה חוץ טריטוריאלית עולה השאלה של התנגשות מול דינים אחרים. הדין הרלוונטי ביותר הוא הדין ההומניטארי. למשל באיו"ש ישראל מחילה את דיני הכיבוש. אם היא רוצה להחיל זכויות אדם תיווצר התנגשות. התזה המקובלת היא שיש תחולה משותפת. יש עקרון במשב"ל של הרמוניה בין מערכות דינים. לכן אם זכויות אדם ומשפט הומניטארי יחולו באותו תא גיאוגרפי יצטרכו ליצור הרמוניה. כדי ליצור הרמוניה משתמשים בכללי פרשנות (ספציפי גובר על כללי וכו'). לפעמים יהיה קשה להגיד מה הדין הספציפי. לדוגמה, בסיכול ממוקד פוגעים בזכות לחיים ולכן השאלה היא באילו תנאים צריך לעמוד, של זכויות אדם או של משפט הומניטארי. כנראה יקבע שמדובר במשפט הומניטארי ולכן התנאים יהיו יותר מקלים (מטרה צבאית וכו'). ס' 17 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעת שמותר לחקור רק על פרטים מסוימים (שם, דרגה, מספר אישי) ושאסור לחקור בכוח כדי לחלץ פרטים אחרים. מצד שני יש את אמנת זכויות אדם שמונעת עינויים. אמורים למצוא איזון בין זכויות אדם לבין משפט הומניטארי ובמקרים של התנגשות יש לפנות לדין הקונקרטי יותר.

**מנגנונים אזוריים**

1. הכלי היעיל ביותר לקידום זכויות אדם הוא מנגנונים אזוריים. כשמנסים לדון בזכויות אדם באופן אוניברסלי זה קשה כי הערכים בסינגפור ובמלזיה יאפשרו לאדם לקבל בשלוות נפש דו"ח על רכב מלוכלך בעוד שבמדינות אחרות זה לא יעלה על הדעת. יש יחסיות תרבותית. ההתנגשות של היחסיות התרבותית בולטת באירופה כי יש אזרחים צרפתיים שרוצים להסתובב עם רעלה, ומדינה עם ערכים חילוניים אוסרת על התנהלות כזו. רואים את היחסיות התרבותית ברגע שהתרבויות מוצאות את עצמן באותו המקום הגיאוגרפי. בגלל ההתנגשות התרבותית היה היגיון בכך שברמה אזורית יותר פשוט לקדם זכויות אדם. יש היגיון בקידום זכויות אדם ברמת אפריקה מאחר שמדינות אפריקה קרובות אחת לשנייה יותר מאשר לאירופה.
2. המנגנון הראשון היה המנגנון האירופי, והוא מצויר כהצלחה אדירה. אם בית הדין לזכויות אדם קובע שהחוקה האנגלית מפרה זכויות אדם בריטניה צריכה לשנות את החוק. הסמכות המחייבת הוכיחה את עצמה ובית הדין הגיע להישגים מרשימים. הדברים שדנו בהם בבית הדין הם מאוד מתקדמים (למשל המעמד המשפטי של עובר) לעומת בתי דין באפריקה ואמריקה הלטינית שהיו צריכים להתעסק בסוגיות יותר ראשוניות (עינויים, היעלמויות). מצד שני, לא כל המדינות יישמו בצורה עקבית את החלטות בית הדין. שתי הסרבניות העיקריות הן רוסיה וטורקיה (הן חשבו בשלב מסוים להצטרף לאיחוד ולכן חתמו על אמנת בית הדין). שאר המדינות, ובראשן בריטניה שראתה שהיא משנה את הדין שלה בגלל בית הדין, יכולות לקום בוקר אחד ולהגיד שזה לא מקובל ולכן יוצאים מהמשחק. בית הדין לזכויות אדם היה סמל והוא עדיין סמל בסוגיית ברקזיט. לכן בעבר היה נהוג לצייר את בית הדין כסיפור הצלחה אך היום יש שני צדדים.

**משב"ל פלילי**

**הקדמה**

1. המשב"ל הפלילי הוא הדבר הטבעי ביותר ללמוד בהמשך למשפט ההומניטארי ולדיני זכויות האדם. הסיבה היא שהוא חולק את המטרה של הגנה על זכויות אדם ומזעור הנזק של פגיעת נזקי מלחמה. בנוסף, משב"ל פלילי הוא הכלי היעיל ביותר שמביא לתוצאות של אכיפת דיני לחימה ודיני זכויות אדם. בניגוד לסוגות המשב"ל שנלמדו עד עתה, איפה שיש סמכות למשב"ל הפלילי זו בד"כ תהיה סמכות אוכפת. העונשים הם בד"כ עדינים יותר מהמשפט המקומי. עם זאת, צריך לזכור שמבחינה היסטורית, בבית הדין הבינ"ל הפלילי הראשון בנירנברג הוטל עונש מוות (זה היה תקדימי וזה לא חזר על עצמו עד היום).
2. המשב"ל הפלילי עונה על שני צרכים:
   1. הצורך ליצור מנגנון שיאכוף את הדינים במקומות בהם המצב הקיים אינו מספק (כשל שוק). לדוגמה, במקרה של שוד ים, לרוב זה קורה במים בינ"ל. לפי אמנת דיני הים, בים הפתוח אין סמכות שיפוט לאף מדינה. מכאן שאי-אפשר להחיל סמכות פלילית רגילה על פיראטים. דוגמה נוספת היא עינויים. עינויים דווקא קורים לא מעט בשטח של מדינות, אבל הבעיה שעולה כאן היא במקרים בהם המדינה עצמה מבצעת את העינויים בשטחה. זו הצדקה פרקטית.
