[מבוא 1](#_Toc506661280)

**משפט בין לאומי פומבי**

**ד"ר זיו בורר**

**מחברת מצטברת וערוכה- דור טרייניק**

**תשע"ח - 2018**

סימונים:

חוקים והלכות מושגים שופטים ומלומדים פסקי דין ודוגמאות חשובות

[הנורמות של המשפט הבינלאומי 3](#_Toc506661281)

[דין בינלאומי מנהגי 3](#_Toc506661282)

[ICJ 5](#_Toc506661283)

[אמנות 6](#_Toc506661284)

[מוסדות בינלאומיים ממשלתיים 13](#_Toc506661285)

[האו"ם 15](#_Toc506661286)

[מועצת הביטחון 16](#_Toc506661287)

[היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי 17](#_Toc506661288)

[יחס המשב"ל למשפט המדינתי 17](#_Toc506661289)

[יחס המשפט המדינתי למשב"ל 18](#_Toc506661290)

[מעמד אמנות בדין הישראלי 21](#_Toc506661291)

[אחריות בינלאומית של מדינה 23](#_Toc506661292)

[כללי האחריות 24](#_Toc506661293)

[ההבדל בין חסינות מדינה לאחריות מדינה 26](#_Toc506661294)

[השוני בין הגנה דיפלומטית וחסינות דיפלומטית 26](#_Toc506661295)

[הגנה דיפלומטית 27](#_Toc506661296)

[חסינות מדינה 28](#_Toc506661297)

[פעולה שלטונית מול פעולה מסחרית 29](#_Toc506661298)

[חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008 29](#_Toc506661299)

[חסינות דיפלומטית 30](#_Toc506661300)

[חסינות ראשי מדינה 31](#_Toc506661301)

[המדינה 32](#_Toc506661302)

[למה חשוב לנו להבין את מושג המדינה? 32](#_Toc506661303)

[מהי מדינה? 32](#_Toc506661304)

[דיון בנוגע לפלסטינאים 36](#_Toc506661305)

[יישוב סכסוכים בדרכי שלום 37](#_Toc506661306)

[צעדים דיפלומטיים 37](#_Toc506661307)

[צעדים משפטיים 37](#_Toc506661308)

[ICJ 38](#_Toc506661309)

[שימוש בכוח 39](#_Toc506661310)

[מושגים 39](#_Toc506661311)

[האיסור על שימוש בכוח 40](#_Toc506661312)

[התקפה חמושה 41](#_Toc506661313)

[כללי קרולינה/ כללי וובסטר 44](#_Toc506661314)

[התערבות במלחמת אזרחים 44](#_Toc506661315)

[מה קורה כאשר שלטון מבצע רצח עם? 45](#_Toc506661316)

[משב"ל הומניטרי (עידו רוזנצוויג) 46](#_Toc506661317)

[אמנות ז'נבה (1949) 47](#_Toc506661318)

[הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה 47](#_Toc506661319)

[4 העקרונות של דיני לחימה 47](#_Toc506661320)

[לוחמה א-סימטרית 51](#_Toc506661321)

[היבטי הלוחמה הא-סימטרית 51](#_Toc506661322)

[הגדרת סכסוך 51](#_Toc506661323)

[עבירות על דיני מלחמה 52](#_Toc506661324)

[דיני כיבוש 52](#_Toc506661325)

[ההתנחלויות 53](#_Toc506661326)

[משב"ל מסחרי (סיון שלמה- אגון) 53](#_Toc506661327)

[רקע היסטורי לGATT ולWTO 54](#_Toc506661328)

[עקרונות וכללי היסוד של WTO 55](#_Toc506661329)

שיעור 1

מבוא

ישנו הבדל בין משפט בינלאומי פומבי למשב"ל פרטי. משב"ל פרטי הוא מערכת כללים אשר מסדירה יחסים בין מערכות משפט שונות (במצב של סכסוך היכן יתנהל הדין, בהתאם לאיזו מדינה וכדומה).

מהותו של משב"ל פומבי

ננסה לענות על 3 שאלות שלכאורה הן פשוטות- מהו המשב"ל הפומבי? מי מחוקק אותו? והאם ומדוע מצייתים לו? אלה שאלות מורכבות מ3 סיבות:

1. גם לגבי מערכת משפט מדינתית, התשובה לשאלות אלה מורכבת ממה שאנו חושבים אינטואיטיבית. הדבר נראה מובן מאליו כשבפועל הוא לא.
2. המשב"ל הוא חיה מוזרה. מערכות המשפט אליהם אנו רגילים הן מדינתיות. כל מערכת משפט אחרת קשה להצדקה. אנו לוקחים כמובן מאליו את מה שאנו רגילים אליו וביקורתיים כלפי החריג.
3. העולם משתנה ונהיה יותר ויותר גלובלי. מתוקף כך יש יותר נורמות של משפט בינלאומי והוא עוסק ביותר תחומים. כמו כל מערכת משפט הוא מתאים את עצמו לתחום שאותו הוא מסדיר ולכן הוא משתנה בקצב שונה בנוגע לתחומים שונים.

שבתאי רוזן היה היועמ"ש והיה הישראלי הראשון שקיבל את פרס האג למשב"ל. בנאומו הוא מראה כיצד יום אחד של אדם מושפע בדרכים רבות מהמשפט הבינלאומי. היום, בקניה פשוטה באינטרנט אנו עושים עסקאות במקומות שונים בעולם, אשר להם שותפויות שונות בעולם (לדוג' חברה ממקום אחד שהשרתים שלה במקום אחר) ובנוסף על כל שלב בדרך ככל הנראה יש עסקה נוספת (כמו העובדה שכל לחיצה על דבר מסחרי בגוגל מכניסה להם כסף).

למה מצייתים למשב"ל?

במשך שנים התלבטו למה מבחינה פילוסופית אנשים מצייתים לדין ולמה מבחינה מוסרית צריך לעשות כך. ג'ון אוסטין, אבי התפיסה הפוזיטיביסטית הגדיר נורמה משפטית כפקודה של הריבון המגובה בסנקציה. ע"פ הגדרה זו מיהו הריבון במשב"ל? בשונה מההגדרה של אוסטין, במשב"ל יש **מערכת יחסים אופקית** שכן תפקיד המשב"ל הוא להסדיר התנהלות בין מדינות. ע"פ המשב"ל **מעמד כל המדינות זהה**. לגבי הסנקציות, גם היום במידה רבה וגם אז, אין מערכת מעוגנת להטלת סנקציות מה שלא מסתדר עם ההגדרה של אוסטין. עקב כך ענה אוסטין שמשב"ל הוא בסך הכל כללי נימוס מקובלים. וככללי נימוס ניתן לבחור להיות מנומסים וניתן לבחור שלא. במשפט המדינתי היו אנשים שלקחו את התיאור של אוסטין והסבירו שהמשפט באופן כללי הוא אמצעי פוליטי של החזקים לקדם את האינטרסים שלהם. גישות ביקורתיות אלה מסתכלות על המשב"ל ככסות למעשים פוליטיים. מדינה חזקה יכולה לעשות מה שהיא רוצה בעוד מדינה חלשה תפחד מסנקציות. הכל אינטרסים וביטויי כוח.

למה מצייתים לחוק בכללי?

1. אחת הסיבות המרכזיות שרוב בני האדם מצייתים לחוקים היא **הרגל חברתי**. זוהי תשובה חזקה לריאליסטים כיוון שגם החזקים מפנימים את המוסכמות שגורם לכך שיעשו את החוק מתוך הרגל או שיחשבו שזה האינטרס שלהם לציית לחוק (כמו לדוג' לא לעבור באור אדום).
2. הרבה חוקים נועדו לשם **תיאום בין הצדדים**. חוק החוזים לדוגמה נועד כדי להסדיר את היחסים בין צדדים לקראת כריתת חוזה.
3. יש נורמות רבות אליהם מצייתים עקב **שיקולי מוסר**.
4. **הסכמה והוגנות**. אנו לא יכולים לבחור לאיזה חוקים לציית ולאילו לא כיוון שאנו מרוויחים באופן קולקטיבי מהשייכות למערכת.

האם סיבות אלה רלוונטיות למשב"ל?

רוב המדינות מצייתות למשב"ל רוב הזמן מסיבות שלא יכולות להיות קשורות לסיבות של אינטרסים וכוח. אי לכך התיאור הריאליסטי לא מדויק. רמת הציות גבוהה יחסית. העולם מתחלק **ל3 סוגים של מדינות-** (א) מעצמות- יכולות לעשות כל העולה על רוחן מתוקף כוחן. (ב) מדינות מבודדות- עושות מה שעולה על רוחן כיוון שאין להן מה להפסיד. (ג) רוב המדינות- נמצאות איפשהו בין מעצמות למבודדות ומצייתות למשב"ל.

1. הפנמה והרגל- גם כאן יש עניין של הפנמה והרגל אך בדרך עקיפה. לכל מדינה יש **קבוצת משפטנים** שמהווים חלק מקהילה אשר מפנימה נורמות של משב"ל כדי להיות חלק מעולם זה. עקב הפנמת הנורמות על ידם הם מפיצים אותם במדינת הבית שלהם והופכים להיות חלק מהרגל.
2. יחסי גומלין- גם כאן יש שיקולים של **יחסי גומלין ותיאום המובילים ליצירת נורמות בינלאומיות.** לא ניתן לקבוע דיני תעופה, תקשורת, ים יחסים דיפלומטיים, מיסוי וכדומה בלי משב"ל. ייתרה מכך, לעיתים נציית לנורמה לא נוחה בטווח הקצר כדי לא לשבור את הכלים בטווח הארוך ולגרום לאחרים להפר את הנורמה.
3. סנקציות- הרבה **מדינות מפחדות מהטלת סנקציות.** אמנם מערכת הסנקציות לא מוסדרת והסיכוי שזה יקרה קטן אך ישנו חשש ממשי לסנקציות ישירות, כלכליות או אלימות.
4. דעת קהל- יש מדינות **שאכפת להן איך הן נראות בעולם** וכאשר מעבירים עליהן ביקורת הדבר יכול להשפיע על המדינה.
5. מוסר- כך לדוגמה האיסור לביצוע רצח עם.

יחד עם זאת, נכון שבגלל החשש לסנקציה הוא קטן ביחס למערכות המשפט המדינתיות הפיתוי להפר גדול יותר ומדינות יפרו את המשב"ל עקב אחת או יותר מהסיבות הבאות:

1. דעת קהל פנימית ולחץ פוליטי פנימי.
2. אינטרס לאומי חזק כגון שיקולי ביטחון.
3. חוסר סנקציות- מדינה שיודעת שבתחום ספציפי לא תוטל עליה סנקציה, תפר את החוק.
4. מעצמה או מדינה מבודדת שלהן קל יותר להפר חוקים.ך

שיעור 2

ההיסטוריה המקובלת של המשב"ל

על פי ההיסטוריה המקובלת מהעת העתיקה היה משפט בינלאומי שבעיקר עסק בדיני מלחמה או דיני שלום. המשפט שאנו מכירים היום, לפי היסטוריה המקובלת, נולד במאה ה17 עם לידתה של מוסד המדינה. תאריך הלידה של המדינה לפי ההיסטוריה המקובלת הוא 1648 כאשר נחתמו הסכמי השלום המכונים "הסכמי שלום וסטפליה" שסיימו את מלחמת 30 השנים בהסכם בו בגדול הסכימו הנסיכים האירופאים להפסיק להתערב במדיניות אחד של השני. בנוסף לדיני המלחמה והשלום מתפתחים דיני הים. במאה ה18 קורה תהליך חשוב נוסף והוא חילון המשב"ל. **הנורמות שמקורן היו באל הפכו להסכמים בין מדינות**. במאה ה19 קורות שתי תופעות שקשורות אחת לשנייה ומשפיעות על המשב"ל- **המהפכה התעשייתית** שהגדילה את הסחר הבינלאומי ואתו נוצר צורך להסדר משפטי בינלאומי. השינוי השני הוא **קטלניות המלחמות**. מרבית הנשקים מומצאים בין 1850 ל1914. ככל שהמלחמה נהיית יותר קשה כך הרצון להסדיר את הכללים שלה גובר.

מבחינת תורת המשפט, במאה ה19 היו השקפות פוזיטיביות שניסו להפריד את המשפט מהמוסר ולהדגיש את האמירה **שמשב"ל הוא תוצר של רצונן של המדינות**. המאה ה19 היא תחילת הפריחה של השימוש באמנות בינלאומיות מולטילטראליות. אחרי מלחמת העולם הראשונה מוקם **חבר הלאומים** שמוחלף ע"י **האו"ם** אחרי מלחמת העולם השנייה ומתחילה פריחה של שימוש בארגונים בינלאומיים. כמו כן מתחיל תהליך נוסף בו מבינים **שלא ניתן לאכוף את המשב"ל** אם יופנה למדינות ולא לפרטים. אי לכך המשב"ל מתחיל לפנות לפרטים באחת משני דרכים- (1) בתחומים מסוימים מעניקים **זכויות והגנות** לבני אדם בשונה מבעבר שרק למדינות היו זכויות והגנות. הדוגמה הבולטת ביותר הינם דיני זכויות האדם ודיני הסחר הבינלאומי. (2) בתחומים מסוימים **מטילים חובות** כמו משפט בינלאומי פלילי. גם היום ברוב התחומים של המשב"ל אין פניה לפרטים והזכויות וחובות ניתנות למדינות.

בסוף שנות ה80, עם נפילת מסך הברזל מתחילה פריחה אדירה של המשב"ל בתחומים שהוא עוסק בהם, בסוג המוסדות שקמים ובהקמת ארגונים לא מדינתיים (NGO). אנו בתקופה בה המשפט מפתח ומשתנה וקשה להגדיר משהו שמשתנה מול העניים. יתרה מכך- קצב השינוי שונה בתחומים שונים.

**משב"ל קלאסי נוצר ע"י מדינות ומיועד למדינות** (מערכת אופקית). **אמצעי האכיפה הוא סעדי נגד** (סנקציות) בינלאומיות ויש תחומים שבהם יש ביתי משפט שפתוחים רק למדינות ויש כאלה שפתוחים גם לאזרחים להתלונן. בנוסף יש בתי משפט בינלאומיים שיכולים להטיל סנקציות על הפרטים. יש תחומים שונים הם מתנהגים באופן שונה.

הנורמות של המשפט הבינלאומי

למערכת מדינתית יש סוגים שונים של נורמות. כך גם למשפט הבינלאומי. יש הבדל בין שתי הנורמות העיקריות של המשב"ל-

* 1. אמנות
  2. דין בינלאומי מנהגי (מנהג).
  3. נורמות משניות יותר עליהם נדבר בהמשך.

המקורות הקלאסיים של המשב"ל מפורטות בס' 38 לאמנה שמקימה את הICJ. זהו בית הדין הכי נחשב והוא פתוח רק למדינות. אזרח לא יכול לתבוע מדינה אלא רק מדינה יכולה לתבוע מדינה אחרת. ס' זה באמנת הICJ רק מתאר את המקורות ומורה לשופטים להסתמך על מקורות אלו לשם מתן פס"ד. בנוסף, אומר הס' שאם תשובה לא תימצא באחד משתי המקורות האלה, ביכולתם לפנות לאחד מהמקורות הבאים:

* 1. עקרונות משפטיים כלליים- עקרונות משותפים למערכות משפט מדינתיות.
  2. פסיקה של בית דין בינלאומי- זהו מקור משני בלבד כיוון שבמשב"ל אין תקדים מחייב.
  3. כתבי מלומדים למשב"ל.

דין בינלאומי מנהגי

הגדרת המנהג היא פרקטיקה כללית של מדינות המקובלת בעיניהם כחוק. כדי להמחיש מה זה מנהג משתמשים במשל שני הכפרים השוויצריים- אנשים צריכים להגיע מכפר אחד לכפר שני והולכים איפה שבא להם. עם הזמן נוצר שביל שנהיה יותר ויותר ברור עם הזמן, דבר שגורם לאנשים רבים יותר ללכת בו. זוהי הפרקטיקה הכללית. ברגע שחברי הקהילה (תושבי שני הכפרים) תופסים את המצב ככזה שבו הם **מאמינים שיש להם חובה משפטית** ללכת רק בשביל. האלמנט הראשון הוא פרקטיקה כללית מקובלת (פרקטיקה של מדינות). האלמנט השני הוא תפיסת הפרקטיקה כחובה משפטית (בלטינית- opinio juris (OJ)) יוצרים דין מנהגי. באנלוגיה גסה, OJ הוא סוג של יסוד נפשי. חלק נכבד מדיני הים מעוגנים במנהגים. כך לדוג' מים טריטוריאליים הם תוצאה של מנהג מים טריטוריאליים.

הבעייתיות בהסתמכות על נורמה מנהגית

ישנם מספר רכיבים הגורמים לחוסר וודאות:

* 1. כאשר מסתמכים על פרקטיקה, כיוון שיש שונות בהתנהגות בין מדינות שונות ואפילו בהתנהגות של מדינה אחת במקרים שונים **נוצר קושי לזהות מהו המנהג** וגם אם תהיה הסכמה בנושא בדרך כלל יהיו חילוקי דעות על הפרטים המדויקים שלו.
  2. **לא ניתן לזהות אם מדינה רואה במנהג נורמה משפטית מחייבת או לא**. לאור זאת, רוב המערכות המשפטיות לא מסתמכות על מנהגים כדין מחייב. עם זאת, ללא הסתמכות על דין מנהגי, תחומים רבים היו נשארים ללא הסדרה.
  3. הסתמכות על דין מנהגי, במידה מסוימת, **יוצרת תמריץ לאלה שלא מעוניינים במנהג להפר אותו** היות ומנהג משתנה לפי הקורה במציאות.

רכיבי המנהג

* 1. פרקטיקה כללית של מדינות- כדי לזהות פרקטיקה כללית של מדינות בודקים 2 רכיבים:

א. כלליות/ נרחבות- צריך שהרבה מדינות תנהג באופן מסוים. אי אפשר לחפש ציות מוחלט או לאכוף זאת.

ב. עקביות- קשה לצפות ממדינה שהיא קולקטיב של אנשים רבים לפעול בעקביות לכן לא מחפשים עקביות מוחלטת. כדי שמנהג יתפתח מהר אנחנו צריכים לראות פרקטיקה עקבית מאוד (כך קרה עם מים טריטוריאליים שתוך עשור נהיה מנהג מקובל ומרחב אווירי טריטוריאלי).

**יש טענה שאומרת שלא צריך להסתכל בהתנהגות של כל המדינות אלא צריך להסתכל על הפרקטיקה של המדינות המושפעות במיוחד**. היתרון בכך הוא הסתמכות על מדינות מושפעות וצמצום נקודות יחוס והקלה באיתור מנהגים. למשל בנורמות הקשורות בדיני ים לא צריך לספור מדינות נטולות ים. אולם, ברוב התחומים לא קל לזהות מי הם המדינות המושפעות במיוחד כמו דיני לחימה. עמדה אחת אומרת שצריך להתייחס רק למדינות המושפעות במיוחד ועמדה שניה אומרת שצריך להתחשב בכלל המדינות. יש דרך נוספת להתמודד עם בעיית המדינות המושפעות והיא מנהג אזורי. רעיון זה מסתכל רק על ההתנהגות של מדינות באזור מסוים ובודק האם שם יתפתח מנהג. ברמה המופשטת כולם מסכימים שיכולים להיות מנהגים אזורים אך ברמה הפרקטית יש מעט מאוד כאלה. פס"ד קלאסי שעסק במנהג אזורי הינו תביעה שהייתה בבית הדין הבין לאומי בין קולומביה ופרו. כאשר יש הפיכה בפרו אחד ממנהיגי ההפיכה בורח לשגרירות קולומביה בפרו. פרו טוענת שיש להסגיר אותו בעוד קולומביה אומרת שדרום אמריקה היא יבשת של מהפכנים והתפתח בה מנהג אזורי המחייבת להעניק מקלט מדיני למהפכנים. בית הדין מסכים עם קולומביה על כך שיש מנהג אזורי ושהוא יכול להתפתח אך היא טועה בקביעה שמנהג זה התפתח.

המתנגד העקבי- מצב בו יש 200 מדינות, 150 מתנהגות בדרך מסוימת, 49 לא מעורבות ומדינה אחת מתנגדת להכל ועושה אחרת. האם יש מנהג ומי מחויב אליו? לפי הדוגמה **יש מנהג אשר מחייב גם את המדינות הלא מתערבות**. עם זאת **הוא לא יחייב את המתנגדת העקבית**. זה בכדי לחזק את אלמנט ההסכמה של המדינות למנהג.

כדי שמדינה תהיה מתנגד עקבי צריכים להתקיים 3 תנאים:

א. ההתנגדות צריכה היות מפורשת. שתיקה לא מספיקה.

ב. ההתנגדות צריכה להתחיל עוד לפני מועד התגבשות המנהג. יש בכך בעיות שכן יש מנהגים שקמו לפני מדינות ולא ברור מתי בדיוק התגבש מנהג. כך לדוג' יש קונצנזוס מוחלט שאומר שלא ניתן לכבוש טריטוריה במלחה. הוויכוח בין ישראל לעולם הוא על מתי התגבש המנהג.

ג. על ההתנגדות להיות עקבית.

יש סייג אחד לעיקרון זה ועל פיו מדינה לא יכולה להיות מתנגדת עקבית לנורמה מסוגjus cogens - נורמות מנהגיות קוגנטיות כמו האיסור לבצע רצח עם, איסור על עבדות.

* 1. אופיניו יוריס- איך יודעים מתי מדינה עושה משהו מתוך נימוס או מתוך מחויבות משפטית? פס"ד קלאסי שעסק בזה הוא פס"ד לוטוס שניתן ע"י הPCIJ (permanent court of international justice) שם היה מקרה שאנייה צרפתית התנגשה באנייה תורכית ונפגעו אנשים. הקברניט הצרפתי נוחת בתורכיה והתורכים עוצרים אותו ורוצים להעמיד אותו לדין. הצרפתים פונים לPCIJ ואומרים שרק המדינה של האוניה רשאית להעמיד לדין את הקברניט. בית הדין אומר שנכון שבהרבה מקרים מדינות נמנעו מלהעמיד לדין אך עשו זאת מתוך נימוס ולא מחויבות ולכן אין מנהג. בפס"ד זה נקבע עיקרון של המשב"ל שנקרא עיקרון לוטוס על פיו מדינות רשאיות לעשות ככל העולה על רוחם כל עוד לא קיים דין בינלאומי מפורש האוסר עליהם לבצע את הפעולה. בהרבה מאוד תחומים של המשב"ל היום, עיקרון לוטוס לא חל.

(השלמה של זיו)

מה קורה כאשר ישנה התנגשות של הפרקטיקה בפועל לבין התנהגות המדינה?

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

פס"ד Filartiga – פס"ד אמריקאי מ-1980- עוסק בסוגיה דומה בנוגע לעינויים (נכון שיש מדינות מבצעות עינויים, אבל הן ככלל או מכחישות את המעשה או טוענות שמה שהן עשו לא נחשב עינויים; משמע, הן ממשיכות להצהיר מחויבות לכלל).באופן כללי לכל הפחות בתחומים של זכויות אדם והגנות בדיני הלחימה – **ניתן משקל חזק ל-OJ גם שיש הפרות.**

יחד עם זאת, היחס בין ה-OP לפרקטיקה יכול להוביל גם למסקנה שאין מנהג; למשל בסוגיות הנשק הגרעיני, יש מעט מאוד פרקטיקה, והפרקטיקה היא של אי שימוש. אולי ניתן להסיק מהפרקטיקה שיש איסור? לא. בעניין זה ה-ICJ הביא את הצהרות המדינות השומרות לעצמן את הזכות להשתמש בנשק במקרה מתאים, כלומר הן לא רואות באי השימוש איסור. לכן לא ניתן היה לדבר על כלל אוסר.

הערבוב בין שני המישורים: הפרקטיקה המדינתית וה- opinion juris

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

שיעור 3

ICJ

הICJ (international court of justice) הוא **בית דין בינלאומי** שיושב בהאג (יש בית דין נוסף בהאג בשם הICC (international criminal court)). הICJ הוא בית הדין הבינלאומי המוערך ביותר בעולם. מבחינה פורמאלית מחייבת רק את המדינות להליך המשפטי ולא מדינות אחרות אך יחד עם זאת עקב מעמדו, **פסיקותיו ככלל נלקחות ברצינות רבה**. בית דין זה מוקם יחד עם האו"ם מבחינה פורמאלית אם כי מבחינה מעשית הוא היורש של בית דין מוקדם יותר שנקרא הPCIJ (permanent court of international justice) שגם הוא יורש של בית דין יותר קדום שהוקם ב1898. מדובר במוסד מאוד ותיק אשר עוסק רק בהליכים בין מדינות וכדי שידון במקרה נדרשת הסכמה של המדינות המעורבות. הסכמה זו ניתנת באחת מ3 דרכים:

1. הסכמה אד הוק (למקרה ספציפי).
2. הסכמה באמנה יותר כללית כמו לדוג' אמנת השלום והידידות בין ארה"ב ואירן מחייבת שכל הסכסוכים בניהם יפתרו בICJ. עקב כך כל כמה שנים ארה"ב או אירן תובעת את השנייה.
3. שליש מהמדינות בעולם בערך הפקידו אצל הICJ מסמך המצהיר כי כל מדינה יכולה לתבוע אותם בכל נושא.

מלבד הסמכות לתת פסקי דין, לICJ יש סמכות לתת חוות דעת משפטיות אם העצרת הכללית של האו"ם מבקשת זאת. מבחינה פורמאלית חוות דעת אלו לא מחייבות אך כיוון שמדובר בבית דין נחשב ביותר לוקחים אותם ברצינות. שתי דוגמאות לחוות דעת מפורסמות הן חוות הדעת ב2012 בדבר חוקיות החומה ואמנה בדבר חוקיות הנשק הגרעיני.

אמנות

דיני האמנות מוסדרים במשפט המנהגי יחד עם זאת ב1969 נחתמה אמנת ווינה שמפרטת את מרבית דיני האמנות. מרבית הסעיפים הם דקלרטיביים ותפקידם להצהיר על הדין המנהגי הקיים. מקובל לקרוא לאמנה זו אמנת ווינה או אמנת האמנות. ס' 2 לאמנת ווינה מגדיר מהי אמנה מתוך מטרה להגדיר מהי אמנה שחלה עליה אמנת ווינה.

האלמנטים שצריכים להתקיים הם:

1. הסכם שהצדדים החליטו עליו.
2. בינלאומי- לעיתים מדינות חותמות הסכם עליו חל דין מדינה אחת מהן ולא הדין הבינלאומי. כך לדוג' מדינה שמשכירה נכס לאחרת בשטחה.
3. בין מדינות- כאן ההבדל בין אמנת ווינה לאמנות אחרות. אם מדינה תחתום על הסכם עם NGO אמנת ווינה לא תחול על האמנה.
4. חלה רק על הסכמים בכתב- יחד עם זאת הדין המנהגי קובע שאמנה יכולה להיות גם בע"פ. דוגמה להסכם בע"פ היא השריפה בכרמל- מדינות שהציעו עזרה ביקשו שיפוי של המדינה במקרה שכוחות הכיבוי יגרמו לנזק. הסכמת המדינה לא הייתה בכתב. אמנה יכולה להיות במספר הסכמים ואף בחלופת מכתבים. כמו כן כותרת האמנה לא משנה ויש להסתכל על תוכן האמנה. פס"ד חשוב בהקשר זה הוא קטאר נ' באחריין. מדובר היה במסמך שכותרתו הייתה "פרוטוקול מוסכם" וכשהICJ הסתכל על התוכן הוא קבע כי מדובר באמנה.
5. ההסכם נשלט ע"י הדין הבינלאומי.

אילו נורמות של המשפט הבינלאומי מפרה מדינה כשהיא מפרה אמנה

אמנות מחייבות רק את הצדדים להם ביטוי לרעיון הריבונות של מדינות ורעיון ההסכמה. **אם מדינה לא הצטרפה לאמנה היא לא חלה עליה אך אם יש דין מנהגי זהה הדין כן חל עליה**. אילו נורמות של המשפט הבינלאומי מפרה מדינה כשהיא מפרה אמנה?:

1. כאשר מדינה מפרה אמנה היא מפרה התחייבות בעלת **אופי מעיין חוזי**. אי לכך יכפו עליה סעדים בעלי אופן חוזי שיפורטו באמנה עצמה בדרך כלל.
2. אמנות הן דין במשב"ל. זאת אומרת שכאשר מדינה מפרה נורמה של אמנה היא בעצם מפרה חוק בינלאומי. יש תחום שלם שעוסק בהפרות הדין בשם **"דיני אחריות מדינה"**.
3. כאשר מדינה מפרה נורמה של אמנה היא גם **מפרה דין מנהגי יסודי של המשב"ל שקובע שהסכמים צריך לקיים.**

דוגמאות לאמנות: אמנת ווינה, אמנת ז'נבה ה4 בנושא אנשים שאינם מעורבים בלחימה, הסכם השלום עם מצריים.

ישנם הבדלים בין סוגי האמנות הללו ולכן יש דרכים שונות לסיווג אמנות

דרכים שונות לסיווג אמנות

1. אמנות בילטראליות מול מולטילטראליות- הכוונה היא למספר המשתתפים.
2. הבחנה בין אמנות מעין חוזיות לאמנות שיוצרות דין במהותן- ניתן להבין זאת מאופי האמנה והכתוב בה כמו לדוג' אמנות לקשרי סחר, הסכמי שלום ואמנות הסגרה יהיו אמנות חוזיות במהותן. לעומת זאת יש אמנות שמטרתם ליצור מסמך שיותר דומה לחוק באופיו כמו למשל אמנות ז'נבה בעניין דיני הלחימה, אמנת דיני הים. מרבית האמנות הבילטראליות יהיו חוזיות בעוד במולטילטרליות יהיו כאלה וכאלה.
3. הבחנה בין אמנות דקלרטיביות לאמנות קונסטיטוטיביות- **אמנות קונסטיטוטיביות נועדו ליצר דין חדש לעומת זאת אמנות דקלרטיביות מטרתן להעלות על הכתב דין מנהגי קיים.** מבחינה פורמאלית מדינה שלא חתמה על אמנה לא מחויבת אליה יחד עם זאת אם האמנה היא דקלרטיבית ומצהירה על דין קיים, היא מחויבת לדין המנהגי. אם מנהג מחייב מדוע יש צורך להכניסו לתוך אמנה? יש לכך 3 סיבות: (א) דין מנהגי הוא הרבה פעמים עמום. דרך האמנה המדינות מבהירות את הפרטים בדין המנהגי. (ב) לפעמים מדינות חלוקות בשאלה האם נורמה מסוימת היא דין מנהגי או לא. ההתכנסות יחד סביב מסמך של המדינות שחושבות שקיים דין מנהגי היא טקטיקה שנועדה לחזק את הבסיס לטענה שקיים דין מנהגי. (ג) קיימות אמנות שביום חקיקתן היו קונסטיטוטיביות אך עם הזמן הנורמות שקיימות בהן התקבעו לדין מנהגי ולכן כיום מדובר באמנה דקלרטיבית באופייה. לדוג'- כאשר נחתמו 4 אמנות ז'נבה בדבר דיני הלחימה, ברור לכל שחלקים נכבדים מהם הם קונסטיטוטיביים ומייצרים דין חדש בעקבות מלחמת העולם השנייה. כיום כל המדינות מסכימות ששלושת אמנות ג'נבה הראשונות הן דקלרטיביות וכל המדינות בעולם מלבד ישראל טוענות שאמנת ג'נבה ה4 משקפת דין מנהגי.

בסופו של יום בודקים באמנה סעיף סעיף והאם הסעיף הספציפי משקף דין מנהגי או לא. גם באמנה שמצהירה על עצמה שהיא קונסטיטוטיבית יתכנו סעיפים מסוימים שיהיה קונצנזוס לגביהם ויהיו סעיפים עליהם יהיו חילוקי דעות. כך לדוג' ישראל לא חתומה על אמנת ווינה כיוון שלדעתה האמנה לא ממלאת את הדין המנהגי.

1. הבחנה בין אמנות שלא יוצרות מוסדות בינלאומיים לבין אמנות שכן יוצרות מוסד בינלאומי- יש אמנות מסוג מיוחד אשר **מקימות מוסד או מוסדות בינלאומיים.** מה שמיוחד באמנות אלה הוא שבחלק מהמקרים האמנה מעניקה למוסד הבינלאומי סמכות ליצר נורמות מחייבות חדשות. דוג' לכך הוא האו"ם אשר הוקם באמנה בשם חוקת האו"ם. דרך אותה חוקה הקים האו"ם את מועצת הביטחון אשר לה סמכות לייצר כל מיני מסמכים בניהם החלטה מכוח פרק 7. החלטה זו מחייבת את כל המדינות החברות באו"ם.

איך כורתים אמנה

אמנה בילטראלית נכרתת בפשטות ע"י שתי המדינות בדומה לחוזה. אמנות מולטילטראליות נעשות בדרכים שונות. אחת מהן היא מוסד או ארגון בינלאומי מזמין את המדינות להתכנס, נציגי המדינות קובעים פאנלים לדון בנושא מסוים וכל מדינה מחליטה לאיזה פאנל לגשת. בשלב שכל הפאנלים מבשילים מצביעים על האמנה סעיף סעיף. גוף מרכזי שפועל ליצירת אמנות מולטילטראליות הוא הILC (international law commission) זהו גוף שיושב באו"ם המורכב ממשפטנים ותפקידו לפתח את המשב"ל. גוף נוסף הוא הצלב האדם הבינלאומי אשר אמון על פיתוח המשב"ל ההומניטארי (דיני לחימה).

ברמה הפרקטית באמנה בילטראלית המשלחות חותמות בראשי תיבות ולאחר מכן יש טקס חתימה רשמי. ברמה הפורמאלית אנו צריכים לשאול את עצמינו 2 שאלות- מהו ההליך שבאמצעותו מדינה מצטרפת לאמנה ומיהו הנציג של המדינה שמוסמך לצרף אותה לאמנה.

מהו ההליך?- יש אמנות שמדינה יכולה להצטרף אליהן בהליך חד שלבי. ברגע שהנציג המוסמך של המדינה חתם על האמנה היא מחייבת. יש אמנות שבהן כדי שמדינה תיהפך לצד באמנה נדרש הליך דו שלבי- חתימה על ידי הגורם המוסמך במדינה לחתום על אמנות, סידור הגורמים הרלוונטיים במדינה וחתימה נוספת על האמנה אשר נקראת אישרור. מדינה נחשבת כחברה באמנה רק אחרי שהסתיימו 2 השלבים. האמנה עצמה קובעת אם יש צורך בהצטרפות חד או דו שלבית. יש אמנות שנותנות מועד מסוים בו יש צורך בשני שלבים ומועד אחר בו יש צורך רק בחתימה אחת. לדוג' אמנת רומא דרשה 64 מדינות כדי שאמנה תיכנס לתוקף. מהרגע שהאמנה נכנסת לתוקף מספיקה חתימה אחת. ככל, כיום רוב האמנות דורשות 2 שלבים.

מה קורה אם מדינה חתמה על אמנה אך לא אישררה אותה? **אותה מדינה לא חברה באמנה אך יחד עם זאת הדין המנהגי קובע שאסור לה לנקוט פעולות שחותרות תחת העקרונות היסודיים של האמנה**. לדוג'- מדינת ישראל חתמה על אמנת רומא שהקימה את הICC כיוון שמהרגע שישראל נוסדה היא דחפה להקמת בית דין כזה. מהר מאוד הבינו בישראל שמדינות אחרות מחפשות אותה ואי לכך לא אישררה את האמנה והודיע כי אין כוונה לאשרר. בשלב זה עקרונות היסוד של האמנה מחייבות את ישראל. כאשר ארה"ב משכה את החתימה שלה מהאמנה ישראל עשתה זאת אחריה. ישנם חילוקי דעות האם משיכת חתימה הינה דבר קביל. הסיבה שחלק נכבד מהאמנות נסמכות על הליך דו שלבי היא: (1) יש דינאמיקה למו"מ אשר בדר"כ מובילה ללחץ להגיע להסכמה. מתוך חשש שלאחר החתימה מדינה תגלה שהמסמך לא מצביע על מה שהיא רצתה, ישנו רצון לתת שהות בה **מדינה תוכל לוודא שהמסמך אכן טוב לה**. אישרור מחזק את עיקרון ההסכמה. (2) סיבה יותר פורמאלית הקשורה לתנאי בסיסי של המשב"ל שקובע שהדין המדינתי של מדינה אינו מהווה עילה מבחינת המשב"ל להפרת דין בינלאומי שהמדינה מתחייבת אליה. מדינה לא יכולה לחזור בה מאמנה כיוון שיש במדינה חוק פנימי האוסר זאת (אם זאת יש חריגים מסוימים). הליך האישרור נועד **למנוע את ההתנגשות בין שתי מערכות המשפט**. ההליך הדו שלבי נותן למדינה זמן לוודא שאין סתירה.

מיהו הנציג המוסמך?- לשאלה זו 3 חלופות: (1) אדם המספק הוכחה לכך שיש לו סמכות מהמדינה לעשות זאת- דיפלומט. (2) מהפרקטיקה של המדינות המעורבות מקובל שלנציג כזה יש סמכות כמו ראש ממשלה, שר חוץ וכדומה. (3) מסיבות אחרות נראה הדבר שהמדינה התכוונה לתת לו סמכות שכזו. לא ניתן לצפות מנציגי מדינות לזהות מתחזים של מדינות אחרות.

הסתייגות

מה קורה אם מדינה לא מסכימה עם סעיף אחד או יותר ממה שנכתב באמנה? כדי להתמודד עם עניין זה נוצר כלי משפטי בשם הסתייגות. כאשר מדינה מצטרפת לאמנה היא מוסיפה מסמך בו היא אומרת שהיא מסתייגת מסוגיה או מסעיף כלשהו. לדוג' ישראל חתמה על אמנה בדבר זכויות אדם אזרחיות ופוליטיות אך אישררה אותה רק לאחר 30 שנה בזכות דן מרידור שגרם לישראל לחתום על האמנה בכפוף להסתייגות שמדינת ישראל תקיים את הסעיף בכפוף למגבלות הקבועות בדין הפנימי שלה. הסיבה לדחייה הייתה בעיית דיני האישות בארץ דוגמה נוספת היא שאמנת ג'נבה הרביעית מחייבת שכוחות רפואיים בלחימה צריכים לסמן עצמם בצלב אדום, סהר אדום או האריה השואג האירני האדום. ישראל ביקשה להכניס גם את המגן דוד אדם- הצעה שנדחתה. כשישראל חתמה על האמנה היא הוסיפה הסתייגות שהיא מקיימת את האמנה בכפוף לשימוש בסמל מגן דוד אדום.

הגדרה פורמאלית- **הסתייגות היא הכרזה חד צדדית של מדינה, שלא משנה מה כותרתה, וניתנת במהלך הקבלה, חתימה או אישרור של האמנה, בה המדינה מכריזה** **שהאמנה תחול עליה תוך החרגה או שינוי של סעיפים מסוימים באמנה.**

ההשלכות של הסתייגות הן:

1. התנהגות בהתאם להסתייגות לא נחשבת הפרה של אמנה.
2. כל שאר המדינות החתומות על האמנה רשאיות לפעול ביחסיהם עם אותה מדינה בהתאם לכללים הקבועים בהסתייגות שלה.

חריגים לאפשרות להסתייג

ס' 19 לאמנת האמנות קובע שאסור להסתייג לאמנה ב2 מקרים:

1. **כאשר האמנה קובעת שלא ניתן להסתייג ממנה** כמו למשל אמנת דיני הים שברובה דקלרטיבית אך יש בה גם אלמנטים קונסטיטוטיביים. ישראל לא הסכימה עם מספר סעיפים כאלה ולכן ישראל לא חתמה על האמנה במקום לחתום עליה עם הסתייגות.
2. אסור להסתייג מאמנה **כאשר ההסתייגות היא כה גורפת עד שהיא פוגעת במטרות האמנה**. דוגמה לכך היא האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות אשר קובעת שיש ליצור שוויון בין גברים ונשים. ערב הסעודית חתמה עליה תוך הסתייגות שהיא תקיים את הדרישה לשוויון בכפוף לדין הדתי המוסלמי. ב1964 נקבע שההסתייגות של ערב הסעודית פוגעת בערכי האמנה.

מה קורה כאשר ישנה הסתייגות אסורה? יש לכך 2 עמדות:

א. מועצת זכויות האדם של האו"ם קבעה שבמידה ויש הסתייגות אסורה היא **בטלה מיסודה** וכל שנשאר הוא האישרור. אי לכך ערב הסעודית מחויבת לאמנה.

ב. הILC הוציא חוות דעת נגדית שאומרת שהבסיס להיותן אמנות מחייבות הוא **עיקרון הסכמת המדינה.** המדינה הסכימה בכפוף להסתייגות ולא ניתן לחייב אותה. אי לכך אם המוסד הרלוונטי קבע שההסתייגות אסורה, עליו להודיע למדינה שזו דעתו על ההסתייגות שלה ועל אותה מדינה להחליט אם היא פורשת מהאמנה או מתקנת את ההסתייגות. אם הגוף הרלוונטי לא אומר על הסתייגות שהיא אסורה חזקה עליהם שהסכימו עם הסתייגות.

היתרון הגדול של מוסד ההסתייגות הוא שהוא מקדם את היכולת להגיע להכרעה אך עם זאת הוא יוצר אי וודאות בדין.

הצהרות פרשניות

זהו מסמך שמדינה מגישה בשלב הקבלה, חתימה או אישרור שבו המדינה לא מסתייגת אך אומרת שהיא **מפרשת בדרך מסוימת סעיף מסוים.**

היתרון של הצהרה פרשנית הוא שהיא מבטלת קונפליקט עם מדינות אחרות ואם יש חילוקי דעות, הצהרת העמדה יכולה לסחוף אחריה מדינות אחרות. יתרון נוסף הוא שניתן לעשות זאת באמנות שלא מאפשרות הסתייגות. החיסרון הוא שאם תתקבע פרשנות אחרת היא תחייב גם את המדינה שהצהירה על פרשנות מסוימת.

ישנה מגבלה על הצהרה פרשנית שאומרת **שיש לספק פרשנות הגיונית ואפשרית**. כך לדוג' במשך שנים מדינות ערב הוסיפו הצהרה פרשנית שאומרת שאין האמור שהחתימה על אמנה זו מאשרת הכרה במדינת ישראל או מחייבת את המדינה כלפי ישראל. הILC פרש את האמור כך שהחלק הראשון ריק מתוכן כיוון שיש הרבה מדינות שלא מכירות במדינות אחרות ולכן אין הכרה מחייבת כשחותמים על אמנה. לגבי החלק השני אומר הILC שזה חסר תוכן כיוון שלא מדובר בס' ספציפי ואין זו הצהרה פרשנית כיוון שזה לא פרשנות אלא אמירה גורפת שלא מתייחסת לשום סעיף ספציפי. גם **לגבי הצהרה פרשנית מה שמשנה זה לא הכותרת אלא התוכן** ולכן עשויים להיות מקרים בהם הכותרת תהיה הצהרה פרשנית אך התוכן יהיה הסתייגות.

ישנם 3 מושגים במשב"ל שנקראים הצהרה/ הכרזה שאין לבלבל בניהם:

1. הכרזה פרשנית/ הצהרה פרשנית.
2. הכרזה בינלאומית- מס' מדינות מתכנסות, חותמות על מסמך וכותבות במסמך באופן מפורש או במשתמע שאין זו אמנה אלא **הכרזה לא מחייבת**. כך למשל ההכרזה בדבר זכויות האדם ב1948, הכרזת טוקיו בדבר איכות הסביבה. יש 3 סיבות ליצירת הכרזה בינלאומית שהיא מסמך לא מחייב

א. **מסיבות פוליטיות** נעשים דברים רק כי הם נראים טוב כלפי המדינה פנימה.

ב. לפעמים יודעים שלא ניתן להגיע להסכמה של ממש אך רוצים **לסמן כיוון** אליו המדינות רוצות ללכת (כמו בהכרזה בדבר זכויות האדם של האו"ם).

ג. לפעמים, **עם הזמן, המסמך הלא מחייב ישפיע על השקפות של מדינות בנושא** ויצור מנהג שיהיה מחייב (היום יש קונצנזוס שמרבית הסעיפים באמנת זכויות האדם הינם דין מנהגי).

1. הכרזה חד צדדית- מדינה מחליטה להכריז לנהוג באופן מסוים. הכרזה כזאת מעמדה כדין בינלאומי המחייב את המדינה. זהו מצב בו כביכול המדינה חתמה על אמנה מול כל העולם. לדוג' הצהרת בלפור- עמדת הקהילה הציונית הייתה שזו הצהרה חד צדדית של ממשלת אנגליה המחייבת אותה. אנגליה טענה בשלבים שונים שמדובר במסמך פוליטי לא מחייב. דוגמה נוספת- ישראל אחרי מלחמת ששת הימים מודיעה שלפי הפרשנות המשפטית שהיא תמוכת בה, אמנת ג'נבה ה4 לא חלה ביו"ש. יחד עם זאת היא מצהירה שהיא לוקחת על עצמה את המחויבות לקיים את הסעיפים בעלי האופי ההומניטרי של אמנת ג'נבה הרביעית. בהמ"ש העליון בארץ טוען שמדובר בהצהרה מחייבת. דוג' שלישית היא צרפת שהודיע שלא תעשה ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט אך עושה זאת כמה שנים אחר כך. אוסטרליה וניו זילנד תובעות את צרפת שטוענת שזאת הייתה הצהרה פוליטית. הICJ טוען שזאת הייתה הכרזה חד צדדית ומחייב את צרפת להפסיק.

כללים בסיסיים בדיני האמנות

ס' 26 לאמנת האמנות קובע שמדינות צריכות **לנהוג בתו"ל** כלפי צדדים אחרים לאמנה. ס' 31, 32 קובעים כלים בדבר פרשנות האמנה- **קודם כל הולכים לפרשנות הלשון ורק לאחר מכן לתכלית האמנה** מבחינת ההקשר. ניתן גם להיעזר במסמכי ההכנה לאמנה בכדי להבין את מהות האמנה.

הסדרים בדבר פרישה, ביטול או השעיה

ס' 42 קובע שאם אמנה קובעת שניתן לפרוש ממנה, מדינה יכולה לפרוש בכפוף לתנאים הקבועים באמנה.

ס' 56 קובע שאם האמנה לא מציינת האם מותר או אסור לפרוש ממנה, יש לבחון את האמנה באופן פרשני ולראות אם היא מאפשרת פרישה.

ס' 54 אומר שניתן לפרוש בהסכמת שאר הצדדים לאמנה.

במצב שבו הרבה מדינות פורשות מאמנה לא נותן היתר למדינה אחרת לפרוש אך הוא יהיה שיקול פרשני האם ניתן לאפשר לאותה מדינה לפרוש.

פגמים בכריתה

מדינה לא יכולה לתרץ הפרה של חוק בינלאומי בטענה שהדין הפנימי שלה סותר אותו. יש לכך חריג בס' 46 לאמנת ווינה אשר קובע **שאם הייתה הפרה יסודית של חוק מדינתי מרכזי של אותה מדינה, המדינה יכולה לטעון שההתחייבות של הנציג להצטרף לאמנה אינה מחייבת.** דין מרכזי הוא בדר"כ סעיפים בחוקה. ההיגיון אומר שעל מדינות לדעת את הטעמים החוקתיים המרכזיים של מדינות איתן הן חותמות על הסכמים. יכול להיות שמדינה תחתום על אמנה שסותרת את חוקי המדינה מסיבות פוליטיות.

ס' 47 קובע שמי שהתחייב בשם המדינה, **התחייבותו תחייב את המדינה גם אם עשה זאת בניגוד להגבלה שהוטלה עליו** אלא אם אותו נציג אמר מראש או הצהיר על ההגבלות שהמדינה מטילה עליו. ב2002 מתקיים הליך משפטי בICJ בין קמרון לניגריה בו קמרון טענה שהוחרגה סמכותו של ראש הממשלה והוא לא יכול היה לחתום על ההסכם. הICJ דוחה את הטענה כיוון שניגריה לא צריכה לנחש מה החוק הפנימי של קמרון.

ס' 48 מאפשר נסיגה מאמנה כאשר ההצטרפות לאמנה נסמכה על **טעות מהותית בעובדה**. יחד עם זאת, המדינה לא יכולה להסתמך על טעות שגרמה בעצמה להתרחשותה. לדוג' ישנו מקדש עליו יש מחלוקת בין קמבודיה ותאילנד. הסתמכות על מפות עתיקות הציב את המקדש בשטחה של קמבודיה. כעבור זמן תאילנד טענה שהמפות עליהם הסתמכו היו שגויות. הICJ טען שלתאילנד היה יד בכך ולכן היא לא יכולה לטעון לטעות.

סיבות נוספות לפרישה מאמנה הם **תרמית, שוחד או איומים על נציג המדינה**. עם זאת, כפיה פוליטית וכלכלית אפשרית. אין סעיף באמנה שיכול לסתור נורמות מנהגיות יסודיות של המשב"ל כמו איסור על עבודת, רצח עם ופשעים נגד האנושות.

ס' 61 אומר שניתן לפרוש מאמנה או לבטל אותה כאשר **אין אפשרות לבצע את האמנה** כמו במצב בו הושמד או נעלם גורם חיוני לביצוע האמנה. **פרשנות הס' מאוד מצומצמת** כך שאפילו משבר כלכלי או מלחמה לא מאפשר שימוש בסעיף. לדוג'- ישראל התחייבה להעביר כל שנה כמות מסוימת של מים. האם בעקבות בצורת מדינת ישראל יכולה להודיע שלא תעביר מים? ככל הנראה לא כיוון שאזור המזרח התיכון ידוע ככזה שיש בו בצורות.

ס' 62 קובע מתי מדינה יכולה לפרוש מאמנה בגלל **שינוי מהותי בנסיבות**. צריך שיהיה שינוי מהותי בנסיבות לעומת אלו שהיו בעת הכריתה, השינוי לא היה צפוי בידי הצדדים, שינוי הנסיבות צריך להיות לגבי משהו מהותי להסכם בין הצדדים. השינוי צריך להיות בנוגע לפרט מהותי לצדדים שהוביל לשינוי קיצוני בהיקף ההתחייבות שיש לבצע בהתאם להסכם. עם זאת הכלל קובע **שאפילו הפיכה בשלטון לא תחשב כשינוי ראדיקלי בנסיבות.**

**רק הפרה יסודית ומהותית של האמנה תוביל לביטול האמנה.** הדבר אומר שבאמנות מולטילטראליות **הפרות לא יביאו לביטול אמנה** וגם באמנות בילטראליות הדבר לא יוביל לביטול האמנה אלא יכנסו לתוקף הסעדים הקבועים באמנה ודיני המשפט המנהגי של אחריות המדינה שמטרתם לשוב ולקיים את האמנה.

(השלמה של זיו)

ההשלכות של הפרה של אמנה ע"י מדינה: הפרה של אמנה (מכל סוג), היא הפרה של הדין בינלאומי על ידי המדינה המפרה והיא מקימה אפשרות לנקוט במקביל: (א) בצעדים שנובעים מדיני האמנות [כמו אלו הקבועים באמנה הספציפית וכמו אלו הקובעים בסעיף 60 במקרים בהם הסעיף רלוונטי]; ו-(ב) צעדים הנובעים מ-"דיני אחריות מדינה" (עליהם נלמד באחד השיעורים בהמשך).

הפרה מהותית של אמנה - סעיף 60 לאמנת וינה (משקף משפט מנהגי)

**הפרה מהותית** - ביטול לא מוצדק או הפרת סעיף חיוני להשגת המטרה או התכלית של האמנה.

במקרה של הפרה מהותית של **אמנה בילטרלית** הצד הנפגע יכול להסתמך על ההפרה כבסיס לביטול האמנה או השעייתה, באופן כולל או חלקי. במקרה של הפרה מהותית של **אמנה מולטילטראלית** על ידי אחד הצדדים: (א) הצדדים האחרים יכולים להסכים פה אחד לבטל או להשעות את האמנה מול הצד המפר או בין כל הצדדים; (ב) צד שנפגע מן ההפרה באופן מיוחד יכול להתבסס עליה כבסיס להשעיית תוקף האמנה בינו לבין המדינה המפרה; (ג) צד אחר יכול להתבסס על ההפרה כבסיס להשעיית תוקף האמנה לגבי עצמו באופן כללי אם האמנה היא כזו שהפרה מהותית שלה על ידי אחד הצדדים משליכה על מצבם של כל שאר הצדדים ביחס להמשך ביצוע ההתחייבויות במסגרתה.

**סעיף 60, פסקה 5 קובע חריג**: הוראות הסעיף לא יחולו ביחס להוראות הנוגעות להגנת האדם הכלולות באמנות בעלות אופי הומניטארי. משמע**, אם מדינה אחת מפרה הגנות המוענקות באמנות בדבר זכויות אדם או אמנות בדיני לחימה הדבר לא יכול לספק תירוץ למדינה אחרת לפרוש מהאמנה האמורה או לנסות לבטל אותה** (שכן, המטרה של אמנות אלו היא להגן על בני-אדם).

שיעור 4

היחס בין אמנה למנהג

שאלת היחס בין אמנה למנהג מעלה 2 סוגיות שונות:

1. מתי נורמה אחת תשקף את הנורמה השנייה:

א. **אמנה דקלרטיבית** (בפועל נצטרך לבדוק סעיף סעיף כדי להבין את התוכן של האמנה).

ב. מתי אמנה קונסטיטוטיבית תשקף מנהג? ברור **שמיום היוולדה נורמה זו משקפת מנהג**. יכול להיות שבמנותק מהאמנה התפתח מנהג זהה לכתוב באמנה. מקרה יותר נפוץ הוא שקיומה של האמנה משפיע על התפתחותו של מנהג.

ג. באמנה בילטראלית יכול להיות מצב בו אמנה תחזור שוב ושוב עד שתחשב כמנהג.

ד. באמנה מולטילטראלית הדעה המקובלת אומרת שאם יש אמנה שחתומות עליה הרבה מדינות והן נוהגות על פי האמנה, הרי שיתכן **שעם הזמן נגיע למסקנה שהתפתח מנהג**. דבר שיכול לחזק את ההנחה שהתפתח מנהג הוא אם נראה שגם מדינות שלא חתומות על האמנה מתנהגות בהתאם לאותה נורמה. דוגמה לכך היא שכל מדינות העולם חתומות על אמנת ז'נבה 1947. לאור זאת העמדה המקובלת בעולם היא שהנורמות המפורטות באמנות הן כיום דין מנהגי למרות שברור שב1947 סעיפים רבים לא שיקפו דין מנהגי. עמדת מדינת ישראל היא שהדבר נכון לגבי 3 האמנות הראשונות בלבד ולא לגבי ה4. דוג' נוספת היא שהדברים נכונים במידה רבה גם לגבי הפרוטוקולים הנוספים של אמנות ז'נבה שנכתבו בסוף שנות ה70. ישראל לא חתומה על הפרוטוקולים אך יחד עם זאת על הפרוטוקול הראשון חתומות 173 מדינות ועל השני חתומות 169 מדינות. במצב כזה ברור שבהנחה ומקבלים את העמדה המקובלת לגבי היחס בין אמנות למנהגים קיים קושי למדינת ישראל לטעון שהנורמות שבפרוטוקולים לא מנהגיות. לכן ישראל לא טוענת זאת בצורה גורפת אלא על ס' ספציפיים.

בעבר הייתה עמדה שאמרה שאמנה לא יכולה להוביל להתפתחות מנהג כי מרגע שמדינה נוהגת לפי האמנה אולי יש פרקטיקה מקובלת בין מדינות אך **אין פעילות מתוך מחויבות לנורמה (opinio juris) אלא פועלת מתוך הכלל על פיו אמנות צריך לכבד.** החסרונות של עמדה זו הם שעמדה זו נותנת זכות וטו בנוגע להתפתחות המנהג למדינות שלא חתמו על האמנה ולכן השאלה אם נשק כימי חוקי או לא חוקי כפעולת תגמול נחשב חוקי רק ע"י 5 מדינות. בנוסף נוצר אבסורד על פיו גם במדינות החתומות לעולם לא התפתח מנהג בגלל אותן מדינות לא חתומות.

גם אם אמנה תוביל להתפתחותו של מנהג, לא בטוח שהאמנת תתקבל כמנהג כי יכול להיות שהפרקטיקה תהיה שונה ממה שכתוב באמנה עצמה.

1. איזו נורמה גוברת על איזו?

כאשר נורמה אומרת דבר מסוים ואמנה מטילה הגבלות נוספות אין בעיה עם כך. אם זאת, כאשר נורמה של אמנה מתנגשת עם נורמה של מנהג הפתרון הלכאורה פשוט הוא **שהולכים לפי כללי ברירת הדין** (מאוחר גובר על מוקדם וספציפי גובר על כללי) בכפוף לחריג שחל בנוגע ל2 נורמות שנדון בהם בהמשך. הבעיה עם כך היא ש(1) **יהיו חילוקי דעות מהו החוק הספציפי ומהו הכללי**. אם נורמה מדיני המלחמה מתנגשת עם נורמה מדיני ים לא ניתן להחליט מה גובר על מה. יכול להיות גם התנגשות בין אמנות כאשר לדוג' 150 מדינות חותמות על אמנה בנוגע לחיות נכחדות וגם על אמנה הקשורה לדיני ים. יכולה להיות התנגשות מהותית בין האמנות. (2) אם נרצה להכריע לפי הכלל שמאוחר גובר על מוקדם, לפעמים **ניתקל בקושי בנוגע לקביעה מתי נוצר המנהג**. למשל, כולם מסכימים היום שקיים כלל מנהגי שקובע שאין רכישת ריבונות בדרך של כיבוש בשדה קרב. מדינת ישראל טוענת שהכלל התפתח אחרי שנת 67.

יש שתי נורמות על המהוות חריג לברירת הדין:

א. jus cogens- זוהי **נורמה מנהגית המשקפת ערך יסודי של המשב"ל** כמו למשל האיסור לבצע רצח עם ואיסור על עבדות. נורמה מסוג זה גוברת על כל נורמה מנהגית אחרת, אסור לקבוע סעיף באמנה שסותר נורמה מסוג זה והיא יכולה להיות מוחלפת רק אם התפתחה נורמה אחרת מסוג זה. יש נורמות שכולם מסכימים כי הם מסוג זה ויש כאלה שלא כמו עיקרון ההגדרה העצמית על פיו לעמים יש זכות לקבל מדינה.

הערה: יש שני מונחים שאסור להתבלבל בניהם: jus cogens וerga omnes-. זוהי נורמה של המשב"ל שמה שמייחד אותה היא **שהפרתה אינה פגיעה רק במדינה ספציפית אלא פוגע בכל המדינות בעולם.** למשל הרבה נורמות בנוגע לאיכות הסביבה וזכויות האדם נחשבות כאלה. כל נורמה של jus cogens היא בהגדרה erga omnes אך לא כל erga omnes היא jus cogens.

ב. החלטת מועצת הביטחון מכוח פרק 7 לחוקת האו"ם. חוקת האו"ם עליה חתומות כל המדינות (מלבד הוותיקן) קובעת שכל הנורמות הנובעות מאמנה זו גוברות על כל אמנה אחרת. לאו"ם יש כל מיני מוסדות. אחד מהם נקרא מועצת הביטחון בה יש שני סוגים מרכזיים של החלטות שהיא יכולה להוציא- החלטות מכוח פרק 6 אשר **ברמה הפורמאלית לא מחייבות** והחלטות מכוח פרק 7 **שמחייבות את כל המדינות בעולם**. לגבי היחס בין החלטה מכוח פרק 7 לבין מנהגים יש מספר דעות.

מקורות נוספים של המשב"ל

בס' 38 לחוקת הICJ שמפרטת את המקומות הקלאסיים של המשב"ל ישנם עוד שתי מקורות מלבד מנהג ואמנה.

1. עקרונות משפטיים כלליים המשותפים להרבה מדינות- אם יש דבר מה לא מוסדר במנהג או באמנה **ניתן להסתכל על מערכות המשפט של מדינות העולם**. אם יש מכנה משותף ניתן להשתמש בו לשם מילוי הלקונה. כך למשל האפשרות של בתי דין בינלאומיים לפסוק על סמך ראיות נסיבתיות.
2. כתבי מלומדים

יש נורמות שלא נמצאות בס' כמו:

1. הכרזות חד צדדיות.
2. החלטות של ארגונים בינלאומיים- הסיבה לכך היא שארגונים אלה **מוקמים באמצעות אמנות**. החלטות של ארגונים אלה יכולות להיהפך לנורמות מחייבות באחת משתי דרכים: (1) האמנה תקבע שהם מחייבות כמו לדוג' החלטה מכוח פרק 7. (2) הארגון יחליט החלטה בה ינהגו מדינות גם בהחלטה לא פורמלית ובכך הדבר ייהפך למנהג.
3. Soft law- זוהי נורמה לא מחייבת מבחינה פורמלית אך בפועל משפיעה מאוד על התנהגות המדינות. דוגמאות לכך הן מסמכים אשר מתחילים במשפט "מסמך זה לא מחייב". שר התחבורה הישראלי חתם על מסמך הבנות לגבי פתיחת השמיים עליו נכתב כי מסמך זה לא מחייב. בשובו לארץ הוא לא יתעלם מהאמנה. בפועל **על אף שלא נוצר מסמך מחייב זוהי נורמה שבפועל משפיעה מאוד על התנהגות המדינות.** בנוסף, יש ארגונים שכותבים אמנות לא מחייבות אך כדי שמדינה תוכל להשתתף בתחום בו הארגון עובד, על המדינות לפעול על פי אמנות הארגון. כך לדו' ESO הוא ארגון שמטרתו כתיבת סטנדרטים כמו גודל מכולה, לחץ במצית וכדומה. יש תחומים מסוימים בהם הנורמות האלה נקבעות ע"י גופים פרטיים ועדיין השפעת הגוף היא כזו שאם מדינה רוצה להשתתף בתחום הנורמה הזו מחייבת. כך לדוג' האינטרנט היא חברה הרשומה בקליפורניה בבעלות משותפת של ממשלת ארה"ב וממשלת קליפורניה אשר קובעת את הדומיינים באינטרנט. לכאורה מדינה יכולה להגיד שהיא עושה מה שהיא רוצה אך כדי להשתמש באינטרנט היא חייבת לענות לכללים. דוג' נוספת היא כללי קימברלי אשר מסדירים את היהלומים בעולם ע"י ביצוע מעין תעודת זהות לכל יהלום. מטרת החוק היא מניעת סחר ביהלומי דם. לאורך עשרות שנים 80% מהיהלומים בעולם נסחרו ע"י קרטל דבירס. בלחץ ציבורי קרטל דבירס והרוסים קבעו את כללי קימברלי וחייבה את כל בורסות היהלומים בעולם לפעול לפי כללים אלה כדי לסחור איתם. כאשר הגיע אדם לבורסה ברמת גן ורצה למכור יהלום, אמרו לו להפקיד את היהלום ולספק ת.ז ליהלום. אותו אדם הפקיד את היהלום אך לא סיפק ת.ז. למפקח על היהלומים יש סמכות להחרים את היהלום. בעולם ללא כללי קימברלי בהמ"ש היה מפרש חוק זה באופן צר כיוון שזו פגיעה בקניין. עם זאת היהלום הוחרם כיוון שהוא לא עומד בכללי קימברלי ובהמ"ש קבע כי זו הייתה החלטה סבירה.

מוסדות בינלאומיים ממשלתיים

סוג השחקנים המרכזיים הינו ארגונים בינלאומיים. ארגונים אלה מתחלקים ל2 סוגים: NGO ו IGO (international governmental organizations). יש גם ארגוני אמצע בעלי אלמנטים ממשלתיים ולא ממשלתיים כמו למשל הILO בו לכל מדינה 3 נציגים- נציג ממשלה, נציג ארגון המעסיקים הגדול ביותר ונציג ארגון העובדים הגדול ביותר.

מאפייני הארגונים הבינלאומיים הממשלתיים

1. בדר"כ ארגונים אלה **מוקמים באמנה מולטילטראלית** ולרוב **רק מדינות** תהיינה חברות בו.
2. בדר"כ תהיה **אמנה מכוננת** שתשמש כמו מעין חוקה.
3. לארגון כזה בדר"כ יהיו **תתי גופים** שיהיו נפרדים ומובחנים מהמדינות החברות. כך למשל לאו"ם יש שלל ארגונים.
4. הארגון הממשלתי **קם ופועל על פי ומכוח המשב"ל**. הארגון הבינלאומי הוא אישיות משפטית במשב"ל. בשונה ממדינה האישיות המשפטית של הארגון מוגבלת פונקציונאלית וזאת בשונה מהאישיות המשפטית של המדינה שהיא בלתי מוגבלת. נדע למה ארגון זה מוגבל ע"פ (1) האמנה המכוננת, (2) הפרקטיקה של הארגון ו(3) תכלית הארגון.

(2 הפסקאות הבאות- השלמה של זיו)

להכרה בארגון בינלאומי כישות משפטית עצמאיות בינלאומית תהייה 1 או יותר מההשלכות הבאות:

(1) **יכולת לכרות אמנות בינלאומיות** עם מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים. אך זו שונה מהיכולת הכללית של מדינות לכרות אמנות, ארגון בינלאומי לא יכול לכרות אמנה בינלאומית ככל העולה על רוחו. הארגון יוכל לחתום על אמנות במסגרת הסמכויות שהוענקו לו, לשם מילוי מטרות ותפקידיו ובהתאם לפרקטיקה הנהוגה ביחס אליו.

(2) לפעמים המשמעות תהייה **סמכות לבוא בקשרים עם מדינות וארגונים אחרים**.

(3) לפעמים המשמעות תהייה שהארגון **יישא באחריות בינלאומית.**

(4) לפעמים המשמעות תהייה שהארגון **יוכל לתבוע ו/או להיתבע במישור הבינלאומי**.

(5) לפעמים המשמעות תהיה **שלארגון ו/או** **לנציגי תקום זכויות, חובות וחסינויות בדין הלאומי** ויתכן שהן תהייה מוגבלות **לתחומים ספציפיים**.

האם פעילויות של ארגונים בינלאומיים יכולות ליצור מנהג?

יש שטוענים שהפעילות של ארגונים בינלאומיים היא דרך מאוד טובה להסיק פרקטיקה ו-OJ. משום שארגון שכזה (לרוב) מייצג מדינות רבות (לכאורה הוא מייצג את המדינות החברות בו). מנגד, רבים סבורים, שככל, אין לגזור מנהגים מהפעילויות של הארגונים שכן חלק נכבד מהפעולות שמדינות עושות בתוך הארגונים הללו (כגון חלק נכבד מההחלטות וההצהרות שמתקבלות בארגון) הן פוליטיות ולא משפטיות באופיין (משמע, אין OJ). הוויכוח בנושא לרוב עולה בנוגע להחלטות של העצרת הכללית של האו"ם. החלטות שכאלו מתקבלות ברוב קולות על ידי נציגי רוב המדינות בעולם. אך לפי מגילת האו"ם הן אינן מחייבות מבחינה משפטית [מה שאומר שמדינות יסכמו להצהרות רחבות די בקלות: זה עושה יחסי ציבור טובים (משמע, סיבה פוליטיות) ואין לזה שיניים מחייבות משפטיות). לאור זאת, יש שאומרים שלא ניתן להסיק מנהג מהחלטות העצרת. מצד שני, יש החלטות של העצרת שפשוט נראות כמו מסמך משפטי (ולאור זאת, יש שטוענים שהמדינות כן התכוונו כאשר הן קיבלו אותן להצהיר הצהרה משפטית). שורה תחתונה: הן באופן ספציפי לגבי הצהרות של העצרת, והן באופן כללי לגבי החלטות, הצהרות ופעולות של ארגונים בינלאומיים**; יש לבחון את המקורות הללו כשבוחנים האם קיים מנהג; אבל להיות זהירים מאוד ולא להסיק מיד מקומו של מקור כזה כי קיים מנהג.** מבחינה פרקטית, תמיד יהיה חלוקי דעות, בין משפטנים שונים, לגבי הצהרה/פעולה זו או אחרת של ארגון בינלאומי, האם היא כן או לא עדות למנהג.

מה המשמעות המעישית לכך שמכירים בארגון בינלאומי כאישיות עצמאית במשב"ל

המשפט הבינלאומי מתפתח כה מהר עד כדי שרכיביו דורכים האחד על רגלי השני. דריכה זו נקראת פרגמנטציה. יש 3 סוגים של פרגמנטציה:

1. פרגמנטציה נורמטיבית- **נורמות שונות של המשב"ל מתנגשות** אחת עם השנייה ואין כלל ברור לגבי איזה מבין הנורמות גוברת.
2. פרגמנטציה מוסדית- בשנים האחרונות נוצרו המון מוסדות אשר ברובן חברות רוב המדינות. יכולה להיות **התנגשות בין מוסדות שונים שנוסדו ע"י אמנות שונות**. תיק מסוים נוגע גם בדיני הים וגם בסחר בינלאומי- לאן המדינות צריכות לפנות לתשובה? איפה ידונו בשאלה? האם ארגון אחד מחויב להחלטת האחר?
3. פרגמנטציה של המדינה- בעידן הקלאסי הייתה כמות קטנה של אנשים בשלטון שיכלו לייצר התחייבויות למדינה במשב"ל (מלך, רוה"מ או שר החוץ). היום, בגלל שהמשב"ל מבוזר כל כך, **גורמים פוליטיים שונים בתוך המדינה מנצלים את הביזור כדי לכבול את המדינה להשקפות שנוחות להם.** לעיתים יותר מגורם אחד של המדינה עושה זאת במס' מוסדות שונים. הקושי יהיה להכריע מה מחייב את המדינה. דוג'- לפני כמה שנים היה הסכם שמיים פתוחים אותו ביצע שר התחבורה. מי שנפגע מההסכם היה עובדי הועד של רשות שדות התעופה. אם שר התחבורה היה עושה את אותו הסדר בלי האיחוד האירופאי הוא לא היה מצליח אך כיוון שהמדינה כבר התחייבה, נוצר לו כוח פוליטי שלא היה לו קודם. כמו כן יכול להיות מצב בו שר התחבורה עושה פעולה במקום אחד ויריבו הפוליטי שר האוצר מתחייב באותו נושא מול גוף אחר.