   2. ההצדקה השנייה היא נורמטיבית. אנחנו כקהילה בינ"ל רוצים לשמור על ערכי יסוד. יש ערכים שהם יסודיים כל-כך שהפרה שלהם פוגעת בכולם באותה הצורה. לדוגמה, רצח עם זה משהו שאמור לאיים על כל הקהילה הבינ"ל (היום צופים בזה ומחר חווים את זה). רוב האיסורים היסודיים ביותר במשב"ל הפלילי (איסור עינויים, איסור רצח שרירותי ועוד) אלו איסורים שביסודם עומד כבוד האדם, שהוא ערך אוניברסלי.

**אחריות אישית של פרטים**

1. משפטי נירנברג הם לכאורה ביהמ"ש הפלילי הבינ"ל הראשון. לכאורה נירנברג זוכה לתהילה כי הוא היה הבולט ביותר אבל הוא בעיקר שימש לשם הצגת מצג. רצו לקדם ערכים גלובאליים, אבל בפועל מי שעמד לדין בנירנברג היו רק פושעי מלחמה נאצים ובטוקיו עמדו רק פושעי מלחמה יפניים. טייסים בריטים ואמריקניים שביצעו פשעי מלחמה לא הועמדו לדין. מי שהטיל את פצצות האטום ביפן לא עמדו לדין. לכן לנירנברג מתייחסים כבית דין בינ"ל ראשון אבל עם כוכבית, שהיא שזה היה בית דין מטעם המנצחים. למרות הביקורת העקרונית, עדיין היה בנירנברג דיון משפטי. היו שופטים שהם נציגים של המעצמות ופותחו שם אלמנטים של המשב"ל הפלילי. נקודת המוצא הייתה לשאול האם יש כזה דבר משב"ל פלילי. הטיעון של הנאצים היה שמעמידים אותם לדין על משהו שלא קיים, אין אמנה של משב"ל פלילי, אין כללים שקבעו שהם יעמדו לדין. החקיקה היא אקס פוסט, מה שאסור לפי משפט פלילי מקומי. טענת ההגנה הזו הייתה חשובה מאחר שזו הפעם הראשונה שעשו השוואה בין המשפט הפלילי המקומי והבינ"ל וטענו שאסור להחיל כללים אקס פוסט (ראיה לחשיבות היא שכיום כלל זה חל גם במשב"ל הפלילי).
2. נירנברג היה בית דין צבאי, וההצדקות להעמדה לדין של הנאצים היו: 1. ישנו מנהג שפרטים שמפרים דיני מלחמה יועמדו לדין פלילי. לא ברור על מה הוא מתבסס אבל ברור שהוא קיים. הרף לקיומו של מנהג גבוה וקשה לטעון שדיני המלחמה עומדים בכך אבל הטיעון עמד. 2. בכל מדינות העולם, מי שמבצע פשעי מלחמה עומד לדין. זה כבר עקרון כללי של משפט. טיעון זה יותר משכנע מאחר שסטנדרטים של עקרון כללי מתקיימים. עם זאת, חשוב לטעון שעקרון כללי הוא בד"כ כלל פרוצדוראלי (כמו למשל השתק, הגנת כורח). לכן גם פה הטיעון משכנע רק ברמה מסוימת. 3. בסוף הפשעים מבוצעים ע"י בני אדם, לכן אם לא נעמיד לדין פרטים את מי נעמיד לדין. אף אחד לא חשב להתווכח וכולם ניסו רק להצדיק את הטיעונים.
3. ההחלטה בנירנברג שימשה בהמשך כהצדקה להעמדה לדין של נאצים על פשעי מלחמה. בפרשת אייכמן למשל היו הצדקות שונות, כמו החוק שחוקק בארץ. עם זאת, ההצדקות המהותיות היו אלו שהוצגו בנירנברג והן אלו ששימשו כבסיס להחלטות בפרשת אייכמן. לאורך השנים, בגלל הביקורות על נירנברג, דווקא פרשת אייכמן הפכה לתקדים משפטי יותר חשוב. למשל כשבאו להעמיד את פינושה בספרד הסתמכו יותר על משפט אייכמן.
4. בנירנברג העמידו לדין עו"ד ושופטים. יש משפט שנקרא משפט עורכי הדין בו הועמדו לדין גורמים משפטיים שונים והם הורשעו בשיתוף פעולה עם המשטר הנאצי כי הם הורו למשל על גירוש או על מעצר של אוכלוסיות שלמות. הטענות של אותם משפטנים לפיהן הם פעלו לפי פקודות נדחו כי הייתה דרישה שבית הדין הטיל על עורכי הדין שברגע שיש בחירה מוסרית בין כן ולא צריך לבחור בבחירה הנכונה מבחינה אתית. כל עוד ניתן להתפטר במקום לבצע את המעשה הפסול מוסרית ועדיין מבצעים את המעשה מעמידים לדין. זו הייתה הפעם היחידה בהיסטוריה בה העמידו לדין יועצים משפטיים.

**התפתחות המשב"ל הפלילי**

1. **נקודת המוצא** – נקודת המוצא הנורמטיבית היא כבר במאות ה-15-16 מבחינת התיאוריות. למשל גורציוס פרסם את הספר שלו ב-1456, שם הוא דיבר על פיראט כדוגמה לפושע בינ"ל. בשלב מאוחר יותר הגדירו את הפיראטים כפושעים בינ"ל (מאה 17-18). מכאן נולד מונח חדש והוא אויב האנושות.
2. **סחר בעבדים** – במאה ה-19 גילינו פושע בינ"ל חדש והוא סוחר העבדים. אין ספק שמניעת סחר בעבדים היא מטרה ראויה עם שיקולים יפים, אבל עולה השאלה למה זה קורה דווקא במאה ה-19. הסיבה היא שבריטניה הוציאה את העבדות מחוץ לחוק, ולכן היו שיקולים כלכליים שלה שמדינות אחרות לא יעסיקו עבדים.