שיעור 5

לצד כל הענפים החדשים של המשב"ל, אין רק אמנות המסדירות את הדברים אלא יש גם התרחבות ארגונית עצומה. מטרת הארגונים היא לתת תוקף לאמנות ולבטא שיתופי פעולה. דבר זה מגיע על חשבון כרסום ריבונות המדינה שכפופה לארגונים בינלאומיים.

ג'ורג' אבי סאאב מדבר במאמרו על חוק הצפיפות. לדעתו כל רמה של צפיפות נורמטיבית מחייבת רמה מתאימה של צפיפות מוסדית. עיקרון זה מוביל לרעיון הinternational governance ממשל גלובלי. המציאות שנוצרה שבה עשרות ומאות ארגונים בינלאומיים מסדירים נתחים משמעותיים מהחיים של מדינות ופרטים, המציאות היא כזו של ממשל גלובלי שנמצא מעל המדינה.

את הארגונים הבינלאומיים ניתן לסווג במספר קטגוריות

פונקציה- **רוב הארגונים עוסקים בתחומים ספציפיים** כמו כלכלה, ביטחון, רווחה ובריאות, קניין רוחני, איכות הסביבה ועוד. למשל WTO ארגון הסחר העולמי מנסה להנמיך עד כמה שאפשר את החסמים בסחר שבין מדינות. NATO המשמש כברית צבאית בין מדינות הגובלות באוקיאנוס האטלנטי, ארגנון הבריאות העולמי שיצא נגד סיגריות, ILO ארגון העבודה הבינלאומי וWIPO ארגון הקניין הרוחני הגדול ביותר.

הרכב החברות- (א) אלמנט גאוגרפי- יש **ארגונים אוניברסליים** כמו האו"ם, ארגון העבודה העולמי ויש **ארגונים אזוריים** כמו EU וAU (African union).

(ב) אופן הכניסה של מדינה- **יש ארגונים פתוחים לכל מדינה שתרצה להיכנס ויש כאלה בהם הכניסה מותנית בעמידה בקריטריונים מסוימים או הסכמה של כל המדינות החברות**. כך לדוג' כדי להיכנס לOECD היה על ישראל ליצור הסדרה בתחום הקניין הרוחני. חברות בארגונים בינלאומיים המדינות שהיו **צד לחוקת הארגון מצטרפות אוטומטית** כחברות בו. לעומת זאת אם מדינה רוצה להצטרף לאחר הקמת הארגון היא יכולה לעשות זאת אם מדובר במדינה ואם היא עומדת בתנאים להצטרפות.

ארגון טכני או פוליטי- כך לדוג' ארגון התעופה האזרחית העולמי ICAO הוא ארגון טכני שבלעדיו לא תיתכן טיסה אל וממדינה מסוימת. האו"ם הוא ארגון פוליטי במהותו.

אופי סמכות- **יש ארגונים אשר להם סמכות כופה** והם יכולים לכפות על מדינות את חוקיהם כמו מועצת הביטחון והאיחוד האירופי שהחלטותיו אפילו גוברות על חוקי המדינה. מצד שני **יש ארגונים מסורתיים בהם החלטות הארגון יבוצעו בהסכמת המדינות החברות**.

אישיות משפטית של ארגונים בינלאומיים **מוקמת ע"י מדינות באמצעות אמנה** (מגילת האו"ם, הסכם WTO). ברגע שהוא נוצר מדובר בארגון קבוע אשר לו מוסדות עצמאיים בפני עצמו. ארגון זה פועל במישור הבינלאומי והוא לא כפוף לאף מדינה אחרת. מטרת הארגון היא ליישם את היעדים המשותפים למדינות המקימות.

**ארגון בינלאומי יכול לבצע רק את הסמכויות אליהם הוא הוסמך במפורש.** נקודת המוצא הפוכה מזו של פס"ד לוטוס. כך למשל מגילת האו"ם קובעת שבנסיבות מסוימות למועצה יש סמכות להטיל סנקציות כלכליות על מדינות. דוג' נוספת היא שארגון NATO יש סמכות להפעיל כוח צבאי במצבים מסוימים.

עולה השאלה האם יש לארגונים סמכות משתמעת? יש לכך הרבה התפלפלויות ופרשנויות. אחת מהן היא שהדבר ניתן לפי הדוג' הבאה- בזמן מלחמת העצמאות נרצח שליח האו"ם שבא לנסות ולגשר בין המדינות. האם האו"ם יכול לתבוע את ישראל בנושא? הICJ דן בשאלה האם לאו"ם יש סמכות לתבוע. ע"פ הICJ אם לאו"ם יש סמכות לשלוח נציגים, באופן משתמע יש לאו"ם סמכות לתבוע במצב בו הנציג נפגע.

מעמד ההחלטות

**לרוב להחלטות הארגונים יש תוקף של המלצות בלבד**. **אולם לעיתים מדובר בSoft law כך שבפועל ההמלצה מחייבת.**

י**ש חוקות המסמיכות מוסדות לקבל החלטה מחייבת** כמו לדוג' מגילת האו"ם אשר נותנת סמכות למועצת הביטחון וחוקת ארגון התעופה האזרחי (ICAO) אשר לו סמכות לחייב מדינות בתחום התעופה.

התאוריה המקובלת למעמדן המחייב של החלטות היא שמדינות האצילו את סמכויותיהן החוקתיות לארגון.

האו"ם

הוקם לאחר מלחמת העולם השנייה כארגון ממשלתי שיעדיו:

1. שמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים.
2. קידום יחסי הידידות בין המדינות

בארגון חברות 193 מדינות כאשר רובן מדינות מתפתחות. ע"פ ס' 4 למגילת האום כדי שמדינה תוכל להצטרף כחברה נדרשת המלצה של מועצת הביטחון יחד עם החלטה של העצרת הכללית ברוב של שני שליש של המשתתפים בהצבעה.

בעצרת הכללית של האום **לכל מדינה נציג אחד וקול אחד**. העצרת רשאית לדון בכל נושא המוסדר במגילת האום **ומדובר בהמלצות בלבד**. ע"פ ס' 18 למגילת האום, **החלטות חשובות** (רשימת ההחלטות מפורטת בסעיף) צריכות להתקבל ברוב של 2/3 בעוד **החלטות רגילות** מתקבלות ברוב רגיל. העצרת הכללית נועדה להיות **"מועדון ויכוחים"**, שבו המדינות יוכלו להתדיין זו עם זו ובעצם להעצים את הנופך הדמוקרטי של האו"ם. בפועל, מי שאמורה לנהל את העניינים ולקבל את ההחלטות היא מועצת הביטחון. לפיכך, ס' 12 אומר בבירור - כאשר מועבי"ט מפעילה את סמכויותיה ביחס לסכסוך/מצב שולם, לעצרת אסור להמליץ המלצות בנושא (אלא לבקשת המועצה). בפועל המציאות מורכבת בהרבה, והעצרת הכללית מנסה לאתגר את מועבי"ט ולהניע אותה לפעולה (במיוחד במצבים של וטו). בשנת 1950 בזמן מלחמת קוריאה שותקה מועצת הביטחון עקב זכות וטו. אי לכך נוצרה החלטה 377 "מאוחדים למען השלום" על פיה **בכל פעם שמועבי"ט משותקת העצרת הכללית יכולה לדון בנושא** תוך מגמה להציע הצעות לחברות לפעולות משותפות לרבות שימוש בכוח צבאי.

שני התנאים להפעלת החלטה 377 היא (1) איום על השלום ו(2) מועצת הביטחון לא יכולה למלא את תפקידה עקב אי הסכמה בין החברות הקבועות. חשיבות ההחלטה עצומה ומאפשרת לקבוע שימוש בכוח ומושבי חירום. החלטה זו עוררה משבר בארגון ורוסיה אף טענה שהיא מפרה את חלוקת הסמכויות במגילה.

בזמן מלחמת קדש צרפת ובריטניה הטילו וטו על החלטת מועבי"ט להתערבות האו"ם בלחימה והיה שימוש בס' 377. אי לכך העצרת הכללית מחליטה על הקמת כוח שמירת שלום UNEF.

מועצת הביטחון

אחת המסקנות ממפלת חבר הלאומים הייתה הצורך בגוף בעל "שיניים" בניהול הזירה הבינלאומית. המועצה בנויה מ15 מדינות כאשר ישנם 5 מדינות קבועות בהתאם למערך הכוחות בסוף המלחמה (ארה"ב רוסיה, צרפת, בריטניה וסין) ו10 מדינות זמניות המשתנות פעם בשנתיים. המדינות נבחרות ע"י העצרת ברוב של 2/3 ע"פ מפתח חלוקה גאוגרפית. בהליך קבלת ההחלטות לכל חברה קול אחד.

במועצה יש הבחנה בין **החלטות דיוניות** (הקשורות לנהלים) אשר דורשות רוב של 9 מדינות. **בהחלטות מהותיות** צריך רוב של 9 ושאף אחת מ5 המדינות הקבועות לא תתנגד ותטיל וטו.

ישנה ביקורת רבה על המצב שכן זוהי הקפאת מצב של סוף מלחמת העולם השנייה ושיש מעצמות חדשות להם מגיע להיות מעצמה מובילה. יהיה קשה מאוד לשנות את הסדר הקיים כיוון שהדבר דורש שינוי במגילה עצמה.

ע"פ ס' 24 למגילת האום המדינות מסמיכות את מועבי"ט להיות אחראית על הבטחת השלום והביטחון ולפעול בשמן. אי לכך למועבי"ט יש שתי סמכויות עיקריות:

1. יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6 למגילת האו"ם)- מקום שיש מחלוקת וסכסוך בין מדינות שעלולים לערער את השלום והביטחון העולמיים, מועצת הביטחון תהיה **מוסמכת להמליץ לצדדים על נקיטה בכל מיני צעדים אפשריים כדי להביא לסיום הסכסוך**. הצעדים אותם ניתן לעשות הם מינוי מתווך או מפשר בין הצדדים, להורות על חקירה, להורות על הצדדים לנקוט צעדים לסיום הסכסוך או להימנע מצדדים שיביאו להחרפת הסכסוך. בין ההחלטות המפורסמות ביותר שהתקבלה תחת פרק 6 היא החלטה 242 (1967) שבה הציגה מועצת הביטחון את מתווה החזרת השטחים לשם סיום הסכסוך הישראלי פלסטיני והחלטה 2334 (2016) שמגנה את הבניה בהתנחלויות. החלטות אלה עוררו ויכוח על מעמד החלטות מועצת הביטחון. פעמים רבות, בשיח הבינלאומי, נוטים לעשות איזושהי הבחנה גסה על פיה החלטות מכוח פרק 6 אינן מחייבות והחלטות מכוח פרק 7 כן. לטעם רוב מלומדי המשפט הבינלאומי והICJ **הנחה שגויה.** הטענה התאורטית היא שס' 25 לא יוצר שום הבחנה על פיה יש חלוקה להחלטות מחיבות והחלטות לא מחיבות. אי לכך, עקרונית, מועבי"ט יכולה לתת החלטה מחייבת גם על פי פרק 6 וגם על פי פרק 7. עם זאת, הICJ קבע **שהקביעה אם החלטה מחיבת או לא תלויה בנוסח ההחלטה.** כך למשל בהחלטה 2334 היה שימוש במושגים רכים כגון calls upon ולעיתים במושגים מחייבים כמו demands.
2. פעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות השלום ומעשי תוקפנות (פרק 7 למגילת האו"ם)- מועבי"ט מוסמכת לקבוע כי קיים מצב חירום המהווה הפרה או איום על השלום או מצב של תוקפנות. לאחר קביעת עובדה זו היא **מוסמכת לנקוט בצעדים כדי להשיב את השלום.** הרבה פעמים בהחלטות כאלה יצוין במפורש כי זו החלטה מתוקף פרק 7. כמו כן המונחים בה משתמשים הינה חזקה והחלטית. כל הסממנים הללו עוזרים לנו להבין שההחלטה מתוקף הפרק מחייבת. הפעם הראשונה בו היה שימוש בפרק 7 הייתה פלישת צבאות ערב לישראל. בתקופת המלחמה הקרה המועצה הייתה כמעט משותקת לחלוטין עקב משחקי הכוחות בין ארה"ב לרוסיה (אי לכך נוצרה החלטה 377). לאחר סיום המלחמה הקרה פרק זה הופעל בפלישת עירק לכווית (1990), יוגוסלביה (1991), סומליה (1992) בוסניה (1993) רואנדה (1994) סיירה לאון ואיום הטרור העולמי (2001) ולוב (2011).

המועבי"ט גם מוסמכת לאשר שימוש באמצעי אכיפה לצורך שמירה או השבת השלום:

א) ס' 41 **צעדים לא כוחניים** כגון ניתוק יחסי מסחר, ניתוק יחסים דיפלומטיים, ניתוק תקשורת, ניתוק תעבורה ימית ויבשתית ועוד. כך לדוג' החלטות שהתקבלו בין 2006-2008 נגד אירן עקב ניסיונותיה להשיג נשק גרעיני. הגבלות הסחר, תקשורת והקפאת רכוש הובילו את אירן לחתימה על הסכם הגרעין.

ב) ס' 42 מאפשר **צעדים כוחניים** בצורת מבצעים אוויריים ויבשתיים. כך לדוג' התקבלו מספר החלטות כאלה נגד סומליה, האיטי, בוסניה, זאיר, אלבניה, קונגו, אפגניסטן ולוב.

כשמועצת הביטחון מקבלת החלטות מתוקף פרק 7 הן **מחייבות את כל מדינות העולם** ע"פ ס' 48. כמו כן החלטות אלה **גוברות על עיקרון יסוד של המשב"ל** אשר מעוגן בס' 7(2) **המונע התערבות בעניינים פנימיים של המדינה.** בנוסף, **במקרה של סתירה** בין מחויבויות של מדינה תחת מגילת האו"ם והמחויבות הבינלאומיות של המדינה תחת אמנות אחרות- **אמנת האו"ם מנצחת** ע"פ ס' 103. החלטות של מועבי"ט מעמדן מחייב כשל המגילה מכוחה הן נתנו ועל כן החלטות המועבי"ט גוברות על כל החלטה אחרת. כך לדוג' אם מועבי"ט קובעת שיש להטיל סנקציות סחר על עירק כאשר לה יש הסכם סחר עם סין, על סין להישמע למועבי"ט.

יש פרשנות רחבה לנושאים בהם המועצה יכולה לעסוק**. המועצה הרחיבה את סמכויותיה מעבר למה שצפתה המגילה לסמכויות חקיקה ושיפוט**. כך משנת 2001 היה שימוש בפרק 7 נגד טרור כאיום על הסדר העולמי. עם זאת אין אמנת טרור כללית אך יש שורת החלטות כמו למשל החלטה 1373 (2001) אשר מחייבת מניעת מימון מעשי טרור. החיובים של המועצה חלים על כל המדינות החברות באו"ם ועל כן הפכה עצמה לגוף מחוקק. כמו כן מכוח פרק 7 הקימה המועצה בתי דין פליליים והפכה עצמה לגוף שופט.

שיעור 6

היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי

הגישות השונות ליחסים בין משב"ל למשפט המדינתי

בגדול **שאלה זו שייכת למשפט החוקתי ולמערכת הפנימית של המדינה.** עם זאת, מבחינה פרקטית שימוש במשב"ל יהיה בהקשר למשפט הישראלי.

השאלה המהותית היא איך אחד משפיע על השני.

יחס המשב"ל למשפט המדינתי

לרוב, **המשפט הבינלאומי לא מתעניין במשפט המדינתי**. יש מעט מקרים בהם אכן יש התייחסות. כך לדוג' מנהג יכול להיווצר תחת התאמה של משפט פנימי בין מס' מדינות, גבולות יקבעו גם לפי איך שמדינה רואה את גבולותיה וכללים הנוגעים בקביעת אזרחות. **את המשב"ל מעניין היישום ולא איך היישום נעשה.** מעבר לכך, ס' 27 לאמנת וינה קובע כי סתירה בין חוק בינלאומי לחוק מדינתי אינה מהווה עילה להפרת האמנה. **המשב"ל עליון למשפט המדינתי**.

בעולם התיאורטי יש 2 גישות של אימוץ משב"ל במשפט המדינתי:

1. מוניזם- על פי גישה זו **המשב"ל והמשפט המדינתי הם חלק ממערכת משפט אחת** **והמשב"ל עליון למשפט המקומי**. ישנם שתי גישות מרכזיות המסבירות את הגישה המוניסטית:

א. גישת המשפט הטבעי- על פיה **המשב"ל מיצג נורמות מוסר בסיסיות ולכן הוא עליון לכל חוקי מדינה**. בעבר, גישה זו הייתה לגבי כל המשפט הבינלאומי. היום, טוענים גישה זו בעיקר בנושאי זכויות אדם, דיני מלחמה ומשפט פלילי בינלאומי- פשעי מלחמה, רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי תוקפנות.

ב. הגישה הפוזיטיביסטית- תיאוריה זו **בנויה על עקרונות פירמידת הנורמות**. הדין הבינלאומי הוא מה שקובע אם מדינה תקום. אם זהו הדין המדינה היא יצירה של המשב"ל ולכן הוא עליון למשפט המדינתי**.**

**הרעיון הבסיסי הוא שהסכמים צריך לקיים**. היסטוריונים של המשפט (זיו) טוענים שלא כך הדבר **ומשב"ל ומדינות נוצרו והתפתחו יחד בצורה מקבילה.**

בדיון התיאורטי היום אין תמיכה בגישה המוניסטית אך יחד עם זאת אם מסתכלים על **המשב"ל והמוסדות שלו הם ממשיכים להצהיר באופן גורף שהמשב"ל עליון למשפט המדינה.**

1. דואליזם- ע"פ גישה זו המשב"ל והמשפט המדינתי הם **שתי חיות שונות**. **משב"ל עוסק במדינות והמשפט המדינתי עוסק בבני אדם.** לכן, למדינה יש שיקול דעת מוחלט אם לאמץ או לא לאמץ כללים של משב"ל. כל עוד המדינה לא עשתה זאת הכלל יכול לחייב את המדינה אך לא את האנשים במדינה. **אם מדינה רוצה להחיל כלל מסוים היא צריכה לעשות זאת בצורה פוזיטיביסטית** ולא די בעצם הצטרפותה לאמנה. כך הכלל יהפוך לדין המדינה.

בגישה התיאורטית היום, גם הגישה הדואליסטית הטהורה לא מתקבלת. גישה טהורה תטען שמדינה בה אין חוקים הומניטריים לא מחויבת להם ויכולה לבצע כל איסור מדיני המלחמה.

יחס המשפט המדינתי למשב"ל

ישנן 3 דוקטרינות אימוץ של המשב"ל במשפט המדינתי-

1. קליטה ישירה- מתאים לגישה המוניסטית.
2. צורך בקליטה מפורשת- **יש צורך באקט קליטה** כלשהו בשביל שתהיה תחולה של הכלל בינלאומי במדינה. מתאים לגישה הדואליסטית.
3. דוקטרינת ביניים המתעסקת ביישום- המשב"ל לא נקלט באופן מלא ובצורה אוטומטית אך הוא **משפיע על הפרשנות והיישום של נורמות פנימיות** גם אם לא היה תהליך קליטה מפורש.

בפועל ניתן לראות **שהמדינות ברוב הפעמים משלבות בין הדוקטרינות.** יכול להיות הסדר אחד עבור אמנה (למשל צריכה לעבור הליך קליטה מפורש) והסדר אחר עבור משב"ל מנהגי שיכול לחול באופן אוטומטי.

הדבר נהיה יותר מסובך כשצריך להחליט מה גובר על מה. ההשקפה המוניסטית תטען שהמשב"ל גובר בכל מצב. הגישה הדואליסטית תסתכל על החוק המדינתי- אם צירוף האמנה היה אחרי או לפני החוק המאוחר גובר, אם אמנה אומצה כתקנה האמנה גוברת, ובמקרים בהם חוקת המדינה מקבלת את המשב"ל בכל מצב המשב"ל גובר.

* בבריטניה יש הבחנה ברורה בין משב"ל מנהגי להסכמי. **המשפט המנהגי נקלט באופן אוטומטי אך לעומת זאת משפט הסכמי צריך לעבור הליך חקיקה**. גם הליך אישרור האמנה משתנה בין מדינות. בבריטניה אין צורך בפרלמנט ולכן אם יש חוק מפורש הוא יגבר גם על נורמה המנהגית וגם על ההסכמית. עם זאת אם הפרלמנט מעביר חוק הסותר את האמנה, האמנה בטלה מבחינת החוק המדינתי. מצד שני יש באנגליה חזקה פרשנית לפיה חקיקה פנימית תתפרש ככל הניתן באופן שתואם להתחייבויות המנהגיות וההסכמיות לפי המשב"ל.
* הולנד, צרפת ומדינות פוסט קומוניסטיות- בהולנד וצרפת **המשב"ל המנהגי הוא חלק מהמשפט הפנימי באופן אוטומטי,** לגבי הסכמי יש דרישה למעורבות מסוימת של הפרלמנט.

בצרפת, **גם המשב"ל המנהגי וגם ההסכמי הם חלק מהמשפט הפנימי** (ברגע שבוצעה התערבות של הפרלמנט). המשב"ל גובר על המשפט המדינתי אך לא גובר על החוקה הצרפתית.

בהולנד, **המשב"ל ההסכמי גובר על החוק ההולנדי, לעומת זאת המשב"ל המנהגי לא גובר על החוק ההולנדי.**

בחלק מהמדינות הדמוקרטיות הפוסט קומוניסטיות נקבע **שהמשב"ל גובר גם על סעיפים בחוקה.** עם זאת, הדרך של המדינה להתמודד עם הגישה המוניסטית הקיצונית היא **שפרשנות המשב"ל תעשה בהתאם לחקיקה המקומית** ולא כפי שנקבע ע"י טריבונלים בינלאומיים. כך לדוג' אם הICJ יקבע שכניסת רוסיה לקרים סותרת את הדין הבינלאומי אך בתי המשפט הרוסיים יקבעו כי הדבר תקין- ההנהגה הרוסית תקשיב למערכת המשפט.

* בארה"ב הגישה שונה מהגישות הקודמות. **משפט הסכמי נקלט ישירות והוא במעמד של חקיקה פדרלית (גובר על חקיקה מדינתית) אך הוא כפוף לחוקה.** בנוסף, **חוק פדרלי מאוחר יותר גובר על האמנה.** במשפט המנהגי יש אי בהירות וככלל הגישה התאורטית אומרת שהמשפט המנהגי מאומץ אוטומטית אך קיימת עמדה בתוך ארה"ב שאין לו מעמד כלל. חוק פדראלי בארה"ב צריך לעבור בסנאט ובקונגרס. הליך אישור של אמנה דורש הליך אישור חתימה מצד הממשל והצבעה בסנאט ברוב מיוחס (2/3). לאחר מכן לאמנה יש מעמד של חקיקה פדרלית. בפועל בתי המשפט האמריקאים קרבו את הליך קבלת האמנות בארה"ב לגישה הדואלית ב3 דרכים:

1. **נקבע שרוב האמנות הבינלאומיות לא נמצאות תחת מסגרת החוקה**. כך שמצד אחד האמנה אמנם לא צריכה אישור של הסנאט אך היא לא במעמד חוק פדראלי. מצד שני ההליך אושר ומבחינת המשב"ל אין זה משנה וארה"ב הצטרפה לאמנה.
2. לגבי אמנות שכן אושררו ע"י הסנאט **בית המשפט יצר הבחנה בין אמנות שמתוקף ניסוחן מיישמות את עצמן לבין אמנות שלא יוצרות יישום פנימי ברור**. רק אמנות מהסוג הראשון מציבות זכויות וחובות לפרט. רק כאשר מופר ס' באמנות אלה אדם יכול להגיש תביעה בתוך ארה"ב על הפרה של זכות מאמנה. הרציונל מאחורי ההפרדה הוא במהותו פשוט- **אם האמנה עמומה מידי או שנועדה להסדיר יחסים בין השלטונות ולא רלוונטית לאזרחים, לא ראוי שהאזרחים יתערבו בשיקולי החוץ של המדינה**. בנוגע לאופן הפרשנות והיישום של סעיפי האמנות ע"י הגשת תביעות לבתי המשפט.
3. בדומה למדינות הפוסט קומוניסטיות **לבית המשפט יש יכולת לבצע פרשנות פנימית לחוקים בינלאומיים.**

**מדינות אלה משלמות מחיר על אי עמידה בכללי המשפט הבינלאומי בטווח הקצר והארוך.** כך לדוג' ארה"ב שילמה מחיר כשניסתה ליצור קואליציית מדינות שיתקפו בעירק ולא הייתה הענות לכך עקב פעולות קודמות שארה"ב עשתה במישור הבינלאומי. כמו כן בריטניה מתקשה לקדם שופט לICJ בגלל אי יישום של אמנות אליה הצטרפה.

מדינות שהחלו גישה מוניסטית התקרבו לדואליסטית ומדינות דואליסטיות התקרבו למוניזם. למרות ההבדלים בנקודת הפתיחה ניתן לראות קווי דמיון שהתפתחו ברוב המדינות-

1. בכולן יש סוג של **הצהרה שאומרת שהדין המדינתי הוא שקובע את מעמדו של הדין הבינלאומי**. זוהי הצהרה הפוכה לזו של המשב"ל.
2. יש התכנסות למרכז מבחינת דואליסטי ומוניסטי באופן שבו בתי המשפט המדינתיים מפרשים הסדרים שעוסקים בקליטה של דין בינלאומי. **בדר"כ התוצאה הסופית תהיה נכונות גבוהה יותר לקבל את המשפט המנהגי מאשר אמנה.**

שיעור 7

מצד אחד כל המדינות מחליטות כיצד המשב"ל יבוא לידי ביטוי ומצד שני המשב"ל רואה עצמו עליון למשפט המדינתי ומה שחשוב מבחינתו זה היישום. יש שתי אפשרויות לפתור את התנגשות זו- **עימות או פשרה.** היתרון של המשפט המדינתי הוא שהוא מוחלט ע"י העם. היתרונות של המשב"ל הם (1) ההיבט הפרקטי- **מדינה שרוצה להיות במסגרת של כולם צריכה להקשיב למשב"ל** (פרט למדינות מבודדות שאין להם נגיעה בעולם זה כלל או מעצמות שיכולות לדחות משב"ל בטווח הקצר עם סיכון לפגיעה בתווך הארוך) ו(2) ההיבט המוסרי- **בענפים מסוימים המשב"ל מחזיק קלף חזק בהיבט המוסרי** במיוחד בדיני מלחמה ודיני זכויות אדם. אלו היבטים כל כך מוסריים שניתן לראות רציונל ברור בדרישה לציית להם גם אם הדין המדינתי סותר אותם.

בעימות כל מערכת טוענת שהיא העליונה ואם גוף יציית לכללים חיצוניים וסותרים ייענש. בסופו של יום מי שכפוף למערכות הם אנשים וגופים פנים מדינתיים. אם החוקים סותרים ולא ידוע איזה חוק גובר, יש לדעת איזו מערכת חלה במצב שבו נעשה עוול. יש הרבה יתרונות לאינטראקציה חיובית בין שתי מערכות כאשר עימות עלול להוביל להתנגשויות וחוסר אמון.

**כל עוד רוב המדינות יצייתו רוב הזמן למשב"ל ימשיך להיות אמון בין שתי המערכות.** בפועל, אנחנו יכולים לראות מנגנוני פשרה. מבחינת המשב"ל מנגנון פשרה אחד קיים באמנת וינה- סתירה לא מהווה עילה להפר חוק מהמשב"ל אך **אם ההתחייבות הייתה בניגוד לכלל יסוד של הדין המדינתי ההתחייבות אינה תקפה.** בדין המדינתי הפשרה היא התמרכזות בין המוניזם לדואליזם אשר בא לידי ביטוי ביחס למנהג לעומת הסכמים. **הרבה מדינות מאמצות אוטומטית משפט מנהגי ודורשות פרוצדורה מסוימת להסכמים.** ניתן לראות פשרה זו בפס"ד רופר המדבר על עונש מוות לקטינים שבמשב"ל יש איסור חמור מאוד עליו. ארה"ב לא מצטרפת לאמנה בגלל איסור עונש מוות אשר מותר בחלק מהמדינות. עלתה עתירה לבהמ"ש העליון- האם עצם קיום עונש מוות לקטינים מהווה הפרה של המשב"ל. על אף שהפרקטיקה לא נאסרה יש דיון על רלוונטיות המשב"ל. הש' סקליה טען כי כל התייחסות למשב"ל היא אנטי דמוקרטית במהותה. דעת הרוב הייתה שארה"ב היא חלק מהעולם ויש להתעדכן בהתפתחויות המשב"ל ולראות האם ואיך להחיל אותם. מצד אחד עומדת גישת המעצמה ומצד שני גישה הרואה את ארה"ב כחלק מהכלל.

כשארה"ב יוצאת לפעולה צבאית היא עובדת לפי דוקטרינת פאוול על פיה לא יוצאים לפעולה בלי בני ברית. אחרי 9/11 היה לארה"ב קשה למצוא בני ברית בגלל הפעילות שלה לפני האירוע. ארה"ב יצאה לפעולות תקיפה ללא תמיכה בינלאומית ביוגוסלביה ועיראק.

פס"ד ישראלי בנושא הוא פס"ד בית סוריק. זהו פס"ד מהותי בנושא גדר הביטחון לאחר החלטת הICJ בנושא. ישראל בנתה גדר ביטחון והפלסטינים פועלים בזירה הדיפלומטית ומבקשים חוות דעת מייעצת מהICJ (לא מחייבת אבל בגלל שהICJ הוא הגוף השיפוטי הגבוה ביותר במשב"ל לניתוח שהם עושים יש משמעות). החלטת בית המשפט הייתה שהגדר לא חוקית בהיבט הפרת עיקרון המידתיות של דיני המלחמה- הנזק שנגרם לאוכלוסייה גדול בצורה לא מידתית ביחס לתועלת הצבאית של ישראל מהגדר מה שיכול להתפרש כפשע מלחמה. ישראל בחרה לא להצטרף לדיון כיוון שאם הייתה עושה זאת היכולת שלה להתרחק ולהתגונן הייתה קטנה משמעותית. עולה עתירה בישראל כנגד תוואי הגדר באזור בית סוריק. הש' חשין בדעת מיעוט אומר בצורה ברורה כי הICJ לא קיבל את התמונה המלאה ולכן ההחלטה שלו לא לגיטימית. זוהי החלטה שמבוססת על תמונה חלקית ולא צריך לקחת אותה בחשבון. אם זו הייתה החלטת הרוב היה זה קריאה נגד הICJ שהייתה גורמת לאיבוד לגיטימציה של ישראל ופותח דלת לתביעות נגד ישראלים בחו"ל תחת סמכות אוניברסאלית. כך כל אדם שהיה מעורב בהחלטה ובבניית הגדר יכל להיתבע במידה והיה מגיע למדינה הרואה זאת כפשע מלחמה. דעת הרוב אותה כתב הש' ברק אמרה שכל השאלות המשפטיות מתרכזות למה שהICJ אמר ולכן השאלה המהותית היא שאלת המידתיות. הוא טוען שלשופטים יש הרבה יותר מידע ולכן הם יכולים לבחון זאת בצורה טובה יותר. בכל מקום בו התוואי לא מידתי התוואי יפסל. המשמעות היא שעל כל מקטע של תוואי הגדר עלתה טענה שזאת פגיעה לא מידתית והמדינה נאלצה להוכיח שפעלה קשורה בין אם מסיבות מידתיות, בין משיקולים גאוגרפיים ובין משיקולים צבאיים. לאחר מכן מדינת ישראל מוציאה מסמך תגובה בן 300 עמודים המסביר את עמדת ישראל בנוגע לגדר וכולל ביקורת נרחבת על החלטת הICJ כולל התמונה הרחבה יותר שלא הוצגה בדיון המקורי. לקראת סוף המסמך נאמר שבעקבות פסיקת בג"ץ נעשו הרבה שינויים בגדר כך שהגדר הנוכחית והגדר אותה בחן הICJ הן כה שונות עד שהחלטת הICJ אינה רלוונטית. **ברק מצא את הדרך להגיע לפשרה- לא לזלזל במשפט הבינלאומי מצד אחד ולא לאבד לגיטימציה ולהגיע לפתרון פרקטי מבחינת ישראל מצד שני.**

המוניזם היה רואה את החלטת הICJ הסופית. הדואליזם פועל בשתי דרכים: דחיה מוחלטת כפי שעשו חשין וסקליה או לפעול בפשרה.

שיעור 8

(השלמה מעדי לובוצקי)

היחס בין המשב"ל לדין הישראלי - הפן הפורמלי

מעמד המשב"ל בדין הישראלי מבחינה פורמלית דומה למעמדו באנגליה. ככלל, הגורם במדינת ישראל שאחראי לחתום/לאשרר אמנות הוא ממשלת ישראל. עם זאת, **מבחינה פורמלית** (לא מדויק ברמה המעשית) **גם אמנה שאושררה ע"י ממשלת ישראל משוללת מעמד בדין הישראלי כל עוד היא לא נקלטה בנורמה ישראלית.**

מה מעמדה של אמנה מרגע שנקלטה בדין הישראלי? זהה למעמד של הנורמה שקלטה אותה (חקיקת משנה, חקיקה ראשית וכו'). למשל, אמנות ז'נבה נקלטו בפקודה צבאית, ולכן פורמלית מעמדן כחקיקת משנה.

**מה שמחייב הוא הנורמה הכוללת ולא האמנה** - אם הכנסת מחוקקת חוק ליישום אמנה X ויש בו סעיפים עם הבדלים בנוסח מהאמנה, **הנוסח המחייב הוא של החוק הישראלי.**

לעומת זאת, **בדין מנהגי ישנה קליטה ישירה.** אין צורך בפעולה של גורם ישראלי כדי שדין מנהגי ייקלט לדין הישראלי. מעמדו בדין הישראלי כמעמד כללי המשפט המנהלי הבלתי כתובים.

* עקרונות המשפט המנהלי הבלתי כתובים מגיעים מהמשפט המקובל האנגלי, וככלל מעמדם עליון לחקיקת משנה ונחות מחקיקה. למשל, עקרון הסבירות מאפשר לביהמ"ש העליון לבטל תקנה או החלטת מנהל אם היא לא סבירה. **אחד מעקרונות המשפט המנהלי הבלתי כתובים הם כללי המשפט המנהגי הבינ"ל**, דהיינו - **חובה על הרשויות בישראל לציית לכללי המשפט המנהגי הבינ"ל.**

הרציונל מאחורי ההבחנה בין מעמדן של אמנות למשב"ל המנהגי הוא **העיקרון הדמוקרטי.** הענקת מעמד חזק מדי לאמנות תאפשר לרשות המבצעת (שמאשררת אותן) לעקוף את הרשות המחוקקת. **המשפט המנהגי,** לעומת זאת, **לא נתון לשליטת הרשות המבצעת** אלא **ידוע וגלוי מראש, מוכרע ע"י ביהמ"ש** במקרי אי ודאות (איזונים ובלמים) **וניתן להתגבר עליו בחקיקה.**

דוגמאות ליישום המשב"ל בדין הישראלי:

**1. חזקת ההתאמה הפרשנית:** דוקטרינה משפטית ראשונה שנוגעת ליישום נורמות של המשב"ל בדין הישראלי רלוונטית הן לאמנות שאושררו (אך לא נקלטו) והן למשב"ל המנהגי. חזקת ההתאמה הפרשנית אומרת **שחזקה על המחוקק הישראלי** (לרבות מחוקק משנה) **שלא התכוון לסתור נורמה של המשב"ל שמדינת ישראל מחויבת לה.** לפיכך, על ביהמ"ש לעשות ככל שביכולתו כדי **לפרש את הדין הישראלי באופן שימנע סתירות בין הדין הישראלי למשב"ל.** אם יש נורמה ישראלית שסותרת את המשב"ל באופן מובהק (ולא ניתן ליישב זאת מבחינה פרשנית) יש לבדוק מה גובר - אם מדובר בחקיקת משנה אז המשב"ל המנהגי יגבר וכו'.