3. **התפתחות דרמטית** –החל מסוף מלחה"ע ה-2 הייתה התפתחות במידת מה במשב"ל הפלילי. משפטי נירנברג היו יריית הפתיחה לרנסנס של המשב"ל הפלילי. נוסחו אמנות שהגדירו פשעים שונים כפשעים בינ"ל (עינויים, רצח עם, אפרטהייד). עם זאת, ההעמדה לדין, היצירה של בתי הדין הבינ"ל, הפרקטיקה (שהיא ההתפתחות הדרמטית) התחילה בסוף שנות ה-90 לאחר נפילת חומת ברלין.

**פשעים בינ"ל**

1. **פשעי מלחמה**
   1. העיגון הראשון היה באמנות ג'נבה מ-1949. כזכור, יש ארבע אמנות ג'נבה שכל אחת עוסקת בסיטואציה אחרת (הראשונה פצועים והרוגים ביבשה, שנייה בפצועים והרוגים בים, שלישית בשבויי מלחמה ורביעית בדיני כיבוש). בתוך כל אמנת ג'נבה יש הוראות שונות, למשל איך לפנות פצועים, איך לפנות הרוגים וכו'. לא כל ההוראות הן כאלו שמייצרות פשע בינ"ל. יש הוראות מסוימות שהן חשובות במיוחד (למשל לא למקם בית חולים איפה שיש הרבה אזרחים), שהפרה שלהן תיחשב הפרה חמורה. דוגמאות לכך הן רצח שרירותי, עינויים, גירוש, מניעת הליך משפטי הוגן. כל הפרה חמורה תיחשב פשע מלחמה.
   2. בפרוטוקול הראשון, שהיה אמור להוות קודיפיקציה של אמנות ג'נבה, נוספו הוראות נוספות שזכו למעמד של הפרה חמורה. דוגמאות הן תקיפת יעדים שעלולה לגרום לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת באוכלוסייה אזרחית, העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, אפרטהייד ופגיעה מכוונת במבני תרבות או דת (מבני תרבות או דת נופלים תחת קטגוריה של ערך אוניברסלי. ללא קשר לתרבות או לדת יש לכך ערך אוניברסלי).
   3. המסמך העיקרי היום שפונים אליו ביחס לפשעי מלחמה הוא חוקת רומא. יש בחוקת רומא את ס' 8 שמחולק לשני תתי סעיפים. החלק הראשון של הסעיף קובע פשעים בינ"ל בסכסוך בינ"ל והחלק השני קובע פשעים דומים בסכסוך שאינו בינ"ל. דוגמה לכך היא העברת אוכלוסייה לשטח כבוש. ס' 49 לאמנה קובע שאסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש, אבל הוא מדבר על פעולה במישרין (המדינה לוקחת אזרחים ומעבירה אותם לשטח הכבוש). חוקת רומא קובעת שגם העברה בעקיפין מהווה עבירה (למשל באמצעות תמריצים). דוגמה נוספת היא אונס ועבירות מין, שזה תמיד היה פשע מלחמה, אבל הפך לנושא הרבה יותר מרכזי על רקע רצח העם ברואנדה. דוגמה שלישית היא שימוש במגנים אנושיים. דוגמה רביעית היא שימוש בכלי נשק, שחוקת רומא קבעה שאסור להשתמש בנשק כימי וששימוש בו יהיה פשע מלחמה. אחת המדינות שהתנגדו לכך הייתה סוריה, שהעלתה טיעון יצירתי. בסוריה טענו שהם מדינה קטנה והשאלה היא איך הם יכולים להתגונן בפני מעצמה כמו ארה"ב. סוריה למעשה עמדה כמגנה על המדינות הקטנות בטענה שנשק כימי הוא הנשק הגרעיני של העניים. הרבה התייחסו לזה ברצינות עד השנים האחרונות, בהן סוריה השתמשה בנשק כימי נגד אזרחים של עצמה. זה נקרא אפולוגטיות, שימוש בטיעונים הומניטאריים ע"מ לקדם אינטרסים אחרים נסתרים.
2. **פשעים נגד השלום / תוקפנות**
   1. המקרה הראשון והיחיד אי-פעם שהעמידו לדין בגין תוקפנות הוא במשפטי נירנברג. פשע התוקפנות הוא התחלה לא חוקית של מלחמה. ב-1945 לא היו סטנדרטים לבחון האם פתיחה במלחמה היא לא חוקית, אבל היום יש את איסור השימוש בכוח. לכן כיום יש בסיס לדון במה מהווה התחלה לא חוקית של מלחמה. סוג העבירה הזה הוא פוליטי מאוד, יש מלחמות מסוימות (כמו למשל כשרוסיה פולשת לאוקראינה) בהן פשוט מאוד לזהות מי התוקפן, אבל יש מלחמות (כמו עיראק-איראן) שקשה להגיד מי היה התוקפן. ההחלטה במי תומכים היא הרבה פעמים החלטה פוליטית שמונעת מאינטרסים אחרים. היא סובייקטיבית, ובגלל שהמשב"ל אמור לשקף עקרונות אובייקטיבים מאז משפטי נירנברג לא הוציאו את פשע התוקפנות אל הפועל.
   2. ההגדרה היחידה מאז נירנברג לפשע התוקפנות הייתה החלטה 3314 של העצרת הכללית וכשנוסחה חוקת רומא רצו להציב את ההגדרה הזו בחוקה. המדינות שניסחו את חוקת רומא העלו חשש לגבי העבירה שהיא תבריח מדינות מלהצטרף לחוקה (אין ודאות לגבי מי יואשם) לכן דחו את ההחלטה בנושא. המדינות החברות בבית הדין הפלילי נפגשות פעם בשנה, כל פעם בשטח של מדינה אחרת. ב-2010 נפגשו המדינות באוגנדה, שם החליטו על הוספה של קטגוריית תוקפנות לחוקת בית הדין הבינ"ל הפלילי. זה היה כמעט עשור מהקמת בית הדין ויותר מעשור לאחר ניסוח החוקה. מה שעשו בסופו של דבר הוא לקחת את ההגדרה של 3314 והעתיקו אותה לתוך חוקת ה-ICC עם תוספת קטנה. התוספת הקטנה, שתבטיח שלא יתייחסו ברצינות לתוקפנות, היא שכדי להעמיד לדין על תוקפנות צריך אישור של מועצת הבטחון. הסיבה שלא יתייחסו ברצינות לתוקפנות היא זכות הווטו של המדינות במועצת הבטחון. מאחר שידעו שהעבירה מעוררת מחלוקת, כשהסכימו עליה ב-2010 אמרו שמחכים 7 שנים ורק אם יהיו 30 מדינות שמקבלות את ההגדרה יחליטו שהיא רשמית. ב-2017 ההגדרה הפכה לחלק מהחוקה וב-2018 הכניסו אותה לתוקף. לכן כיום על מדינה שקיבלה על עצמה את הגדרת התוקפנות ניתן להחיל את סמכות ה-ICC. זה כנראה יקרה רק במקרה בו תהיה מדינה שיש הסכמה כוללת נגדה או נגד מדינה שתיווצר משחקן לא מדינתי (דוגמת המדינה האסלאמית).
3. **פשעים נגד האנושות**
   1. הקטגוריה של פשעים נגד האנושות כוללת מעשים שחלק ניכר מהם הוא פשעי מלחמה. ההבדל הוא שפשע מלחמה יכול להיות מבוצע נגד אזרחים ונגד חיילים בעוד שפשעים נגד האנושות הם בד"כ רק נגד אזרחים. הדגש הוא הרבה פעמים אזרחים שהם אזרחי אותה המדינה. במלחה"ע ה-2 אלו היו גרמניה שפגעה באזרחים שלה, פולין שפגעה באזרחים שלה, הונגריה שפגעה באזרחים שלה. בעקרון מדובר בד"כ במקרים מאוד אינטואיטיביים (רצח, עינויים, גירוש, העלמה של בני אדם). מדובר בפעולה שהיא פשע אבל היא צריכה להיות גם מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית וגם חלק ממתקפה שיטתית ונרחבת. שיטתית מתייחס לאיכות ונרחב מתייחס לכמות.
   2. רכיבי העבירה (ס' 7 לחוקת רומא): 1. פשע חמור; 2. מתבצע ביודעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת; 3. מכוון כלפי אוכלוסייה אזרחית.
4. **רצח עם**
   1. אמנת הג'נוסייד היא המסמך הבינ"ל הראשון שהגדיר מהו רצח עם. היא נחתמה ב-1948, והגדרה זו זכתה לעיגון מחדש בס' 6 לחוקת רומא. מי שטבע את המונח רצח עם היה נציג ארה"ב למו"מ (רפאל אמקין, אמריקאי יהודי שהמשפחה שלו ברחה בזמן מלחה"ע ה-2).
   2. ישנם שלושה אלמנטים להגדרה:
      1. ביצוע פשעים חמורים (רצח, פגיעה גופנית או נפשית, יצירת תנאי מחייה בלתי אנושיים, מניעת לידות, הוצאת ילדים מחזקת משפחותיהם).
      2. מתוך כוונה להשמיד באופן מלא או חלקי.
      3. קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית.
   3. לאורך השנים עלו ביקורות על זה שגילו קבוצות חדשות שנרדפו ונטען שניסו להשמיד אותן אך לא ניתן להחיל עליהם את הגדרת רצח עם מאחר שהאלמנט השלישי לא חל. הדוגמה הקלאסית היא רצח של אינטלקטואלים בקמבודיה. דוגמה אפשרית נוספת היא ניסיון רצח של להט"ב. האלמנט השני הוא החשוב ביותר, מאחר שאלמנט הכוונה פה הוא לא רגיל. יש כאן כוונה מיוחדת, והוא הרף הגבוה ביותר של כוונה שקיים במשב"ל הפלילי. למשל, בשביל להיות אשם בפשע מלחמה מספיק להיות פזיז. כדי להיות מבצע של רצח עם הרף מוחלט, הכוונה צריכה להיות ברורה ולא משתמעת ובוחנים אותה לפי אלמנטים של שיטתיות או נרחבות. מאז מלחה"ע ה-2 היו מעט מקרים שהכירו בהם כרצח עם בגלל הרף הגבוה ובגלל הסטיגמה הקשורה בכך. מקרה שהכירו בו כרצח עם הוא רצח של 3,000 אזרחים בסרבניצה במחסן. במקרה זה האשימו את הולנד בכך שהיא לא מנעה את זה. מקרה נוסף שהוכר הוא ברואנדה, מאחר שהכוונה הייתה ברורה בכל דרך אפשרית.
5. **עבירות נוספות** – עינויים; חטיפת מטוסים; לקיחת בני ערובה; סחר בלתי חוקי בסמים; פיצוצי טרור; מימון טרור; סחר בבני אדם. יש אמנה שנקראת אמנת פלרמו, שהיא מייצרת שיתוף פעולה במישור הפלילי בין מדינות. באמנה יש פרוטוקולים שונים, שאחד מהם עוסק בסחר בבני אדם. עבדות הייתה אחד מהפשעים המוקדמים ביותר וסחר בבני אדם הוא אחד מהעדכניים ביותר.

**מנגנוני אכיפה של המשב"ל הפלילי**

1. יש שני נתיבים עיקריים לאכיפת משב"ל פלילי: בתי משפט מדינתיים ובתי דין בינ"ל (לחלוטין או באופן חלקי).