**2. עליונות של משב"ל מנהגי על חקיקת משנה:**

א. המנהג הבינ"ל מטיל חובות וסמכויות, למשל - **חסינות דיפלומטית.** אם שגריר של מדינה מעורב בפעילות פלילית לא ניתן להעמיד אותו לדין בישראל כי יש לו חסינות דיפלומטית. זאת, למרות שאין לכך עיגון בחוק הישראלי אלא במשב"ל המנהגי.

**ב. בסתירה בין מנהג לחקיקת משנה, המנהג יגבר.** רואים זאת בהחלטות מנהל, שמעמדן נמוך יותר מחקיקת משנה. לדוגמה, נוהל שכן אמר שאם מחבל מתבצר בביתו - במקום להרוס את הבית על המחבל ניתן לדפוק על בית השכן ליד ולהסתייע בו כדי לשכנע את המחבל להיכנע (כך הוגדר הנוהל בנהלי הצבא). בפועל, נוצרה פרקטיקה בעייתית מאוד שהשלכותיה הן לקיחת אזרחים ועירובם בלחימה. הכלל הבסיסי ביותר של דיני הלחימה הוא עיקרון ההבחנה. ביהמ"ש העליון קבע כי **יש סתירה בין נוהל שכן** (שקבוע בחקיקת משנה ישראלית) **לבין המשב"ל המנהגי** (עקרון ההבחנה של דיני הלחימה) **ולכן נוהל שכן מבוטל.**

**3. בסתירה בין דין מנהגי לבין חקיקה ראשית - החקיקה הראשית תגבר.** דוגמה בעייתית - הסמכות להריסת בתי מחבלים קבועה בחקיקה ראשית ("תקנות ההגנה"). לפי הפרשנות המקובלת, מעמד "תקנות ההגנה" כמעמד של חוק. למרות שביהמ"ש העליון טוען אחרת, הריסת בתי מחבלים סותרת את המשב"ל המנהגי (איסור על ענישה קולקטיבית). אחת הטענות של ביהמ"ש העליון שמצדיקות הריסת בתי מחבלים היא שחקיקה ראשית גוברת על משב"ל מנהגי.

**בג"ץ עפו:** באמנת ז'נבה (אושררה אך לא נקלטה) קבוע כלל שאומר שאסור להוציא בכפייה אזרחים משטח כבוש. עד לסוף שנות ה-90 ישראל השתמשה בפרקטיקה של גירוש מחבלים. בעתירה נגד הפרקטיקה הזו אמר השופט שמגר כי **מבחינת המשב"ל המנהגי קיים איסור רק על גירוש קולקטיבי** (גירוש של קבוצות ולא של יחידים). **את סעיף האמנה צריך לפרש לאור המשב"ל המנהגי** (כאוסר על גירוש קולקטיבי), ולכן אין סתירה בין הפעולה הישראלית לבין המשב"ל. **הרשויות הישראליות מגרשות מתוקף סמכויות שניתנו להן בחקיקה ראשית** ("תקנות ההגנה"), כך שהן מול דין מנהגי והן מול אמנה שאושררה ולא נקלטה - הדין המדינתי גובר. יש לפרש את תקנות ההגנה לאור המשב"ל, ולכן יש לפרשן כלא מאפשרות גירושים קולקטיביים. **השופט בך אמר שאי אפשר לפרש את הסעיף של אמנת ז'נבה ככזה שמתיר גירושים אינדיבידואליים** (של יחידים), **אך עדיין החקיקה בישראל גוברת.**

בסוף שנות ה-90 ותחילת שנות ה-2000 ניתנו פסקי דין של ביה"ד הבינ"ל הפלילי לעניין יוגוסלביה, שקבעו מפורשות שגם הוצאה אינדיבידואלית של אזרח מוגן מהשטח הכבוש אסורה (ומהווה פשע מלחמה). לאור זאת מדינת ישראל הפסיקה את הפרקטיקה של הוצאה בכפייה, והגירושים היחידים שנעשים הם בהסכמה (כגון חילופי שבויים). ישראל החלה להעביר חלק מהאסירים הפלסטיניים מהשטחים לבתי סוהר בישראל, שהתנאים בהם טובים יותר. ארגוני זכויות אדם עתרו נגד הפרקטיקה הזו בשם האסירים הפלסטינים. השופטת בייניש הזכירה בחטף את פס"ד עפו ובג"ץ עלי אבל לא אמרה זאת במפורש (משום שלהצהיר בריש גלי שישראל מפרה נורמה בסיסית של דיני הלחימה תגרור מחיר בזירה הבינ"ל). במקום זאת היא אמרה שמטרת העברת האסירים נועדה להטיב עם תנאיהם, ולכן **צריך לבצע פרשנות תכליתית של הדין הבינ"ל ולהניח שמטרתו הייתה להגן על הפלסטינים - ולכן כל עוד ההעברה נעשתה במטרה של להגן על הפלסטינים, אין סתירה בין הדין הישראלי למשב"ל** (שתי נורמות השלובות זו בזו).

(המשך שלי)

מעמד אמנות בדין הישראלי

הגוף שחותם ו/או מאשרר אמנה הוא **ממשלת ישראל** כאשר לפעמים מואצלת הסמכות לראש הממשלה, שר החוץ או שר אחר. **מבחינה פורמלית דווקנית לאמנה שמדינת ישראל חברה בה אין מעמד בדין הישראלי אלא אם היא נקלטה בנורמה ישראלית.** מרגע הקליטה מעמדה כמעמד הנורמה- תקנה כתקנה, חוק כחוק, חוק יסוד כחוק יסוד.

הליך אישרור אמנה בדין הישראלי- תקנון הכנסת קובע שככלל השר או הממשלה צריכים להגיש בשני עותקים את האמנה לכנסת ולאחר **השהייה של שבועיים** ממשיכים בתהליך האשרור. המטרה היא לתת הזדמנות לחברי הכנסת לעיין באמנה ולפעול בנושא באמצעות דיון במליאה או הגשת הצעת חוק שמטרתה לקלוט את האמנה או לסקל את קליטתה. תקנון הכנסת קובע ששיקולים של סודיות או דחיפות מאפשרים לא להגיש את האמנה לכנסת. מי שרשאי לבקש זאת הוא השר הרלוונטי בהסכמת שר החוץ ושר המשפטים. פסיקת בג"ץ אומרת שבמצב של שיקולי סודיות או דחיפות שלא יאפשרו להגיש את האמנה לדין הכנסת לפני החתימה או האשרור- יהיה ראוי שהפרוצדורה של ההשהיה תעשה לאחר ההצטרפות. יש חריג מרכזי אחד שבו ההסדר הוא שונה וזה הסכמים בינלאומיים שההשלכה שלהם היא הסרת המשפט השיפוט והמנהל של מדינת ישראל משטח כזה או אחר שעליו המשפט השיפוט והמנהל חלים קודם להסכם. בשנים האחרונות עברה החקיקה שמסירה את הריבונות הישראלית מירושלים ומעוגנת בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט השיפוט והמנהל) 1999, חוק יסוד משאל עם 2014 וחוק יסוד ירושלים בירת ישראל שעבר תיקון בשנים האחרונות. בגדול קבעו שהסכם זה צריך להיות מאושר במשאל עם או ברוב של 80 חברי כנסת.

דוקטרינות שונות בנוגע למעמד אמנות בדין הישראלי

דיון זה יעשה בנוגע לאמנות שישראל חתומה עליהן, שלא נלקטו בדין הישראלי ע"י איזושהי נורמה כוללת. נקודת הפתיחה הפורמאלית היא שאמנות שישראל שחתומה עליהן ולא נקלטו בדין הישראלי אין מעמד נקבעה עוד בראשית המדינה. פס"ד סמארה הוא האחד מפסקי הדין הראשונים שעסקו בנושא. בפס"ד דובר על הגבול הזמני ששורטט בהסכמי הפסקת האש שלאחר מלחמת השחרור. עד אותו רגע לא היה גבול במקומות אלו ואנשים מצאו עצמם כשהכפר שלהם בצד אחד של הגבול והשטחים החקלאיים שלהם בצד השני. בהקשר זה קבעו הסדרים שמטרתם להגן על הזכויות של אותם חקלאים. ישראל לא מקיימת את ההסדרים והתושבים פנו לבג"ץ ומבקשים את קיום הזכויות שניתנו להם. **בג"ץ קובע כי מדובר באמנה שלא נקבעה בנורמה ישראלית ולכן אין לה מעמד**. דבר זה קרה למרות שהסכמי מיקום הקו התנהלו בנוגע לכל כפר בנפרד אך בפועל לא הייתה עמידה בהסכמים מתוקף שיקולים ביטחוניים.

עם השנים, כתוצאה מדוקטרינות שונות שהתפתחו נוצר מצב שבפועל, כיום, יש לאמנות שאושררו השפעה חזקה על הדין הישראלי.

* דוקטרינת חזקת ההתאמה הפרשנית (רלוונטית גם למשב"ל מנהגי)- בהקשר של אמנות הדוקטרינה קובעת **שעל בית המשפט לעשות ככל שניתן לפרש את הדין הישראלי באופן שיוביל למסקנה שאין סתירה בין הדין הישראלי לבין אמנה שישראל חברה בה**. המשמעות הפרקטית היא שבעקבות חזקת ההתאמה הפרשנית בית המשפט יפרש את החוק שלולא האמנה החוק היה מתפרש בדרך אחרת. זה אומר שיהיו מקרים שבהם בעקבות חזקת ההתאמה הפרשנית, בית המשפט יצמצם את היקף הסמכות שיהיו לגורמים הישראלים ויהיו מקרים אחרים שבהם בעקבות חזקת ההתאמה הפרשנית הוא ירחיב את הסמכות שיש לגורמים הישראלים בהשוואה לפרשנות שהיה נותן לחוק ללא האמנה.

כך לדוגמה חוק המעצרים המנהליים בישראל קובע שהיה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר הוא רשאי להורות להחזיק את האדם במעצר לתקופה שתצוין בצו ולא תעלה על 6 חודשים. בשנת 1999 ישראל מאשררת את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות או פוליטיות. אמנה זו מכירה בכך שמדינה רשאית להחזיק אדם במעצר מנהלי. יחד עם זאת האמנה דורשת שהסיבה להחזקת האדם במעצר מנהלי תהה חשד לסיכון אישי שנובע ממנו. עם זאת מדינת ישראל החזיקה פעילי אירגוני טרור גם כאשר ידעה שאין סיכון אישי מהם כיוון שהיוו קלפי מיקוח. לאור זאת, הפרשנות המקובלת של חוק מעצרים מנהליים לפני ההצטרפות לאמנה הייתה שהוא מתיר החזקה של אדם במעצר מנהלי גם מטעמי ביטחון שלא נובעים מסיכון אישי מאותו אדם. בהמ"ש בפס"ד פלונים קובע בין השאר **שלאור חזקת ההתאמה הפרשנית יש לאמץ פרשנות חדשה לחוק** (ספציפית למונח טעמי ביטחון) אשר מצמצמת את סמכותו של שר להורות על מעצר מנהלי.

**לפעמים יכול להיות מצב שחזקת ההתאמה הפרשנית תצמצם את הסמכות של גורם שלטוני כמעט לאפס.** הדין הישראלי קובע שכאשר קטין מבצע רצח לבית המשפט יש שיקול דעת האם להטיל עליו מאסר עולם או לא (בשונה מבגיר אשר זהו דין אוטומטי). אמנת זכויות הילד עליה חתומה ישראל קובעת שאסור להטיל מאסר עולם על קטין. הש' דורנר קבעה כי כאשר השופט מפעיל את סמכותו עליו לקחת בחשבון את ההתחייבויות של מדינת ישראל בזירה הבינלאומית, משמע האמנה שישראל הייתה חברה בה. בפועל דורנר אומרת שמרגע שמדינת ישראל חתמה על אמנת זכויות הילד כמעט תמיד החלטה של בית משפט להטיל עונש מאסר עולם על קטין תהיה לא סבירה. לכאורה יש סמכות לגורם השלטוני וחזקת ההתאמה הפרשנית צמצמה אותה כמעט לאפס.

**יהיו מקרים שבהם חזקת ההתאמה הפרשנית תרחיב את הסמכות.** כך לדוגמה אם כללי קימברלי היו נקבעים באמנה, האמנה הייתה מרחיבה את הסמכות לגורם הישראלי בכך שנינה אפשרות להחרים יהלומים שללא כללי קימברלי לא היה ניתן לעשות זאת.

* מעמד אנלוגי להנחיות מנהל- בסדרה של פסקי דין **ראו שבית המשפט מעניק לאמנות שישראל חברה בהן ולא נקלטו מעמד שהוא אנלוגי להנחיות מנהל.** רוב פעילות השלטון בישראל נעשית באמצעות הנחיות מנהל. פורמלית הם לא נמצאות בפירמידת הנורמות והן לא יכולות לסתור תקנה, חוק או כללי המשב"ל הבלתי כתובים. יחד עם זאת ההנחה היא שהנחיות מנהליות מחייבות את הגורם השלטוני הרלוונטי משמע הוא חייב להפעיל את סמכויותיו השלטוניות בהתאם להחלטות המנהליות כל עוד אין סיבות חזקות ביותר לחרוג ממנו.

* אמנות כקריטריון לסבירות- **פעולות שלטוניות כפופות לכללי המשפט המנהלי הבלתי כתובים ואם הם סותרים אותם דינם להתבטל. אחד מגורמים אלה הוא סבירות.** קיימים סדרה של פסקי דין מהם עולה שההסדרים שקבועים **באמנות שישראל חברה בהם ישמשו אינדיקציה לסבירות ההחלטה.** ככל אם ההחלטה תואמת את האמנה היא סבירה ואם היא סותרת היא לא סבירה. יחד עם זאת זהו לא הקריטריון היחיד ויכולים להיות שיקולים נוגדים שיובילו את בית המשפט למסקנה הפוכה. ככלל או במרבית המקרים התאמה לאמנה תהיה קריטריון מרכזי בסוגיה.

**ברמה המעשית לאמנות שישראל הצטרפה אליהן יש השפעה חזקה מאוד על הדין הישראלי למרות היעדר המעמד הפורמאלי.**

האם צריך לעבור לקליטה ישירה של אמנות?

לפני מספר שנים קבוצת מומחים למשב"ל מהאוניברסיטה העברית טענה כי לאור המצב הקיים בו לאמנות יש השפעה חזקה בדין הישראלי ולאור דעתם שלאמנות אלה יש השפעה על הדין הישראלי, יש לתקן את הדין בשני תיקונים שקשורים אחד לשני-

1. יש לקבוע שתהיה קליטה ישירה ומרגע הצטרפות המדינה לאמנה היא תחול כדין ישראלי.
2. מי שיהיה רשאי להכניס את האמנה לחוק הישראלי תהיה הכנסת.

הטיעונים בעד הגישה:

1. טיעון אינסטרומנטלי (תועלתני)- ע"פ טיעון זה **ישראל היא חלק מהקהילה הבינלאומית** ולכן ראוי לייצר הסדר שיבטיח שישראל תעמוד במחויבויות שלה.
2. שלטון החוק במובן הבינלאומי- קליטה ישירה **תחזק את עקרון שלטון החוק הבינלאומי**.
3. טיעון ערכי- יש **אמנות רבות שמשקפות ערכים ראויים**. ראוי לייצר הסדר שיכניס ערכים אלה לדין הישראלי.

טיעונים נגד הגישה:

1. טיעון דמוקרטי- גם במצב קיים בו ניתן יותר ויותר כוח לאמנות, ניתן לטעון כי זהו מצב בעייתי בו **מאפשרים לרשות המבצעת לכפות נורמות בזירה הישראלית** כאשר זהו תפקיד הכנסת. לכאורה הקביעה כי הכנסת קובעת את החוק מסדיר את העניין אך בפועל יש מצב בו הכנסת לא קבעה את החוקים והרשות המבצעת כופה עליה לקבל חוק או לנטוש אותו לחלוטין.
2. שיקולים פרקטיים- יש סדרה של שיקולים פרקטיים ללמה לא לערב את הפרלמנט. חלקם רלוונטיים לנקודת ההצטרפות לאמנה וחלקם יותר מאוחר.
   1. שיקולים רלוונטיים לנקודת ההצטרפות לאמנה- לרוב **עדיף שמו"מ יתנהל ללא דיון ציבורי והפרעות** ולכן עירוב הפרלמנט עשוי להוביל במקרים רבים לסיקול חתימה על אמנות.
   2. שיקולים רלוונטיים לנקודה מאוחרת באמנה- יש **מקרים שבהם השתיקה יפה לאמנות גם אחרי שהם נחתמו.** לישראל יש אמנות סודיות שהן לפעמים בעייתיות. יש אף חוקות שאוסרות את הדבר אך יש לכך יתרונות רבים.
3. **יש מקרים בהם אמנה הופכת להיות פחות מתאימה למציאות עם הזמן**. כאשר דבר זה קורה המדינה פשוט לא מקיימת את הכלל (בשקט) עד שתהיה פניה לבג"ץ בנושא שאולי יבטל את הכלל. במצב כזה **קליטה ישירה תחייב את ישראל לפרוש מאמנה או לתקן את החוק המאמץ וליצור מצב שהחוק הישראלי סותר בצורה כזו או אחרת את האמנה.** שיטות אלה כלליות וגלויות אשר יוצרות עימות גלוי בין ישראל לזירה הבינלאומית**. מלבד חוק יש גם שיקולי פוליטיקה ודיפלומטיה שמובילים למסקנה שעדיף לא לערב את הכנסת.**

שיעור 9

אחריות בינלאומית של מדינה

במשב"ל השחקן הראשי הוא המדינה.

איך אנו יודעים שכלל של המשב"ל הופר?

דיני האחריות במשב"ל חלים במקביל לדין הספציפי (אמנה או מנהג שחלים נקודתית במקרה מסוים). עצם שאלת אחריות המדינה יכולה לחול יחד או במקביל למסגרת. **אם האמנה או המנהג קובעים כללים שונים מהדין הספציפי- הדין הספציפי יגבר**. הדין שעוסק באחריות המדינה הוא דין מנהגי אבל בניגוד לרוב הדין המנהגי יש מסמך שמנסה לעשות קודיפיקציה. מסמך זה נחשב כמיצג של המשב"ל המנהגי והוקם ע"י הILC (International law commission), גוף ששייך לאו"ם ומטרתו קידום המשב"ל והקודיפיקציה שלו. **לכללי אחריות המדינה אין מעמד מחייב אבל מקובל לראות אותם כמיצגים את המשב"ל המהותי.**

כללי האחריות

הכלל הראשון אומר שעל הפרה של מחויבות בינלאומית יש אחריות של המדינה. אחריות על הפרה מורכבת משני מרכיבים:

1. מעשה שניתן לשייך למדינה.
2. המעשה מהווה הפרה של הדין הבינ"ל של המדינה.

יש לבדוק כיצד ניתן לייחס משהו למדינה והאם הוא היווה הפרה.

לדוג' אם מדינה מחויבת בדיני איכות הסביבה להימנע מזיהום של נהר משותף לכמה מדינות, בכך שזיהמה אותו היא יצרה הפרה של המחויבות. אם האמנה לא יצרה מנגנון של סנקציות ואחריות, ניתן ללכת לכללי אחריות המדינה כדי להבין אם יש לה אחריות בנושא. אשם המדינה לא קיים בדין הבינלאומי ולא קיים באופן כללי אלא נבחן בכל מקרה לגופו. לעיתים תהיה אחריות מוחלטת ולעיתים תהיה רשלנות (במצב זה מדינה תוכל להשתחרר מאחריות אם תוכיח שלא היה אשם).

**אין שום צורך בנזק כדי שתהיה הפרה.** כך לדוג' אם מדינה מבצעת חיפוש ללא אישור בשגרירות מדינה כלשהי- גם אם לא היה נזק משום סוג, הכניסה לשגרירות לצורך ביצוע החיפוש מהווה הפרה של הכלל.

דיני אחריות המדינה לפני המשב"ל מתייחסים גם **ליחס בין הדין הבינלאומי לדין המדינתי**. כלל 3 אומר שהעובדה שמדינה פעלה לפי חובה בדין המדינתי לא משנה לעניין הפרת האחריות המדינתית של המדינה. יש בחוק ס' ספציפיים אשר אומרים כי המדינה לא יכולה להתבסס על הדין המדינתי שלה כדי לטעון שהיא נמנעת מהטענות על הפרה.

איך יודעים שמעשה נעשה בשם המדינה?

בפרשת המרמרה על הספינה היו אזרחים טורקים. הספינה לא הייתה שייכת לטוריה אלא לגוף פרטי ולפני ההגעה לישראל עברה באיי קומורוס (כיוון שהם חתומים על אמנה אשר נותנת להם חברות בICC) ועל כן הם באחריות הטריטוריאלית שלה. האם האזרחים הטורקים מיצגים את המדינה ברמה מספיק גבוהה כדי לייחס את הפגיעה למדינה?

אם מדובר בגוף רשמי של המדינה- ס' 4 לכללים נותן לו ייחוס למדינה. **אורגן דה פקטו ביצע פעולה בשם או בתמיכת המדינה ותהיה אחריות למדינה אם הקשר בניהם יוכח**. דוג' לכך היא המלחמה ביוגוסלביה. לכאורה היה מדובר במלחמת אזרחים בתוך בוסניה- צבא בוסניה נגד ארגון מורדים סרבי. למעשה הארגון נתמך ע"י ממשלת סרביה והגיעו למסקנה שהייתה **שליטה ותלות מספיק גבוהים בין הארגון לסרביה כדי לדון האם סרביה אחרית למלחמה.** למעשה הגיעו לשתי תוצאות- (1) ברמה הפלילית בICTY (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) נקבע שהייתה רמת אחריות מספקת ו(2) בהחלטה מאוחרת יותר קבע הICJ שלא הייתה אחריות. לגבי אותם מקרים ובאותן נסיבות ניתן להגיע לתוצאות שונות. מבחן התלות הוא מבחן מורכב.

מה קורה אם אורגן חורג מסמכותו כמו לגוד' דיפלומט שמשתמש בדואר דיפלומטי כדי להבריח סמים? כלל 7 לכללים קובע **שהכלל לייחוס אחריות למדינה על פעולות אורגן נעשתה במסגרת כשרות תפקידו.** לפעולת בכשרות יש שני מבחנים (לא מצטברים):

1. זיקה מהותית בין הפעולה לתפקיד האורגן- סממנים חיצוניים של הפעולה כגון מדים.
2. מבחן הסמכות הנחזית- **האם הפעולה נחזתה כפעולה שמבצע האורגן של המדינה במסגרת תפקידו מבחינת המתבונן מהצד**. דוגמה לכך היא פרשה 1929 Caird- אנשי צבא במקסיקו הרגו אזרח צרפתי שסרב לתת להם כסף. דיון האחריות של המדינה נעשה במסגרת וועדת תביעות שהוקמה בהסכמה. הוועדה קבעה שהם פעלו במסגרת כשירותם כאנשי צבא, השתמשו בנשק שניתן להם במסגרת זו ולכן יש להם סמכות נחזית ויש להם אחריות על היחסים. דוג' נוספת היא מקרה בו חייל ירדני נכנס לישראל והרג 12 תלמידות. ירדן לקחה אחריות על המעשה, הענישה את החייל ושילמה פיצויים.

דיני המלחמה לוקחים את העניין רחוק יותר- ס' 91 לפרוטוקול הראשון באמנת ג'נבה קובע אחריות מוחלטת על כלל המעשים של הלוחמים. הרעיון הוא שבמסגרת כמו דיני מלחמה בגלל ההשלכות האפשריות אנו רוצים שהמדינה תשגיח יותר.

**למדינה אין אחריות על מעשיו של אזרח פרטי** וההתנהגות של אזרח פרטי דורשת להראות זיקת המדינה לפעילות ולהראות שהמדינה נתנה הוראות או שלטה במעשים. **כאשר המדינה נתנה הוראות הדבר ברור שלמדינה יש אחריות. בנוגע לשליטה הדבר יותר מסובך**. בשנות ה80 יש יחס כלשהו בין ארה"ב לקבוצת מורדים בניקרגואה. הטענה הייתה שארה"ב מאמנת, מממנת ומחמשת את הארגון. המקרה הגיע לICJ ובחן האם רמת השליטה של ארה"ב במורדים מספיקה כדי לייחס לארה"ב את פעילות המורדים. בהמ"ש קבע סטנדרט של שליטה אפקטיבית- לא מספיק להראות מימון שליטה והדרכה אלא **צריך להראות שליטה אפקטיבית על הפעולות הצבאיות של הגוף.**

במקרה של מלחמת יוגוסלביה הייתה שליטה של הסרבים בארגון המורדים (VRS) אשר ביצע פשעי מלחה וטיהור אתני בבוסניה. ב1999 בICTY אומץ מבחן שונה- פס"ד TADIC נבחנה האחריות של ממשלת סרביה על ארגון המורדים הבוסני סרבי. שאלת האחריות הייתה קריטית לכל פעילות של הICTY כי אם אין אחריות מדובר בסכסוך תוך מדינתי ויש להשתמש במשפט הפלילי התוך מדינתי הרלוונטי. אם ניתן לייחס את פעילות המורדים לסרביה- מדובר בסכסוך בינלאומי בו הכללים יותר ברורים ומסגרת פשעי המלחמה הרבה יותר ברורה בהתאם. בICTY אמרו שמבחינת השיוך צריך להסתכל על הדינים הרגילים של אחריות מדינה. עם זאת לא מקבלים את מבחן השליטה האפקטיבית כיוון שהוא מאפשר התחמקות קלה מידי למדינה מהמעשים שבאחריותה ובנוסף הדבר לא משקף את הפרקטיקה של מדינות בנוגע לאחריות על גופים מעין צבאיים הפועלים תחת שלטתם. לכן המבחן שהם מציעים הוא מבחן השליטה הכוללת- לא מספיק מימון וסיוע (הדרכה, ציוד, כסף..). **האחריות היא האם למדינה יש שליטה כוללת על המעשים.** לא ברמת שליטה אפקטיבית אלא ברמת שליטה כוללת המאפשרת לייחס את המעשים של הארגון למדינה ברמה שאנו רואים שהארגון פועל מטעם המדינה. **כללים אלה לא עובדים על מבחנים ברורים אלא על מסגרת הפעילות.**

ב2007 מקרה יגוסלביה עלה בICJ. בדיון שעסק באמנת הג'נוסייד בין בוסניה וסרביה- הICJ **חוזר לכלל של שליטה אפקטיבית** ואומר שבפועל המבחנים שהICTY קבע דומים למבחן השליטה האפקטיבית. בכך הICJ ביטל פרקטית את מבחן השליטה הכללית והחזיר את השליטה האפקטיבית.

בדיון האקדמי יש וויכוח מה מהמבחנים הוא הנכון. נאמר שהICTY הנמיך את הסטנדרט כדי שיוכל להוביל לענישה פלילית בינלאומית. יש טענות שאומרות שהמבחן של הICJ מציב סטנדרט גבוה ולא ישים המשחרר את המדינות מהאשמות.

מהם השלכות ההפרה

ס' 29 אומר שעצם ההפרה לא משפיעה על החובה להמשיך לכבד את הנורמה שהופרה. ס' 30 אומר שכאשר יש הפרה המדינה מחויבת להפסיק אותה. ס' 31 מתייחס לחובות מעבר להפסקת ההפרה. את חובות אלה ניתן לראות בס' 34-37.

ס' 34- מדבר על תיקון המצב הכולל.

ס' 35- השבה פיזית של המצב לקדמותו ככל שהדבר אפשרי.

ס' 36- פיצויים על הנזק שנגרם.

ס' 37- יוצר הליך הנקרא סדיספקשין- הכרה והתנצלות.

**אין באמת גוף שיכול לאכוף את הסעדים הללו אלא אם יש הסכמה של המדינות**.

כאשר אין הסכמה בין המדינות הדבר יותר מסובך. מדינה יכולה לשכנע את מועצת הביטחון להטיל סנקציות אך הדבר ייעשה רק אם הדבר מהווה איום על שלום הציבור והיציבות העולמיים. החלטה המתקבלת ע"פ פרק 7 למועצת הביטחון מחייבת את כל מדינות העולם. יש ניסיונות רבים להגיע להחלטה ע"פ פרק 7, אולם זה לא דבר נפוץ (ולעולם לא יקרה אם המדינה חברה קבועה במועצת הביטחון).

במישור המשפט הפלילי הבינלאומי- סמכות אוניברסלית והICC- סמכות אוניברסלית **היא סמכות שיפוטית פלילית של מדינה על מעשים שנעשו מחוץ לטריטוריית המדינה שלא ע"י אזרחיהן.** מעשים אלה נדירים ויקרים ומוגבלים רק למישור הפלילי הבינלאומי (פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה). הICC **תקף במקרים בהם יש לו סמכות ישירה** על מדינה חברה או אזרחיה **ובמצב בו מועצת הביטחון נותנת סמכות מיוחדת**.

לפיכך, מישור הפעילות היחיד שנותר הוא **פעולה חד צדדית**. ס' 49 **מתייחס לאיך ומתי אפשר להפעיל פעולת נגד אחד צדדים** (countermeasures). הצעדים הננקטים יהיו אך ורק כנגד המדינה המפרה לא במטרה להעניש אותה אלא במטרה לגרום למדינה לממש את ההתחייבות ולהפסיק את ההפרה. מדובר בצעדים זמניים והצדדים חייבים לאפשר חזרה להמשך קיום ההתחייבות (לא לעשות מעשים בלתי הפיכים). ס' 53 **קובע שצריך להפסיק את הצעדים החד צדדיים ברגע שהמדינה חזרה לקיים את ההתחייבות שלה**. באופן כללי הכללים קובעים שצעדי הגמול לא חייבים להיות קשורים אחד לאחד להתחייבות שהופרה. ניתן להגיב במישורים אחרים. עצם העובדה שההפרה קשורה בזיהום נהר לא אומרת שפעולת הגמול צריכה להיות קשורה לאיכות הסביבה ויכול להיות לדוג' איסור כניסת דיפלומטיים או הפסקת העברת כספים. כלל 50 קובע **מגבלות על האפשרות לשימוש בצעדי גמול**. על הפרה של התחייבות אסור (1) להגיב בכוח בכפוף לכללים של שימוש בכוח באמנות הבינלאומיות, (2) אסור לפגוע בזכויות אדם, (3) להפר הוראות שאסורות בדיני מלחמה ו(4)להפר כללי יוס קוגנס. ס' 50 קובע שצריך להיזהר משימוש בצעדי גמול שנועדו לפגוע במנגנונים שיכולי לאפשר סכסוך היישוב בדרכי שלום. כמו כן אם יש הליך בוררות כלשהו בין המדינות אי אפשר לנקוט בפעולות גמול שעלולות לפגוע בו.

ס' 51 אומר שצעדי הנגד צריכים להיות מידתיים לפגיעה. זהו אחד הכללים החשובים ביותר בדין הבינלאומי.

 שיעור 10

 ישנם 3 תחומים שיש נטייה לבלבל בניהם:

1. הגנה דיפלומטית (לא לבלבל עם חסינות דיפלומטית).
2. חסינות דיפלומטית.
3. חסינות מדינה (זהו התחום העל אליו שייך נושא החסינות הדיפלומטית).

ההבדל בין חסינות מדינה לאחריות מדינה

המשותף לשניהם הוא בחינה של שיוך. **עלינו לבחון בשני ההקשרים האם הפעולה שביצע איזשהו גורם בעולם יש לשייך אותה למדינה**. הסיבה שבגללה אנו עושים את השיוך בכל אחד מהמקרים שונה לחלוטין.

באחריות מדינה אנו בודקים האם הפעולה של אותו גורם **מהווה הפרה של הדין הבינלאומי** ע"י המדינה שלה משויך המעשה. **המטרה היא להכיל את דיני אחריות המדינה שקובעים מהם הצעדים שניתן לנקוט כנגד המדינה בגין המעשה שיוחס לה**. סעדים אלה ננקטים בזירה הבינלאומית.

לעומת זאת, בחסינות מדינה **אנו בודקים האם ניתן לשייך למדינה א' מעשה של גורם מסוים שהפר את הדין המדינתי של מדינה ב'**. זאת במטרה להגן על מדינה א' ו/או על הגורם שמעשיו משויכים לה מפני סנקציות והליכים משפטיים במערכת המשפט המדינתי של מדינה ב'.

השוני בין הגנה דיפלומטית וחסינות דיפלומטית

חסינות דיפלומטית הוא תת תחום בתוך התחום של חסינות מדינה **שמסדיר את ההגנות להן זכאי הסגל הדיפלומטי של מדינה א'** **בהקשר של האינטראקציה שיש לאותו סגל עם הדין של המדינה בה הוא נמצא.**

לעומת זאת, הגנה דיפלומטית עוסק בשאלה **מתי מדינתו של אדם רשאית לנקוט בהליכים בזירה הבינלאומית כנגד מדינה אחרת שפגעה באדם האמור** (ישראלי נפגע במדינה זרה ובתגובה מדינת ישראל אומרת שהיא נפגעה ותפעל כנגד הפגיעה בזירה הבינלאומית).