2. **בתי משפט מדינתיים**
   1. מדינות שיש להן זיקה כלשהי לפשע בינ"ל יכולות לפי הדין הפנימי שלהן להעמיד לדין בגין פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות וכו'. כאמור, פשעים בינ"ל הם בד"כ גם עבירות לפי הדין המקומי (רצח, ביזה), אלא שבהקשר של סכסוך מזויין אלו יכולות להיות פשעי מלחמה או כשהן מבוצעות באופן שיטתי ורחב היקף הן יכולות להפוך לפשע נגד האנושות.
   2. זיקה – טריטוריאלית; פרוטקטיבית; פרסונאלית פאסיבית (אזרחות הקורבן, נפגע קורבן ישראלי אז יש סמכות שיפוט), פרסונאלית אקטיבית (אזרחות הפוגע).
   3. לעיתים יש אמנות שמחייבות מדינות לחוקק חוק פנימי שיאפשר העמדה לדין על התכלית של האמנה. דוגמה – הפקוטוקול לאיסור סחר בבני אדם. אמנת פלרמו כאמור היא בסיס לשיתוף פעולה במניעת פשיעה. יש לה פרוטוקולים שונים, אחד שעוסק בנשק גנוב, נוסף שעוסק בסמים ושלישי שעוסק בסחר בני אדם. מי שמצטרף לפרוטוקולים מתחייב להעמיד לדין באופן מקומי ע"י חקיקת חוק.
3. **סמכות שיפוט אוניברסלית**
   1. כשהפיראט הפך לפושע נגד האנושות, המנגנון דרכו רצו להעניש אותם היה באמצעות סמכות שיפוט אוניברסלית (כל מדינה יכולה להעמיד לדין). זה כלי מאוד חשוב מצד אחד אבל מאוד נפיץ מצד שני. הצורה שהיא עובדת היא שלכאורה לכל מדינות העולם יש סמכות להעמיד לדין על פשעים מנהגיים. זה הרציונל שדיברו עליו במשפטי נירנברג. מה שקורה בד"כ הוא שמדינות לא ממהרות להעמיד לדין על מה שלא נמצא בחוק פנימי, לכן מה שיקרה בפועל זה שמדינה תחוקק חוק הקשור לפשע בינ"ל מסוים ואז ניתן יהיה להמעיד לדין באותה המדינה. לדוגמה, האמנה נגד עינויים לא רק מגדירה מהם עינויים בס' 1 אלא גם מעניקה סמכות אוניברסלית בס' 5 לפיו כל מדינה שמצטרפת לאמנה תחוקק חוק נגד מי שמבצע את הפשע הזה. לפעמים יש אלמנט נוסף של סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית. לפי האמנה נגד עינויים מדינות צריכות לחוקק חוק שיאפשר לתבוע פיצויים. בפרשת פילרטיגה, כשהמשפחה תבעה אותו בארה"ב זה היה באמצעות סמכות שיפוט אזרחית. זה נדיר ומדינות לא ממהרות ליצור סמכות שיפוט אוניברסלית מאחר שזה יכול ליצור בעיות עם מדינות המקור. בחלק מהאמנות לצד החובה לחוקק סמכות שיפוט בבתי המשפט המקומיים יש חובה שנקראת "הסגר או העמד לדין". אין חסויות במקרה של פושע בינ"ל, ואם יש פושע בינ"ל במדינה צריך או להעמיד אותו לדין או להסגיר אותו למדינה שלו. יש כאלו שטוענים שמדובר במנהג אך בפועל רואים שכיום יש פושעים בינ"ל שחוסים במדינות מסוימות, לכן יתכן שזה עדיין לא מנהג. דוגמה לאמנות שדורשות את זה הן אמנות ג'נבה ואמנת העינויים.
   2. סמכות אוניברסלית היא כלי ותיק כמו המשב"ל הפלילי. מרגע שנולד המשב"ל הפלילי נולדה הסמכות האוניברסלית. עם זאת, מבחינת שימוש לא עשו בה שימוש באותה הצורה, וכשנעשה בה שימוש זה היה סלקטיבי. לדוגמה, אחרי מלחה"ע השנייה היה שימוש בסמכות אוניברסלית כדי להעמיד לדין נאצים אבל זה היה מאוד תקופתי. בשנות ה-90 היה מאוד אופנתי להעמיד לדין יגוסלבים ורואנדים, כי אלו היו סכסוכים שהטרידו את הקהילה הבינ"ל. אחרי שהעולם נכנס לאופטימיות של המשב"ל (סוף ה-90 תחילת ה-2000) אחד הדברים העיקריים שניסו לפתח הוא את המשב"ל הפלילי. מה שמדינות עשו זה לאפשר יותר ויותר הליכים מכוח סמכות אונ', בעיקר באירופה. הבעיה הייתה שלא היו מחסומים. כל אחד היה יכול לעלות על מטוס לבלגיה, לגשת לכל תחנת משטרה, להגיש תלונה על פושע מלחמה ומיד מוציאים צו מעצר נגדו. לא היו תנאים מקדימים, לא הייתה דרישה של אישור של ביהמ"ש או גורם כמו פרקליט המדינה. התחילו לעשות שימוש מאוד פוליטי בסמכות אוניברסלית. בישראל שומעים את זה לא מעט. אריאל שרון, לאחר שהוא נבחר לראשות הממשלה, הוגשה נגדו תביעה באירופה בגין האירועים בסברה ושתילה. בתגובה לזה הגישו תלונה נגד ערפאת. כך גם נגד קסטרו, פינושה ועוד. הכלי הזה, שהיה אמור להיות כלי לעשיית צדק, הפך להיות כלי שהשימוש בו נעשה מאוד פוליטי. בסוף שנות ה-90 הייתה סוג של התפכחות, בלגיה שנקראה בירת הסמכות האוניברסלית התחילה להציב מגבלות (למשל שאדם צריך להיות תושב בלגי, צריכה להיות זיקה בין מגיש התלונה לבין הפשע, שיועצי דין יאשרו) ובסוף החלו לדבר על חסינות (חסינות ראש מדינה, חסינות בעל תפקיד). הגל הזה של סמכות אוניברסלית היה מאוד קצר. הוא הוביל להרבה צרות גם ברמה הדיפלומטית וגם ברמה המשפטית.