הגנה דיפלומטית

מהם התנאים בהם מדינה א' שנפגעה ע"י מדינה ב' רשאית לנקוט בהליכים כנגד מדינה ב' בזירה הבינלאומית? מה קורה אם הנפגע הוא לא המדינה אלא באזרח של המדינה? מה הדרכים שפתוחות בפני אותו אדם להגן על זכויותיו?:

1. לפעול לפי הדין של המדינה הפוגעת. הבעיה היא שמדינות לא נוהגות באופן שוויוני כלפי נתין זר.
2. ניהול הליכים נגד המדינה הפוגעת­­- בהקשרים ספציפיים בנוגע לאמנות מסוימות, האמנה הספציפית נותנת לאדם פרטי באותו הקשר לנהל הליכים כלפי המדינה הפוגעת. הדוגמה הבולטת ביותר היא בית הדין האירופי לזכויות אדם בו כל אזרח אירופאי יכול לתבוע כל מדינה אירופאית שפוגעת בזכויותיו. כמו כן בהקשרים כלכליים שונים ישנם אמנות המאפשרות לתאגיד לתבוע מדינה שפגעה בו בטריבונל בינלאומי. **עם זאת במרבית התחומים של משב"ל אין הסדרים המאפשרים לאדם הפרטי זכות עמידה עצמאית**. הדוגמאות שניתנו הן חריג בנוף הבינלאומי.
3. פיקציה משפטית- הגנה דיפלומטית מייצרת פיקציה משפטית שבה כאשר מדינה א' פוגעת בזכויותיו של אזרח מדינה ב' היא בעצם פוגעת במדינה ב'. **דבר שמאפשר למדינה ב' להיכנס בנעליו של האזרח הנפגע ולנהל הליכים בזירה הבינלאומית כנגד המדינה הפוגעת**. כך לדוג' תורכיה תבעה את ישראל בגין פגיעה באזרחיה שהיו על המרמרה. מרגע שמדינה נכנסת בנעליו של האזרח הנפגע פתוחה בפניה הדלת לפעול בדרכי שלום בשלל הכלים שקיימים במשב"ל כנגד המדינה הפוגעת (לנתק יחסים דיפלומטיים, להגיש תביעה בהקשרים מסוימים נגד אותה מדינה, לנהל מו"מ עם המדינה לפתרון הולם של הסיטואציה, להפעיל פעילות קונסולרית, ועוד)

כמו בהקשר אחריות מדינה כל **התחום של הגנה דיפלומטית לא מוסדר באמנות**. בכל אחד מהמקרים ישבה הILC (international law commission) והכינה בכל אחד מהמקרים מסמך שמסכם את הדין המנהגי בנושא. **עם זאת המסמך לא מחייב ומציג את הפרשנות של הוועדה למשפט המנהגי. אין חובה להשתמש בעמדת ILC.**

מיהו אזרח- הכלל בנושא זה הוא כי **מה שקבוע אם אדם הוא אזרח של מדינה מסוימת הוא לא המשב"ל אלא** **הדין המדינתי של אותה מדינה**. זאת, כל עוד הדין של אותה מדינה לא מפר נורמה כזאת או אחרת של המשב"ל. מדינה יכולה להחליט שאזרחות תינתן על פי מיקום הלידה, אזרחות ההורה, חוק השבות וכדומה. מה יקרה אם מדינה תקבע שלנשים אין אזרחות? הדבר **לא אפשרי כיוון שהדבר פוגע בדין הבינלאומי.**

יש שלל מדינות שמוכרות אזרחות (לדוג' מלטה). האם המדינה שאותו אדם רכש אזרחות שלה יכולה להעניק לו הגנה דיפלומטית? **העמדה הרווחת כיום היא** **כן**. עם זאת יש פס"ד אחד של הICJ משנת 1955 בנוגע לסכסוך בין ליכטנשטיין לגואטמלה שם נקבע שבסיטואציות שבהם לאדם מבחינה פורמלית יש קשר למדינה אך הקשר עם אותה מדינה רופף לא יחולו דיני ההגנה.

האם למדינת האדם הנפגע יש חובה להעניק הגנה דיפלומטית או שיקול דעת מוחלט בנושא? בהקשר זה יש להבחין בין 2 מערכות משפט- מה אומר המשב"ל ומה אומר הדין המדינתי של המדינה הרלוונטית.

לגבי המשב"ל העמדה הרווחת היא **שניתן למדינות שיקול דעת מוחלט בנושא**. אם ירצו יעניקו הגנה ואם לא- לא. יש עמדת מיעוט משמעותי שהולך וגדל שאומרת **שכאשר נפגעות זכויות אדם יסודיות של אזרח המדינה, למדינה קמה חובה להעניק לאותו אזרח הגנה**. דברי ההסבר במסמך של הILC נאמר כי הדין מעניק שיקול דעת נרחב למדינה אך יחד עם זאת קיימת מגמה הולכת וגוברת של מדינות הפועלות מתוך תחושה שחלה עליהם חובה להעניק הגנה דיפלומטית כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות.

יש מדינות בעולם שהדין המדינתי שלהם זהה להסדר של המשב"ל- **למדינה יש שיקול דעת מוחלט**. יש מדינות שהמשפט הציבורי המדינתי (חוקתי ומנהלי) **מטיל חובה להגנה דיפלומטית** כך לדוג' ישראל. בפס"ד מימון נ' שר החוץ מימון רצח את אשתו וביתר את גופתה בתאילנד ונידון לעונש מוות. מימון עותר לבג"ץ בבקשה שישראל תגן עליו דיפלומטית כדי להגן עליו מעונש המוות. בג"ץ אומר כי מבחינת המשב"ל יש שיקול דעת אך **במשפט הישראלי, במקרים בהם ישנה פגיעה בזכויות אדם, תקום חובה על בסיס הדין המדינתי להעניק הגנה דיפלומטית.** בג"ץ רומז שאם משרד החוץ לא היה מתחייב לפנות למלך כדי לטפל בעניין- בג"ץ היה מחייב את המשרד לעשות זאת.

באנגליה יש הלכה דומה אך צרה יותר. **בהמ"ש אומר כי יתערב רק במקרים בהם ההחלטה לא להעניק הגנה לא הגיונית או נוגדת צפיות סבירה מצד הנפגע.** במיוחד כאשר יש ראיות לעיוות דין משמעותי כנגד האזרח הנפגע. הטון של הפס"ד הבריטי מרמז שהתערבות כזאת תהיה נדירה ביותר. לעומת זאת הטון של פס"ד מימון מעיד על יותר מוכנות להתערב.

דרישה למיצוי הליכים פנימיים- היה ומדינה מחליטה שהיא רוצה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרח הנפגע, הדין הבינלאומי קובע **שהיא אינה רשאית לעשות זאת לפני שהאזרח הנפגע פעל למיצוי ההליכים המשפטיים האפשריים במערכת המשפט של המדינה הפוגעת**. אם באותה סיטואציה הדין המדינתי של המדינה קובע שהאזרח יכול להגיש תביעה נגדה בבית המשפט של אותה מדינה. המדינה לא תוכל להעניק הגנה דיפלומטית לפני שאותו אדם הגיש את התביעה וניתן פס"ד בערעור. דרישה זו קיימת מ3 סיבות מרכזיות:

א. לתת למדינה הפוגעת **זמן להסדיר את העניינים** לפי הדין של המערכת שלה.

ב. **יעילות**- לחסוך הליכים בזירה הבינלאומית.

ג. **רצון לכבד** את ריבונות המדינה הפוגעת.

לדרישה למיצוי הליכים יש מספר חריגים בהם לא יידרש מיצוי הליכים. דוג' לכך היא **שאין דרישה למיצוי הליכים מקום בו אין טעם במיצוי ההליכים**. יש מדינות שבהן ניתן להגיש ערעור על פס"ד של ערכאה נמוכה רק בנוגע לשאלות משפטיות ולא בנוגע לעובדות. במצב בו אזרח של מדינה זרה שנפגע מפעולת מדינה ומגיש תביעה, ומפסיד בה בגלל קביעה עובדתית, אין טעם שיגיש ערעור.

**דרישת מיצוי ההליכים קיימת בהקשר של הגנה דיפלומטית אבל לא קיימת בהקשר של דיני אחריות מדינה.** אם מי שנפגע היא המדינה הזרה עצמה ולא אזרח שלה היא לא צריכה למצות הליכים במערכת המשפטית המדינתית של המדינה הפוגעת והיא יכולה לפנות ישר לזירה הבינלאומית. אם מי שנפגע הוא אזרח והמדינה בחרה להעניק לו הגנה דיפלומטית, היא לא תוכל לעשות זאת לפני שמיצה הליכים. במצב בו מעשי המדינה הפוגעת פגע בשניהם, המבחן שמציע המשב"ל הוא לפי מי שנפגע משמעותית יותר עם זאת אין כלל ברור לאיך הדבר נבחן.

(סיכום שלי להשלמה זיו שלח במייל)

**חסינות** מדינה

תחום החסינות מורכב מנורמות שונות (חסינויות) של המשב"ל אשר **מונעת ממדינה לקיים הליך משפטי הקבוע בדין המדינתי שלה**. העקרונות של היסוד של המשב"ל שהובילו להתפתחות החסינות הם (1)עקרון השוויון בין מדינות ו(2) עקרון ריבונות המדינה ממנו נגזר עיקרון אי ההתערבות בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת.

התחום שנקרא חסינות מדינה מחולק לשני תתי תחומים:

1. חסינות מדינה במובנה הצר (חסינות ריבון)-**עוסקת בחסינויות שניתנות למדינה זרה מפני הליכים משפטיים במדינה אחרת**. ככלל, לא ניתן לתבוע מדינה בבית משפט של מדינה זרה (הדבר אפשרי בבית המשפט של המדינה עצמה אם הדין המדינתי מאפשר זאת ובבית דין בינלאומי אם המדינה חתמה על אמנה בינלאומית המאפשרת זאת). בעבר חסינות זו הייתה מוחלטת אך **כיום העמדה היא של עקרון מוגבל אשר מאפשר מתן חסינות רק בהקשרים מסוימים**. התכלית מאחורי הצמצום בתחולה הוא זכויות אדם שכן אזרחים שנפגעו לא יכלו לקבל סעד עקב החסינות. כיוון שמדובר בדין מנהגי יש חילוקי דעות בנוגע להיקף השינוי. אי לכך מדינות רבות חוקקו חוק מדינתי שמפרט את המקרים בהם מדינה זרה תהיה זכאית לחסינות. באמצעות חוק זה מצהירה המדינה את עמדתה בנושא.
2. חסינויות שמוענקות לגורמים שונים ממדינה אחת מפני הליכים משפטיים במדינה אחרת- **נורמות שמעניקות לגורמים רלוונטיים במדינה חסינות מפני העמדה לדין (גם פלילי)**. חסינויות אלה מתפצלות לרשימה ארוכה של תתי תחומים כמו חסינות דיפלומטית, חסינות קונסולרית, חסינות משלחות זרות, חסינות כוחות צבא מבקרים וחסינות ראשי מדינה. לכל תת תחום רשימת חסינויות ייחודית משלו. רשימת החסינויות של דיפלומטים אינה זהה לזאת של קונסולים או ראשי מדינה. כלל חשוב הוא **שאין לעשות היקש מתחום אחד לתחום שני**.

יחד עם זאת חשוב לציין שמדינה **יכולה לבחור לוותר על חסינות ולהסכים שבמקרה ספציפי כלשהו יתנהל נגדה או נגד הנציג שלה הליך משפטי בבית משפט של מדינה אחרת.**

פעולה שלטונית מול פעולה מסחרית

אחת ההבחנות המרכזיות שהתפתחו עם הפיכת החסינות המדינית לחסינות מוגבלת היא ההבחנה בין פעילות שלטונית בהקשרן **ככלל תוענק חסינות למדינה**, לבין פעולות עסקיות בהקשרן **ככלל לא תינתן חסינות.** קיימים חילוקי דעות בשאלה מהו המבחן שקובע הדין המנהגי להבחנה בין הפעולות. קיימות שתי עמדות מרכזיות:

1. מבחן טיב הפעולה- מדובר במבחן צורני אובייקטיבי הבודק את **האופי המשפטי של הפעולה**. מבחן עזר לכך היא האם גם גורם פרטי יכול לבצע את אותה פעולה.
2. מבחן מטרת הפעולה- מבחן תכני הבודק **מהי המטרה אותה ביקשו להשיג**.

ההבדל בין המבחנים ממומש בפס"ד קנדה נ' אדלסון- הזוג אדלסון משכיר דירה לממשלת קנדה במטרה שהשגריר יגור בה. בחוזה השכירות היו תנאים שהיו צריכים להתממש לצורך הארכת החוזה. הזוג טוען כי התנאים לא התממשו ופונה לבהמ"ש שיוציא צו פינוי לשגריר. קנדה טוענת שבהמ"ש לא יכול לדון בסכסוך כיוון שלקנדה קמה חסינות ריבון (לא חסינות דיפלומטית לשגריר כיוון שהחוזה היה מול ממשלת קנדה ישירות). ברק קובע כי דיני החסינות הם דינים של המשב"ל המנהגי וככאלו נקלטים באופן ישיר לתוך המשפט הישראלי. עם זאת קיימים חילוקי דעות בנוגע לפעולה מסחרית ולכן יש לקבוע אם המקרה הספציפי נופל תחת פעילות שלטונית או מסחרית. מבחן מטרת הפעולה מוביל למסקנה כי מדובר בפעילות שלטונית שכן מדובר בשיכון שגריר- נציג שיש רק למדינות. מבחן טיב הפעולה מוביל למסקנה שמדובר בפעולה מסחרית שכן חתימה על חוזה שכירות והפרה שלו הן פעולות שכל אם יכול לבצע. **ברק בוחר במבחן טיב הפעולה** כיוון שלדעתו מבחן זה משקף בצורה נאותה יותר את הדין הבינלאומי שכן מצד אחד עומד זכויות הפרט ושלטון החוק ומהצד השני עומד אינטרס המדינה הזרה להגשים את מטרותיה הפוליטיות מבלי ביקורת שיפוטית. לאחר פס"ד זה, **מבחן טיב הפעולה אומץ בפסיקה** ואף בס' 3 לחוק חסינות מדינות זרות. עם זאת חשוב להדגיש שיש מדינות בהן המבחן הקובע הוא מבחן מטרת הפעולה ובחלקן יש אף דין מדינתי מחייב לכך.

חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008

בפס"ד אדלסון קורא ברק למדינה להסדיר את הנושא עקב חילוקי הדעות בדבר תוכנו של הדין המנהגי ואומר שראוי שמדינת ישראל תחוקק חוק שינחה את בתי המשפט הישראלים כיצד לנהוג ויהווה הצהרה של מדינת ישראל בנושא. 11 שנים אחרי פסק הדין המדינה מקשיבה ומחוקקת את חוק חסינות מדינות זרות. ס' 2 לחוק קובע שלמדינה זרה יש חסינות מפני סמכות שיפוט אך קובע לכך סייגים:

ס' 3- למדינה זרה אין חסינות מפני תביעה בארץ שעילתה עסקה מסחרית (ובכך מאמץ את מבחן טיב הפעולה כמבחן לזיהוי עסקה מסחרית)

ס' 4- חוזה עבודה עם עובד שהוא אזרח או תושב ישראל, שנכרת בשטח המדינה או אמור להתבצע בה.

ס' 6- תביעות הקשורות למקרקעין הנמצאים בארץ.

ס' 7- תביעות הנוגעות לקניין רוחני.

ס' 8- תביעות חפציות נגד אוניה או מטענה.

ס' 15- הוצאה לפועל- בחריגים מסוימים שמופיעים בסעיף, למדינה יש חסינות מפני הליכי הוצאה לפועל וכן לא יוטל קנס או מאסר על מדינה זרה או אדם שפעל בשמה.

ס' 5- זהו אחד החריגים החשובים בחוק אשר עוסק **בתביעה נזיקית**. החריג קובע שמדינה לא תהיה זכאית לחסינות במידה ו(1) עוולה נזיקית בוצעה ע"י מדינה זרה, (2) בשטח מדינת ישראל, (3) שבגללה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי. לפי הפרשנות הרוות בנושא והדין הישראלי, חריג זה לא מבחין בין פעולה עסקית לפעולה שלטונית. עם זאת, הפרשנות הרווחת של המשב"ל המנהגי בנושא בה גם מצדדת הפסיקה הישראלית סבורה שיש חריג לחריג הנזיקי- אם מדינה עומדת בתנאים האמורים אך **הנזק נגרם עקב פעילות מלחמתית, המדינה תזכה לחסינות**. משמע אם ירדן תתקוף את ישראל ויהרגו אזרחים, לא ניתן יהיה לתבוע אותם בגין הנזקים. אם זאת קיים חריג לחריג לחריג הנזיקי על פיו **החריג לא יקום אם הייתה בפעולה הפרה מהותית של דיני הלחימה, רצח עם או פשע נגד האנושות.** הICJ קבע שלא קיים חריג כזה אך בהמ"ש החוקתי האיטלקי ובהמ"ש ביוון קבעו שכן קיים חריג שכזה במשב"ל המנהגי.

ס' 9 וס' 10 עוסקים בוויתור על חסינות- **מדינה יכולה לוותר על חסינותה ולנהל הליך בבית המשפט.**

חסינות דיפלומטית

חסינות דיפלומטית הינה אחד התחומים הראשונים שהוסדרו במשב"ל. מרבית הדינים הם מנהגיים אך מרביתם מפורטים גם באמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים משנת 1961. זוהי אמנה דקלרטיבית משמע שמרבית סעיפה מבטאים דין מנהגי. בשונה מחסינות הריבון, לא קיימת חקיקה ישראלית בנושא. עם זאת דינים אלה **הם חלק מהדין הישראלי מתקוף כך שמשב"ל מנהגי נקלט באופן ישיר לתוך הדין הישראלי.** כך נקבע בפס"ד שלום בו דובר על תביעה נזיקית נגד שגריר מצרים בחשד לניסיון אונס. בהמ"ש המחוזי קובע שלשגריר יש חסינות דיפלומטית כיוון שהמשפט המנהגי הוא חלק מהדין הישראלי.

**דיני החסינות הדיפלומטיים אומרים שמדינות לא חייבות לקיים יחסים דיפלומטיים אך מרגע שהחליטו לעשות זאת, חלים עליהם דיני החסינות הדיפלומטית**. ס' 3 לאמנת וינה קובע שתפקיד הנציג הדיפלומטי הוא לייצג ולהגן על האינטרס של המדינה השולחת ולקדם יחסים בין המדינות. דינים אלו לא מתירים התעלמות מדין המדינה המאחרת. ס' 41 לאמנת וינה קובע שכל מי שנהנה מחסינות דיפלומטית מחויב לקיים את הכללים והחוקים במדינה המאחרת ולא להתערב בענייניה הפנימיים.

חסינויות מרכזיות הניתנות לדיפלומטים

ס' 39- מרגע שמתבצע הליך האמנה ומדינה מארחת מכירה באדם מסוים כנציג מדינה זרה **מוטלת עליה החובה להגן עליו**. אמנה מ1973 מוסיפה שעל המדינה המאחרת לקבוע בחוקי המדינה שתקיפת נציג היא עבירה פלילית ובמידה והדבר קורה להעמידו לדין או להסגירו למדינת הנציג הדיפלומטי כדי שהיא תעמיד אותו לדין.

ס' 29- **אסור למדינה מאחרת לעצור או לאסור נציג דיפלומטי**. לס' זה יש חריג כאשר המעצר היה עקב הגנה עצמית או הגנה על חיי אחר.

ס' 31- **הנציג נהנה מחסינות מוחלטת מפני שיפוט פלילי כל זמן כהונתו בתפקיד**. ס' 39(2) אומר **שאחרי תום כהונת הנציג ניתן להעמידו לדין על מעשים שעשה שלא במסגרת תפקידו**. ס' זה מנוצל לרעה ע"י שגרירים שעוברים עבירות תנועה ולא משלמים את הקנסות עקב החסינות. בארה"ב החליטו לצמצם את הסיוע למדינות בסכום השווה לסכומי הקנסות ובאנגליה מאיימים שהדבר יוביל לאי הסכמה להארכת כהונה של אותו דיפלומט.

ס' 9- מאפשר לקבוע שנציג דיפלומטי הוא **Persona non grata ולגרש אותו מהמדינה**. פעולה זו ננקטת עקב פעולות ריגול שבוצעו ע"י המדינה הזרה, תגובה להפרת דין בינלאומי ע"י המדינה הזרה או משהו שהנציג או משפחתו ביצעו (כדוגמת עבירה פלילית).

ס' 31- **הנציג הדיפלומטי זכאי גם לחסינות מפני הליכים אזרחיים** תחת 3 חריגים: (1) חסינות לא תחול על רכוש פרטי לא נייד בשטח מדינה, (2) חסינות לא תחול בהליכים אזרחיים הנוגעים לענייני ירושה בהם הנציג מעורב כאדם פרטי, (3) החסינות לא תחול בהליכים אזרחיים בנוגע לפעולות מסחריות בהן עסק הנציג מחוץ למסגרת תפקידו.

ס' 29- חסינות מפסיקה ברגע בו הנציג מסיים את תפקידו.

ס' 37- **חסינות ניתנת גם למשפחת הדיפלומט** בתנאי שאלה לא אזרחי המדינה המארחת.

הערה- הדין הבינלאומי בדבר חסינות קונסולרית מעוגן ברובו במשב"ל מנהגי ובאמנה בדבר פריבילגיות וחסינויות קונסולריות משנת 1963 (אמנה שמרבית סעיפה דקלרטיביים). חסינויות קונסולריות ככלל פחות מקיפות מחסינות דיפלומטית.

חסינויות המוענקות למבנה השגרירות

ס' 22- **מבנה השגרירות הוא מחוץ לתחום לסוכני המדינה** המאחרת אלא בהסכמת המדינה הזרה. המדינה המאחרת חייבת להגן על המבנה מחדירה או נזק על ידי גורמים פרטיים.

ס' 45- אחרי ניתוק יחסים דיפלומטיים יש להמשיך לכבד ולהגן על מבנה השגרירות. אי לכך לאחר ניתוק היחסים בין ארה"ב וקובה, מבנה השגרירות של ארה"ב בקובה נשאר נעול ובהשגחת ממשלת שוויץ.

חסינות השק הדיפלומטי

ס' 27- **אסור למדינה מארחת לעצור את משלוח השק הדיפלומטי ואסור להם לפתוח את השק**. דוג' למצב בו דין זה נוצל לרעה היה בלונדון ב1984 בו רשויות שדות התעופה מגלים אדם בשק הדיפלומטי הניגרי (שהיה בעצם ארגז). רשויות הביון הניגרים תפסו באנגליה אדם שהיה מסוכסך עם הנשיא ורצו להחזירו למדינה. הממשלה הניגרית טענה שאנגליה הפרה את הדין הבינלאומי בכך שפרצה את הארגז. בריטניה טענה שלא כך כיוון שלא היה חותם רשמי על הארגז ובגלל שחשדו שיש בארגז אדם.

חסינות ראשי מדינה

הדין המנהגי בנושא מעניק חסינות לנציגים מסוימים של מדינה מפני הליכים משפטיים בבית המשפט של מדינה אחרת. דינים אלו מעניקים 2 חסינויות:

1. חסינות מהותית- *ratione materiae*

2. חסינות פרסונאלית- *ratione personae*

המשותף לחסינויות אלה (כמו שאר החסינויות שלמדנו) הוא **שהן ניתנות למדינה ולא לפרט**. אי לכך מדינה יכולה לוותר עליהם גם ללא הסכמת הפרט. עם זאת יש הבדלים רבים בין החסינויות.

חסינות פרסונאלית

**ניתנת רק לעומד בראש המדינה (נשיא, רה"מ, מלך)** **ולמספר בעלי תפקידים בכירים נוספים בעלי פונקציה מרכזית ביחסי חוץ (שר חוץ, אוצר, ביטחון, סחר וכו').** חסינות זו מעניקה חסינות כמעט מוחלטת מהעמדה לדין פלילי או אזרחי במדינה זרה. החסינות ניתנת לאדם גם אם הוא נמצא במדינה הזרה לצורך ביקור רשמי וגם לצורך ביקור פרטי. יחד עם זאת- החסינות חלה כל עוד האדם ממשיך בתפקיד ומבוטלת לאחר סיום תפקידו. החסינות אינה חלה על העמדה לדין של בעל תפקיד במדינתו. על פי העמדה הרווחת בה תמך הICJ בפס"ד בלגיה נ' קונגו- **החסינות הפרסונאלית אינה חלה בפני בתי דין בינלאומיים.** ראש מדינה לא ייהנה מחסינות בגין העמדה לדין על פשעי בינלאומיים (רצח עם, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, שוד ים, עינויים וכדומה). עם זאת מחד יש מדינות בעולם שטוענות שהחסינות חלה גם כלפי הליכים בבתי דין בינלאומיים. מאידך, יש הסבורים שלא רק שניתן להעמיד את המנהיגים לדין בבית דין בינלאומי אלא אפשר גם להעמידו לדין במדינה הזרה בגין פשעים אלו. אמרה זו זכתה לתמיכת בית הלורדים הבריטי בפס"ד פינושה.

חסינות מהותית

**מתייחסת למעשים רשמיים של ממלאי תפקיד במדינה**. החסינות המהותית חלה על כל בעלי התפקידים וממשיכה לחול גם לאחר סיום התפקיד. ההיגיון של החסינות הוא להשלים את חסינות המדינה. האפשרות לתבוע מבצעי פעולות עוקפת את קיומה של חסינות מדינה. ע"פ העמדה הרווחת חסינות זו רלוונטית **רק כלפי הליכים אזרחיים** ולא חלה על הליכים פליליים או פשעים בינלאומיים.

שיעור 11

המדינה

למה חשוב לנו להבין את מושג המדינה?

1. **המדינה היא השחקן המרכזי בזירה הבינלאומית**. עיקר המשפט הבינלאומי נוצר ע"י מדינות ופונה למדינות.
2. כיוון שהמדינה היא השחקן המרכזי בזירה הבינלאומית, מרגע שזיהינו שישות מסוימת היא מדינה המשמעות היא שהיא **זכאית לסדרה של זכויות לפי המשב"ל**:

א. קיים במשב"ל עיקרון השוויון בין המדינות. **מבחינה משפטית**, ובשונה מהבחינה הפוליטית, **מעמדן של כלל המדינות בעולם שווה**. דין מדינות קטנות כמו נארו, מיקרונזיה וישראל, כדין מעצמות כמו רוסיה וסין.

ב. במרבית תחומי המשב"ל, גם היום, חל עיקרון חופש הפעולה של המדינות הידוע בקיצור כעיקרון לוטוס. העיקרון אומר שבתחומי המשב"ל בו הוא חל, **מדינה זכאית לעשות כל דבר שהיא רוצה כל עוד המעשה לא נאסר מפורשות בדין בינלאומי**. הדבר מקביל **לעיקרון החוקיות שחל על אזרחים**. ע"פ הנרטיב המקובל פעם עיקרון זה היה חל בכל תחומי המשב"ל ולאט לאט התפתחו מספר תחומים שבהם הוא לא חל. דוגמאות לכך הם דיני זכויות האדם ודיני הלחימה. הECIJ (האבא של הICJ) פסק בנוגע לאוניה לוטוס שבה הוצהר העיקרון. עם זאת בפס"ד עצמו לא היה קונצנזוס וחצי מהשופטים קיבלו את העיקרון וחלק לא. מי שהכריע בכך היה נשיא בית הדין.

ג. עיקרון אי ההתערבות בענייניה הפנימיים של המדינה. עיקרון זה שגם הוא עם השנים נחלש אומר **שמדינות אינן רשאיות להתערב בעניינים הפרטיים אחת של השנייה**. פס"ד קלאסי שמראה את עיקרון זה הוא פס"ד איי פאלמס.

ד. חסינויות- גם המדינה וגם נציגיה זכאים לסוגים שונים של חסינויות.

מהי מדינה?

המשפט הבינלאומי המנהגי קובע שעל מנת שישות תחשב מדינה היא צריכה לקיים 4 תנאים המכונים תנאי מונטווידאו. כללים אלה עוגנו באמנה בדרום אמריקה שעסקה בשאלה מתי מדינות דרום אמריקה יכירו במדינה אחרת. רוב המדינות לא מקיימות במאה אחוז את תנאי מונטווידאו. המשמעות היא שכדי שנחשיב משהו למדינה **היא צריכה לממש במידה מסוימת את התנאים**. בנוסף, יש הרבה מצבים בהם השאלה האם המדינה מממשת את התנאים או לא תהיה שנויה במחלוקת.

1. אוכלוסייה- אין לכך דרישת מינימום ויש מדינות קטנות עם פחות מ10,000 איש.
2. טריטוריה- הטריטוריה לא חייבת להיות רציפה ולא חייבת להיות שליטה מלאה על הטריטוריה.
3. שלטון- היכולת להפעיל מרות על השטח ועל האוכלוסייה בשטח. גם כאן הרבה מדינות ביום היוולדן לא עונות על הפרט במאה אחוז. מדינות שנולדות כתוצאה ממלחמה לא מקיימות את הדרישה במאה אחוז. כאשר הוכרזה הקמת המדינה היו אזורים שהיו בשליטת גורמים מזוינים שלא הקשיבו לממשלה המרכזית (האצ"ל בירושלים). דוג' נוספת היא ליטא שלאחר שהכריזה עצמאות לקח לעולם שנה להכיר בהכרזת העצמאות שלה בין השאר בגלל שצבא ברית המועצות שלט ב40% מהשטח.

**מרגע שמדינה קיימת ככלל היא תחשב כקיימת גם אם היא מאבדת במידה משמעותית את היכולת לקיים את המרות שלה אפילו אם השלטון מתפרק לחלוטין**. במשך שנים רבות ובמידה מה גם עכשיו השלטון בסודן לא קיים.

1. עצמאות- יכולת לנהל יחסים בינלאומיים בלי שאלה מוכתבים ע"י גורם אחר. גם כאן השפעה של מדינה אחרת לא תוביל למסכנה שכלל זה לא מתממש. כך למשל איי קוק שקיבלו את העצמאות לפני מספר שנים מניו זילנד. ההסכם בניהם קובע שיחסי החוץ של האיים ינוהלו ע"י ניו זילנד. איי קוק לא חברים באו"ם אך הם כן חברים בICC.

האם נדרשת הכרה של מדינות אחרות?

בהקשר זה בעבר היו שתי גישות- הגישה הקונסטיטוטיבית והגישה הדקלרטיבית. הגישה הקונסטיטוטיבית אומרת כי **נדרשת הכרה רחבה מצד מדינות** על מנת שישות תחשב מדינה. אם אין הכרה אין מדינה. יש הרבה מדינות בעולם שחלק מהמדינות בעולם מכיר בהן וחלק לא. אין הרבה מדינות שמצדדות בגישה זו. העמדה המקובלת היא הגישה הדקלרטיבית על פיה מבחינה משפטית **הכרה אינה תנאי נדרש לצורך קיומה של מדינה**. כשמדינות מכירות במדינה הן מצהירות על עובדה קיימת בשטח.

גם בעידן הנוכחי בו הגישה הדקלרטיבית היא הגישה המקובלת, יש מספר משמעויות חשובות להכרה:

1. משמעות פרקטית- רוב המדינות בעולם לא ממשות את תנאי מונטווידאו בעת היולדן. **אם יש הכרה רחבה באותן מדינות סלחניים יותר כלפי אותן מדינות בנוגע לתנאים האחרים**. לדוג'- בוסניה- הרצגובינה הוכרה כמדינה למרות שבפועל הייתה מפוצלת ל2.
2. ברגע שמדינה אחרת מכירה בישות מסוימת כמדינה, נגזרות מכך סדרה של השלכות ביחסים בין שתי המדינות:

א. זהו **פתח ליצירת יחסים דיפלומטיים** בין המדינות.

ב. **ככלל כאשר מדינה מכירה בישות אחרת כמדינה היא גם מכירה בשלמות הטריטוריאלית שלה.** עם זאת מרבית המדינות שהכירו בישראל קבעו שהם לא קובעות עמדה לגבי גבולות המדינה. בקוסובו מכירים קצת פחות מ2/3 ממדינות העולם. קוסובו התפצלה מסרביה. צפון קוסובו נשלט ע"י סרביה גם היום. לפי העמדה המקובלת מרגע שקוסובו היא מדינה **הרי שמעמד צפון קוסובו שטח כבוש**. אם ניקח מדינה שלא מכירה בקיומה של קוסובו כמדינה כמו לדוג' רוסיה- צפון קוסובו מהווה חלק מסרביה.

1. ישנם ארגונים שרק מדינות יכולות להיות חברות בהן ולשם הצטרפות לארגון נדרשת הכרה של כל מדינות הארגון כדי להצטרף כמו לדוג' האיחוד האירופאי. באו"ם למשל צריך להתקבל ע"י החלטה של מועצת הביטחון וכיוון שארה"ב שמה על כך וטו הפלסטינאים בגדר משקיפים בלבד.
2. ברגע שמדינה אחת מכירה באחרת כמדינה היא צריכה להעניק לה זכויות המוכרות במשב"ל כמו חסינויות.

יש מקרים בהם מדינה לא תוכר גם אם מממשת ב100% את תנאי מונטווידאו.

1. מדינת אפרטהייד- בשלב מסוים דרום אפריקה ניסתה להתמודד עם הביקורות נגדה בדרך של הקמת בנטוסטן. הם לקחו אנשים מהאוכלוסייה השחורה בדרום אפריקה, העבירו אותם לשטח מגודר ואמרו שזוהי מדינה. לבנטוסטן אין כלכלה והשלטון משתף פעולה עם דרום אפריקה. באופן יבש המדינה הזו עמדה בתנאי מונטווידאו אך בעקבות זאת התפתח כלל במשב"ל שאומר **שישות שכל יעודה לממש אפרטהייד לא תוכר במדינה גם אם תקיים את התנאים.**
2. פשעי מלחמה- אם הליך הקמת המדינה נעשה תוך ביצוע רצח עם, טיהור אתני או פשעים נגד האנושות באופן רחב.
3. כיבוש לא חוקי- כאשר **המדינה מוקמת באמצעות ביצוע של כיבוש לא חוקי של שטח** והפרת דיני יוס אד בלום. המקרה שבו התפתח הכלל הוא מקרה צפון קפריסין בה הייתה מלחמת אזרחים בין הרוב שהיה שייך לקבוצה אתנית יוונית והמיעוט ששייך לקבוצה האתנית התורכית. צבא תורכיה משתלט על שטח מקפריסין כדי לעזור לאותו מיעוט ומוסר אותו לשלטון הצפון קפריסאי והם מכריזים על עצמאות. בעקבות המעשה עוברת החלטה של העומבי"ט שאמרה שכיוון שהכיבוש לא היה חוקי לא מכירים בצפון קפריסין כמדינה.

תנאים שהתקיימותן גורמת לסלחנות בנוגע לקיום תנאי מונטווידאו:

1. **הכרה רחבה** מצד מדינות אחרות.
2. האם הכרה באותה ישות כמדינה תוביל למימוש הזכות להגדרה עצמית.

הזכות להגדרה עצמית אומרת **שברמת העיקרון כל עם זכאי למדינה**. עם הינו קבוצה בעלת היסטוריה משותפת, לפעמים גם דת ושפה משותפת שמייחדים אותו מקבוצות אחרות. יש קבוצות תרבותיות רבות בעולם שהמידה שבה הן מממשות את הקריטריונים היא חלקית. בגלל קיומן של קבוצות כאלה, **ברמה הפרקטית נבחן איך אנשי הקבוצה עצמה רואים את עצמם**. כך לדוג' היה וויכוח בין הציונים לבונדיסטים בנוגע לשאלה האם היהודים הם עם הזכאי למדינה. מבחינה מציאותית לא ניתן להעניק לכל עם בעולם מדינה בגלל כמות העמים הגדולה ובגלל שהלאומים השונים מעורבבים אחד בשני כך שלא משנה איפה נעביר גבול, הישות שתיווצר היא ישות שבה יהיה יותר מעם אחד. עיקרון ההגדרה העצמית מאוזן במשב"ל עם עקרונות ושיקולים אחרים.

עקרון ההגדרה העצמית הוא עיקרון במשב"ל. עיקרון זה מתפתח במאה ה19 כחלק מהתהוות התנועות הלאומיות המודרניות. מעמד העיקרון התחזק אחרי מלחמת העולם הראשונה כאשר 3 אימפריות גדולות שולטות בחלק נכבד מהעולם מתפרקות- העות'מנית, גרמנית ואוסטרו-הונגריה. **אי לכך בהסכמי וורסאי סרטטו את מפות העולם לפי עיקרון ההגדרה העצמית**. עיקרון זה קיבל חיזוק נוסף אחרי מלחמת העולם השנייה כי אחרי המלחה מתפרקים המשטרים הקולוניאליסטיים- אנגליה וצרפת. לכן, עיקרון זה מעוגן באמנת האום כעיקרון יסוד. לאור זאת ולאור החשיבות שלו באופן כללי להתפתחות המשב"ל יש **רבים שסבורים שזהו עיקרון** **ארגה אומנוס (מחויבות כלפי כל מדינות העולם). יש משפטנים שטוענים שעיקרון ההגדרה העצמית הוא עיקרון יוס קוגנס**. יחד עם זאת אנו לא נמצאים במצב בו ניתן להתחיל מ0 ולחלק את העולם כפי שרוצים. כל שינוי בגבולות עשוי לגרום לחוסר יציבות ולכן במציאות מידת המימוש של עיקרון ההגדרה העצמית משתנה בין סיטואציות שונות כתלות במידה שבה אנו צריכים לקחת שיקולים אחרים לידי חשבון.

שיעור 12

אנו מבחינים בין שתי סיטואציות- **האחת בה לא קיים ריבון חוקי לטריטוריה** שעליה הישות מכריזה כמדינה לבין סיטואציה **שניה בה כן קיים ריבון כזה**.

המקרים הקלאסיים לכך שאין ריבון חוקי קודם הוא מצב בו מדינה פדראלית מתפרקת. בעשורים האחרונים היו מספר מקרים כאלה כמו ברית המועצות, יוגוסלביה, צ'כוסלובקיה ועוד. והמקרה השני הוא מקרה של נסיגה של שלטון קולוניאליסטי. גם היום כ6 מיליון איש בעולם חיים בקולוניות. המקרה האחרון בו עניין זה עלה לידי ביטוי היה מזרח טימור- מדובר באי שנמצא בחציו תחת ריבונות טימור וחציו תחת ריבונות אינדונזית וכאשר השלטון הקולוניאליסטי נסוג ממזרח טימור אינדונזיה השתלטה על השטח. כשהשלטון באינדונזיה נחלש מזרח טימור מכריזים עצמאות. כשאין ריבון קודם על השטח המשקל שיינתן לעיקרון ההגדרה העצמית הוא הגדול ביותר. יחד עם זאת גם כאן יש עיקרון נגדי אשר נקרא Uti Possidetis (עיקרון שימור הגבולות) קובע שגבולות המדינה החדשה שנוצרה יהיו זהים לגבולות שהיו קיימים קודם- גבול המדינה יהיה גבול הקולוניה. יש שיגידו שזה עיקרון לא הגיוני כיוון שהמקום בו מתחו הקולוניאליסטים את הקו לא נבע מעיקרון הגדרה עצמית. יחד עם זאת **הניסיון** **מראה שלא תהיה הסכמה בין מדינות בנוגע למיקום הקו ללא נקודת התחלה** וללא כלל זה יהיו יותר מלחמות בעולם. אי לכך אפילו בסיטואציה הזאת **עיקרון ההגדרה העצמית לא זוכה למימוש מלא** אלא הוא מאוזן ע"י עיקרון Uti possidetis. עיקרון זה יוביל לכך שחלקים מהקבוצה יהפכו למיעוט (לדוג' הרוסים בבלרוס או אוקראינה אחרי פירוק ברית המועצות). בנוסף, לקבוצות לאומיות מסוימות יש פחות סיכוי לזכות להכרה כמדינה כי ההכרה בהן לא תואמת את עיקרון שימור הגבולות. כך לדוג' כשברית המועצות התפרקה אוקראינה וצ'צ'ניה הכריזו על עצמאות. אוקראינה הוכרה בעוד צ'צ'ניה לא כיוון שאוקראינה הייתה מדינה בתוך ברית המועצות וצ'צ'ניה לא.

מקום בו **עיקרון ההכרה העצמית מקבל משקל קטן הוא כשיש ריבון לשטח**. המקרה הקלאסי הוא שיש מיעוט בתוך מדינה קיימת אשר מעוניין להתפצל מהמדינה ולהפוך למדינה עצמאית כך לדוג' סקוטלנד והכורדים בעיראק. במצב זה שימור הגבולות לא משחק תפקיד אלא עיקרון חזק יותר- עיקרון השלמות הטריטוריאלית. הניסיון מראה שאי הקפדה על עיקרון זה מוביל למלחמות. בנוגע לשאלה מתי מיעוט יוכר כמדינה בסיטואציה כזו? יש לכך 2 גישות-

1. גישת בית המשפט העליון הקנדי שנקבעה בקוויבק- מרבית קנדה אנגלופונית (קבוצה אתנית עם קשר כלשהו לאנגליה). כשליש מהאוכלוסייה הוא פרנקופוני (מבחינת שפה דובר צרפתית אך משייך עצמו לתרבות שהתפתחה בקולוניות הצרפתיות ונכבשו ע"י הבריטים בחצי השני של המאה ה18). הפרנקופונים הם מיעוט אך יחד עם זאת באחד מהסטייטים שמרכיבים את קנדה- קוויבק, הם רוב. באמצע שנות ה90 זוכה ברוב בפרלמנט של קוויבק המפלגה הבדלנית והם עושים משאל עם לפרישה מקנדה. התוצאה הייתה ש50.2% התנגדו לפרישה. לפי החוקה הקנדית הממשלה יכולה לפנות לבית המשפט העליון ולבקש פרשנות חוקתית על סוגיה מסוימת. היועמ"ש הקנדי פונה לעליון ושואל אותו תחת אילו תנאים תהיה רשאית בעתיד קוויבק לפרוש. בית המשפט העליון הקנדי מכיר בהערת אגב **שמיעוט יכול לפרוש באופן חד צדדי כאשר באופן עקבי לא ניתן לאותו מיעוט אפשרות לקיים את זכויותיו במדינה הקיימת כמו למשל במקרים של רדיפה על בסיס אתני.** עם זאת הדבר לא רלוונטי לקוויבק של היום. במצב בו המיעוט מממש את זכויותיו במדינה קיימת נדרשת הסכמה הן של תושבי האזור שמעוניין בפרישה והן של המדינה הקיימת. הסכמת המדינה הקיימת יכולה להינתן באחת משתי דרכים- משאל עם נוסף בקרב כל תושבי קנדה או שהפרלמנט של קנדה יצביע ויאפשר זאת כמו שקרה לאחרונה בסקוטלנד.

1. גישת הICJ שנקבעה בהקשר של קוסובו- יוגוסלביה הייתה מדינה פדרלית. כאשר מתפרקת ברית המועצות גם יוגוסלביה מתפרקת. אחת אחרי השנייה הסטייטים של המדינה מכריזים על עצמאות. בשטח של סרביה היה אזור שבו הרוב באזור לא היה סרבי אלא אלבני. הם דיברו שפה אחרת, היו בעלי דת אחרת אך מעולם לא היו סטייט נפרד ביוגוסלביה. לכן, כשהקוסוברים רוצים עצמאות בשלב הראשון לא הכירו בכך. **עיקרון שימור הגבולות לא עובד לטובתם**. עם זאת, בסרביה שלט באותה עת סלודובה מילוסוביץ' אשר ביצע טיהור אתני כדי להרחיב את שטח סרביה. אחרי 8 ימים קרואטיה הכריזה על עצמאות שהפרידה בין המדינות ולאחר מכן בוסניה הכריזה על עצמאות ויצרה חוצץ נוסף. בשלב מסוים התערבה הקהילה הבינלאומית והכריחה את סרביה לסגת מבוסניה. לאחר מכן דרשו הקוסוברים עצמאות ובתגובה הכניס מילוסוביץ' את הצבא לקוסובו במטרה לעשות טיהור אתני נוסף. כדי למנוע רצח עם נאט"ו מתערב ובעצם משתלט על קוסובו. אחרי ההשתלטות מועברת החלטה במועבי"ט שנותנת תוקף חוקי לנוכחות של נאט"ו בקוסובו ולגבי עצמאות קוסובו קובעת שהצדדים יצטרכו לנהל מו"מ על מנת להגיע להסדר קבע. ההחלטה מציינת במפורש את חשיבות השימור הטריטוריאלי של סרביה. החלטה זו ניתנה ב1999 ולא הגיעו לשום החלטה. ב2007 יוצאת הצהרה של האיחוד האירופי שראוי שתוקם מדינת קוסובו עצמאית רק תחת מו"מ. ב2008 הקוסוברים מכריזים על עצמאות ללא קיום מו"מ. לאחר ההכרזה 72 מדינות בעולם מכירות בהם (מעט פחות מחצי מהמדינות הלא שנויות במחלוקת) בניהם ארה"ב ומרבית מדינות אירופה. החלק הצפוני של קוסובו שהיה בו רוב סרבי נשאר בשליטת סרביה והשלטון בקוסובו פורק באופן הדרגתי ע"י הסרבים. האו"ם מנסה לבנות שלטון כל פעם מחדש. לקוסובו יש אוכלוסייה ויחסי חוץ. מקרה זה מגיע לICJ וסרביה טוענת שהכרה בקוסובו כמדינה תפר שתי נורמות של המשב"ל- עיקרון השלמות הטריטוריאלית והחלטת המועבי"ט. קוסובו בתגובה אומרת כי הם מיעוט נרדף וכי סרביה לא שולטת בשטח כבר תקופה ארוכה. החלטת המועבי"ט איבדה את התוקף כיוון שהמו"מ הגיע למבוי סתום. הICJ פוסק בנושא ב2010 ואומר שהוא מסתכל על הפרקטיקה הקיימת ולדעתו הפרקטיקה הקיימת מראה שאין פרקטיקה אחידה לגבי איך מדינות נולדות. **מדינה היא נתון עובדתי. או שהקמת מדינה מצליחה או שלא. אין לכך פרקטיקה מוסכמת.** לגבי הטענה כי הייתה הכרזה לא חוקית- הדבר קיים אך מצומצם ל3 מקרים שאף אחד מהם לא רלוונטי למקרה של קוסובו (אפרטהייד, הקמת מדינה תחת רצח עם או כיבוש לא חוקי). **לגבי הפרת עיקרון השלמות הטריטוריאלית נאמר שהמשב"ל חל רקע רק על מדינות**. כל עוד התנועה לשחרור לאומי לא מדינה היא לא יכולה להפר את המשב"ל. לגבי החלטת המועבי"ט אומר הICJ כי ההחלטה תיארה מצב ביניים ולא הכריעה לגבי מה צריך להיות המצב הסופי. לגבי הדרך אמרו שמו"מ צריך לנהל בתו"ל וככל שהזמן עובר ממועד ההחלטה הרי שתוקף המשקל שלה קטן. בגלל שעברו 10 שנים החלטה זו לא מהווה מניעה להכרזת העצמאות. לגבי טענת המיעוט שלא מממש את זכויותיו טוען הICJ שבגלל שהפתרון שלו רחב יותר הוא לא צריך לדון בכך ומשאיר את הנושא בצריך עיון. עם זאת הICJ לא קובע כנתון עובדתי אם קוסובו היא מדינה או לא ורומז להם לפעול בשיטת המצליח.

דיון בנוגע לפלסטינאים

בשנת 2011 מכריזים הפלסטינאים על עצמאות (למרות שהכריזו על כך אף קודם ב88 למרות שלא ממשו אף אחד מהתנאים). כיום כ140 מדינות בעולם מכירים בפלסטינאים כמדינה. יש להם אוכלוסייה, יש שלטון (למרות הפיצול בין הגדה לרצועה) ויש להם יחסי חוץ. מבחינה פורמלית משפטית להחלטה של העצרת הכללית אין מעמד משפטי מחייב לכן ההכרה של העצרת הכללית בפלסטינים לא משפיעה. יחד עם זאת **בהצבעה לכך הייתה הכרה רחבה**. **להכרה אין השפעה פורמאלית אך יש לה משמעות מבחינת תנאי מונטווידאו.**

בהסתכלות על תנאי מונטווידאו **הפלסטינאים עונים על כל ההגדרות לקיומה של מדינה.** בשאלה על קיום ריבון חוקי על השטח אבי בל טען שהריבון החוקי האחרון שהיה על השטח הוא המנדט הבריטי שייעודו היה הקמת בית יהודי בא"י. אי לכך משחדל המנדט מדינת ישראל נכנסה בנעלי המנדט. הבעיות בטענה היא שמדינת ישראל עצמה לא טענה את הטענה הזאת ואחרי 50 שנה להתעורר עם הטענה הזאת לא משכנע. ישראל טענה יותר חלשה על פיה יש לה clame על השטח. בסכסוך עתידי היא תטען שהשטח שלה ויגיעו להסכמה בנושא עם מי שיטען נגד. הדבר נאמר בהסכמי הפסקת האש ב48 וב67 כאשר לא ספחה את השטחים. הדבר נעשה פעם שלישית כאשר הסכימה בראשית שנות ה90 שהמו"מ בין הצדדים יתנהל על בסיס החלטה 242 של האו"ם (שבה הציגה מועצת הביטחון את מתווה החזרת השטחים לשם סיום הסכסוך הישראלי פלסטיני). ישראל עשתה את זה כדי לא לקבל 4 מיליון פלסטינאים כאזרחים. **דבר שני שמחזק את הפלסטינאים הוא עיקרון ההגדרה העצמית**. הקשר שלישי שמחזק את הפלסטינאים הוא **הכרה רחבה בעולם** ובדגש על החלטת מועצת הביטחון להכיר בהם כמדינה משקיפה. ישראל השתמשה גם היא בהחלטת האו"ם בעת הקמתה.

בעבר היו לפלסטינאים 2 התחייבויות בהסכם הביניים. הראשונה והפחות משמעותית היא שהפלסטינאים התחייבו לא לקיים יחסי חוץ עצמאיים אך הדבר הופר. שריד להתחייבות הזאת הוא הרצון שלהם למוסס את ההתחייבות ולכן הם חותמים על הרבה אמנות בינלאומיות. ההתחייבות השנייה והמרכזית בהסכמי אוסלו הייתה שההתנחלויות, ירושלים, פליטים ומעמד הרשות יוכרעו בהסכם קבע. כלומר הפלסטינאים עצמם חתמו על הסכם על פיו מעמדם כמדינה יקבע בהסכם עם ישראל. הסיבה שהחלטה זו בעייתית היום היא מקרה קוסובו בו בגלל הדחיה החוזרת ונשנית הוחלט להכיר בהם כמדינה. הסכמי אוסלו היו צריכים להיגמר בשנת 99 אך במקום הסכם החלה האינתיפאדה. **טיעון נוסף הוא שהפלסטינאים טוענים 2 טוענות סותרות- מצד אחד שהם מדינה ומצד שני שהם שטח כבוש.** ההגדרה לשטח כבוש היא **החזקה בשליטה אפקטיבית ע"י כוח צבא של מדינה בטריטוריה שאותה מדינה אינה הריבון החוקי שלה**. בשביל תנאי מונטווידאו הם צריכים שליטה מלאה בטריטוריה ובשביל לטעון שהם שטח כבוש הם טוענים שישראל שולטת בשטח. בינתיים טיעון זה לא התקבל בפורומים בהם הוא ניתן כי תנאי מונטווידאו לא צריכים להיות מוחלטים.

שיעור 13

יישוב סכסוכים בדרכי שלום

אמנת האו"ם קובעת **שאסור למדינות לעשות שימוש בכוח כאמצעי ליישוב סכסוכים ושעליהם לפתור את הסכסוכים שלהם בדרכי שלום.** המטרה של קביעה זו היא למנוע מלחמות.

סכסוך הוא כל מחלוקת בין צדדים בין אם עובדתי ובין אם משפטי.

יש המון מנגנונים ליישוב סכסוכים בדרכי שלום

ס' 33 לאמנת האו"ם מפרט רשימה יחסית ארוכה ויחד עם זאת לא סגורה ולא ממצה של מנגנונים ליישוב סכסוכים בינלאומיים בדרכי שלום בניהם תיווך, פישור, בוררות, חקירה, הליך שיפוטי והסדרים או גופים אזוריים. אפשר לחלק את כל המנגנונים ל2 קטגוריות- מנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטיים. **ההבדל בניהם הוא שאם מדובר במנגנון שיפוטי ההחלטה מחייבת את הצדדים. לעומת זאת, הליכים דיפלומטיים לא מחייבים.**

צעדים דיפלומטיים

1. זימון השגריר לשיחת נזיפה- זוהי דרך של **מדינה להראות כי היא אינה מרוצה מפעילות המדינה אליה שייך השגריר**. יש לכך דרגות חומרה כמו החרמה דיפלומטית וקריאה של השגריר חזרה.
2. צעדי נגד- זה **אמצעי** **מאוד מקובל להפעלה בסכסוכים בינלאומיים**. כך לדוג' לאחר פרשת המרמרה תורכיה הקפיאה את כל היחסים הביטחוניים עם ישראל.
3. מו"מ- הצדדים נפגשים ומנהלים משא ומתן.
4. תיווך- זהו מו"מ בינלאומי בו קיים צד שלישי שמנסה להוביל את הצדדים לסכסוך להסכם.
5. פישור- זהו הליך בו הצד השלישי לא רק מתווך אלא גם שומע את הצדדים ומציע להם הצעה לפתרון הסכסוך. בפישור בשונה מבוררות בינלאומית **ההצעה של אותו צד שלישי לא מחייבת את הצדדים.**
6. חקירה- בסוג בהליך זה נעשה שימוש בעיקר **כאשר המחלוקת היא עובדתית**. בשונה מוועדות חקירה הממונות ע"י מועצת זכויות האדם, ישראל משתפת פעולה עם מזכ"ל האו"ם. בהקשר המרמרה שני הצדדים הסכימו שמזכ"ל האו"ם ימנה וועדת חקירה לבדוק את הנושא. בראש הוועדה שמונתה עמד פאלמר שהיה ראש ממשלת ניו זילנד ובעברו היה מומחה למשב"ל.
7. מנגנונים אזוריים- מטרת הארגונים הללו היא **לייצר הליכים שבהם המדינות החברות בארגון תפתורנה את העניינים בדרכי שלום**. בהרבה מהסכסוכים שהיו באירופה האיחוד האירופי הוביל לקירור הרוחות ופתרון הסכסוך.
8. מנגנוני האו"ם- לאו"ם יש הרבה גופים שמשקיעים מאמץ בפתרון סכסוכים. כך למשל במקרה המרמרה היה זה מזכ"ל האו"ם. גם מועצת הביטחון נותנת פתרון דיפלומטי כאשר היא נותנת החלטה. יש לציין **שבגלל אופייה המיוחד של החלטות האו"ם הם לא מהוות צעד דיפלומטי או צעד שיפוטי.**

צעדים משפטיים

1. בוררות- מבחינת המשב"ל זהו הליך שיפוטי (בשונה מהמשפט המדינתי בו זהו הליך אלטרנטיבי). הבורר, לאחר ששמע את הצדדים, **מכריע והחלטתו מחייבת**. דוג'- בתחילת שנות ה90 היה עימות בין אתיופיה לאריתריאה. בתום הסכסוך שתי המדינות מסכימות על וועדת בוררות שתכריע בסדרה של סכסוכים בניהם. כתוצאה מכך, במשך תקופה ארוכה הוועדה הוציאה פעם ב החלטה באיזושהי סוגיה בסכסוך בגינה צד היה צריך לשלם פיצויים לשני.
2. בתי דין- כיום, במשב"ל **יש שלל בתי דין. חלקם אזוריים וחלקם נושאיים** כמו בית הדין לענייני ים וWTO (ארגון הסחר הבינלאומי), **לפעמים מדינות מקימות בית דין אד הוק** (למקרה ספציפי), הICJ.

איך מדינות מגיעות בפני בית דין?

1. לפעמים המדינות **מסכימות אד הוק** לפתור את הסכסוך בפני בית דין. המדינות יכולות לפנות לבית דין קיים או להקים בית דין מיוחד.
2. **באמנה יכול להיקבע שסכסוכים שנוגעים לאמנה יתנהלו בבית דין**. יכול להיות מצב שהאמנה מקימה את בית הדין כמו האמנה האירופית לזכויות אדם ויכול להיות מצב בו פונים לבית דין קיים. יש אמנות רבות שבהן נקבע שסכסוך ע"פ האמנה האמורה יתנהל בICJ. דוגמאות לכך הן האמנה בדבר איסור ביצוע רצח עם קובעת שכל סכסוכים בי מדינות בנוגע לקיום רצח עם לכאורה יתנהלו בICJ. דוגמה נוספת היא האמנה בדבר יחסי אחווה וידידות בין ארה"ב לאירן הקובעת שכל סכסוך בין המדינות יתנהל בICJ (למרות ההפיכה באירן האמנה עדיין בתוקף).
3. **מועצת הביטחון יכולה לקבוע שסכסוך מסוים יפטר ע"י בית דין**. הICTY ששפט בנושא המלחמה ביוגוסלביה הוקם כך.
4. לפי אמנת הICJ מדינות רשאיות להפקיד בICJ **מסמך שבו הן מצהירות שהן נותנות הסכמה אפריורית לכך שכל סכסוך ביניהן למדינה אחרת יתנהל בICJ אם המדינה השנייה מעוניינת בכך.** כשליש ממדינות העולם הפקידו הצהרה כזאת בICJ.

למה שמדינות ירצו לפתור סכסוך בינלאומי בהליך שיפוטי ולהוציא את השליטה מידיהן?

* סיבה אחת היא **שבהרבה מאוד מקרים מדינות בטוחות שהן צודקות**. עם זאת יש הרבה סכסוכים בהם שני הצדדים חושבים שהם צודקים.
* לפעמים **הסכסוך הנקודתי לא שווה פגיעה במערכת היחסים הכללית**. כשנחתם הסכם השלום בין ישראל ומצרים הוסכם שהגבול יעבור בגבול הבינלאומי אך לא הוסכם איפה הגבול וספציפית לא הוסכם למי שייכת טאבה. השייכות של טאבה הוחלטה בהליך בוררות. טאבה לא שווה להפסיד את הסכם השלום עם מצרים.
* מדינות הן **שחקניות חוזרות**. לכן, **לפעמים יהיה להם אפילו אינטרס לקבוע מנגנון שיפוטי קבוע** לפתרון סכסוכים כי הן מסתכלות על הטווח הארוך לפיו פעם ינצחו ופעם יפסידו אך לא יאבדו מערכת יחסים גדולה יותר.
* לפעמים **מדינות לא חושבות על כל ההיבטים לפני מתן ההסכמה**. דוגמה לכך היא ארה"ב. אחרי מלחמת העולם השנייה האו"ם היא ה"בייבי" של ארה"ב וגם הICJ. כפועל יוצא מזה ארה"ב חותמת באופן נרחב על אמנות שמפנות סכסוכים לICJ ומפקידה הצהרה כללית. עם זאת, בשלב מסוים למעצמה שיודעת שיש לה הרבה מאוד חופש פעולה קצת מפריע ששופטים אומרים לה מה לעשות. באופן ספציפי פס"ד שמעצבן את האמריקאים במיוחד הוא פס"ד בעניין ניקרגואה. ארה"ב הואשמה בכך שהיא תומכת בארגון מורדים בשם קונטרה עקב עליית מפלגה מרקסיסטית לשלטון שגרמה לחשש שניקרגואה תעביר את תמיכתה לברית המועצות. ארה"ב הבינה ששמים לב לפעולות שלה ומתחילה לבטל את ההתחייבויות שלה לניהול סכסוכים בICJ אף לפרוש מאמנות שלמות מלבד:

(א) אמנות שלארה"ב יש אינטרס לכך שיתנהלו בICJ כמו האמנה בדבר איסור ביצוע רצח עם.

(ב) אמנות שארה"ב לא יכולה למשוך את הצטרפותה מהאמנה כמו הסכם הידידות עם אירן.

(ג) אמנות שהאמריקאים פספסו. דוג' לכך היא האמנה בדבר הדינים שנוגעים ליחסים קונסולאריים.

ICJ

הICJ הוקם בחוקת האו"ם. יחד עם זאת בפועל מדובר במוסד וותיק יותר ושמו הקודם היה הPCIJ. מדינות יכולות להגיע לICJ ב3 וחצי דרכים:

* כאשר הצדדים לסכסוך **מסכימות אד הוק** שהסכסוך הספציפי יתנהל בICJ.
* **אמנה נושאית** כזאת או אחרת קובעת שסכסוכים שנוגעים אליה יתנהלו בICJ.
* **הפקדת הצהרה.**

שלושת המקרים הללו הם הליכים שיפוטיים וההחלטה בגינם היא פס"ד וככזה **היא מחייבת את הצדדים לסכסוך.** ההחלטה מחייבת רק את הצדדים לסכסוך **ומבחינה פורמלית אין עיקרון תקדים מחייב בICJ**. אם זאת בפועל מייחסים הרבה מאוד חשיבות לעמדות הICJ.

* אם **העצרת הכללית של האו"ם פונה אל הICJ** ומבקשת ממנו לתת חוות דעת משפטית בנושא כלשהו. לא צריך את ההסכמה של המדינות אליהן נוגע הנושא ומצד שני ההחלטה שנותן הICJ היא חוות דעת משפטית ולכן מבחינה פורמאלית היא לא מחייבת. יחד עם זאת הICJ הוא בית הדין הנחשב ביותר במשב"ל ולכן כאשר הוא נותן החלטה, גם אם היא חוות דעת, יש לה השפעה גדולה. דוג' לחוות דעת- חוות הדעת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני וחוות הדעת בנוגע לגדר ההפרדה.

לא לכל המדינות החברות בICJ יש שופטים אך יש כלל שאומר **שאם מתנהל הליך כנגד מדינה ואין בהרכב השופטים שופט מאותה מדינה המדינה רשאית לצרף שופט להרכב.** למשל, ישראל עד היום הייתה צד בסכסוך אחד בICJ בשנות ה60 (בתקופה שגם לישראל היה מסמך מופקד) בו ישראל הפסידה. באותו מקרה שלחה ישראל את הש' גוייטין.

מדוע מדינות מפקידות את המסמך?

יש מדינות שחושבות שבאופן כללי פתרון סכסוכים בדרכי שלום עדיף על פני הפסד או ניצחון במלחמה.

שיעור 14

שימוש בכוח

מושגים

באנגלית המונחים המקובלים law of war, law of conflict, international humanitarian law (IHL) בעברית ישמעו אחד מ4 מונחים- דיני לחימה, דיני מלחמה, דיני עימות מזוין ומשב"ל הומניטרי.

Jus ad bellum (JAB)- הדינים שקובעים את חוקיות הפתיחה במלחמה.

Jus in bello (JIB) - הדינים שמסדירים את ההתנהלות בזמן המלחמה.

חשוב להבחין בין המושגים כיוון שיש להם אופי שונה. בJAB כנראה שיהיה צד אחד לפחות שהוא מפר חוק (צד תוקפן) בעוד שהצד השני יהיה מתגונן/ צודק. לפעמים שני הצדדים יהיו תוקפנים. **בכל מקרה אין הנחה של שוויון בין הצדדים**. לעומת זאת הכלל הבסיסי ביותר של הJIB הוא שהדינים **חלים באופן שווה על הצדדים** ללא קשר לשאלה האם מבחינת דיני הJAB הם צד תוקפן או צודק. הסיבה לכך היא שאם היינו קובעים שהצד הצודק בJAB רשאי לא להיות מוגבל בJIB מלחמות היו מתנהלות ללא כללים והJIB היה תיאורטי בלבד. האגדה המקובלת אומרת שכך הייתה הסיטואציה בימי הביניים. המונחים בעברית משמשים לJIB רוב הזמן, לעיתים ידובר על JAB וJIB יחד ומעט יתכוונו לJIB בלבד. כאשר נתקלים באחד מ4 המושגים בעברית יש לשאול תחילה מה כוונת המחבר.

משפט פלילי בינלאומי הוא גוף דינים במשב"ל שהנורמות שלו הן נורמות שהפרתן מטילה אחריות על הפרט. יחד עם זאת צריך לזכור **שאותם איסורים של המשפט הפלילי כאשר הם מופרים ע"י אדם שאפשר לשייך את מעשיו למדינה- מלבד האחריות הפלילית על אותו אדם תהיה אחריות למדינה.**

מעשה תוקפנות בהגדרה פשטנית הוא הפרה חמורה של דיני הJAB. מעשה תוקפנות מטיל אחריות על מדינה. תחת מקרים מסוימים יהיה ניתן להטיל אחריות על גורם של המדינה שהוביל לביצוע מעשי התוקפנות בפשע התוקפנות. האגדה המקובלת אומרת שבימי הביניים הJIB חייב רק את הצד התוקפן מה שגרם לכך שמלחמות היו טוטאליות. בשלב מסוים במלחמת 30 השנים נמאס לאירופאים ממלחמות טוטאליות ולכן הדגש עובר לJIB. האגדה אומרת שהתוצאה של העברת הדגש לJIB הייתה העלמות הJAB. העמדה המשפטית הייתה ששליטים יכולים לפתוח במלחמה מתי שירצו. ההשלכות של העמדה המשפטית הזאת מתפוצצות במלחמת העולם הראשונה בה בגלל כדור אחד כל העולם נזרק למלחמה. בעקבות זאת שמים דגש על JAB והניסיון המודרני הראשון להסדיר זאת הוא באמנת חבר הלאומים שאומרת **שאם יש סכסוך יש לדווח לחבר הלאומים וניתנים 3 חודשים לפתור את הסכסוך בדרכי שלום ולאחריהם אפשר לצאת למלחמה**. הצעד הבא היה הסכם קלוג-ברייאנט- אמנה שחתמו עליה מדינות לרבות גרמניה ויפן שקבעה שהשימוש בכוח כאמצעי לפתרון סכסוכים בינלאומיים אסור ולא חוקי. הסדר זה מתפוצץ במלחמת העולם השנייה. לאחר מלחמת העולם השנייה נעשים שני דברים- אחד צופה פני עבר ואחד פני עתיד. צופה פני עבר- מעמידים לדין את ההנהגה הנאצית והיפנית על פשע התוקפנות ונקבע שהפרה של דיני הJAB מהווה הפרה של הדין הבינלאומי. הסדר צופה פני עתיד ניסה לעשות הסדרה לדיני הJAB כדי למנוע מלחמה עתידית. הסדר זה קבוע באמנת האו"ם שהתקבלה מיד אחרי מלחמת העולם השנייה.

אנו בעיקר נדבר על דיני הJAB שבהסדר זה אשר קבוע באמנת האו"ם.

ס' 2(4) למגילת האו"ם קובע שכל המדינות החברות באו"ם צריכות להימנע מהאיום או השימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית או הריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האו"ם. לאיסור הזה יש שני חריגים: (1) מנגנון הביטחון הקולקטיבי- עוסק במתי מועצת הביטחון יכולה להורות או להתיר שימוש בכוח. (2) מנגנון ההגנה העצמית.

האיסור על שימוש בכוח

איסור זה קבוע באמנת האו"ם, מהווה חלק מהדין המנהגי ויש אפילו עמדה חזקה שטוענת שהוא יוס קוגנס.

**העמדה הרווחת בנוגע לשימוש בכוח היא שהכוונה לשימוש בכוח פיזי צבאי**. המקרה הקלאסי הוא שמדינה אחת משתמשת בנשק קינטי (טיל, פצצה, כדור) כנגד מדינה אחרת. **יחד עם זאת ההגדרה של שימוש בכוח יותר רחבה** כיוון שבין השאר כוללת סיוע למרי אזרחי, ארגון מורדים או ארגונים מזוינים. בנוסף נכללים מקרים בהם אנו מזיזים כוחות צבאיים לטריטוריה של מדינה אחרת בלי שנורה כדור אחד. לפני כמה שנים חברת סרטים הוציאה סרט שעצבן שליט של מדינה אחרת. בתגובה האקרים פרצו למיילים של אותה חברה ופרסמו את התכתובות באינטרנט שהוציאו את אנשי החברה באור שלילי. אובמה יצא בהצהרה כי מדובר בשימוש בכוח מצד צפון קוריאה כלפי ארה"ב. האם מתקפת סייבר מהווה שימוש בכוח? יש שתי בעיות עם כך כיוון שמדובר **בתקיפה של אדם פרטי ולרוב לא תיחשב לשימוש בכוח.** תקיפת סייבר שגורמת להפעלת כוח קינטי שמוביל להרג מהווה שימוש בטוח בכוח. כך שאם היו פורצים למחשבים של סכר אסואן ומשחררים את המים (דבר שהיה גורם למותם של 20 מיליון איש) הדבר היה נחשב לשימוש בכוח. **תקיפות של מערכות מחשב של המדינה** כמו בנקים, בתי חולים וחברות חשמל **כנראה לא ייחשב כשימוש בכוח**. אי לכך פריצה לאימילים של חברה פרטית הוא לא שימוש בכוח. **כל מתקפה חמושה מהווה שימוש בכוח אבל לא שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה.**

האיסור הוא גם על איום בשימוש בכוח. מה ייחשב לאיום? ראשית **האיום צריך להיות של שימוש בכוח אסור** כלומר "אם תתקיפו אותי אני אתגונן" זה איום אך לא על שימוש בכוח אסור. **האיום צריך להיות אמין ונתפס כאמתי**. האיום יכול להיעשות במילים ויכול להיעשות במעשים. בנסיבות מסוימות קיום אימונים צבאיים סמוך לגבול או הזזה של כוחות צבאיים מסוימים לעבר גבול עלול להיחשב כאיום בשימוש בכוח. כך למשל במלחמה בין רוסיה לגיאורגיה נקבע שהאימון של נאט"ו שהתקיים בגיאורגיה באותה תקופה לא היה איום בשימוש בכוח לעומת זאת אימון מיוחד שנעשה ע"י הכוחות הרוסים כן היווה איום בשימוש בכוח. הסיבה לכך היא שיציאה של נאט"ו למלחמה לוקחת הרבה יותר זמן מהיכולת של הרוסים לעשות זאת.

החזקת נשק גרעיני- בשנות ה90 פונה העצרת הכללית לICJ ומבקשת חוו"ד האם הנשק הגרעיני חוקי. לענייננו מה שחשוב זה שהICJ קובע **שבנסיבות מאוד מסוימות שימוש בנשק גרעיני יכול להיות חוקי**. לאור זאת הוא אומר שעצם ההחזקה שלו לא מהווה איום לשימוש בכוח.

לאיסור בשימוש בכוח יש שני חריגים: מנגנון הביטחון הקולקטיבי והגנה עצמית.

מנגנון הביטחון הקולקטיבי- כאשר ניסחו את אמנת האו"ם השאיפה הייתה שמנגנון ההגנה הקולקטיבי יהיה דרך המלך. מנגנון ההגנה העצמית היה אמור להיות חריג זמני בו מדינה עושה שימוש עד שהיא מודיעה למועצת הביטחון שתטפל באירוע. יש ס' באמנת האו"ם שהניח שיוקם כוח בינלאומי שהמטכ"ל שלו יורכב מהרמטכ"לים של צבאות 5 החברות הקבועות באו"ם והוא ישמור על השלום בעולם.

פרק 7 ס' 39 קובע **שמועצת הביטחון רשאית לקבוע שמקרה מסוים הוא איום של השלום העולמי, הפרה של שלום העולמי או מעשה תוקפנות**. ס' 42 מסמיך את **המועצה להחליט בדבר נקיטת אמצעים כוחניים** כדי לשמור על השלום והביטחון העולמי וכדי להשיבו כאשר מצוין שאמצעים כוחניים הם לרבות מצור ימי ומבצעים אוויריים ימיים ויבשתיים**. בפועל מועצת הביטחון מסמיכה מדינות שונות או קואליציות של מדינות שונות להפעיל את הכוח עבורה**. סמכות זו לנקוט באמצעים כוחניים באה לידי ביטוי במלחמת קוריאה בשנות ה50, לאחר מכן היה קיפאון מוחלט בשימוש בכוח זה עקב הטלות וטו הדדיות במסגרת המלחמה הקרה ומשנות ה90 מידי פעם מגיעה מועצת הביטחון להסכמה על נקיטת אמצעים כוחניים.