   3. יתרונות
      1. מניעת התחמקות עבריינים מדין (הרתעה, צדק, מניעה).
      2. חיזוק האופי האוניברסלי של זכויות אדם.
   4. חסרונות
      1. חוסר אחידות ביישום המשב"ל (חוסר אחידות במדיניות העמדה לדין, במדינה מסוימת יעמידו לדין את מי שתופסים כפושעים מצבא השחרור מקונגו אבל במדינה אחרת לא יעמידו לדין; חוסר אחידות מהותי, מדינה אחת רואה בדבר מה פשע ואחרת לא; חוסר אחידות בעונש).
      2. חשש לפוליטיזציה.
      3. ריבוי הליכים מקבילים נגד חשודים.
      4. יכולת מוגבלת לבחון ההשלכות הפוליטיות של ההליך (אם מעמידים לדין מנהיג מדינה לשעבר יכולים להשליך על מאבק פוליטי; אם מעמידים לדין ראש ארגון לאומי שתופסים כארגון מורדים משפיעים על הליך במדינה).
   5. למרות הבעיות כלי זה עדיין רלוונטי, הוא רק מוגבל הרבה יותר כיום.
4. **בתי דין פליליים בינ"ל** – בתחום זה יש אבולוציה. בהתחלה היו **בתי דין אד הוק** (הוקמו ביחס לסכסוך מסוים או מדינות מסוימות). תחילה נירנברג בטוקיו. בשנות ה-90 ICTY (הוקם ביגוסלביה תוך כדי הסכסוך) ו-ICTR (הוקם לאחר רצח העם ברואנדה). טריבונאלים אלו לא הוקמו מכוח חוקה אלא מכוח החלטה של מועצת הבטחון. מועצת הבטחון (מכוח פרק 6 ס' 41, נקיטת אמצעים לא כוחניים) הקימה בתי דין שיטפלו בבעיה בינ"ל ויגנו על השלום. הבעיה הייתה שמועצת הבטחון היא לא כלי של משפטנים אלא של פוליטיקאים. אחרי שהקימו את הטריבונאל ביגוסלביה וראו שזה יצר הד חיובי אמרו שיקימו אחד זהה ברואנדה. לקחו חוקה של טריבונאל שהוקם ביגוסלביה והחילו את זה על רואנדה. לא הייתה חשיבה אסטרטגית או משפטית. בגלל זה הפס"ד של טריבונאלים אלו היו צריכים להיות יצירתיים. למשל, הטריבונאל קיבל סמכות לשפוט ביחס לפשעים בינ"ל, והטענה של הנתבעים הייתה שהם ביצעו פשעים מקומיים. בתי הדין היו צריכים להיות יצירתיים בהצדקות שלהם. מעל בתי הדין עמד אותו אדם (קססה) שהיה פעיל בצלב האדום והוא התחיל להכריז על מנהגים. הוא הכריז על כמות חסרת תקדים מבחינת היקף ומהירות של מנהגים בזמן מלחמה. על בסיס ההחלטות שלו הצלב האדום יצא לאחר כמה שנים במחקר מקיף שקובע מהו משפט מנהגי בדיני מלחמה. היום יש מאבקים רציניים בין מדינות שמתנגדות למחקר הזה לבין גורמים משמעותיים בקהילה שתומכים. ברגע שמסתמכים על פס"ד של טריבונאל בינ"ל זה מחזק את הטענה. זה יוצר חוסר אחידות נורמטיבי. יש מדינות שלוקחות את הקביעות הללו כמו תורה מסיני ויש כאלו שמתנגדות בתוקף. זה נקרא פרגמנטציה, כשיש הרבה גורמים שכל אחד בעל סמכות להגיד משהו. בעיה נוספת בבתי דין אלו היא תחושה שהם מרוחקים. באים שופטים לבנים מאירופה ומחליטים לשבת בטנזניה ולשפוט את המקומיים. הקהילה המקומית לא הרגישה שזה צדק בשמם. כדי לפתור את נושא הריחוק מהקהילה המקומית התחילו לחשוב על יוזמה חדשה, **בתי דין מעורבים**. בתי דין שהוקמו בהמשך הוקמו בשת"פ עם הרשויות המקומיות: מזרח טימור, קוסובו, בוסניה, קמבודיה, סיירה לאון. מתוך דוגמאות אלו קססה שפט בשלוש. היה מונופול בעייתי מאוד בתחום של המשב"ל הפנימי.
5. **ICC**
   1. זה בית הדין הבינ"ל המפורסם מכולם. המסמך שהקים את בית הדין היה חוקת רומא, שנוסחה ונחתמה ב-1998. נכתב שנדרשות 60 מדינות לטובת הקמת בית הדין, וזה קרה ב-2002. בית הדין ובית המעצר שלו נמצאים בהאג, הולנד. הוא היה אמור להיות המוציא לפועל של הקהילה הבינ"ל, בפועל מדינות נחלקות מאוד ביחס אליו. מדינות רבות חברות באמנה, אבל יש מדינות משמעותיות שחתמו אבל לא אשררו (ארה"ב, רוסיה) וכן כאלו שכלל לא חתמו (ישראל, מזרח אסיה). החשש הישראלי היה סעיף ההתנחלויות (העברה בעקיפין של אוכלוסייה). ארה"ב חששה כי באותה התקופה היו הרבה כוחות בינ"ל שמעורבים, והם פחדו שהם ישלחו כוחות להגן על העולם ויעמידו אותם לדין. כדי לענות על החשש הזה קבעו שמועצת הבטחון יכולה להקפיא הליכים ב-ICC כדי להגן על אינטרסים של הגנה על השלום. ארה"ב עדיין פחדה מזה עד כדי כך שהיא חוקקה חוק לפיו אם חיילים אמריקאים יועמדו לדין בהאג הם יעשו הכל כדי לסכל את זה. זה כונה חוק הפלישה להאג.
   2. בעשור הראשון לפעילות ה-ICC הועמדו לדין כעשרה אנשים (כולם מאפריקה), זאת לאחר שהקמתו עלתה הון תועפות. ה-ICC הפך דה-פקטו בעשור הראשון לקיומו לבית דין לאפריקה. בגלל תהליך זה התחיל דיאלוג משמעותי בין מדינות אירופה למדינות אפריקה. דיאלוג זה עסק בבעיות של סמכות אוניברסלית ובעיות ב-ICC, ובאפריקה כינו את זה ניאו-קולוניאליזם. זה הוביל לשינוי כיוון ב-ICC. התובע הראשון היה לואיס מורנו, שהיה תובע פלילי בארגנטינה (העמיד לדין את החונטה), אבל לאחר המינוי הבינו שהוא לא מבין במשב"ל. לאחר שינוי הכיוון מינו תובעת חדשה מגמביה, פטו בן סודו. קיוו שהיא תפתור את הבעיות, והיא באמת מצאה דרך לגורם ל-ICC לא להיראות בית דין לאפריקה והיא להוסיף את ישראל לרשימה. ישראל היא מטרה קלה (לבנה, כמעט אירופאית). לעומת זאת, פשעים בעיראק או אפגניסטן מעולם לא הגיעו לשלב של חקירה. בית הדין שהיה הבטחה גדולה נכון לעכשיו הוא אכזבה גדולה. מדינות רבות מבקשות לעזוב את החוקה, ומדינות שסירבו מלכתחילה מתחזקות בעמדות שלהן.
   3. סמכות שיפוט
      1. ישנן שלוש אפשרויות חלופיות להפעלת סמכות בית הדין: 1. מדינה חברה בחוקה שהפשע בוצע בשטחה; 2. מדינת אזרחות של הנאשם חברה בחוקה; 3. הפניה של מועצת הבטחון (מועצת הבטחון יכולה להחליט שיש סיטואציה שמסוכנת לשלום הבינ"ל לכן ה-ICC צריך לחקור ולהעמיד לדין). הפניה של מועצת הבטחון קרתה פעמיים, ביחס לסודן וביחס ללוב. לגבי לוב זה היה מתוך מהלך רחב של אחריות הגנה. שני צווי המעצר שהוצאו היו לבנו ולבן דודו של קדאפי.
      2. אם יש אחד מהתנאים להפעלת סמכות, נדרשת הפניה. יוזמה לפתיחת הליך יכולה לנבוע משלושה גורמים: 1. התובע של בית הדין; 2. המדינות החברות; 3. מועצת הבטחון. מדינה יכולה להחליט שלמרות שהיא לא חברה בחוקת ה-ICC היא מפנה מצב אד הוק לחקירה של התובע. היא מצטרפת רק כדי להפנות סיטואציה מסוימת. פה היה חשש פוליטי, אבל הגישה של התובע הייתה שגם אם מפנים אליו פשע מסוים הוא לא חוקר רק את אותו הפשע אלא את מה שיש מסביב. אם הוא מגלה פשעים נוספים הוא מעמיד לדין גם על כל השאר.
      3. עקרון המשלימות: עקרון זה הוא ההמחשה לזה שה-ICC אמור להיות זה שמוביל מדינות לפעול בעצמן. אם יש פשע בינ"ל מסוים של-ICC סמכות לגביו, ה-ICC לא יעמיד לדין אם המדינה לה סמכות מקורית תעמיד לדין. פה נכנסת הסוגייה של **לא יכולה או לא רוצה**. רק אם מדינה לא רוצה או לא יכולה להעמיד לדין בית הדין יתערב. יש פה קושי בכך שייתכנו מצבים בהם המדינה מעמידה לדין חלק מהאנשים האשמים אבל לא את השאר, האם בית הדין יכול להעמיד לדין את השאר. מה שנקבע על ידי בית הדין הוא ש**עקרון המשלימות חל רק ביחס לאדם מסוים ומעשה מסוים.** אם בתיאוריה יש פושע מלחמה שמעמידים אותו לדין על רצח במדינה מסוימת ה-ICC יכול להעמיד אותו לדין על ביזה. עקרון זה מגלה את הכבוד לריבונות המדינה, ה-ICC אומר שלמרות שהוא טריבונאל בינ"ל, המדינה קודם.