האם מועצת הביטחון יכולה להכשיר פעולה כוחנית בדיעבד? נאט"ו מתערבת בקוסובו בלי אישור מראש של מועצת הביטחון. אחרי ההשתלטות על קוסובו מועברת החלטה שמלבינה בדיעבד את המבצע הצבאי. העמדה המקובלת הייתה שמועצת הביטחון יכולה לעשות זאת. עם זאת היו מדינות רבות שניסו בכל מיני דרכים להיתלות בהחלטות מועצת הביטחון במטרה להצדיק את הפעולות הצבאיות שלהם כמו לדוג' ארה"ב בעיראק שטוענת שהסמכות שלה לפלוש מתבססות על החלטות שנתנו אחרי מלחמת המפרץ הראשונה. בעקבות הניצול לרעה של החלטות מועצת הביטחון **העמדה היום אומרת שמועצת הביטחון לא יכולה להכשיר פעולה כוחנית JAB בדיעבד.** בהרבה סוגיות הנוגעות לשימוש בכוח ניתקל בשתי עמדות- אחת מתירנית ואחת מגבילה.

שיעור 16

התקפה חמושה

אם נסתכל באמנת האו"ם, נראה שהיא דמיינה את החריג האינדיבידואלי כחריג המשני. כל מטרת ההגנה העצמית היא לתת למדינה פתרון ביניים אשר יאפשר לה להגן על עצמה עד התערבות האו"ם. בפועל דווקא מנגנון זה הפך להיות המנגנון הראשי. ס' 51 לאמנת האו"ם אומר שכל האמור על האיסור לשימוש בכוח **אין בו כדי למנוע או לפגוע בזכותה האינהרנטית של מדינה לפעול בהגנה עצמית כנגד מתקפה חמושה.**

כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח אך לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. בפס"ד ניקרגואה נטען נגד ארה"ב שהיא ביצעה התקפה חמושה באמצעות הקונטרה. בפס"ד הICJ אומר שגם אם הסיוע שנתנה ארה"ב אין בו משום התקפה חמושה מצד ארה"ב כנגד ניקרגואה הרי שייתכן שיש בהן שימוש בכוח מצד ארה"ב כנגד ניקרגואה.

מהי התקפה חמושה?

המקרה הקלאסי הוא שימוש בנשק המפעיל כוח קינטי כנגד טריטוריה של מדינה אחרת. גם כאן, כניסת כוחות צבאיים לטריטוריה של מדינה אחרת ללא רשותה מהווה התקפה חמושה גם אם לא נורה כדור כלל. אם מדינה א' מכניסה כוחות לטריטוריה של מדינה ב' מדובר בהתקפה חמושה.

שאלת העצמה

חייל ממדינה א' יורה כדור אחד לטריטוריה של מדינה ב'. האם מדובר בהתקפה חמושה? יש וויכוח בין המשפטנים בנושא. **יש שאומרים שיש סף עצמה מסוים** כדי שמעשה יחשב להתקפה חמושה. אירועים מתחת לסף הזה לא נחשבים התקפה חמושה ולכן לא מקימים למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית אלא מדובר בתקריות גבול מצומצמות שבהקשרן לחיילים בשטח יש זכות להתגונן. יש לציין כי יש ספקטרום אדיר של סף עצמה. כשהICJ עוסק בוויכוח בין אירן לארה"ב הוא מצדד בגישת סף הכוח ואומר שמספיק אפילו מוקש ימי אחד כדי להיחשב סף מספק להגנה עצמית. **קבוצה שניה אומרת שאין מבחן של עצמה**. היקף התגובה יושפע מהיקף ההתקפה ולמדינה יש זכות להגנה עצמית בכל מצב.

בכל אחת מהגישות יש בעיות גדולות.

בעיות בגישות המרחיבות

1. **ניצול לרעה ע"י מדינות**- אם נאפשר למדינות לצאת למלחמה בכל מצב הן ינצלו זאת.
2. ישנה **נטייה להניח את הרע ביותר כלפי האויב**. מראש מדמיינים שהאויב רוצה לעשות את הרע ביותר האפשרי ואם לא יהיו מנגנונים שיעצרו את היציאה למלחמה נתפתה לצאת לקרב כי נחשוב שהאויב רוצה להרע לנו.

בעיות בגישות המצמצמות

לפעמים האויב באמת רוצה להרע ומניעת הגנה עצמית יכולה לפגוע במצבים מסוימים.

לאורך השנים התמיכה בשתי המחנות זזה כמו מטוטלת. מספיק אירוע נורא אחד כדי להמחיש את תוצאות הלוואי של גישה אחד כדי להטות את התמיכה לצד השני וחוזר חלילה. בשנות ה2000 הייתה תמיכה בגישות המתירניות עד שהתגלה שהאמריקאים והרוסים ניצלו זאת לרעה ולכן היום יש תמיכה בגישות המצמצמות. ב1914 העולם נזרק למלחמת העולם הראשונה בגלל רצח של ארכידוכס אחד בבוסניה. גם בהקשר הישראלי חלק מהמלחמות היו יותר מוצדקות וחלק פחות. לפני לבנון הראשונה חוסל שגריר ישראל בלונדון. ההוראה ניתנה ע"י לוב אך ישראל תקפה את לבנון.

המקרה הפשוט של התקפה חמושה הוא כנגד הטריטוריה של המדינה. בנוגע לחיסול ראש המדינה ותקיפת שגרירות העמדה המקובלת היא שכן מדובר בהתקפה חמושה. בנוגע לחיסול שגריר יש עמדות יותר מורכבות- עמדה אחת אומרת שכן . חיסול נציג המדינה נחשב כתקיפה נגד המדינה. העמדה השולטת אומרת שלא תמיד. קימות נסיבות שבהן גם אם לפי דיני אחריות המדינה נראה בחיסול שגריר של מדינה א' ע"י נציג (חייל או שוטר) של מדינה ב' משום מעשה של מדינה ב', לא תמיד נראה בכך התקפה חמושה. **לצורך הקביעה שמדובר בהתקפה חמושה מצד מדינה ב' יידרש קשר חזק יותר בין הנציג של מדינה ב' למדינה ב'**. שוטר או חייל הם בדר"כ נציגים יש להם נשק. אם על דעת עצמו ירה נציג כזה בשגריר לפי מבחני אחריות המדינה ניתן לשייך את סמכותם למדינה. יחד עם זאת הניסיון מראה שבמרבית המקרים שבהם חייל או שוטר עושה זאת על דעת עצמו המדינות הסכימו בניהן לא לראות בזה התקפה חמושה אלא מעשי פשע. ברוב המקרים בהם מדינת השגריר ראתה בתקיפת הנציג של מדינה אחרת התקפה חמושה היה קשר חזק יותר בין הנציג למדינה (כמו לדוג' ראש ממשלה שמורה לחייל לעשות זאת). מבחינת הרציונל **הגישה שמגבילה יותר את המדינות רוצה למנוע מצב בו כל אירוע פשיעה בודד ע"י נציג המדינה ישמשו תירוץ ע"י מדינות אחרות לפתוח במלחמה בטיעון של הגנה עצמית**. יש הטוענים שהתוכנית לתקוף בלבנון הייתה קיימת חצי שנה לפני ניסיון החיסול של השגריר ארגוב ומטרת ישראל הייתה להחליף את השלטון בלבנון. תקיפת השגריר הייתה תירוץ לעשות זאת.

מה קורה שתוקפים אזרחים של המדינה מחוץ לשטח המדינה?

גם כאן יש שתי עמדות- באנטבה היה מצב שבו חיילי אוגנדה מתקיפים אזרחים ישראלים. השאלה היא האם מדינת ישראל יכולה לתקוף באוגנדה כהגנה עצמית? עמדה אחת אומרת שכן- המטרה הבסיסית של מדינה היא לספק הגנה לאזרחיה. העמדה השנייה אומרת שלא כי לא מדובר בשימוש בכוח כנגד ריבונות המדינה או שלמותה הטריטוריאלית. יש עמדת ביניים שאומרת שזה אמנם שימוש בכוח אך לא התקפה חמושה ולכן אין מקום להגנה עצמית. עמדת הביניים דומה מאוד לעמדה השנייה כי בסופו של דבר התוצאה של שתיהן היא שלא ניתן לעשות פעולת הגנה עצמית. התרת שימוש בהגנה עצמית מאפשר להשתמש בכל אירוע פשע שיגרם ע"י מדינה כדי לצאת למלחמה.

מה קורה שההתקפה לא באה מהמדינה אלא מארגון מזוין לא מדינתי?

בהקשר הזה יש שתי עמדות- עמדה אחת (העמדה הקלאסית/ שמרנית) אומרת שכאשר מקור ההתקפה הוא מארגון מזוין לא מדינתי **מדינה יכולה להפעיל את זכותה להגנה עצמית רק בשתי סיטואציות**: (1) הארגון הלא מדינתי שולט בעצמו בשטח מסוים ו(2) כאשר ניתן לשייך את המעשים של הארגון למדינה ממנה הוא יצא. אם הטריטוריה מנוהלת ע"י הארגון העמדה השמרנית אומרת שניתן לצאת להתקפה. העמדה השנייה (העמדה המתירנית) אומרת שמדינה יכולה לעשות שימוש בהגנה עצמית גם אם הארגון יצא או פועל מתוך מדינה שאינה מסוגלת או אינה רוצה לפעול נגדו. דוג' לכך היא לבנון שהיו ויש בה ארגוני טרור שלא ניתן לשייך את מעשיהם ללבנון. הדוג' השנייה היא אלקעידה שהיו בני ברית של הטאליבן (ששלטו באפגניסטן) אבל ללא ספק הטליבן לא שלט באלקעידה. העמדה המרחיבה אומרת שאם לא נאפשר לתקוף גם בחלופה בה מדינה אינה רוצה או מסוגלת להתמודד מול הארגון, המדינה המותקפת נשארת במצב בו היא לא יכולה להתגונן.

הבסיס לעמדה השמרנית היא שאם נתיר למדינות לצאת למלחמה גם בחלופה של מדינה שאינה מעוניינת או רוצה, אנו נותנים למדינות היתר מאוד רחב לצאת למלחמה. במלחמת העולם הראשונה מי שתקף היה ארגון לאומי סלבי שהשאיפה שלו הייתה לפרק את האימפריה האוסטרו-הונגרית. הטענה של האימפריה האוסטרו-הונגרית הייתה שסרביה אינה מעוניינת לטפל בארגון הזה. בדיעבד אנו יודעים שההתקפה הייתה תירוץ של גרמניה לצאת למלחמה מתוך כתבים שהתגלו לאחר המלחמה ומתוך התנאים המשפילים שהציבה אוסטריה מתוך הנחה שלא יסכימו לאולטימטום ויצאו למלחמה (למרות שסרביה כן הסכימה אוסטריה יצאה למלחמה).

במרבית השנים לאורך החצי השני של המאה ה20 **העמדה שזכתה ליותר תמיכה הייתה העמדה השמרנית**. **לאחר 11/9 ארה"ב מאמצת את העמדה המתירנית באופן חזק ובעקבותיה הרבה מדינות בעולם.** הICJ בפס"ד הגדר **קבע שהחוק הוא העמדה המצמצמת**. הICJ חטף ביקורת רבה ולכן בפס"ד אוגנדה אמר שיש להשאיר את השאלה בצריך עיון.

הגנה עצמית מהתקפה צפויה והגנה עצמית מונעת

האם אפשר לצאת להפעיל הגנה עצמית כנגד התקפה שטרם קרתה? הדבר יכול לקרות באחת משתי סיטואציות: (1) הגנה ממתקפה צפויה- מדינה יודעת שהמדינה השנייה מתקדמת לכיוון הגבול במטרה להתקיף ו(2) הגנה מונעת- במצב שהאויב עומד לפתח נשק שובר שוויון שלאחריו לא יהיה ניתן להתגונן מפניו (נשק גרעיני או לא קונבנציונאלי). גם כאן אפשר לחלק ל2 גישות:

1. **הגנה עצמית היא רק כנגד התקפה שכבר קרתה**. הטיעון לכך הוא שאנו מניחים את הרע מכל ולכן נדמיין שסדרת אימונים ליד הגבול מהווה הכנה למלחה או בגרסה הזדונית נשתמש באימון זה כתירוץ ליציאה למלחמה. לגבי הגנה עצמית מונעת נטען שגם אם למדינה יהיה את הנשק לא ניתן לדעת מה העתיד והכל יכול להשתנות. הניסיון ההיסטורי הראה שמה שהפסיק את המלחמה הקרה היה קיום נשק אטומי משני הצדדים. באמנת האו"ם מדובר על הגנה עצמית מהתקפה שכבר קרתה.
2. יש שתי עמדות מתירניות:

א. **הגנה עצמית מפני התקפה צפויה ומונעת מותרות.**

ב. **הגנה עצמית מפני** **מתקפה צפויה מותרת והגנה עצמית מונעת לא**.

תכלית ההבחנה היא שכאשר האויב על הגדר יש אינדיקציה יותר חזקה לתקיפה מאשר פוטנציאל עתידי לשימוש בנשק כלשהו. הדוקטרינה בנוגע להגנה מונעת אומרת שמותר לתקוף ברגע האחרון לפני שהנשק הופך לפעיל. הטיעון הפורמאלי של העמדה אומר שיש לפרש פרשנות תכליתית של אמנת האו"ם ולא פרשנות דווקנית טקסטואלית ולחלופין המשפט המנהגי בנוגע להגנה עצמית יותר רחב מנוסח הטקסט.

**בפועל מידת התמיכה מהגנה עצמית מונעת**- שנים דובר בדעת מיעוט שמדינות כמו ישראל תמכו בה. לכן שישראל תקפה את הכור בעיראק היא חטפה נזיפה. לאחר אירועי ה11/9 האמריקאים אימצו את דוקטרינה. גם בשיא יכולת השכנוע האמריקאי בנושא לא הגיעו לרוב וב10 השנים האחרונות התמיכה שוב יורדת מידת התמיכה בנוגע להתקפה צפויה, לאחר שנות ה2000 מדובר ב50-50.

שיעור 17

כללי קרולינה/ כללי וובסטר

מהרגע שסברנו שמדינה חטפה התקפה חמושה, מותר לה לעשות שימוש בכוח. יחד עם זאת לא כל התקפה חמושה מהווה הצדקה למלחמה כוללת. **במשב"ל המנהגי נקבעו 3 כללים בנוגע לאופן השימוש בכוח**. 3 הכללים נקראים כללי קרולינה או כללי וובסטר על שם אירוע מ1937 בו כוח בריטי תקף כוח של מורדים קנדיים בצד האמריקאי של מפלי הניאגרה. באותו מקרה ניסח שר החוץ האמריקאי וובסטר כללים שהסכימו עליהם הבריטים ולאחר מכך כל העולם.

1. נחיצות- נועדה להבחין בין פעולה של הגנה עצמית לבין פעולה של נקמה או ענישה. JAB לא מאפשר ביצוע פעולות נקמה או ענישה. **הפעלת הכוח נועדה כדי להתגונן מפני התקפה בלבד.** המשמעות היא שאם מדינה יכולה להגיב למתקפה חמושה בדרך לא אלימה אסור לה לצאת למלחמה גם אם יתקיפו אותה במתקפה חמושה.
2. מידתיות /פרופורציונאליות- יש שתי פרשנויות לדרישת המידתיות- פרשנות כמותנית ופרשנות איכותנית. הפרשנות הכמותנית אומרת שהמדינה שהותקפה **צריכה להגיב באותו כוח אש** שהיה במתקפה שהיא סבלה. העמדה האיכותנית אומרת **שעוצמת התגובה של המדינה צריכה להתאים לעוצמת האיום האסטרטגי** שהיא מעוניינת להסיר. נניח שבלילה דיביזיה של הצבא המצרי כובשת את כל הנגב מבלי לירות כדור אחד. לפי הגישה הכמותנית לישראל אסור להשתמש בנשק חם כדי להדוף את המצרים. יחד עם זאת הגישה האיכותנית לא חפה מבעיות והבעיה המרכזית שלה היא שהדבר **פתוח לפרשנות סובייקטיבית** ונתון לניצול לרעה. קל יותר ליצור מדד אובייקטיבי של עצמת אש למרות החשש שמידי פעם יהיה מקרה אבסורדי. (הערה- לא לבלבל בין עיקרון הפרופורציונאליות JAB לעיקרון בJIB).
3. מידיות- דרישת המידיות אומרת שמצד **אחד** **אסור להשתמש בכוח מוקדם מידי ומצד שני אסור להשתמש בכוח מאוחר מידי.** דרישת המידתיות נותנת אינדיקציה לנחיצות השימוש בכוח. דוגמה ליציאה מוקדמת מידי למלחמה היא האוסטרים במלחמת העולם הראשונה שנותנים לסרבים אולטימטום ויוצאים למלחמה לפני שהאולטימטום פג.

התערבות במלחמת אזרחים

בסיטואציה של מלחמת אזרחים האם מדינה מבחוץ רשאית להתערב?

יש לכך 3 גישות:

1. הגישה הא-סימטרית- מדינה יכולה להתערב מבחוץ **רק כדי לסייע לצד של השלטון אם הוא יזמין אותה להתערב.** אם היא מסייעת לצד המורד היא מפרה את האיסור להתערב בעניינה הפרטיים של מדינה.
2. גישת השוויון הנגטיבי- **אסור להתערב** לטובת אף אחד מהצדדים
3. גישת השוויון הפוזיטיבי- **מותר להתערב** לטובת אחד הצדדים בהזמנת אותו צד.

לפני מספר שנים רווחה העמדה הא-סימטרית. עם זאת הדבר לא בהכרח נכון כיוון שיש תומכים לכל הגישות. כל גישה שאומרת שאפשר להתערב לטובת צד שאינו השלטון מאפשר למדינות מהחוץ להתערב בענייני מדינות אחרות ונותנת תמריץ ליצור הפיכות (כפי שקרה בחצי האי קרים). מצד שני התערבות של מדינות יכולה להיות מוצדקת ואולי יש טעם לבחון התערבות חיצונית. במצב הנוכחי שבו הדין לא ברור לחלוטין, מדינות שמתערבות רוצות לחזק את הטיעון המשפטי שלהם ומעדיפות להוכיח שהגישה להן חוקית על סמך יותר מגישה אחת. **פעולה שנעשית הרבה פעמים היא לטעון שהשלטון שהיה עד אותו רגע איבד את הלגיטימיות ולטעון שקבוצת המורדים היא השלטון.** כך מדינה מנסה להיות בסדר על סמך הגישה הא-סימטרית והפוזיטיבית. רגע לפני ההתערבות בסוריה הודיעו ששלטונו של אסד לא לגיטימי והקואליציה כן.

מה קורה כאשר שלטון מבצע רצח עם?

האם מדינה מבחוץ יכולה להתערב כדי להגן על אותה אוכלוסייה? האם המשב"ל מתיר התערבות הומניטרית?

יש לכך 2 עמדות:

1. לא. למדינה מותר להפעיל כוח רק לשם הגנה עצמית.
2. כן. הדבר אפשרי משתי טענות- (א) מדובר בשימוש בכוח אך **לא נגד מטרות האו"ם** ו(ב) התפתח במשב"ל המנהגי **חריג לאיסור לשימוש בכוח שמתיר התערבות הומניטרית**.

הבעיה בגישה שאומרת לא היא שהדבר מאפשר מעשי זוועה ופשעים נגד האנושות מבלי לעשות דבר. עמדת הנגד מזכירה שהניסיון ההיסטורי מראה שבחלק נכבד מהפעמים בהם העילה הצבאית הייתה התערבות הומניטרית האינטרס האמתי היה פחות טהור ובחלק מהמקרים כמות הקורבנות מהמלחמה עצמה הייתה יותר גבוהה מכמות הקורבנות ממעשיו של השלטון. **העמדה הרווחת היום אומרת שאסור.**

מלחמת הבוקסרים הייתה ב1899-1901 בו 8 מדינות יצאו נגד ארגון מורדים בסין ששם לו למטרה לטווח בנוצרים סינים. הארגון רצח 30 אלף לפני שעצרו אותו. יחד עם זאת ידוע שאותם מדינות שיצאו למלחמה רצו לפרק את האימפריה הסינית ואפשר את הכניסה של יפן.

תוקפנות

הקדמה על משב"ל פלילי- במרבית התחומים של המשב"ל מי שנחשבת המפרה של הדין היא המדינה ומי שתוטל עליה סנקציה בגין ההפרה היא המדינה. **משב"ל פלילי** **עוסק ברשימה מצומצמת של מעשים שהמשב"ל אוסר שבגין ההפרה שלהן מוטלת אחריות גם על המדינה וגם על הפרט שביצע את המעשה.** חייל שביצע פשע מלחמה- (א) המדינה שלו הפרה את דיני המלחמה הרלוונטיים ואפשר להטיל עליה אחריות מדינה ובנוסף (ב) ניתן להטיל אחריות פלילית על האדם הספציפי שהפר את הדין.

יש 4 קטגוריות של מעשים שבהם עוסק משב"ל בינלאומי פלילי- ארבעת הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים (core):

1. פשעי מלחמה- עוסקים בדיני הJIB. הפרה שלהם תוטל ע"י המדינה. חלק מדיני הJIB לא יטילו רק אחריות על המדינה אלה יראו את מבצע המעשה כפושע מלחמה.
2. פשעים נגד האנושות.
3. מעשים המהווים רצח עם.
4. פשע התוקפנות- **הפרה של כל דין בJIB תטיל אחריות על המדינה, הפרה של חלק מדיני הJIB תטיל אחריות גם על הפרט המבצע והוא יחשב כמבצע של פשע התוקפנות.** יש מקורות שעושים הבחנה בין מעשה תוקפנות לפשע תוקפנות. מעשה תוקפנות זה הפעולה עצמה. פשע התוקפנות זה הנורמה של המשב"ל שמטילה אחריות על הפרט המבצע בגין מעשה התוקפנות (אחריות אישית פלילית שמוטלת בנוסף לאחריות שמוטלת על המדינה בגין מעשה התוקפנות).

ההנהגה הנאצית והיפנית הועמדה לדין בגין פשע התוקפנות. ההגדרה של המעשה אז שונה מההגדרה היום כיוון שב1945 עשו רפורמה בדיני הJAB ולכן הגדרת נירנברג-טוקיו לא רלוונטית. חשוב לדעת שבית הדין בנירנברג קרא לפשע התוקפנות פשע הפשעים של הדין הבינלאומי כיוון שלהשקפתו מרבית הפשעים האחרים לא היו קורים לולא הייתה ההנהגה הגרמנית מבצעת את פשע התוקפנות. לאחר תום המלחמה הקרה הוקם בית משפט פלילי בינלאומי שקיום חברות בו 2/3 ממדינות העולם. **לבית הדין נתנו סמכות לדון בפשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם**. בגלל הרגישות של פשע התוקפנות הוכנס ס' שאומר שבית הדין יוכל לדון בפשע התוקפנות לאחר שהדבר יוגדר. היו בטוחים שס' זה יהיה אות מתה אך ב2010 נפגשו המדינות החברות בקמפאלה והגיעו להגדרה מוסכמת של פשע התוקפנות: **תכנון, הכנה או ביצוע של מעשה תוקפנות שלאור אופיו, חומרו והיקפו מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם ע"י אדם הנמצא במעמד המאפשר לו לשלוט או להכווין את הפעילות הצבאית והפוליטית של המדינה.** מעשה תוקפנות מוגדר כשימוש בכוח מזוין ע"י מדינה כנגד הטריטוריה של מדינה אחרת, עצמאותה הפוליטית או ריבונותה או שבכל אופן אחר אינו תואם את אמנת האו"ם. איום על שימוש בכוח מהווה הפרה של JAB אך לא פשע תוקפנות כיוון שצריך מעשה בפועל. כמו כן נקבע ב2010 שהסמכות של הICC תיכנס לתוקף רק לאחר ש30 מדינות יסכימו לתת לICC סמכות להחיל בנוגע אליהם את פשע התוקפנות ורק בנוגע לאותן מדינות שכאלה כמו כן נתנו דד ליין של 7 שנים להגיע לרשימת אותן מדינות. עם זאת עד הדד ליין 35 מדינות חתמו ולכן לאחרונה התכנסו המדינות והסכימו שב2018 תינתן סמכות לICC בנוגע לפשע התוקפנות באחת משתי סיטואציות: (1) **בנוגע למדינות שנתנו את ההסכמה שלהם.** צריך שהפשע יעשה בשטח המדינה שנתנה את הסכמתה וע"י אדם ממדינה שנתנה את ההסכמה (והם לא חייבים להיות מאותה מדינה). סמכות השיפוט הרבה יותר מצומצמת מסמכות השיפוט של הICC לשאר הפשעים שבסמכותו. (2) **הפניה של מועצת הביטחון.** למועצה יש סמכות להפנות לICC מקרים שהתקיימו ע"י מדינות שאינן חברות בICC בנוגע לפשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם. לאחר כניסת התקנות מועצת הביטחון תוכל להפנות לICC גם מקרי פשע תוקפנות. במצב זה תוכל המועצה להפנות גם מדינות שלא חברות בICC ולא חלק מ35 המדינות שחתמו על ההרחבה לאמנת רומא.

שיעור 18 + 19

משב"ל הומניטרי (עידו רוזנצוויג)

JIB זוכה לשני שמות שונים- דיני מלחמה ומשב"ל הומניטרי. אין הבדל בין המושגים אך עם זאת ישנו דגש שונה והוא **שבדיני מלחמה נתמקד על מה שמותר לעשות במלחמה בעוד במשב"ל הומניטרי נתמקד במגבלות המלחמה.** בדוחות ובכתיבה אקדמאית נוכל להבין את דעת הכותב ע"י השימוש במושג זה. כשישראל הוציאה דוחות על צוק איתן אחת ההערות הראשונות הייתה הדגשה שמדובר בדיני מלחמה.

נקודות מרכזיות בנוגע לדיני הלחימה:

* מהות- **רגולציה ללחימה תוך מזעור הנזקים שאינם הכרחיים**. הקונצפט שעומד מאחורי העניין הוא **שיש איסור מוסרי לגרום לנזקים שלא יקדמו את המטרה ועיקרון תועלתני בחשיבה של היום של אחרי המלחמה.** לשם כך נוצרו מגבלות שיגבילו את הלחימה לצרכים האמתיים שלה. **מההתפתחות הראשונית של דיני המלחמה ניתן לראות ששדה הקרב נועד להיות בין לוחמים.** במלחמות גדולות בין מלכים ואימפריות הדבר היה באזור מרוחק בו לא היו אזרחים. כאשר היה סכנה לאזרחים הדבר היה כאשר הייתה פלישה וניסיונות כיבוש.
* תחולה- **דיני מלחמה חלים בזמן הלחימה**. עצם היציאה ללחימה לא רלוונטית לדיני הלחימה. יש חובה לפעול לפי דינים אלה גם אם יש הצדקה ליציאה ללחימה וגם אם מדובר בהגנה עצמית. לא משנה אם מדובר בארגון גרילה, טרור, מדינה, כוח או"ם וכדומה. בזמן הלחימה דיני הלחימה מלווים את הדין המיוחד (lex specialis) בו הרציונל הוא שדין ספציפי גובר על דין כללי. **אם יש סתירה בין דיני לחימה לדיני זכויות אדם דיני הלחימה גוברים**. הדוג' הכי פשוטה היא האישור להרוג- בדיני הלחימה עצם קיום אדם לוחם של הצד השני דיני הלחימה מאפשרים להרוג.
* חוסר תלות- עצם הלגיטימציה ליציאה למלחמה תתברר רק לאחר הלחימה. **התבססות על ההצדקה ליציאה ללחימה לא רלוונטית.** כוח לא יכול לעשות כל מה שירצה אלא עליו להתבסס על דיני הלחימה.

דיני הלחימה מתבססים על הרבה מקורות בניהם- מרטנס קלאווס, תקנות האג 1907, ארבעת אמנות ז'נבה 1949, שני פרוטוקולים נוספים של אמנות ז'נבה 1977 והמשב"ל ההומנטירי הבינלאומי.

אמנות ז'נבה (1949)

אמנות ז'נבה לא אומרות כמעט כלום. אמנה ראשונה מדברת על טיפול בפצועים בשדה הקרב, האמנה השנייה מדברת על טיפול בפצועים בים (זהה לאמנה הראשונה), האמנה השלישית מדברת על טיפול בשבויי מלחמה והאמנה הרביעית מדברת על הגנה על אזרחים בימי מלחמה. שלושת האמנות הראשונות היו קיימות לפני 1949. האמנה הרביעית היוותה חידוש אשר נוצר עקב מלחמת העולם השנייה. כל דיני הכיבוש והתפיסה הלוחמתית נמצאים באמנה הרביעית. ישראל הצטרפה לאמנות ב1951 ולמעשה אין מדינה בעולם שלא מהווה צד לאמנות אלה.

הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה

הפרוטוקול הראשון (1977) מדבר על **הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים**. הרעיון היה שמה שנכתב באמנה היה פרקטיקה מקובלת ובפרוטוקולים קיבלו קודיפיקציה. הפרוטוקול מכיל כמעט כל מה שקיים בנוגע למה מותר לאסור בזמן לחימה- מה מותר לתקוף, רמות תקיפה, נשקים וכדומה.

הפרוטוקול השני (1977) מתיימר לעשות **אותו דבר לסכסוכים שאינם בינלאומיים**- מדינה מול ארגון או ארגון מול ארגון. פרוטוקול זה דק מאוד עקב חוסר הסכמה על ההגבלות שניסו להטיל על מדינה במאבק נגד קבוצות מורדות. מדינות לא רצו להגביל את עצמם כיוון שאותה קבוצה מורדת נחשבת לפושעים ולארגונים לא לגיטימיים. **לאורך השנים כמעט כל הס' הפרקטיים מהפרוטוקול הראשון מוכרים כמנהגים לגבי הפרוטוקול השני.**

הפרוטוקול השלישי (2005) נוגע לאימוץ סמל מבחין נוסף. **פרוטוקול זה נוצר בשביל ישראל והוא יוצר סמל מבחין נוסף לצלב האדום ולסהר האדום.** ב1949 היה דיון על הסמלים המבחינים- צלב אדם, סהר אדום והאריה והשמש (סמל פרסי אותו התעקשו להוסיף האירנים). ישראל לא הייתה מוכנה להשתמש בסמלים אלה ודרשה להשתמש במגן דוד אדום. הכנסת מד"א נפלה על קול אחד ומד"א לא הורשו להיכנס לארגון הבינלאומי. במו"מ ארוך מאוד נוצר סמל שלישי מבחין נייטרלי שהוא מעוין אדום. בתוך המעוין האדום ניתן לשים סמל אחר שזכה להגדרה ואינו סמל רשמי (מגן דוד אדום הוא הסמל היחיד שעונה להגדרה זו). אי לכך בתוך ישראל ניתן להשתמש רק במגן דוד, מחוץ לישראל מגן דוד בתוך מעוין ובזמן לחימה רק מעוין אדום. המטרה הייתה להבחין בין אמבולנסים לכוחות רפואה צבאיים. נושא זה מאוד איזוטרי כיוון שבין כה וכה אסור לתקוף כוחות רפואה. **ישראל לא צד לפרוטוקול הראשון והשני אך היא הצטרפה לפרוטוקול השלישי ב2006**. לישראל יש בעיה עם שני סעיפים בפרוטוקול הראשון- ס' 1(4) נותן לגיטימציה לפעילות כנגד כוח כובש, משטר גזעני ומלחמה לשחרור עצמי (הופך לחימה לא בינלאומית ללחימה בינלאומית). הס' השני הוא ס' 44-43 אשר מאפשר ללוחמים לפעול ללא הבחנה עצמית (מסווה של נשק ומתוך אוכלוסיה אזרחית). ישראל רואה בכך לגיטימציה לפעילות טרור והיא מתנגדת עקבית לסעיפים אלה. גם ארה"ב לא חלק מהפרוטוקולים עקב קיום סעיפים אלה.

ישנם דיבורים רבים על יצירת אמנת ז'נבה לסייבר ונשקים אוטונומיים אך כנראה לא סביר שמדינות יגיעו להסכמה בנושא.

4 העקרונות של דיני לחימה

דיני הלחימה נועדו ללחמים בשטח ולכן העקרונות פשוטים ברורים ואינטואיטיביים:

1. צורך צבאי- הצורך הצבאי אומר **שמותר להשתמש בסוג וכמות של כוח הנחוצים להשיג יעד לחימה לגיטימי**. מושג זה עמום מאוד והוא אומר בסופו של דבר שמותר להשתמש בכוח בזמן לחימה. **המטרה הלגיטימית הראשונה של לחימה היא לנצח והבאת האויב לכניעה מלאה או חלקית.** לא צריך להשמיד את האויב אלא לגרום לו להפסיק להילחם. יעדי לחימה פסולים הם השגת יתרון כלכלי, כיבוש שטח, השפעה על דמוגרפיה ועוד. אם אלה תופעות לוואי של הלחימה אין מה לעשות עם זה אך זה לא יכול להיות המטרה הראשית. כלל זה מאוד מתיר ועמום ולא משאיר הרבה מגבלות

1. הבחנה- בחוות דעת המייעצת של הICJ בנוגע לנשקים גרעיניים יש התייחסות לכך שעיקרון זה הוא לב ליבו של דיני הלחימה. לעיקרון זה שני היבטים:

א. היבט פוזיטיבי- **יש להבחין בין מתקנים צבאיים לאזרחיים**. הדרך הפשוטה ביותר לעשות זאת היא שימוש במדים. זהו אקט פוזיטיבי שכביכול מרע עם המדינה כיוון שהמדינה מסמנת את מי מותר לתקוף.

ב. היבט נגטיבי- יש **חובה להימנע מתקיפה ישירה של אזרחים.**

המשמעות לכך היא שאזרחים מוגנים מתקיפה ישירה בזמן מלחמה. סייג לכך הוא שאזרחים שלוקחים חלק ישיר בלחימה מאבדים את ההגנה שלהם.

מעמד הלוחם

**לוחם הינו האישיות המרכזית בזמן הלחימה והוא מי שניתן לתקוף בעזרתו ולתקוף אותו.** החיסרון הוא שאותו לוחם הוא יעד לגיטימי לתקיפה. מבחינת מילואים- כל עוד הלוחם לא תחת כוח צבאי הוא לא נחשב לוחם. היתרון הוא חסינות לוחם- אם כל מה שעשה לוחם היה תחת פעילות לגיטימית של דיני הלחימה לא ניתן להעמידו לדין גם במדינה שהותקפה.

לוחם הוא אדם שעונה לאחת משתי הגדרות: (1) **חייל בצבא סדיר** (מהרמטכ"ל עד החייל הכי זוטר). כל חייל נחשב לוחם מבחינת הטרמינולוגיה הבינלאומית. (2) **חבר בארגון שעומד בתנאים** הבאים: (א) מבנה פיקודי היררכי, (ב) נושאים סמל מבחין, (ג) נושאים נשק גלוי, (ד) פועלים לפי דיני הלחימה. זהו התנאי הבעייתי ביותר. ס' 43-44 לפרוטוקולים הורידו כמעט לחלוטין את התנאי הרביעי. ס' 43 אומר שלא צריך להתנהל לפי דיני מחמה אלא צריך רק מערכת משמעתית לטיפול בהפרות. ס' 44 אומר ששימוש בנשק גלוי מצומצם רק לתקיפה בפועל.