6. **ה-ICC וישראל**
   1. פרשת המשט – ישראל לא הצטרפה לחוקת ה-ICC בגלל החששות הידועים. עם זאת, כרגע יש שני נושאים שנמצאים תחת חקירת בית הדין ושניהם עוסקים בישראל. המקרה הראשון הוא פרשת המשט (המרמרה). הייתה תקופה בה היה אופנתי לעשות משטים הומניטאריים לעזה כמחאה על הסגר הימי שישראל הטילה. ספינה אחת הייתה עמוסה בפעילים פוליטיים שרצו לעשות רעש, ישראל קיבלה מידע קונקרטי ביחס לכוונות ולאנשים שנמצאים שם. רוב האנשים השתייכו לארגון ה-IHH שפועל מטוריקה. ישראל החליטה לעצור את הספינה הזו, אבל התקבלה בהקשר זה החלטה בעייתית. במקום לעצור את הספינה באמצעים פשוטים החליטו לפעול באמצעות כוח. חיילי שייטת הונחתו על הספינה, אלא שמי שחיכה להם זה אנשים עם מוטות ברזל, כסאות, סכינים וחבטו במי שהגיע. חיילים נפגעו בצורה קשה מאוד. אחרי זמן מה היו מספיק חיילים על הסיפון שהשתלטו על הסיטואציה. היה שם בלגן, היו צילומי וידאו שזעזעו את העולם. כל זה התחיל סערה ציבורית. במישור שבין ישראל לטורקיה ישראל לקחה על עצמה אחריות ושילמה פיצויים. במישור של המשב"ל הפלילי עלו שאלות לגבי פשעי מלחמה של ישראל או של אנשי המרמרה. ברגע שישראל הטילה סגר ימי על עזה יש לה חובה לאכוף אותו. ישראל מחויבת למנוע מכל ספינה להיכנס, אי-אפשר לעשות סגר סלקטיבי. לישראל לכאורה הייתה זכות משפטית לעשות מה שהיא עשתה אלא שהיא לא מימשה אותה בצורה אידיאלית. בישראל הוקמה וועדת טירקל, שהייתה גם מקומית וגם בינ"ל. טירקל ישב בראשה, הוא היה חמוש בכל אנשי המשב"ל ובמומחים בינ"ל. הוועדה הזו פרסמה שני דו"חות מדהימים מבחינה משפטית. דו"ח אחד עסק בתקרית עצמה, בחוקיות הסגר הימי, בחוקיות הפעולות, וקבע שלא בוצעו פשעי מלחמה. הדו"ח השני היה פעילות מונעת נגד חקירה ב-ICC ועסק במערכת החקירות בישראל. הוא בדק איך מבצעים חקירות צבאיות, אזרחיות, פעילות היועמ"ש וכו'. זה היה אמור להגן על ישראל מכוח עקרון המשלימות. הבעיה היא שקצת לפני הדו"ח של ועדת טירקל פורסם דו"ח ועדת גולדסטון. דו"ח זה לא הסתפק בלטעון שישראל ביצעה פשעים בעופרת יצוקה אלא גם קבע שמערכת החקירות של ישראל לא מספקת. זה הוביל לכך שדו"ח טירקל לא יספק את כתב ההגנה שרצו שהוא יספק. לפני 7 שנים איי קומורוס (מדינה קטנה ומוסלמית שהיא מדינת נוחות, ספינות יכולות לקבל דגל שלה באופן פשוט) שמו את הדגל שלהם על המרמרה. הם פנו ל-ICC ובכך יש ל-ICC סמכות לבדוק את הנושא. ה-ICC התחיל לבדוק את הנושא. התובעת למרבה ההפתעה קבעה שאכן בוצעו פשעי מלחמה אך שה-ICC אמור לעסוק במקרים החמורים ביותר. מקרה זה, עם כמה שהוא בעייתי, הוא לא רצח עם או פשע נגד האנושות. עם ישראל שמח וצהל אך לא לזמן רב כי הוגש ערעור על החלטת התובעת. ערכאת קדם המשפט של ה-ICC ביטלה את החלטת התובעת ואמרה לה שהיא צריכה להסתכל על תקרית המרמרה כחלק מהסכסוך הישראלי-פלסטיני. הסכסוך ארוך שנים ולכן זה כבר רציני. מקרה זה נמצא היום בשיח בין התובעת לבין בית הדין. הם כבר חצו את נושא החומרה, ופה הדבר היחיד שיכול להציל את ישראל זה עניין המשלימות. לא בטוח שוועדת טירקל ומערכת בתי הדין יספיקו לעקרון המשלימות.
   2. הבדיקה בעניין פלסטין – כשדיברנו על הגדרת מדינה דיברנו על זה שפונקציונאלית מתייחסים לישות מסוימת כמדינה ומקבלים אותה לארגונים. כך פלסטין הצטרפה ל-ICC. אחרי ההצטרפות פלסטין ביקשה מהתובעת לבדוק את מה שקרה בצוק איתן החל מיום פרוץ המבצע (כדי שלא יבדקו את מה שקרה בחטיפת הנערים). מהרגע שה-ICC מקבל את הסמכות יש לו את היכולת להחליט שהשבוע שלפני הוא חלק מההקשר ולדון בו, אך זה לא קרה עדיין. ה-ICC במשך מספר שנים מבצע מחקר מאוד מעמיק. התובעת מקבלת דו"חות רבים מארגוני זכויות אדם לגבי פשעי מלחמה שבוצעו במבצע ומסביב למבצע. התובעת מפרסמת מדי שנה דו"ח שנתי, ומאז שפלסטין פנתה ישראל מופיעה בדו"ח כל שנה על הרס נרחב של נכסים אזרחיים ועל ההתנחלויות. לגבי המבצע הצבאי אפשר להגיד שיש מערכת חקירות, אבל לגבי התנחלות לא שופטים בישראל. יש החלטה בפרשת בר גיל בה ביהמ"ש אמר שהקמת התנחלות היא עניין פוליטי מדיני ולביהמ"ש אין סמכות לדון בזה. ביהמ"ש יכול לדון רק בשאלה האם התנחלות הוקמה על שטח פרטי או ציבורי. אם התנחלות מוקמת על שטח פרטי מפנים אותה אבל אם לא אז לא. אין מערכת חקירות ואין מערכת משפט שנותנת מענה, לכן עקרון המשלימות לא חל. התובעת קיבלה החלטה אסטרטגית מאוד חכמה, לישראל יהיה קשה להתנגד להליכים בנוגע להתנחלויות וזה יגרום לישראל להתייחס בהליך משפטי לסוגייה. טענות ההגנה של ישראל בסוגיה זו היא סמכות שיפוט (פלסטין היא לא מדינה) או שגם אם היא מדינה השטח הוא לא של פלסטין. טענה שלישית היא גם אם פלסטין ריבונית בשטח אין לה מערכת שיפוט, ולכן רק מערכת השיפוט הישראלית יכולה להעניק את הסמכות לבית דין בינ"ל. אפשרות רביעית היא שזה לא שפיט. אפשרות חמישית היא שזה לא חמור מספיק בשביל לדון. הטיעונים השישי והלאה יהיו מהותית.