הגישה הקלאסית היא בינארית- **אדם הוא או לוחם או אזרח**. ניתן לעבור מאחד לשני אך לא ניתן להיות שניהם יחד. לוחם הוא מי שעונה על ההגדרה ומי שלא הוא אזרח.

אם כך מה מעמדם של לוחמים בלתי חוקיים? מגנים אנושיים? **לא קיימת הגדרה ללוחמים בלתי חוקיים בדיני הלחימה.** למגן אנושי יש שאלה האם עשו זאת מרצון או לא. עם זאת כיוון שאי אפשר לדעת תוך כדי לחימה **ההנחה היא שהם אולצו לעשות זאת והם אזרחים לכל דבר.**

נטילת חלק ישיר בלחימה (DPH)

**הכלל הישיר הוא שאזרחים מוגנים ולא ניתן לתקוף אותם בזמן לחימה אלא אם לקחו חלק פעיל בה.** המבחנים לכך הם (מצטברים):

1. הפעילות של אותו אדם תורמת לפעילות הלחימה או ליצירת פגיעה.
2. יש קשר ישיר בין הפעילות שלו לנזק או לתרומה לפעילות הלחימה.
3. הפעילות נועדה ליצור את הפגיעה או התרומה ללחימה באופן ישיר.

אדם זה לא עונה על ההגדרה של אזרח ובנוסף לא מקבל את ההגנות של לוחם.

בגלל ההבדל בין צבא לארגון בהיררכיית הלחימה וככל שנתרחק משדה הקרב הדבר לא ברור נוצרה שאלת "דלת מסתובבת" של אדם שלוחם בלילה ואזרח ביום. **הפרקטיקה הולידה את פונקציית הלוחם התמידי(CCF)- חבר בארגון מסודר נחשב לוחם גם מחוץ למעגל הלחימה כל עוד אותו אדם חבר בארגון.** הלוחמים בקו הלחימה והמפקדים יחשבו ללוחמים גם מחוץ לזמן הלחימה.

את מי אסור לתקוף?

1. אזרחים שלא לוקחים חלק פעיל בלחימה.
2. לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (פצועים, הרוגים, שבויים וכד').
3. אנשי רפואה- חובשים צבאיים ורופאים צבאיים. **החובש הקרבי** **הוא ייצור ביניים שתקיפתו תלויה בסיטואציה.** אם היה חלק מהכוח הלוחם ניתן לתקוף אותו אך אם הוא מבצע את תפקידו כחובש לא ניתן לתקוף אותו (אם הוא יורה במהלך תפקידו כחובש הוא נחשב חלק מהצוות הלוחם אך אם הוא נותן טיפול בזמן ממושך הוא נחשב כצוות רפואי). היה דיון בשאלה האם ניתן לתקוף לוחם שלוקח חייל בסחיבת פצוע. התשובה לכך הייתה שאם יש עליו נשק ופונקציונאלית אותו חייל יכול לתקוף ניתן לתקוף אותו.
4. אנשי דת המשרתים בצבא.

את מה מותר לתקוף?

**תקיפה ישירה מותרת נגד מטרה צבאית בלבד.** הפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה אומר שמטרה צבאית היא מטרה שטבעה, מיקומה, יעודה או שימושה נותנים תועלת צבאית ותקיפתה תמנע יתרון של היריב. דוגמה להבדל בין **שימוש** או **יעוד** הוא גשר (מטרה אזרחית) שיכול להוות נתיב לצבא הנגדי לעבור (מטרה צבאית). דוגמה נוספת היא מפעל לטרקטורים שהיא מטרה אזרחית לכל דבר. עם זאת יחסית בקלות ניתן להפוך מפעל ליצור טרקטורים למפעל ליצור טנקים, מפעל צעצועים לנשקים ומפעל תרופות לפצצות. השאלה היא כמה זמן לוקח לעשות את המעבר ייעוד לשימוש. אם יש אניית תענוגים שאפשר לשנות לאניית קרב- מתי אפשר לתקוף? עצם האפשרות מאפשרת תקיפה, כשיש מודיעין לכך או כשהעבודה החלה?

את מה אסור לתקוף?

כל מה שלא מתקן צבאי- בתים, בתי חולים, מחנות שבויים ובתי תפילה.

**חריג-** כאשר נעשה במתקן האזרחי שימוש צבאי (טבע, מיקום, ייעוד או שימוש).

בצוק איתן דווח רבות על תקיפת בית מחבלים. הדיווח היה מוטעה כיוון שהמטרה לא הייתה בית אלא לוחם שפעל בתוך הבית או שהבית שימש לפעילות צבאית.

**חריג לחריג-** מתקנים שהנזק שיגרם מהם כה חמור שאסור לתקוף אותם גם אם הם מהווים מטרה צבאית כמו סכרים, סוללות, תחנות כוח גרעיניות.

1. מידתיות- **עצם העובדה שדבר מהווה מטרה לגיטימית לא מאפשר לתקוף אותו בהכרח ומצד שני מטרה יכולה להיות לגיטימית גם אם מתקנים אזרחיים או אזרחים יהרגו מהתקיפה (נזק אגבי).** אין איסור על הרג אזרחים יש איסור לתקוף אזרחים. אם הנזק האגבי מהתקיפה לא מידתי אסור לבצע את התקיפה.

משוואת המידתיות היא **נזק אגבי צפוי אל מול התועלת הצבאי הישירה הצפויה מהתקיפה.**

נקודות חשובות:

* זהו מדד קשה מאוד להשוואה כיוון שמדובר בנזק לאזרחים מול תועלת צבאית. לכן הגישה היא **שלא מסתכלים על מספרים אלא על הערכות יתרון מול נזק**. נזק אגבי יכול להיות גם תשתיות, חקלאות, סביבה וכדומה.
* הדרישה היא לברר את הנזק והתועלת **הצפויים** ולעשות את כל מה שביכולת הכוח לצפות את הנזק האגבי. אם לא היה ניתן לצפות קיום אזרחים במקום מסוים בשום צורה ולאחר התקיפה התברר שאזרחים נהרגו- התקיפה תיחשב לגיטימית. **כמובן שנזק יחסי הציבור של אותו גוף יהיה גדול מאוד.** אחד המקרים הקלאסיים לכך היה החיסול של סאלח שחאדה שהיה ראש הזרוע הצבאית של החמאס. לשם כך עלתה השאלה מתי, איפה ואיך. ניסו להשיג מידע מודיעיני ורק מידי פעם ידעו איפה הוא נמצא. כאשר קיבלו אישור לתקוף אותו הוא היה בבית בישיבת מטה. הפילו על הבית פצצת חצי טון ופגעו בצד השני של הבית והוא ברח. בפעם השנייה שמצאו אותו גילו שביתו בת ה11 אתו ולכן לא תקפו אותו מהחלטה מוסרית. בפעם השלישית מוצאים אותו בבית עם אשתו והעוזר. מפילים פצצה של טון וגילו שגם ביתו בת ה11 הייתה שם ועוד 10 אנשים היו שם. תבעו את ישראל בגין המקרה הזה והדבר עלה לביקורת בראשות השופטת שטרסברג כהן. ראיינו את ראשי הביטחון שאמרו שאם היו יודעים שזה המצב לא היו מאשרים את התקיפה. מסקנת הדו"ח הייתה שהנזק אמנם היה לא מידתי בפועל אך לא היה נזק צפוי ואין מקום להליכים פליליים או משמעתיים.
* נקודה חשובה נוספת היא נזק אגבי כולל לעומת תועלת צבאית ישירה.
* **חוסר מידתיות הוא כאשר הנזק האגבי הצפוי מוגזם ביחס לתועלת צבאית ישירה.** עצם העובדה שראשי הביטחון אמרו שהנזק שהיה בחיסול שחאדה היה מוגזם **מראה על הסטנדרט ואמות המידה המוסריות של הקבינט.** הסטנדרט הבינלאומי למידתיות נבחן לפי מבחן המפקד הסביר בנסיבות העניין. לגנרל מקריסטר- מפקד הכוחות האמריקאים באפגניסטן בתחילת שנות ה2000 הייתה גישה ברורה ללחימה על פיה אם לא יודעים מה קורה לא פועלים. הפילוסוף מאריק וולצר הגדיר את ההבדל בין ארה"ב לישראל בכך שארה"ב לוקחת זמן בלחימה ואם לא נתפוס את הלוחם היום נתפוס אותו ביום אחר. בישראל הלחימה היא נגד הזמן עד שהזירה הבינלאומית תתרעם. אי לכך הסטנדרט הישראלי שונה מהאמריקאי.

1. הומאניות- עיקרון ההומניות בנוי על שני היבטים שמדברים על **צמצום הסבל בלחימה**.

א. צמצום הפגיעה באזרחים ע"י שימוש הנשק המדויק ביותר האפשרי בנסיבות העניין. נשתמש בטיל מדויק ולא במרגמה אך יש גם שיקול דעת עקב עלות. **יש חובה לבטל פעולה אם הצפי שהיא תהיה לא מידתית.** כמו כן **יש חובה לתת אזהרה מוקדמת אם יש צפי לפגיעה באזרחים**. יש לכך **חריג** אם בנסיבות העניין לא ניתן לתת את האזהרה לא צריך לתת אותה. המקרים הקלאסיים היא פגיעה בגורם ההפתעה וירי תגובה. **חריג לחריג-** בית חולים. לא ניתן לתקוף בית חולים ללא אזהרה ומתן זמן בריחה גם אם הוא מהווה מטרה צבאית. לפי דו"ח גולדסטון יש להודיע לאזור מסוים ולא כללי אך הסטנדרט הבינלאומי אומר שמספיק להודיע לאזור כללי. הקש בגג אינה נחשבת הודעה מוקדמת כיוון שזהו שימוש בנשק קל כנגד בניין.

ב. מניעת סבל מיותר ללוחמים- הדבר מוביל **למגבלות על אמצעי לחימה** כמו נשק כימי, פצצות עם שברים שלא ניתן לזהות ברנטגן ושימוש בלייזר מעוור תמידית. ומגבלות על שיטות לחימה כמו התחזות לפצוע או מת, לבישת מדי צלב אדום, להרים דגל לבן ולתקוף וכדומה.

aspnn 
DNı-ı 
nnng,th D'jınrn 
?nırnnen nııoıbıth 
D'NYm 
?ııırn 
-ı:ııın 
?n'NN n-wna 
p 
DNın 
nın-1TN,-ı nııoıblN:ı 
?num IN 
DN,-I 
anıni-ı nıD'Ul 
?oııpın 
Lnpnn DNı-ı 
'D)llLn vın 
?w-rn 
DN,-ı 
nın-1TNı-•ı 
?nın-pn 
p הליך אישור מתקפה

שיעור 20

לוחמה א-סימטרית

לוחמה א-סימטרית הינו ביטוי אשר מבטא **מסגרת לא משפטית**. הרעיון מאחורי ביטוי זה הוא לא משפטי אלא איך מתמודדים עם מצב מסוים. לרוב מדובר במלחמה בין מדינה לארגון גרילה.

היבטי הלוחמה הא-סימטרית

1. **מדינה כפופה לכללים בזמן שארגון גרילה לא רואה עצמו מחויב להם.** בפועל כל מי שמעורב בלחימה מחויב לכללים גם אם הוא לא רואה עצמו כך.
2. בגלל הבדלי הכוחות בין מדינה חזקה וארגון חלש, **הארגון רואה עצמו כמחויב להפר את הכללים אחרת אין לו סיכוי להתמודד מול האיום.** הארגון רואה בהפרת הכללים פעולה מתוחכמת שבלעדיה לא יוכלו לנצח בעימות.
3. **הארגון לא רק מפר כללים אלא משתמש בעובדה שהמדינה שומרת על הכללים כנגדה**. עצם העובדה שהיריב מפר כללים לא נותן לגוף לגיטימציה לעשות זאת- דיני מלחמה לא נתונים להדדיות.

כשמדברים על לוחמה א-סמטרית יש סוגים שונים של לחימה כאשר אחד הנדירים שקרו היה צבא סוריה ששם אזרחים על נגמשים כדי שהמורדים לא יתקפו אותם. זאת אחת הפעמים היחידות בהם שמדינה משתמשת בלוחמה א-סימטרית.

הגדרת סכסוך

איך יודעים מתי מתקיים סכסוך מזוין בינלאומי וסכסוך מזוין לא בינלאומי ומה ההשלכה של זה למציאות המשפטית בשטח.

**היום אין צורך בהכרזה על מלחמה.** זהו היבט שנעלם מן העולם והמלחמה האחרונה שהוכרזה בפועל הייתה מלחמת העולם הראשונה. בגלל ההשלכות הקשות של הכרזה על מלחמה מדינת ישראל מעולם לא הכריזה על כך.

ההגדרה לסכסוך מזוין היא- סכסוך צבאי ממשוך בין מדינות או בין מדינות לארגונים חמושים.

ההבדלים בין סכסוך בינלאומי לסכסוך שאינו בינלאומי הם:

1. עצימות הלחימה- **בסכסוך בינלאומי הכדור הראשון מציב את המדינות בסכסוך בעוד סכסוך שאינו בינלאומי דורש רף מסוים של עצימות** מתוך מחשבה שמקרים של הפגנות אלימות והתפרעויות לא ייכנסו למסגרת דיני הלחימה. המבחנים לעצימות מתייחסים **לרמת הארגון של הכוח הלא מדינתי ועצימות הלחימה.** השילוב של שניהם יהווה החלטה האם מדובר בסכסוך או לא. הדוג' הקלאסית ביותר היא הסכסוך בסוריה שהחלה ברמת עצימות גבוהה אך רמת הארגון של המורדים הייתה נמוכה ולאחר זמן מסוים התארגנו והתאחדו בצורה מסודרת והיררכית מה שאפשר הכרה של הקהילה הבינלאומית שנעשה מעבר מהתפרעויות לסכסוך.
2. הגדרת לוחם- **בסכסוך בינלאומי הגדרת הלוחם ברורה** ולכן יש לוחם שזכאי בחסינות לוחם. עצם ההשתתפות בלחימה ופעולות בהתאם לדיני הלחימה לא יכולים להוות עבירה פלילית כלשהי. לעומת **זאת בסכסוך שאינו בינלאומי אין הגדרה למה הוא לוחם**. יש מצד אחד את הלוחמים שפועלים מטעם המדינה והם לא יועמדו לדין ומצד שני יש קבוצה שמנסה לפעול נגד המדינה שהם בהגדרה- **מבחינת החוק המדינתי עבריינים ומבחינת החוק הבינ"ל כל עוד הם פועלים לפי דיני הלחימה לא יעמידו אותם לדין בגין פשעים בינ"ל**.

הדברים נהיים מורכבים כאשר מדובר בסכסוך בין מדינה לארגון חוצה גבולות כמו לדוג' ישראל נגד חיזבאללה. עמדה רשמית ראשונה בנושא הייתה של ברק במקרה הסיכולים הממוקדים שם אמר **שעצם העובדה שהסכסוך חוצה גבולות הופך את הסכסוך לבינ"ל** בעוד **כתיבה שלאחר מכן הגדירה את הסכסוך כלא בינ"ל.**

מה המשמעות של המדינה התוקפת למדינה בה הארגון נמצא? אם ישראל תוקפת את חיזבאללה בלבנון **ולבנון מגיבה מדובר בסכסוך בינ"ל אם לבנון לא מגיבה הסכסוך לא בינ"ל**.

עבירות על דיני מלחמה

יש שני סוגים של עבירות- **עבירות ברורות** לעומת **עבירות פרשנות**. עבירות ברורות הן תקיפה של אזרחים או מתקנים אזרחיים. עבירות פרשניות הן עבירות של מידתיות, האם הייתה אזהרה מקדימה מספיקה או לא וכדומה.

דיני המלחמה מתחלקים גם **לרמות חומרה**. לא כל הפרה מהווה פשע. הפרה צריכה להיות מטופלת פנימית ע"י הצבא באמצעות גורמים משמעתיים. לעומת זאת בעבירות חמורות (נאמרות במפורש בפרוטוקולים) ברגע שיש חשד לעבירה יש חובה לחקור את החשד ולראות האם מדובר בעבירות רגילות, חמורות או שכלל לא הייתה עבירה.

דיני כיבוש

ע"פ ס' 42 לתקנות האג 1907 שטח כבוש נחשב **מקום שנמצא תחת שליטה אפקטיבית של כוח צבאי של מדינה שאינה הריבון החוקי שלה**. כיבוש אינה דעה פוליטית אלא מצב נתון בשטח. הדיון המוסרי בעניין הכיבוש בארץ לא רלוונטי לדיון המשפטי בנושא. העמדה הרווחת היא שקיום "שליטה אפקטיבית" אינו תלוי בהקמה בפועל של ממשל (משטר) צבאי בשטח על ידי הצבא הזר אלא ביכולתו לעשות כן. עמדת המיעוט אומרת ששליטה אפקטיבית קיימת רק מקום בו הצבא הכובש הקים בפועל משטר צבאי באזור.

דוגמאות לחובות הכוח הכובש:

* יש לשמור על הסדר הציבורי והביטחון בשטח הכבוש.
* איסור על עיקול שטח פרטי.
* איסור על ענישה קולקטיבית.

דוגמאות לפריבילגיות של הכוח הכובש:

* כל מה שצריך לעשות לצורך צבאי כולל עיקול רכוש.
* מעצר מנהלי מסיבות ביטחוניות.

ע"פ ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית האזרחים אשר נמצאים תחת כיבוש הם **אזרחים מוגנים**. יחד איתם **אזרחי מדינה שלישית שנמצאים בשטח ופליטים**. אזרחי הכוח הכובש לא נחשבים אזרחים מוגנים. אסור להכריח אזרחים מוגנים להישבע אמונים לכוח הכובש (ס' 45 לתקנות האג), להילחם נגד המדינה שלהם (ס' 52 לתקנות האג), לפעול בכפיה לטובת הכוח הכובש ואיסור על ענישה קולקטיבית (ס' 33 לאמנת ז'נבה הרביעית).

מסגרת משפטית

**הכלל הוא השארת המסגרת הפלילית על כנה**. לכן ניתן לראות דין ירדני ודין בריטי באיו"ש. עם זאת לאורך השנים מצב החקיקה באזור גם שופר כמו לדוג' הגדרת הקטינות הפלילית (עלה מ12 בגרסה הירדנית ל16)

החריגים לכך הם:

* שמירה על הסדר הציבורי.
* צרכי ביטחון של הכוח הכובש.
* יישום כללי IHL כפי שמופיעים באמנות ז'נבה.
* יישום כללי IHRL כפי שחלים בשטח הכבוש (חוו"ד הגדר של הICJ שאמרה שדיני זכויות האדם חלים גם בשטח כבוש).

כללים לחקיקה הפלילית

* לא ניתן לעשות חקיקה רטרואקטיבית.
* ללא ענישה על עבירות מלפני הכיבוש.
* הקמת בתי משפט צבאיים.
* הבטחת הליך הוגן.

שלילת חירות מאזרחים מוגנים

* אסור לעצור אזרח ללא סיבה לעומת לוחמים שכן.
* הבטחת הליך הוגן.
* מעצר וכליאה יתקיימו בתוך השטחים הכבושים.
* אזרח מוגן זכאי לביקורים מהצלב האדום.

מעצר מנהלי

* הרעיון של מעצר מנהלי הוא מעצר מניעתי מסיבות ביטחוניות.
* זכות לערעור על החלטת המעצר.
* ביקורת שיפוטית כל 6 חודשים בהם צריך להראות הצדקה לסיכון שאותו אדם מהווה.

ההתנחלויות

ס' 49 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע כי הכוח הכובש לא יגרש ולא יעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית לשטח הכבוש. לכלל זה יש 4 פרשנויות שונות:

1. שמגר שהיה הפרקליט הצבאי הראשי ב67 אמר **אסור לעשות גירוש המונים**. מקור הכלל הוא גירושים שעשו הנאצים כגירוש המוני של אוכלוסייה. לדעתו ההתנחלויות לא מהוות גירוש המוני ולכן מותרות. לדעתו כדי שכלל זה יכנס לתוקף- ישראל הייתה צריכה לגרש אזרחים משטחה לשטח הכבוש. זוהי הטענה המרכזית של ישראל.
2. **איסור הוא על סיפוח שטחים ושינוי מאזן דמוגרפי.** לפי פרשנות זו מעבר ישראלים לשטחים מהווה שינוי דמוגרפי.
3. **האיסור הוא על גירוש והעברה**. ישראל לא עושה לא גירוש ולא העברה כיוון שהמתנחלים עוברים עצמאית.
4. **הסעיף לא מנהגי** ולכן לא חל על כיבוש על בסיס תקנות האג אלא רק על בסיס אמנות ז'נבה (כיבוש שטח של מדינה אחרת).

שיעור 15

משב"ל מסחרי (סיון שלמה- אגון)

משב"ל מסחרי הוא חלק מעולם המשב"ל הכלכלי. עולם זה כולל רגולציה מוניטרית (מטבע) טרנזקציות בין מדינות, יחסי סחר, השקעות ועוד.

בתוך הענף העצום הזה יש תת ענף של סחר בינלאומי. **זהו החלק הארי של המשב"ל הכלכלי המאפשר למשקים של מדינות להיפתח כלפי השווקים של מדינות אחרות**. הסחר הבינלאומי מאפשר למדינה להתנהל בצורה שהיא לא משק אוטרקיים (מערכת סגורה המספקת את כל צרכיה בעצמה). משק אוטרקי מגביל את היכולת של מה מדינות יכולות לעשות. כך לדוג' ישראל נחשבת למעצמה בתחום עיבוד היהלומים וזאת למרות שלא ניתן למצוא יהלומים בישראל. ישראל מייבאת יהלומים מאפריקה והופכת למעצמת יהלומים. סחר בינלאומי מאפשר להקצות את גורמי היצור בעולם בצורה יותר יעילה. ביכולתה לנתב את ההון האנושי ויכולות הייצור שלה להתמחויות בהן יש לאותה מדינה יתרון יחסי ולייבא מוצרים ממדינות אחרות להן יש מומחיות שונות.

כדי שנוכל לממש את היתרונות הללו וכל מדינה תייצר את הדברים שהיא מומחית בהן והרווחה העולמית תעלה, נדרש בראש ובראשונה להסיר חסמים לסחר כמו מכס, משחקי מטבע, תקנים ועוד. **דיני הסחר הבינלאומי באים לעשות רגולציה בתחום ולהפחית את החסמים השונים.** הגלובליזציה אפשרה מעבר מהיר של ידע, תקשורת, הון, אנשים וסחורות.

כך לדוג' ייצור איפון היה עולה הרבה יותר אם הכל היה מיוצר בארה"ב. עצם זה שחלקיו השונים מיוצרים במקומות שונים בעלי תחומי התמחות מוריד משמעותית את המחיר.

רקע היסטורי לGATT ולWTO

שורשי מערכת הסחר המולטילטרלית היה בהסכם הGATT (general agreement on tariffs and trade) ההסכם הכללי בדבר סחר ויחסים. GATT היה חלק מארכיטקטורה של העולם החדש של אחרי מלחמת העולם השנייה שנבנתה ע"י המנצחים. **הסכם זה ניסה לתקן את החולאים שהביאו למלחמת העולם השנייה** (משבר כלכלי גדול שגרם למדינות לנהוג במדיניות פרוטקציוניסטית- הגנה על הכלכלה שלהם תוך פגיעה במדינות אחרות). הרצון היה לפתוח את הכלכלות וליצור תלות של מדינה אחת בשנייה כדי למנוע מלחמות עתידיות. **מטרת ההסכם הייתה ליצור שיתוף פעולה בסחר של פלדה ופחם אשר חיוניים לייצור נשק**. הסכם זה הפך במהלך השנים לאיחוד האירופי. GATT הושפע גם מדומיננטיות מודל כלכלת השוק- גישה ליבראלית של הסחר אשר מאמינה בסחר חופשי בין מדינות אשר הושפעה מארה"ב. סיבה נוספת בבסיס GATT היה ליצור גוש ליבראלי מערבי מול הגוש הקומוניסטי שצמח באותם ימים. מטרת GATT הייתה צמצום מכשולים לסחר תוך שימור העצמאות המדינתית. **ההסכם קבע מסגרת לכללי מסחר בינלאומי בתחום של סחר בטובין**. בבסיס GATT עמד רעיון של ליברליזציה הדרגתית של סחר (הורדת מכסים, מכסות, סובסידיות וכו') במטרה לפתוח את השווקים, להפחית עלויות ולהגיע לרווחה כלכלית.

הסכם GATT היה חלק ממערכת רחבה יותר בשם הסדר Bretton Woods, במסגרת וועידה שהתקיימה בארה"ב ב-1944 וניסתה לבנות סדר כלכלי ביום שאחרי המלחמה. לסדר הזה היו שלושה יסודות עיקריים:

א. הבנק העולמי- נועד בעיקר לתת אשראי ומענקים למדינות מתפתחות.

ב. קרן המטבע העולמית- מפקחת על המטבע, מונעת עיוותים והטיות בכלכלה הגלובלית.

ג. ארגון הסחר הבינ"ל (ITO)- במקביל למו"מ על הסכם ה-ITO גובש הסכם GATT. הקונגרס האמריקני לא אישר את חוקת ה-ITO, ומה ששרד היה הסכם GATT.

הסכם GATT נכנס לתוקף בינואר 1948 ללא ארגון פורמלי סביבו, אבל בפועל הוא עבד בצורה מוצלחת למדי (עד 1994). מספר המדינות הלך וגדל מ-23 מדינות ל-128, ונהיה קשה לנהל את ההסכם בלי מערכת סדורה וכופה ליישוב סכסוכים. על רקע הקשיים הללו מוקם ה-WTO במסגרת מו"מ של 8 שנים אינטנסיביות ("סבב אורוגואי"). תוצאות המו"מ: הוקם ארגון סחר עולמי שבו חברות כיום 164 מדינות (99.5% מהסחר העולמי). במסגרתו הארגון נחתמו שורה ארוכה של הסכמים תוך הרחבת מערכת הסחר לתחומים חדשים.

**סבב אורוגואי הקים ארגון סחר עולמי בן 164 חברות בו 74% מהמדינות החברות הן מדינות מתפתחות ומעל 90% מהסחר העולמי עובר דרך הארגון.** לצד הסכם GATT היו שורה של הסכמים בינלאומיים אשר נכנסו תחת הWTO כמו הסכם הסחר בשירותים והסכם הקניין הרוחני.

אחת התוצאות החשובות של סבב אורוגואי היה **הקמת מערכת ישוב סכסוכים מחייבת**. כל מדינה כפופה אליה ואם מוגשת נגד מדינה תביעה היא חייבת להתייצב למשפט. החלטת הפאנל מחייבת ולכל מדינה יש זכות ערעור. במידה ומדינה לא מצייתת ניתן להפעיל סנקציות נגד אותה מדינה על ידי המדינה השנייה לסכסוך.

תוצאה חשובה נוספת היא single undertaking- המדינות המובילות הזמינו את כל מדינות העולם להיכנס לארגון אך **היה עליהם לקבל את כל ההסכמים של הארגון**. מדינות רבות בהן הייתה תעשיה מסגסגת שנסובה על זיופים לא ששו להיכנס לארגון.

עם זאת, **המדינות המתפתחות טענו שלא הייתה התייחסות מספקת לדרישותיהם**. היתרון היחסי של מדינות מתפתחות הוא חקלאות וטקסטיל. לכן הן דרשו מהמדינות המפותחות להפסיק לתת סובסידיות לחקלאים שלהם כדי לאפשר למדינות המתפתחות להיכנס לשוק. המדינות המפותחות לא מסכימות לכך ובכך משאירות את המדינות המתפתחות ללא יכולת לממש את החוזק שלהן.

עקרונות וכללי היסוד של WTO

בבסיס הWTO **אידיאולוגיה ליברלית שמבקשת לעשות ליברליזציה של הסחר מתוך מטרת על להביא להעלאת הרווחה בעולם**. איך הסכם WTO מבקש לעשות זאת?

1. ביטול היחס המפלה בסחר הבינלאומי- מדובר על שני עקרונות יסוד של אי הפליה:

א. עקרון המדינה המועדפת (most favored nation (MFN)). העיקרון מעוגן בס' 1 לGATT. עקרון זה **אוסר על מדינה חברה בWTO להפלות בין שותפות הסחר בWTO**. מדינה לא יכולה להפלות בין מדינות שונות ביבוא של מוצרים דומים. לדוג' מדינה לא יכולה לקבוע שהיא מטילה 5% מכס על מוצר ממדינה אחת ו15% מכס על אותו מוצר ממדינה אחרת. במישור הבסיסי ביותר הרציונל הוא שוויון, הפחתת מתחים בינלאומיים והפחתת פוליטיזציה בסחר הבינלאומי. **הרציונל הוא שבWTO כולם שווים**. דוג' לכך הוא תיק הבננות- במקרה זה האיחוד האירופי קובע ב1993 במסגרתו היבוא של בננות מכמעט כל העולם כפוף לצורך ברשיונות סבוכים בעוד מדינות הACP (אפריקה והפסיפיק) לא כפופות לכך. במדינות אלה היו קולוניות אירופאיות ועיקר הייצוא שלהן היה בננות. יש כך הפרות של הMFN. סכסוך זה נמשך 20 שנה והוסדר לאחר סבבי דיונים רבים. בכל התיקים שהיו בנושא מצאו פעם אחר פעם באיחוד כמפר את עיקרון הMFN. מוצרים דומים משמעותם מוצרים חלופיים. כך שלמרות שבננות ממדינה אחת לא תהיה זהה לבננה ממדינה אחרת עדיין מדובר בבננה. בדר"כ נוהגים לומר שמספיק שיש חלק לא מבוטל שיעבור ממוצר אחד לאחר כתלות להפרש המחיר בניהם כדי להגדיר אותו כמוצר מתחרה.

לעיקרון הMFA יש חריגים בWTO:

* הסכמי סחר חופשיים/ אזוריים.
* הטבות סחר למדינות מתפתחות- **מדינות מפותחות יכולות לתת הטבות למדינות מתפתחות** מבלי לתת את אותן הטבות סחר לשאר **המדינות כדי לעודד כלכלת אותן מדינות**. בWTO מדינה מצהירה על עצמה האם מדינה מתפתחת או מפותחת. בדר"כ הדבר הגיוני אך יש גם מדינות שיש מחלוקת לגביהן כמו סין שמגדירה עצמה כמדינה מתפתחת. ישראל הכריזה על עצמה כמדינה מתפתחת כשנכנסה לWTO. **ברגע שמדינה מעניקה את ההטבות למדינה מתפתחת אחת היא צריכה לתת את ההטבה לכל המדינות המתפתחות.**

ב. עקרון היחס הלאומי- עיקרון זה **אוסר על המדינות החברות בWTO להפלות בין מוצרים המיוצרים אצלה לבין מוצרים מיובאים דומים** מרגע שמוצרים אלה נכנסו לתוך שטח המדינה. לדוג' עקרון היחס לאומי חל גם על מיסוי מפלה וגם על רגולציה מפלה. יש איסור על מיסוי פנימי מפלה. אחד המיסויים הידועים הוא מס קניה. לסיגריות, אלכוהול ודלק יש מס קניה גבוה. אם שר הכלכלה יחליט שכל מוצר אלכוהול עד 14% (יין) כפוף ל5% מס קניה. כל מוצר אלכוהול שהוא מעל 15% כפוף ל20% מס קניה. אם נניח שישראל היא מעצמת יין, יכולה לבוא מדינה כמו פינלנד שמייצרת וודקה ולטעון שיש הפליה על בסיס עיקרון היחס הלאומי. פינלנד תטען שאם נפלח את השוק הישראלי נראה שישראל מפלה בין מוצרים דומים- מוצרי אלכוהול. השופטים יגיעו להחלטה האם מדובר במוצרים דומים או לא. דוגמה לרגולציה פנימית מפלה היא שבישראל היה תקן על מכירת תה. התקן היה שניתן למכור תה רק שהשקיקים שלו סגורים בפס כסף אותם עשו רק ויסוצקי- חברה ישראלית. מעולם לא הוגשה תביעה על כך לWTO אך עקרונית חברת תה שסוגרת את התיונים בסיכה יכלה לתבוע את ישראל בWTO על רגולציה מפלה.

1. הפחתת מכסים וחסמים אחרים לסחר הבינלאומי- מכס הוא **חיוב כספי שמוצר מיובא חייב לשלם כדי שיוכל להיכנס לתוך השוק של מדינה מסוימת**. גישת השוק של מוצרים תלויה בתשלום מכס בגבול.

הרציונליים המרכזיים להטלת מכס הם:

א. מקור הכנסה למדינה.

ב. הגנה על התעשייה המקומית מפני תחרות מבחוץ.

**מכס גורם לכך שהמוצר יהיה יקר יותר**. אי לכך **מוצרים מתחרים פנימיים יהיו אטרקטיביים יותר.** ככל שהמכס גבוה יותר- עלות המוצרים תהיה גובהה יותר- יהיו פחות קונים והגדלה של התוצרת המקומית. תחת הסכם GATT מדינות רשאיות להטיל מכס אך הWTO מכיר בכך שמכס הוא חסם סחר ולכן מנסה להביא להפחתה הדרגתית של המכס דרך מו"מ בין המדינות. בסוף שנות ה40 כשמנוסח הסכם GATT שיעור המכס הממוצע היה 40% היום במדינות המתועשות המכס עומד על 3.8%. לכל מדינה בWTO יש קובץ עצום בשם כבילות המכס זהו המכס שאותה מדינה התחייבה לתת על מגוון רחב של מוצרים. המשמעות היא שאם כבילות המכס של ישראל בתחום מסוים היא 15% היא יכולה להוריד את המכס כמה שתרצה אך לא תוכל לעלות על כך.

חסם סחר הוא מכסות. זוהי **הגבלה כמותית על הכמות שניתן לייבא או לייצא ממוצר מסוים**. אם ישראל קובעת שמותר לייבא 1000 טון של פולי קפה בשנה לא ניתן לעלות על כך. ס' 11 לGATT אומר שאסור למדינות להטיל הגבלות כמותיות מוחלטות. אי לכך מדינות לא יכולות להטיל הגבולות כמותיות מוחלטות (מכסה 0). לדוג' תיק הורמוני הבקר- האיחוד האירופי מודע ומושפע מענייני בריאות קבע חקיקה האוסרת לייבא בשר שמגודל תוך שימוש בהורמוני גדילה. בארה"ב, קנדה וישראל שימוש בהורמונים כאלה נפוץ כיוון שהם מאיצים את הליך ההתפתחות של הבקר ומאפשרים שחיטה תוך זמן קצר יותר. הדבר גרם לכך ששערי האיחוד ננעלו למגדלי הבקר בארה"ב וקנדה ולאחר דיון ארוך הפסידו בתיק כי לא הצליחו להוכיח שההורמונים אכן מסוכנים. האיחוד האירופאי לא ציית מבחינה חוקית נטו, סבל מסנקציות ע"י ארה"ב ולבסוף העניין נסגר במו"מ.